

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 5224/09 REG.DEC.

N. 7144 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione

ANNO 2008

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n.7144 del 2008 proposto dalla S.T. s.r.l., (società resasi acquirente della società S.T. Group S.r.l. in liquidazione) in persona del legale rappresentante pro tempore dottor Giancarlo Aviano, rappresentata e difesa dagli avv. Franco Zimbelli e Mario Verino con elezione di domicilio presso lo studio del secondo in Roma, via Lima n.15;

contro

Comune di Musile di Piave in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati G. Fortunati, R. Mariani e S. Mirate, elettivamente domiciliato in Roma, piazza Adriana n. 5;

e nei confronti

di Teletronica S.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore,

non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del tribunale amministrativo regionale del Veneto, sez. I n. 1700 del 2008;

Visto il ricorso in appello;

Viste le memorie depositate;

ma

Relatore alla pubblica udienza del 5 giugno 2009 il consigliere Roberto Capuzzi, uditi gli avvocati Zambelli e Verino;

Ritenuto in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO

Viene impugnata la sentenza del TAR Veneto, Sezione I, n.1700 del 2008 con la quale sono stati respinti i ricorsi n.1977/1996 e n.1978/1996 entrambi presentati dalla ditta S.T. Group s.r.l., società successivamente acquisita dalla S.T. s.r.l., attuale appellante.

Gli antecedenti della vicenda contenziosa sono i seguenti.

La ricorrente, società S.T. Group srl partecipò alla gara informale indetta dal Comune di Musile di Piave per l'affidamento mediante trattativa privata dei lavori di fornitura e messa in posa del nuovo impianto telefonico presso gli uffici comunali, gara indetta con deliberazione della Giunta Comunale n. 28 del 17.1.1996.

Tra le ditte invitate figurò la ditta Matra Communication Veneto avente sede a Marghera, in via Orsato 16/12.

All'invito rispose l'odierna ricorrente, allora identificabile come ditta S.T.Group Srl, la quale con apposita nota, redatta su carta intestata riportante sia il proprio logo che quello dalla Matra Communication, specificava al Comune i dati identificativi della propria compagine sociale, confermando l'indirizzo della propria sede (via Orsato 16 – Marghera).

Con delibera della Giunta Comunale n. 94 del 28.2.1996 la fornitura venne aggiudicata "...alla ditta Matra Communication Veneto,

via Orsato, 16 Marghera (VE) ora ST Group srl. ...". Eseguiti i lavori, l'amministrazione si avvide che la ditta cui era stata aggiudicata la fornitura non corrispondeva alla ditta destinataria dell'invito alla gara per cui con delibera della Giunta comunale n. 189 del 17.4.1996 dispose l'annullamento dell'aggiudicazione dell'appalto a favore della S.T.Group e del relativo contratto.

Con successiva deliberazione n.217 dell'8 maggio 1996 l'amministrazione aggiudicò l'appalto alla ditta Teletronica di Basaldella di Campoformido, seconda classificata in base alla graduatoria redatta in occasione della selezione effettuata, che a sua volta provvide a fornire i materiali oggetto dell'appalto, sostituendoli a quelli già forniti dalla ricorrente.

Entrambe le deliberazioni furono oggetto di ricorsi innanzi al TAR Veneto proposti dalla ricorrente .

Si costituì il Comune intimato argomentando per il rigetto del ricorso.

Il TAR Veneto dopo avere disposto la riunione dei due ricorsi e dopo avere respinto l'eccezione di difetto di giurisdizione formulata dalla difesa resistente respinse i ricorsi nel merito .

Nell'appello la società assume la erroneità della sentenza sotto plurimi motivi e ne chiede l'annullamento.

L'Amministrazione comunale e la ditta aggiudicataria dell'appalto non si sono costituite.

La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza del 5 giugno 2009.

DIRITTO

1. L'amministrazione comunale di Musile di Piave aveva avviato una gara informale per l'affidamento mediante trattativa privata della fornitura e posa in opera dell'impianto telefonico degli uffici comunali.

Benché l'amministrazione avesse invitato la società Matra Communication Veneto, l'offerta venne presentata dalla appellante, allora configurata come S.T. Group srl, successivamente posta in liquidazione ed acquistata dall'odierna istante S.T. s.r.l., la quale, senza nulla precisare in merito, rispose all'invito utilizzando carta intestata riportante sia il proprio logo, che quello della Matra Communication.

Risultata miglior offerente, la ricorrente conseguì in data 28 febbraio 1996 l'aggiudicazione e stipulò il relativo contratto, provvedendo all'esecuzione dei lavori.

A breve distanza di tempo dall'aggiudicazione e precisamente in data 17 aprile 1996, a seguito di un accertamento effettuato da agenti del Ministero delle Poste e Telecomunicazioni, risultò non solo che la ditta esecutrice non corrispondeva al soggetto invitato, né risultava la sua trasformazione, ma addirittura non risultava in possesso delle necessarie autorizzazioni ministeriali, così come prescritte dalla legge n. 109/91 per l'esecuzione dei lavori di installazione, allacciamento e manutenzione dell'impianto telefonico.

Per l'effetto, con una prima deliberazione n. 189/96, la Giunta comunale annullò l'aggiudicazione nonché il contratto sottoscritto con l'aggiudicataria e quindi, vista la necessità di provvedere alla sostituzione dell'impianto con uno installato da ditta debitamente autorizzata, dispose l'affidamento dell'appalto alla ditta Teletronica, seconda classificata nella gara informale precedentemente svolta.

Entrambe le deliberazioni, quella di annullamento dell'aggiudicazione e del relativo contratto e quella di aggiudicazione alla ditta Telettronica di Basadella di Campoformido, sono state impugnate dalla ditta S.T. Group innanzi al TAR Veneto.

2. Il primo giudice ha respinto il ricorso presentato dalla società S.T. s.r.l. sul rilievo che doveva tenersi conto del particolare criterio di selezione scelto dall'amministrazione per l'affidamento della fornitura, caratterizzato dalla diretta individuazione del soggetto possibile contraente per cui la determinazione di annullare d'ufficio l'aggiudicazione intervenuta a favore di un soggetto diverso da quello invitato e non qualificato essendo risultato privo delle necessarie autorizzazioni ministeriali, era legittima anche in funzione dell'interesse pubblico, aspetto quest'ultimo rilevante soprattutto con riguardo alla riscontrata assenza delle autorizzazioni ministeriali prescritte per l'esecuzione di tale tipologia di lavori.

Né la delibera di annullamento risultava priva di motivazione, essendo state esternate le ragioni della decisione di porre nel nul-

la l'intervenuta aggiudicazione, fondate proprio sulla mancata corrispondenza fra soggetto invitato e soggetto contraente.

Doveva anche considerarsi che nemmeno l'equivoco in cui era caduta l'amministrazione risultava alla stessa imputabile, atteso che la società che aveva presentato l'offerta aveva sempre evitato di chiarire che non esisteva alcuna coincidenza o legame con la Matra Communication (di cui aveva sempre esibito la carta intestata).

3. Nell'appello, la società assume che il ragionamento del primo giudice non terrebbe conto della ratio della disciplina propria dell'istituto della trattativa privata in cui, nell'ambito di un istituto a matrice sostanzialmente privatistica, si inseriscono elementi pubblicistici propri della fase dell'evidenza pubblica.

Nel caso in esame la p.a. avrebbe seguito le forme di una vera e propria procedura pubblica di selezione del contraente in cui l'elemento rilevante è incentrato sulla offerta presentata dalla ditta vincitrice della gara, offerta giudicata per ragioni oggettive la migliore . Pertanto la p.a. ha contrattato correttamente proprio con quel soggetto che aveva dato le migliori condizioni per la esecuzione dell'appalto a poco rilevando la denominazione sociale della offerente.

A cio' dovrebbe aggiungersi che la lettera di invito alla competizione non prescriveva alcun requisito soggettivo necessario oltre alla iscrizione presso la camera di commercio.

Dovrebbe poi tenersi conto che in tutta la documentazione allegata agli atti figurava sempre la ragione sociale della ST Group ovvero di quella stessa impresa che aveva presentato l'offerta giudicata oggettivamente come la migliore offerta sotto il profilo tecnico ed economico,

La sentenza impugnata avrebbe quindi travalicato illegittimamente il dato legislativo dando importanza assorbente alla denominazione formale contenuta nel solo invito alla gara, prodromico alla instaurazione della competizione sostanziale, piuttosto che al profilo quantitativo e qualitativo della offerta ed alle risultanze della gara ufficiosa.

Poiché l'invito alla gara ha la funzione primaria di consentire una ampia partecipazione alla fase competitiva sul presupposto della sussistenza di un rapporto di proporzionalità diretta tra il numero delle imprese partecipanti alla gara ed il grado di tutela della concorrenza che viene realizzato, nulla escludeva che le ditte presenti nel mercato presentassero spontaneamente le proprie offerte mentre era in facoltà dell'amministrazione di prendere in considerazione le offerte così pervenute che una volta esaminate, non potevano essere disconosciute.

Inoltre la sentenza del TAR avrebbe travisato i fatti nella misura in cui assume, a giustificazione della correttezza della motivazione dei provvedimenti impugnati, la circostanza che S.T. Goup non aveva le necessarie autorizzazioni ministeriali in quanto la società aveva specificato alla p.a. che in caso di aggiudicazione

dei lavori la parte riguardante la posa in opera ed il collegamento alla rete pubblica sarebbe stata eseguita dai tecnici della propria consociata ST Friuli.

4. La Sezione ritiene che le argomentazioni dell'appellante non meritano accoglimento e la sentenza del primo giudice deve essere confermata.

Occorre premettere che l'amministrazione comunale si trovava nella necessità di procedere con urgenza al rinnovo dell'intero sistema telefonico degli uffici comunali per cui riteneva di avviare una procedura selettiva per la fornitura, posa in opera, assistenza tecnica e manutenzione del nuovo impianto telefonico negli uffici comunali.

Per tali generi di impianti veniva in rilievo l'art. 1 co.3 della legge n.109 del 1991 che prevede che: "All'installazione, al collaudo, all'allacciamento e alla manutenzione delle apparecchiature terminali da eseguire nel rispetto delle norme tecniche vigenti in materia, provvede l'abbonato del gestore del servizio pubblico ovvero di imprese titolari di autorizzazione...".

Tra le diverse ditte invitate vi era la Matra Communication Veneto, ditta conosciuta dall'amministrazione e ritenuta in possesso dei requisiti di carattere tecnico finanziario per lo espletamento dell'incarico, in specie di quelli previsti dall'art. 1 co.3 della legge di cui sopra.

Tutte le varie fasi della procedura si sono svolte nella convinzione, da parte della amministrazione, che la Matra Communication fosse l'offerente ancorchè con diversa ragione sociale.

La ricorrente sostiene che la stazione appaltante era stata messa in condizione di rendersi conto della diversa ragione sociale e che mai la stessa amministrazione aveva sollevato obiezioni nel corso della gara relativamente ad una carenza di requisiti soggettivi.

Tale assunto non è condivisibile.

Come evidenziato in prime cure vi erano elementi, nelle modalità di formulazione della offerta da parte della ST Group (si veda il documento n. 2 della produzione dell'appellante), che hanno avvalorato e giustificato il convincimento dell'amministrazione che la offerta provenisse dalla ditta Matra Communication Veneto s.r.l. invitata alla gara; ed invero sia l'offerta che tutta la documentazione relativa alla gara era stata redatte su carta intestata a Matra Communication per il Veneto e ST Group, con l'effetto che la aggiudicazione veniva disposta alla Matra Communication Veneto “..ora S.T. Group”.

In sostanza vi era una responsabilità nell'equivoco in cui era incorsa la stazione appaltante e mai la appellante si era data cura di chiarire, in tempi non sospetti, che quanto affermato nell'atto di aggiudicazione non corrispondeva a verità e che nessun collegamento esisteva con la Matra Communication.

5. Per superare il profilo della carenza dei requisiti tecnici per la esecuzione dei lavori la appellante afferma di avere comunicato all'amministrazione che, in caso di aggiudicazione, la parte "riguardante strettamente la posa in opera ed il collegamento alla rete pubblica verrà eseguita da tecnici della nostra consociata ST Friuli a causa di temporanea indisponibilità degli stessi da parte dei tecnici della scrivente" (doc. n.4, produzione appellante).

Si assume quindi, nell'atto di appello, che le attività per la quali il legislatore ha imposto il requisito dell'autorizzazione venivano esercitate da una ditta autorizzata e che anche per tale motivo doveva darsi prevalenza all'aspetto della offerta risultata migliore piuttosto che ad altri elementi di carattere formalistico.

6. Tale argomentazione non è condivisibile per plurime ragioni.

Va premesso che la ricorrente, nel documento che assume presentato, non dichiara di non essere in possesso delle autorizzazioni ministeriali necessarie per l'espletamento dei lavori, ma di trovarsi nella "temporanea indisponibilità" di tecnici, il che evidenzia la non trasparenza della ricorrente nei rapporti con la stazione appaltante .

In ogni caso l'amministrazione nega di avere ricevuto la comunicazione alla quale rinvia la ricorrente. Sotto altro aspetto si sottolinea che la dichiarazione, -ed il rilievo assume portata assorbitiva,- non ha per oggetto anche la manutenzione dell'impianto telefonico, attività questa ultima che richiedeva, come le altre, il possesso della necessaria autorizzazione.

Ma anche in disparte tali profili occorre considerare che il nostro sistema prevede che vi sia un principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche così da dare conoscenza all'amministrazione dei requisiti di idoneità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti.

Tale principio, come messo in luce da costante giurisprudenza, nasce dalla esigenza di assicurare alle amministrazioni aggiudicatrici un controllo preliminare dei requisiti dei concorrenti e di impedire che tale verifica venga vanificata o elusa con modificazioni soggettive in corso di gara delle imprese candidate.

Nel caso in esame l'amministrazione aveva previamente selezionato le ditte da invitare apprezzandone i requisiti di capacità tecnica, solidità, economica, serietà, affidabilità. Proprio per questo, la partecipazione alla gara non era subordinata dalla stazione appaltante al possesso delle autorizzazioni da parte dei concorrenti e nulla in tale senso era previsto dal capitolato d'appalto in quanto la verifica del possesso dei requisiti, tra cui la autorizzazione ministeriale, era data pacificamente per presupposta. L'aggiudicazione invece era intervenuta a favore di un soggetto diverso da quello invitato, non conosciuto dalla amministrazione, privo delle necessarie autorizzazioni ministeriali, che, anche ad ammettere che la lettera della ST Friuli di cui sopra fosse pervenuta al comune, dichiarava di avvalersi, in maniera peraltro parziale, delle capacità tecniche di una terza ditta anch'essa non conosciuta

In tale contesto risulta del tutto priva di pregio la censura di difetto di motivazione reiterata nell'atto di appello essendo state esternate dalla amministrazione le ragioni della decisione di annullamento fondate proprio sulla mancata corrispondenza fra soggetto invitato e soggetto contraente, mentre la mancanza dei requisiti essenziali per la partecipazione alla gara con riguardo ai lavori da eseguire costituivano l'antecedente, per così dire storico, dello stesso provvedimento di annullamento, tenuto conto delle vicende sanzionatorie che avevano coinvolto il Comune .

Per le medesime ragioni, come esattamente rilevato dal primo giudice, risultano prive di interesse per la appellante le doglianze formulate in via autonoma avverso la delibera di affidamento dei lavori alla ditta controinteressata, in quanto la ricorrente, non invitata alla gara e priva delle necessarie autorizzazioni, non avrebbe potuto partecipare all'ulteriore selezione.

Nè era censurabile la scelta dell'amministrazione di non procedere all'espletamento di una nuova gara per avvalersi della graduatoria stilata in occasione di quella conclusasi con l'aggiudicazione annullata in quanto tale decisione non poteva che essere rimessa alla valutazione discrezionale dell'amministrazione che ha ritenuto, considerato l'urgenza della fornitura, di potere utilizzare le risultanze della gara informale precedentemente esperita.

Da ultimo, inammissibili sono le censure di violazione degli artt. 21-octies e nonies della legge n. 241/90 come introdotte dal-

la legge n.15 del 2005, reiterate nell'atto di appello ma avanzate in primo grado soltanto in occasione della memoria di precisazione delle conclusioni.

In conclusione l'appello non merita accoglimento.

Sussistono tuttavia motivi per la peculiarità della vicenda, per compensare tra le parti spese ed onorari del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione quinta, definitivamente decidendo, respinge l'appello in epigrafe indicato.

Compensa spese ed onorari.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 5 giugno 2009 dai signori

Presidente	Marzio Branca
Consigliere	Francesco Caringella
Consigliere	Carlo Saltelli
Consigliere	Gabriele Carlotti
Consigliere	Roberto Capuzzi est.

L'ESTENSORE

F.to R. Capuzzi

IL PRESIDENTE

F.to M. Branca

IL SEGRETARIO

F.to Agatina Vilardo

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 07/09/09

(Art. 55 L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi