



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 1151 del 2010, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:
Stocchi Giampiero e C Sas, rappresentata e difesa dall'avv. Alberto Spanu, con
domicilio eletto presso Francesco Scifo in Cagliari, via della Pineta n. 109;

contro

Ministero dell'Interno, Comando Provinciale Vigili del Fuoco Nuoro, rappresentati
e difesi dall'Avvocatura Dello Stato, domiciliata per legge in Cagliari, via Dante n.
23;

nei confronti di

Mast Soc Cons Arl, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Vecchione, con
domicilio eletto presso Francesco Mascia in Cagliari, via Rossini n. 44;

per l'annullamento

- dell'invito prot. 8346 del 21.7.2010 emesso dal Comando Provinciale dei Vigili
del Fuoco di Nuoro a concorrere alla gara d'appalto per il servizio di pulizia della

sede centrale e distaccamenti per il periodo 1.01.2011 - 31.12.2013 e del bando di gara pubblicato sulla G.U. n. 62 del 31.05.2010,

- dei verbali n. 19 del 9.9.2010, del 15.09.2010, n. 22 del 30.9.2010, n. 23 del 6.10.2010, n. 24 del 19.10.2010 della Commissione Giudicatrice ed eventuali allegati;

- della comunicazione di aggiudicazione definitiva in favore della ditta MAST Soc. Cons. arl del 28.10.2010;

- della comunicazione del 10.11.2010 emessa dal Comandante Provinciale dei Vigili del Fuoco di diniego accesso agli atti;

- nonché di qualsiasi altro atto presupposto, conseguente o connesso.

e con i motivi aggiunti depositati il 22.02.2011:

- del prospetto allegato al verbale della seduta riservata del 15.9.2010.

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

visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno, del Comando Provinciale Vigili del Fuoco Nuoro e di Mast Soc. Cons. a.r.l.;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 giugno 2011 il dott. Gianluca Rovelli e uditi l'avvocato Spanu per la ricorrente, l'avvocato dello Stato Tenaglia per l'Amministrazione e l'avvocato Mascia su delega dell'avvocato Vecchione per la controinteressata.

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente partecipava alla gara indetta dal Comando provinciale dei vigili del fuoco di Nuoro per l'aggiudicazione dell'appalto del servizio di pulizia della sede centrale e dei dipendenti distaccamenti per il periodo 01.01.2011 – 31.12.2013.

La gara veniva aggiudicata alla ditta Mast a.r.l.

Avverso gli atti in epigrafe indicati insorgeva la ricorrente deducendo le seguenti articolate censure:

1) violazione degli artt. 22 e 24 comma 7 della L. 241 del 1990, eccesso di potere per sviamento e travisamento dei presupposti, difetto di motivazione, violazione dell'art. 3 della L. 241 del 1990;

2) violazione dell'art. 83 del d.lgs. 163 del 2006, eccesso di potere per violazione e/o falsa applicazione della lettera di invito, eccesso di potere per sviamento e travisamento dei presupposti, difetto di motivazione, violazione dell'art. 3 della L. 241 del 1990.

Concludeva per l'accoglimento del ricorso con conseguente annullamento degli atti impugnati.

Domandava altresì l'accertamento della illegittimità del diniego all'accesso agli atti relativamente alla richiesta presentata all'Amministrazione il 19.10.2010 e volta ad ottenere copia dei verbali di gara, delle relazioni tecniche dei partecipanti e copia delle diverse offerte.

Si costituiva l'Amministrazione intimata chiedendo il rigetto del ricorso.

Si costituiva altresì la Mast arl contestando puntualmente le argomentazioni della ricorrente e chiedendo il rigetto del ricorso.

In data 22 febbraio 2011 la ricorrente depositava atto di motivi aggiunti con i quali impugnava il verbale della seduta riservata del 15 settembre 2010 nonché l'allegato al medesimo.

Queste le censure dedotte:

violazione dell'art. 83 del d.lgs. 163 del 2006, eccesso di potere per violazione e/o falsa applicazione della lettera di invito, eccesso di potere per sviamento e travisamento dei presupposti, difetto di motivazione, violazione dell'art. 3 della L. 241 del 1990.

In data 10 gennaio 2011 e 5 marzo 2011 la controinteressata depositava memorie difensive.

In data 7 marzo 2011 l'Amministrazione depositava memoria difensiva.

Il 4 maggio 2011 la ditta Stocchi depositava memoria difensiva.

Il 19 maggio 2011 la Mast a.r.l. depositava memoria difensiva.

L'Amministrazione depositava altra memoria difensiva in data 23 maggio 2011.

Alla udienza pubblica dell'8.06.2011 il ricorso veniva trattenuto per la decisione.

DIRITTO

I. La controversia all'attenzione del Collegio si incentra tutta su un unico punto.

La ricorrente afferma che per la valutazione del Progetto di gestione, con previsione per il medesimo, di un punteggio massimo sino a 40 punti, sono stati previsti tre criteri (metodologie tecnico operative; sicurezza e tipo di macchine; sistema organizzativo di fornitura del servizio) attribuendo a ciascuno di essi, rispettivamente, un massimo di 16 punti, di 14 punti, di 10 punti.

Per ciascuno dei detti criteri sono stati previsti diversi sub criteri (piano operativo di lavoro, monitoraggio del servizio, eventuali migliorie, prodotti ed attrezzature, sicurezza dei lavoratori, garanzia di sostituzione in caso di assenza per qualunque causa, formazione del personale) ai quali invece non è stato assegnato alcun punteggio.

Con l'atto di motivi aggiunti la ricorrente, dopo avere esaminato il verbale del 15 settembre 2010 rileva che la Commissione giudicatrice ha formato un prospetto (allegato allo stesso verbale) in cui si legge che:

al sub criterio "piano operativo di lavoro" è stato attribuito un sub punteggio massimo di 11 punti;

al sub criterio "monitoraggio del servizio" è stato attribuito un sub punteggio massimo di 3 punti;

al sub criterio “eventuali migliorie” è stato attribuito un sub punteggio massimo di 2 punti;

al sub criterio “prodotti e attrezzature” è stato attribuito un sub punteggio massimo di 4 punti;

al sub criterio “sicurezza dei lavoratori” è stato attribuito un sub punteggio massimo di 10 punti;

al sub criterio “garanzia di sostituzione” in caso di assenza per qualunque causa è stato attribuito un sub punteggio massimo di 7 punti;

al sub criterio “formazione del personale” è stato attribuito un sub punteggio massimo di 3 punti.

Tutto ciò, nonostante che nella lettera di invito o nel bando, nessun punteggio fosse attribuito ai suddetti sub criteri.

Vi sarebbe, quindi, una violazione dell’art. 83 comma 4 del d.lgs. 163 del 2006 poiché la Commissione ha provveduto ad ovviare alle carenze del bando fissando i sub punteggi da attribuire ai sub criteri senza peraltro dare ragione del suo operato.

II. Preliminarmente va rilevata l’infondatezza dell’eccezione proposta dall’Amministrazione e dalla controinteressata volta ad ottenere la pronuncia di irricevibilità del ricorso in quanto tardivo.

Tale tardività non sussiste per le ragioni che si vanno di seguito ad esporre.

Il ricorso è stato portato alla notifica il 9 dicembre 2010. La comunicazione della aggiudicazione definitiva è stata portata a conoscenza della ricorrente in data 2 novembre 2010.

Questa Sezione ha già avuto modo di affermare che nel sistema previsto dal codice dei contratti e dal codice del processo amministrativo il termine di impugnazione degli atti di una gara pubblica decorre dal momento in cui la società partecipante ha avuto conoscenza del provvedimento di aggiudicazione definitiva, che è l’atto con il quale naturalmente si conclude la fase concorsuale.

Il dimezzamento dei termini per proporre ricorso previsto dal Codice del processo amministrativo non ha diminuito gli oneri di diligenza a carico delle imprese partecipanti. E' quindi perfettamente attuale quella giurisprudenza che afferma che se il provvedimento lesivo, da cui decorrono i termini per l'impugnazione, è quello di aggiudicazione definitiva, ne consegue che nelle ipotesi in cui la piena conoscenza dello stesso avvenga mediante la ricezione della comunicazione individuale di cui all'art. 79, d.lgs. n. 163 del 2006, è a tale comunicazione che deve farsi riferimento ai fini della proposizione dell'azione impugnatoria, posto che essa contiene gli elementi essenziali della decisione e del suo contenuto lesivo, potendo la conoscenza di ulteriori atti della procedura consentire la proposizione di eventuali motivi aggiunti. Conseguentemente, al di là di inutili formalismi inerenti la qualificazione degli atti, è ammissibile e doverosa l'impugnazione del provvedimento di comunicazione individuale dell'avvenuta aggiudicazione della gara, dovendo l'azione impugnatoria intendersi riferita al contenuto sostanziale della decisione di cui si dà notizia, e cioè all'aggiudicazione definitiva di cui parte ricorrente si duole, anche nella considerazione della mancata conoscenza di ulteriori e diversi provvedimenti (T.a.r. Sardegna, sez. I, 10 maggio 2011 n. 464).

Questa Sezione, però, ha così deciso con riferimento ad una fattispecie nella quale la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva conteneva tutti gli elementi previsti dall'art. 79 del d.lgs. 163 del 2006.

Va pertanto affermato, conformemente a recente condivisibile giurisprudenza (Consiglio Stato , sez. IV, 03 maggio 2011 , n. 2646) che nelle gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici, la comunicazione dell'aggiudicazione non può rappresentare uno strumento idoneo a determinare la piena conoscenza ed a fare quindi decorrere il termine per l'impugnazione nel caso in cui non rechi la compiuta indicazione di tutti gli elementi richiesti dall'art. 79 del codice dei contratti pubblici; in particolare, la comunicazione, ai fini della decorrenza del

termine di impugnazione, non può limitarsi ad indicare l'aggiudicatario e l'importo, ma deve indispensabilmente contenere anche gli elementi connotanti l'offerta prescelta.

Nel caso sottoposto all'attenzione del Collegio, la comunicazione di aggiudicazione definitiva prot. 12301 del 28.10.2010 non conteneva gli elementi previsti dall'art. 79 comma 5 bis del d.lgs. 163 del 2006 che recita:

“le comunicazioni di cui al comma 5 sono fatte per iscritto, con lettera raccomandata con avviso di ricevimento o mediante notificazione o mediante posta elettronica certificata ovvero mediante fax, se l'utilizzo di quest'ultimo mezzo è espressamente autorizzato dal concorrente, al domicilio eletto o all'indirizzo di posta elettronica o al numero di fax indicato dal destinatario in sede di candidatura o di offerta. Nel caso di invio a mezzo posta o notificazione, dell'avvenuta spedizione è data contestualmente notizia al destinatario mediante fax o posta elettronica, anche non certificata, al numero di fax ovvero all'indirizzo di posta elettronica indicati in sede di candidatura o di offerta. La comunicazione è accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione contenente almeno gli elementi di cui al comma 2, lettera c), e fatta salva l'applicazione del comma 4; l'onere può essere assolto nei casi di cui al comma 5, lettere a), b), e b-bis), mediante l'invio dei verbali di gara, e, nel caso di cui al comma 5, lettera b-ter), mediante richiamo alla motivazione relativa al provvedimento di aggiudicazione definitiva, se già inviata. La comunicazione dell'aggiudicazione definitiva e quella della stipulazione, e la notizia della spedizione sono, rispettivamente, spedita e comunicata nello stesso giorno a tutti i destinatari, salva l'oggettiva impossibilità di rispettare tale contestualità a causa dell'elevato numero di destinatari, della difficoltà di reperimento degli indirizzi, dell'impossibilità di recapito della posta elettronica o del fax a taluno dei destinatari, o altro impedimento oggettivo e comprovato”.

La comunicazione inviata dall'Amministrazione, lungi dal contenere gli elementi sopra descritti, si limitava ad indicare il nominativo dell'aggiudicataria con una motivazione di stile così esplicitata: "capacità tecniche ed affidabilità".

Tale comunicazione non era idonea a far decorrere i termini per la sua impugnazione.

Non spetta miglior sorte all'eccezione proposta dalla controinteressata secondo cui il ricorso sarebbe tardivo in quanto la ricorrente avrebbe dovuto proporre le proprie censure direttamente avverso il bando di gara.

E' noto che le clausole del bando o della lettera di invito, che onerano l'interessato ad una immediata impugnazione, sono quelle che prescrivono requisiti di ammissione o di partecipazione alla gara, in riferimento sia a requisiti soggettivi che a situazioni di fatto, la carenza dei quali determina immediatamente l'effetto escludente, configurandosi il successivo atto di esclusione come meramente dichiarativo e ricognitivo di una lesione già prodotta. Al di fuori dei casi sopra citati ogni questione riguardante l'illegittimità della procedura di gara può e deve essere proposta unitamente agli atti che, delle clausole dimostrate lesive, fanno diretta applicazione (tali sono un eventuale provvedimento di esclusione, l'aggiudicazione del contratto o di altro provvedimento che segni comunque, per l'interessato, un arresto procedimentale), rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato.

In ordine poi alla "prova di resistenza" che la ricorrente non avrebbe fornito, il Collegio rileva che se è vero che in materia di valutazione dell'interesse a ricorrere in occasione di controversie aventi ad oggetto procedure per la scelta del contraente, non si può prescindere dalla verifica della c.d. prova di resistenza, con riferimento alla posizione della parte ricorrente rispetto alla procedura selettiva le cui operazioni sono prospettate come illegittime, con la conseguenza che va dichiarata inammissibile per carenza di interesse l'impugnazione dell'aggiudicazione

di una gara pubblica laddove, in esito ad una verifica a priori, non emerga che l'impresa ricorrente risulterebbe aggiudicataria in caso di accoglimento del ricorso, è altrettanto vero che tale principio patisce eccezione nella ipotesi della sussistenza di un interesse c.d. strumentale alla ripetizione dell'intera procedura concorsuale, che risulti inficiata da un vizio, che, in quanto riferito ai criteri di valutazione o alle regole che presiedono all'intera procedura, la renda illegittima nel suo complesso.

III. Il ricorso deve, pertanto, essere esaminato nel merito.

Esso è fondato.

L'art. 83 comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006 (Codice dei contratti pubblici), nel quadro di una progressiva limitazione della discrezionalità della commissione nella specificazione dei criteri, impone ora che il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto preveda, ove necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi.

La citata disposizione, in definitiva, nello stabilire che il bando di gara, per ciascun criterio di valutazione prescelto, può prevedere, ove necessario, sub-criteri e sub-pesi o sub-punteggi, ha effettuato una scelta che trova giustificazione nell'esigenza di garantire l'imparzialità delle valutazioni nella essenziale tutela della par condicio tra i concorrenti, i quali sono tutti messi in condizione di formulare un'offerta che consenta di concorrere effettivamente alla aggiudicazione della gara.

È fatto quindi divieto alla Commissione di gara di introdurre nuovi parametri di valutazione e i criteri e i sub-criteri, i quali devono essere resi noti ai concorrenti già prima della presentazione delle offerte, al fine di evitare il pericolo che la Commissione possa incidervi dopo aver conosciuto i partecipanti alla gara, salva la possibilità di effettuare meri chiarimenti o precisazioni nell'assegnazione dei punteggi. Non può, quindi la Commissione, come ha fatto nel caso di specie, stabilire essa stessa i punteggi da attribuire ai sub elementi perché la violazione di tale regola comporta da un lato, il pericolo di valutazioni arbitrarie, dall'altro l'

impossibilità per il concorrente di conoscere integralmente i criteri di valutazione nel momento in cui predispone l'offerta, che è uno degli obiettivi cui il legislatore del Codice ha tenuto in debito conto nell'escludere ogni facoltà della Commissione di gara di integrare la *lex specialis*.

Il ricorso è, in definitiva fondato e deve essere accolto.

IV. Deve invece essere dichiarata cessata la materia del contendere in ordine alla domanda volta ad ottenere l'annullamento del diniego di accesso agli atti posto che la stessa ricorrente ha ritenuto (pagina 16 dell'atto di motivi aggiunti) soddisfacente il deposito che, degli stessi, ha effettuato in giudizio la difesa erariale.

V. Le spese seguono la regola della soccombenza e vengono liquidate in dispositivo nei confronti dell'Amministrazione mentre possono essere compensate nei confronti della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Dichiara cessata la materia del contendere in ordine alla azione esercitata ai sensi dell'art. 116 del codice del processo amministrativo come da motivazione.

Condanna l'Amministrazione alle spese del presente giudizio in favore della ricorrente che liquida in € 2.000/00 (duemila/00) oltre I.V.A., C.P.A. e restituzione contributo unificato.

Compensa le spese nei confronti della controinteressata.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Maggio, Presidente FF

Grazia Flaim, Consigliere

Gianluca Rovelli, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/08/2011

IL SEGRETARIO

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