



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1521 del 2008, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Icep S.r.l., Coop.Edilizia Santo Natale Soc.Coop, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avv. Marina Rozzio, con domicilio eletto presso l'avv. Marina Rozzio in Torino, c.so Duca degli Abruzzi, 42;

contro

Comune di Torino, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Anna Maria Arnone, Marialaura Piovano, con domicilio eletto presso Anna Maria Arnone in Torino, Comune To - via Corte D'Appello, 16;

per l'annullamento

del provvedimento di esclusione assunto dalla Città di Torino nei confronti delle ricorrenti e comunicato con lettera r.r. prot. n. 25268 - T.06 - 5/4 del 29.10.2008 nel contesto della gara per l'affidamento di "concessione di aree in diritto di superficie per la realizzazione di parcheggi pertinenziali" come da avviso in data 6.6.2008 con riferimento alla Circoscrizione VI - via Ponchielli, nonchè del bando di gara, dei verbali di gara e dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione della predetta gara;

nonchè dei motivi aggiunti depositati in data 23.02.2009, per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale n. cronologico 956 approvata il 21 ottobre 2008, depositata in giudizio in data 18 dicembre 2008 e solo in quel momento conosciuta dalla ricorrente con la quale si aggiudicava la gara per l'assegnazione in diritto di superficie delle aree da concedere a soggetti privati;

- del primo verbale della riunione della commissione del 9 settembre 2008;

- del secondo verbale della Commissione del 18 settembre 2008;

- nonchè di tutti i documenti prodromici, connessi e conseguenti;

- nonchè per la dichiarazione di inefficacia o, in subordine, di nullità del contratto eventualmente stipulato in esito agli atti impugnati nei limiti del riparto di giurisdizione e comunque per il risarcimento dei danni patiti e patienti dalle società ricorrenti

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Torino;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 novembre 2013 la dott.ssa Paola Malanetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Parte ricorrente ha impugnato il provvedimento con il quale l'amministrazione resistente la ha esclusa dalla gara per l'affidamento di "concessione di aree in diritto di superficie per la realizzazione di parcheggi pertinenziali", deducendo i seguenti motivi di ricorso:

1) Violazione dell'art. 2 del d.lgs. 163/2006. Violazione dell'art. 1 ss. l. n. 241/1990. Violazione del bando allegato E. Violazione dell'art. 2247 c.c. Eccesso di potere per travisamento dei fatti. Contesta parte ricorrente che la sanzione dell'esclusione sia stata comminata con riferimento alla mancata presentazione di documentazione, non chiaramente prescritta dal bando.

2) Violazione dell'art. 97 Cost.. Violazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 163/2006. Violazione dell'art. 1 ss. l. n. 241/90. Sviamento di potere. Contesta la ricorrente che l'apertura delle buste contenenti le offerte non sia avvenuta in seduta pubblica.

3) Violazione dell'art. 97 cost. Violazione dell'art. 1 ss. l. n. 241/90. Violazione dell'art. 75 r.d. 827/1924. Eccesso di potere per violazione del principio di trasparenza dell'azione amministrativa. Contesta parte ricorrente che il bando prevedesse l'inserimento di tutta la documentazione di gara (tecnica e economica) in una unica busta.

Con successivo ricorso per motivi aggiunti parte ricorrente ha impugnato la determinazione dirigenziale 956 del 21.10.2008, con la quale la gara veniva aggiudicata alla controinteressata.

Deduce parte ricorrente censure identiche a quelle già sviluppate avverso il provvedimento di esclusione.

Lamenta inoltre, con il quarto motivo di ricorso per motivi aggiunti, la violazione della *lex specialis* di gara con riferimento a quanto previsto dall'all. E e dall'all. C, punto 3, del bando di gara, nonché l'eccesso di potere per difetto di istruttoria. Contesta in particolare che non siano state condotte le prescritte verifiche circa l'idoneità delle prenotazioni di parcheggi esposte dall'aggiudicataria nella propria offerta.

Si è costituita l'amministrazione resistente contestando in fatto e diritto gli assunti di cui al ricorso.

Con ordinanza n. 1062/2008 di questo TAR l'istanza cautelare è stata respinta. Con ordinanza n. 1424/09 della sezione V del Consiglio di Stato l'appello cautelare è stato respinto.

All'udienza del 21.11.2013 la causa è stata discussa e decisa nel merito.

DIRITTO

Con riferimento al primo motivo di ricorso ritiene il collegio di dover ribadire quanto già statuito in sede cautelare, tanto da questo TAR quanto dal giudice d'appello.

Il bando in questione, all'allegato E, prevedeva, a pena di esclusione, la presentazione di due diverse tipologie di dichiarazioni.

Innanzitutto si prevedeva che le domande, redatte in bollo, fossero sottoscritte o autenticate dai "richiedenti o loro delegato o legale rappresentante dell'impresa cooperativa o società." Detto *incipit*, evidentemente riferito a tutte le tipologie di concorrenti, sia persone fisiche che persone giuridiche, precedeva immediatamente l'indicazione secondo cui il "proponente" (evidente forma riassuntiva per ricomprendere tutti i soggetti, persone fisiche in proprio o quali rappresentanti di persone giuridiche, appena elencati) dovesse dichiarare, per proprio conto, l'inesistenza a proprio carico di condanne penali che comportassero la perdita o la sospensione della capacità di

contrattare e di non essere interdetto, inabilitato o fallito, e che, a proprio carico, non fossero in corso procedure per la dichiarazione di nessuno di tali stati.

Procedeva quindi il bando al punto II, riferito a società e imprese, prescrivendo che venisse resa una dichiarazione attestante che la società “non rientra in cause di esclusione di cui all’art. 75 del d.p.r. 554/1999 nonché in quelle previste dall’art. 10 della legge 575/1965”. Il sovraindicato punto II era preceduto, come anche il punto I riferito alle persone fisiche, dall’espressione complessiva “dovranno inoltre presentare, ai fini dell’ammissione alla gara e sempre a pena di inammissibilità”, rendendo chiaro che si trattava di ulteriori obblighi di dichiarazioni rispetto a quelli appena esposti con riferimento al “proponente” e previsti, seppure in forme diverse, tanto per i partecipanti persone fisiche che per i partecipanti persone giuridiche.

In definitiva ritiene il collegio che il bando prescrivesse chiaramente due distinti obblighi di dichiarazione, con distinte finalità, entrambe prescritti a pena di esclusione a carico tanto delle persone giuridiche che dei loro rappresentanti/proponenti, anche in proprio.

Essendo pacifico che la ricorrente ha omesso la prima delle due prescritte dichiarazioni il provvedimento di esclusione appare corretto.

Con le successive due censure la ricorrente pone questioni che, ove fondate, sarebbero idonee al travolgimento dell’intera procedura. Per questa ragione, nonostante la correttezza della sua esclusione, le censure devono essere valutate.

Il secondo motivo di ricorso contesta che l’apertura delle offerte tecniche non sarebbe avvenuta in seduta pubblica, in violazione del principio di trasparenza.

Deve innanzitutto condividersi l’osservazione dell’amministrazione resistente secondo cui, nel caso di specie, non si tratta di una gara di appalto bensì di una concessione di servizio pubblico, per la quale le disposizioni in materia di gare pubbliche al limite trovano applicazione per principi.

Vero è, per altro, che la più recente giurisprudenza, e lo stesso legislatore intervenendo sul regolamento di esecuzione del codice dei contratti, hanno dato del principio di trasparenza amplissima interpretazione, arrivando ad affermare che l’apertura in seduta pubblica delle buste contenenti le offerte tecniche costituisce precipitato di detto principio. E’ tuttavia altresì vero che, proprio perché trattasi di modalità operativa enucleata nel tempo come estrinsecazione di un principio generale, sino al 2012 mancava una espressa previsione normativa sul punto, ed era prassi comune, avallata da parte della coeva giurisprudenza, che le amministrazioni riservassero la seduta pubblica alla sola apertura delle offerte economiche (oltre che dei plichi con verifica della documentazione amministrativa).

In siffatto quadro si sono susseguiti plurimi interventi dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, la quale, in un primo momento, ha statuito, con la pronuncia 13/2011, la generalità ed immanenza del principio di trasparenza inteso come pubblicità delle operazioni di gara, ivi incluso l’obbligo di apertura delle offerte tecniche in seduta pubblica; vero è altresì che il legislatore è quindi intervenuto con una espressa disposizione volta anche ad evitare il travolgimento pressochè a tappeto delle gare pubbliche in corso al momento dell’emersione del nuovo principio.

Detta previsione è stata analizzata dalla pronuncia dell’Adunanza plenaria n. 8/2013 la quale ha puntualizzato che: “il principio di pubblicità, pur di derivazione comunitaria, non è direttamente cogente ma ha un contenuto programmatico, restando perciò agli Stati membri la sua concreta declinazione in coerenza con altri valori, a cominciare da quello dell’affidamento incolpevole da parte dell’aggiudicatario che abbia confidato sulla vigenza di determinate regole procedurali che, nella specie, nella maggior parte dei casi, prevedevano l’apertura dei plichi in seduta riservata;

- con il citato art. 12 (*ndr art. 12 d.l. 52/2012*), di conseguenza, è stata normata la regola di diritto definita

dall'Adunanza plenaria ma è stato al contempo precisato che l'obbligo della seduta pubblica decorre dal 9 maggio 2012, confermando per il passato l'inesistenza di una disposizione cogente di tale contenuto

- questa disciplina transitoria ha lo scopo di evitare il travolgimento di numerosissime gare in corso, con i conseguenti oneri economici e amministrativi particolarmente gravosi nella presente fase di crisi economica;

- né appare logico, si deve concludere, attribuire alla norma *altra ratio*; non vi sarebbe ragione infatti per un intervento normativo che obbliga all'apertura pubblica dei plichi soltanto a partire da una certa data "anche per le gare in corso ove i plichi contenenti le offerte tecniche non siano stati ancora aperti", se non allo scopo di tenere esente dall'obbligo l'intervenuta, antecedente apertura dei plichi."

Ribadito che la giurisprudenza citata ha avuto a specifico riferimento gare di appalto, fattispecie ancora diversa dal presente caso, non può non osservarsi, che anche volendo considerare l'ulteriore estensione del principio di pubblicità ad una ipotesi come quella per cui è causa, secondo un criterio di massima ampiezza del principio generale, non può non tenersi conto dell'esigenza di salvaguardare gare che hanno rispettato la normativa così come pacificamente ritenuta vigente ed applicabile all'epoca del suo svolgimento (nel caso di specie trattasi di gara del 2008, ben antecedente dunque alle affermazioni dell'adunanza plenaria del 2011).

La censura deve essere dunque respinta.

Con il terzo motivo di ricorso si paventa che il bando non prevedesse una separata produzione dell'offerta tecnica e di quella economica; replica correttamente l'amministrazione che semplicemente non era prevista alcuna offerta economica in quanto tale. La censura è quindi infondata in fatto.

Con l'ultima censura dedotta con motivi aggiunti di ricorso si contesta che l'amministrazione non avrebbe attentamente scrutinato la documentazione prodotta dall'aggiudicataria con riferimento ai posti auto in edificazione per i quali dichiarava di avere delle prenotazioni.

Parte ricorrente, pur in astratto lamentando una carenza di istruttoria, non è risultata in grado (neppure potendo visionare la documentazione di gara ed avvalendosi, come fatto, dell'istituto dei motivi aggiunti di ricorso) di individuare quale effettiva carenza della documentazione e dell'offerta dell'aggiudicataria sarebbe sfuggita allo scrutinio dell'amministrazione, carenza di eventuale natura tale da comportare o l'esclusione dell'aggiudicataria o una qualsivoglia incidenza sul punteggio riconosciute.

La censura deve quindi essere respinta.

La "non felice formulazione dell'allegato E del bando", secondo l'espressione utilizzata dal giudice d'appello, giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso;

compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Roberta Ravasio, Primo Referendario

Paola Malanetto, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/12/2013

IL SEGRETARIO

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