



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9336 del 2010, proposto dalla Dome S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Massimo Carlin e Mario Sanino, con domicilio eletto presso Mario Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

contro

Comune di Gonars;

nei confronti di

Ditta S.T. srl;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. FRIULI-VENEZIA-GIULIA - TRIESTE:
SEZIONE I n. 00314/2010, resa tra le parti, concernente GARA
PER LA FORNITURA DI UN SISTEMA DI
VIDEOSORVEGLIANZA - RIS.DANNI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 maggio 2011 il Cons.

Nicola Gaviano e udito per l'appellante l'avvocato Sanino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ricorrente Dome s.r.l. impugnava dinanzi al T.A.R. per il Friuli Venezia Giulia i risultati della gara per la fornitura al Comune di Gonars di un sistema di videosorveglianza, procedura indetta il 20 aprile 2009 con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e aggiudicata alla S.T. s.r.l.

Con il ricorso si deducevano i seguenti motivi:

- 1) violazione dell'art. 83, comma 4, e dell'art. 30 del d.lgs 163/2006, nonché eccesso di potere sotto più profili: il bando aveva assegnato un peso determinante (50/100) al giudizio di “*validità tecnica globale della fornitura*” senza specificare i sub-criteri per l'assegnazione di tale punteggio: la commissione avrebbe quindi arbitrariamente introdotto – solo dopo aver preso conoscenza del contenuto delle offerte – dei sub-criteri, che l'avevano portata a preferire il sistema di telecamere brandeggiabili offerto dalla contro interessata;
- 2) Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara – violazione dell'art. 3, comma 4, del capitolato in tema di scelta delle telecamere – difetto di istruttoria – difetto di motivazione e contraddittorietà: la preferenza per le telecamere brandeggiabili sarebbe stata contraria al

capitolato, che sanciva l'indifferenza tra quelle brandeggiabili e quelle fisse; inoltre, erroneamente è stato affermato che nell'offerta della ricorrente “non era stata attivata la videosorveglianza di via De Gasperi”, dato che anche su tale via era stato previsto il posizionamento di una telecamera;

3) Eccesso di potere per difetto di motivazione, irrazionalità ed altri aspetti, e violazione della *lex specialis* di gara sotto diverso profilo: non risulterebbe comprensibile la logica della differenza di punteggio che ha premiato la controinteressata, che ha proposto 7 telecamere brandeggiabili, con un risultato di ben 40 punti, mentre la ricorrente ne ha ottenuti solo 23 offrendo 12 telecamere fisse.

4) Violazione del capitolato speciale di appalto – eccesso di potere – disparità di trattamento – contraddittorietà – violazione del principio della *par condicio* tra i partecipanti alla gara : la controinteressata non avrebbe apposto la richiesta sigillatura su tutti i lembi di chiusura della busta.

La ricorrente domandava altresì il risarcimento del danno da essa patito.

Con motivi aggiunti notificati in data 13.4.2010 la Dome s.r.l. impugnava due ulteriori atti, vale a dire le note con cui il Comandante della Polizia Municipale aveva comunicato all'aggiudicataria, rispettivamente, l'affidamento dell'appalto, e la decisione di revocare la sospensione della fornitura precedentemente disposta in via cautelativa a seguito del ricorso della ricorrente, dopo l'intervenuta rinuncia di quest'ultima a provvedimenti cautelari.

Con tali motivi veniva dedotto, oltre al vizio di invalidità derivata da quella degli atti impugnati con il ricorso introduttivo, il seguente motivo di illegittimità propria:

5) Eccesso di potere : la decisione di revocare la sospensione della fornitura a seguito della “rinuncia” della ricorrente all’istanza di sospensiva dimostrerebbe che il Comune aveva posto a base della propria volontà un atto processuale che non era legittimamente in grado di conoscere, essendosi costituito in giudizio solo in data 9.2.2010. Se fosse stato costituito, avrebbe saputo che il motivo della rinuncia era stato quello di ottenere una sollecita udienza di discussione della causa, come era stata poi in effetti fissata, e quindi ne avrebbe ricavato il necessario invito a mantenere l’atteggiamento prudente tenuto fino ad allora.

Resistevano al ricorso il Comune e la controinteressata.

La seconda eccepiva, tra l’altro, il difetto di giurisdizione del TAR in riferimento alla domanda di annullamento del contratto avanzata con i motivi aggiunti e al sopra riportato motivo aggiunto sub 5), in relazione al quale vi sarebbero state anche carenza di interesse a ricorrere e tardività

Il T.A.R. adito, con la sentenza n. 314 del 2010, disattese le eccezioni preliminari opposte al ricorso introduttivo, lo respingeva reputandolo infondato.

Avverso tale sentenza la Dome s.r.l. proponeva il presente appello, con il quale venivano riproposte le doglianze, argomentazioni e richieste già formulate in primo grado, con rinuncia all’originario

quarto motivo, e censurata la pronuncia del primo giudice per averle disattese.

L'appellante con successiva memoria insisteva per l'accoglimento del gravame.

Alla pubblica udienza del 24 maggio 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

L'appello è fondato.

1 Deve infatti reputarsi meritevole di adesione l'originario terzo motivo di ricorso, in questa sede riproposto, sotto il profilo del dedotto vizio di difetto di motivazione.

Il capitolato, all'art. 4, prevedeva l'assegnazione di punti 50/100 in relazione alla *“validità tecnica globale della fornitura valutata con relazione redatta dall'amm.ne appaltante sulla base del sistema di video sorveglianza proposto, degli impianti di installazione, del numero e della qualità delle videocamere, delle attrezzature e dei materiali proposti, della semplicità gestionale e funzionale nonché della sicurezza di esercizio”* . Il punteggio riservato all'elemento prezzo era invece di 35/100, ed infine di 15/100 quello riflettente le modalità e condizioni della successiva manutenzione ed assistenza.

La legge di gara aveva dunque assegnato un peso determinante (50/100) al giudizio di *“validità tecnica globale della fornitura”*, senza tuttavia specificare dei sub-criteri per l'assegnazione di tale cospicua dotazione di punteggio, per la modulazione della quale non era stata contemplata alcuna particolare indicazione (l'omissione non è però contestabile in questa sede, poiché il bando di gara non è stato

tempestivamente impugnato).

Ciò posto, nel merito la Sezione rileva subito che gli elementi indicati dalla Commissione nella seduta del 1° luglio 2009, a guisa di introduzione alla motivazione delle valutazioni tecniche delle singole offerte, non avevano carattere innovativo, diversamente da quanto assume l'appellante, vertendo invece su aspetti tutti già esposti, con vari altri, dall'art. 3 del capitolato speciale.

Va inoltre condivisa l'osservazione del primo Giudice che la disciplina di gara non inibiva alla Commissione di esprimere una preferenza per le telecamere brandeggiabili. Il capitolato non imponeva, infatti, un'indifferenza assoluta tra quelle brandeggiabili e quelle fisse, in quanto, pur ammettendo entrambi i sistemi, esigeva pur sempre un apprezzamento, da parte della Commissione, circa il grado del raggiungimento degli obiettivi di cui all'art. 3 del capitolato da parte dei singoli progetti.

Tanto premesso, risulta nondimeno fondata la doglianza di difetto di motivazione svolta dalla ricorrente.

Come si è detto, la disciplina di gara non articolava dei sub-criteri, ma lasciava all'ampia discrezionalità rimessa alla Commissione l'amministrazione dei cinquanta punti destinati a riflettere il pregio tecnico-qualitativo delle offerte dei concorrenti.

Va poi rimarcato l'importante dato di fatto per cui la Commissione ha giudicato in concreto della validità tecnica delle offerte solo dopo avere assegnato i punteggi afferenti l'elemento prezzo e l'elemento delle modalità e condizioni della manutenzione ed assistenza (*modus*

procedendi pur non censurato in se stesso a tempo debito), versando quindi nella piena consapevolezza delle distanze di punteggio tra le ditte in gara, e finanche del preciso scarto che alla futura aggiudicataria sarebbe occorso colmare per superare la ricorrente, che fino a quel momento la precedeva in graduatoria (con punti 50, contro i punti 35,35 della S.T.T. srl.).

E' quindi evidente come l'esito della gara sia stato determinato (fino al ribaltamento della graduatoria provvisoria formatasi alla luce degli elementi del prezzo e delle modalità della manutenzione ed assistenza) dall'apprezzamento che la Commissione ha espresso sulla validità tecnica delle offerte. E questo, nell'assenza di sub-criteri di sorta, senza che lo stesso organo tecnico neppure si dotasse, prima dell'apertura delle buste, di criteri orientativi diretti ad autolimitare la propria discrezionalità, a presidio della garanzia di imparzialità della procedura.

Sarebbe stato lecito, invero, attendersi, da parte della Commissione, o una preventiva enunciazione di criteri di specificazione prima dell'apertura delle buste (cfr. Consiglio Stato, V, 15 febbraio 2010, n. 810), ferma restando naturalmente l'illegittimità dell'enunciazione *ex post* di qualunque criterio che, se conosciuto *ex ante*, avrebbe influito sulla formulazione delle offerte da parte dei concorrenti, oppure una motivazione ben puntuale ed analitica, anche in chiave comparativa, sulla distribuzione effettuata dei punteggi.

Con riferimento alle gare di appalto, difatti, la giurisprudenza ha da tempo chiarito che, nella fase di valutazione delle offerte da parte di

una commissione di gara, l'attribuzione dei punteggi in forma soltanto numerica è consentita quando l'articolazione delle sottovoci, con i relativi punteggi, entro le quali ripartire i parametri di valutazione di cui alle singole voci, sia talmente analitica da delimitare il giudizio della commissione nell'ambito di un minimo ed un massimo, in modo tale da rendere di per sé evidente l' *iter* logico seguito nel valutare i singoli progetti sotto il profilo tecnico in applicazione di puntuali criteri predeterminati, essendo altrimenti necessaria una puntuale motivazione del punteggio attribuito (tra le tante, cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 novembre 2005 n. 6759; 3 dicembre 2010, n. 8410).

Essendo nel caso di specie pacifica l'assenza di sub-criteri, e comunque di qualsivoglia criterio di valutazione sufficientemente dettagliato, l'Amministrazione avrebbe dovuto perciò indicare in modo espresso e compiuto le ragioni del giudizio svolto, sì da consentire di ripercorrere il percorso valutativo seguito, e quindi di controllare la logicità e congruità del giudizio tecnico.

Questa possibilità, però, in concreto non è stata data.

La motivazione che sorregge l'attribuzione del punteggio assegnato alla ricorrente (punti 23) è semplicemente questa : *“il progetto proposto ha presentato solo telecamere fisse (12) conseguentemente si avranno zone poco controllate, inoltre non è stata curata la video sorveglianza di Via De Gasperi e infine l'offerta risulta la più economica anche se gli apparati proposti risultano di ottima qualità”*. Il giudizio dell'offerta della controinteressata, gratificata di 40 punti, è invece il seguente: *“buona soluzione con telecamere brandeggiabili (7), copertura di tutti i siti con altrettanti punti radio e*

ottima qualità’.

Dall’esame degli atti non risulta quindi comprensibile, pur in presenza di una motivazione non meramente numerica, la logica giustificativa della differenza di punteggio che ha finito con il premiare la controinteressata, che aveva proposto 7 telecamere brandeggiabili con un risultato di ben 40 punti, mentre la ricorrente ne ha ottenuti solo 23 offrendo 12 telecamere fisse.

Sono imperscrutabili, in particolare, le ragioni che hanno indotto a quantificare la distanza tra i punteggi relativi alla validità tecnica delle due offerte in competizione proprio in 17 punti, piuttosto che in un qualsiasi importo inferiore, laddove, si sottolinea, un differenziale fino a ben 14 punti avrebbe permesso comunque alla ricorrente di conservare il proprio primato in graduatoria.

La carenza di motivazione risulta, infine, ancora più vistosa se, senza dimenticare che la discrezionalità della Commissione nell’impiego della dotazione dei 50 punti destinati all’apprezzamento della qualità dei progetti non era circoscritta da criteri preventivi, ci si sofferma anche sui seguenti due aspetti: la Commissione aveva riconosciuto la “ottima qualità” degli impianti proposti dalla ricorrente; il deficit di copertura riscontrato, e soltanto parziale, riguardava uno solo dei dodici siti da tenere sotto sorveglianza.

Da qui la ineludibile conclusione della sussistenza dell’assorbente vizio dedotto.

2 Anche la domanda risarcitoria promossa dalla ricorrente merita accoglimento.

Al riguardo va subito osservato che, essendo già stato il contratto eseguito nelle more del giudizio, il medesimo deve essere tenuto fermo (cfr. l'art. 122 C.P.A.), onde il richiesto risarcimento non può avere luogo che per equivalente.

2a Si deve poi convenire con la stessa ricorrente sull'esistenza di estremi tali da rendere dovuto, quale conseguenza dell'illegittimità accertata nella procedura di gara, il risarcimento del danno.

Quanto all'elemento soggettivo della stazione appaltante, al privato danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo, come la giurisprudenza ha in più occasioni sottolineato (cfr. ad es. C.d.S., VI, sentenze 9 marzo 2007 n. 1114 e 9 giugno 2008 n. 2751), non è richiesto un particolare impegno probatorio per dimostrare la colpa dell'Amministrazione. Questi può limitarsi ad invocare l'illegittimità dell'atto, potendosi ben fare applicazione, al fine della prova della sussistenza dell'elemento soggettivo, delle regole di comune esperienza e della presunzione semplice di cui all'art. 2727 del codice civile.

Spetta a quel punto all'Amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, che è configurabile, in particolare, in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, o di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata (cfr., tra le tante, C.d.S., IV, 12 febbraio 2010, n. 785; V, 20 luglio 2009, n. 4527).

Nel caso di specie, peraltro, non è dato riscontrare alcuno dei predetti fattori giustificativi. Può ritenersi quindi integrata la prova dell'elemento soggettivo.

Senza poi dire che, ormai, la Corte di Giustizia comunitaria ha chiarito, da ultimo, che la direttiva 89/665 deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'Amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione: e questo anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'Amministrazione, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata (Corte giustizia CE, sez. III, 30 settembre 2010, proc. C-314/09).

Sussistono *in re ipsa*, inoltre, l'evento dannoso riferibile alla condotta della P.A., come pure l'estremo dell'ingiustizia del danno, in considerazione della sua incidenza su un interesse protetto dall'ordinamento giuridico.

2b Ritenuta dunque la sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi dell'illecito, si tratta a questo punto di quantificare il relativo danno.

A questo riguardo, la ricorrente non può essere seguita allorché assume che in assenza dell'illegittimità commessa dall'Amministrazione essa si sarebbe senz'altro aggiudicata la gara, attesa la valenza non del tutto soddisfacente della sua offerta tecnica.

Le possibilità di successo della Dome, alla luce del numero dei concorrenti ammessi (4), e soprattutto della configurazione della graduatoria (che al momento della valutazione della qualità dell'offerta la vedeva classificata prima, a punteggio pieno e nettamente avvantaggiata sulle concorrenti), possono essere invece equitativamente quantificate nella misura del 60 % .

La ricorrente ai fini del richiesto risarcimento del danno invoca la liquidazione forfetaria ed automatica del lucro cessante in applicazione del criterio del 10% del prezzo, ai sensi dell' art. 345, l. n. 2248 del 1865 All. F.

Tale criterio è desunto da disposizioni in tema di lavori pubblici che riguardano, però, altri istituti, come appunto l'indennizzo dell'appaltatore nel caso di recesso dell'amministrazione committente, o la determinazione del prezzo a base d'asta. Ed il relativo riferimento, pur evocato come criterio residuale in una logica equitativa, conduce peraltro, almeno di regola, al risultato che il risarcimento dei danni è per l'imprenditore più favorevole dell'impiego del capitale: con il che si crea la distorsione per cui il ricorrente non ha più interesse a provare in modo puntuale il danno subito quanto al lucro cessante, perché presumibilmente otterrebbe meno di quanto la liquidazione forfetaria gli consentirebbe (CDS, V, n. 2967\2008; VI, 21 maggio 2009 n. 3144).

La tecnica di quantificazione del danno in discorso è stata, pertanto, messa in discussione dalla più recente giurisprudenza di questo Consiglio (V, n. 2967\2008; VI, n. 3144 del 2009; n. 8646 del 2010).

Nella fattispecie, tuttavia, la Sezione reputa in via eccezionale giustificato, per conservare un minimo di effettività alla prestazione risarcitoria, fare applicazione della detta percentuale del dieci per cento, dovendosi avere riguardo all'assai modesto importo dell'appalto (prezzo a base di gara pari ad euro 35.084,25), come decurtato dal ribasso offerto dallo stesso concorrente, la cui offerta economica è stata di euro 23.100, e occorrendo infine ridurre il pertinente ammontare entro la misura delle *chances* di aggiudicazione, sopra quantificate con il tasso del 60 % .

Per le stesse ragioni, alla ricorrente va inoltre aggiuntivamente riconosciuto il risarcimento del danno c.d. curricolare, liquidabile nella misura del due per cento dell'importo ribassato dell'appalto, sempre da ridurre ulteriormente al 60 % .

Trattandosi di debito di valore, all'appellante spetta anche la rivalutazione monetaria sulla prestazione risarcitoria, dal giorno dell'illegittima aggiudicazione sino alla pubblicazione della presente sentenza, a decorrere dalla quale, in forza della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta. Spettano, inoltre, gli interessi nella misura legale dalla data della stessa pubblicazione fino all'effettivo soddisfo (C.d.S., VI, n. 3144\2009).

3 In conclusione, nei termini che sono stati illustrati l'appello deve trovare accoglimento, tanto nella sua parte impugnatoria quanto in quella risarcitoria.

Le spese del doppio grado di giudizio sono liquidate, secondo soccombenza, dal seguente dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo accoglie, e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, annulla l'aggiudicazione impugnata con il ricorso di primo grado, e condanna il Comune di Gonars al risarcimento dei danni a favore dell'appellante nella misura indicata in motivazione.

Condanna lo stesso Comune e la controinteressata al rimborso all'appellante delle spese processuali del doppio grado di giudizio, liquidate nella misura complessiva di euro tremila, oltre accessori di legge, a carico di ciascuno dei soccombenti.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 24 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Roberto Chieppa, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/09/2011

IL SEGRETARIO

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