

REPUBBLICA ITALIANA

N.1019/09 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N 6776 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione

ANNO 2007

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 6776 del 2007 proposto dalla Telecom Italia S.p.A., in persona del suo procuratore speciale, in proprio e quale capogruppo mandataria del RTI con Sirti Sistemi S.p.A. e della Sirti S.p.A. (già Sirti Sistemi S.p.A.), in persona del procuratore speciale, in proprio ed in qualità di mandante del RTI con Telecom Italia S.p.A., entrambe rappresentate e difese dall' avv. Giuseppe Franco Ferrari ed elettivamente domiciliate in Roma, via di Ripetta n.142;

contro

il Comune di Milano, in persona del sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Raffaele Izzo, Maria Teresa Maffey, Stefania Pagano e Maria Rita Surano ed elettivamente domiciliato in Roma presso lo studio del primo, via Lungotevere Marzio n. 3;

e nei confronti

-di Enterprise Digital Architects S.p.a., in proprio ed in qualità di mandataria del RTI con Siemens S.p.A., inizialmente in persona del legale rappresentante pro-tempore, successivamente del curatore fallimentare, rappresentata e difesa dall' avv. Federico Tedeschini ed elettivamente domiciliata in Roma, via largo Messico n. 7;

-di Siemens S.p.A, in proprio ed in qualità di mandante del RTI con

Enterprise Digital Architects S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Rinaldo e Stefano Bonatti, Paolo e Diego Vaiano, ed elettivamente domiciliata in Roma studio Vaiano, Lungotevere Marzio n.3;
di BT Italia S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Mariano Protto e Paolo Borghi ed elettivamente domiciliata in Roma presso lo studio del primo, via Domenico Chelini n. 10;

con l'intervento

-della Vitrociset S.p.A., in persona del legale rappresentante quale avente causa della fallita Enterprise Digital Architect (EDA) S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Aldo Pezzana e Luciano Filippo Bracci ed elettivamente domiciliata in Roma presso lo studio del primo largo Teatro Valle n. 6;

per la riforma

della sentenza 6 giugno 2007 n. 4755, resa dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia-Milano- sez.I;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati e gli appelli incidentali;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Milano, delle soc. di Siemens S.p.A. ed Enterprise Digital Architects S.p.A., della BT Italia S.p.A. e della soc. Vitrociset S.p.A.;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza dell' 8 luglio 2008, il Cons.

Giancarlo Giambartolomei;

Uditi gli avvocati Ferrari, Izzo, Tedeschini, Vaiano, Pezzana e
Protto;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

!.-Con ricorso notificato il 27 luglio 2007 le società Telecom Italia S.p.A. e Sirti S.p.A. hanno proposto appello avverso la sentenza resa dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia-Milano-sez.I, n. 4755 del 6.6.2007.

Condetta sentenza è stato respinto il ricorso proposto avverso gli atti di aggiudicazione alla costituenda ATI, tra Enterprise Digital Architects S.p.A. e Siemens S.p.A., di una gara d' appalto-concorso indetta per l' acquisizione dei servizi per la gestione di un sistema integrato di telecomunicazioni per voci, dati ed immagini, comprensivo della fornitura degli apparati .

Nelle more del giudizio in appello la soc. Enterprise Digital Architects S.p.A. è stata dichiarata fallita con sentenza 22 ottobre 2007 n. 292 emessa dal Tribunale di Roma che nel contempo ha provveduto a nominare un curatore fallimentare.

La parte appellante ha riassunto il ricorso con atto notificato il 22-25 febbraio 2008 anche al curatore fallimentare.

A seguito del fallimento della società Enterprise Digital Architects (E.D.A.) S.p.A, mandataria dell' ATI risultata aggiudicataria, l' Amministrazione comunale, avvalendosi della facoltà prevista dall' art. 11, co. 8, del d.lgs 27 marzo 1995 n.

157, ha deciso di proseguire il contratto con la soc. British Telecom Italia S.p.A., in possesso dei requisiti di idoneità, entrata nel gruppo in dipendenza di detto fallimento e designata a sua volta mandataria in sostituzione della società fallita.

La soc. Siemens S.p.A. , in accordo con tale decisione, ha costituito un raggruppamento temporaneo di imprese con la nuova società (British Telecom Italia S.p.A.) per cui, con determinazione dirigenziale 7 aprile 2008, è stata formalizzata la prosecuzione dell' appalto ed in data 12 maggio 2008 si è provveduto ad un' integrazione del contratto precedentemente stipulato.

La controparte Siemens S.p.A. ed Enterprise Digital Architect (E.D.A.) S.p.A, con separati atti, si sono costituite ed hanno depositate memorie e proposto appello incidentale, avendo cura la seconda società di costituirsi nuovamente e di riproporre l' appello incidentale, previa autorizzazione del giudice delegato del fallimento

Il Comune di Milano si è costituito ed ha prodotto documenti e scritti difensivi.

Si è costituita ed ha depositato controricorso e documenti la BT Italia S.p.A.

Ha interposto intervento la Vitrociset S.p.A nella dichiarata veste di avente causa della fallita Enterprise Digital Architect (E.D.A.) S.p.A.

Nella Camera di Consiglio del 26/10/2007 l' istanza cautelare di sospensione è stata rinviata al merito.

DIRITTO

1.-La sentenza appellata n. 4755 del 6.6.2007, resa dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, ha respinto il ricorso ed i motivi aggiunti proposti in primo grado dalla Telecom Italia S.p.A. e dalla Sirti S.p.A (in proprio e quali componenti di un costituendo R.T.I.), diretti all' annullamento: dell' aggiudicazione (provvisoria e definitiva) disposta a favore del costituendo RTI tra le società Enterprise Digital Architect S.p.A Siemens S.p.A. (classificatosi al primo posto della graduatoria con punti 96,17, di contro ai punti 93,78 conseguiti dal raggruppamento appellante, collocatosi al secondo posto);degli atti della procedura di una gara d' appalto-concorso indetta per l' acquisizione dei servizi per la gestione di un sistema integrato di telecomunicazioni per voci, dati ed immagini, comprensivo della fornitura degli apparati; della clausola 1.4.1. delle "specifiche tecniche" ove intesa nel significato fatto proprio dall' Amministrazione.

Il giudice di prime cure, interpretata la clausola 1.4.1 , ha escluso che l' offerta tecnica dell' aggiudicataria fosse "non conforme" alle specifiche tecniche contenute nel capitolato e che, in conseguenza, dovesse essere eliminata; ha poi dichiarato improcedibile il ricorso incidentale proposto dall' odierna controinteressata.

Nell' atto d' appello le società Telecom Italia S.p.A . e Sirti S.p.A non hanno condiviso le conclusioni cui è giunto il giudice

di prime cure rilevando, in particolare, che:

- a.-pur ammessa la possibilità di sviluppare contributi migliorativi al progetto base, la clausola 1.4.1 del capitolato, tutt' altro che ambigua, avrebbe lasciato impregiudicato l' obbligo di assicurare i prescritti requisiti minimi la cui vincolatività avrebbe dovuto indurre la Commissione a non ammettere le offerte tecniche che avessero presentato delle difformità rispetto al predetto progetto;
- b.-la seconda parte della clausola 1.4.1. si sarebbe riferita a disfunzioni rilevate in fase di esecuzione contrattuale e non sarebbe diretta a sanare vizi originari dell' offerta, diversamente verrebbe violato il principio della *par conditio* ;
- c.-l' offerta del costituendo RTI aggiudicatario sarebbe difforme dai requisiti minimi prescritti con riferimento a più elementi (che sono illustrati);
- d.-sarebbero state erroneamente respinte le censure di difetto di motivazione e di istruttoria.

2.-L' appello è infondato.

2-1-L' appalto era preordinato al rinnovo completo dell' attuale sistema di telecomunicazioni del Comune di Milano mediante un progetto mirato alla realizzazione di un' infrastruttura multi-servizio a banda larga ed estesa all' insieme di edifici di interesse per l' Amministrazione.

La complessità del progetto aveva imposto la previsione nella *lex specialis* e, più in particolare, nelle "specifiche tecniche" dell' elaborazione da parte dell' Amministrazione di un progetto

preliminare al quale si sarebbero dovute attenere le ditte offerenti nello sviluppare un progetto esecutivo.

Tale impostazione aveva reso necessario bandire una gara d' appalto-concorso e indicare "l'offerta economicamente più vantaggiosa" quale criterio d' aggiudicazione.

In tale procedura alla Commissione di gara è attribuita una maggiore discrezionalità, non rivenibile nel caso in cui il sistema di selezione delle offerte riposi su "criteri matematici" e sia riconducibile al criterio "del prezzo più basso", utilizzabile qualora tutte le condizioni tecniche sono predeterminate al momento dell'offerta e non è ammessa la possibilità di presentare varianti al progetto "base" predisposto dalla stazione appaltante.

L' art. 24 del d.lgs. n. 157 del 17 marzo 1995 (attuativo della disciplina di cui alla direttiva 92/50/Cee) permette di presentare varianti in sede di offerta per gli appalti di servizi, facoltà che l'art. 76 del codice dei contratti pubblici ha esteso a tutti gli appalti, demandando all'Amministrazione di indicare nel bando se le varianti sono ammesse e quali i "requisiti minimi" ai quali attenersi.

La possibilità di proporre variazioni migliorative significa che il progetto proposto dalla stazione appaltante può subire modifiche, purchè non si alterino i caratteri essenziali (i c.d. " requisiti minimi") delle prestazioni richieste dalla *lex specialis* per non ledere la *par condicio* (cfr. Cons. Stato, sez.V, 11 luglio 2008 n. 3481; id. sez. IV, 11 febbraio 1999, n. 149).

2.-2.-Avendo presente siffatta procedura ed i principi che la regolano, può ora procedersi alla lettura ed all' interpretazione delle disposizioni della clausola 1.4.1.

La richiesta vincolatività ai contenuti del progetto preliminare, di cui al primo capoverso e sulla quale regge l' impianto argomentativo della parte appellante, deve essere riferita all' insieme del progetto le cui caratteristiche essenziali non potevano essere violate o pretermesse nello svilupparne gli elementi sulla base di peculiari conoscenze tecnologiche, apportando contributi migliorativi la cui valutazione tecnica, dal secondo capoverso, era espressamente rimessa alla Commissione che avrebbe dovuto tener conto "della loro "applicabilità, pertinenza e valore".

In conformità all' art. 24 del d.lgs n. 157 del 1995 (trasfuso nell' art. 76 del d.lgv n. 163 del 2006), ad essere inderogabili erano i contenuti d' insieme del progetto preliminare e non i singoli requisiti tecnici.

Diversamente, come puntualmente osservato in memoria dal Comune appellato, l' imposizione della assoluta identità tra gli elementi tecnici delle offerte e le specifiche tecniche del capitolato speciale sarebbe stata del tutto irragionevole rispetto alla procedura adottata, ridotta ad una gara nella quale sarebbe stato utilizzato il criterio del prezzo più basso e non d' appalto-concorso.

La previsione di cui al terzo capoverso rafforza la soluzione interpretativa resa dal giudice di prime cure, poiché avrebbe

permesso, nella fase valutativa e di scelta o (come sostenuto dalla parte appellante) nella fase di attuazione del progetto esecutivo prescelto, la riconduzione entro gli ambiti dell' originaria ideazione il progetto stesso.

La Commissione di gara non ha dato applicazione al terzo capoverso, preso in esame in questa sede solo al fine di una più compiuta indagine interpretativa; ne discende l' inammissibilità delle censure che lo riguardano per difetto d' interesse.

2.-3.- Va ora verificato in concreto se la Commissione ha fatto buon uso del potere discrezionale attribuitole dalla clausola 1.4.1 (così come sopra intesa) e su quali dati istruttori e considerazioni motivazionali ha fondato la verifica di rispondenza del progetto esecutivo prescelto alle caratteristiche fondamentali del progetto preliminare e di idoneità del primo a perseguire il risultato funzionale contemplato nel secondo.

Il capitolato speciale indicava diciannove "Temi ed Elementi di valutazione tecnica" in base ai quali attribuire i 60 punti previsti come punteggio massimo per l' offerta tecnica.

Nella riunione del 3 aprile 2006 (verbale n. 5) la Commissione ha individuato dei sub-criteri di ponderazione (c.d."viste"), prendendo in considerazione per ognuno dei 19 temi o elementi di valutazione "la rilevanza e la consistenza dei contributi migliorativi offerti rispetto agli obiettivi generali del tema"stesso.

La sottocommissione, nominata per svolgere attività istruttoria e

con compiti di verifica e di riscontro, per ogni progetto proposto dalle ditte concorrenti (come è possibile ricavare dall' esame dei relativi verbali), con riguardo ai "temi" di cui sopra è cenno, ha effettuato un' analitica elencazione dei dettagli, idonea a permettere alla Commissione di esprimere una valutazione rapportata ai parametri certi e prestabiliti nel capitolato e nella riunione del 3 aprile 2006, parametri la cui applicazione avrebbe comportato l' automatica esclusione o, quanto meno, la non valorizzazione di ogni ideazione diversa per finalità, esigenze e contenuti dall' originario progetto.

Non ravvisata la carenza d' istruttoria (e la necessità d' addivenire alla richiesta consulenza tecnica d' ufficio), è pienamente condivisibile quanto asserito dal giudice di prime cure per il quale un onere motivazionale particolare non si è reso necessario dal momento che "... attraverso il raffronto ed il punteggio attribuito a ciascuna voce il concorrente avrebbe potuto rendersi conto della maggiore o minore rispondenza delle soluzioni proposte rispetto alla necessità della stazione appaltante".

Dunque, la Commissione ha ritenuto il progetto esecutivo proposto dalle società Siemens S.p.A. ed Enterprise Digital Architect (E.D.A.) S.p.A compatibile con il contenuto del progetto base e, dall' esame degli atti, tale valutazione non appare incoerente od irragionevole.

Soccorre a tal fine l' analitica disamina, condotta in memoria

dalla difesa del Comune di Milano e di Siemens S.p.A., sul progetto risultato prescelto, con riferimento ai singoli “temi” sui quali la parte appellante ha posto la sua attenzione.

Ne è risultato che le otto presunte difformità e le asserite incongruenze attengono ad aspetti tecnici marginali.

Siffatta conclusione, condivisa dal Collegio, mostra la validità della valutazione tecnico-discrezionale della Commissione il cui giudizio, si ripete, poteva essere censurato per soli vizi d’ illogicità ed incongruenza.

3.- In conclusione, l’appello principale deve essere respinto, mentre devono essere dichiarati improcedibili, per sopravvenuta carenza di interesse, gli appelli incidentali proposti dalla Siemens S.p.A. ed Enterprise Digital Architect (E.D.A.) S.p.A.

Le spese possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull’ appello indicato in epigrafe lo respinge.

Compensa le spese.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall’Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio dell’ 8 luglio 2008, con l’intervento dei Magistrati:

-Raffaele Iannotta -

-Presidente

-Cesare Lamberti

-Consigliere

-Aldo fera	-Consigliere
-Nicola Russo	-Consigliere
-Giancarlo Giambartolomei	-Consigliere,est.

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to Giancarlo Giambartolomei

f.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO

f.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....20/02/09.....

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

IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi