

N. 00008/2013REG.PROV.COLL.
N. 03800/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3800 del 2011, proposto dal Comune di Lazise, rappresentato e difeso dagli avv. Vittorio Domenichelli e Luigi Manzi, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, via Confalonieri 5;

contro

Roberto Sbrogiò e Virgilio Munari, rappresentati e difesi dall'avv. Chiara Cacciavillani, con domicilio eletto presso la medesima in Roma, via Tacito 41;

nei confronti di

Studio Arch. Tombolan Piergiorgio in proprio e quale Capogruppo Ati, Ati Arch. Andrea Mantovani, Ati Arch. Daniel Mantovani, Ati Ing. Lisa Carollo, Ati Dott. Agr. Giovanni Claudio Corrazzin, Ati Dott. Geol. Valerio Spagna, Ati Deimos Engineering S.r.l.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO, SEZIONE I, n. 402/2011, resa tra le parti, concernente affidamento incarico professionale di redazione del p.a.t.

(piano di assetto territoriale) di Lazise.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Roberto Sbrogiò e di Virgilio Munari;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 novembre 2012 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati Andrea Manzi, su delega dell'avv. Luigi Manzi, nonché Chiara Cacciavillani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con avviso pubblico del 13 luglio 2007 il Comune di Lazise (VR) indiceva una procedura negoziata, ai sensi dell'art. 56, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006, per il conferimento dell'incarico della redazione del proprio P.A.T. (piano di assetto territoriale).

Con determinazione del 24 settembre 2007 l'incarico veniva affidato all'a.t.i. facente capo allo Studio Arch. Tombolan Piergiorgio.

Da qui il ricorso al locale T.A.R. della seconda graduata, l'a.t.i. costituenda tra l'arch. Sbrogiò Roberto, quale capogruppo, e l'arch. Munari Virgilio.

La ricorrente svolgeva tre motivi di censura, tutti attinenti ad asseriti vizi procedurali (senza quindi contestare i maggiori punteggi attribuiti all'aggiudicataria), mirando, in sostanza, non ad ottenere per sé l'incarico oggetto di gara, bensì ad un rifacimento della procedura.

Si costituivano in giudizio in resistenza al gravame il Comune di Lazise e lo Studio Arch. Tombolan Piergiorgio. Il secondo spiegava anche un ricorso incidentale, sostenendo sotto vari profili che la concorrente non avrebbe potuto essere ammessa alla procedura, per essere la sua offerta priva di requisiti necessari.

All'esito del giudizio il Tribunale adito, con la sentenza in epigrafe, dopo

avere riscontrato l'infondatezza del ricorso incidentale, e dato atto che nelle more il P.A.T. era stato non solo redatto e adottato, ma finanche approvato dalla Regione, accoglieva il primo motivo dell'impugnativa principale, vertente sulla violazione del principio di pubblicità delle sedute, con particolare riferimento a quella di apertura dei plichi contenenti le offerte, ed annullava la procedura. Il T.A.R. condannava inoltre il Comune a risarcire la ricorrente, ristorandola per le spese da essa inutilmente sostenute per la redazione e presentazione dell'offerta, mediante la corresponsione della somma di ottomila euro (a fronte di una richiesta attorea ammontante a €. 34.920).

Avverso tale decisione il Comune di Lazise proponeva indi il presente appello, dolendosi della reiezione del ricorso incidentale con riferimento al suo secondo mezzo, e dell'accoglimento del primo motivo del ricorso principale avversario.

L'originaria ricorrente, dal canto suo, oltre a contrastare le ragioni alla base dell'appello avversario –eccependo anche il difetto di legittimazione del Comune a lamentare la reiezione di un motivo di ricorso incidentale altrui–, riproponeva i propri motivi di censura rimasti assorbiti, ed infine spiegava appello incidentale avverso la decisione del T.A.R., nella parte in cui questa aveva quantificato limitatamente ad ottomila euro il risarcimento ad essa riconosciuto.

Le ragioni ed argomentazioni delle parti venivano riprese con successive memorie, recanti anche repliche alle deduzioni avversarie.

Alla pubblica udienza del 6 novembre 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

L'appello principale e quello incidentale sono entrambi infondati.

1 Il primo mezzo dell'appello principale investe l'avvenuta reiezione del secondo motivo del ricorso incidentale di prime cure.

La sicura infondatezza del mezzo induce la Sezione a prescindere

dall'esame dell'eccezione –pur stimolante- di difetto di legittimazione opposta al Comune appellante dall'avversaria, per concentrarsi subito sulla sostanza del rilievo.

1a In proposito giova ricordare le osservazioni con le quali il primo Giudice ha disatteso il motivo, nella parte di interesse.

“In primo luogo, non è assolutamente condivisibile l'affermazione secondo la quale l'interessato avrebbe falsamente qualificato come concernenti PAT (piani di assetto del territorio comunale ex art. art. 13 L.R. n. 11/04, vulgo, per intendere meglio, PRG, come si diceva un tempo) taluni degli interventi indicati nel curriculum allegato.

E' vero, come si afferma e non si contesta ex adverso, che per taluni comuni (Belfiore, Zimella, Roncà, S. Giovanni Ilarione, Vestenova, Brentino Belluno) il PAT non esiste; ma è anche certamente vero che nel curriculum dichiarato dall'interessato si afferma una cosa tutt'affatto diversa, e cioè che l'interessato ha elaborato la redazione della scelte di piano relative ai territori dei comuni sopra indicati “all'interno del PATI” (e cioè del piano di assetto del territorio intercomunale sovraordinato), il piano cioè che nella logica ben comprensibile di evitare unacostosa ed eccessiva frammentazione della pianificazione urbanistica a causa delle modeste o modestissime dimensioni di molti comuni, sostituisce ed assorbe la pianificazione limitata ad un solo comune: il che significa che, pur mancando formalmente il PAT, l'attività professionale svolta dall'interessato in sede di formazione del PATI appare del tutto equivalente, né può tanto meno dubitarsi della veridicità della dichiarazione resa.

In secondo luogo, poi, non si comprende come si possa insistere nell'affermare come non veritiera la dichiarazione in questione per il fatto che alcuni degli interventi indicati sarebbero solo allo stato di bozza: al contrario, come giustamente si osserva ex adverso, è da segnalare lo scrupolo con il quale l'interessato ha avuto cura di fare una quadruplica distinzione tra 1), strumenti già completati ed inviati all'autorità superiore; 2), strumenti con bozza definitiva consegnata e in attesa di adozione; 3), strumenti con bozza preliminare già consegnata; 4), strumenti con bozza in fase di predisposizione.

In terzo luogo, poi, con riguardo alla asserita inadeguatezza del curriculum presentato dall'interessato a giustificare l'attribuzione dell'incarico oggetto di gara (profilo evidentemente dedotto in subordine), inadeguatezza quanto meno tale da non meritare il massimo punteggio conseguito (25 su 25) è agevole rispondere da un lato che il punteggio in questione non è da riferirsi ovviamente al solo architetto Sbrogiò, bensì all'offerta nel suo complesso e quindi anche ai curricula degli altri componenti la "struttura operativa di cui sé detto in precedenza, e, da un altro lato, che definire "inadeguato" il curriculum dell'interessato configura una palese invasione di campo in materia riservata alla discrezionalità della P.A.

Per non dire, da ultimo, che comunque, ove anche dovesse ritenersi ammissibile e fondato il suddetto profilo di doglianza, cioè anche ad ammettere che in sede di giudizio di legittimità si possa sindacare il merito delle valutazioni operate dalla commissione di gara, non per questo si potrebbe andare al di là di una semplice diminuzione del punteggio in questione, senza quindi che si possa configurare un'ipotesi di illegittima ammissione alla procedura (il che significa che, ricordata la singolarità della fattispecie, farebbe comunque salvo, al di là dei dubbi espressi in precedenza, l'interesse del ricorrente principale a chiedere l'annullamento dell'intera procedura)."

1b Avverso la decisione così motivata, l'Amministrazione appellante insiste sul punto che le dichiarazioni contenute nel curriculum dell'arch. Sbrogiò e le esperienze professionali indicatevi sarebbero state non rispondenti al vero, e comunque fuorvianti ai fini della valutazione della sua offerta da parte della Commissione, per avere egli rappresentato di aver assistito alla redazione di strumenti urbanistici generali definendoli P.A.T., mentre tali essi non erano.

Almeno, infatti, sei degli otto interventi rivendicati dal professionista, e da questi qualificati come P.A.T., non lo erano, costituendo invece solo dei P.A.T.I. con altri Comuni. E i due strumenti, per quanto sotto certi profili analoghi, erano in ogni caso ben diversi l'uno dall'altro, mentre il Tribunale era caduto nell'errore di non tenere nel debito conto le differenze

intercorrenti tra loro.

In conclusione, la non veridicità dei dati esposti nel *curriculum* del professionista prodotto in gara ne avrebbe imposto l'esclusione.

1c Queste deduzioni non possono, però, essere condivise.

L'avviso pubblico di gara chiedeva di descrivere i "principali incarichi svolti", e prevedeva l'attribuzione di una certa dotazione di punti (fino a 25, sui 100 totalmente disponibili) in ragione, appunto, del grado di ricchezza del *curriculum* professionale.

Ciò posto, l'esame degli atti di causa, e segnatamente del curriculum in discussione, rivela che il dichiarante, pur in un contesto testuale non completamente chiaro, in relazione alle sei prestazioni d'opera professionale formanti preciso oggetto di contestazione *ex adverso* aveva sempre specificato (pag. 12 del curriculum) che la sua attività era stata resa "all'interno del P.A.T.I. ...", con indicazione degli altri Comuni da questo di volta in volta interessati.

Da qui la non addebitabilità all'originario ricorrente di alcun mendacio.

C'era stata da parte sua una dichiarazione forse un po' perplessa, che avrebbe potuto magari dare adito ad una richiesta di chiarimenti: ma di per sé mai avrebbe potuto giustificare un'esclusione per difetto di veridicità, atteso che la circostanza che le sue prestazioni fossero avvenute "all'interno" di altrettanti P.A.T.I., lungi dall'essere stata celata alla Stazione appaltante, dal professionista era stata esplicitamente ammessa.

1d Tanto più va disattesa l'immotivata critica al T.A.R. di avere respinto l'assunto del ricorso incidentale per cui l'appellata avrebbe dovuto comunque essere esclusa dalla gara in ragione della supposta inadeguatezza dello stesso professionista all'incarico, atteso che qui viene in rilievo solo una critica di merito del tutto arbitraria (oltre che sprovvista di giustificazione) della valutazione tecnico-amministrativa.

2 Con il secondo motivo di appello ci si duole dell'accoglimento del ricorso

di primo grado avversario.

2a Il Tribunale è pervenuto a tale conclusione accogliendone il primo mezzo, con il quale era stata dedotta l'illegittimità consumata dalla Commissione per il fatto di avere aperto in seduta segreta le buste delle offerte.

Il Giudice territoriale ha richiamato, in proposito, il principio di trasparenza ed imparzialità, che impone la pubblicità delle sedute delle commissioni dedicate alla iniziale apertura dei plichi contenenti le offerte; ne ha rimarcato l'applicabilità senza alcuna distinzione a seconda del tipo di procedura in corso, e quindi anche alle procedure negoziate; ha ritenuto che tale principio, stante la sua cogenza, dovesse ritenersi operante anche nel silenzio della legge di gara sul punto, poiché questa avrebbe dovuto in ogni caso ritenersene integrata; infine, ha escluso che dinanzi al vizio emerso potesse invocarsi l'art. 21 *octies* della L. n. 241/1990, ossia il principio per cui non è annullabile un provvedimento per vizi formali nei casi in cui il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto comunque essere diverso, in quanto ad avviso del T.A.R. non poteva assegnarsi natura meramente formale alla violazione accertata.

2b Il Comune appellante non contesta la ricostruzione dei fatti operata dal primo Giudice (e dunque il carattere segreto della seduta in concreto tenuta), né la vigenza dei principi generali appena ricordati.

Il Comune fa però leva sulla specificità del procedimento nella specie applicato, una procedura negoziata previa pubblicazione del bando di gara ai sensi dell'art. 56, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006. Ed assume che, se è vero che anche in questa particolare materia devono essere rispettati i principi fondamentali di trasparenza e *par condicio*, tra questi ultimi non potrebbe tuttavia essere annoverata anche la regola della seduta pubblica per i lavori della Commissione.

Nella particolare procedura, la funzione del preventivo bando sarebbe

semplicemente quella di rendere pubblica l'intenzione dell'Amministrazione di affidare l'appalto, individuando i termini essenziali del futuro contratto e i criteri selettivi, ed invitando gli interessati a presentare le loro candidature entro un certo termine.

2c E' stato però esattamente ricordato *ex adverso* che un consolidato insegnamento giurisprudenziale, nella cui scia si è posto il primo Giudice, riconosce quale principio inderogabile in ogni tipo di gara, ivi comprese anche le procedure negoziate, quello della pubblicità delle sedute nelle quali si proceda alla verifica dell'integrità dei plichi e alla disamina del loro contenuto (documentazione amministrativa, offerta tecnica ed economica). E va rimarcato che lo stesso principio è stato inequivocabilmente esteso dalla più recente giurisprudenza anche alle procedure negoziate senza previo bando (v. C.d.S., III, 3 marzo 2011, n. 1369; sulla sua applicabilità alla trattativa privata cfr. pure V, 10 novembre 2010, n. 8006), ed ha trovato, da ultimo, il definitivo suggello dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio n. 31 del 31 luglio 2012 proprio nel segno, appunto, della massima latitudine applicativa del canone di pubblicità delle operazioni di gara, quale corollario del più generale principio di trasparenza.

Quest'ultima pronuncia, invero, con grande nettezza ha affermato che le esigenze di informazione dei partecipanti alla gara a tutela dei principi di trasparenza e par condicio, richiamate nella decisione n. 13/2011 della stessa Adunanza a sostegno della necessità che l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche avvenga in seduta pubblica, si pongono in termini sostanzialmente identici anche in relazione alle procedure negoziate, ed ha concluso, pertanto, che anche laddove si tratti di procedure negoziate, con o senza previo bando, l'apertura delle buste contenenti le offerte e la verifica dei documenti in esse contenuti (verifica preliminare alle successive valutazioni tecniche ed economiche delle medesime offerte) vadano effettuate in seduta pubblica.

Altrettanto sicura è poi la necessità di assegnare valenza cogente al suddetto canone di pubblicità delle sedute, stante la statura inderogabile dei principi di cui lo stesso costituisce espressione, il che comporta la conseguente sua applicabilità non solo in presenza di una previsione difforme da parte della *lex specialis*, ma, a maggior ragione, nel mero silenzio sul punto da parte della medesima legge di gara, che è suscettibile di etero-integrazione al riguardo (con la decisione della Sezione 4 marzo 2008, n. 901, è stato invero già puntualizzato che “*non rileva che né la lettera d'invito né il capitolato speciale d'appalto abbiano stabilito alcunché circa la pubblicità o meno delle sedute della commissione, trattandosi di principio generale direttamente applicabile, ...*”).

E', infine, solo una petizione di principio quella che ha portato il Comune ad asserire che l'esito del procedimento sarebbe stato comunque il medesimo già registrato in concreto. Sicché si conferma privo di pregio anche il rinnovato richiamo dell'appellante all'art. 21 *octies* della L. n. 241/1990.

2d Anche questo secondo e conclusivo motivo dell'appello principale va pertanto respinto.

3 Rimane allora da prendere in esame l'appello incidentale spiegato dall'originaria ricorrente, che impugna la sentenza in epigrafe con riferimento al capo con il quale il T.A.R. ha provveduto sulla sua domanda risarcitoria.

La pronuncia viene contestata nella parte in cui, nel condannare il Comune a risarcire la concorrente, ristorandola per le spese da questa inutilmente sostenute per la redazione e presentazione dell'offerta, il primo Giudice ha quantificato limitatamente ad ottomila euro il risarcimento riconosciuto, a fronte di una richiesta attorea che era stata espressa in €. 34.920.

L'appellante incidentale non offre, però, delle precise ragioni a fondamento della propria impugnativa; né si richiama in qualsiasi maniera a documentazione che possa dimostrare l'avvenuta maturazione di spese

superiori al *quantum* fissato dal Tribunale.

La parte avrebbe avuto l'onere di argomentare in maniera puntuale al fine di dimostrare l'irragionevolezza della liquidazione equitativa operata in prime cure (che riguardava, è appena il caso di ricordarlo, una voce di pregiudizio circoscritta al danno emergente). Di contro, essa si è limitata ad opporre, per un verso, l'assunto apodittico –e perciò non conducente– che tale liquidazione sarebbe stata “iniqua”; per altro verso, l'affermazione, parimenti arbitraria, “*che laddove l'amministrazione non fosse incorsa nelle patologie che hanno dato luogo alla pronuncia ..., il ricorrente avrebbe ottenuto l'aggiudicazione*”.

Per quanto precede, non essendo state fornite ragioni che possano indurre a riformare la liquidazione equitativa operata dal T.A.R., anche l'appello incidentale deve essere disatteso.

4 In conclusione, tanto l'appello principale quanto quello incidentale devono essere respinti.

Le spese sono liquidate secondo la soccombenza sostanziale a favore dell'originaria ricorrente nei termini di cui al seguente dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul giudizio in epigrafe, respinge sia l'appello principale che quello incidentale.

Condanna il Comune di Lazise al rimborso all'originaria ricorrente delle spese processuali del presente grado, che si liquidano nella misura di euro tremila, oltre gli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 6 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccarini, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/01/2013

IL SEGRETARIO

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