

Se la banca mi rilascia la fideiussione, mi posso fidare?

Scritto da Alessandra Vindigni
Giovedì 09 Giugno 2011 19:08 -

N. 1071/2011 Reg. Prov. Coll. N. 3294 Reg. Ric. ANNO 2009 REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza) ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3294 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

C. Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Saitta, con domicilio eletto presso la Segreteria di questo Tar Catania in via Milano 42a;

contro

Comune di Messina, rappresentato e difeso dall'avv. Arturo Merlo, con domicilio eletto presso l'avv. Egidio Incorpora in Catania, via Aloi, 46;

nei confronti di

G. Spa + 3, non costituite in giudizio;

V. Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Nicola Seminara, con domicilio eletto presso lo stesso in Catania, corso delle Province, 203;

I. Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Raffaella Bonsangue, Fabio Florio e Franco Mugnai, con domicilio eletto presso l'avv. Fabio Florio in Catania, viale XX Settembre, 45;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- della determina dirigenziale n. 602/2009 di presa d'atto dei verbali della commissione giudicatrice e di aggiudicazione dell'appalto per l'affidamento del servizio di brokeraggio assicurativo per il triennio 2009/2011 alla V. Spa;

- di tutti i dei verbali della commissione giudicatrice;

- della nota del 10.12.2009 di diniego di accesso agli atti;

- della det. sindacale n. 105/2009 di nomina della commissione giudicatrice;

- della determina dirigenziale n. 188/2009 di approvazione del c.s.a., del disciplinare e del bando di gara;

Se la banca mi rilascia la fideiussione, mi posso fidare?

Scritto da Alessandra Vindigni
Giovedì 09 Giugno 2011 19:08 -

- della delib. G.M. n. 72/2009 di autorizzazione all'incanto per l'affidamento del servizio di brokeraggio assicurativo;

- del contratto eventualmente stipulato, degli atti presupposti, connessi e consequenziali;

quanto al primo ricorso per motivi aggiunti

- della determina n. 2/2010 di ratifica della determinazione sindacale n. 105 del 7-9-2009, e di tutti gli atti impugnati col ricorso introduttivo;

quanto al secondo ricorso per motivi aggiunti

di tutti gli atti impugnati col ricorso introduttivo e con il primo ricorso per motivi aggiunti.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Messina, di V. Spa e di I. Spa;

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 6 aprile 2011 il dott. Maria Stella Boscarino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso introduttivo del giudizio, notificato il 21 dicembre 2009 e depositato il giorno successivo, la ricorrente esponeva di aver partecipato alla gara per l'affidamento del servizio di brokeraggio assicurativo per il triennio 2009/2011, indetta dal Comune di Messina con determinazione dirigenziale del 30 giugno 2009 n. 188, con la quale venivano altresì approvati il bando di gara, il disciplinare ed il capitolato speciale d'appalto.

Con determinazione sindacale n. 105/2009 veniva nominata la commissione giudicatrice.

Alla gara partecipavano sette imprese tra le quali la ricorrente.

Le operazioni di gara si svolgevano tra l'8 settembre e l'11 dicembre 2009, e si concludevano con l'aggiudicazione dell'appalto all'Ati capogruppo V. Spa.

La ricorrente il 10 novembre 2009 chiedeva l'accesso alla documentazione di gara che veniva

Se la banca mi rilascia la fideiussione, mi posso fidare?

Scritto da Alessandra Vindigni
Giovedì 09 Giugno 2011 19:08 -

però consentita solo dopo la conclusione della stessa, in data 11 dicembre del 2009, peraltro limitatamente ai verbali di gara e con esclusione della documentazione prodotta dalle altre concorrenti.

Con il ricorso introduttivo la C. Spa, collocatasi penultima in graduatoria, chiedeva l'annullamento di tutte le operazioni di gara adducendone la illegittimità sotto quattro distinti profili:

con il primo motivo di ricorso lamentava l'illegittima nomina della commissione di gara in quanto avvenuta con atto del sindaco anziché del dirigente, argomentando la incompetenza del primo ad adottare l'atto, in quanto di mera gestione e non politico.

Con il secondo motivo la ricorrente lamentava l'illegittimità della composizione della commissione di gara perché composta da quattro componenti anziché da un numero dispari per come previsto dall'articolo 34 del decreto legislativo numero 163 del 2006.

Con il terzo motivo la ricorrente deduceva che illegittimamente era stato chiamato a far parte della commissione di gara il responsabile unico del procedimento.

Con il quarto motivo lamentava, in capo ai componenti della commissione, la mancata esperienza specifica nel settore oggetto di gara.

Con il quinto motivo la ricorrente lamentava la illegittimità degli atti del procedimento sotto il profilo sia della carenza di motivazione dei punteggi assegnati all'offerta tecnica, sia per violazione dell'articolo 83 del decreto legislativo n. 163 del 2006 (relativo alle norme per l'aggiudicazione delle gare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa), il quale, a seguito della modifica intervenuta con il decreto legislativo 11 settembre 2008 numero 152, impone di spostare già nella fase di indizione della gara la esplicitazione dei criteri in base ai quali saranno valutate le offerte, che in precedenza, nel testo originario dell'articolo 83 medesimo, era demandata alla commissione giudicatrice.

Con decreto presidenziale del 23 dicembre 2009 n. 1857 veniva accordata la sospensione degli atti impugnati.

Si costituivano in giudizio sia il Comune di Messina che la controinteressata aggiudicataria, formulando eccezioni in rito e, nel merito, difendendo la legittimità dei provvedimenti impugnati.

In data 28 gennaio 2010 il Comune depositava in copia tutta la documentazione di gara.

Con ricorso per motivi aggiunti, notificato l'11 febbraio 2010 e depositato in pari data, la ricorrente impugnava la determina n. 2/2010 adottata dal Dirigente dell'Avvocatura comunale al fine di ratificare e convalidare la determinazione sindacale n. 105 del 7-9-2009.

Avverso tale provvedimento la ricorrente lamentava:

- mancata comunicazione di avvio del procedimento agli altri concorrenti, ad eccezione

Se la banca mi rilascia la fideiussione, mi posso fidare?

Scritto da Alessandra Vindigni
Giovedì 09 Giugno 2011 19:08 -

dell'aggiudicataria e della ricorrente stessa (primo motivo);

- illegittimità della ratifica dell'atto di nomina della commissione (affetto da incompetenza), in quanto avvenuta allorquando il procedimento di gara era già stato concluso, con conseguente violazione dei principi di indipendenza ed imparzialità (secondo motivo);

- inesistenza dell'atto di ratifica in quanto intervenuto allorquando il provvedimento oggetto di convalida risultava sospeso da questo Tribunale con il decreto presidenziale del 23 dicembre 2009 (terzo motivo);

- invalidità dell'attività consequenziale alla nomina della commissione, non specificamente e motivatamente sanata dal dirigente.

Con secondo ricorso per motivi aggiunti, proposto a seguito dell'acquisizione in copia della documentazione di gara depositata in giudizio dal Comune, la ricorrente chiedeva l'annullamento degli atti della gara limitatamente alla parte in cui erano state ammesse le prime cinque classificate che precedevano la ricorrente stessa in graduatoria.

Dette imprese avrebbero dovuto essere escluse per insanabili carenze nella documentazione di gara, precisamente: per non aver sottoscritto, in ogni pagina, l'offerta economica, la relazione tecnica ed i curricula; per non avere presentato adeguate fideiussioni e referenze bancarie, essendo le sottoscrizioni illeggibili e non riconducibili a soggetti muniti dei relativi poteri; non essendo state rese idonee dichiarazioni ai sensi dell'articolo 38 del decreto legislativo 163 del 2006, mancando le dichiarazioni di alcuni soggetti muniti di poteri di rappresentanza, non surrogabili dalla dichiarazione presentata dal legale rappresentante; in capo ad altre concorrenti si contestava addirittura il mancato deposito dell'offerta economica.

In data 18 marzo 2010 veniva depositato ricorso incidentale proposto da I. Spa, la quale, assumendo che l'interesse al ricorso fosse insorto al momento del ricevimento della notifica del primo ricorso per motivi aggiunti (avvenuta in data 15 febbraio 2010), chiedeva l'annullamento degli atti della gara assumendone la illegittimità per non aver ricevuto comunicazione di avvio del procedimento di convalida dell'atto di nomina della commissione di gara e per altre ragioni, con conseguente illegittimità degli atti compiuti dalla commissione invalidamente costituita.

Le parti depositavano ulteriori memorie e repliche in vista dell'udienza.

In particolare, la ricorrente, con memoria depositata il 18.3.2011, graduava le censure introdotte con i vari ricorsi chiedendo, in via principale, l'esame del secondo ricorso per motivi aggiunti, in quanto suscettibile di realizzare in modo pieno la soddisfazione del proprio principale interesse (all'assegnazione dell'appalto) e, solo in via graduata, l'esame dei ricorsi introduttivo e primo ricorso per motivi aggiunti.

Invece, l'Amministrazione e la controinteressata insistevano sulle eccezioni in rito (circa la tempestività ed ammissibilità dei ricorsi introduttivo e per motivi aggiunti), e, nel merito, controdeducevano puntualmente a tutti i motivi fatti valere dalla ricorrente.

Se la banca mi rilascia la fideiussione, mi posso fidare?

Scritto da Alessandra Vindigni
Giovedì 09 Giugno 2011 19:08 -

Infine, all'udienza pubblica del giorno 6 aprile 2011 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

I. Per ragioni di ordine logico, il Collegio prende in esame il ricorso incidentale di I. S.p.A., notificato il 17-3-2010 e depositato in data 18 marzo 2010.

Di tale ricorso la V. eccepisce l'inammissibilità per carenza di interesse.

L'eccezione risulta fondata: nessun vantaggio deriverebbe alla ricorrente incidentale dall'annullamento della deliberazione n. 2/2010 (di ratifica della determinazione sindacale n. 105 del 7-9-2009) incidentale dato che questa, in realtà, insorge avverso gli stessi provvedimenti impugnati dalla ricorrente principale, facendo valere un proprio interesse (adesivo) all'annullamento degli stessi, configurandosi in concreto quindi come mera cointeressata.

In sostanza, l'accoglimento del ricorso incidentale non travolgerebbe, all'evidenza, i provvedimenti anteriormente adottati, ivi inclusi gli atti della gara e l'aggiudicazione all'ATI V., ai quali I. ha prestato acquiescenza, pur avendo conosciuto il provvedimento di aggiudicazione, al più tardi, alla data di notifica del ricorso introduttivo (notificato anche a I. nel dicembre 2009).

Ove avesse inteso insorgere avverso il provvedimento di aggiudicazione, I. avrebbe dovuto tempestivamente gravarsi a seguito della notificazione del ricorso introduttivo, e non certo successivamente alla notificazione dei motivi aggiunti.

L'acquiescenza prestata agli atti della gara ed all'aggiudicazione priva pertanto l'impresa dell'interesse all'accoglimento del ricorso, dal quale non conseguirebbe alcun risultato utile, non potendo più essere posto in discussione, dalla stessa, l'esito della gara.

II. Premesso che con il ricorso introduttivo e con il primo ricorso per motivi aggiunti la ricorrente fa valere l'interesse strumentale all'annullamento dell'intero procedimento di gara, perché in tale evenienza potrebbe concorrere nuovamente con la speranza di aggiudicarsi il nuovo esperimento di gara, il Collegio ritiene di dovere prendere in esame il secondo ricorso per motivi aggiunti, depositato il 12.3.2010, con il quale la ricorrente, classificata al 7^o posto in gara, mira all'annullamento della gara limitatamente all'ammissione delle sei imprese meglio collocate in graduatoria, onde conseguire l'aggiudicazione.

Sul punto occorre, però, prendere in esame le eccezioni in rito opposte dalle Difese dell'Amm.ne e della controinteressata.

Il Collegio ravvisa l'infondatezza dell'eccezione di irricevibilità per tardività del secondo ricorso per motivi aggiunti: la ricorrente, infatti, ha comprovato in giudizio di avere chiesto, il 10 novembre 2009, l'accesso alla documentazione di gara, e che lo stesso veniva negato con riferimento alla documentazione prodotta dalle altre concorrenti.

Pertanto la notifica dei motivi aggiunti, avvenuta a seguito della produzione in giudizio da parte

Se la banca mi rilascia la fideiussione, mi posso fidare?

Scritto da Alessandra Vindigni
Giovedì 09 Giugno 2011 19:08 -

del Comune di tutti i documenti della gara, risulta tempestiva.

Quanto all'eccezione di inammissibilità dei motivi aggiunti perché la relativa impugnazione avrebbe dovuto essere preceduta dalla rinuncia al ricorso introduttivo ed ai primi motivi aggiunti, il cui accoglimento precluderebbe l'esame del secondo ricorso per motivi aggiunti, il Collegio ritiene che tale inammissibilità non sussista, avendo parte ricorrente graduato in memoria l'interesse all'esame delle varie censure, chiedendo, in via principale, l'esame del secondo ricorso per motivi aggiunti, in quanto suscettibile di realizzare in modo pieno il proprio principale interesse (all'assegnazione dell'appalto) e, solo in via subordinata, l'esame dei ricorsi introduttivo e primo ricorso per motivi aggiunti.

III. Nel merito, il secondo ricorso per motivi aggiunti è infondato.

Per ragioni di economia processuale, verranno esaminate le sole censure avverso la posizione dell'attuale aggiudicataria, atteso che l'infondatezza delle stesse priva la ricorrente dell'interesse a vedere esaminate le altre posizioni che la precedono.

Con il primo motivo il ricorso la ricorrente lamenta "violazione e falsa applicazione dei principi di imparzialità e buon andamento della P.A. e dell'art. 97 Cost."

Limitandosi all'esame della posizione dell'aggiudicataria, viene dedotto che la V. avrebbe dovuto essere esclusa per non aver sottoscritto, in ogni pagina, l'offerta economica, la relazione tecnica e i *curricula*

Il motivo è infondato: quanto all'offerta ed alla relazione, il disciplinare di gara non ha richiesto la sottoscrizione dell'offerta tecnica e di quella economica in ogni pagina, tanto meno a pena di esclusione.

L'art. 10 del capitolato speciale (Modalità di presentazione della documentazione e dell'offerta) ha infatti richiesto la presentazione di "una seconda busta (busta n. 2), chiusa con dicitura esterna, consistente in una relazione dettagliata ed esaustiva contenente le informazioni di cui all'art. 9 del presente capitolato. Tale relazione dovrà essere sottoscritta in calce dal titolare della ditta individuale o dal legale rappresentante in caso di società. L'offerta economica deve essere inserita in una terza busta (busta n. 3) con dicitura esterna Le tre buste di cui sopra devono essere inserite in apposito plico controfirmato sui lembi di chiusura".

Pertanto, non è stata espressamente richiesta la sottoscrizione né dell'offerta né della relazione in ogni pagina, anzi, riguardo la relazione, il dato testuale è in senso opposto, essendosi richiesta la sottoscrizione solo in calce, e ciò sarebbe di per sé sufficiente ad escludere ulteriori oneri in capo alle concorrenti.

D'altra parte, le cautele imposte per la presentazione dei documenti, da suddividere in tre buste, a loro volta da inserire in apposito plico controfirmato all'esterno, risultano idonee ad impedire qualsiasi possibilità di dubbio sulla provenienza degli atti sottoscritti dai concorrenti.

Se la banca mi rilascia la fideiussione, mi posso fidare?

Scritto da Alessandra Vindigni
Giovedì 09 Giugno 2011 19:08 -

Poiché, quindi, le prescrizioni relative alla presentazione dei documenti e dell'offerta sono state rispettate da V., soccorrono alcuni, pacifici, principi elaborati dalla Giurisprudenza in questa materia: quello secondo il quale, nell'incertezza circa l'interpretazione di una clausola ambigua, deve accordarsi prevalenza all'interesse pubblico alla più ampia partecipazione dei concorrenti, il principio di tutela dell'affidamento e quello secondo cui la volontà di sanzionare con l'esclusione l'inosservanza di una specifica modalità di presentazione delle offerte deve essere chiaramente espressa nel bando di gara, rimanendo preclusa, in mancanza di tale univoca sanzione, ogni diversa interpretazione in ordine alle conseguenze delle ipotizzate irregolarità (fra le più recenti, TAR Lazio, I, 3-5-2010 n. 9134).

Con specifico riferimento al documento composto da più pagine, inoltre, la Giurisprudenza (anche di questo Tribunale) ha avuto occasione di affermare che la mancata sottoscrizione di ogni pagina di ciascun documento, in presenza, peraltro, della firma regolarmente apposta in calce allo stesso, non toglie efficacia al documento medesimo nella sua interezza e non è atta a generare dubbi sulla provenienza di esso; pertanto ingiustificato si presenta il comportamento della commissione di gara che con l'interpretazione restrittiva delle disposizioni del bando di gara ha violato i principi di buon andamento e di ragionevolezza dell'azione amministrativa, costituzionalmente garantiti, e di massima partecipazione alle gare d'appalto nell'interesse della p.a. a che l'aggiudicazione dell'appalto avvenga a favore della impresa che ha fornito la migliore offerta, anche in considerazione del fatto che, in presenza di dubbi o incertezze, deve farsi ricorso alla richiesta di integrazione documentale e non certo alla esclusione dei concorrenti (T.A.R. Sicilia - Catania, I, n. 815/2003 del 19 maggio 2003).

Quanto alla mancata sottoscrizione dei
curricula

, occorre rilevare che il disciplinare di gara non ha richiesto l'allegazione di alcun
curriculum

; l'art. 9, punto c, si limita a indicare, fra i criteri di valutazione, l'elemento del "Gruppo di lavoro dedicato", elencando, tra gli elementi di possibile valutazione, a titolo esemplificativo, "la composizione del gruppo di lavoro, la disponibilità di strutture tecniche, il personale dedicato, ecc."

Pertanto, il curriculum non costituisce un documento di gara.

Al riguardo, questa Sezione ha avuto modo di affermare che l'Amministrazione non può escludere un concorrente da una gara d'appalto per avere allegato all'offerta tecnica
curricula

non sottoscritti dai professionisti, qualora nessuna clausola prevedeva tale formalità, tanto meno a pena di esclusione; pertanto, in mancanza di espressa comminatoria di esclusione a sanzionare una sottoscrizione non prevista, l'Amministrazione deve fare applicazione del principio giurisprudenziale secondo il quale in materia di contratti pubblici, stante il principio della tassatività delle cause di esclusione e il

favor participationis

, non è possibile disporre la esclusione per carenze documentali che non siano così espressamente sanzionate dalla

Se la banca mi rilascia la fideiussione, mi posso fidare?

Scritto da Alessandra Vindigni
Giovedì 09 Giugno 2011 19:08 -

lex specialis

(T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 22 aprile 2010, n. 1192).

IV. Con il secondo motivo si lamenta, a carico di tutte le partecipanti (e quindi anche dell'aggiudicataria), l'assenza di adeguate fideiussioni e referenze bancarie, in quanto la fideiussione sarebbe stata (invalidamente) sottoscritta, per conto del fideiussore, da un soggetto che non risulta qualificato e qualificabile in alcun modo.

Ma la censura non è fondata.

Limitando la disamina alla posizione dell'aggiudicataria, il Collegio ritiene di fare applicazione del principio recentemente affermato dal Giudice d'appello, secondo il quale, premesso che nelle gare d'appalto le eventuali carenze di natura meramente formale non possono portare all'esclusione in assenza di specifica ed espressa previsione della "

lex specialis

" o di norme inderogabili, o comunque laddove non rispondano a un particolare interesse dell'amministrazione e non siano dirette a garantire la parità dei concorrenti, dovendo tra l'altro prevalere, al riguardo, il principio generale del "

favor participationis

"; considerato, altresì, che la verifica della regolarità della documentazione rispetto alle norme del bando e del capitolato, non va condotta con lo spirito della caccia all'errore, ma tenendo conto dell'evoluzione dell'ordinamento in favore della semplificazione e del divieto di aggravamento degli oneri burocratici, ciò posto, " l'eventuale carenza,....., in capo ai soggetti che hanno sottoscritto la fideiussione, del potere di obbligare la banca, non potrebbe essere opposta al terzo in favore del quale è stata prestata la garanzia, visto che quando un'impresa si avvale per la propria attività di un apparato organizzato di mezzi e di personale, anche gli ausiliari subordinati, cui sono affidate mansioni che li pongono a contatto con i terzi, hanno un (seppur limitato) potere di rappresentanza, anche in mancanza di specifico atto di conferimento, e possono compiere gli atti che ordinariamente comporta la specie delle operazioni di cui sono incaricati, salve le limitazioni contenute nell'atto di conferimento della rappresentanza. Nel caso di specie, non appare suscettiva di inficiare la validità del negozio fideiussorio la circostanza che lo stesso sia stato sottoscritto da due funzionari dell'istituto di credito, perché, come sopra evidenziato, l'eventuale carenza del potere di rappresentanza di detti funzionari non comporta l'inefficacia del negozio ai fini della partecipazione alla gara e, comunque, non è opponibile alla società garantita (C.G.A, decisione n. 1311/2010 del 26 ottobre 2010)".

Alla luce del superiore, condivisibile, principio, va concluso nel senso che l'illeggibilità della sigla non avrebbe potuto, in ogni caso, determinare l'esclusione dei concorrenti, ma, al più, eventuali dubbi avrebbero dovuto condurre ad ulteriori accertamenti, tanto più se si consideri che l'illeggibilità della firma del sottoscrittore della Polizza fideiussoria non è stata prevista, con espressa previsione del bando di gara, quale causa di esclusione.

V. Con il terzo motivo, parte ricorrente lamenta nei confronti di V. la mancanza delle dichiarazioni

ex

Se la banca mi rilascia la fideiussione, mi posso fidare?

Scritto da Alessandra Vindigni
Giovedì 09 Giugno 2011 19:08 -

art. 38 D. Lgs. n. 163/2006 da parte di due procuratori speciali, nonché di uno dei legali rappresentanti della mandante V..

Occorre premettere che il bando ha stabilito che dette dichiarazioni fossero presentate dal legale rappresentante della società, e non da ciascuno dei soggetti investiti di potere di rappresentanza.

In altri termini, il bando ha consentito che un unico soggetto, il legale rappresentante, provvedesse alla sottoscrizione della dichiarazione, pur se riferita non solo a se stesso ma anche a tutti gli altri soggetti investiti di potere di rappresentanza.

La previsione del bando, che della gara costituisce la *lex specialis*

, legittima l'avvenuta presentazione, da parte di V. E., legale rappresentante della mandante, di una dichiarazione, riferita anche all'altro legale rappresentante (V. E.); non bisogna dimenticare, in proposito, che "la verifica della regolarità della documentazione rispetto alle norme del bando e del capitolato, non va condotta con lo spirito della caccia all'errore, ma tenendo conto dell'evoluzione dell'ordinamento in favore della semplificazione e del divieto di aggravamento degli oneri burocratici (in termini, C.G.A., dec. n. 1311/2010 cit.)" e che la Pubblica amministrazione è rigidamente vincolata dalla

lex specialis

e non può disporre l'esclusione dalla gara per cause diverse da quelle ivi espressamente previste, in virtù del principio dell'autovincolo e dell'affidamento, corollari dell'art. 97 cost. (CdS, V, 22.3.2010 n. 1652).

Per di più, la previsione del bando appare in linea con la più recente Giurisprudenza, che, in un'ottica di semplificazione, ha preso posizione sulla tematica in questione nel senso che l'obbligo di dichiarare l'assenza dei c.d. "pregiudizi penali" può ritenersi assolto dal legale rappresentante dell'impresa anche avuto riguardo ai terzi (direttori tecnici o altri soggetti comunque muniti di poteri di rappresentanza, anche se cessati dalla carica nel triennio antecedente), nel presupposto che anche in questo caso operino le previsioni di responsabilità penale ed il potere di verifica da parte della stazione appaltante (Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, n. 7524/2010 del 15/10/2010 e Giur. ivi citata: C.d.S., sez. V, 19 novembre 2009, n. 7244 e 7 ottobre 2009, n. 6114; Cons. giust. amm., 11 aprile 2008, n. 312).

Quanto alla mancanza delle dichiarazioni ex art. 38 D. Lgs. n. 163/2006 da parte di due procuratori speciali di V., oltre a quanto fin qui detto, occorre ricordare (proprio sulla figura del procuratore speciale) che recentemente il Consiglio di Stato, dopo un'accurata disamina degli orientamenti giurisprudenziali, ha preso posizione nel senso di escludere la necessità di presentare dichiarazioni riferite a tali figure.

In particolare, il Consiglio di Stato, con recente decisione n. 513/2011, infra ampiamente riportata, ed alla quale il Collegio ritiene di richiamarsi, ha innanzi tutto ricordato il contrasto in Giurisprudenza circa l'interpretazione del citato art. 38 con riferimento ai soggetti per i quali la dichiarazione deve essere resa.

Se la banca mi rilascia la fideiussione, mi posso fidare?

Scritto da Alessandra Vindigni
Giovedì 09 Giugno 2011 19:08 -

Infatti, l'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006 fa riferimento, per le società di capitali, agli "amministratori muniti del potere di rappresentanza". Secondo una parte della giurisprudenza, per l'individuazione dei soggetti tenuti alle dichiarazioni sostitutive finalizzate alla verifica del possesso dei requisiti di moralità, quando si tratti di titolari di organi di persone giuridiche da ricondurre alla nozione di "amministratori muniti di poteri di rappresentanza", occorre esaminare i poteri, le funzioni e il ruolo effettivamente e sostanzialmente attribuiti al soggetto considerato, al di là delle qualifiche formali rivestite (Cons. Stato, V, 16 novembre 2010 n. 8059; VI, 8 febbraio 2007, n. 523, che nella categoria degli amministratori, ai fini dell'art. 38 cit., fanno rientrare sia i "soggetti che abbiano avuto un significativo ruolo decisionale e gestionale societario", sia i procuratori ai quali siano conferiti poteri di partecipare a pubblici appalti formulando le relative offerte). Altra giurisprudenza ha, da un lato, aderito alla necessità di effettuare una valutazione sostanzialistica della sussistenza delle cause ostative, derivando - in assenza di più restrittive clausole di gara - l'effetto di esclusione dalla procedura solo dal mancato possesso dei requisiti, e non dalla omissione o incompletezza della dichiarazione (Cons. Stato, V, 9 novembre 2010, n. 7967) e, sotto altro aspetto, ha limitato la sussistenza dell'obbligo di dichiarazione ai soli amministratori muniti di potere di rappresentanza e ai direttori tecnici, e non anche a tutti i procuratori della società (T.A.R. Basilicata, I, 22 aprile 2009, n. 131; T.A.R. Liguria, II, 11 luglio 2008, n. 1485; T.A.R. Calabria - Reggio Calabria, I, 08 luglio 2008, n. 379).

Ciò posto, si è ritenuto di dover aderire alla seconda tesi, che limita l'applicabilità della disposizione ai soli amministratori della società, e non anche ai procuratori speciali, in quanto ai sensi dell'art. 2380-

bis

c.c., la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori e può essere concentrata in un unico soggetto (amministratore unico) o affidata a più persone, che sono i componenti del consiglio di amministrazione (in caso di scelta del sistema monistico

ex

artt. 2380 e 2409-sexiesdecies c.c.) o del consiglio di gestione (in caso di opzione in favore del sistema dualistico

ex

artt. 2380 e 2409-

octies

c.c.): ad essi, o a taluni tra essi, spetta la rappresentanza istituzionale della società. I

procuratori speciali (o

ad negotia

) sono invece soggetti cui può essere conferita la rappresentanza - di diritto comune - della società, ma che non sono amministratori e ciò a prescindere dall'esame dei poteri loro assegnati. L'art. 38 del d. lgs. n. 163/06 richiede la compresenza della qualifica di amministratore e del potere di rappresentanza e non vi è alcuna possibilità per estendere l'applicabilità della disposizione a soggetti, quali i procuratori, che amministratori non sono. Del resto, si tratta di una norma che limita la partecipazione alle gare e la libertà di iniziativa economica delle imprese, essendo prescrittiva dei requisiti di partecipazione e che, in quanto tale, assume carattere eccezionale ed è, quindi, insuscettibile di applicazione analogica a situazioni diverse, quale è quella dei procuratori. Peraltro, anche l'applicazione analogica

Se la banca mi rilascia la fideiussione, mi posso fidare?

Scritto da Alessandra Vindigni
Giovedì 09 Giugno 2011 19:08 -

sarebbe opinabile, in presenza di una radicale diversità della situazione dell'amministratore, cui spettano compiti gestionali e decisionali di indirizzi e scelte imprenditoriali e quella del procuratore, il quale, benché possa essere munito di poteri di rappresentanza, è soggetto dotato di limitati poteri rappresentativi e gestionali, ma non decisionali (nel senso che i poteri di gestione sono pur sempre circoscritti dalle direttive fornite dagli amministratori). In altri termini le manifestazioni di volontà del procuratore possono produrre effetti nella sfera giuridica della società, ma ciò non significa che egli abbia un ruolo nella determinazione delle scelte imprenditoriali, lasciate all'amministratore. Pertanto, l'art. 38 del d.lgs. n. 163/06 - nell'individuare i soggetti tenuti a rendere la dichiarazione - fa riferimento soltanto agli "amministratori muniti di potere di rappresentanza": ossia, ai soggetti che siano titolari di ampi e generali poteri di amministrazione, senza estendere l'obbligo ai procuratori. La soluzione accolta, oltre ad essere maggiormente rispondente al dato letterale del citato art. 38, evita che l'obbligo della dichiarazione possa dipendere da sottili distinzioni circa l'ampiezza dei poteri del procuratore, inidonee a garantire la certezza del diritto sotto un profilo di estrema rilevanza per la libertà di iniziativa economica delle imprese, costituito dalla possibilità di partecipare ai pubblici appalti (fin qui, testualmente, Cons. Stato, V, n. 513/2011).

Pertanto, anche sotto tale, ulteriore, profilo, la censura risulta infondata.

Conclusivamente, il ricorso per motivi aggiunti, nella parte in avversa la posizione dell'ATI V., è infondato, e tanto esime il Collegio dal prendere in esame i profili sollevati nei riguardi delle altre concorrenti, giacché un accoglimento parziale basato su una loro eventuale fondatezza non arrecherebbe alcun vantaggio alla ricorrente, che rimarrebbe posposta alla V..

VI. Per ragioni di pregiudizialità, occorre ora esaminare il primo ricorso per motivi aggiunti, che mira a travolgere la determina n. 2/2010 adottata dal Dirigente dell'Avvocatura comunale al fine di ratificare e convalidare la determinazione sindacale n. 105 del 7-9-2009.

Il primo motivo, con il quale la ricorrente si duole della circostanza che l'avviso di avvio del procedimento di convalida sia stato inviato soltanto alla C. e non agli altri concorrenti, è inammissibile, in quanto volto a tutelare un interesse estraneo alla propria sfera giuridica, proprio di altre concorrenti, e senza che la ricorrente ne abbia ricevuto alcun pregiudizio.

Il secondo motivo, secondo il quale la convalida non sarebbe applicabile all'atto di nomina della Commissione di gara da parte di soggetto incompetente (nella specie, l'organo politico), è parimenti infondato.

Ricordato che, nel caso in questione, contrariamente a quanto dedotto da parte ricorrente, non si versa in ipotesi di incompetenza assoluta, appartenendo entrambi gli organi al medesimo plesso amministrativo (cfr. art. 21 della L. 109/94 come recepita dalla L.R. n. 7/2002 circa la competenza del dirigente), occorre ricordare il principio generale posto dell'art. 6 della Legge 18 marzo 1968, n. 249, il quale dispone testualmente che "Alla convalida degli atti viziati di incompetenza può provvedersi anche in pendenza di gravame in sede amministrativa e giurisdizionale."

E l'esercizio del potere di convalida (mediante ratifica) spettante all'organo competente sana

Se la banca mi rilascia la fideiussione, mi posso fidare?

Scritto da Alessandra Vindigni
Giovedì 09 Giugno 2011 19:08 -

con efficacia retroattiva l'atto viziato da incompetenza relativa, ancorché quest'ultimo sia oggetto di ricorso giurisdizionale pendente, ma fino a quando non ne sia intervenuto l'annullamento (Consiglio di Stato, sez. IV, 28 febbraio 2005, n. 739); ed infatti il provvedimento di secondo grado con cui l'autorità competente fa proprio un atto adottato da un organo riconosciuto incompetente, esprimendo l'univoca volontà di eliminare il vizio suddetto, costituisce un provvedimento di ratifica - o di convalida, secondo la terminologia adottata dall'art. 6 l. n. 249 del 1968 - il quale si sostituisce all'atto viziato con effetto "

ex tunc

" (cfr. Consiglio Stato sez. IV, 17 maggio 2010, n. 3121).

Sotto altro profilo, lo stesso Consiglio di Stato ha avuto modo di chiarire che "La ratifica è una ipotesi di specie della categoria più ampia degli atti di convalida, caratterizzata dalla retroattività dei suoi effetti sananti e dalla particolarità del vizio, l'incompetenza in senso proprio, che affligge l'atto soggetto a sanatoria da parte dell'organo, appunto, competente. Ciò deriva dall'espressa formulazione di una norma generale, l'art. 6 l. 18 marzo 1968 n. 249, tuttora vigente e non incompatibile con l'art. 21

nonies

, comma 2, l. n. 241 del 1990 (sez. VI, 07 maggio 2009, n. 2840)".

Nella specie, poi, la motivazione circa l'interesse pubblico ad evitare il protrarsi della procedura, attraverso la ripetizione della gara, e il breve tempo decorso dall'adozione dell'atto invalido concretizzano, altresì, le condizioni di legittimità stabilite dall'art. 21

nonies

, 2^a comma, della L. 241/90.

Con il terzo motivo (aggiunto), il ricorrente assume l'illegittimità della ratifica, in forza della considerazione che, al momento della stessa, l'atto ratificato non era efficace, in quanto sospeso con provvedimento presidenziale.

Ma anche detto motivo è infondato, atteso che l'unica preclusione all'adozione di un atto di ratifica è costituita, come visto sopra, dall'intervenuto annullamento dell'atto e non dalla sospensione dell'esecutività dello stesso.

Oltretutto, la ratifica è intervenuta il 12.1.2009, data in cui l'istanza cautelare era stata trattata collegialmente con un rinvio senza conferma del provvedimento cautelare.

Quanto alla censura relativa alla necessità di convalida di ogni attività successiva, la stessa è infondata alla luce della retroattività dell'atto impugnato, come già ampiamente descritta sopra.

Il primo ricorso per motivi aggiunti è, quindi, infondato.

VII. Il Collegio procede all'esame del ricorso introduttivo.

Il primo motivo di ricorso, relativo all'illegittima nomina della commissione di gara in quanto avvenuta con atto del sindaco anziché del dirigente, è improcedibile, attesa la convalida di cui sopra.

Se la banca mi rilascia la fideiussione, mi posso fidare?

Scritto da Alessandra Vindigni
Giovedì 09 Giugno 2011 19:08 -

Il secondo motivo, volto a lamentare l'illegittimità della composizione della commissione di gara (perché composta da quattro componenti anziché da un numero dispari per come previsto dall'articolo 34 del decreto legislativo numero 163 del 2006) è infondato in punto di fatto, atteso che risulta chiaro dal provvedimento di nomina che la Commissione è stata prevista nel rituale numero di componenti, tre, oltre al segretario, il quale, all'evidenza, non è componente del seggio.

Ne consegue altresì l'infondatezza del terzo motivo, volto a dedurre l'illegittima inclusione nella commissione di gara del responsabile unico del procedimento: infatti, il Rup ha rivestito unicamente la funzione di segretario.

Con il quarto motivo la ricorrente ha dedotto, in capo ai componenti della commissione, la mancata esperienza specifica nel settore oggetto di gara.

Tale censura appare infondata, alla luce delle difese delle controparti, rimaste, sul punto, prive di replica, riguardo le qualifiche professionali dei componenti del seggio di gara, precisamente il dott. Mauro, Vice segretario generale del Comune (e quindi fornito di ampia competenza giuridico amm.va) e la dott. R., Vice capo di Gab. del Sindaco (quanto al dr. I., funzionario del Dipart. Contratti e gare, non vi è questione, essendo riconosciuta la specifica competenza già da parte dello stesso ricorrente).

Considerato che all'interno di un Ente è assolutamente remota la possibilità di rinvenire un esperto in brokeraggio, è evidente che una generale esperienza in materia giuridico amministrativa e le funzioni dirigenziali costituiscono elementi ampiamente sufficienti per garantire la necessaria competenza.

Viene quindi in rilievo il quinto motivo di ricorso, con il quale la ricorrente ha lamentato la illegittimità degli atti del procedimento sotto il profilo sia della carenza di motivazione dei punteggi assegnati all'offerta tecnica, sia per violazione dell'articolo 83 del decreto legislativo n. 163 del 2006 (relativo alle norme per l'aggiudicazione delle gare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa), il quale, a seguito della modifica intervenuta con il decreto legislativo 11 settembre 2008 numero 152, impone di spostare già nella fase di indizione della gara la esplicitazione dei criteri in base ai quali saranno valutate le offerte, che in precedenza, nel testo originario dell'articolo 83 medesimo, era demandata alla commissione giudicatrice.

La censura è fondata, con riferimento a tale ultimo aspetto, ritenendo il Collegio di aderire al recente indirizzo giurisprudenziale nella materia in questione, di cui infra.

In punto di fatto occorre rilevare che il capitolato speciale allegato al bando di gara, pubblicato su GURS n. 31 del 31 luglio 2009, ha previsto quale criterio di aggiudicazione dell'appalto quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 83 del decreto legislativo 163 del 2006 e smi, precisando, all'articolo 9, che gli elementi di valutazione (qualità) sarebbero stati:

A. Metodologia di lavoro utilizzato dal concorrente nello svolgimento dell'incarico (valutazione

Se la banca mi rilascia la fideiussione, mi posso fidare?

Scritto da Alessandra Vindigni
Giovedì 09 Giugno 2011 19:08 -

dell'analiticità del progetto, dei servizi offerti, delle caratteristiche metodologiche e delle soluzioni adottabili per il conseguimento di economie di spesa, con riguardo anche all'analisi dei rischi, massimo 35 punti)

B. Metodologia gestione sinistri (valutazione metodo per gestione sinistri, massimo 15 punti)

C. Gruppo di lavoro dedicato (composizione del gruppo di lavoro, disponibilità di strutture tecniche, personale dedicato, eccetera, massimo 10 punti)

D. Corsi di formazione offerti dal concorrente (valutazione delle condizioni di fruibilità dei corsi, dei contenuti dei programmi, dei docenti eccetera, massimo 5 punti)

E. Ulteriori servizi (servizi aggiuntivi offerti a titolo gratuito dal concorrente descritti in una breve relazione, con fattore premiante il grado di innovazione di peculiarità delle proposte presentate, massimo 5 punti).

La commissione di gara, in data 15 settembre 2009, nella seconda riunione, prima di aprire le buste contenenti la documentazione tecnica, stabiliva " la metodologia per l'attribuzione del punteggio da assegnare a ciascun offerta tenendo conto di quanto previsto dal decreto legislativo 163/2006 e smi e dalla Determinazione 4 del 20 maggio 2009 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture" e sceglieva " il metodo aggregativo-compensatore attribuendo ad ogni singolo elemento formulato dei concorrenti la media dei punteggi nel range da 0 ad 1 espresso da ciascun componente la commissione di gara" e precisamente assegnando il coefficiente 1 al concorrente che avesse ottenuto il massimo del valore medio e agli altri concorrenti un coefficiente proporzionale.

Ebbene, tanto precisato in punto di fatto, la censura risulta fondata, atteso che la Commissione di Gara non avrebbe potuto integrare il sistema di valutazione delle offerte, poiché non è consentito introdurre ulteriori elementi di valutazione delle offerte rispetto a quelli indicati nella "

lex specialis

", sia in coerenza con i principi di legalità, buon andamento, imparzialità, "

par condicio

" e trasparenza, rivenienti dall'art. 97 Cost. (Cons. Stato, Sez. V, 26.5.2010 n. 3359), sia, in particolare, con riferimento alla vigente formulazione del già richiamato art. 83, comma 4, del D. Lgs. n. 163 del 2006 (come introdotta dall'art. 1, del D. Lg. n. 152 del 2008) e dei vincoli discendenti dal diritto comunitario, che impediscono che la Commissione giudicatrice di una pubblica gara possa immettere elementi di specificazione dei criteri generali stabiliti dalla *lex specialis*

, ai fini della valutazione delle offerte, attraverso la previsione di sottovoci integrative rispetto alle predefinite categorie principali.

La problematica è stata recentemente esaminata funditus da Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, con sent. n. 7256/2010 del 1/10/2010, che merita di essere richiamata testualmente:

Se la banca mi rilascia la fideiussione, mi posso fidare?

Scritto da Alessandra Vindigni
Giovedì 09 Giugno 2011 19:08 -

"Sul punto appare decisiva la sentenza 24 Gennaio 2008 (proc. C-532/2006) della Corte di Giustizia CE, nella quale si ribadisce che "...tutti gli elementi presi in considerazione dall'autorità aggiudicatrice per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa e la loro importanza relativa siano noti ai potenziali offerenti al momento in cui presentano le offerte... infatti i potenziali offerenti devono essere messi in condizione di conoscere, al momento della presentazione delle loro offerte, l'esistenza e la portata di tali elementi... pertanto un'amministrazione aggiudicatrice non può applicare regole di ponderazione o sottocriteri per i criteri di aggiudicazione che non abbia preventivamente portato a conoscenza degli offerenti ... gli offerenti devono essere posti su un piano di parità durante l'intera procedura, il che comporta che i criteri e le condizioni che si applicano a ciascuna gara debbano costituire oggetto di un'adeguata pubblicità da parte delle amministrazioni aggiudicatrici".

"..... Insomma, secondo la fisionomia impressa alle pubbliche commesse dalla giurisprudenza comunitaria, la contrattazione pubblica non è un gioco a sorpresa, nel quale vince chi riesce ad indovinare i gusti che la stazione appaltante manifesterà dopo la presentazione dell'offerta. Il rapporto (pur mediato dalle regole della segretezza) deve essere, in altre parole, autentico e trasparente, in modo che le offerte, una volta preventivamente indicato l'ambito degli aspetti che saranno valutati ai fini dell'aggiudicazione, possano essere consapevolmente calibrate sulle effettive esigenze della stazione appaltante.

"La pronuncia della Corte di Giustizia del 24 Gennaio 2008 non costituisce, del resto, un orientamento giurisprudenziale completamente nuovo, come tale espressivo di principi mai prima d'ora affermati e non conoscibili alle stazioni appaltanti.

"Al contrario, in tema di specificazione ad opera della Commissione di gara dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa indicati nel bando di gara o nella lettera di invito, la Corte di Giustizia ha più volte affermato che "...per garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, occorre che tutti gli elementi presi in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa siano noti ai potenziali concorrenti al momento della preparazione delle loro offerte" (Corte CE, sentenza 24 novembre 2005 in causa C-331/04; sempre in tal senso v. anche Corte CE, sentenze 25 aprile 1996, causa C-87/94, Commissione/Belgio, e 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau).

"Ancora, secondo la Corte di Giustizia "...il diritto comunitario non osta a che una commissione aggiudicatrice attribuisca un peso relativo ai subelementi di un criterio di aggiudicazione stabilito precedentemente, effettuando una ripartizione tra questi ultimi del numero di punti previsti per il detto criterio dall'amministrazione aggiudicatrice al momento della redazione del capitolato d'oneri o del bando di gara, purché una tale decisione... non contenga elementi che se fossero resi noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione" (Corte CE, causa C 331/04 sent. cit.).

"Ciò dimostra che quanto affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 24 Gennaio 2008 altro non è che l'ulteriore riaffermazione di principi già ampiamente affermati nell'ordinamento comunitario (e in quello nazionale) la cui puntuale applicazione doveva essere assicurata anche nel caso di specie e già a partire dal bando di gara e dalla lettera di invito.

Se la banca mi rilascia la fideiussione, mi posso fidare?

Scritto da Alessandra Vindigni
Giovedì 09 Giugno 2011 19:08 -

"..... Alla medesima conclusione si giunge anche prendendo in esame la giurisprudenza interna più recente.

"Questo Consiglio (v. dec. Sez. IV, del 12 maggio 2008, n. 2189), ha, infatti, affermato che l'art. 83, comma quarto, del Codice degli Appalti "porta all'estremo la limitazione della discrezionalità della Commissione nella specificazione dei criteri, escludendone ogni facoltà di integrare il bando, e quindi facendo obbligo a quest'ultimo [cioè al bando] di prevedere e specificare gli eventuali sottocriteri".

"Dunque, il potere della commissione giudicatrice di suddividere i criteri in dettagliati sottopunteggi è precluso dalle disposizioni innovative dell'art. 83 del codice dei contratti, il quale prevede che sia il bando a individuare i sub-criteri, i sub-pesi ed i sub-punteggi, eliminando in proposito ogni margine di discrezionalità in capo alla commissione giudicatrice.

In buona sostanza, la mancata specificazione già nel bando di gara di tutti i criteri e sub-criteri di valutazione dell'offerta (e dei corrispondenti punteggi e sub-punteggi) deve considerarsi illegittima anche nell'ordinamento nazionale (in termini, sent. n. 7256/2010 citata)".

Tornando alla presente fattispecie, alla luce del superiore, condivisibile, orientamento, l'operato dell'Amm.ne intimata risulta oggettivamente affetto dal vizio rilevato da parte ricorrente.

D'altronde, la stessa Determinazione n. 4 del 20 maggio 2009 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, richiamata dal seggio di gara nel verbale 2, a proposito dei metodi di scelta dell'offerta (punto 3), ha, per quanto qui rileva, precisato che nel sistema di aggiudicazione in questione sorge la necessità di utilizzare tali metodi scientifici multicriteri, onde rendere aggregabili valutazioni riferite a criteri espressi secondo scale e unità di misura diverse, non confrontabili tra loro, come prezzo, tempo, valore tecnico nonché per l'esigenza di tener conto della diversa ponderazione, cioè importanza, attribuita ai criteri stessi dalla stazione appaltante.

Richiamando la propria precedente determinazione n. 16 del 16 luglio 2002, nella quale, tra l'altro, aveva affermato che non esiste sul piano scientifico un metodo di univoca accettazione idoneo ad individuare quale, tra più beni o più servizi, sia da ritenersi migliore, e che è necessario indicare "in sede di bando o di lettera di invito,, anche quale metodo sarà impiegato per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa", l'Autorità precisava che i metodi multicriteri sono, secondo la letteratura scientifica, tra gli altri, il metodo "aggregativo compensatore o della somma pesata", il metodo "electre", il metodo "analytic hierarchy process", il metodo "evamix", il metodo "TOPSIS", e che il d.p.r. 554 del 1999 ha illustrato, sul piano applicativo, due di tali metodi: il metodo "aggregativo compensatore" e il metodo "electre"; tra i quali, il primo "costruisce la graduatoria delle offerte attraverso le somme ponderate dei punteggi attribuiti ai singoli concorrenti sulla base delle caratteristiche della loro offerte e dei coefficienti determinati dalla commissione giudicatrice di cui all'articolo 84 del codice".

Se la banca mi rilascia la fideiussione, mi posso fidare?

Scritto da Alessandra Vindigni
Giovedì 09 Giugno 2011 19:08 -

Pertanto, anche alla luce della richiamata Determinazione dell'Autorità, la scelta del metodo in questione si sarebbe dovuta indicare nel bando, e non demandare alla commissione giudicatrice.

Ne consegue la fondatezza della censura, che conduce all'annullamento degli atti impugnati, previo assorbimento degli ulteriori profili di censura.

VIII Sulla domanda di risarcimento del danno, il Collegio si richiama alla recente decisione della Sezione (sul ricorso n. 1927/2010), con la quale, in vicenda analoga, si è affermato che l'annullamento dell'atto e il conseguente rinnovo conforme a legge è di per sé una forma di risarcimento in forma specifica, che esclude o riduce altre forme di risarcimento.

In simili ipotesi l'area del danno da risarcire per equivalente si riduce allora al danno emergente, nella fattispecie riconducibile alle spese per la partecipazione alla gara, che era però onere della ricorrente dimostrare, e che invece la stessa ha ommesso di allegare e provare, sicché nulla può essere a tale titolo riconosciuto

Analogamente, recentemente anche il T.A.R. Palermo, Sez.I, con sentenza 31 marzo 2011 n. 590, ha affermato che "non è ammissibile la domanda di risarcimento del danno per equivalente laddove l'accoglimento del ricorso avverso l'aggiudicazione di appalto ad altra impresa - inidoneo a ricomprendere la conseguenza necessitata dell'aggiudicazione dell'appalto - intervenga in tempo utile a restituire in forma specifica all'impresa interessata la chance di partecipare alla gara da rinnovarsi da parte dell'amministrazione, consentendo quindi il soddisfacimento diretto e pieno dell'interesse fatto valere. Tali principi non possono ritenersi superati dall'entrata in vigore dell'art. 30 c.p.a. che ha sancito la regola della non pregiudizialità dell'azione di annullamento rispetto a quella risarcitoria sotto il profilo dell'ammissibilità dell'azione, ma non ha inciso sul distinto profilo dell'accesso allo stadio della tutela per equivalente solo quando non sia possibile la reintegrazione in forma specifica".

IX. In conclusione, il ricorso va accolto nei limiti suindicati, con conseguente annullamento in parte qua degli atti impugnati, ai fini della riapertura del procedimento di gara.

Quanto alle spese di lite, il collegio, in disparte la circostanza della rilevata infondatezza di tutte le censure del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti, ad eccezione di quella che ha condotto all'accoglimento del ricorso, osserva che l'Amministrazione si è trovata ad applicare una normativa recentemente (alla data del bando) novellata dal legislatore, rispetto alla quale la esplicativa Determinazione n. 4 del 20 maggio 2009 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture è stata adottata quasi coevamente al bando e gli orientamenti giurisprudenziali (richiamati in sentenza) si sono consolidati successivamente, nelle more del giudizio.

Il collegio, dunque, ravvisa la sussistenza di quelle particolari ragioni che il c.p.a. richiede ai fini di disporre l'integrale compensazione delle spese ed onorari del giudizio (ad eccezione del contributo unificato, che resta per legge a carico della parte soccombente).

P. Q. M.

Se la banca mi rilascia la fideiussione, mi posso fidare?

Scritto da Alessandra Vindigni
Giovedì 09 Giugno 2011 19:08 -

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, e connessi motivi aggiunti, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 6 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

IL PRESIDENTE

Calogero Ferlisi

L'ESTENSORE

Maria Stella Boscarino

IL CONSIGLIERE

Gabriella Guzzardi

Depositata in Segreteria il 29 aprile 2011

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