

N. 02072/2012 REG.PROV.COLL.
N. 00794/2012 REG.RIC.



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

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 794 del 2012, proposto da:
Diddi Carlo Alberto s.a.s., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Ghelli e Giacomo Biagioni,
con domicilio eletto presso l'avv. Andrea Ghelli in Firenze, via XX
Settembre 60;

contro

S.P.E.S. s.p.a. - Società Pistoiese di Edilizia Sociale, in persona del
legale rappresentate p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Riccardo
Bianchini, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via
Duca D'Aosta 12;

nei confronti di

Arkedil S.r.l., in persona del legale rappresentate p.t., rappresentata e
difesa dagli avv.ti Michela Mancini e Tommaso Stanghellini, con
domicilio eletto presso l'avv. Tommaso Stanghellini in Firenze, via

Lamarmora, 29;

per l'annullamento

- della determina della S.P.E.S. S.p.A. 20.04.2012, recante approvazione degli atti di gara e aggiudicazione definitiva della gara per i lavori di manutenzione e pronto intervento su alloggi di competenza SPES alla Arkedil S.r.l., comunicata alla ricorrente con nota prot. 26.04.2012, n. 2183, pervenuta il 30.04.2012;
- dei verbali di gara 7.11.2011, 16.11.2011, 21.11.2011 e 17.01.2012, raccolti nell'atto rep. n. 1065 del 17.01.2012, all'esito del quale è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria della gara alla Arkedil S.r.l.;
- per quanto occorrer possa, della lettera di invito di cui alla nota della S.P.E.S. S.p.A. prot. 19.10.2011, n. 6332, con cui è stata indetta la procedura negoziata relativa a manutenzione e pronto intervento su alloggi di competenza SPES S.p.A. anno 2012, e del disciplinare di gara allegato;
- di tutti gli atti inerenti alla medesima procedura negoziata, presupposti e consequenziali, ancorchè non conosciuti o conoscibili, ed in particolare del contratto di appalto eventualmente stipulato tra la S.P.E.S. S.p.A. e la Arkedil S.r.l.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di S.P.E.S. S.p.A. e di Arkedil S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 novembre 2012 il dott.

Riccardo Giani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - Nell'atto introduttivo del giudizio la società ricorrente espone di aver partecipato alla procedura negoziata indetta da SPES s.p.a. per l'affidamento dei lavori di manutenzione e pronto intervento su alloggi appartenenti a tale ente e di essersi classificata al secondo posto, dopo la controinteressata Arkedil s.r.l., all'esito tuttavia di una procedura contrassegnata da varie illegittimità.

Tanto premesso la ricorrente articola nei confronti degli atti in epigrafe indicati le seguenti censure:

- con il primo motivo la ricorrente censura la circostanza, risultante dagli atti di gara, secondo cui la valutazione delle offerte tecniche è avvenuta in seduta riservata in data 21.11.2011, quindi dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte economiche, avvenuta il 16.11.2011;
- con il secondo motivo evidenzia che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per mancata presentazione delle dichiarazioni di moralità da parte di uno dei due direttori tecnici della stessa, in specie il geom. Riccardo Castellucci;
- con il terzo motivo evidenzia che, qualora il geom. Castellucci fosse fuoriuscito dalla compagine societaria aggiudicataria prima della gara, allora l'attestazione SOA presentata in seno alla procedura sarebbe illegittima in quanto rilasciata sulla base anche della presenza nella

società di tale figura professionale;

- con il quarto motivo la ricorrente censura l'operato della commissione esaminatrice per aver provveduto all'apertura delle buste tecniche in seduta riservata, anziché in adunanza pubblica, come risulta dal verbale del 7 novembre 2011;
- con il quinto motivo censura il punteggio attribuita alla controinteressata in sede di valutazione dell'offerta tecnica;
- con il sesto motivo contesta lo svolgimento della verifica di anomalia avente ad oggetto l'offerta della controinteressata e le giustificazioni da questa presentate.

2 - Si sono costituiti in giudizio, per resistere al ricorso, SPES s.p.a. e la controinteressata Arkedil s.r.l., venendo altresì avanzate anche eccezioni di ammissibilità del gravame.

3 - Con ordinanza n. 372 del 13 giugno 2012 la Sezione ha accolto la domanda incidentale di sospensione avanzata da parte ricorrente

4 - Chiamata la causa alla pubblica udienza del giorno 21 novembre 2012 e sentiti i difensori comparsi, come da verbale, la stessa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

5 - Nella memoria depositata in data 11 giugno 2012 la stazione appaltante eccepisce la inammissibilità del ricorso per incoerenze logica tra censure avanzate e conclusioni rassegnate.

L'eccezione è infondata.

Nel ricorso vengono articolate una pluralità di doglianze miranti ad invalidare la svolta gara, sotto diversi profili, e vengono poi rassegnate conclusioni di annullamento degli atti impugnati oltre che di

accertamento di diritto all'aggiudicazione e di risarcimento del danno. Spetterà al giudice rendere coerente, in correlazione all'esito del ricorso, le censure accolte con la tipologia di pronunciamento accordato (mero annullamento della gara, eventuale aggiudicazione della stessa alla ricorrente, risarcimento del danno), nel rispetto della domanda e quindi delle conclusioni rassegnate, senza che debbano richiedersi rigide formulazioni nelle conclusioni a pena di inammissibilità.

Nella medesima memoria si eccepisce altresì la inammissibilità del ricorso, stante il rilievo che a fronte dell'annullamento della svolta gara non vi sarebbe nessuna garanzia di un nuovo invito a favore della ricorrente, trattandosi di procedura negoziata.

L'eccezione è infondata.

Lo svolto rilievo porterebbe alla inaccettabile conclusione che nel nostro ordinamento, a dispetto della garanzie costituzionali del diritto di azione, i partecipanti alle procedure negoziate non avrebbero mai interesse giuridicamente rilevante a contestare lo svolgimento delle stesse, non avendo garanzia di nuovo invito in sede di ripetizione delle procedure medesime. Si tratta di assunti non convincenti: sussiste l'interesse del partecipante ad una procedura negoziata a far sindacare in sede giurisdizionale il corretto svolgimento della stessa e l'effetto conformativo della sentenza potrà comportare il vincolo alla riedizione della procedura stessa con nuovo invito nei confronti dei soggetti già partecipanti alla gara illegittimamente svolta.

6 – Nella memoria depositata in data 11 giugno 2012 anche la società

Arkedil s.r.l. muove eccezioni di inammissibilità del gravame.

In primo luogo contesta alla ricorrente di aver atteso l'aggiudicazione definitiva, pur avendo ravvisato i vizi poi contestati già in esito all'aggiudicazione provvisoria.

L'eccezione è infondata.

È noto che l'aggiudicazione provvisoria non ha natura provvedimento e non è atto da impugnare necessariamente nel termine decadenziale, gli effetti giuridici scaturendo solo dal successivo atto di aggiudicazione definitiva che deve essere, esso sì, impugnato nel termine di decadenza. Nessun rilievo può quindi essere mosso alla ricorrente che ha deciso di attendere l'aggiudicazione definitiva per muovere l'impugnazione giurisdizionale.

In secondo luogo la controinteressata eccepisce la inammissibilità del gravame per non aver la ricorrente formulato le proprie censure nei confronti degli atti di risposta della stazione appaltante alle sue richieste di accesso e alla segnalazione di cui all'art. 243 bis d.lgs. n. 163 del 2006, sebbene dagli stessi già risultassero le ragioni fatte valere dalla stazione appaltante.

L'eccezione è infondata.

Valgono anche in questo caso le considerazioni sopra svolte nel senso che è l'aggiudicazione definitiva l'atto dotato di efficacia esterna, lesivo degli interessi dei non aggiudicatari e quindi l'atto dalla cui notifica decorre il termine perentorio di impugnazione.

In terzo luogo la controinteressata eccepisce la inammissibilità del gravame quanto a richiesta di aggiudicazione a favore della ricorrente

della gara in esame.

L'eccezione è infondata.

La domanda di aggiudicazione della gara è sicuramente ammissibile nel processo amministrativo in materia di gare pubbliche, mentre il problema della sussistenza in concreto dei presupposti per accogliere una simile domanda attiene al merito della controversia e potrà essere risolto solo in esito all'esame delle singole censure e dipenderà dal tipo di doglianza che verrà, in ipotesi, accolta.

7 – In data 30 ottobre 2012 la Spes s.p.a. ha depositato atti dai quali risulta che, nel corso del presente giudizio, tale società ha dato vita ad ulteriore procedura negoziata per lavori di manutenzione e pronto intervento sugli alloggi di proprietà della stessa, procedura conclusasi con l'aggiudicazione alla Diddi s.a.s.

Ritiene il Collegio che, come evidenziato dalla ricorrente nella memoria depositata in data 8 novembre 2012, l'avvenuto svolgimento di nuova e diversa gara, peraltro aggiudicata alla ricorrente medesima, non comporta la cessazione della materia del contendere in relazione al presente ricorso, giacché la nuova gara ha un oggetto diverso quanto a importo dei lavori messi a gara e durata temporale, così che non sostituisce *in toto* la procedura *sub iudice*, imponendo a questo Tribunale l'esame del ricorso giurisdizionale proposto.

8 – Con il primo motivo la ricorrente censura la circostanza, risultante dagli atti di gara, secondo cui la valutazione delle offerte tecniche è avvenuta in seduta riservata in data 21.11.2011, quindi dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte economiche, avvenuta il 16.11.2011.

Nel replicare a tale censura la stazione appaltante ha rilevato che la seduta riservata per la valutazione delle offerte tecniche non si sarebbe svolta, come da verbale, il 21 novembre 2011 (cfr. doc. 3 di parte ricorrente) ma in data antecedente al 16 novembre 2011, data della seduta pubblica di valutazione economica; quella del 21 novembre sarebbe indicazione dovuta ad errore e la seduta riservata di valutazione delle offerte tecniche si sarebbe in realtà svolta in data 11 novembre 2011. La controinteressata ha invece sostenuto, almeno nella prima difesa, che l'apertura e la valutazione delle offerte tecniche sarebbe avvenuta in data 7 novembre 2011 (in tal senso in effetti doc. 2 di parte ricorrente).

Come già evidenziato in sede di ordinanza di accoglimento della istanza cautelare la prima censura merita senz'altro accoglimento, stante la obiettiva incertezza circa la data in cui si è svolta la seduta dalla commissione di gara destinata alla valutazione delle offerte tecniche. Le diverse risposte fornite dalle parti resistenti, nessuna supportata da elementi documentali decisivi, depone nel senso indicato. È di tutta evidenza che tale incertezza mina alla radice la legittimità dell'intera gara, non potendo consentire di valutare il rispetto di fondamentali principi che governano la procedura di evidenza pubblica, come quello della anteriorità della valutazione tecnica rispetto a quella economica.

9 - Con il quarto mezzo la ricorrente contesta lo svolgimento della gara con riferimento alla circostanza che l'apertura delle buste tecniche sia avvenuta in seduta riservata e non in adunanza pubblica,

come necessario.

La censura è fondata.

Dal verbale del 7 novembre 2011 risulta che la Commissione di gara ha proceduto “in seduta riservata all’apertura e alla valutazione della busta A – offerta tecnica” e parte ricorrente contesta tale condotta, evidenziando come essa violi i principi di pubblicità e trasparenza delle operazioni di gara. Pur nella contraddittorietà già evidenziata delle date di svolgimento delle operazioni di gara, la previsione dell’avvenuta apertura delle buste tecniche in seduta riservata risulta formalizzata in verbale facente prova fino a querela di falso e non adeguatamente contestata dalle resistenti . Sulla questione è intervenuta la pronuncia dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 28 luglio 2011, n. 13, la quale ha affermato che nelle gare d’appalto la verifica della integrità dei plichi e della documentazione prodotta in relazione all’offerta tecnica deve avvenire in seduta pubblica.

È noto che, in epoca anteriore alla richiamata pronuncia dell’Adunanza Plenaria, la giurisprudenza era divisa sul tema dell’apertura delle buste tecniche. Secondo un primo orientamento la commissione di gara doveva procedere in seduta riservata sia alla valutazione dell’offerta tecnica, com’è pacifico, sia all’apertura delle buste che la contengano (Cons. Stato, sez. V, 13 ottobre 2010, n. 7470; Cons. Stato, sez. IV, 5 aprile 2003, n. 1787). In base ad altro orientamento la commissione di gara deve procedere alla verifica in seduta pubblica dell’integrità di tutte le buste, ivi compresa quella contenente l’offerta tecnica, mentre l’apertura della busta tecnica e la

sua valutazione devono avvenire in seduta riservata (Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2010, n. 8155; Cons. Stato, sez. VI, 24 novembre 2009, n. 7380). Infine, in base ad un terzo orientamento, la commissione deve procedere in seduta pubblica non solo alla verifica di integrità ma anche all'apertura della busta contenete l'offerta tecnica, rimanendo alla sede riservata solo la sua valutazione (Cons. Stato, sez. V, ord. 17 maggio 2011, n. 2987; id. 10 novembre 2010, n. 8006). Come anticipato l'Adunanza Plenaria n. 13 del 2011 ha optato per la tesi più garantistica, che è quella dell'apertura in seduta pubblica dell'offerta tecnica. È importante evidenziare che l'Adunanza Plenaria arriva a questo risultato valorizzando i principi di pubblicità e trasparenza cui devono ispirarsi le operazioni di gara, principi che trovano il loro fondamento negli artt. 2 della direttiva 2004/18, 10 direttiva 2004/17, art. 2 d.lgs. n. 163 del 2006, art. 2, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006, che richiama la legge n. 241 del 1990. Dunque quella della pubblicità delle sedute è regola generale, che vale anche con riferimento all'apertura delle buste tecniche, rimanendone fuori soltanto la valutazione delle stesse. L'Adunanza Plenaria precisa che con riferimento alla fattispecie in esame "la garanzia di trasparenza richiesta in questa fase si considera assicurata quando la commissione, aperta la busta del singolo concorrente, abbia proceduto ad un esame della documentazione leggendo il solo titolo degli atti rinvenuti, e dandone atto nel verbale della seduta". Il legislatore ha fatto poi propria l'indicazione del Consiglio di Stato, seppure con norma non applicabile alla presente fattispecie *ratione temporum*, con l'art. 12 del

decreto-legge 7 maggio 2012, n. 52. La Sezione ha fatto proprio l'orientamento dell'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 752 del 18 aprile 2012, anche con riferimento alle procedure negoziate. La stessa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con successiva sentenza n. 31 del 2012, ha poi espressamente esteso i principi sopra richiamati anche alle procedure negoziate. Nella fattispecie sottoposta all'esame del Tribunale la condotta della Commissione di gara appare quindi illegittima, né la stessa risulta giustificata alla luce del Disciplinare di gara, che non risulta prevedere l'apertura delle buste tecniche in seduta riservata, in disparte il rilievo che in tale ipotesi esso risulterebbe illegittimo e dovrebbe essere annullato in quanto esplicitamente gravato dalla società ricorrente.

10 - La fondatezza del primo e quarto motivo porta all'accoglimento del ricorso e quindi all'annullamento degli atti gravati, potendo essere assorbite le ulteriori censure. La tipologia di censure accolte ha come conseguenza la riedizione della procedura di gara, non potendo essere accolte le domande di aggiudicazione né di risarcimento del danno, anche in considerazione del fatto che, a seguito della sospensione degli atti disposta da questo Tribunale, la ricorrente risulta essersi aggiudicata altra gara avente oggetto in parte sovrapponibile a quello della gara qui esaminata.

11- All'accoglimento del ricorso seguono le spese da porsi a carico della parti resistenti, liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione Prima,

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati nei sensi di cui in motivazione.

Condanna Spes s.p.a. e Arkedil s.r.l. al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente, liquidate in € 2.500,00 oltre accessori di legge a carico di ciascuna parte resistente.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Riccardo Giani, Consigliere, Estensore

Alessandro Cacciari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/12/2012

IL SEGRETARIO

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