



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 di Trento  
(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 58 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Immobiliare Gabbiano S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Gianpiero Luongo e Matteo Sartori e con domicilio eletto presso il loro studio in Trento, via Serafini, n. 9

***contro***

Comune di Comano Terme, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Franco Larentis e con domicilio eletto presso il suo studio in Trento, via Brigata Acqui, n. 4

***nei confronti di***

Bleggi Carlo & Co. S.n.c., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Damiano Florenzano e con domicilio eletto presso il suo studio in Trento, piazza Mostra, n. 15

*per l'annullamento*

quanto al ricorso principale:

1 - della nota prot. n. 1358, del 30.1.2012, con la quale il Responsabile del Servizio biblioteca del Comune di Comano Terme ha comunicato l'esito del confronto concorrenziale volto all'"acquisto di immobile (acquisto di cosa futura) da destinare a nuova sede della biblioteca di valle delle Giudicarie Esteriori";

2 - della nota del Responsabile del procedimento prot. 746, del 17.1.2012, recante integrazione del disciplinare di gara;

3 - della nota prot. n. 1047, del 23.1.2012, con la quale il Responsabile del procedimento ha previsto che "l'offerta necessaria alla valorizzazione dell'elemento prezzo dovrà essere proporzionata rispetto all'offerta redatta sul meta-progetto";

4 - dei verbali della commissione interna del confronto concorrenziale n. 1 del 24.1.2012, n. 2 del 25.1.2012 e n. 3 del 26.1.2012;

5 - del verbale della commissione tecnica del confronto concorrenziale n. 1 del 25.1.2012;

6 - del silenzio serbato dal Comune di Comano Terme alla richiesta del 21.2.2012 di annullamento in autotutela degli atti di gara;

7 - di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, allo stato non conosciuto, quale anche, per quanto di ragione, il disciplinare di gara;

nonché per la condanna

- al risarcimento del danno sia in forma specifica, mediante l'aggiudicazione del confronto concorrenziale alla Società ricorrente,

sia per equivalente, nella somma da accertarsi in corso di causa;

e per la dichiarazione

- dell'inefficacia del contratto di compravendita eventualmente stipulato con altra concorrente;

quanto al ricorso per motivi aggiunti:

8 - dei verbali n. 1 e n. 2, di data 5.1.2012, di "accertamento delle dichiarazioni di interesse relative all'indagine di mercato promossa dal Comune di Comano Terme per l'acquisto di immobile da destinare a nuova sede della biblioteca di valle delle Giudicarie Esteriori";

9 - della deliberazione del Consiglio comunale di Comano Terme n. 2, di data 30.1.2012, recante approvazione in linea tecnica dell'"acquisto di immobile, parte delle pp.mm. 2, 3 e 4 della p.ed 108/1 in c.c. Poia - frazione Ponte Arche - (acquisto di cosa futura) da destinare a nuova sede della biblioteca di valle delle Giudicarie Esteriori";

10 - di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, tra cui: l'avviso pubblico n. prot. 17031, di data 16.12.2011; la nota comunale prot. n. 1118, di data 24.1.2012; la lettera di invito prot. n. 498, di data 13.1.2012, trasmessa alla S.n.c. Bleggi Carlo & Co. ed il meta-progetto allegato.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Bleggi Carlo & Co. S.n.c.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Comano Terme;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla ricorrente incidentale Bleggi Carlo & Co. S.n.c.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 giugno 2012 il cons. Alma Chiettoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. Con avviso pubblico datato 16 dicembre 2011 il Comune di Comano Terme ha indetto un'indagine di mercato per selezionare i soggetti da invitare alla trattativa privata per l'acquisto di un immobile da destinare a sede della nuova biblioteca di valle delle Giudicarie Esteriori. Più precisamente, l'avviso pubblico aveva qualificato l'indagine *“acquisto di cosa futura - immobile già realizzato ovvero in avanzato stato di costruzione ed offerta allo stato grezzo”*.

L'immobile avrebbe dovuto presentare una superficie netta utile minima di almeno 500 mq. e massima di 600 mq., di cui 100 mq. di superficie netta utile da destinare a deposito. La superficie utile per le sale della biblioteca avrebbe dovuto essere distribuita su di un unico livello con accesso autonomo e sbarriato dall'esterno, mentre il deposito poteva trovarsi anche su di un piano diverso, purché collegato direttamente con gli spazi principali al piano terra.

L'avviso pubblico prevedeva che l'Amministrazione avrebbe valutato l'ammissibilità delle proposte pervenute, ottimizzato la distribuzione interna degli spazi predisponendo per ciascuna proposta un meta-progetto, e invitato quindi i soggetti ritenuti qualificati a presentare

un'offerta irrevocabile. Per l'aggiudicazione era stato prescelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa da individuarsi in base ai seguenti parametri: elementi tecnici, punti 60 (ripartiti in base ad una serie di caratteristiche qualitative e tecnico-funzionali dell'immobile); prezzo a corpo, punti 30.

2a. Al Comune di Comano Terme sono giunte 5 offerte, precisamente da parte di: sig.ri Rocca Rino, Marco e Denise; Immobiliare Gabbiano S.r.l.; Giordani Costruzioni S.r.l. e Serafini Cristina, Monica e Susanna; Bleggi Carlo & Co. S.n.c.; Leggocomano S.r.l.

L'Amministrazione precedente ha ritenuto idonee a partecipare al confronto concorrenziale le proposte delle società Immobiliare Gabbiano e Bleggi Carlo & Co., le quali, con nota del 13 gennaio 2012, sono state pertanto invitate a presentare la loro offerta irrevocabile entro le ore 12.00 del giorno 24.1.2012, tenuto però conto dello specifico meta-progetto redatto dall'Amministrazione sulla loro proposta originaria.

Alle due nominate imprese è stato inviato il disciplinare di gara che, unitamente ai due avvisi integrativi datati 17 e 23 gennaio 2012, stabiliva una complicata disciplina per l'attribuzione del punteggio all'offerta economica e per la sua valutazione. Nello specifico, l'offerta economica doveva articolarsi in:

- "*offerta parametrica*", alla quale sarebbero stati attribuiti i 30 punti prestabiliti, per l'offerta a corpo (al netto di IVA) di un edificio di 500 mq., di cui 100 mq. da destinare a deposito, e per 10 posti a

parcheggio ad uso esclusivo della biblioteca;

- “*offerta su meta-progetto*”, necessaria per individuare l’importo contrattuale, e identificante perciò il costo effettivo dell’immobile da consegnare con le modificazioni e le integrazioni chieste dall’Amministrazione tramite il meta-progetto;

- inoltre, l’offerta parametrica avrebbe dovuto essere “*proporzionata*” rispetto all’offerta redatta per il meta-progetto.

3. L’Amministrazione, ricevute le proposte delle società Immobiliare Gabbiano e Bleggi Carlo, le ha valutate nelle sedute della commissione interna di data 24 e 25 gennaio; nella seduta della commissione tecnica del 25 gennaio e, infine nell’ultima seduta della commissione interna del 26 gennaio 2012, nel corso della quale è stato ulteriormente specificato che per il riscontro della proporzionalità tra l’offerta parametrica e l’offerta su meta-progetto sarebbe stato “*considerato congruo uno scostamento di circa il 10%*”.

Conclusesi le operazioni di gara, la società Immobiliare Gabbiano - che si era collocata al secondo posto della graduatoria concernente l’offerta tecnica (con 41,60 punti) e al primo posto di quella per l’offerta economica (con 30 punti) - si è conclusivamente graduata al secondo posto con 71,60 punti, a fronte degli 82,13 ottenuti dalla società Bleggi Carlo (la cui offerta aveva ricevuto 57,00 punti per la parte tecnica e 25,13 per quella economica). Nei confronti della società Bleggi, ancora nella seduta del 26 gennaio, è stata pertanto pronunciata l’aggiudicazione definitiva per l’acquisto dell’immobile.

Infine, l’esito della procedura è stato comunicato a tutti i concorrenti

con nota datata 30 gennaio 2012.

4. Con ricorso notificato in data 25 febbraio 2012 e depositato presso la Segreteria del Tribunale il successivo 1 marzo, la società Immobiliare Gabbiano, seconda classificata, ha impugnato gli atti di gara, precisamente indicati in epigrafe, deducendo le seguenti censure in diritto:

I - “violazione ed erronea applicazione della *lex specialis* e dell’art. 46 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, in relazione all’art. 38, comma 1, lett. m ter), dello stesso Codice dei contratti pubblici e dell’art. 36 della l.p. 19.7.1990, n. 23; eccesso di potere per difetto dei presupposti e di istruttoria, travisamento dei fatti, contraddittorietà e manifesta illogicità, erronea e insufficiente motivazione, violazione dei principi di imparzialità e di parità di trattamento dei concorrenti anche in relazione dall’art. 27 del medesimo Codice”, perché l’aggiudicataria non avrebbe prodotto né l’attestazione di inesistenza della fattispecie di cui alla lett. m ter) del comma 1 dell’art. 38 del menzionato Codice dei contratti pubblici né la dichiarazione che il bene era libero da vincoli pregiudizievoli nonostante l’immobile proposto fosse gravato da un’ipoteca;

II - “violazione ed erronea applicazione della *lex specialis* ed eccesso di potere per gli stessi profili di cui al precedente motivo”, posto che il prezzo offerto per i parcheggi sarebbe stato computato ai fini dell’offerta parametrica (alla quale sono stati attribuiti i punti previsti dal bando) ma non all’offerta su meta-progetto: conseguentemente, non sarebbe stato accertato che l’offerta dell’aggiudicataria non era

proporzionata nel limite prestabilito; inoltre, anche le valutazioni espresse per la parte tecnica di quell'offerta presenterebbero profili di illogicità e di violazione dei criteri di giudizio;

III - “violazione ed erronea applicazione della *lex specialis*; incompetenza del Responsabile del procedimento; eccesso di potere per svariati profili”, atteso che la normativa di gara sarebbe stata emendata nel corso del procedimento a cura del Responsabile senza prolungare il termine per la presentazione delle offerte; il requisito della proporzionalità, introdotto in sede di valutazione, sarebbe generico e avrebbe consentito alla commissione un arbitrio assoluto; da ultimo, si denuncia che la legge di gara sarebbe viziata ove ha previsto la valutazione dell'offerta non in base a criteri oggettivi ma su parametri propri di ogni offerta quale è il meta-progetto.

La ricorrente ha anche chiesto, in via cautelare, la sospensione dei provvedimenti impugnati.

5. Nei termini di rito si è costituita in giudizio la società controinteressata contestando le argomentazioni del ricorso e domandandone, di conseguenza, la reiezione.

6. Anche il Comune di Comano Terme si è costituito in giudizio per chiedere che il ricorso sia respinto nel merito.

7. Alla Camera di consiglio del 22 marzo 2012 il difensore della società ricorrente ha rinunciato all'istanza cautelare a fronte di una sollecita definizione dell'udienza per la trattazione del merito. A detta richiesta hanno aderito anche i difensori delle altre parti costituite.

8. Con ricorso incidentale notificato in data 5 aprile 2012 la

controinteressata Bleggi Carlo & Co. ha impugnato gli atti e i verbali di gara nella parte in cui la Commissione ha ritenuto l'offerta di Gabbiano Immobiliare rispettosa delle prescrizioni della *lex specialis*. In particolare, ha dedotto i seguenti motivi:

i - "violazione e falsa applicazione degli artt. 21 e 36 della l.p. 19.7.1990, n. 23, e dell'art. 27 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163; eccesso di potere per omessa valutazione di circostanze di fatto e di diritto; difetto di istruttoria, manifesta irragionevolezza, illogicità e ingiustizia; motivazione carente e perplessa", in quanto l'immobile offerto dalla ricorrente sarebbe privo di due requisiti essenziali prescritti dall'avviso pubblico: l'accesso autonomo e il collegamento del deposito con gli spazi principali al piano terra;

ii - "violazione di legge ed eccesso di potere sotto altro profilo", al fine di contestare la parità di punteggio ottenuto dalle due offerte pur presentando quella vincitrice un accesso indipendente per pedoni e veicoli ed un vano scale con ascensore ad uso esclusivo; anche i 2,5 punti per la classe energetica B di Gabbiano Immobiliare sarebbero eccessivi a fronte dei 4 ottenuti dalla vincitrice per la classe energetica A;

iii - "violazione di legge ed eccesso di potere sotto diverso profilo; violazione dell'art. 3 della Costituzione e del principio di proporzionalità", posto che la *lex specialis* di gara non sarebbe stata chiara nel predisporre, nella modulistica proposta, la dichiarazione dei diritti reali di garanzia; in ogni caso, anche la ricorrente principale meritava l'esclusione non avendo dichiarato l'esistenza di una servitù

a carico dell'immobile offerto;

iv - “violazione di legge ed eccesso di potere sotto ulteriore profilo; violazione dell’art. 38 del Codice dei contratti pubblici”, ove si dovesse ritenere che sarebbe stato necessario duplicare la dichiarazione da rendere ai sensi dell’art. 38, comma 1, lett. m);

v - “violazione e falsa applicazione di legge nonché eccesso di potere per irragionevolezza, illogicità e ingiustizia”, nel caso si dovesse ritenere che con la comunicazione del 23 gennaio 2012 l’Amministrazione avesse introdotto un meccanismo di automatica esclusione delle offerte che non garantiscono l’esatta proporzione indicata tra l’offerta parametrica e l’offerta su meta-progetto.

9. Con ricorso per motivi aggiunti notificato in data 16 aprile 2012 la ricorrente Immobiliare Gabbiano ha impugnato anche gli atti di cui ai nn. da 8 a 10 in epigrafe, deducendo le seguenti e nuove censure:

IV - “violazione ed erronea applicazione della lex specialis e dell’art. 46 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, in relazione all’art. 38, comma 1, lett. m ter), dello stesso Codice dei contratti pubblici e dell’art. 36 della l.p. 19.7.1990, n. 23; eccesso di potere per difetto dei presupposti e di istruttoria, travisamento dei fatti, contraddittorietà e manifesta illogicità, erronea e insufficiente motivazione, violazione dei principi di imparzialità e di parità di trattamento dei concorrenti anche in relazione dall’art. 27 del Codice dei contratti pubblici”, perché sarebbe stato consentito all’aggiudicataria di produrre dichiarazioni che avrebbe dovuto rendere, a pena di inammissibilità, in sede di partecipazione;

V - “violazione ed erronea applicazione della lex specialis e della nota datata 23.1.2012 nonché eccesso di potere per violazione dei principi di imparzialità e di parità di trattamento”, posto che per il calcolo del prezzo a metro quadrato la commissione di gara ha utilizzato basi di calcolo diverse: segnatamente, la superficie destinata a locali tecnici è stata calcolata per la concorrente Immobiliare Gabbiano ma non conteggiata per l’immobile offerto da Bleggi Carlo;

VI - “ancora violazione ed erronea applicazione della lex specialis ed eccesso di potere sotto diverso profilo”, perché nel verbale del 5.1.2012 non sarebbe stato attestato che la proposta della ditta Bleggi disponeva del requisito essenziale di un deposito di almeno 100 mq.;

VII - “violazione ed erronea applicazione della lex specialis ed eccesso di potere ulteriore profilo”, in quanto sarebbe stato violato il principio dell’unicità e dell’univocità dell’offerta: l’aggiudicataria avrebbe presentato un’offerta di vendita duplice: ossia la p.ed. 108/1 p.m. 2, oppure la stessa p.ed. 108/1 con parte delle p.ed. 2, 3 e 4;

VIII - “violazione dell’art. 13 della l.p. n. 23 del 1990”, perché la gara si sarebbe svolta senza la previa assunzione dell’autorizzazione a contrarre;

IX - “illegittimità derivata” della deliberazione del Consiglio comunale di Comano Terme n. 2 del 30 gennaio 2012”.

10. Alla pubblica udienza del 7 giugno 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

11. Ciò premesso in via di fatto, il Collegio deve esaminare con priorità il ricorso incidentale, perché presenta un effetto

potenzialmente paralizzante di quello introduttivo, denunciandosi con esso la carenza in capo all'offerta di Immobiliare Gabbiano di alcuni dei requisiti di partecipazione. Infatti, ove il ricorso incidentale dovesse essere accolto, comportando la conseguenza dell'esclusione dalla gara della ricorrente principale, verrebbe meno in capo ad essa la legittimazione al ricorso introduttivo che, pertanto, dovrebbe essere dichiarato improcedibile per difetto di ogni utilità (cfr., C.d.S., Ad. Pl., 7.4.2011, n. 4).

Il ricorso incidentale, tuttavia, non è fondato.

11a. Con il primo mezzo è stato asserito che l'offerta dell'impresa Gabbiano avrebbe dovuto essere esclusa perché l'immobile proposto mancherebbe dei requisiti essenziali di un accesso autonomo e diretto e immediato con il piano terra.

La censura è infondata.

Il bando di gara, al punto A.2), aveva ammesso la possibilità che l'unità immobiliare fosse inserita in edifici e complessi multiuso purché si presentasse autonoma rispetto alle altre unità per l'accesso e per gli impianti con esclusione di quelli ad uso comune (es: centrale termica, ascensori). Al punto A.4.2) aveva invece stabilito che i 500 mq. di superficie utile dovessero essere su di un unico livello, preferibilmente al piano terra, e che il deposito dovesse essere collegato direttamente con gli spazi principali.

Ora, il bene offerto da Immobiliare Gabbiano è parte di una più ampia struttura, di recente realizzazione, destinata anche a centro commerciale. L'accesso è autonomo, perché previsto da una piazza

sopraelevata, pubblicamente accessibile tramite una rampa esterna per i veicoli e con un ascensore e un vano scala, connessi al piano terra, per i pedoni. Il bando, poi, correttamente letto, non richiedeva affatto che il piano terra, in quanto tale, fosse direttamente connesso al deposito ma che quest'ultimo dovesse essere direttamente collegato con gli spazi principali della biblioteca, i quali, a loro volta, potevano essere collegati sia al piano terra, (*“preferibilmente”* recita il bando) sia a piani diversi. In osservanza di ciò, l'offerta di Gabbiano prevedeva che il deposito fosse direttamente collegato alla piazza sopraelevata dove vi sarebbe stato l'accesso diretto agli spazi principali della biblioteca.

11b. Con il secondo motivo di ricorso incidentale si lamenta che la commissione di gara sarebbe stata *“eccessivamente indulgente”* nell'attribuire il punteggio tecnico all'offerta della ricorrente principale con riferimento ai criteri B.4.3) e B.7).

Anche questo mezzo è infondato.

11b1. Il criterio B.4.3), per il quale erano stati previsti 4 punti, recita: *“nel caso l'immobile fosse articolato su più piani, si terrà conto dei collegamenti fra gli stessi e della dislocazione dei vari locali, in considerazione di funzionalità e praticità”*.

Entrambe le proposte concorrenti hanno ottenuto 1,4 punti, corrispondenti al 30% del punteggio massimo, con una valutazione di *“adeguato”*, tenuto conto che *“la proposta della ditta Immobiliare Gabbiano è articolata su di un unico piano con accesso agli stessi mediante scivolo/ascensore/scala”* (e, in tal senso, anche la ricorrente principale ha

impugnato questo giudizio, a suo dire sottovalutato) ma che anche “*la soluzione della ditta Bleggi è articolata su più piani (locale deposito e biblioteca)*”.

Era dunque irrilevante, ai fini dell’attribuzione di questo punteggio, il sistema degli accessi perché la valutazione era limitata alla dislocazione e al collegamento tra i locali. Tenuto conto che entrambe le proposte hanno presentato sale lettura e deposito libri collocati su livelli diversi, alcuna censura può essere mossa al giudizio della Commissione.

11b2. Il criterio B.7) era invece dedicato alla valutazione delle prestazioni energetiche.

L’unità immobiliare della ditta Gabbiano ha ottenuto 2,5 punti dichiarando una prestazione energetica in classe B. L’immobile della ditta Bleggi Carlo (che necessita di essere ristrutturato essendo un edificio risalente agli anni ’30 e ’50 del secolo scorso, utilizzato come essiccatoio per il tabacco), ha invece ricevuto 4 punti proponendo, al termine dei lavori, prestazioni energetiche in classe A.

In questo caso Bleggi considera eccessivi i 2,5 punti per la classe B di Gabbiano, che rappresenterebbe il minimo prescritto dalla legge. Occorre però qui precisare che, a sua volta, la ricorrente principale Gabbiano denuncia l’attribuzione di 4 punti a Bleggi per un requisito basato non sulla classe di appartenenza dell’immobile ma su quella alla quale apparterrà in futuro dopo i lavori di apprestamento.

Da ciò emerge con evidenza la carenza di interesse a coltivare la censura avanzata con il ricorso incidentale (avverso dunque ai 2,5 punti per la classe B) da parte della ditta che ha ottenuto un punteggio

pieno per un requisito non esistente ma solamente proposto al momento della valutazione del suo immobile.

11c. Con il terzo motivo si critica la formulazione della clausola del disciplinare di gara ove aveva prescritto la *“dichiarazione della libertà del bene da vincoli pregiudizievoli ovvero analitica indicazione degli stessi con impegno, nel caso di aggiudicazione, a procedere alla loro cancellazione prima della stipula del contratto definitivo”*. Al riguardo, si denuncia che anche l’offerta dell’impresa Gabbiano avrebbe dovuto essere estromessa dalla procedura, non avendo essa dichiarato l’esistenza di un diritto reale di servitù sull’immobile proposto.

Anche questo mezzo non può essere apprezzato favorevolmente.

Primariamente, occorre sottolineare la non perspicuità della complessiva disciplina di gara, unitamente alla modulistica ad essa allegata, e, in particolare, laddove aveva prescritto - fra l’altro in modo non uniforme tra la prima e la seconda fase del procedura - la dichiarazione sui vincoli pregiudizievoli ai sensi del comma 3 dell’art. 36 della l.p. n. 23 del 1990.

In linea generale, occorre poi rammentare che, in presenza di obiettive imprecisioni negli atti di gara predisposti dall’Amministrazione, oppure a fronte di ipotesi di equivocità e incongruenza delle prescrizioni poste a carico dei concorrenti, deve prevalere il principio del favor participationis quale corollario del principio di concorrenza, nonché quale espressione del generale obbligo di comportarsi lealmente e secondo buona fede all’interno di ogni rapporto giuridico (cfr., in termini, T.R.G.A. Trento, 13.10.2011,

n. 254).

Ebbene, la disciplina speciale in esame aveva chiesto di esplicitare “*la libertà del bene da vincoli pregiudizievoli ovvero analitica indicazione degli stessi*”, con il contestuale “*impegno, nel caso di aggiudicazione, a procedere alla loro cancellazione prima della stipula del contratto*”.

Appare allora evidente che questa indubbiamente farraginoso ed incongrua disposizione, considerata nel suo insieme, pretendeva che i concorrenti dichiarassero, alternativamente e soltanto, o la libertà da qualsiasi peso di natura reale ovvero l'esistenza di eventuali vincoli pregiudizievoli estinguibili per iniziativa unilaterale dell'interessato: gli unici che potevano essere oggetto del conseguente impegno alla loro cancellazione. All'opposto, le servitù, intavolate a carico dell'unità immobiliare di Gabbiano, di “*tollerare la fognatura*” a favore del comune di Comano Terme, trattandosi di servitù coattive, non potendo essere cancellate per iniziativa unilaterale del soggetto gravato, pur costituendo un vincolo pregiudizievole, non dovevano essere dichiarate: questo, ripetesì, in base ad una irragionevole ma tuttavia vincolante prescrizione della legge speciale di gara.

11d. Il quarto e il quinto motivo del ricorso incidentale non propongono censure autonome nei confronti dell'offerta di Gabbiano Immobiliare ma presentano eccezioni alla ricostruzione esegetica della disciplina di gara suggerita dalla ricorrente principale con la richiesta di esclusione dalla procedura comparativa dell'offerta dell'impresa Bleggi Carlo.

12. Di conseguenza, il ricorso incidentale va conclusivamente

respinto.

Il Collegio deve pertanto esaminare le censure mosse con l'atto introduttivo del giudizio.

In linea generale, esaminata la inutilmente complessa ed irrazionale procedura sottoposta all'esame del Tribunale, che sembrerebbe configurare un'ipotesi di vendita di cosa futura, è pregiudiziale ricordare che l'uso di tale tipo contrattuale da parte della Pubblica amministrazione, pur ammissibile in astratto, in concreto va ricondotta a situazioni eccezionalissime e alla necessità - dettata dalla finalità di evitare intenti elusivi del principio generale del procedimento d'appalto - che l'Amministrazione valuti preventivamente la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie di realizzazione delle opere pubbliche, le quali restano il sistema ordinario per l'acquisizione di tali beni (cfr., C.d.S., Ad. Gen., 17.2.2000, n. 38/99; sez. V, 10.1.2005, n. 31; sez. VI, 1.3.2005, n. 816).

13a. Nel merito del ricorso principale, rileva il Collegio che ha carattere prioritario l'esame dell'ottavo motivo, di violazione dell'art. 13 della l.p. 19.7.1990, n. 23, in quanto, una volta riscontrata la sussistenza di un vizio invalidante l'intera procedura, la valutazione sugli altri vizi si risolverebbe in un giudizio meramente ipotetico sull'ulteriore attività amministrativa (cfr., in termini, C.d.S., sez. IV, 12.12.2006, n. 7271).

A questo mezzo, introdotto con il ricorso per motivi aggiunti, la controinteressata oppone innanzitutto l'eccezione di tardività,

potendo la ricorrente dedurre il vizio con il ricorso principale, atteso che la deliberazione a contrarre sarebbe solitamente richiamata negli atti di gara.

Secondariamente, la controinteressata ha opposto sia il difetto di interesse che l'intervenuta acquiescenza avendo Gabbiano Immobiliare partecipato alla procedura senza impugnare immediatamente la rilevata omissione.

Queste eccezioni non sono fondate.

13b. In primo luogo, non presenta alcun pregio l'osservazione che, siccome gli atti di gara solitamente richiamano gli estremi dei provvedimenti presupposti, la ricorrente avrebbe ben potuto denunciare la mancanza di essi con l'atto introduttivo.

Invero, risulta in atti che ancora in data 7 febbraio la ricorrente ha chiesto l'accesso agli atti di causa, richiesta parzialmente soddisfatta, e quindi ribadita e integrata con nota del 21 febbraio 2012 (cfr., doc. n. 12 e n. 29 in atti della ricorrente). Solo il successivo 7 marzo, inviando i verbali di gara n. 1 e n. 2 del 5 gennaio, il Comune di Comano Terme ha informato che, a monte della procedura de quo, non vi era stato alcuno specifico provvedimento autorizzativo a contrarre ma che, al termine della procedura, precisamente in data 30.1.2012, il Consiglio comunale aveva assunto la deliberazione n. 2, con la quale è stato approvato in linea tecnica l'acquisto dell'immobile della società Bleggi Carlo ai fini di accedere al finanziamento provinciale del fondo unico territoriale, il cui termine di scadenza annuale era fissato al 31 gennaio.

13c. Del tutto inconsistente è anche la seconda eccezione: non è revocabile in dubbio la sussistenza dell'interesse della ricorrente alla coltivazione di un motivo di censura che, ove fosse riconosciuto fondato, condurrebbe alla ripetizione di una gara alla quale ha partecipato a pieno titolo con un'offerta ritenuta valida dall'Amministrazione (cfr., in termini, C.d.S., Ad. Pl., 7.4.2011, n. 4).

La partecipazione alla gara, l'esito della quale può essere successivamente contestato anche in relazione agli atti presupposti di essa, si sostanzia in un atto necessario per radicare l'interesse al ricorso (cfr., C.d.S., sez. VI, 18.9.2009, n. 5626). Né l'avvenuta partecipazione alla gara implica l'accettazione implicita della disciplina e dei relativi presupposti (cfr., C.d.S., sez. V, 21.2.2011, n. 1074 e 21.9.2010, n. 7031). A ciò si aggiunga che la disciplina di gara non era di per sé immediatamente lesiva, sicché solo partecipando alla gara e solo conoscendone l'esito la Società ricorrente ha potuto in concreto valutare la lesività dei provvedimenti anche presupposti, ovvero la loro mancanza.

14a. Nel merito, la dedotta violazione dell'art. 13 della l.p. 19.7.1990, n. 23 (sull'attività contrattuale e sull'amministrazione dei beni), è fondata, così come è fondato il terzo motivo di ricorso con il quale è stato lamentato che le modifiche apportate alla lex specialis sono state assunte solo dal Responsabile del procedimento.

14b. È primariamente opportuno rammentare che l'indicata legge provinciale si applica all'attività contrattuale dei comuni in base al disposto dell'art. 2 bis, e che l'art. 13 recita: “*il provvedimento a contrarre*

*contiene i motivi circa l'opportunità di far luogo alla conclusione del contratto, le modalità di scelta del contraente, gli eventuali criteri di aggiudicazione nonché gli ulteriori elementi necessari per la determinazione del contenuto del contratto”.*

La norma di cui all'art. 13 è il corrispondente, a livello provinciale, dell'art. 192 del D.Lgs. 18.8.2000, n. 267, il quale a sua volta stabilisce che: *“la stipulazione dei contratti deve essere preceduta da apposita determinazione del responsabile del procedimento di spesa indicante: a) il fine che con il contratto si intende perseguire; b) l'oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali; c) le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e le ragioni che ne sono alla base”.*

Ora, con la riportata disposizione nell'ordinamento statale è stato definitivamente chiarito che l'assunzione della determinazione a contrarre spetta al responsabile del procedimento di spesa, dando così unitarietà ad un sistema normativo sulle competenze dei dirigenti e dei responsabili di servizio in attuazione della regola della *“separazione tra i compiti di direzione politica e quelli di direzione amministrativa”*, introdotta dalla legge 23.10.1992, n. 421.

Nell'ordinamento degli enti locali trentini la competenza in materia non è univoca. Infatti, il testo unico delle leggi regionali sull'ordinamento dei comuni della Regione autonoma Trentino-Alto Adige se da un lato ha recepito il generalissimo principio di separazione fra le funzioni di direzione politica e le funzioni di gestione amministrativa, ha contestualmente anche stabilito che nei comuni di modeste dimensioni, *“privi di figure dirigenziali, oltre al*

*segretario comunale, lo statuto può prevedere disposizioni che ... attribuiscono al sindaco, agli assessori o all'organo esecutivo il potere di adottare atti anche di natura tecnico-gestionale"* (cfr., art. 4, comma 1, decreto del Presidente della Regione 1.2.2005, n. 3/L).

In tal senso dispone anche l'art. 38, comma 1, lett. e), dello Statuto del Comune di Comano Terme (cfr., doc. n. 18 in atti della ricorrente), ove è previsto che spetta alla Giunta comunale, oltre ai limiti di importo stabiliti dall'atto di indirizzo, l'individuazione dei contraenti ove si possa procedere prescindendo dai confronti concorrenziali e, in caso contrario, la *"definizione dei criteri per l'individuazione dei soggetti da invitare ai confronti"*.

Questa deliberazione preventiva ai bandi / lettere d'invito non solo manifesta la formale volontà dell'Ente di contrattare, anche predeterminando il contenuto del futuro contratto, ma, principalmente, stabilisce sia le modalità che verranno seguite nella scelta del contraente che i criteri di aggiudicazione.

La deliberazione a contrarre ha quindi la funzione di legittimare l'organo o la struttura che rappresenta l'Ente comunale ad intraprendere la procedura dapprima e, successivamente, a stipulare il contratto.

Essa è strettamente connessa non solo con i procedimenti di controllo e di imputazione della spesa e con le risorse utilizzabili, ma anche con le modalità di attuazione dei programmi e degli obiettivi di attività dell'Ente. La previa deliberazione a contrarre, in sostanza, regola lo sviluppo dei percorsi prelusivi alla stipulazione del contratto

e costituisce il riferimento essenziale per ogni atto gestionale della procedura che conduce al contratto.

14c. Ebbene, nel caso in esame, alcuna deliberazione è stata previamente assunta per legittimare la procedura avviata con l'avviso pubblico del 16 dicembre 2011.

La procedura de quo, denominata dunque inappropriatamente “*acquisto di cosa futura*” nonostante l'immobile richiesto dovesse essere già realizzato e da consegnare allo stato grezzo, e con l'imposizione al venditore di importanti opere di sistemazione e di allestimento dello stesso (si pensi che l'aggiudicataria ha offerto un prezzo parametrico di 1.078.954,64 € ed un prezzo contrattuale pari a 1.430.000,00 € per l'esecuzione del meta-progetto predisposto dalla stessa Amministrazione) abbisognava dunque di un'adeguata motivazione non solo per la natura a dir poco singolare del procedimento scelto, ma anche per il contestuale affidamento dei lavori di sistemazione / ristrutturazione dello stabile allo stesso venditore (per oltre 350.000,00 €), così eludendo le procedure in materia di affidamento di lavori pubblici di cui alla l.p. 10.9.1993, n. 26.

A ciò si aggiunga che tale procedura è stata avviata con l'avviso pubblico del 16.12.2011 sottoscritto sia dal Segretario comunale che dal Responsabile del Servizio biblioteca, così come il disciplinare di gara allegato alla nota del 13.1.2012, mentre i successivi avvisi di rettifica/integrazione della disciplina di gara risultano firmati dallo stesso Responsabile del Servizio biblioteca, nel frattempo divenuto anche Responsabile del procedimento di gara, senza che

l'Amministrazione comunale abbia dimostrato, nemmeno in corso di causa, di aver assunto alcun formale provvedimento per investire il responsabile dei servizi di biblioteca anche delle funzioni di responsabile amministrativo della procedura competitiva.

14d. Né torna utile all'Amministrazione resistente opporre che l'acquisto di un immobile da adibire a biblioteca era stato previsto nel piano pluriennale delle opere pubbliche del 2011, sostanziandosi esso in un mero documento programmatico generale, come tale di competenza del Consiglio comunale (cfr., art. 26 decreto del Presidente della Regione n. 3/L del 2005).

14e. Come non giova alla controinteressata sottolineare che l'avviso pubblico era stato diramato con l'avvertenza che il Comune non assumeva *“alcun impegno nei confronti dei soggetti che eventualmente manifestino interesse”* né ai fini dell'acquisizione dell'immobile né all'avvio di trattative, e che non assumeva impegni nemmeno per *“la conclusione dell'acquisizione”*.

Quelle riportate, infatti, si sostanziano nelle rituali formule poste a tutela dell'Amministrazione nel caso che tutti gli immobili offerti fossero risultati inidonei rispetto alle finalità ed alle necessità da essa prefissate. In altri termini, quelle clausole significavano solamente che l'Amministrazione non si vincolava a concludere comunque un contratto di acquisizione, ed erano volte a eliminare, o a contenere, un'eventuale responsabilità precontrattuale per l'eventuale, preteso affidamento suscitato nelle imprese partecipanti al confronto sulla disponibilità di un titolo che avrebbe potuto abilitarle ad accedere alla

stipula di un contratto.

Nella realtà, ben due offerte hanno positivamente superato il vaglio dell'Amministrazione dimostrando così di possedere i requisiti per la positiva conclusione delle trattative. È comprova di ciò che, conclusa la procedura selettiva, l'Amministrazione comunale ha prontamente assunto la deliberazione n. 2, del 30.1.2012, con la quale il Sindaco è stato autorizzato a presentare la domanda al fine di ottenere il finanziamento necessario per l'acquisto dell'immobile.

15. In definitiva, con l'assorbimento dei mezzi non dettagliatamente esaminati, il ricorso introduttivo è fondato e deve conseguentemente essere accolta la domanda di annullamento di tutti i provvedimenti della procedura di causa.

16. La domanda risarcitoria deve essere invece respinta perché a supporto della stessa la Società ricorrente non ha fornito né alcuna prova né alcun principio di prova.

Con l'entrata in vigore del D.Lgs. 2.7.2010, n. 104, infatti, è stata definitivamente chiarita la questione della piena applicabilità al processo amministrativo del principio civilistico di cui all'art. 2697 c.c., secondo il quale spetta a chi agisce in giudizio provare i fatti posti a fondamento della pretesa avanzata. L'art. 64, comma 1, c.p.a. afferma infatti la regola secondo cui spetta alle parti l'onere di fornire la prova dei fatti che sono nella loro disponibilità e che vengono posti a fondamento delle domande e delle eccezioni.

E' stato, al riguardo, confermato anche dal Consiglio di Stato che:

- nel processo amministrativo, dopo l'entrata in vigore del nuovo

codice, il sistema probatorio continua ad essere retto dal principio dispositivo con metodo acquisitivo degli elementi di prova da parte del giudice quando il ricorrente non ha la disponibilità delle prove perché esse sono nell'esclusivo possesso dell'Amministrazione, essendo allora sufficiente che egli fornisca almeno un principio di prova (art. 64, comma 3);

- viceversa, che la disciplina contenuta nell'art. 64, comma 1, secondo la quale spetta a chi agisce in giudizio indicare e provare i fatti, “*deve trovare integrale applicazione anche nel processo amministrativo ogniqualvolta non ricorra tale disuguaglianza di posizioni tra Pubblica amministrazione e privato*” (cfr., C.d.S., sez. IV, 11.2.2011, n. 924).

17. Le spese e gli onorari del giudizio possono essere compensati tra le parti, in ragione della particolarità della questione giuridica oggetto di causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento (Sezione Unica)

definitivamente pronunciando sul ricorso n. 58 del 2012,

- quanto al ricorso incidentale, lo respinge;

- quanto al ricorso principale, lo accoglie e, per l'effetto, annulla la procedura di causa.

Compensa le spese di giudizio.

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

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

2012 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere

Alma Chiettini, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/06/2012

IL SEGRETARIO

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