



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 567 del 2009, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Power-One Italy S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Adriano Tortora e
Alessandro Giussani, ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv.
Stefano Gamberini in Bologna, viale XII Giugno 26;

contro

Comune di Bellaria-Igea Marina, rappresentato e difeso dall'avv. Franco Fiorenza,
ed elettivamente domiciliato presso il suo studio in Bologna, via del Monte 10;

nei confronti di

Telecom Italia S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Lirosi, Marco
Martinelli e Filippo Cammelli, ed elettivamente domiciliata presso lo studio legale
Gianni, Origoni, Grippo & Partners in Bologna, via M. d'Azeglio n.57;
Umpi Elettronica S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Valeriani e
Domenico Amoruso, ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv.
Michele Bonfiglioli in Bologna, via del Monte 10;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- della delibera della Giunta Municipale di Bellaria-Igea Marina n. 46 del 21 marzo 2009 avente ad oggetto la proposta tecnica relativa alla installazione del telecontrollo e di risparmio energetico per gli impianti di pubblica illuminazione e contestuale determinazione di "affidamento del servizio e fornitura inerente alla proposta di cui sopra in maniera diretta stante l'esclusiva nazionale in possesso di Telecom Italia";

- di tutti gli atti presupposti ivi compresa la proposta di delibera del Dirigente di Settore e la relazione tecnica dell'ing. Enzo Succi;

nonché, come da atto di motivi aggiunti depositato presso la Segreteria il 3 giugno 2009, per l'annullamento previa sospensione

- della determina del Responsabile del Servizio n. 493 del 2009, recante la decisione di affidare a Telecom-Umpi la fornitura e il servizio di "installazione del telecontrollo per gli impianti di pubblica illuminazione" con "sostituzione delle lampade ai vapori di mercurio con lampade ai vapori di sodio" procedendo alla stipula del contratto per trattativa privata;

- di tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali.

Visto il ricorso e i motivi aggiunti con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Bellaria-Igea Marina;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Telecom Italia S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Umpi Elettronica S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Uditi nell'udienza pubblica del 2 luglio 2009, relatore il Cons. Rosaria Trizzino, i difensori delle parti come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

I. – Con il ricorso originariamente proposto la Società ricorrente ha impugnato la deliberazione della Giunta Comunale di Bellaria – Igea-Marina 21 marzo 2009 n. 46, avente ad oggetto “Proposta tecnica installazione, telecontrollo e risparmio energetico impianti pubblica illuminazione e contestuale determinazione di “affidamento del servizio e fornitura inerente all’anzidetta proposta ... in maniera diretta stante l’esclusiva nazionale in possesso di Telecom Italia.

II. - A sostegno del gravame deduce:

- 1) Violazione dei principi di parità di trattamento, di trasparenza, violazione delle regole della concorrenza , carenza di istruttoria.
- 2) Violazione dei principi di parità di trattamento, di trasparenza, violazione delle regole della concorrenza e violazione dell’articolo 3 della legge 7 agosto 1990 n. 241; sviamento di potere.
- 3) Violazione dei principi di parità di trattamento, di trasparenza, violazione delle regole della concorrenza e violazione degli articoli 3 e 6 del r.d. 18 novembre 1923 n. 2740 e violazione del r.d. 23 maggio 1924 n. 827.
- 4) Violazione dell’articolo 57 del d.lgs. 11 aprile 2006 n. 163 (Codice dei contratti), carenza di presupposti per l’affidamento diretto.
- 5) Incompetenza della Giunta comunale.

III. - Con motivi aggiunti, notificati ai sensi e per gli effetti dell’articolo 1 della legge 205 del 2000 il 3 giugno 2009 e depositati il 4 giugno 2009, la Società ricorrente ha quindi impugnato la determina del Responsabile del Servizio in data 25 marzo 2009 n. 493, con cui è stato affidata a Telecom-Umpi la “fornitura e il servizio di installazione del telecontrollo per gli impianti di pubblica illuminazione con sostituzione delle lampade ai vapori di mercurio con lampade ai vapori di sodio, procedendo alla stipula del contratto a trattativa privata”.

Avverso tale determinazione deduce l'illegittimità derivata riproponendo i primi quattro motivi del gravame principale, nonché la violazione dell'articolo 68 del d.lgs. n. 163 del 2006, il difetto di istruttoria, l'eccesso di potere per carenza dei presupposti per procedere all'affidamento diretto del servizio, la violazione degli articoli 42 e 107 del TUEL (d.lgs. n. 267 del 2000) e l'incompetenza.

IV. – Si sono costituiti in giudizio il Comune di Bellaria e le Società controinteressate contestando le censure svolte dalla ricorrente tanto con il ricorso originariamente proposto, quanto in via autonoma con i motivi aggiunti e ne hanno chiesto la reiezione.

Le controinteressate hanno inoltre eccepito l'inammissibilità del ricorso perché proposto avverso un atto di indirizzo non immediatamente lesivo delle posizioni della ricorrente e quindi non impugnabile autonomamente prima della determinazione dirigenziale di affidamento diretto.

Con memoria depositata il 25 giugno u.s., Telecom ha quindi dedotto l'inammissibilità dei motivi aggiunti in quanto privi di autonoma procura.

V. – All'udienza del 2 luglio 2009, fissata per la discussione, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. – Vanno innanzitutto esaminate le eccezioni di inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti dedotte da Telecom SpA e da Umpi Srl.

Le controinteressate eccepiscono l'inammissibilità del ricorso originariamente proposto in quanto rivolto avverso un atto di indirizzo – la delibera della Giunta Municipale di Bellaria Igea Marina 21 marzo 2009 n. 46 – non immediatamente lesivo degli interessi della società ricorrente e non autonomamente impugnabile.

La società Telecom, in relazione ai motivi aggiunti ha quindi rilevato la mancanza di un'autonoma procura alle liti.

1.1 – Tutte le eccezioni sono prive di fondamento.

Al riguardo il Collegio in ordine alla pretesa inammissibilità del ricorso originario, rileva che la delibera di giunta 21 marzo 2009 n. 46 che ha ad oggetto l'approvazione della "proposta tecnica relativa all'installazione del telecontrollo e di risparmio energetico per gli impianti di pubblica illuminazione", nella parte dispositiva dà atto dell'approvazione di tutto quanto riportato nelle premesse dell'atto deliberativo e pertanto oltre che della proposta tecnica, anche della determinazione di affidare il servizio e la fornitura "in maniera diretta stante l'esclusiva nazionale in possesso di Telecom" e, conseguentemente, di dare mandato al Dirigente del Settore competente di procedere all'affidamento di che trattasi.

E' dunque evidente che tale deliberazione può essere immediatamente impugnata dalla ricorrente, essendo palese il suo interesse a evitare l'affidamento diretto del servizio e della fornitura oggetto della proposta tecnica e quindi a impedire che tale deliberazione determini un arresto procedimentale relativamente allo svolgimento di un regolare confronto competitivo nell'ambito della procedura negoziata di che trattasi.

1.2 - In merito all'eccezione con cui la controinteressata Telecom sostiene l'inammissibilità dei motivi aggiunti proposti dalla ricorrente per il mancato conferimento di una procura speciale in tal senso ai difensori, va richiamato il pressoché univoco insegnamento giurisprudenziale del Consiglio di Stato (cfr. per tutte, V, 21 giugno 2007 n. 3331), in base al quale i motivi aggiunti possono essere validamente proposti sulla scorta del mandato conferito al difensore per il ricorso originario, allorché con essi si impugnano atti che fanno parte di uno steso procedimento, in quanto la procura conferita dagli interessati - che nella specie contempla espressamente la facoltà di proporre motivi aggiunti - deve ritenersi comprensiva di tutti i poteri processuali necessari a rimuovere le illegittimità che hanno determinato la lesione per la quale è stata richiesta la tutela giurisdizionale.

1.3 - Orbene, come appena rilevato, nella fattispecie la situazione soggettiva che la ricorrente ha inteso tutelare con l'impugnativa della deliberazione della Giunta Municipale è strettamente collegata alla impugnativa della determinazione dirigenziale con cui si è proceduto in concreto all'affidamento diretto di cui all'anzidetta proposta.

1.4 – Alla stregua delle suesposte considerazioni le eccezioni all'esame vanno respinte.

2. – Ciò posto, il Collegio, può esaminare nel merito i motivi dedotti con il ricorso e con i motivi aggiunti.

Va preliminarmente esaminato l'ultimo motivo del ricorso originario con cui si deduce l'incompetenza della Giunta Municipale rilevando che con la deliberazione impugnata si sarebbe disposto l'affidamento diretto a Telecom – Umpi e quindi assunto un atto di indubbia valenza gestionale di competenza del Dirigente.

Il motivo non ha pregio.

La determinazione del Dirigente del Comune di Bellaria – Igea Marina impugnata con il ricorso per motivi aggiunti dimostra incontrovertibilmente l'infondatezza degli assunti della ricorrente e la legittimità della determinazione della Giunta.

3. – In ordine ai primi quattro motivi del ricorso originario e ai motivi aggiunti che, attesa la loro correlazione, possono essere trattati congiuntamente insieme il Collegio ritiene di dover preliminarmente chiarire i termini normativi della questione.

3.1. Al riguardo va sottolineato che:

a) nel Codice dei contratti (decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163) le procedure per l'individuazione degli offerenti sono indicate nell'articolo 54.

Da tale norma si evince che

- le procedure utilizzate per l'individuazione degli operatori economici che possono presentare offerte per l'affidamento di un contratto pubblico sono aperte,

ristrette, negoziate - (l'articolo 3, comma 40 definisce le "procedure negoziate" come le procedure in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto), - ovvero il dialogo competitivo, di cui al presente codice;

- di regola le stazioni appaltanti aggiudicano i contratti mediante procedura aperta o mediante procedura ristretta;

- l'aggiudicazione dei contratti pubblici mediante il dialogo competitivo può avvenire alle condizioni specifiche espressamente previste, mentre quella mediante una procedura negoziata, con o senza pubblicazione del bando di gara è ammessa solo nei casi e alle condizioni specifiche espressamente previste.

b) La procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara è regolata dall'articolo 56, mentre l'articolo 57 regola la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara.

c) La trattativa privata è sempre stata intesa, nel diritto italiano, come la contrattazione diretta, senza gara, tra una pubblica amministrazione e un privato e quindi in tale concetto rientrano i casi di procedura negoziata, senza preliminare pubblicazione di un bando di gara di cui all'articolo 57.

3.2 - Ciò premesso, nel caso in esame può pacificamente ritenersi che si verta nell'ipotesi di trattativa privata, perché non c'è stato nessun bando e che si sia inteso applicare la lettera "b" del comma 2 del citato articolo 57 che prevede l'ipotesi in cui "per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato".

Ciò non di meno il Collegio deve accertare se nella fattispecie ricorrano effettivamente i presupposti per aggiudicare il servizio di che trattasi a trattativa privata.

3.3 – Al riguardo la giurisprudenza ha chiarito quanto segue:

- i) in materia di appalto di opere, forniture o servizi, la scelta del contraente da parte di una p.a. mediante trattativa privata (diretta o previa gara informale o indagine di mercato) è sistema eccezionale, derogatorio alle ordinarie procedure selettive, concorsuali e concorrenziali; e dalla rilevata eccezionalità, da sempre sancita dall'ordinamento (a partire dalla legge e dal regolamento sulla contabilità di Stato del 1923/24 fino alla più recente normativa di derivazione comunitaria) deriva l'obbligo di una motivazione congrua e dettagliata che giustifichi il ricorso a tale sistema in luogo di altro (Consiglio di stato, sez. V, 31 dicembre 2007 , n. 6797);
- ii) l'amministrazione, nell'affidamento degli appalti, è comunque tenuta a rispettare i principi comunitari e nazionali di trasparenza, concorrenza e par condicio, potendo ricorrere alla trattativa soltanto in caso eccezionali e tipizzati dalle norme;
- iii) il carattere generale e basilare del principio di trasparenza - e quindi di concorrenza - che le p.a. devono seguire nello svolgimento della propria attività contrattuale, e più in generale nei rapporti con i terzi privati, non esclude in radice la possibilità di ricorrere alla trattativa diretta, quando sussistano determinati presupposti e sempre che siano fatti salvi i canoni generali di ragionevolezza e di perseguimento dell'interesse pubblico;
- iv) la trattativa privata costituisce modulo di formazione della volontà contrattuale della p.a. di carattere eccezionale, suscettibile di essere applicato solo ed esclusivamente in presenza di specifici presupposti che vanno individuati ed esplicitati a monte della procedura proprio per giustificare la deroga alle regole ordinarie dell'evidenza pubblica (Corte Conti , sez. contr., 3 aprile 2007 , n. 3);
- v) l'unicità del fornitore deve essere certa prima di addivenire a trattativa privata, e la "indagine di mercato" può avere il solo scopo di acquisire la certezza di tale unicità o di escluderla: in ipotesi di fornitore unico individuato mediante caratteristiche dell'oggetto palesate a posteriori, dopo un'indagine di mercato, come conformi alle necessità dell'amministrazione - la trattativa privata non è

consentita, perché altrimenti l'obbligo della gara sarebbe vanificato, e la postuma dichiarazione delle proprie esigenze si presterebbe a giustificare qualsiasi scelta effettuata, appunto, senza gara. (Consiglio di stato, V, 7 novembre 2007 n. 5766).

vi) l'affidamento da parte di una p.a. di un determinato servizio a trattativa privata, ai sensi dell'art 57 comma 2 lettera b) d.lgs. n. 163 del 2006 (motivi di natura tecnica ed artistica ovvero esistenza di diritti di privativa industriale) deve essere adeguatamente valutato nelle fasi procedurali che precedono la stipula del contratto, esplicitando le concrete ed obiettive ragioni tecniche previste nella norma citata, da riferire a casi del tutto particolari, di prestazioni infungibili o rese in posizioni monopolistiche (Corte Conti, sez. contr., 21 luglio 2006, n. 11).

4 – Alla luce delle suesposte considerazioni occorre dunque accertare se nella fattispecie il Comune di Bellaria poteva procedere comunque senza gara

Osserva il Collegio che dall'iter procedimentale seguito dall'Amministrazione comunale, così come documentato in atti non sembra potersi escludere a priori che il sistema "I-Illumination" (sistema di telecontrollo e di risparmio energetico della pubblica illuminazione con trasmissione dati a onde convogliate a banda larga) proposto da Power One non rappresenti un'alternativa rispetto a quello proposto dalle controinteressate (sistema Smart-town).

Ed invero dalla perizia tecnica prodotta dalla ricorrente risulta che il sistema I-Illumination, sarebbe in grado di soddisfare le richieste di risparmio energetico e dei costi di manutenzione al pari del sistema concorrente Smart-town.

Le controinteressate, per contro per dimostrare le peculiarità del sistema "Smart-town" hanno prodotto una relazione contenente la "comparazione tecnica" fra i due sistemi.

Orbene, proprio tali documenti, ancorché non esaminati sotto un profilo strettamente tecnico, dimostrano che non è possibile escludere a priori che la

ricorrente operi in diretta concorrenza con altre imprese operanti nel mercato nazionale ed europeo quali Telecom-Umpi.

4.1 - In considerazione di ciò, deve pertanto ritenersi necessario un confronto competitivo fra i due sistemi, confronto che non è rinvenibile nell'indagine di mercato asseritamente svolta dal Comune.

Non può infatti ritenersi che l'indagine svolta dal Responsabile comunale sia equiparabile a una procedura competitiva effettuata sulla base di criteri tecnologici ed economici prefissati nel pieno rispetto del principio concorrenziale.

Nella fattispecie, invero, la Power One, su invito del competente ufficio comunale, in data 11 novembre 2008 aveva trasmesso tutta la documentazione relativa a I-Illumination, tuttavia il Comune ha bypassato le regole della concorrenza e non si è neppure curato di esplicitare in modo chiaro e preciso le ragioni della presunta unicità del sistema Telecom Umpi.

4.2 - Va inoltre rilevato che non può essere ritenuta valida ragione giustificativa "l'utilizzazione della rete esistente e la compatibilità tra due sistemi di trasmissione facenti capo a un unico soggetto", né la considerazione che Telecom, in quanto aggiudicataria del servizio, operi nella Regione in virtù della convenzione stipulata con Intercent-Er.

Diversamente opinando, in capo a Telecom si configurerebbe un'evidente abuso di posizione dominante, atteso che essa sfrutterebbe la posizione acquisita nel mercato delle telecomunicazioni per restringere la concorrenza nel mercato dell'illuminazione pubblica.

4.3 - Il Collegio deve infine precisare che per le ragioni sopra esposte l'affidamento del servizio a trattativa privata non è neppure giustificato dalla privativa industriale (brevetti europei di cui le controinteressate sono titolari), atteso che questa può legittimare una limitazione concorrenziale se si connota in termini di esclusiva funzionale e cioè se si tratta di prodotto con caratteristiche

tecniche infungibili e non surrogabili da tecnologie alternative in grado di assicurare le medesime funzionalità.

5. - Da tutte le considerazioni fin qui svolte risulta perciò evidente che l'affidamento del servizio e fornitura inerente la installazione del telecontrollo e di risparmio energetico per gli impianti di pubblica illuminazione non poteva che essere preceduto da un confronto competitivo basato su una precisa individuazione delle specifiche tecniche del prodotto oggetto di gara, formulate in termini di prestazioni o di requisiti funzionali nel rispetto del principio di equivalenza.

Va conseguentemente ritenuta l'illegittimità della deliberazione della Giunta Municipale, impugnata con il ricorso originariamente e del provvedimento di affidamento diretto a Telecom Umpi del servizio disposto senza alcuna specifica giustificazione in ordine alla possibilità di aggiudicare il servizio a trattativa privata in assenza di tale confronto.

6. – Il ricorso originariamente proposto e il ricorso per motivi aggiunti vanno pertanto accolti e per l'effetto gli atti impugnati devono essere annullati.

Peraltro la fattispecie presenta tratti di peculiarità tali da indurre il Collegio a compensare integralmente fra le parti le spese e competenze del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna - Bologna, I sezione, accoglie il ricorso e i motivi aggiunti indicati in epigrafe nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Compensa integralmente fra le parti le spese e competenze del giudizio.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del 2 luglio 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Rosaria Trizzino, Consigliere, Estensore

Grazia Brini, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/07/2009

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

IL SEGRETARIO