



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8670 del 2007, proposto da Dab Sistemi Integrati s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Lilli e Giuseppe Naccarato, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via di Val Fiorita n.90;

contro

Comunità Montana della Val Cavallina, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Domenico D'Amato ed Ennio Bucci, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Cola di Rienzo, 111;

nei confronti di

Megaitalia s.p.a.;

per la riforma della sentenza del t.a.r. lombardia - sez. staccata di brescia n. 00827/2007, resa tra le parti, concernente appalto per la fornitura di un sistema di videosorveglianza;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio della Comunita' Montana Val Cavallina;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 maggio 2012 il Cons. Gabriella De Michele e uditi per le parti gli avvocati Lilli e Iannotta per delega dell'avv. D'Amato;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Con sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Brescia, n. 827/07 del 30 agosto 2007, notificata in data 1 ottobre 2007, è stato respinto il ricorso proposto dalla DAB Sistemi Integrati s.r.l., avverso l'aggiudicazione alla controinteressata società Megaitalia s.p.a. dell'appalto per la fornitura di un sistema di videosorveglianza, commissionato dalla Comunità Montana della Val Cavallina (Bergamo). Nella sentenza si respingeva, in primo luogo, l'eccezione di tardività del ricorso, per avvenuta piena conoscenza del contenuto dell'offerta della società aggiudicataria solo a seguito di accesso agli atti, con conseguente decorrenza dei termini di impugnazione dal 6 aprile 2006 (data di consegna della documentazione richiesta). Nel merito, tuttavia, l'impugnativa era ritenuta infondata. Pur avendo, infatti, la predetta aggiudicataria

presentato un'offerta, in cui alcune telecamere erano posizionate in posizione diversa da quella prevista nel capitolato, con ulteriore parziale utilizzo di connessioni via cavo con tecnologia ADSL (anziché via radio con tecnologia wireless, come pure previsto), nella medesima sentenza si sottolineava l'assenza di "termini rigidi e immutabili" nella *lex specialis* della gara, essendo demandata alle imprese partecipanti "la possibilità di prevedere modifiche o integrazioni, con il solo rispetto delle specifiche tecniche minime". Nella situazione in esame, le varianti apportate dalla Megaitalia s.p.a. erano ritenute non incidenti sulle caratteristiche essenziali del sistema, in quanto limitate alla previsione di utilizzare la già esistente rete ADSL dei Comuni, con collegamento alla "postazione locale di visualizzazione localizzata nel medesimo immobile, con vantaggi tecnici connessi ad una maggiore affidabilità di trasmissione del segnale e in minori oneri di manutenzione". Quanto alla determinazione dirigenziale n. 96 del 26 aprile 2006 – con cui si ampliava l'oggetto del contratto e che era stata impugnata con motivi aggiunti di gravame – la stessa non veniva ritenuta corrispondente a modifica o sostituzione di parti del sistema di videosorveglianza di cui trattasi, essendo prevista nel capitolato tecnico "la possibilità e necessità futura di estendere il sistema ad aree non ancora prese in considerazione [...] sia aggiungendo nuove apparecchiature, sia spostando le apparecchiature esistenti in una nuova posizione"; nella fattispecie, sarebbe appunto stato disposto un ulteriore acquisto di apparecchiature, con il medesimo ribasso ottenuto per la fornitura

originaria, mentre solo “difficoltà tecniche degli operatori, che non garantivano il rispetto dei tempi di consegna” avrebbero “indotto ad utilizzare la tecnologia wireless anche per postazioni, che nell’offerta originaria erano indicate con tecnologia ADSL”.

In sede di appello (n. 8670/07, notificato il 26 ottobre 2007) la DAB s.r.l. ribadiva come il maggior ribasso, risultato determinante per l’aggiudicazione, fosse dipeso da soluzioni più economiche e non corrispondenti ai requisiti minimi, prescritti dal bando e dal capitolato tecnico, soprattutto per la parziale sostituzione della rete wireless con connessioni via cavo o ADSL, peraltro con ritorno alle previsioni del predetto capitolato nella contrattazione integrativa (con oneri economici maggiori, di quelli riferibili all’originaria offerta della stessa Dab s.r.l.). Ad avviso dell’appellante, pertanto, la Magaitalia s.p.a. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, tenuto conto delle prescrizioni dell’art. 8 del bando e degli articoli 5 e 6 del capitolato speciale. Per quanto sopra, la medesima appellante chiedeva l’annullamento dell’aggiudicazione e, tenuto conto della già avvenuta esecuzione contrattuale, l’accoglimento dell’istanza risarcitoria – non esaminata in primo grado – da commisurare al 10% del prezzo di aggiudicazione.

La Comunità Montana della Val Cavallina, costituitasi in giudizio, eccepiva preliminarmente l’inammissibilità della censura di violazione degli articoli 4 e 5 del capitolato speciale, trattandosi di censura non contenuta nel ricorso in primo grado; nel merito, la medesima Comunità Montana ribadiva come lo studio progettuale posto a base

di gara avesse solo carattere indicativo e come comunque l'appellante avesse ottenuto il miglior punteggio sotto tale profilo, pur risultando poi penalizzata per l'offerta economica.

Premesso quanto sopra, il Collegio ritiene che l'appello sia fondato.

Da respingere appare, in primo luogo, l'eccezione di inammissibilità sollevata dall'Amministrazione, con riferimento alla prospettata violazione dell'art. 5 del capitolato di gara, in quanto censura non contenuta nel ricorso originario: il divieto di *ius novorum* in appello (quale principio sancito dall'art. 345, secondo comma, Cod. proc. civ., nella formulazione modificata con l. 26 novembre 1990, n. 35, che vieta la proposizione in appello di nuove eccezioni che non siano rilevabili anche d'ufficio) deve infatti essere riferito a effettivi ampliamenti dell'oggetto della domanda giudiziale e non anche, come nel caso di specie, a mere puntualizzazioni della domanda originaria, con precisazione della norma di capitolato da ritenersi violata (cfr., per il principio, Cons. Stato, V, 2 ottobre 2006, n. 5724; VI, 29 luglio 2005, n. 4115, 27 luglio 4176 e 22 aprile 2008, n. 1854). Nella fattispecie, appare invariata l'argomentazione difensiva – prospettata sia in primo che in secondo grado di giudizio – circa l'avvenuta aggiudicazione sulla base di un'offerta, che non avrebbe rispettato i limiti del contenuto minimo da ritenere prescritto dal bando. Tale valutazione è condivisa dal Collegio, risultando riconosciuta dall'art. 4 del capitolato speciale, come già in precedenza ricordato, “ampia libertà di proposte e di integrazione progettuale”, ma “in funzione della tecnologia disponibile”, nonché nell'ambito di “configurazioni e

specifiche tecniche minime”, cui avrebbero dovuto rispondere “i sistemi e le soluzioni offerte”. È il caso di sottolineare, d'altra parte, che in assenza dei predetti limiti, apposti alla libertà di elaborazione di soluzioni progettuali innovative, lo stesso capitolato avrebbe potuto ritenersi illegittimo, per assoluta inidoneità a garantire la *par condicio* dei concorrenti. Questi ultimi, infatti, erano chiamati a progettare un sistema di videosorveglianza che permettesse ai diversi Comuni della Comunità Montana di eseguire il controllo remoto di sicurezza, nonché dello stato della viabilità e della sicurezza della circolazione. I medesimi erano a conoscenza della possibilità di elaborare progetti innovativi, ma – deve ritenersi – vincolati quanto meno a delle caratteristiche basilari, che non potevano non essere rimesse a scelte dell'Amministrazione, non surrogabili per iniziativa delle imprese partecipanti. Tali scelte riguardavano necessariamente, ad avviso del Collegio, l'ubicazione degli impianti (non essendo ipotizzabile che fossero le imprese, anziché i Comuni interessati, a scegliere unilateralmente i luoghi sensibili da sottoporre a videosorveglianza) e il vettore di comunicazione – di tipo *wireless Lan* – prescelto dall'Amministrazione appaltante e da considerare, quindi, elemento progettuale di base, per l'elaborazione di progetti economicamente comparabili. Il riconoscimento di margini di libertà di scelta più ampi di quelli ora indicati, per la predisposizione delle offerte, doveva ritenersi dunque incompatibile sia con i principi generali, di cui all'art. 2 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (con prioritario riferimento alla trasparenza ed alla parità di trattamento dei concorrenti), sia con i

criteri di valutazione dell'offerta, da fissare nel bando di gara in rapporto alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto sul piano tecnico e funzionale, quando, come nel caso di specie, l'aggiudicazione dovesse venire effettuata con riferimento all'offerta economicamente più vantaggiosa, a norma dell'art. 83 del medesimo *Codice dei contratti pubblici* (cfr. anche, per i principi enunciati, Cons. Stato, VI, 15 settembre 2011, n. 5157; V, 29 dicembre 2009, n. 8833).

Nella situazione in esame, l'offerta dell'aggiudicataria Megaitalia s.p.a. non prevedeva il posizionamento di una telecamera nell'isola ecologica di Spinone, risultando indicata per il Comune interessato una localizzazione diversa, non prevista dal capitolato e quindi in contrasto con lo stesso, senza che emergano al riguardo chiare ragioni di modifica progettuale. Numerosi collegamenti inoltre, a partire da quello di Bianzano, ma anche relativi alla rete di connessione fra le otto centrali operative e quella principale di Casazza, risultavano di tipo ADSL, anzichè *Lan -wireless*, con costi maggiori per il committente che avesse voluto assicurarsi un'adeguata velocità di trasmissione. Anche sotto tale profilo, pertanto, le indicazioni del capitolato avrebbero dovuto ritenersi obbligatorie e non meramente indicative. In base all'art. 8 del bando di gara, pertanto, l'offerta della società Megaitalia s.p.a. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, per essersi discostata dai requisiti minimi, da ritenersi identificativi dell'oggetto contrattuale. Non incidono sulle conclusioni sopra esposte la riconosciuta possibilità di ampliamenti futuri della rete, nonché di spostamenti delle apparecchiature in nuove posizioni per

decisione dei Comuni interessati, né la circostanza che l'aggiudicataria si fosse fatta carico della spesa relativa al vettore di comunicazione, dovendo comunque ritenersi che lo spostamento dei parametri essenziali dell'offerta avesse leso la par condicio dei concorrenti. Quanto alla fornitura aggiuntiva, si trattava di opzione legittima per la stazione appaltante, a norma dell'art. 26 del capitolato, ma tempi e modalità di acquisizione della medesima avvalorano le tesi difensive dell'appellante. A breve distanza di tempo dall'aggiudicazione, avvenuta il 22 febbraio 2006, infatti, già il 24 aprile 2006 l'aggiudicataria presentava un'offerta di ampliamento della fornitura, accolta il 26 aprile 2006, con stipula del contratto integrativo il 28 giugno 2006. In rapporto a quest'ultimo, inoltre, l'appellante segnala il riavvicinamento, a costi molto maggiori, a quei "contenuti minimi" del capitolato originario, che erano stati ritenuti derogabili e che venivano, tuttavia, in parte contrattualmente riportati ai termini del capitolato stesso: non per quanto riguarda la telecamera nell'isola ecologica di Spinone (rimasta esclusa anche nella variante contrattuale, benché offerta tra i siti quotati separatamente), ma per buona parte dei collegamenti via cavo, sostituiti da connessioni *Lan – wireless*, con ulteriore spesa di €. 41.000,00.

Nella sostanza, al previsto incremento della fornitura si è affiancata una variazione progettuale che altera i risultati della gara, a suo tempo non aggiudicata all'attuale appellante – presentatrice del miglior progetto tecnico – solo per il maggiore costo dell'offerta: un costo, tuttavia, ampiamente (ed immediatamente) superato in sede di

variante contrattuale. Le considerazioni sopra esposte appaiono sufficienti per invalidare l'esito della gara stessa, con assorbimento delle ragioni difensive non esaminate. In considerazione del tempo trascorso, tuttavia, gli unici effetti riconducibili all'annullamento degli atti impugnati sono quelli di natura risarcitoria, rivendicati dall'appellante in misura pari al 10% del prezzo di aggiudicazione. Anche tale domanda appare fondata e deve essere accolta.

Per quanto riguarda infatti, in primo luogo, la sussistenza di un danno risarcibile, l'impresa appellante ha fornito sufficienti elementi per dimostrare le proprie *chances* di aggiudicazione, che avrebbe avuto in assenza dei vizi procedurali che avevano condotto ad illegittima individuazione della migliore offerta (cfr. al riguardo, per il principio, Cons. Stato, V, 18 aprile 2012, n. 2256 e 12 giugno 2009, n. 3785).

Circa la prova della colpevolezza – difficilmente ravvisabile *in re ipsa*, ma da dimostrare con riferimento alla condotta amministrativa, in relazione ai parametri generali della stessa – si deve tener conto della particolare dimensione della responsabilità dell'Amministrazione pubblica per lesione di interessi legittimi: responsabilità che la giurisprudenza ritiene non del tutto coincidente con quella aquiliana, sussistendo anche profili (rilevanti, in particolare, sul piano probatorio di cui si discute) assimilabili a quelli della responsabilità contrattuale, in considerazione dell'interesse giuridicamente protetto al giusto procedimento amministrativo, che richiede il rispetto dei parametri dell'azione amministrativa di cui all'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Si è parlato, a tale riguardo, di “contatto sociale qualificato” o di

“responsabilità da contatto”, implicante appunto il corretto sviluppo dell'*iter* procedimentale e la legittima emanazione del provvedimento finale, salvo l'errore scusabile (individuabile, quest'ultimo, in presenza di oggettiva oscurità, sovrabbondanza o repentino mutamento delle norme applicabili, ovvero di verificata sussistenza di contrasti interpretativi: cfr. in tal senso Cons. Stato, Ad. plen., 18 marzo 2004, n. 5; IV, 14 giugno 2001, n. 3169; V, 2 settembre 2005, n. 4461; IV, 29 luglio 2008, n. 3723; cfr. anche Cass. III, 9 febbraio 2004, n. 2494; Corte cost. 24 marzo 1988, n. 364).

In concreto, dunque, l'elemento qualificabile come colpa dell'Amministrazione va stimato in relazione alla gravità dei vizi del provvedimento adottato, in rapporto ad un comportamento dell'Amministrazione da qualificare come negligente o imprudente, tenendo conto dell'immediata percepibilità del canone di corretta condotta in rapporto all'ampiezza della valutazione da effettuare.

Quanto alla ipotizzabilità in concreto di un errore scusabile, dopo la sentenza della Corte di Giustizia europea 14 ottobre 2004, C-275/03, che ha ritenuto sanzionabile la subordinazione, da parte di uno Stato, del risarcimento dei soggetti lesi alla prova della colpa o del dolo, in seguito a violazioni del diritto comunitario in materia di appalti, deve poi ritenersi ulteriormente rafforzato il principio, per cui è a carico dell'Amministrazione l'onere di dimostrare l'eventuale sussistenza di un errore scusabile, mentre per il privato danneggiato operano le regole di comune esperienza ed il rinvio alla nozione generale di presunzione di cui all'art. 2727 Cod. civ. (cfr. in tal senso Cons. Stato,

VI, 9 marzo 2007, n. 1114; 23 marzo 2009, n. 1732 e 9 novembre 2006, n. 6607; Cons. giust. amm. Reg. sic., 21 marzo 2007, n. 224; Cons. Stato, IV, 29 luglio 2008, n. 3723; V, 17 ottobre 2008, n. 5101, nonché – con specifico riferimento all’omessa esclusione di una ditta in violazione della *lex specialis* della gara – Cons. Stato, VI, 9 giugno 2008, n. 2751).

Nella situazione in esame, il Collegio ritiene concretizzati i profili di colpevolezza sopra indicati, anche in considerazione dei dedotti indizi di sviamento di potere.

Quanto all’entità del risarcimento, la richiesta della relativa commisurazione al 10% dell’importo contrattuale appare congrua, risultando la somma in questione corrispondente all’utile medio atteso dai contratti per lavori o servizi e, quindi, al mancato guadagno dell’impresa illegittimamente pretermessa, secondo i parametri che la prevalente giurisprudenza trae dall’art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F (riprodotto dall’art. 122 del Regolamento, emanato con d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554; cfr. anche in tal senso, fra le tante, Cons. St., VI, 2 marzo 2009, n. 1180).

In base alle considerazioni svolte, l’appello va accolto, con le statuizioni di annullamento e di condanna precisate in dispositivo.

Le spese giudiziali, da porre a carico della parte soccombente, vengono liquidate nella misura complessiva di €. 5.000,00 (euro cinquemila/00) per i due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta),

definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in appello indicato in epigrafe e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, annulla l'atto di aggiudicazione dell'appalto n. 45 del 22 febbraio 2006, nonché la determinazione dirigenziale n. 96 del 26 aprile 2006; accoglie altresì la domanda risarcitoria, nella richiesta misura del 10% dell'importo contrattuale oggetto di aggiudicazione; condanna l'Amministrazione appellata al pagamento della predetta somme, nonché al pagamento delle spese giudiziali, a favore della società appellante, nella misura di €. 5.000,00 (euro cinquemila/00).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/07/2012

IL SEGRETARIO

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