

N. 10073/2012 REG.PROV.COLL.
N. 07183/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Terza Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 7183 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Società Gruppo Gamma s.r.l. e Fiera di Roma s.r.l. in persona del legale rappresentante p.t., in proprio ed in qualità di mandataria/mandante del R.T.I., rappresentate e difese dagli Avvocati Prof. Elisa Scotti, Paolo Pittori e Nicola Palombi ed elettivamente domiciliate presso lo studio legale D'Ercole in Roma, P.zza S. Andrea della Valle, n. 6;

contro

ENIT – Agenzia Nazionale del Turismo in persona del legale rappresentante p.t. rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato presso la cui sede in Roma, Via dei Portoghesi, n. 12 domicilia;

nei confronti di

Publitour s.p.a. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli Avvocati Prof. Stefano Vinti, Corinna Fedeli e Mario Occhipinti ed elettivamente domiciliata presso il loro studio in Roma, Via

Emilia, n. 88;

per l'annullamento

della determinazione n. 89 del 30 luglio 2012 recante “gara di appalto mediante procedura aperta per l'affidamento delle attività inerenti alla ideazione, progettazione, costruzione, allestimento e funzionamento dello “Stand Italia”, per la partecipazione alle principali fiere turistiche internazionali in programma in Italia, nei Paesi Europei ed extraeuropei nel triennio 2012/2014;

della comunicazione dell'aggiudicazione definitiva ai sensi dell'art. 79 del Codice degli appalti pervenuta il 1° agosto 2012,

del provvedimento della Stazione appaltante n. 198/2011 del 23 novembre 2011 con cui è stato nominato il dr. Marco Montini quale membro della Commissione di gara in sostituzione del precedente componente sig. Fernando Zitelli Conti,

di tutti i verbali di gara con particolare riferimento ai verbali relativi alle riunioni del 20 settembre 2011, dell'11 novembre 2011, del 23 novembre 2011 e del 24 novembre 2011,

del bando di gara, nonché di ogni atto connesso, presupposto e consequenziale;

con conseguente accertamento

dell'avvenuta aggiudicazione della procedura di gara in capo al RTI Gruppo Gamma s.r.l./Fiera di Roma s.r.l. e stipula del contratto e per la declaratoria dell'inefficacia del contratto eventualmente medio tempore stipulato con Publitour s.p.a. e subentro delle odierne ricorrenti nel contratto dichiarato inefficace,

nonché per la condanna

in caso di parziale inefficacia del contratto, al risarcimento del danno per equivalente del danno che potrà emergere in corso di causa per la sola eventuale parte residua, ovvero per la condanna all'integrale risarcimento

del danno che potrà emergere in corso di causa e che comunque sin da ora si quantifica nell'importo non inferiore al 13% dell'importo a base di gara, e con motivi aggiunti del 15 ottobre 2012 per l'annullamento dei medesimi atti di cui sopra e con conseguente accertamento dell'avvenuta aggiudicazione della procedura di gara in capo al RTI Gruppo Gamma s.r.l./Fiera di Roma s.r.l. e stipula del contratto;

per la declaratoria dell'inefficacia del contratto eventualmente medio tempore stipulato con Publitour s.p.a. e subentro delle odierne ricorrenti nel contratto dichiarato inefficace

e per la condanna in caso di parziale inefficacia del contratto, al risarcimento del danno per equivalente del danno che potrà emergere in corso di causa per la sola eventuale parte residua, ovvero per la condanna all'integrale risarcimento del danno che potrà emergere in corso di causa e che comunque sin da ora si quantifica nell'importo non inferiore al 13% dell'importo a base di gara e per l'accertamento anche di ufficio della perdita dello status di potenziale contraente in capo alla Publitour s.p.a per impossibilità a stipulare un eventuale contratto;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Enit - Agenzia Nazionale del Turismo e di Soc Publitour Spa;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Visto il ricorso incidentale presentato da Publitour s.p.a. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli Avvocati Prof. Stefano Vinti, Corinna Fedeli e Mario Occhipinti ed elettivamente domiciliata presso il loro studio in Roma, Via Emilia, n. 88;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 novembre 2012 il dott. Pierina Biancofiore;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato alle amministrazioni in epigrafe indicate in data 10 settembre 2012 e depositato il successivo 14 settembre, espongono le ricorrenti di avere partecipato ad una procedura aperta per l'affidamento delle attività inerenti la ideazioni, progettazione, costruzione, allestimento e funzionamento dello "Stand Italia" per la partecipazione alle principali fiere turistiche internazionali in programma in Italia nel triennio 2012/2014 per un importo a base di gara di E. 12.000.000,00. Dopo la presentazione delle offerte veniva nominata la Commissione di gara con provvedimento dell'Ente in data 23 agosto 2011 ed in seduta riservata dell'11 novembre 2011 venivano attribuiti i punteggi per gli elementi di valutazione di natura tecnico professionale ed economico finanziaria.

Espongono ancora le interessate che con provvedimento del 23 novembre 2011 veniva nominato il dr. Montini quale componente della Commissione di gara in sostituzione del precedente componente. Nella ulteriore seduta riservata del 23 novembre 2011 la commissione di gara procedeva "all'apertura della busta B per quanto riguarda l'offerta tecnica presentata dalle singole ditte verificandone ed analizzandone il contenuto. Nella stessa seduta la Commissione, ormai a conoscenza delle offerte presentate da ogni concorrente decideva che "per quanto concerne la voce "sponsorizzazioni" la Commissione adotta il criterio di assegnare il punteggio massimo alle ditte che hanno previsto nel progetto spazi allestiti a tal fine" introducendo quindi un criterio di valutazione ad offerte già aperte.

Rappresentano altresì che in data 24 novembre 2011 avveniva l'attribuzione dei punteggi all'offerta economica e che il RTI Gamma – Fiera di Roma otteneva un punteggio di 75,18 inferiore di soli 2,35 punti rispetto alla Publitour che si vedeva assegnare 77,53 punti. Dapprima la stazione

appaltante aggiudicava la gara alla SDI International s.r.l. poi annullava l'aggiudicazione dopo oltre 8 mesi con determinazione n. 89 del 30 luglio 2012 aggiudicandola a Publitour s.p.a., comunicandola il 1° agosto 2012 alle ricorrenti, che appreso ciò effettuavano istanza di accesso e che, conosciuti gli atti di gara, proponevano dunque il ricorso in esame, affidandolo alle censure che saranno meglio oltre esposte ed esaminate.

Concludono con istanza risarcitoria, chiedendo la sospensione dell'efficacia dell'aggiudicazione anche con provvedimento monocratico e l'accoglimento del ricorso.

Si sono costituite in giudizio la ENIT – Agenzia Nazionale per il Turismo e la Società Publitour s.p.a. contestando entrambe tutte le censure proposte dalla ricorrente e rassegnando opposte conclusioni.

L'istanza di provvedimenti cautelari monocratici risulta rinunciata con atto del 14 settembre 2012.

Alla Camera di Consiglio del 4 ottobre 2012 l'istanza cautelare è stata rinviata ad altra data per la proposizione di motivi aggiunti da parte delle ricorrenti e di ricorso incidentale da parte della controinteressata.

Infatti con motivi aggiunti le interessate rappresentano che successivamente alla proposizione del presente giudizio sono venute a conoscenza della sentenza della Corte di Appello di Roma del 22 aprile 2010 con cui l'amministratore unico legale rappresentante della Publitour s.p.a. veniva condannato alla pena di sei mesi di reclusione per il reato di cui all'art. 483 c.p., pronuncia questa risultata passata in giudicato con sentenza della Cassazione V sezione penale n. 15014/2012.

Avverso gli stessi provvedimenti principalmente impugnati le ricorrenti propongono le censure meglio oltre esposte ed esaminate.

Concludono con istanza cautelare e per l'accoglimento del ricorso e dei motivi aggiunti.

Dal canto suo la controinteressata ha proposto ricorso incidentale avverso i

verbali di gara nella parte in cui non hanno escluso dalla gara la candidatura del raggruppamento con a capo il Gruppo Gamma e nella parte in cui le hanno attribuito il punteggio di 75,18. Avverso tali atti ha proposto:

1. Violazione e falsa applicazione degli articoli 6 e 10 del bando di gara; Violazione e falsa applicazione dell'art. 41 del d.lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per difetto di istruttoria; violazione dell'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione dei principi di par condicio nell'accesso alle procedure concorsuali e trasparenza dell'azione amministrativa.

Il gruppo Gamma ha inserito 3 sole referenze anziché quattro, come stabilito dal bando di gara che testualmente stabiliva “idonee referenze bancarie di almeno due primari istituti di credito sull'affidabilità economico – finanziaria (solidità aziendale) del soggetto concorrente; in caso di R.T.I. le referenze devono essere presentate da tutte le imprese raggruppate”; la Commissione ha rilevato la mancanza della referenza bancaria ed ha consentito l'integrazione del tutto illegittimamente, poiché essa era a pena di esclusione;

2. Violazione e falsa applicazione dell'art. 7 e 10 del bando di gara, violazione e falsa applicazione dell'art. 75 del d.lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione dei principi generali in tema di cauzione provvisoria, sviamento e difetto di istruttoria.

Sostiene che nella busta A del RTI Gamma sarebbe mancata la cauzione provvisoria;

3. Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per difetto di istruttoria, manifesta illogicità e carenza dei presupposti; sviamento dell'azione amministrativa; omessa dichiarazione e documentazione del requisito soggettivo della moralità professionale ex art. 38, comma 1 del d.lgs. n. 163/2006 dell'amministratore cessato dalla carica della Società Fiera di Roma s.r.l.; violazione e falsa applicazione dell'art. 46

del d.lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione degli articoli 38 e 47 del d.P.R. n. 445/2000. Violazione del principio di par condicio e trasparenza.

Sostiene che la dichiarazione di non trovarsi in alcuna delle situazioni di esclusione dalla partecipazione alla gara di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, da farsi sottoscrivere anche da parte dei soggetti cessati dalla carica è stata fatta integrare pure essa da parte della Commissione nella seduta del 20 settembre 2011, pur essendo prevista a pena di esclusione, nei confronti di un amministratore cessato dalla carica l'anno precedente e per di più è stata integrata in maniera non valida perché la dichiarazione era priva di documento di identità in corso di validità;

4. Violazione e falsa applicazione dell'art. 10 del bando di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006; violazione dei principi di par condicio nell'accesso alle procedure concorsuali e trasparenza dell'azione amministrativa.

Con la quarta censura insiste sulla insanabilità delle irregolarità riscontrate dalla stessa Commissione di gara (pag 17 del ricorso incidentale) che tuttavia quest'ultima ha ritenuto di sanare attraverso idonea produzione documentale;

5. Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per difetto di istruttoria, manifesta illogicità e carenza dei presupposti, sviamento dell'azione amministrativa.

Sostiene che sarebbe mancata da parte della ricorrente principale pure la specifica ed integrale dichiarazione delle cause di esclusione con riferimento alle lettere b), c) ed m ter) del primo comma dell'art. 38 del Codice degli Appalti;

6. Violazione e falsa applicazione dell'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione dell'art. 88 del d.P.R. n. 207/2010; violazione e falsa applicazione dei principi generali in tema di contratti di

avvalimento; difetto di istruttoria, sviamento di potere.

Osserva che il RTI del Gruppo Gamma ha usufruito dell'avvalimento producendo un certificato di gestione ambientale di altre due società, mentre costoro sarebbero state carenti della qualità e della capacità tecnica, sicché non potevano prestarla ad altri. I contratti di avvalimento sarebbero generici.

La censura comporta che se al punteggio conseguito dal Gruppo Gamma s.r.l. si tolgono gli otto punti corrispondenti al relativo elemento di valutazione, la ricorrente si collocherebbe al quarto posto in graduatoria con conseguente carenza di interesse al ricorso.

Conclude per l'accoglimento del ricorso incidentale e per la conseguente declaratoria di inammissibilità di quello principale per carenza di interesse.

Il ricorso è stato trattenuto in decisione alla Camera di Consiglio dell'8 novembre 2012.

DIRITTO

1. Per ragioni di economia processuale va esaminato in via prioritaria il ricorso principale data la sua manifesta infondatezza. (Consiglio di Stato, A.P., 7 aprile 2011, n. 4).

2. Ciò premesso tutte le censure proposte dalla ricorrente principale vanno respinte, come di seguito illustrato e conviene partire dall'ultima con la quale parte ricorrente fa valere la violazione e falsa applicazione dei principi di unicità della Commissione e concentrazione dei lavori della medesima, la violazione del principio di segretezza e la violazione dell'art. 84 del d.lgs. n. 163/2006.

Come analizzato in altra occasione dalla sezione la censura sulla illegittima composizione della Commissione di gara o, come nel caso, sul suo mutamento in corso di gara è dirimente in quanto tende a caducare l'intera procedura, qualora dovesse rinvenirsi un principio di fondatezza. (TAR Lazio, sezione III bis, 14 giugno 2012, n. 5487, ma anche TAR Lazio,

sezione II, 28 gennaio 2012, n. 933).

Le ricorrenti lamentano la illegittima modifica della composizione della Commissione in corso di gara, atteso che essa è un collegio perfetto e non può, dunque, essere modificata durante i lavori.

In sostanza la Commissione di gara è stata nominata il 23 agosto 2011, ha potuto effettuare le sedute dal 20 settembre 2011 all'11 novembre 2011 nella composizione iniziale e con decreto del 23 novembre 2011 è stato sostituito un componente a causa del pensionamento di quello effettivamente in carica fino a quella data.

In tale circostanza, tuttavia, non è dato rinvenire alcuna illegittimità, secondo pure la giurisprudenza in materia: “Il mutamento di un componente di una commissione di gara non comporta di per sé violazione del principio di continuità e collegialità della commissione per evidenti ragioni di buona e spedita amministrazione, né determina lesione della par condicio dei concorrenti, purché il soggetto prescelto abbia le medesime qualità o svolga le medesime funzioni di quello sostituito, non assumendo rilevanza nell'organo collegiale il nominativo, bensì la qualità della persona o la funzione di cui la stessa è investita.” (TAR Sicilia, Catania, 19 aprile 2007, n. 684).

Né la ricorrente pone in evidenza la mancanza di qualità nel nuovo componente sì da doversene ritenere inficcate le valutazioni rispetto a quelle del precedente membro, essendo piuttosto preoccupata dalla violazione della segretezza dei lavori, nel caso pure scongiurata dalla apposita verbalizzazione relativa alla verifica della integrità dei plichi che la Commissione andava ad esaminare di seduta in seduta.

2.1. Con la prima censura le ricorrenti fanno valere la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006, la violazione dell'art. 8 del bando di gara: eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti, sviamento di potere, erroneità, irragionevolezza ed incongruità dei

punteggi tecnici assegnati all'offerta tecnica della Publitour.

Le ricorrenti lamentano che la graduatoria finale risulta falsata ed errata a causa della manifesta irragionevolezza nell'attribuzione dei punteggi per l'offerta tecnica riguardo al:

- criterio di valutazione dell'esperienza professionale per servizi analoghi realizzati con la P.A.;
- al criterio di valutazione delle sponsorizzazioni.

Per i servizi analoghi la Publitour avrebbe ottenuto un punteggio complessivo di 5,46 dichiarando un fatturato per servizi analoghi di E. 14.800.000, ma dimostrandone per E.8.800.000 e quindi doveva ottenere semmai punti 3,25 e non 5,46.

Per le sponsorizzazioni la Gamma ha offerto un investimento per E. 600.000 ma ha avuto lo stesso punteggio di Publitour che non ha offerto alcun investimento al riguardo.

La Commissione di gara ha indicato i criteri motivazionali ai quali si sarebbe attenuta per l'attribuzione di tale punteggio solo nella seduta del 23 novembre 2011, dopo l'apertura della busta B, in aperto contrasto con quanto stabilito all'art. 83, comma 4 del Codice Appalti e per di più previa individuazione di sub criteri non indicati nel bando.

2.1.1 In ordine al punteggio attribuito per i servizi analoghi il bando all'art. 10 prescriveva che dovessero essere dimostrati per il triennio (2008-2009-2010) con un importo non inferiore ad Euro 6 milioni, specificando gli importi fatturati per i servizi resi all'estero, i servizi resi in Italia ed i servizi resi alla Pubblica Amministrazione Italiana.

L'ENIT, nel contestare l'aspetto della censura osserva che la Commissione di gara ha verificato il possesso da parte delle partecipanti del fatturato minimo nei servizi analoghi e cioè 6 milioni nel triennio e poi ha attribuito il punteggio previsto dall'art. 8 del bando per ciascuna delle tre voci in maniera proporzionale in base al fatturato dichiarato dalle partecipanti, per

come si evince chiaramente dalla tabella acclusa al verbale dell'11 novembre 2011, sicché, a meno di non tacciare il verbale di falsità, l'aspetto della doglianza appare smentito dal dato letterale e testuale dello stesso.

2.1.2 Per quanto concerne la voce "sponsorizzazioni" è vero che il bando al ridetto articolo 8 per tale elemento non operava alcun distinguo prevedendone esclusivamente il punteggio massimo di 6, mentre la Commissione di gara nella seduta del 23 novembre 2011 ha specificato che "per quanto concerne la voce "sponsorizzazioni" adotta il criterio di assegnare il massimo alle ditte che hanno previsto nel progetto spazi allestiti a tale fine" e ciò dopo avere aperto la Busta B contenente l'offerta tecnica.

Ma è pure da rilevare che dal verbale del 23 novembre 2011 sia la Publitour, attuale controinteressata nonché ricorrente incidentale, sia il RTI Gruppo Gamma/Fiera di Roma hanno ottenuto entrambe 6 punti per tale voce, sicché anche le ricorrenti, in assenza di specificazioni del bando, si sono giovate del cosiddetto sub criterio enunciato dalla Commissione per ottemperare, secondo quanto chiarisce ENIT, non tanto al bando quanto al Capitolato che al punto 4.5 prevedeva un'offerta relativa ad uno spazio allestito destinato agli sponsor, con la conseguenza che l'aspetto di censura appare inammissibile per difetto di interesse. Infatti se deve essere cancellato il punteggio di 6 punti per la voce sponsorizzazioni a Publitour esso va cancellato anche per le ricorrenti.

Al riguardo peraltro condivisibile appare l'argomentazione dell'ENIT che rileva come più che di un sub criterio l'enunciato sopra riportato contenesse un chiarimento. Infatti il punto 4.5 del Capitolato descriveva l'aspetto dell'offerta relativa ad uno spazio per gli sponsor che nella sua ritenuta scarsa chiarezza è stato interpretato con il detto chiarimento riportato a verbale, non determinando quindi un sub criterio, ma solo una interpretazione di quanto dal Capitolato già prescritto.

2.2. Con il secondo motivo di ricorso le società interessate deducono la violazione dell'art. 2 del d.lgs. 163/2006 e dell'art. 11 del bando di gara; violazione del principio di segretezza, riservatezza ed immodificabilità delle offerte per avere ammesso alla gara l'offerta presentata dalla Publitour nonostante il plico contenente la stessa non fosse sigillato e siglato sui lembi di chiusura.

Lamentano che a seguito dell'accesso agli atti è emerso che le buste contenenti la documentazione amministrativa e le offerte presentate dalla Publitour, invece, presentano lembi non sigillati e siglati.

Come sopra accennato la verbalizzazione riporta la dicitura relativa alla verifica della integrità dei plichi al momento della loro apertura, con la conseguenza che se le ricorrenti la contestano devono proporre apposita querela di falso, dal momento che il verbale, come noto, è un atto pubblico e fa fede fino a querela di falso. (tra le tante TAR Sardegna, sezione I, 15 gennaio 2008, n. 31).

2.3. Ma non può essere condivisa neppure la terza censura di violazione dell'art. 46 comma 1 bis nonché degli articoli 41 e 42 del d.lgs. n. 163/2006; violazione dell'art. 38, comma 1 lett. A e comma 2 e dell'art. 46 comma 1 bis del d.lgs. n. 163 del 2006; e di violazione dell'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE; violazione degli articoli 2278 e 2279 c.c.

Con essa le interessate fanno valere che dall'esame dei documenti prodotti dall'aggiudicataria in sede di comprova del possesso dei requisiti autocertificati sono state rinvenute le dichiarazioni di possesso dei requisiti di moralità professionale degli amministratori e dei soci di due ditte che hanno affittato alla Publitour un ramo di azienda e si trovano in stato di liquidazione (la Cast) e di fallimento (la Linvingston) e poiché nelle buste A e B dell'offerta Publitour non viene in alcun modo specificato l'oggetto del contratto di affitto del ramo di azienda ciò rende impossibile di verificare il possesso dei requisiti ex art. 41 e 42 del Codice e rende del tutto incerta e

non conoscibile la reale provenienza dell'offerta. Rammentano che le situazioni soggettive riguardanti la ditta che ha affittato il ramo di azienda rilevano in sede di gara secondo pure la giurisprudenza in materia (C.Stato A.P., 4 maggio 2012, n. 10). Oltre tutto le situazioni di fallimento e di liquidazione della Cast e della Livingstone fanno venir meno il possesso dei requisiti ex art. 38 lett. a) del Codice degli appalti. Inoltre mancherebbe pure l'apposita dichiarazione relativa alla Cast ed alla Livingston in sede di offerta.

Premesso che il riferimento all'Adunanza Plenaria del 2012, n. 10 è inconferente perché riguarda la cessione del ramo di azienda e non l'affitto dello stesso, l'ultimo rilievo è smentito dalla stessa produzione documentale della ricorrente dalla quale si evince che nell'indice dei documenti inseriti nella Busta A della documentazione amministrativa, presentata da Publitour risultano anche le "dichiarazioni ex art. 38 lettere b), c) ed m ter) del d.lgs. n. 163/2006 delle società concedenti in affitto un ramo di azienda".

Alla fattispecie si applica l'art. 51 del Codice degli Appalti stante il cui tenore letterale non è vietato che agli appalti partecipino società che abbiano ceduto o affittato un ramo di azienda, purchè l'ammissione, l'aggiudicazione e la stipulazione avvengano previo accertamento dei requisiti di ordine generale e di ordine speciale "anche in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione previsti dal presente codice".

Il principio giurisprudenziale recepito dal Codice all'art. 51 con disposizione del tutto innovativa è che in una gara non sono influenti le vicende societarie e per questa ragione gli atti di trasformazione della compagine sociale devono essere comunicati alla Stazione appaltante (TAR Umbria, 19 gennaio 2012, n. 9). Nel caso in esame poiché la situazione dell'affitto del ramo di azienda da parte della Publitour preesisteva al

momento della partecipazione alla gara, del tutto correttamente la controinteressata l'ha dichiarata nella busta della documentazione amministrativa dalla quale risultava sia l'affitto del ramo di azienda e lo stato di liquidazione della Livingston s.r.l. sia l'affitto della Cast, risultata in liquidazione in un momento successivo all'affitto da parte della Publitour.

Occorre poi rilevare che quanto all'ipotesi che la Commissione non si sia accorta che la Publitour, con questo sistema, non aveva dimostrato i requisiti di capacità economico finanziaria e tecnica di cui agli articoli 41 e 42 del d.lgs. n. 163/2006, pure tale aspetto è contestato dalla giurisprudenza sull'argomento che arriva a prevedere che la dimostrazione del possesso dei requisiti possa avvenire anche mediante il richiamo a quelli dell'impresa per la quale sia intervenuta la cessazione del ramo di azienda (TAR Lazio, sezione I, 20 maggio 2011, n. 4455).

Nel caso in esame le due società in affitto da Publitour non sono state neppure ancora liquidate, anche se il procedimento è in corso e quindi la controinteressata si è limitata a rappresentare tale situazione all'ENIT tramite l'apposita dichiarazione ex art. 38, comma 1 lett. b), c), m ter del d.lgs. n. 2006, con conseguente reiezione della censura in tutti i suoi aspetti.

2.4. Con la quarta censura le ricorrenti rilevano la violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 45 della direttiva n. 18/2004 per non avere la stazione appaltante escluso la Publitour s.p.a. dalla gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti.

Lamentano che l'aggiudicazione in favore di Publitour risulta illegittima in quanto questa avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura di gara per mancanza di uno dei requisiti soggettivi di ordine generale richiesti dall'art. 38 del Codice appalti, in quanto l'amministratore della stessa, che per tale ragione è stato condannato con sentenza del Tribunale di Roma n. 18911/08 in data 14 ottobre 2008, ha attestato in una dichiarazione

sostitutiva di atto notorio il possesso in capo alla società di una certificazione di qualificazione all'epoca inesistente, perché rilasciata un mese più tardi. Di conseguenza il comportamento tenuto dalla Publitour in un precedente rapporto contrattuale proprio con la medesima stazione appaltante integra una ipotesi di grave negligenza e mala fede nell'esecuzione delle prestazioni.

La medesima censura è pure riproposta con i motivi aggiunti a seguito del passaggio in giudicato, con sentenza della Cassazione V sezione penale, 18 aprile 2012, n. 15014/2012, dell'altra pronunciata dalla Corte di Appello di Roma in data 22 aprile 2010 con cui l'amministratore unico legale rappresentante della Publitour s.p.a. veniva condannato alla pena di sei mesi di reclusione per il reato di cui all'art. 483 c.p., per avere attestato in una dichiarazione sostitutiva di atto notorio il possesso in capo alla società da lui amministrata di una certificazione di qualificazione all'epoca inesistente. Nel reiterare la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 38, comma 1 lett. C del d.lgs. n., 163/2006, la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 45 della direttiva CE 18/2004, deducono pure l'eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti e sviamento di potere, osservando che una volta passata in giudicato la condanna dell'amministratore di Publitour comunque sarebbe impossibile stipulare con la detta società.

Il fatto per cui l'amministratore di Publitour avrebbe subito la condanna consiste nella circostanza che, in una precedente procedura di gara, egli avrebbe dichiarato il possesso di una certificazione di qualità che in realtà è stata conseguita solo il mese successivo.

Al riguardo è stata prodotta la sentenza della Corte di Appello di Roma, seconda sezione penale dalla quale emerge che l'originario reato di cui agli articoli 48 e 479 c.p. (falso ideologico commesso dal pubblico ufficiale in atti pubblici) originariamente attribuito all'amministratore di Publitour è stato derubricato in quello di cui all'art. 483 c.p. (falso ideologico

commesso da privato in atto pubblico), con la relativa condanna a 9 mesi di reclusione ridotti a 6 per le attenuanti generiche e senza alcuna pena accessoria.

Come sottolineato dalla controinteressata Publitour la violazione è stata dal giudice penale ritenuta meramente formale; anche se il riconoscerne il dolo in capo all'amministratore unico ha comportato l'irrogazione di una sanzione seppure minima, comunque rileva l'assenza di pene accessorie, quali in questi casi sono l'interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese (art. 32 bis c.p.) o l'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione (art. 32 ter e quater c.p.) circostanza che fa sì che il reato risulti escluso dalle ipotesi previste dall'art. 38 lett. c) del d.lgs. n. 163/2006 per le quali è comminata l'esclusione dalla gara.

La più recente giurisprudenza chiarisce che: "In tema di requisiti di ordine generale da dichiarare ai fini della partecipazione alla gara per l'affidamento di un appalto pubblico, la mera sussistenza di reati astrattamente incidenti sulla moralità professionale non vale ad integrare la causa di esclusione di cui all'art. 38 comma 1 lett. c), d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, occorrendo invece una concreta valutazione da parte della stazione appaltante in ordine alla gravità di questi reati. La gravità del reato è, invero, un concetto giuridico a contenuto indeterminato, implicante una valutazione da compiersi non già con riferimento alla fattispecie penale astratta, come normativamente delineata, ma di volta in volta con riferimento ad una serie di parametri quali, a titolo esemplificativo, la maggiore o minore connessione con l'oggetto dell'appalto, il lasso di tempo intercorso dalla condanna, l'eventuale mancanza di recidiva, le ragioni in base alle quali il giudice penale ha commisurato in modo più o meno lieve la pena." (TAR Valle d'Aosta, 20 giugno 2012, n. 59, ma anche Consiglio di Stato, sezione VI, 27 marzo 2012, n. 1799).

E tali valutazioni sembra siano state effettuate o almeno vengono espone

come tali da ENIT nella sua memoria di costituzione, laddove osserva che la Publitour aveva presentato il certificato del casellario giudiziale ed il certificato dei carichi pendenti dai quali non risultava nulla al momento della presentazione dell'offerta. Al momento della verifica da parte della Stazione appaltante è risultata a carico del legale rappresentante della società Publitour una sentenza passata in giudicato, ma essa è stata ritenuta non riconducibile ad alcuna delle fattispecie che costituiscono causa di esclusione ai sensi dell'art. 38, comma 1 lett. c) del d.lgs. n. 163/2006.

2.5 Con altre censure proposte in via subordinata le ricorrenti propongono la violazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i., la violazione del divieto di commistione tra i requisiti soggettivi di capacità economico finanziaria e di capacità tecnico professionale e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta; la illegittimità del bando di gara e conseguente annullamento dell'intera procedura di gara; la violazione dell'art. 3 del d.lgs. n. 163/2006 e del principio di segretezza ed immodificabilità dell'offerta; l'eccesso di potere per difetto di istruttoria

Il bando di gara è illegittimo in quanto vi è una commistione dei requisiti di partecipazione con i requisiti di valutazione delle offerte. Citano la cospicua giurisprudenza al riguardo: C. Stato, sezione III, 18 giugno 2012, n. 3550. Poiché in particolare le dichiarazioni concernenti i requisiti di partecipazione di carattere tecnico economico (in particolare quelli concernenti il fatturato di impresa e l'importo relativo ai servizi nel settore oggetto di gara) e quelli di carattere tecnico (quali il possesso del sistema di gestione ambientale) dovevano essere inviati all'interno della busta B, relativa all'offerta tecnica, ne discende che la P.A. nel caso in specie, è stata edotta già nella fase preliminare di ammissione dei concorrenti di un elemento che sarebbe stato oggetto in sede di valutazione dell'offerta tecnica e questa doppia valenza viola direttamente l'art. 83 del Codice, nonché il principio di concorrenza e di segretezza delle offerte.

Effettivamente l'art. 6.3 del bando tra i requisiti di capacità tecnico professionale alla lettera c) indicava "il possesso alla data di pubblicazione del bando, del Sistema di Gestione per la qualità e certificazione UNI EN ISO 9001:2008 ed eventualmente del Sistema di Gestione Ambientale e Certificazione UNI EN ISO 14001:2004 rilasciati da Enti certificatori accreditati, ai sensi delle norme europee vigenti in materia"; ed all'art. 8 recante "criteri ed elementi di valutazione" era previsto fino ad un massimo di 8 punti per il possesso del "Sistema di Gestione Ambientale e Certificazione UNI EN ISO 14001:2004".

Ed effettivamente tra i requisiti di capacità economico finanziaria al punto 6.4 il Bando indicava il "fatturato globale realizzato in Italia e all'estero (con indicazione dei rispettivi importi) negli ultimi tre esercizi (2008-2009-2010) e complessivamente non inferiore a E 20.000.000,00 elemento al quale all'art. 8 venivano assegnati fino ad un massimo di 7 punti.

Tuttavia la lettera della lex specialis pare non suffragare la tesi delle ricorrenti, perché, nel primo caso, il punteggio attribuito al relativo criterio di valutazione era conferito per un requisito di capacità tecnica richiesto, per ciò che concerne la certificazione di "Sistema di gestione Ambientale", solo "eventualmente". La sua mancanza non avrebbe cioè comportato l'esclusione dalla gara, ma era un di più che l'ENIT ha richiesto ai partecipanti, perciò valorizzandolo tra i criteri di valutazione.

Nel secondo caso non è dato comprendere né lo spiegano le ricorrenti come il conoscere il fatturato di cui fossero in possesso le partecipanti si sia trasfuso in una anticipata attribuzione di un punteggio e quindi nella dedotta commistione tra requisiti di qualificazione e criteri di valutazione, risultando l'aspetto del tutto non dimostrato.

Peraltro sul profilo della censura riguardante la certificazione ambientale, la Publitoir osserva che vi è carenza di interesse perché, avendo le ricorrenti

ottenuto il massimo per la certificazione ambientale e cioè 8 punti se si deve sopprimere tale voce perché ritenuta il frutto della detta commistione, va chiaramente eliminato per tutti, comprese le stesse ricorrenti.

2.6. Con la sesta censura le ricorrenti deducono la violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 163/2006, sviamento di potere; la violazione e falsa applicazione dell'art. 79 del d.lgs. n. 163/2006 ed in particolare del comma 2, 5, 5 bis, 5 ter, 5 quater; la violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990, il difetto assoluto di motivazione, la violazione e falsa applicazione dell'All. P del d.P.R. n. 207 del 2010. la violazione dei principi di trasparenza, imparzialità e par condicio, omessa motivazione .

Ripropongono che malgrado i criteri di valutazione delle offerte fossero stati individuati nella seduta riservata dell'11 novembre 2011 nella seduta del 23 novembre successivo, a buste aperte è stato individuato un ulteriore criterio per la voce sponsorizzazioni. Sostengono che non sussisterebbe alcuna motivazione dell'aggiudicazione della gara all'offerta della Publitour.

Il motivo è stato già in parte contestato sotto la censura proposta per prima. Nella seduta del 23 novembre 2011 non di nuovi criteri la Commissione si era occupata, ma aveva fornito un chiarimento su una voce dell'offerta prevista dal Capitolato.

La motivazione poi della vittoria di Publitour, criticata come frutto di una asettica attribuzione di punteggi, non appare minimamente perseguibile, a causa pure della cospicua giurisprudenza sulla materia, stante la quale sono da ritenersi sufficientemente motivati i giudizi espressione di discrezionalità tecnica, quali le valutazioni delle Commissioni in sede di gara, con l'attribuzione di un punteggio numerico, in sé esaustivo dell'iter valutativo svolto; tra le tante e più recenti: Consiglio di Stato, sezione V, 12 giugno 2012, n. 3445, TAR Campania, sezione I, 3 aprile 2012, n. 1544 che pongono in rilievo la legittimità della motivazione mediante punteggio numerico in presenza di criteri valutativi specifici, come sono appunto

quelli indicati all'art. 8 del bando.

2.7. Ancora con la settima doglianza le società interessate propongono la violazione dei principi di pubblicità e trasparenza, la violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost., dell'art. 1 della L. n. 241/1990, degli articoli 2 e 10 del d.lgs. n. 163/2006, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 e dell'art. 89 del r.d. n. 827/1924; la illegittimità del bando di agira, in particolare dell'art. 12, la illegittimità dell'intera procedura per essersi svolte in seduta riservata le operazioni di apertura delle buste recanti le offerte tecniche e l'esame della documentazione amministrativa.

Sostengono che la gara risulta viziata per avere la Commissione svolto in seduta riservata sia l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche e la valutazione delle stesse, sia l'esame della documentazione contenuta nella busta A e nella busta B. L'A.P. n. 13 del 2011 ha sancito che l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche deve necessariamente avvenire in seduta pubblica.

Premesso che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ora citata, ha ritenuto che "Costituisce corretta interpretazione dei principi comunitari e di diritto interno in materia di trasparenza e di pubblicità nelle gare per i pubblici appalti la regola che pone l'obbligo di apertura in seduta pubblica dei plichi contenenti le offerte tecniche", il legislatore ha ritenuto di far confluire in apposita norma tale arresto giurisprudenziale con l'art. 12 del d.l. 7 maggio 2012, n. 52 convertito con modificazione in legge 6 luglio 2012, n. 94 disciplinando però le fattispecie sorte dopo il 9 maggio 2012: "1. Al comma 2 dell'articolo 120 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, e' premesso il seguente periodo: "La commissione, anche per le gare in corso ove i plichi contenenti le offerte tecniche non siano stati ancora aperti alla data del 9 maggio 2012, apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti.".

Il caso in esame non rientra nella norma in quanto è antecedente alla ridetta data e quindi va scrutinato secondo la precedente stesura dell'art. 120, comma 2 del d.P.R. n. 207 del 2010 (Regolamento di esecuzione e di attuazione del Codice degli Appalti) stante il quale "In una o più sedute riservate la Commissione valuta le offerte tecniche e procede alla assegnazione dei relativi punteggi...Successivamente in seduta pubblica la Commissione dà lettura dei punteggi attribuite alle singole offerte tecniche, procede alla apertura delle buste contenenti le offerte economiche e, data lettura dei ribassi espressi in lettere e delle riduzioni di ciascuna di esse, procede secondo quanto previsto dall'articolo 121."

Non essendo dalla norma specificato che anche l'apertura della busta contenente l'offerta tecnica dovesse essere effettuata in pubblico o in seduta riservata, la Commissione di gara ha dunque anche aperto le buste dell'offerta tecnica in seduta riservata, come pure ha valutato le offerte sempre in seduta riservata, mentre previa convocazione delle ditte partecipanti in seduta pubblica (verbale 24 novembre 2011) ha dato lettura della graduatoria provvisoria risultante dalla valutazione e, sempre in seduta pubblica, ha proceduto alla apertura dei plichi contenenti l'offerta economica, che, invece nel prosieguo della stessa giornata ha valutato in seduta riservata, per riaprire infine la sessione pubblica e procedere all'aggiudicazione provvisoria.

Pure se si volesse porre in rilievo come effettuano alcuni Tribunali Amministrativi Regionali (TAR Piemonte, sezione II, 25 luglio 2012, n. 906, TAR Veneto, sezione I, 4 aprile 2012, n. 469) che al momento in cui il procedimento di gara ha avuto inizio già vi era stata la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che è del 28 luglio 2011 a valorizzare il principio per cui l'apertura delle buste dell'offerta tecnica deve avvenire pubblicamente è da rilevare che la Commissione di gara è stata nominata il 23 agosto 2011 e che ha iniziato i lavori il 20 settembre 2011,

circostanze queste che rendono del tutto plausibile che la Commissione abbia piuttosto valorizzato il portato letterale, e fino a quel momento pure consolidato in giurisprudenza, dell'art. 120 del Regolamento di esecuzione del Codice degli Appalti.

3. Tutte le censure vanno respinte e con essere il ricorso principale ed i motivi aggiunti, con la conseguenza che non può darsi luogo né alla richiesta declaratoria di inefficacia del contratto, eventualmente nelle more del giudizio stipulato, secondo quanto pure previsto dall'art. 121 del Codice della Giustizia Amministrativa, né può darsi luogo ad alcun risarcimento del danno, domanda peraltro neppure articolata sotto alcun profilo.

4. La pronuncia che precede non può che produrre i suoi rivenienti effetti sul ricorso incidentale proposto da Publitour che va pertanto dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

5. Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Bis) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così dispone:

- respinge il ricorso principale;
- dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Condanna le ricorrenti Società Gruppo Gamma s.r.l. e Fiera di Roma s.r.l. al pagamento di Euro 1.000,00 a favore dell'ENIT e della società PUBLITOUR s.p.a. per complessivi Euro 2.000,00 per spese di giudizio.

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

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

Evasio Speranza, Presidente

Pierina Biancofiore, Consigliere, Estensore

Ines Simona Immacolata Pisano, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/12/2012

IL SEGRETARIO

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