



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 Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 919 del 2010, proposto da IFRAS S.p.A., in persona dell'amministratore unico e legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Emanuela Vargiu con studio in Quartucciu, via delle Serre n. 64/B, domiciliata presso la Segreteria del T.A.R. Sardegna in Cagliari, via Sassari n.17;

contro

ABBANO S.p.A., con sede in Nuoro, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Stefano Manso, con domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, via G. Deledda n. 74;

nei confronti di

Idrotecnica Srl, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Domenico Colaci, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Franco Ambu in Cagliari, via Genneruxi n.1/A;

IBI SpA, in persona del legale rappresentante, non costituita in

giudizio;

per l'annullamento

- della determinazione n. 260 del 3.8.2010 emanata dal Direttore Generale di Abbanoa, avente ad oggetto l'approvazione esiti di gara per il "servizio di conduzione, sorveglianza, controllo e manutenzione degli impianti di depurazione e degli impianti di sollevamento fognari, verifica, aggiornamento e integrazione del data base delle apparecchiature elettromeccaniche, prestazioni accessorie", limitatamente alla aggiudicazione dei lotti n. 2 – 3I – 3S;

- di tutti gli atti e provvedimenti allegati alla citata determinazione, i verbali di gara, i giudizi e la valutazione delle offerte della ricorrente IFRAS spa e di tutti gli atti e provvedimenti presupposti, preliminari, conseguenti, successivi o comunque connessi;

nonché, per la dichiarazione di inefficacia dei relativi contratti di appalto,

e per la condanna

dell'amministrazione aggiudicatrice al risarcimento in forma specifica con conseguente aggiudicazione dei lotti 2, 3I e 3S, stipula del contratto o subentro nello stesso da parte della società ricorrente; in via alternativa, al risarcimento per equivalente;

e in via subordinata, per l'annullamento

- dei verbali della Commissione di gara di cui alle sedute sia pubbliche che riservate ivi comprese le determinazioni e decisioni della Commissione per la valutazione delle offerte;

- del provvedimento di nomina della Commissione giudicatrice;

- delle clausole del bando e del disciplinare di gara che sanciscono le regole di attribuzione dei punteggi, i criteri e sub criteri di valutazione della offerta tecnica ed economica;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Abbanoa Spa e di Idrotecnica Srl;

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 12 gennaio 2011 il primo referendario Giorgio Manca e uditi l'avv. Emanuela Vargiu per la ricorrente, l'avv. Flaviano Lai, su delega dell'avv. Manso, per l'amministrazione resistente e l'avv. Domenico Colaci per la controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – La società ricorrente ha partecipato alla procedura di gara indetta, con determinazione D.G. n. 50 del 26.2.2010, da Abbanoa S.p.A. avente ad oggetto l'affidamento del “Servizio di conduzione, sorveglianza, controllo e manutenzione degli impianti di depurazione e degli impianti di sollevamento fognari. Verifica, aggiornamento e integrazione del data base delle apparecchiature elettromeccaniche. Prestazioni accessorie”.

L'appalto, di importo complessivo a base d'asta pari a euro

63.608.100,00, era ripartito in nove lotti. Il disciplinare prevedeva che ciascuna ditta potesse concorrere per uno o più lotti, con aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa.

All'esito delle operazioni di gara, nella seduta pubblica del 3 agosto 2010, la Commissione, dopo aver dato atto dell'esclusione della Ditta Melfi in ragione del negativo esito della verifica di congruità dell'offerta, procedeva all'aggiudicazione provvisoria dei singoli lotti, tra i quali (per quanto di interesse nella presente controversia) i seguenti:

- lotto 2: alla IBI S.p.A., con punteggio totale pari a 60,263;
- lotto 3.I: alla IBI S.p.A., con punteggio totale pari a 65,906;
- lotto 3.S: alla Idrotecnica Srl con punteggio totale pari a 48,99..

La ricorrente, in relazione ai lotti per i quali dichiara l'interesse alla aggiudicazione, ha ottenuto i seguenti punteggi complessivi (tecnico + economico):

lotto 2: 31,210 (6,00 + 25,210);

lotto 3.I: 45,00 (5,00 + 40,00);

lotto 3.S: 46,367 (6,367 + 40,00).

Con la determinazione del Direttore Generale n. 260 del 3 agosto 2010, veniva disposta l'aggiudicazione definitiva dei singoli lotti.

2. - Con il ricorso in epigrafe, consegnato all'ufficiale per la notifica in data 15 ottobre 2010 e depositato il successivo 29 ottobre 2010, la società IFRAS S.p.A. chiede l'annullamento della predetta determinazione di aggiudicazione della gara d'appalto (nei limiti dell'interesse alla aggiudicazione in suo favore dei lotti n. 2 – 3I – 3S,

cui ha partecipato), nonché degli altri atti della procedura meglio indicati in epigrafe, affidandosi ai seguenti motivi:

A) In relazione alla attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche da parte della Commissione per i lotti 2- 3I e 3 S:

1° - Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Costituzione. Violazione dell'art. 83 del Codice dei contratti pubblici. Violazione, falsa, mancata e contraddittoria applicazione da parte della Commissione delle regole di gara per l'attribuzione del punteggio tecnico alla offerta della IFRAS SpA, nei tre lotti cui ha partecipato, con particolare riferimento al disciplinare di gara ed al disposto di cui all'art. 5. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, irrazionalità manifesta, illogicità, falso supposto di fatto, violazione del principio del giusto procedimento, carenza, insufficienza e difetto di istruttoria, motivazione carente, illogica, insufficiente e non congruente. Violazione e falsa applicazione dei principi di ragionevolezza, efficienza, efficacia e buon andamento dell'azione amministrativa. Sviamento.

2° - Violazione dell'art. 243 bis Codice contratti in relazione al mancato agire in autotutela della stazione appaltante. Violazione dei principi di buon andamento, buona amministrazione, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa.

3° - Violazione dell'articolo 24 della Costituzione. Violazione e falsa applicazione del disposto di cui all'art. 79, comma 5 *ter*, del D.lgs.163/2006; violazione dell'art. 11, comma 10, del D. lgs. 163/2006, anche alla luce della L.7-10-1969 n°742 (sospensione dei

termini processuali in periodo feriale). Sviamento di potere. Eccesso di potere per illogicità, irrazionalità ed irragionevolezza manifesta. Violazione dei principi di buon andamento, buona amministrazione, giusto procedimento, efficienza ed efficacia nella azione della pubblica amministrazione.

B) In via subordinata, con riferimento al bando ed al disciplinare di gara:

4° - Violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 2, 4 e 5, del D.lgs. 163/2006. Eccesso di potere per illogicità manifesta, irragionevolezza e contraddittorietà. Violazione dei principi di *par condicio*, violazione dei principi di imparzialità, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa. Violazione delle regole e dei principi della libera concorrenza e competitività nel mercato. Sviamento.

5° - Violazione e falsa applicazione del principio generale di preventiva valutazione dei requisiti di ammissibilità prima delle apertura delle offerte. Violazione e falsa applicazione dell'art. 91 del DPR 554/1999. Violazione e falsa applicazione del principio di segretezza delle offerte e di immediatezza della valutazione delle offerte tecniche. Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara: svariati profili di cui all'articolo 5 del disciplinare. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione. Violazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione. Eccesso di potere e sviamento.

6° - Violazione, falsa e mancata applicazione di quanto disposto dall'art. 84 del d.lgs.163/2006, sotto molteplici profili. Eccesso di

potere per violazione e falsa applicazione dei principi generali in materia di nomina delle Commissioni di gara. Violazione e falsa applicazione dei principi generali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa. Violazione dei principi che impongono una specifica competenza ed esperienza in capo ai commissari di gara. Eccesso di potere per sviamento, illogicità ed irragionevolezza manifesta. Violazione e falsa applicazione dell'art.3 della L.241/1990.

7° - Violazione e mancata applicazione da parte della Commissione di gara della *lex specialis* di gara - sotto svariati profili e fasi di procedura - con particolare riferimento alla procedura indicata nell'art. 5 del disciplinare di gara (cfr. pag. 23) che regola la procedura di aggiudicazione. Sviamento di potere. Eccesso di potere per irrazionalità ed illogicità manifesta. Violazione e falsa applicazione dell'art.97 Costituzione. Violazione e mancata applicazione dei principi di ragionevolezza, efficienza, efficacia nonché del buon andamento dell'azione amministrativa. Violazione del principio del giusto e celere procedimento, del principio di continuità di gara .

8° - Violazione e mancata applicazione del corretto procedimento di valutazione delle offerte da parte della Commissione di gara così come prescritto dall'art. 5 del disciplinare di gara. Sviamento di potere. Eccesso di potere per irrazionalità ed illogicità manifesta. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Costituzione. Violazione e mancata applicazione dei principi di ragionevolezza, efficienza, efficacia nonché del buon andamento dell'azione amministrativa. Violazione del principio del giusto procedimento.

9° - Violazione e mancata applicazione da parte della Commissione di gara della *lex specialis* di gara, sotto svariati profili e fasi di procedura; violazione dei principi sulla conservazione delle offerte, con particolare riferimento alle modalità di conservazione dei plichi e delle offerte degli operatori economici nelle more della procedura di gara anche alla luce della durata della procedura concorsuale e dei ripetuti cambi di sedi amministrative ove venivano tenute le sedute di gara, ed alla luce dello stesso trasferimento della sede amministrativa della stazione appaltante. Sviamento di potere. Eccesso di potere per irrazionalità ed illogicità manifesta. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Costituzione. Violazione e mancata applicazione dei principi di ragionevolezza, efficienza, efficacia nonché del buon andamento dell'azione amministrativa. Violazione del principio del giusto procedimento.

3. – Si è costituita in giudizio la società ABBANOVA S.p.A., chiedendo che il ricorso sia respinto, in quanto in parte inammissibile e in parte infondato.

4. – Per resistere in giudizio si è costituita anche la controinteressata I.B.I. S.p.A. , concludendo per il rigetto del ricorso.

5. – All'udienza del 12 gennaio 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

6. - Con il primo motivo, la ricorrente censura l'operato della Commissione che avrebbe errato nel valutare la propria offerta tecnica nei tre lotti cui la stessa ha partecipato, assegnandole sovente un punteggio pari a zero, corrispondente ad una valutazione di

“inadeguato”.

6.1. - Il motivo, in parte affetto da genericità, è complessivamente infondato.

E' generico nella parte in cui non si preoccupa di contestare specificatamente le motivazioni che la commissione ha espresso in sede di valutazione dei diversi elementi delle offerte tecniche e di attribuzione dei punteggi (cfr. da pag. 26 a pag. 29 del ricorso, nelle quali genericamente si lamenta una valutazione inadeguata, senza allegare alcun dato di riscontro o contestare le ragioni della commissione). Poiché il sindacato di legittimità del giudice amministrativo, su valutazioni tecniche opinabili quali quelle in questione, si appunta, in prima battuta, sulla manifesta irrazionalità, illogicità o contraddittorietà della motivazione o del procedimento valutativo utilizzato, il mancato assolvimento all'onere di parte ricorrente di dedurre censure specifiche in tal senso, comporta la (parziale) inammissibilità del motivo.

6.2. - Laddove le doglianze in esame acquistano una certa rilevanza e concretezza, le stesse debbono ritenersi infondate. La ricorrente, infatti, lamenta (pag. 30 del ricorso) la disparità di trattamento tra la sua offerta e quella di altre imprese concorrenti, quanto alla valutazione dell'elemento A1 (*“.. ottimizzazione ed efficientamento energetico ai fini di ottenere un minor consumo negli impianti di depurazione ...”*), posto che la IFRAS ha previsto di ottenere una percentuale di risparmio energetico maggiore rispetto alle altre. Tuttavia, come emerge dai verbali di gara, la commissione si esprime in termini sufficientemente

chiari sul perché abbia attribuito alla offerta IFRAS un punteggio pari a zero per l'elemento in questione. Si veda quanto riportato nei verbali della decima e undicesima seduta riservata (7 e 8 giugno 2010), versati in atti, con riguardo ai lotti 2 e 3.S: sostiene la commissione che *«l'approccio è limitato e non basato su valutazioni credibili. E' assente una analisi di verifica dell'esistente che rende la proposta inadeguata e incompleta»* (rispettivamente pag. 17 e pag. 5 dei verbali richiamati). Con ciò, in definitiva, contestando la validità del risultato indicato dalla ricorrente in termini di risparmio energetico.

7. - Anche il secondo e terzo motivo sono infondati.

7.1. - Il secondo, perché il mancato esercizio del potere di autotutela, a seguito del preavviso di ricorso di cui all'art. 243 bis del codice dei contratti pubblici, non opera come vizio di legittimità ma, se ricorrono le condizioni, può essere considerato sul piano della disciplina delle spese giudiziali e del risarcimento del danno.

7.2. - Il terzo, perché il termine procedimentale di sospensione della stipula del contratto (clausola di *standstill* di cui all'art. 11 del codice dei contratti pubblici) ha, con ogni evidenza, diversa natura giuridica rispetto ai termini processuali cui è applicabile la disciplina della sospensione feriale dettata dalla legge n. 742/1969.

8. – Con il quarto motivo si passa ai motivi dedotti in via subordinata, finalizzati a travolgere l'intera gara. Sostiene la ricorrente che l'insieme delle regole dettate dal bando e dal disciplinare per la valutazione dell'offerta tecnica dei concorrenti avrebbero determinato un illegittimo privilegio in capo ai soggetti precedenti gestori del servizio

oggetto di gara. La ricorrente, infatti, afferma che i criteri di valutazione individuati dalla stazione appaltante potevano avere l'effetto di distorcere la concorrenza e alterare la par condicio tra i partecipanti, visto che quegli elementi erano conosciuti dai precedenti gestori.

La censura tuttavia appare in primo luogo, generica perché non precisa gli elementi che avrebbero determinato la disparità di trattamento. E, mantenuta ad un tale livello di genericità, è anche illogica e in contrasto con la disciplina vigente in tema di partecipazione alle gare pubbliche, perché il suo coerente sviluppo porterebbe inevitabilmente alla esclusione dalle gare dei soggetti precedenti gestori del servizio.

In secondo luogo, per dare concretezza al gravame occorrerebbe dimostrare che la ricorrente non è stata messa in condizione di conoscere tutti gli elementi tecnici, relativi agli impianti da gestire, al pari degli attuali gestori. Ma tale dimostrazione non viene data nel ricorso in esame.

Il motivo è, conseguentemente, da respingere.

9. - Con il quinto motivo, la ricorrente si lamenta delle modalità di svolgimento delle operazioni di gara da parte della Commissione, poiché questa ha proceduto alla apertura contestuale della busta contenente la documentazione amministrativa e di quella contenente l'offerta tecnica.

Anche questa censura è priva di pregio, sia perché non sussistono controindicazioni a procedere nel modo descritto (al contrario di

quanto accade, come noto, nell'ipotesi di apertura delle offerte economiche prima o contestualmente alla valutazione delle offerte tecniche, in cui è posta in pericolo l'imparzialità delle valutazioni tecniche), ferma restando la necessità di procedere in seduta riservata per la valutazione e la conseguente attribuzione dei punteggi per le offerte tecniche (mentre, è opportuno ricordare, la fase di apertura delle buste contenenti le offerte tecniche e la collazione dei documenti o elaborati in essa contenuti, deve essere effettuata in forma pubblica: cfr. T.A.R. Sardegna, sez. I, n. 1487/2010). Sia perché, dall'esame congiunto dei verbali della sedute di gara svoltesi il 17 e 18 maggio 2010, emerge come l'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa abbia comunque preceduto l'apertura delle buste delle offerte tecniche.

10. – Con il sesto motivo, denunciando la violazione dell'art. 84, commi 3 e 4, del codice dei contratti pubblici, la IFRAS contesta la legittimità della nomina della commissione aggiudicatrice, con riferimento a due commissari: il dr. Deidda, dirigente del settore politiche ambientale per Abbanoa; il geom. Marroccu, funzionario Abbanoa incaricato di funzioni apicali, in quanto avrebbero svolto attività relative agli affidamenti oggetto della gara. Inoltre, con riferimento alla posizione del geom. Marroccu, si deduce la mancata motivazione della carenza in organico di personale con qualifiche idonee; nonché, la violazione dell'art. 51 c.p.c. per la sua mancata astensione in ragione dei rapporti di parentela con “un soggetto inserito stabilmente nella organizzazione aziendale” dell'operatore

economico che si è visto aggiudicare diversi lotti della gara.

Inoltre, mancherebbe nei due componenti la qualifica di esperti nel settore oggetto dell'appalto.

10.1. - Il motivo non coglie nel segno.

10.2. - In primo luogo, l'art. 84, comma 4, cit., (*«I commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto nè possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta»*) richiede uno stretto rapporto tra lo svolgimento dell'attività e il procedimento di gara, mentre nel caso di specie la censura si limita a avanzare dei dubbi basati esclusivamente sul ruolo dirigenziale del dr. Deidda ovvero «su un aspetto della conduzione degli impianti di depurazione» effettuata dal geom. Marroccu, senza, tuttavia, addentrarsi ad allegare ulteriori e più specifici elementi. Ciò che invece era necessario, alla luce del disposto dell'art. 84 cit..

10.3. - Anche con riguardo alla sussistenza delle cause di astensione di cui all'art. 51 c.p.c., si deve rilevare come la circostanza allegata non rientri tra quelle che integrano l'obbligo di astenersi. Mentre quanto alla opportunità di astenersi, considerato che deve trattarsi di “gravi ragioni di convenienza”, a dimostrarne l'esistenza non sembrano sufficienti nè la indicazione di un non meglio precisato rapporto di parentela; né il riferimento ad una posizione nell'organizzazione aziendale del concorrente di cui, peraltro, non si specificano la natura e le funzioni.

10.4. - E' infondata anche la dedotta violazione dell'art. 84, comma 3, posto che la motivazione in ordine alla carenza di organico è

necessaria solo quando si tratti di scegliere i commissari esterni, ossia non selezionati tra i funzionari della stazione appaltante (cfr. comma 8 dell'art.84); oppure il presidente.

10.5. - Infine, non può essere apprezzata favorevolmente nemmeno la asserita mancanza di competenza tecnica nei componenti dei commissari, considerato che si tratta di tre dirigenti o funzionari che occupano posizioni apicali nell'amministrazione appaltante.

11. - Il settimo motivo prende di mira le operazioni della commissione nella fase di apertura delle buste e contesta, altresì, la tempistica delle operazioni. La prima censura è stata già esaminata (sub quinto motivo); l'altra è manifestamente generica.

12. - Con l'ottavo motivo, la ricorrente denuncia l'adozione, da parte della commissione, di una valutazione comparativa tra le offerte tecniche, prima della attribuzione del punteggio, con violazione di quanto previsto dall'art. 5 del capitolato. Tuttavia, in senso contrario va rilevato che nel sistema della individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa non è preclusa una comparazione tra le offerte da valutare, purchè la attribuzione dei punteggi per ciascuno degli elementi tecnici considerati sia conforme alla previsione del bando (che costituisce, attualmente, dopo le modifiche apportate all'articolo 83 del codice dei contratti, l'unica sede legittimata a tale operazione).

13. - Con l'ultimo motivo, la ricorrente contesta le modalità di conservazione della documentazione di gara, in particolare di quella appartenente alle offerte tecniche.

Secondo la costante giurisprudenza «La commissione di gara deve predisporre particolari cautele a tutela dell'integrità e della conservazione delle buste contenenti le offerte, di cui deve farsi menzione nel verbale di gara, e tale tutela deve essere assicurata in astratto e a prescindere dalla mancata dimostrazione della effettiva manomissione dei plichi ...» (Cons. St., sez. V, 21 maggio 2010, n. 3203; nello stesso senso anche la giurisprudenza citata da parte ricorrente). Nel verbale della prima seduta di gara (17 maggio 2010), la commissione, dopo aver provveduto all'esame di una parte della documentazione amministrativa degli offerenti, dispone di «custodire in apposita stanza interna senza finestre sita al primo piano dello stabile, i plichi contenenti la documentazione già esaminata, le buste chiuse e sigillate contenenti le offerte economiche ed i rimanenti plichi chiusi e sigillati contenenti la documentazione amministrativa, la documentazione tecnica e le offerte economiche». Nei verbali successivi (cfr. quelli del 18 e 19 maggio 2010) le modalità adottate sono state quelle dell'utilizzo di «contenitori sigillati» ovvero della custodia «in apposito armadio chiuso a chiave» (così anche nelle sedute successive: cfr. verbali versati in atti).

Una valutazione del tutto astratta delle esigenze di sicurezza legate alla conservazione della documentazione di gara, porterebbe a ritenere insufficienti anche le misure prospettate dalla ricorrente come necessarie. Si deve, pertanto, utilizzare un parametro secondo buona fede, per cui la scelta delle concrete misure da assumere è sostanzialmente rimessa alla discrezionalità della Stazione appaltante

la quale, tuttavia, a prova e a testimonianza dell'avvenuto adempimento del prescritto onere, deve espressamente menzionare nei verbali di gara le specifiche modalità di conservazione assunte. Onere che nel caso di specie è stato adempiuto.

14. - Il ricorso, in conclusione, deve essere rigettato.

15. - La disciplina delle spese giudiziali segue la soccombenza, nei termini indicati in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese giudiziali a favore di Abbanoa S.p.A. e di Idrotecnica S.r.l., che si liquidano in euro 2.500,00 (duemilacinquecento) per ciascuna.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Aldo Ravalli, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Giorgio Manca, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/03/2011

IL SEGRETARIO

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