

N. 01549/2012 REG.PROV.COLL.
N. 00624/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 624 del 2012, proposto da:

Toscana Energia Green S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Matteo Spatocco, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Firenze, via Spartaco Lavagnini 41;

contro

Comune di Forte dei Marmi, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Giuliano Turri, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Natale Giallongo in Firenze, via Vittorio Alfieri 19;

nei confronti di

Didi S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Massimo Pozzi, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Firenze, lungarno A. Vespucci 20;

per l'annullamento

della determina n. 315 del 13.03.2012, comunicata via fax ex art. 79 del Codice appalti in data 24.03.2012, recante l'aggiudicazione definitiva dell'appalto per l'affidamento del "servizio energia e tecnologico per gli

impianti di pertinenza del comune di Forte dei Marmi, per un periodo di nove anni" (CUP:F21F11000090004 - CIG. N. 2356779B8B) e di tutti gli atti ad essa connessi ivi espressamente compresi tutti i verbali di gara, la nota prot. 12568 del 10.04.2012, nonché dell'aggiudicazione provvisoria.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Forte dei Marmi e della Diddi S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 luglio 2012 il dott. Pierpaolo Grauso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 20 aprile e depositato il 2 maggio 2012, la Toscana Energia Green S.p.A. proponeva impugnazione avverso gli atti della procedura indetta dal Comune di Forte dei Marmi per l'affidamento novennale del servizio energia e tecnologico per gli impianti di sua pertinenza, e conclusasi con la determina n. 315 del 13 marzo 2012 di aggiudicazione in favore della Diddi S.r.l.. La società ricorrente, affidate le proprie censure ad un unico motivo in diritto, intimava dinanzi a questo tribunale la stazione appaltante e la controinteressata, e concludeva per l'integrale annullamento della gara, previa sospensiva.

Costituitisi in giudizio il Comune di Forte dei Marmi e la Diddi S.r.l., che resistevano al gravame, con ordinanza del 16 maggio 2012 il collegio accordava la misura cautelare richiesta.

Nel merito, la causa veniva discussa nella pubblica udienza dell'11 luglio 2012 e decisa come da dispositivo, depositato il 17 luglio seguente.

DIRITTO

La controversia ha per oggetto la procedura indetta dal Comune di Forte dei Marmi, con determinazione dell'11 maggio 2011, per l'affidamento novennale del servizio energia e tecnologico per gli impianti di sua pertinenza, conclusasi con l'aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata Diddi S.r.l.. La società ricorrente, collocata al quinto posto della graduatoria finale, lamenta che dall'esame degli atti di gara sarebbe emersa l'esistenza di una grave irregolarità, tale da inficiare l'intera procedura: in particolare, in nessuno dei verbali sarebbe mai indicata l'adozione di alcuna cautela volta a tutelare l'integrità e la conservazione dei plichi contenenti le offerte, rimasti per ben cinque mesi – il tempo impiegato dalla commissione per la valutazione delle offerte – esposti alla possibilità di manomissioni. La circostanza vizierebbe insanabilmente il procedimento sotto il profilo della violazione dei principi di segretezza delle offerte e, più in generale, di imparzialità e trasparenza delle scelte effettuate dall'amministrazione.

La censura, illustrata con copiose citazioni giurisprudenziali, è infondata.

In merito all'esistenza, in capo alle stazioni appaltanti, di un obbligo sanzionabile di predisporre adeguate cautele a tutela dell'integrità delle buste contenenti le offerte presentate dalle imprese partecipanti alla gara, si registrano in giurisprudenza due indirizzi non collimanti. Il primo, che appare quantitativamente più cospicuo, afferma la configurabilità di un obbligo siffatto quale espressione della medesima *ratio* che sorregge e giustifica il ricorso alla gara pubblica per l'individuazione del contraente nei contratti delle pubbliche amministrazioni, giacché l'integrità dei plichi contenenti le offerte dei partecipanti all'incanto costituisce uno degli elementi sintomatici della segretezza delle offerte e della *par condicio* di tutti i concorrenti, assicurando il rispetto dei principi di buon andamento ed imparzialità consacrati dall'art. 97 Cost.; si reputa, pertanto, che la commissione di gara sia onerata di predisporre, a tutela dell'integrità e della

conservazione delle buste contenenti le offerte, specifiche cautele di cui fare menzione nel verbale di gara, e che tale tutela debba essere assicurata in astratto, a prescindere, cioè, dalla circostanza che sia stata poi dimostrata una effettiva manomissione dei plichi (per tutte, cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 marzo 2012, n. 1862; id., sez. VI, 27 luglio 2011, n. 4487). Tale orientamento si contrappone a quello, pure di recente riaffermato, secondo cui la mancata indicazione nei verbali delle modalità di custodia dei plichi e dei documenti non costituisce di per sé causa di illegittimità della gara, dovendo piuttosto aversi riguardo al fatto che, in concreto, non si sia verificata l'alterazione della documentazione (così, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 7 luglio 2011, n. 4055; id., 22 febbraio 2011, n. 1094).

Come già chiarito in sede cautelare, il collegio ritiene preferibile fare applicazione dell'indirizzo meno formalistico, in un'ottica sostanziale che non vede preclusa al giudice la verifica circa l'idoneità delle circostanze del caso concreto a ingenerare il ragionevole dubbio in ordine alla corretta custodia dei plichi contenenti le offerte. Sul punto specifico, l'ordinanza sospensiva del 16 maggio 2012 mette in luce l'assenza di elementi che consentano di ricostruire quale sorte abbiano avuto i plichi durante il lungo periodo impiegato dalla commissione per l'esame delle offerte: il rilievo non appare, tuttavia, sufficiente – ad un più articolato esame - per inferirne l'illegittimità dell'operato della stazione appaltante.

A ben vedere, infatti, la società ricorrente – quinta classificata in graduatoria – non denuncia alterazioni peggiorative della propria offerta, di modo che, per potersi dire che essa abbia ricevuto un concreto pregiudizio dalla mancata (verbalizzazione delle modalità di) custodia dei plichi, dovrebbe immaginarsi che, dopo l'apertura delle buste, non soltanto l'offerta prima classificata, ma tutte e quattro le offerte collocate in posizione peggiore siano state manipolate in senso migliorativo ai suoi danni; ed è sufficiente fare ricorso alla comune esperienza per constatare la

scarsa verosimiglianza di tale ipotesi. Del resto, anche a voler aderire all'indirizzo ermeneutico invocato dalla ricorrente, non può sfuggire come la forza del sotteso ragionamento presuntivo sia direttamente proporzionale alla posizione occupata in graduatoria dall'impresa che ne chiede al giudice l'applicazione, diminuendo, cioè, con l'allontanarsi di tale posizione dal vertice della graduatoria e con il corrispondente aumento del numero di imprese coinvolte nel potenziale rischio di manomissione delle offerte. Se così è, l'attenzione alle peculiarità della fattispecie concreta diviene allora il necessario temperamento alle distorsioni cui condurrebbe l'incondizionata adesione al modello interpretativo più rigoroso.

In assenza di ulteriori indizi rivelatori, nel caso in esame è dunque la posizione in graduatoria della ricorrente che impedisce di inferire la sussistenza dei vizi denunciati, ed, anzi, fa presumere il contrario, stante l'obiettivo implausibilità della prospettazione, implicante un concorso di condotte dolose eccessivamente articolato per essere attendibilmente ipotizzato solo in astratto. Correlativamente, il superamento della decisione adottata in sede cautelare viene ad essere il frutto non di un mutato convincimento circa la regola di giudizio applicabile, bensì di un più accurato governo della regola stessa, in maggior aderenza alla situazione di fatto oggetto di causa.

In forza di tutto quanto precede, il ricorso non può trovare accoglimento e va respinto. Le spese di lite possono essere compensate, avuto riguardo ai persistenti contrasti giurisprudenziali in materia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, definitivamente pronunciando, respinge il ricorso in epigrafe.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2012

con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Carlo Testori, Consigliere

Pierpaolo Grauso, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/09/2012

IL SEGRETARIO

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