

N. 01275/2015 REG.PROV.COLL.

N. 01759/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 1759 del 2015, proposto da:
Gfinance Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Dario Meini, Alberto Besuzio, con domicilio eletto presso Dario Meini in
Brescia, borgo Wuhrer, 81;

contro

Comune di Brescia, rappresentato e difeso per legge dagli avv. Francesca Moniga, Andrea Orlandi, domiciliata in
Brescia, C.Tto S. Agata, 11/B;

nei confronti di

Atelier Europeo, rappresentato e difeso dagli avv. Giacomo Grillo, Giuseppe Mondini, con domicilio eletto presso T.A.R.
Segreteria in Brescia, Via Carlo Zima, 3;

per

l'annullamento previa sospensione,

della nota 27 gennaio 2015 n°21, conosciuta in data imprecisata, con cui il Direttore generale del Comune di Brescia ha
comunicato alla giunta l'intenzione di indire avviso pubblico finalizzato alla selezione di un soggetto cui affidare un
incarico di assistenza tecnica, attività di consulenza, supporto tecnico scientifico e capacity building nel settore della
progettazione comunitaria;

della determinazione 16 aprile 2015 n°997, conosciuta in data imprecisata, con cui il medesimo Direttore generale ha
disposto l'avvio della procedura comparativa di selezione di cui sopra, volta ad affidare l'incarico di supporto qualificato al
Comune per la partecipazione alle procedure di bando indette dalla Unione Europea – UE;

dell'avviso 20 aprile 2015 della suddetta procedura comparativa;

della determinazione 27 maggio 2015 n°1354, conosciuta in data imprecisata, con cui il medesimo Direttore generale ha
nominato la Commissione per valutare le candidature;

del verbale 28 maggio 2015, conosciuta in data 29 giugno 2015, con cui la Commissione predetta ha individuato come
soggetto affidatario l'associazione "Atelier Europeo";

del verbale 15 giugno 2015, con cui il responsabile del procedimento – RUP ha affidato l'incarico alla stessa;

della determinazione 29 giugno 2015 n°1600, conosciuta in pari data, con cui il medesimo Direttore generale ha preso atto dell'affidamento dell'incarico nei predetti termini;

della comunicazione di aggiudicazione 29 giugno 2015;

per quanto occorrer possa, del Regolamento comunale degli uffici e servizi, in particolare dell'art. 36, nella parte in cui stabilisca una disciplina incompatibile con quella di cui al d. lgs. 12 aprile 2006 n°163;

di ogni altro atto presupposto, consequenziale o comunque connesso, ancorché non conosciuto,

nonché la declaratoria di inefficacia

del disciplinare stipulato in data 2 luglio 2015 fra il Comune intimato e la controinteressata;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Brescia e di Atelier Europeo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2015 il dott. Francesco Gambato Spisani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Rilevato:

- che la GFinance S.r.l., odierna ricorrente, impresa attiva nel settore della consulenza, insorge nella presente sede contro l'esito della gara indetta dal Comune di Brescia, odierno intimato, come da avviso 20 aprile 2015, per aggiudicare, con metodo non dichiarato in modo esplicito, ma costituito dall'offerta economicamente più vantaggiosa, l'affidamento dell'incarico di supporto qualificato al Comune per la partecipazione alle procedure di bando indette dalla UE per assegnare i cd. finanziamenti comunitari diretti, gara in cui si è classificata seconda con 70 punti, alle spalle della controinteressata, che ha conseguito 74,67 punti (doc. 3 ricorrente, copia bando; v. in part. sul metodo le pp. 5-6; doc. 5 ricorrente, copia verbale aggiudicazione, ove alla seconda pagina la graduatoria; doc. 7 ricorrente, copia determinazione di presa d'atto; doc. 6 ricorrente, copia verbale 2 luglio 2015, di affidamento dell'incarico);

- che a sostegno, deduce cinque motivi, sul comune presupposto che alla procedura debba applicarsi il d. lgs. 12 aprile 2006 n°163, avendo essa ad oggetto un servizio di consulenza gestionale ai sensi dell'art. 20 del codice e del suo allegato II A; a riprova, in allegato alla memoria 28 agosto 2015, ha prodotto copie di bandi simili emessi da altri Comuni e sottoposti a tale disciplina. Ciò posto, con il primo motivo, deduce violazione dell'art. 66 del codice, nel senso che la data di scadenza del termine di presentazione delle domande è stata successiva di un sol giorno al termine ultimo di pubblicazione del bando. Con il secondo motivo, deduce violazione degli artt. 41 e 42 del codice, nel senso che, a suo dire, il bando non conterrebbe la necessaria previsione dei requisiti di partecipazione. Con il terzo motivo, deduce violazione dell'art. 84 del codice, per esser stata nominata una commissione composta da membri asseritamente sprovvisti di alcuna specifica competenza in materia (doc. 4 ricorrente, copia determinazione di nomina). A migliore illustrazione di tal motivo, con la memoria 28 agosto 2015 citata la ricorrente ha evidenziato che uno degli stessi commissari, tale Mattiello, nel 2014 avrebbe fatto parte del comitato scientifico di un master gestito dalla controinteressata, si da trovarsi anche in conflitto di interessi (memoria, p. 6 lettera f e doc. 23 ricorrente, brochure del master, p. 8). Con il quarto motivo, deduce violazione dell'art. 81 del codice, per insufficiente determinazione dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica. Con il quinto motivo, deduce infine violazione degli artt. 28 e 29 del codice, per avere il bando omissivo di precisare il criterio di determinazione dell'offerta economica;

- che hanno resistito il Comune, con memoria formale 27 agosto 2015, memoria in pari data e memoria 2 ottobre 2015, nonché la controinteressata, con memoria 5 ottobre 2015 e hanno chiesto che il ricorso sia respinto, sostenendo in ordine logico quanto segue. In via preliminare, hanno sostenuto il difetto di giurisdizione in favore dell'A.G.O., perché il contratto in questione sarebbe atipico, non sottoposto al codice dei contratti. Sarebbe infatti un contratto aleatorio, in cui l'incarico è retribuito in ragione di una percentuale sui finanziamenti effettivamente conseguiti dall'ente per effetto della

sua opera (doc. 3 ricorrente, cit.). Ciò posto, si discuterebbe della corretta gestione delle trattative per concluderlo, e quindi, a loro dire, su un diritto soggettivo (memoria Comune 2 ottobre 2015 p. 2 in fine; memoria controinteressata 5 ottobre 2015 pp. 3-6). Sempre in via preliminare, hanno sostenuto il difetto di legittimazione della ricorrente, la quale avrebbe partecipato alla gara quale membro di una ATI costituenda, ma agito in giudizio solo in proprio (memoria controinteressata, cit. p. 6): Nel merito, hanno affermato che i motivi sarebbero infondati, e in particolare che il commissario Mattiello in realtà avrebbe partecipato a solo titolo onorifico all'attività della controinteressata, non svolgendovi di fatto alcuna funzione (memoria Comune 2 ottobre 2015 p. 3 e doc. ti Comune 11 e 12, copie lettere in merito);

- che a tutto quanto sopra la ricorrente ha replicato con la memoria 5 ottobre 2015. In primo luogo, ha sostenuto la giurisdizione di questo giudice, affermando che il contratto per cui è causa è comunque concluso da una amministrazione aggiudicatrice, tenuta a procedere tramite gara pubblica. In secondo luogo, ha sostenuto la propria legittimazione a impugnare gli atti di gara a tutela, se non di altro, del proprio interesse a farla rinnovare. Nel merito, ha infine ribadito le proprie precedenti difese;

- che la domanda di annullamento è fondata e va accolta, nei termini che seguono;

- che è infondata l'eccezione preliminare di difetto di giurisdizione, poiché il Comune di Brescia, incontestabilmente un ente della pubblica amministrazione, è tenuto, in via generale, a seguire le regole della pubblica evidenza per concludere qualsivoglia contratto. Nel caso di specie, poi, come correttamente ritenuto dalla ricorrente, va applicata la disciplina del codice degli appalti, trattandosi dell'affidamento di un appalto di servizi. Tale qualificazione non muta per effetto del modo previsto dal contratto in questione per determinare il corrispettivo, ovvero in percentuale rispetto al risultato utile: si tratta di un modo non inusuale di retribuire l'opera di un professionista ampiamente inteso, che certo non vale a far ritenere il contratto aleatorio;

- che è parimenti infondata l'altra eccezione preliminare di difetto di legittimazione attiva, poiché la ricorrente è legittimata anche in proprio ad impugnare gli atti di gara con l'intento, qui manifestato, di azzerarla e farla ripetere con modalità conformi a legge;

- che il primo motivo è infondato, poiché il termine previsto, se pure esiguo, non ha impedito alla ricorrente di partecipare alla gara;

- che il secondo motivo è inammissibile per carenza di interesse, poiché non è spiegato in che modo la asserita mancata previsione specifica dei requisiti di partecipazione abbia alterato l'andamento della gara a danno della ricorrente;

- che il terzo motivo, inerente alle modalità di nomina della commissione di gara, è fondato e va accolto. In generale, secondo l'art. 84 del codice degli appalti, i membri della commissione, in ossequio a una regola logica, prima che giuridica, devono essere "esperti" della materia; nel caso di specie, peraltro, la ricorrente (ricorso, p. 9 § 25 e ss.) ha dedotto che i tre commissari sono privi di significative specifiche esperienze e professionalità nel settore dei finanziamenti europei, e le controparti non hanno replicato nulla di specifico; inoltre, uno di costoro, il citato Mattiello, come spiegato in precedenza, è stato nominato ad una carica nel comitato scientifico di un master gestito dalla controinteressata, ma non avrebbe in merito svolto attività alcuna: ciò da un lato fa dubitare della sua imparzialità, dall'altro conferma non trattarsi di esperto del ramo;

- che ciò porta all'annullamento della nomina della commissione e degli atti provvedimenti successivi;

- che vanno scrutinati anche i residui motivi, dai quali – si veda C.d.S. a.p. 27 aprile 2015 n°5- la ricorrente si propone di ricavare un'utilità ulteriore;

- che di essi è fondato il quarto motivo, poiché, come risulta a semplice lettura della scheda di valutazione allegata al doc. 5 ricorrente, sia i criteri di giudizio sia la conseguente attribuzione dei punteggi sono estremamente generici, tali da non far ricostruire il percorso logico della Commissione;

- che è fondato anche l'ultimo motivo, perché il bando non precisa né il peso dell'offerta economica né il modo in cui essa può essere variata in diminuzione dagli offerenti;

- che in conclusione vanno annullati gli atti di tutta la procedura, che dovrà essere rinnovata per intero, atti indicati in dispositivo, solo precisandosi che l'annullamento non si estende agli atti non provvedimenti, nella specie le note interne di avvio della procedura e la comunicazione di annullamento, e al regolamento, che come si è detto per implicito, non contrasta con il d. lgs. 12 aprile 2006 n°163, da applicare a preferenza, in quanto fonte di rango superiore. Il ricorso quanto a tali atti andrà quindi dichiarato inammissibile;

- che ai sensi dell'art. 121 comma 1 lettera c) c.p.a. va accolta anche la domanda di inefficacia del contratto, poiché lo stesso è stato concluso prima del termine dilatorio previsto, ovvero come da verbale 15 giugno 2015, prima della comunicazione del 29 giugno 2015, e quindi privando la ricorrente della possibilità di agire prima;

- che le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

- a) accoglie in parte la domanda di annullamento, e per l'effetto annulla l'avviso 20 aprile 2015 della suddetta procedura comparativa di affidamento dell'incarico di supporto qualificato al Comune di Brescia per la partecipazione alle procedure di bando indette dalla Unione Europea – UE, la determinazione 27 maggio 2015 n°1354 del Direttore generale del Comune di Brescia di nomina della Commissione, il verbale 28 maggio 2015 con cui la Commissione nominata ha individuato come soggetto affidatario l'associazione "Atelier Europeo" e la determinazione 29 giugno 2015 n°1600 dello stesso Direttore generale, di presa d'atto dell'affidamento;
- b) dichiara inammissibile la domanda di annullamento quanto alla nota 27 gennaio 2015 n°21 del Direttore generale, alla determinazione 16 aprile 2015 n°997 dello stesso, alla comunicazione di aggiudicazione 29 giugno 2015 e al Regolamento comunale degli uffici e servizi;
- c) accoglie la domanda di inefficacia e per l'effetto dichiara inefficace il contratto di affidamento dell'incarico di supporto qualificato al Comune di Brescia per la partecipazione alle procedure di bando indette dalla Unione Europea stipulato fra il Comune stesso e la associazione Atelier Europeo come da verbale 28 maggio 2015;
- d) condanna in solido l'amministrazione intimata e la controinteressata a rifondere all'attrice le spese del presente giudizio, spese che liquida in € 5.000 (cinquemila) complessive, oltre accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Alessandra Farina, Presidente

Stefano Tenca, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/10/2015

IL SEGRETARIO

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