

La eventuale lesione della posizione soggettiva del privato concorrente non deriva direttamente dai verbali di gara, ma dai provvedimenti con i quali l'amministrazione committente assume e fa proprie le determinazioni contenute nei verbali medesimi, i quali, pertanto, non sono impugnabili autonomamente, configurandosi dunque come meri atti endoprocedimentali: anche la presenza di un rappresentante dell'impresa ricorrente alle operazioni di gara non è determinante ai fini del decorso del termine di impugnazione, in attesa dell'approvazione amministrativa dei verbali di gara

Il Tar Lombardia, Milano con la sentenza numero 5008 del 13 giugno 2007 ci insegna che:

<Il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione di un pubblico appalto decorre dalla data in cui è divenuta esecutiva la deliberazione di approvazione degli atti concernenti la procedura di gara, in quanto solamente in quel momento può individuarsi una lesione diretta, immediata ed attuale dell'interesse del partecipante rimasto non aggiudicatario (T.A.R. Marche, 29 dicembre 2003, n. 1924).

La conoscenza degli esiti provvisoriamente definiti dal seggio di gara non obbliga alla contestazione nei termini decadenziali dei relativi verbali ben potendo l'interessato impugnare la sola aggiudicazione definitiva facendo nel contempo valere anche le doglianze più specificamente riferibili alle risultanze dei verbali medesimi>

Ma è altresì importante sapere che:

**<la fissazione o la specificazione dei criteri di apprezzamento delle offerte deve sempre precedere l'apertura delle buste contenenti gli elementi da valutare ai fini dell'aggiudicazione ed essere effettuata in una fase anteriore alla conoscenza delle soluzioni proposte dai concorrenti.**

Il principio risponde all'esigenza di garantire la regolarità del procedimento valutativo e l'imparzialità del risultato, che risulterebbero compromessi dalla mera possibilità di conoscenza delle offerte o degli elementi suscettibili di attribuzione del punteggio, posto che la tardiva fissazione dei criteri consente di calibrare i parametri di giudizio ai caratteri specifici delle offerte conosciute o per le quali è venuta meno la garanzia di segretezza per effetto dell'apertura della relativa busta, il che collide con elementari principi di trasparenza dell'azione amministrativa e altera le condizioni indispensabili per garantire il rispetto della "par condicio" tra i concorrenti>

A cura di Sonia Lazzini

Sentenza n. 5008 depositata il 13.6.2007

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

Sezione prima

ha pronunciato la seguente

**S E N T E N Z A**

sui ricorsi riuniti n. 1674/2006 proposto da:

DITTA ALFA s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'Avvocato Giuseppe Salerno, con domicilio eletto in Rho, Galleria Europa 21

e 1703/2006 proposto da

DITTA BETA pubblicità s.r.l. in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli Avvocati Alessandra Blasi, Franco Enoch e Francesca Mastroviti, con domicilio eletto in Milano via XX Settembre 24 presso l'Avvocato Blasi

contro

COMUNE DI Arluno, in persona del Sindaco p.t. , rappresentato e difeso dal'Avv. Tiziano Uguccioni, con domicilio eletto in Milano via Boccaccio 19

e nei confronti di

\*

e nei confronti di

\*\* s.r.l.

DITTA BETA s.r.l.

per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione,

della determina n° 10 del 4-4-2006 con cui è stata affidata alla Pubblicità s.r.l. la concessione del servizio di pubblicità commerciale nel territorio comunale;

del verbale di gara;

della delibera della giunta comunale del 28-11-2005 e della determinazione n° 16 del 21-12-2005 con cui è stata indetta la gara impugnate solo con il ricorso della DITTA ALFA s.p.a. ;

ed ogni altro comportamento o atto connesso, preordinato e consequenziale, ancorchè non conosciuto Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso;

Vista la domanda di sospensione della esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dal ricorrente;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dei controinteressati :

Udito alla udienza pubblica del 10 gennaio 2007 il relatore primo referendario Cecilia Altavista;

Uditi altresì i procuratori delle parti, come da verbale in atti;

Ritenuto in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con delibera n° 184 del 28-11-2005 la giunta comunale di Arluno ha approvato un atto di indirizzo con il quale ha affidato al Responsabile della Polizia Locale di procedere all'affidamento ad un terzo del servizio di gestione della pubblicità nel territorio comunale, fissando alcune punti fondamentali per l'affidamento di tale servizio.

Con determinazione n° 16 del 21-12-2005 il Responsabile del settore Polizia Locale ha indetto la gara per l'affidamento del servizio all'offerta economicamente più vantaggiosa. Hanno presentato offerte DITTA ALFA s.p.s. Pubblicità s.r.l., Pubbli due s.r.l e DITTA BETA s.r.l.

Nella seduta del 24 marzo 2006 la Commissione procedeva alla valutazione delle offerte. Con determina del 4-4-2006, è stato disposto l'affidamento alla Pubblicità s.r.l.

Avverso tale provvedimento e avverso i verbali di gara sono stati proposti i presenti ricorsi per i seguenti motivi:

ricorso n° 1676/2006:

violazione dell'art 42 comma 2 del d.lgs. n° 267 del 18-8-2000; incompetenza della Giunta Comunale e del Responsabile dell'Area Polizia Locale;

violazione degli artt 3 e 97 della Costituzione; dei principi di buon andamento trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa; di segretezza e della par condicio; eccesso di potere per perplessità, irragionevolezza, illogicità, sviamento.

violazione degli artt 1 e 3 della legge n° 241 del 7-8-1990; omessa verbalizzazione delle operazioni di gara svolte in seduta segreta.

eccesso di potere per difetto di motivazione, arbitrarietà.

Ricorso n° 1703/2006:

violazione della lex specialis di gara; violazione di legge in relazione all'art 3 della legge n° 241 del 7-8-1990; violazione dell'art 97 della Costituzione; eccesso di potere per perplessità, irragionevolezza, illogicità, sviamento, incongruità, ingiustizia manifesta.

Si sono costituiti il Comune e la società controinteressata formulando eccezioni in rito e contestando la fondatezza del ricorso.

Alla camera di consiglio del 19-7-2006 è stata respinta l'istanza incidentale di sospensione del provvedimento impugnato nel ricorso della DITTA BETA s.r.l.

Alla camera di consiglio del 13-9-2006 è stata accolta l'istanza incidentale di sospensione del provvedimento impugnato nel ricorso della DITTA ALFA s.p.a..

Il presente ricorso è stato trattenuto in decisione all'udienza pubblica del 10 gennaio 2007.

## DIRITTO

Priva di fondamento è l'eccezione relativa alla tardività della presente impugnazione, in quanto avrebbe dovuto essere rivolta avverso i verbali di gara già conosciuti dalla ricorrente.

E' giurisprudenza costante, anche di questo Tribunale, che la eventuale lesione della posizione soggettiva del privato concorrente non derivi direttamente dai verbali di gara, ma dai provvedimenti con i quali l'amministrazione committente assume e fa proprie le determinazioni contenute nei verbali medesimi, i quali, pertanto, non sono impugnabili autonomamente, configurandosi dunque come meri atti endoprocedimentali. Pertanto, anche la presenza di un rappresentante dell'impresa ricorrente alle operazioni di gara non è determinante ai fini del decorso del termine di impugnazione, in attesa dell'approvazione amministrativa dei verbali di gara (T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 06 febbraio 2003, n. 201).

Il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione di un pubblico appalto decorre dalla data in cui è divenuta esecutiva la deliberazione di approvazione degli atti concernenti la procedura di gara, in quanto solamente in quel momento può individuarsi una lesione diretta, immediata ed attuale dell'interesse del partecipante rimasto non aggiudicatario (T.A.R. Marche, 29 dicembre 2003, n. 1924).

La conoscenza degli esiti provvisoriamente definiti dal seggio di gara non obbliga alla contestazione nei termini decadenziali dei relativi verbali ben potendo l'interessato impugnare la sola aggiudicazione definitiva facendo nel contempo valere anche le doglianze più specificamente riferibili alle risultanze dei verbali medesimi (T.A.R. Lazio Latina, 09 dicembre 2005, n. 1676).

Deve essere, altresì, esaminata l'eccezione di carenza di interesse proposta dalla difesa comunale. Sostiene il Comune che la DITTA ALFA s.p.a. non potrebbe trarre alcuna utilità dal presente ricorso, in quanto non potrebbe mai risultare aggiudicatario essendo la sua offerta mancante di un elemento fondamentale quale la fornitura dei tabelloni di tipo medievale.

Tale eccezione non merita accoglimento.

Le censure proposte dalla DITTA ALFA s.p.a., infatti, riguardano violazioni procedurali che potrebbero condurre alla rinnovazione della gara. Pertanto deve ritenersi comunque sussistente l'interesse a ricorrere rappresentato dalla possibilità di partecipare ad una nuova gara.

Con il primo motivo di ricorso si sostiene l'incompetenza della Giunta comunale ad approvare l'atto di indirizzo del 28-11-2005, in quanto ai sensi dell'art 42 comma 2 lett l) del d.lgs. n° 267 del 18-8-2000, l'indizione di appalti e concessioni sarebbe di competenza del Consiglio comunale.

Tale profilo di censura non può essere condiviso.

L'art 42 prevede la competenza del Consiglio Comunale, con indicazione ritenuta tassativa, limitatamente ad alcuni atti fondamentali tra cui alla lettera l) "acquisti e alienazioni immobiliari, relative permuta, appalti e concessioni che non siano previsti espressamente in atti fondamentali del consiglio o che non ne costituiscano mera esecuzione e che, comunque, non rientrino nella ordinaria amministrazione di funzioni e servizi di competenza della Giunta, del segretario o di altri funzionari".

Tale norma va interpretata alla luce di tutte le altre previsioni dell'art 42 (statuti dell'ente e delle aziende speciali, regolamenti salva l'ipotesi di cui all'articolo 48, comma 3, criteri generali in materia di ordinamento degli uffici e dei servizi; programmi, relazioni previsionali e programmatiche, piani finanziari, programmi triennali e elenco annuale dei lavori pubblici, bilanci annuali e pluriennali e

relative variazioni, rendiconto, piani territoriali ed urbanistici, programmi annuali e pluriennali per la loro attuazione, eventuali deroghe ad essi, pareri da rendere per dette materie; convenzioni tra i comuni e quelle tra i comuni e provincia, costituzione e modificazione di forme associative;

istituzione, compiti e norme sul funzionamento degli organismi di decentramento e di partecipazione; organizzazione dei pubblici servizi, costituzione di istituzioni e aziende speciali, concessione dei pubblici servizi, partecipazione dell'ente locale a società di capitali, affidamento di attività o servizi mediante convenzione ; istituzione e ordinamento dei tributi, con esclusione della determinazione delle relative aliquote; disciplina generale delle tariffe per la fruizione dei beni e dei servizi; indirizzi da osservare da parte delle aziende pubbliche e degli enti dipendenti, sovvenzionati o sottoposti a vigilanza; contrazione di mutui e aperture di credito non previste espressamente in atti fondamentali del consiglio ed emissioni di prestiti obbligazionari ), da cui si rileva che tale disposizione riserva al Consiglio comunale, in quanto organo politico, l'adozione degli atti fondamentali, che configurano espressione del potere di indirizzo e di controllo politico-amministrativo e che, pertanto, si esauriscono sul piano delle scelte di più ampio livello suscettibili di tradursi in atti di indirizzo. Nel caso di specie la gestione del servizio di pubblicità non si può ritenere un atto di indirizzo politico del consiglio ( cfr .T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 07 aprile 2006 , n. 985 rispetto ai servizi cimiteriali).

Suscettibile di accoglimento è il secondo motivo di ricorso relativo alla fissazione da parte della Commissione di sottocriteri dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche.

Risulta dai verbali delle operazioni sia del 20 febbraio che del 24 marzo 2006 che la elaborazione dei sottocriteri sia avvenuta successivamente alla apertura delle offerte; in particolare il 20 febbraio sono state aperte le buste contenenti le offerte tecniche e sono stati stabiliti i sottocriteri per tutti i parametri esclusi quelli dei servizi aggiuntivi, i cui sottocriteri sono stati fissati il 24 marzo .

Tale circostanza è altresì riconosciuta dalla difesa dell'Amministrazione che sostiene, peraltro, che la ricorrente avrebbe dovuto impugnare nei termini la clausola del bando di gara che prevedeva tale previa apertura delle offerte.

Tale eccezione non può essere condivisa in relazione all'orientamento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n° 1 del 2003, per cui vanno impuginate tempestivamente solo le clausole dei bandi di gara che riguardino i requisiti di partecipazione e quelle relativa alle modalità di presentazione dell'offerta solo se impediscano tale presentazione. Pertanto, i bandi di gara, di concorso e le lettere di invito vanno di regola impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato; a fronte della clausola illegittima del bando di gara o del concorso, il partecipante alla procedura concorsuale non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, dal momento che egli non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva, che solo da tale esito può derivare.

Secondo il costante orientamento della giurisprudenza, anche di questo Tribunale, la fissazione o la specificazione dei criteri di apprezzamento delle offerte deve sempre precedere l'apertura delle buste contenenti gli elementi da valutare ai fini dell'aggiudicazione ed essere effettuata in una fase anteriore alla conoscenza delle soluzioni proposte dai concorrenti. Il principio risponde all'esigenza di garantire la regolarità del procedimento valutativo e l'imparzialità del risultato, che risulterebbero compromessi dalla mera possibilità di conoscenza delle offerte o degli elementi suscettibili di attribuzione del punteggio, posto che la tardiva fissazione dei criteri consente di calibrare i parametri di giudizio al caratteri specifici delle offerte conosciute o per le quali è venuta meno la garanzia di segretezza per effetto dell'apertura della relativa busta, il che collide con elementari principi di trasparenza dell'azione

amministrativa e altera le condizioni indispensabili per garantire il rispetto della “par condicio” tra i concorrenti Tar Lombardia, Milano, sez. III, 22 febbraio 2005, n. 411; T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 13 dicembre 2005 , n. 4958).

Nelle procedure concorsuali ad evidenza pubblica, mediante le quali si procede all'effettuazione di valutazioni tecnico-discrezionali, esigenze di imparzialità trasparenza e buon andamento della P.A. impongono alla Commissione di gara di procedere alla fissazione dei criteri, o sub criteri di valutazione delle offerte tecniche prima dell'apertura delle buste contenenti tali offerte (Consiglio Stato , sez. V, 19 giugno 2006). La loro conoscenza costituisce, infatti, elemento potenzialmente deviante in quanto mette in condizione la commissione di plasmare i criteri o parametri specificativi adattandoli ai caratteri specifici delle offerte, conosciute o conoscibili, sì da sortire un effetto potenzialmente premiante nei confronti di una o più imprese. Di conseguenza, l'esigenza di evitare il rischio di una predeterminazione premiale dei criteri impone l'anticipazione di ogni operazione di loro manipolazione rispetto alla conoscenza delle offerte ed al giudizio successivo sulle stesse (T.A.R. Toscana, sez. II, 30 maggio 2006 , n. 2634; T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 05 aprile 2006 , n. 3415).

L'accoglimento di tale motivo di ricorso è idoneo all'assorbimento degli ulteriori; comporta infatti l'annullamento dell'aggiudicazione e, quindi il rinnovo dell'intero procedimento selettivo, con nuova indizione della gara, nel rispetto dei principi sopra stabiliti.

Ne deriva altresì la illegittimità della clausola del bando di gara, impugnato solo dalla ricorrente DITTA ALFA.

L'annullamento della procedura di gara e del bando nella parte relativa alla clausola citata comporta altresì la improcedibilità per carenza di interesse dell'impugnazione proposta solo per altri profili dalla DITTA BETA s.r.l. .

E' evidente infatti che la DITTA BETA non ha più alcun interesse a ricorrere venendo meno il provvedimento impugnato.

Sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese processuali.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - Sez. I, accoglie il ricorso n° 1676 del 2006 e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Dichiara improcedibile il ricorso n° 1703 del 2006.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella Camera di Consiglio del 10 gennaio 2007, con l'intervento dei Magistrati:

Piermaria Piacentini - Presidente

Cecilia Altavista -Primo Referendario Est.

Maria Grazia Vivarelli -Referendario

IL PRESIDENTE L'ESTENSORE