

La discrezionalità tecnica è sindacabile solo in presenza di valutazioni incoerenti o irragionevoli che comportano un vizio della funzione

Con la decisione numero 4406 del 29 agosto 2005 il Consiglio di Stato ci insegna che:

<Il giudice amministrativo, infatti, non può procedere ad una propria autonoma valutazione in sostituzione di quella compiuta dall'Amministrazione, in quanto la discrezionalità tecnica è sindacabile solo in presenza di valutazioni incoerenti o irragionevoli che comportano un vizio della funzione; sono pertanto apprezzabili solo quelle palesi aberrazioni in presenza delle quali il vizio della funzione non può più ritenersi intrinseco alla stessa valutazione di merito, che evidentemente comporta un grado più o meno alto di opinabilità, ma trasmoda nell'eccesso di potere. Il sindacato di merito, caratterizzato dalla eventualità della verifica dell'opportunità della scelta e dalla sostituzione del giudice all'Amministrazione nella valutazione della soluzione migliore, è possibile solo nei casi particolari in cui la legge affida all'organo giurisdizionale tale potere

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta ANNO 2004

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sul ricorso n. 535/2004 R.G. proposto dal Comune di Milano, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Maria Rita Surano, Maria Teresa Maffey e Raffaele Izzo, ed elettivamente domiciliato presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, Via Cicerone n. 28;

CONTRO

- \*\*\*\* S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Antonio Belvedere, Riccardo Marletta, Leonardo Lascialfari, Antonella Rizzi e Andrea Manzi, ed elettivamente domiciliata in Roma presso lo studio di quest'ultimo, Via F. Confalonieri n. 5, appellante incidentale;

e nei confronti di

- Associazione \*\*\*\*, in proprio e nella qualità di capogruppo e mandataria della costituenda associazione temporanea di impresa con la \*\*\*\* S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., e \*\*\*\* S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., entrambe rappresentate e difese dagli Avv.ti Prof. Filippo Satta, Filippo Lattanzi e Giorgio Roderi, ed elettivamente domiciliata in Roma presso lo studio dei primi, Via Pirluigi da Palestrina n. 47;

PER L'ANNULLAMENTO

Della sentenza resa dal T.A.R. per la Lombardia, Sez. III, n. 3718/03, pubblicata in data 9 settembre 2003.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della \*\*\*\*\* S.r.l. e l'appello incidentale proposto da quest'ultima;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Associazione \*\*\*\*\* e della \*\*\*\*\* S.r.l.

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Nominato relatore il Consigliere Michele Corradino;

Uditi alla pubblica udienza del 14.12.2004 gli avvocati M.T.Maffey, A Manzi, F. Satta e G. Roderi, come da verbale d'udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

#### F A T T O

Con sentenza n. 3718 del 9 settembre 2003, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sez. III, previa riunione, nel dichiarare la cessazione della materia del contendere sul ricorso n. 2200/2001 proposto dall'Associazione \*\*\*\*\* e dalla \*\*\*\*\* S.r.l. contro il Comune di Milano avverso la propria esclusione dalla gara pubblica per l'affidamento in concessione del Teatro Lirico di Milano, accoglieva il gravame n. 853/2003 della \*\*\*\*\* S.r.l. nei confronti del citato ente locale e annullava, di conseguenza, l'aggiudicazione in favore dell'Associazione \*\*\*\*\* e della \*\*\*\*\* S.r.l. della medesima gara.

Avverso la predetta decisione proponeva rituale appello il Comune di Milano, deducendo l'erroneità della sentenza.

Si è costituita, per resistere all'appello, la \*\*\*\*\* S.r.l., che ha pure proposto appello incidentale.

Si sono, altresì, costituite, per sostenere le ragioni dell'appellante, l'Associazione \*\*\*\*\* e la \*\*\*\*\* S.r.l..

Con memorie depositate in vista dell'udienza le parti hanno insistito nelle proprie conclusioni.

Alla pubblica udienza del 14.12.2004 la causa è stata chiamata e trattenuta per la decisione, come da verbale.

#### D I R I T T O

L'appello merita accoglimento.

Il Collegio può prescindere dalla disamina dei motivi di gravame relativi al rigetto, da parte del T.A.R., delle eccezioni di irricevibilità ed inammissibilità del ricorso di primo grado, proposti dal Comune di Milano, in quanto l'appello è comunque fondato nel merito e pertanto può essere favorevolmente definito.

L'ente appellante sostiene che il giudice di primo grado ha, anzitutto, erroneamente ritenuto violati da parte della Commissione di gara gli artt. 1 e 5 del bando ed il principio di par condicio tra i concorrenti con riguardo alla valutazione dell'offerta culturale. Si nota, infatti, da un lato che i generi musicali indicati dall'art. 1 del bando non possono essere considerati frutto di una elencazione tassativa, tale da escludere l'ammissibilità di espressioni, come il musical, che rappresenta un misto di varie forme artistiche previste dal bando, dall'altro, che le due offerte della Associazione \*\*\*\* con la \*\*\*\* s.r.l. e della \*\*\*\* s.r.l. hanno ottenuto punteggi diversi perché sono differenti in ordine alla specificità della descrizione dei rapporti di collaborazione con vari artisti teatrali.

La censura è fondata.

Contrariamente a quanto sostenuto dal T.A.R., secondo cui la tassatività dell'elenco dei generi musicali individuati dall'art. 1 del bando di gara non poteva consentire una valutazione di offerte contenenti generi diversi, va invece notato come il comportamento dell'Amministrazione comunale sia sempre stato conforme alle regole e ai criteri che lo stesso ente locale aveva predeterminato nella lex specialis e nella deliberazione G.C. n. 3294 del 1 dicembre 2000 di precisazione del punteggio da attribuire ai vari elementi di cui doveva comporsi l'offerta. In particolare, in quest'ultima disposizione la Commissione di gara precisava di valorizzare espressamente il grado di varietà, la polifunzionalità e la contaminazione dei generi di spettacolo, proprio per premiare proposte di alta qualità, culturale ed artistica.

In tale contesto, l'inserimento del genere musical nella programmazione offerta dall'ATI \*\*\*\* non può ritenersi in violazione del bando di gara, giacché, essendo il musical una sintesi tra altri generi previsti, ed in particolare prosa, danza moderna e brani musicali, esso non eccede i limiti della lex specialis. Nessuna disposizione di quest'ultima, infatti, vieta alle imprese concorrenti di comprendere, nel proprio programma, generi derivanti dalla combinazione di quelli espressamente previsti, la cui attinenza e pertinenza nell'ambito complessivo delle proposte viene, comunque, ad essere oggetto di esame discrezionale da parte della Commissione. Il giudizio di questa, che ha premiato l'offerta della \*\*\*\* proprio in considerazione della grande varietà di generi di spettacolo offerti, in quanto esercizio della discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, esula dalla giurisdizione amministrativa di legittimità. Il giudice amministrativo, infatti, non può procedere ad una propria autonoma valutazione in sostituzione di quella compiuta dall'Amministrazione, in quanto la discrezionalità tecnica è sindacabile solo in presenza di valutazioni incoerenti o irragionevoli che comportano un vizio della funzione; sono pertanto apprezzabili solo quelle palesi aberrazioni in presenza delle quali il vizio della funzione non può più ritenersi intrinseco alla stessa valutazione di merito, che evidentemente comporta un grado più o meno alto di opinabilità, ma trasmoda nell'eccesso di potere. Il sindacato di merito, caratterizzato dalla eventualità della verifica dell'opportunità della scelta e dalla sostituzione del giudice all'Amministrazione nella valutazione della soluzione migliore, è possibile solo nei casi particolari in cui la legge affida all'organo giurisdizionale tale potere.

Né il carattere tassativo di quanto previsto nell'art. 1 del bando, in relazione all'assoluto diniego di inserire nell'offerta spettacoli non rientranti all'interno dei nove generi indicati dal bando, ma costituenti una combinazione tra gli stessi, può desumersi dalla nota del Comune di Milano del 14 giugno 2001, da valutarsi chiaramente in relazione a quanto già chiarito nella sopra citata delibera del 1 dicembre 2000, con cui si rimetteva alla discrezionalità della Commissione la verifica dei requisiti della varietà e polifunzionalità del programma proposto e la valutazione in ordine alla capacità di contaminazione tra i generi. D'altra parte, la stessa resistente ha proposto spettacoli derivanti dalla fusione di generi diversi, ugualmente presi in considerazione dalla Commissione, che ha utilizzato gli stessi criteri per tutti i concorrenti.

Né potrebbe comunque essere censurato il comportamento dell'Amministrazione nel momento in cui ha valutato con un diverso punteggio le collaborazioni artistiche descritte dalle concorrenti, visto che la Commissione ha esercitato la propria discrezionalità sulla base dei diversi riscontri documentali presentati, che rendevano l'offerta dell'ATI \*\*\*\* più dettagliata e meglio referenziata.

Parimenti meritevole di accoglimento risulta il motivo di ricorso volto a censurare la sentenza impugnata nella parte in cui ha affermato la diversità del progetto esecutivo proposto dall'appellante nella terza fase di gara rispetto al progetto di massima presentato nella seconda fase, con conseguente violazione delle regole di gara e del principio di par condicio tra i concorrenti.

Vale notare, sul punto, che l'attività della Commissione di gara si è realizzata attenendosi agli specifici criteri di valutazione indicati dal bando, che prevedeva le voci oggetto di valutazione e i punteggi previsti, ed in tal modo l'esercizio della propria discrezionalità tecnica si è svolta nell'ambito delle regole disciplinate dal bando di gara.

La *lex specialis*, invero, mentre nell'ambito della seconda fase della procedura richiedeva solo la presentazione di uno studio di fattibilità, finalizzato ad assicurare la polifunzionalità dell'immobile, non vietava in alcun modo ai candidati di poter presentare, nella terza fase, un'offerta migliorativa e più puntuale, in grado di assicurare un ulteriore sviluppo e valorizzazione dello studio già presentato, al fine di massimizzare il risultato richiesto dal bando. Tutto ciò non si è tradotto nella previsione progettuale di una diversa configurazione degli interventi originariamente proposti, ma in un legittimo sviluppo degli elementi fondamentali indicati, per garantire la migliore realizzazione dell'interesse pubblico perseguito dall'Amministrazione.

Né quanto previsto nel progetto esecutivo determina alcuna aleatorietà con riguardo al già presentato conto economico di gestione, allegato allo studio di fattibilità. Infatti, l'utile finale di gestione rispetta tali ultime previsioni, consentendo il raggiungimento di una analoga redditività.

L'appello è fondato e va, pertanto, accolto.

Il Collegio passa, a questo punto, all'esame dell'appello incidentale proposto dalla \*\*\*\* S.r.l, e teso alla censura della sentenza di primo grado nella parte in cui ha accolto l'istanza di cessazione della materia del contendere presentata dall'ATI \*\*\*\*, precedentemente esclusa dalla gara, a seguito del provvedimento di riammissione da parte del Comune. Sostiene il ricorrente incidentale che l'interesse alla coltivazione del ricorso non poteva venire meno solo in virtù di detta riammissione, disposta in applicazione di quanto disposto in sede cautelare dal T.A.R., dovendosi attendere la definizione nel merito della controversia.

L'appello incidentale non merita accoglimento.

Anche se a seguito dell'ordinanza cautelare del giudice di primo grado, l'Amministrazione ha esercitato, in piena autonomia, i propri poteri di autotutela mediante un riesame del proprio provvedimento di esclusione, alla luce di una nuova attività istruttoria esercitata sulla base della documentazione integrativa richiesta all'ATI esclusa, ritenendo quest'ultima in possesso dei requisiti per la partecipazione alla procedura di gara. In nessun modo l'operato della Commissione risultava condizionato dall'esito del ricorso, per cui andava esattamente dichiarata la cessazione della materia del contendere, come avviene nei casi in cui l'amministrazione abbia annullato o riformato in senso conforme all'interesse del ricorrente il provvedimento amministrativo da questi impugnato (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 19 ottobre 2004, n. 6747).

Non dovendosi, pertanto, provvedere all'esame del merito del ricorso avverso il provvedimento di esclusione dell'ATI \*\*\*\*, ne consegue l'assorbimento delle altre questioni proposte nell'appello incidentale.

2. Alla luce delle suesposte considerazioni, ed assorbito quant'altro, il ricorso in appello va accolto; l'appello incidentale va rigettato.

3. Sussistono, comunque, giusti motivi per compensare tra le parti le spese del secondo grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione V) respinge l'appello incidentale, accoglie l'appello principale e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, rigetta il ricorso di primo grado n. 853/2003.

Compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma, palazzo Spada, sede del Consiglio di Stato, nella camera di consiglio del 14.12.2004 con l'intervento dei sigg.ri

Emidio Frascione Presidente,  
Rosalia Maria Pietronilla Bellavia Consigliere,  
Giuseppe Farina Consigliere,  
arzio Branca Consigliere,  
Michele Corradino Consigliere estensore.

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

f.to Michele Corradino f.to Emidio Frascione

IL SEGRETARIO

f.to Antonietta Fancello

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

IL 29 AGOSTO 2005