



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 11240 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Edil Alta Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Nardelli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Silvia Guicciardi in Roma, via Germanico, 146

contro

Acea Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Carlo Mirabile, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Borgognona, 47;

Acea Ato 2 Spa – Gruppo Acea Spa;

nei confronti di

Impec Costruzioni S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Abenavoli e Federico Liccardo, con domicilio eletto presso Massimo Frontoni in Roma, via Dardanelli, 13;

per l'annullamento

- della determinazione del Presidente di ACEA n. 115/A2 del 29 marzo 2010;
 - del contratto di appalto tra ACEA Spa e ATI IMPEC Costruzioni Spa, stipulato il 20 maggio 2010, registrato a Roma in data 11 giugno 2010;
 - della comunicazione di ACEA Spa prot. 1386 del 19 ottobre 2009, con la quale è stata comunicata l'esclusione dalla gara per procedura aperta per l'affidamento della progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori relativi all'adeguamento dell'impianto di depurazione "Scoppio", nel comune di Monterotondo (Rm) – Interventi urgenti;
 - di tutti i verbali di gara e in modo particolare del verbale di apertura plichi del 14 ottobre 2010 con il quale è stata decisa dalla Commissione giudicatrice l'esclusione della Edil Alta Srl;
 - dell'aggiudicazione provvisoria;
 - dell'aggiudicazione definitiva;
 - del bando di gara, in particolare dei punti 11, 17.1.2 e 17.2 lett. e);
 - del disciplinare di gara ed in particolare delle premesse laddove è prescritto che "il plico dovrà contenere quattro buste a loro volta sigillate, come di seguito specificato: - busta contenente la documentazione a corredo dell'offerta di cui al successivo punto 1", e dei punti 1 e 5 e, ove occorra, dell'allegato 1;
 - del capitolato speciale d'appalto ed in particolare al punto 5;
- della lettera di chiarimenti, in riscontro al quesito formulato dalla Edil Alta, pubblicata sul sito internet di ACEA in

data 25 settembre 2009, con la quale si indicavano le modalità di presentazione della garanzia prestazionale;

- ove occorra, dell'avviso di rettifica con il quale è stato prorogato il termine di presentazione delle offerte;

- di ogni ulteriore atto prodromico, connesso e consequenziale ancorché non conosciuto.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ACEA Spa e di Impec Costruzioni Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 novembre 2012 il dott. Roberto Caponigro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

ACEA, con bando pubblicato sulla G.U.R.I. serie speciale n. 89 del 31 luglio 2009, ha indetto la gara, procedura aperta n. 877, per un appalto integrato per l'affidamento della progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori relativi all'adeguamento dell'impianto di depurazione "Scoppio" nel Comune di Monterotondo (Rm).

La stazione appaltante, con l'impugnata nota del 19 ottobre 2009, ha comunicato alla ricorrente la non ammissione al concorso in quanto, in violazione alle prescrizioni contenute nel bando di gara, ha prodotto nel plico contenente i documenti amministrativi la documentazione relativa all'elemento n. 4 "Garanzia prestazionale del comparto a membrane facente parte dell'offerta tecnica".

In particolare, dal verbale del 14 ottobre 2009, emerge che l'impresa Edil Alta Srl non è stata ammessa al concorso in quanto, in violazione delle prescrizioni contenute nel bando di gara, ha prodotto, nel plico contenente i documenti amministrativi, la documentazione relativa all'elemento n. 4 "Garanzia prestazionale del comparto a membrane", facente parte dell'offerta tecnica. In tale verbale, è stato altresì evidenziato che "tale esclusione è disposta in virtù dei più generali principi di segretezza delle offerte e *par condicio* tra i concorrenti, che impongono di garantire alla futura Commissione giudicatrice di operare nella più assoluta imparzialità e senza condizionamento proveniente dalla conoscenza di informazioni di natura tecnica, in una fase antecedente all'apertura di tutti i plichi da sottoporre a valutazione".

Il ricorso introduttivo del giudizio è articolato nei seguenti motivi:

Violazione di legge. Violazione art. 97 Cost. Violazione art. 1 l. n. 241 del 1990. Violazione del principio di legalità, di legittimo affidamento, di proporzionalità, efficacia, efficienza, economicità, ragionevolezza. Violazione di legge. Violazione art. 3 l. n. 241 del 1990: difetto di motivazione; motivazione carente e perplessa. Violazione dei principi di proporzionalità e non aggravamento del procedimento e del favor participationis. Violazione artt. 2, 74 e 79 d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione direttiva CE 2004/18. Eccesso di potere per travisamento, illogicità, falsa presupposizione di fatto e di diritto, sviamento, difetto di istruttoria. Violazione del principio del favor participationis. Violazione della lex specialis di gara. Violazione e falsa applicazione della lex specialis in parte qua in relazione al punto 11 e 17.1.2 e 17.2 lett. e) del bando di gara e delle premesse ai punti 1 e 5 del disciplinare di gara e 5 del CSA.

La ricorrente, in osservanza di quanto dettato dalla stazione appaltante sia nella *lex specialis* che nei chiarimenti offerti, avrebbe inserito, tra la documentazione prodotta con la busta 1 (documentazione a corredo dell'offerta), un documento che, secondo la motivazione a base dell'esclusione, avrebbe dovuto essere inserito nella busta 2 (offerta tecnica), vale a dire l'impegno dell'assicurazione a prestare la "Garanzia prestazionale".

La ricorrente avrebbe prodotto tra i documenti amministrativi solo l'atto di fidejussione per la Garanzia prestazionale poiché il contratto, con le condizioni e i termini della garanzia medesima, è stato regolarmente inserito nella busta 2, contenente l'offerta tecnica, nel plico relativo all'elemento 4.

Le clausole del bando si sarebbero appalesate ambigue e lacunose, per cui sarebbe dovuta essere preferita un'interpretazione tale da favorire la massima partecipazione alla gara.

Il comportamento della ricorrente – che, nella busta 1, congiuntamente all'impegno di prestare la cauzione provvisoria ha prodotto anche l'impegno relativo alla garanzia prestazionale, mentre nella busta 4 ha inserito i termini contrattuali di tale garanzia – sarebbe stato determinato dalla adesione alle prescrizioni della *lex specialis* e dai chiarimenti offerti dalla stazione appaltante ovvero dall'ambigua, carente e contraddittoria predisposizione delle clausole della *lex specialis* di gara.

Violazione di legge. Violazione art. 97 Cost. Violazione art. 1 l. n. 241 del 1990. Violazione del principio di legalità, di legittimo affidamento, di proporzionalità, efficacia, efficienza, economicità, ragionevolezza. Violazione art. 3 l. n. 241 del 1990. Difetto di motivazione. Motivazione carente e perplessa. Violazione dei principi di proporzionalità e non aggravamento del procedimento e del favor participationis. Violazione artt. 2, 74 e 79 d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione direttiva CE 2004/18. Eccesso di potere per travisamento, illogicità, falsa presupposizione di fatto e di diritto, sviamento, difetto di istruttoria. Violazione del principio del favor participationis. Violazione della lex specialis di gara. Violazione e falsa applicazione della lex specialis in parte qua in relazione al punto 11 e 17.1.2 e 17.2 lett. e) del bando di gara e delle premesse ai punti 1 e 5 del disciplinare di gara e 5 del CSA.

La documentazione richiesta sarebbe stata prodotta nella sua interezza né quanto accaduto violerebbe la *par condicio* tra i concorrenti. La presunta irregolarità punita con l'esclusione non sarebbe stata così sanzionata da alcuna norma della *lex specialis*.

Pur non quantificando l'importo della garanzia prestazionale, da indicare nell'offerta economica, la stessa si sarebbe potuta dedurre esaminando l'offerta tecnica.

La ricorrente, acquisita copia del verbale inerente la sua esclusione, ha notificato un primo atto di motivi aggiunti, con cui sono stati riprodotti i motivi di impugnativa già dedotti con il ricorso introduttivo del giudizio ed è stato altresì dedotto che:

- l'esclusione, per il medesimo motivo, di altra impresa dimostrerebbe la circostanza che le clausole della *lex specialis* afferenti la garanzia prestazionale sarebbero state formulate in modo inesatto, ambiguo e lacunoso o che la stazione appaltante avrebbe falsamente applicato le stesse;
- il provvedimento di esclusione, richiamando semplicemente la violazione dei principi di segretezza e *par condicio* tra i concorrenti, ometterebbe di spiegare le ragioni per le quali tali principi sarebbero stati violati.

La ricorrente, venuta a conoscenza dell'aggiudicazione dell'appalto in favore della Impec Costruzioni Spa in ATI con Paolo De Luca Costruzioni Generale Srl e Siemens Spa, ha proposto un secondo atto di motivi aggiunti con il quale, nel riprodurre i precedenti motivi di impugnativa, ha altresì sostenuto che ACEA avrebbe omesso le prescritte comunicazioni circa la detta aggiudicazione.

In particolare, ha dedotto:

Violazione di legge. Violazione artt. 3 e 97 Cost. Violazione art. 1 e 21 octies l. n. 241 del 1990. Violazione del principio di legalità, di legittimo affidamento, di proporzionalità, efficacia, efficienza, economicità, ragionevolezza. Violazione art. 3 l. n. 241 del 1990. Difetto di motivazione. Motivazione carente e perplessa. Violazione dei principi di proporzionalità e non aggravamento del procedimento e del favor participationis. Violazione artt. 2, 10, 11, 65, 66, 74, 79, 84, 225 e 238 d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione direttiva CE 2004/18.

Eccesso di potere per travisamento, illogicità, falsa presupposizione di fatto e di diritto, sviamento, difetto di istruttoria. Violazione del principio del favor participationis. Violazione della lex specialis di gara. Violazione e falsa applicazione della lex specialis in parte qua in relazione al punto 11 e 17.1.2 e 17.2 lett. e) del bando di gara e delle premesse ai punti 1 e 5 del disciplinare di gara e 5 del CSA. Illegittimità derivata in relazione al provvedimento di aggiudicazione e dell'eventuale contratto di appalto.

La mancata comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione alla ricorrente costituirebbe un'anomalia procedimentale che ha di fatto celato le vicende di gara determinando la violazione dell'art. 79, co. 5, d.lgs. n. 163 del 2006 e compromettendo una efficace tutela giurisdizionale

La mancata comunicazione ex art. 79, co. 5, si ripercuoterebbe non solo sulla trasparenza e la legittimità del procedimento di aggiudicazione ma anche sulla validità dell'eventuale stipula del contratto d'appalto.

Nessuna specifica cautela nella custodia delle buste a salvaguardia dell'integrità dei plichi sarebbe stata predisposta dalla stazione appaltante né si conoscerebbero le generalità, il numero dei componenti della Commissione tecnica e l'atto di nomina di questi ultimi.

La procedura prevista dal disciplinare non sarebbe stata rispettata perché nella seduta pubblica di gara non sarebbero state aperte le buste contenenti le offerte tecniche.

La ricorrente, partecipando alla gara, con tutta probabilità, avrebbe potuto aggiudicarsi l'appalto.

Edil Alta Srl, una volta appreso che l'appalto è stato aggiudicato con la determinazione del Presidente di ACEA n. 115/A2 del 29 marzo 2010 e che è stato stipulato il contratto di appalto, ha proposto un ulteriore atto di motivi aggiunti prospettando le stesse censure già articolate con il ricorso introduttivo del giudizio ed i successivi motivi aggiunti.

ACEA Spa ha eccepito l'irricevibilità per tardività dei motivi aggiunti con cui è stata impugnata l'aggiudicazione definitiva nei confronti della controinteressata Impec Costruzioni Spa e la conseguente improcedibilità del ricorso introduttivo del giudizio con cui la ricorrente ha impugnato la sua esclusione dalla gara.

La stazione appaltante e la controinteressata, nel merito, hanno contestato la fondatezza delle censure dedotte concludendo per il rigetto del ricorso.

All'udienza pubblica del 14 novembre 2012, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Il ricorso introduttivo del giudizio, con cui Edil Alta Srl ha impugnato la sua esclusione dalla gara è infondato e va di conseguenza respinto.

La stazione appaltante, con l'impugnata nota del 19 ottobre 2009, ha comunicato alla ricorrente la non ammissione al concorso in quanto, in violazione alle prescrizioni contenute nel bando di gara, ha prodotto nel plico contenente i documenti amministrativi la documentazione relativa all'elemento n. 4 "Garanzia prestazionale del comparto a membrane facente parte dell'offerta tecnica".

In particolare, dal verbale del 14 ottobre 2009, emerge che l'impresa Edil Alta Srl non è stata ammessa in quanto, in violazione delle prescrizioni contenute nel bando di gara, ha prodotto, nel plico contenente i documenti amministrativi, la documentazione relativa all'elemento n. 4 "Garanzia prestazionale del comparto a membrane", facente parte dell'offerta tecnica. In tale verbale, è stato altresì evidenziato che "tale esclusione è disposta in virtù dei più generali principi di segretezza delle offerte e *par condicio* tra i concorrenti, che impongono di garantire alla futura Commissione giudicatrice di operare nella più assoluta imparzialità e senza condizionamento proveniente dalla conoscenza di informazioni di natura tecnica, in una fase antecedente all'apertura di tutti i plichi da sottoporre a valutazione".

Il punto 11 del bando di gara – oltre alla garanzia a corredo dell'offerta pari ad € 101.000,00, alla garanzia

definitiva ai sensi dell'art. 113 d.lgs. n. 163 del 2006 ed alla polizza assicurativa per danni di esecuzione e responsabilità civile verso terzi rispettivamente pari a € 2.000.000,00 e € 500.000,00 – ha previsto una “garanzia prestazionale del comparto membrane” di importo minimo pari ad € 90.000,00 e durata non inferiore a 36 mesi dalla data di ultimazione dei lavori, con la precisazione che l'importo minimo della polizza o della cauzione costituita avrebbe dovuto essere aumentato di € 2.500,00 per ciascun mese di garanzia aggiuntivo offerto in sede di gara.

Per tale “garanzia prestazionale del comparto a membrane”, il successivo art. 16, dedicato al criterio di aggiudicazione, ha stabilito l'attribuzione massima di 10 punti.

L'art. 5 del capitolato speciale d'appalto ha previsto inoltre che “a corredo della garanzia prestazionale, l'appaltatore dovrà costituire una cauzione o polizza fideiussoria di importo proporzionale alla durata della garanzia offerta in fase di gara, pari a euro 2.500,00 (duemilacinquecento) per ogni mese di garanzia offerto, con un minimo di euro 90.000,00 (novantamila)”.

Il punto 17.1.2 del bando di gara, relativo all'offerta tecnica, infine, ha disposto che, “pena l'esclusione dal concorso”, l'offerta tecnica avrebbe dovuto essere suddivisa in n. 3 plichi separati, ciascuno contenente la documentazione – adeguatamente sottoscritta – a supporto dei singoli elementi di valutazione dell'offerta tecnica riportati all'Allegato 1 del disciplinare di gara (Elemento n. 2, Elemento n. 3 ed Elemento n. 4) e, con riguardo all'Elemento n. 4 (garanzia prestazionale del comparto membrane), ha specificato che il concorrente avrebbe dovuto produrre adeguata documentazione dalla quale avrebbe dovuto emergere, oltre alla durata della garanzia offerta ai fini dell'assegnazione dei punteggi previsti, altresì i termini contrattuali della stessa. Tali plichi, adeguatamente sigillati, avrebbero dovuto recare le diciture “Elemento 2- Migliorie Impianto MBR; Elemento 3 – Migliore Servizio di Manutenzione; Elemento 4 – Garanzia Prestazionale” ed essere correttamente racchiusi a loro volta in un'unica busta, su cui avrebbe dovuto essere apposta la dicitura “Offerta Tecnica”.

La ricorrente, come da essa stessa evidenziato in sede di gravame, ha inserito tra la documentazione da produrre con la busta 1 l'impegno dell'assicurazione a prestare la “garanzia prestazionale”.

Di talché, l'operato della Commissione, che ha proceduto all'esclusione della ricorrente, si rivela del tutto corretto perché il richiamato punto 17.1.2 del bando ha previsto, a pena di esclusione, che la busta relativa all'offerta tecnica dovesse contenere la documentazione relativa anche all'Elemento n. 4, il che è avvenuto solo in parte, atteso che l'impegno dell'assicurazione a prestare la garanzia è stato inserito nella busta relativa alla documentazione amministrativa anziché in quella relativa all'offerta tecnica, con ciò anticipando indebitamente il contenuto di un elemento di tale offerta.

Inoltre, la conoscenza dell'importo della garanzia prestazionale, dalla quale, con un mero calcolo aritmetico, è possibile desumere la durata della stessa e, quindi, il punteggio attribuibile alla specifica voce, determina inevitabilmente la violazione del principio di segretezza delle offerte, oltre che quello di *par condicio* tra i concorrenti, in quanto è potenzialmente in grado di rivelare, in sede di apertura della busta relativa alla documentazione amministrativa, il punteggio da attribuire con riferimento alla specifica voce “garanzia prestazionale” dell'offerta tecnica.

Detta violazione è senz'altro idonea, anche in assenza di una specifica clausola di esclusione, a determinare la legittima (*rectius*: doverosa) estromissione dalla gara dell'impresa interessata.

Infatti, ai sensi dell'art. 46, co. 1 *bis*, aggiunto dall'art. 4 d.l. n. 70 del 2011, la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti, tra l'altro, in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o di altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

Di talché, la violazione del principio di segretezza delle offerte, nel caso di specie indubitabile, determina di per sé sola ed *ope legis* l'esclusione dell'operatore economico che ha commesso tale violazione.

A tali considerazioni segue altresì che:

- l'esclusione, per lo stesso motivo, di altra impresa non dimostra affatto l'inesattezza, l'ambiguità o la lacunosità delle clausole, le quali, invece, sono state redatte in modo chiaro e coerente;
- il provvedimento di esclusione è esaustivamente motivato e risulta evidente la ragione per la quale sono stati violati i principi di segretezza delle offerte di *e par condicio* tra i concorrenti.

Con riferimento alle altre doglianze che potrebbero riverberarsi sulla legittimità dell'atto di esclusione, occorre rilevare che sia la censura relativa all'assenza di specifiche cautele nella custodia delle buste a salvaguardia dell'integrità dei plichi sia quella relativa alla nomina e alla composizione della Commissione sia quella relativa all'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, in quanto dedotte con il secondo atto di motivi aggiunti, sono tardive.

L'infondatezza e la conseguente reiezione del ricorso con cui è stata impugnata l'esclusione della ricorrente determina l'inammissibilità per carenza di interesse dell'impugnativa avverso l'aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata e ciò consente di prescindere dall'esame della eccezione di irricevibilità dell'impugnazione stessa proposta dalla stazione appaltante.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e, liquidate complessivamente in € 5.000,00 (cinquemila/00), sono poste a carico della ricorrente ed a favore di ACEA Spa per € 3.000,00 (tremila/00) e della controinteressata per € 2.000,00 (duemila/00).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda Ter, respinge il ricorso in epigrafe.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio, liquidate complessivamente in € 5.000,00 (cinquemila/00), in favore, per € 3.000,00 (tremila/00), di ACEA Spa e, per € 2.000,00 (duemila/00), della controinteressata.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Maria Cristina Quiligotti, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/11/2012

IL SEGRETARIO

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

