



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Seconda Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4786 del 2012, proposto da:

Soc Athlon Costruzioni Cooperativa, rappresentato e difeso dagli avv. Francesco Pirocchi, Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2; Soc Cooperativa Cler, Soc Sogeim Srl, rappresentati e difesi dall'avv. Francesco Pirocchi, con domicilio eletto presso Francesco Pirocchi in Roma, largo T. Solera, 7/10;

contro

Provincia di Roma, rappresentato e difeso dagli avv. Giovanna De Maio, Massimiliano Sieni, con domicilio eletto presso Massimiliano Sieni in Roma, via 4 Novembre, 119/A;

nei confronti di

Soc Cogedil Costruzioni Generali Edilizie Srl, Ati Soc Demme Duemila Srl Go&Pro; Soc Ferranti Tommaso Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Elisabetta Rampelli, con domicilio eletto presso Elisabetta Rampelli in Roma, via Cicerone, 28;

per l'annullamento

del bando di gara per l'affidamento della manutenzione ordinaria mediante lavori di ripristino ed interventi a misura negli edifici scolastici di pertinenza provinciale zone est, nord, sud quinquennio 2011 - 2016 lotti da 1 a 12 (gara pa4-2010) - (art. 120 c.p.a.)

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia di Roma e di Soc Ferranti Tommaso Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 novembre 2012 il dott. Maria Laura Maddalena e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Le società ricorrenti, tutte partecipanti alla gara indetta dalla Provincia di Roma per l'affidamento di un appalto, della durata di cinque anni, per la manutenzione degli edifici scolastici di propria competenza, impugnano con il presente ricorso tutti gli atti di gara nonché tutti gli atti posti in essere dalla commissione di gara, con l'obbligo di rinnovare la gara e dichiarare l'inefficacia di eventuali contratti nel frattempo sottoscritti.

Esse espongono nell'atto di ricorso di aver avvertito la stazione appaltante, a mente dell'art. 243 bis codice dei contratti pubblici della loro intenzione di proporre ricorso, che è stato in effetti notificato alla Provincia il 7.6.2012.

Il ricorso è articolato in varie censure di violazione di legge ed eccesso di potere.

Solo la Provincia e la controinteressata Ferranti Tommaso s.r.l., aggiudicataria del lotto n. 1, si sono costituite ed hanno depositato memorie per eccepire l'inammissibilità del ricorso sotto vari profili e per chiederne comunque il rigetto nel merito.

All'udienza camerale del 28.6.2012, l'istanza cautelare è stata respinta.

Il Consiglio di Stato, con ordinanza cautelare del n. 3486/2012, invece, in riforma della ordinanza di questo Tar, ha accolto l'istanza cautelare e pertanto è stata sollecitamente fissata l'udienza di merito del ricorso.

All'odierna udienza, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Va preliminarmente esaminata la questione – rilevabile d'ufficio - della corretta instaurazione del contraddittorio. Infatti, l'appalto oggetto del presente giudizio era stato suddiviso in lotti. In particolare, secondo quanto emerge dagli atti di gara e dalla memoria della Provincia, la Athlon partecipava per il lotto n. 8, la Cler soc. coop per i lotti n. 1 e 8 e la Sogeim s.r.l. per il lotto n. 9.

Come si è anticipato nella parte in fatto, solo la controinteressata Ferranti Tommaso s.r.l., aggiudicataria del lotto n. 1, si è costituita.

La notifica alle altre due controinteressate aggiudicatrici dei lotti n. 8 (COGEDIL Costruzioni) e n. 9 (Go & PRO in ATI con DUEMME DUEMILA s.r.l.) invece non è andata a buon fine né esse si sono costituite in giudizio.

La mancanza della notifica ai controinteressati dei lotti n. 8 e 9 fa sì che non possano essere ritenuti ammissibili, in relazione a detti lotti, le doglianze proposte nel ricorso.

Infatti, secondo numerose pronunce di questo TAR, la suddivisione in lotti, con possibilità per le imprese interessate di partecipare ad un solo lotto e connessa autonoma aggiudicabilità dei lotti, consente di configurare gare autonome e distinte (cfr. TAR Lazio, sez. I, 14 settembre 2011, n. 7286 e TAR Lazio, Sez. I ter, sent. n. 35960/2010), che si concludono con distinti provvedimenti di aggiudicazione; pertanto – anche a voler ammettere in questi casi la presentazione di un ricorso collettivo, l'interesse ad agire di ciascun ricorrente va valutato in relazione alla singola gara cui egli ha partecipato e la notifica ad almeno uno dei contro interessati va effettuata in relazione all'aggiudicazione dei singoli lotti.

Applicando tali principi anche al caso di specie, deve affermarsi che, pur trattandosi di un'unica gara, il fatto che essa si componga di vari lotti, fa sì che per ciascuno di essi ci sia un controinteressato (l'aggiudicatario del singolo lotto) il quale doveva essere tempestivamente evocato in giudizio, non potendosi ritenere assolto l'onere del ricorrente alla instaurazione del contraddittorio con la mera notifica ad uno degli aggiudicatari di un altro lotto.

La questione avrebbe dovuto essere sottoposta alle parti ai sensi dell'art. 73 c.p.a., tuttavia il collegio ritiene di poter prescindere da tale adempimento in quanto – come si vedrà nel prosieguo – il ricorso è comunque inammissibile anche per altre ragioni e comunque nel merito infondato.

2. Il ricorso infatti nei confronti della soc. coop. Cler (per il lotto n. 1, in relazione al quale soltanto il contraddittorio si è – come si è detto - correttamente instaurato) e della soc. Sogeim (per il lotto n. 9) è anche inammissibile per mancata impugnazione del precedente provvedimento di esclusione, così come richiesto dalla

Provincia.

La Provincia ha rilevato nella sua memoria che le ricorrenti, titolari dell'interesse ad agire rispetto ai lotti in questione, non hanno tempestivamente impugnato il provvedimento di esclusione del 23.4.2012, prot. 62729, disposta nei loro confronti per il mancato superamento della soglia di 45 punti nella valutazione dell'offerta tecnica.

La Provincia, a riprova delle sue tesi, ha prodotto - in data 25 giugno 2012- come all. 10, la citata nota del 23.4.2012, che non è stata contestata dalla difesa delle ricorrenti.

Non vi è tuttavia prova in atti della comunicazione di tale nota alle ricorrenti né della data in cui essa sarebbe stata effettuata.

Non risulta nemmeno che la Cler soc. coop. O la Sogein fossero presenti alla seduta pubblica del 20 aprile 2012 nella quale si è proceduto alla aggiudicazione provvisoria e alla indicazione delle imprese escluse.

Risulta però che esse fossero a conoscenza quantomeno della aggiudicazione provvisoria, giacché presentavano in data 8 maggio 2012 avverso di essa preavviso di ricorso con annessa istanza di accesso ai documenti, e non può non essere rilevato che nello stesso atto contenente l'aggiudicazione provvisoria vi era anche l'indicazione delle imprese escluse.

Inoltre, proprio i verbali di gara allegati al ricorso (e concernenti l'aggiudicazione provvisoria del 20.4.2012 e le relative esclusioni) risultano essere stati trasmessi via fax dalla Cler soc. coop. in data 30.4.2012 (v. la dicitura sul margine alto dei fogli), pertanto deve presumersi almeno da questa data la Cler soc. coop. fosse a conoscenza della sua esclusione.

Infine, – come si è detto - la difesa delle ricorrenti non ha in alcun modo contestato l'eccezione di tardività prospettata dalla Provincia. Nella memoria depositata per l'udienza del 15.11.2012, infatti, le ricorrenti si sono soffermate a contestare le altre eccezioni di rito, ma non quella di tardività del ricorso per le due imprese escluse.

In questo quadro probatorio, deve ritenersi che benché in linea di principio l'onere della prova grava in capo a chi sostiene la tardività del gravame, l'eccezione deve tuttavia essere accolta in applicazione del principio di non contestazione, introdotto dall'art. 64, comma 2, c.p.a., nonché sulla base delle circostanze sopra riferite e della attestazione della data dell'invio via fax degli atti allegati al ricorso.

3. Vi è, inoltre, il problema della genericità del ricorso per mancata individuazione specifica degli atti impugnati, evidenziata dalla controinteressata Ferranti Tommaso s.r.l., con particolare riferimento alla mancata impugnazione espressa degli atti di esclusione.

Anche sotto questo profilo, l'eccezione va accolta.

Infatti, né nell'intestazione del ricorso né nel testo si a riferimento alcuno alla impugnazione dei provvedimenti di esclusione adottati nei confronti di due delle ricorrenti (CLER e SOGEIM), limitandosi alla generica impugnazione “della gara bandita dalla Provincia di Roma” e “degli atti posti in essere dalla Commissione di gara”. Peraltro, il ricorso nemmeno chiarisce che le due ricorrenti erano state escluse, limitandosi a dare loro la qualifica di imprese partecipanti e non vincitrici. Inoltre, nella esposizione in fatto del ricorso – come ha sottolineato la stessa difesa delle ricorrenti nella memoria del 30.10.2012, p. 4 – sono state menzionate unicamente le “aggiudicazioni di tutti e dodici i lotti” e non anche le esclusioni.

Solo in modo indiretto, nelle conclusioni, il ricorso nell'invocare, in via subordinata, l'accoglimento del motivo di ricorso concernente la riparametrazione, fa riferimento per la prima volta della necessità di includere “tutte quelle imprese per le quali l'offerta economica non era stata aperta per non aver raggiunto quota 45 come conseguenza di errate valutazioni di gara”, ma ancora una volta senza menzionare espressamente la situazione di due delle tre ricorrenti, come se si trattasse di un problema unicamente procedurale di correttezza dell'operato della

Commissione di gara. Peraltro, si noti che l'accoglimento del motivo concernente la riparametrazione (unico che in astratto potrebbe giovare alle ricorrenti escluse) è stato formulato in via meramente subordinata.

Si tratta ad avviso del collegio di allegazioni troppo generiche per poterne dedurre l'impugnazione anche dei provvedimenti di esclusione, in alcun modo individuati.

La giurisprudenza ha sempre affermato – anche se con riferimento alla formula di stile della impugnazione degli atti presupposti, consequenziali e connessi - che gli atti non espressamente menzionati e censurati non possono costituire oggetto del ricorso, stanti i fondamentali principi del processo amministrativo tesi a garantire il diritto di difesa ed il pieno contraddittorio tra le parti ai sensi dagli artt. 24 e 111, Cost., i quali impongono di assicurare a tutte le parti processuali l'effettiva possibilità di svolgere le proprie adeguate difese e, perciò, la necessità dell'esatta individuazione e dell'inequivoca indicazione dei provvedimenti impugnati, oltre che la conoscenza anche dei vizi di cui gli stessi sono affetti (ex multis Cons. Stato, III, 19 settembre 2011, n. 5259).

Tale principio non può non essere applicato anche al caso di specie, nel quale solo stati genericamente e complessivamente impugnati tutti atti della commissione di gara nonché la gara stesa nel suo complesso.

Non può non rilevarsi, infatti, che è solo con la memoria difensiva della Provincia per l'udienza del 28 giugno 2012 che si è finalmente chiarito, in fatto, che due delle tre ricorrenti erano state destinatarie di un provvedimento di esclusione, giacché dal ricorso questo dato non era – come si è detto - evincibile.

In questo quadro, la mera circostanza che nei verbali di aggiudicazione impugnati e allegati al ricorso vi fosse anche l'indicazione delle imprese escluse non può ritenersi sufficiente a sanare la lacunosa formulazione del ricorso nella specifica indicazione degli atti impugnati.

4. Peraltro, deve anche aggiungersi che non è stata offerta alcuna prova di resistenza in quanto non è stato allegato né provato che qualora fosse stata effettuata la riparametrazione, la soc. coop. Cler sarebbe stata ammessa alla procedura, anzi dalla consulenza di parte dell'ing. Coletta (che ha esaminato solo il lotto 1) risulta esattamente il contrario: nell'allegato n. 1 alla consulenza si legge infatti che il punteggio della Cler dopo la riparametrazione sarebbe comunque di 41,722 e dunque inferiore alla soglia di 45 punti.

Pertanto, in ogni caso la Cler non avrebbe comunque interesse all'esame delle doglianze concernenti la riparametrazione, al fine di contestare la propria esclusione.

Il ricorso, pertanto, deve essere dichiarato inammissibile in relazione a tutte e tre le ricorrenti, il che esime il collegio dall'esame delle restanti eccezioni di rito (concernenti la mancata impugnazione del disciplinare e l'inammissibilità del ricorso collettivo).

5. Per mere ragioni di completezza, si ritiene tuttavia opportuno esaminare anche i motivi di merito, che devono però ritenersi tutti infondati.

Occorre premettere che il ricorso è articolato in due macro-motivi (lett. A e lett. B), uno concernente lo svolgimento delle operazioni di gara e l'altro riguardante il mancato rispetto delle regole della riparametrazione. Quest'ultimo motivo è stato proposto solo in via subordinata.

Il primo macro motivo, si articola a sua volta in tre sub-motivi: i primi due concernenti l'obbligo delle commissioni giudicatrici di procedere all'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica di ciascun concorrente in seduta pubblica anziché in seduta riservata; il terzo sub-motivo, rubricato "violazione dell'art. 84 del d.lgs. 163/2006" con il quale le ricorrenti si dolgono del fatto che la Commissione di gara ha aperto (in seduta riservata) le buste dell'offerta tecnica e si è limitata a constatare la conformità materiale del contenuto alle regole di gara, poi trasmettendole ad un'altra Commissione, "alla quale ha lasciato il compito valutativo, limitandosi successivamente a far propri i giudizi di un 'soggetto' estraneo alla gara." (v. pag. 4 del ricorso).

Tale comportamento avrebbe violato l'art. 84 cod. contratti pubblici nella parte in cui esso attribuisce alla

Commissione di gara il compito valutativo che non è delegabile ad altra commissione.

6. Si ritiene opportuno cominciare dall'esame di quest'ultima censura in quanto di essa si è occupato il Consiglio di Stato in sede di appello sulla misura cautelare adottata da questo TAR e su di essa si sono spese in particolar modo le difese delle parti.

6.1. La lettera del ricorso, così come sopra riferita, intende indubitabilmente contestare l'operato della amministrazione sostenendo che sarebbero state affidate ad una ulteriore commissione rispetto alla commissione di gara le operazioni valutative dell'offerta tecnica.

Tale ricostruzione dei fatti, tuttavia, non ha trovato conferma negli atti di causa e sembra piuttosto il frutto di un fraintendimento terminologico dovuto forse ad una certa confusione circa l'uso delle espressioni: "commissione di gara", "seggio di gara" e "commissione giudicatrice" che si rinviene un po' in tutti gli atti processuali di questo giudizio.

Ciò che emerge dalla lettura del disciplinare, invece, è che vi è stata una ripartizione dei compiti tra il c.d. "seggio di gara" e la "commissione giudicatrice nominata ai sensi dell'art. 84 cod. contratti pubblici" (cfr. punto 9 del disciplinare), cosicché il seggio di gara ha proceduto alle operazioni preparatorie, di verifica e controllo non comportanti l'esercizio di attività valutativa, mentre la commissione giudicatrice ha effettuato le valutazioni dell'offerta tecnica.

Dunque, sebbene nell'uso comune la dizione "seggio di gara" sia intesa generalmente come sinonimo di "commissione di gara" o "commissione giudicatrice", nel caso di specie, il disciplinare ha denominato "commissione giudicatrice" solo quella costituita ai sensi dell'84 cod. contr. pubbl., attribuendole il compito di effettuare la valutazione dell'offerta tecnica, mentre ha affidato al seggio di gara, composto da dirigenti e funzionari della Provincia, le ulteriori operazioni di gara non comportanti valutazioni di natura tecnica.

Pertanto, non vi è stato alcun affidamento delle operazioni valutative ad un ulteriore organo diverso da quello costituito ai sensi dell'art. 84 del cod. contr. pubbl. – come si sostiene nel ricorso - ma anzi è avvenuto proprio il contrario in quanto è proprio a questa commissione, denominata di ripete "commissione giudicatrice ex art. 84 cod. contr. pubbl." che sono stati attribuiti i compiti valutativi dell'offerta tecnica.

Il disciplinare inoltre distingue anche le funzioni del seggio di gara da quelle dei Responsabili Unici del procedimento che nel caso in esame sono uno per i lotti 5, 6, 7, 8 e un altro per i restanti lotti.

In base al citato art. 9 del disciplinare, infatti, il seggio di gara procede:

- a verificare la correttezza formale delle offerte e della documentazione e alle eventuali esclusioni;
- a verificare che non vi siano offerte concorrenti di imprese in situazione di controllo e alle eventuali esclusioni;
- a verificare che i consorziati non abbiano presentato offerte concorrenti e alle relative eventuali esclusioni;
- alla verifica del possesso dei requisiti generali e speciali e alla esclusione delle imprese non in regola con il possesso dei requisiti richiesti;
- alla comunicazione di quanto avvenuto agli uffici della stazione appaltante, cui spetta l'escussione della cauzione.

Viceversa, la Commissione giudicatrice, nominata ai sensi dell'art. 84 cod. contr. pubbl. procede alla valutazione delle offerte tecniche e alla assegnazione dei punteggi.

Si procede poi alla assegnazione dei punteggi per l'offerta economica.

La verifica della congruità delle offerte è affidata invece al Responsabile Unico del procedimento e il seggio di gara, una volta conclusa la procedura di verifica dell'anomalia delle offerte, provvederà in seduta pubblica alla esclusione delle offerte anomale e alla aggiudicazione dell'appalto alla migliore offerta non anomala.

Si rileva, peraltro, che la Commissione giudicatrice è stata nominata con determinazione dirigenziale R.U. 2812 del

20.4.2011 (all. 9 della produzione della Provincia) e la sua composizione è rimasta invariata. I componenti del seggio di gara invece sono mutati nel corso della procedura in quanto – presumibilmente – vi sono stati avvicendamenti nei ruoli della Provincia e lo stesso deve dirsi per i responsabili unici del procedimento, uno dei quali è cambiato nel corso della procedura.

Dalla lettura del verbale di aggiudicazione provvisoria del 20.4.2012, in atti, risulta che – ultimate le procedure di valutazione delle offerte tecniche da parte della Commissione giudicatrice - il seggio di gara ha proceduto, in seduta pubblica, alla lettura dei punteggi assegnati dalla Commissione per le offerte tecniche (verbale n. 113 del 30.3.2012); il seggio di gara ha quindi dichiarato – per ogni lotto - le esclusioni delle imprese che non avevano raggiunto il punteggio minimo di 45/70 e ha ammesso alla apertura delle buste contenenti l'offerta economica le imprese che avevano ottenuto un punteggio superiore alla soglia di esclusione. Il seggio ha poi proceduto alla apertura di dette buste e alla attribuzione dei punteggi riferiti ai ribassi percentuali offerti. In base alla somma tra i punteggi ottenuti per l'offerta tecnica e per l'offerta economica è stata redatta la graduatoria ed è stato individuato l'aggiudicatario provvisorio per ciascun lotto.

Da quanto si è detto, dunque, risulta evidente che l'unico soggetto che ha effettuato la valutazione delle offerte tecniche è – come prescrive l'art. 84 del cod. contr. pubbl. – la commissione giudicatrice e nessuna ulteriore commissione è stata istituita a tali fini, come si sostiene nel ricorso, cosicché il motivo deve essere rigettato.

6.2. Nella memoria del 30.10.2012, la difesa delle ricorrenti nell'illustrare il predetto motivo di ricorso, lo ha inteso in senso più ampio rispetto a quanto aveva fatto il ricorso originario, introducendo per la prima volta la questione della violazione dell'art. 84 cod. contratti (e la violazione del disciplinare) sotto altro profilo rispetto a quello denunciato nel ricorso originario e cioè per avere il seggio di gara effettuato le valutazioni delle offerte economiche che dovrebbero essere anch'esse effettuate insieme alle offerte tecniche dalla sola commissione di cui all'art. 84 cit. Si tratta di un profilo di illegittimità del tutto diverso, anche se connesso, con quello originariamente fatto valere nel ricorso introduttivo, il quale lamentava – lo si ripete – che la valutazione delle offerte tecniche fosse stata effettuata da un'ulteriore commissione, tant'è che la Provincia, nella sua memoria, ha giustamente eccepito l'inammissibilità di tale estensione del petitum del ricorso, con conseguente irritualità ed inammissibilità del detto motivo di impugnazione.

La questione di merito sarebbe comunque se, nel caso di una aggiudicazione con il criterio dell'offerta più vantaggiosa, la commissione giudicatrice istituita ai sensi dell'art. 84 cod. contr. pubbl. debba anche necessariamente occuparsi della valutazione delle offerte economiche, ovvero se possa limitarsi alla valutazione delle offerte tecniche.

In sostanza, il quesito è come debba essere interpretato l'art. 84, comma 1, cod. contr. pubbl. laddove esso parla di “valutazione” demandata alla commissione giudicatrice, se cioè essa vada intesa come “valutazione” delle sole offerte tecniche o anche delle offerte economiche.

Occorre, per chiarezza, preliminarmente ricordare che costituisce principio consolidato in giurisprudenza quello per cui la separazione tra le fasi di valutazione dell'offerta tecnica e di quella economica, propria delle procedure di affidamento da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è finalizzato ad evitare che la commissione di gara sia influenzata nella valutazione dell'offerta tecnica dalla conoscenza di elementi dell'offerta economica. (Consiglio di Stato sez. V, 01 marzo 2012, n. 1196; v. anche Consiglio di Stato sez. V, 11 maggio 2012, n. 2734)

E' ugualmente principio indiscusso in giurisprudenza che la regola secondo la quale la commissione giudicatrice di procedure d'appalto pubblico, essendo collegio perfetto, deve operare con il plenum dei suoi componenti trova una deroga nei casi in cui essa svolge un'attività meramente preparatoria e istruttoria, dovendo invece essa

necessariamente operare come collegio perfetto quando è chiamata a fare scelte discrezionali, in ordine alle quali v'è l'esigenza che tutti i suoi componenti offrano il loro contributo ai fini di una corretta formazione della volontà dell'organo collegiale espressa da tutti i suoi componenti. (Consiglio Stato sez. III, 03 marzo 2011, n. 1368)

In caso di aggiudicazione mediante il criterio del prezzo più basso (art. 82 cod. contr. pubbl.) non vi è sicuramente necessità di costituire un'apposita commissione per la valutazione delle offerte tecniche, trattandosi di attività meramente automatica e vincolata.

In questo quadro, la giurisprudenza amministrativa si è interrogata sulla questione - simile rispetto a quella oggi in esame - della necessità o meno che fosse la commissione giudicatrice costituita ai sensi dell'art. 84 cit. ad occuparsi anche della valutazione dell'anomalia dell'offerta in caso di aggiudicazioni da effettuarsi con il criterio dell'offerta più vantaggiosa.

Gli orientamenti giurisprudenziali sul punto sono stati difformi.

La sentenza appunto menzionata dalla difesa delle ricorrenti a sostegno della sua tesi interpretativa (Consiglio di Stato sez. III, 15 luglio 2011, n. 4331) riguardava appunto tale aspetto della competenza circa la valutazione dell'anomalia dell'offerta e concludeva nel senso che non spettasse al responsabile del procedimento pronunciarsi sull'anomalia dell'offerta, trattandosi di valutazione spettante alla commissione aggiudicatrice.

La questione dell'individuazione del soggetto competente, nell'ambito di una gara di appalto, a procedere alla verifica di congruità delle offerte sospette di anomalia è stata rimessa dalla VI sezione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (ord. n. 5270 del 2012), la quale si è pronunciata con sentenza n. 36 del 2012.

La plenaria ha dapprima ricostruito il quadro giudico vigente a seguito delle modifiche apportate all'art. 88 del cod. contr. pubbl. col d.l. n. 78 del 2009, che ha introdotto nella norma il nuovo comma 1-bis, secondo cui: "...La stazione appaltante, ove lo ritenga opportuno, può istituire una commissione secondo i criteri stabiliti dal regolamento per esaminare le giustificazioni prodotte ..", e dell'entrata in vigore del regolamento 5.10.2010, n. 207. L'art. 121 del citato regolamento, infatti, ha previsto che il responsabile unico del procedimento possa - per quanto qui interessa - per le gare da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, o provvedere personalmente alla valutazione dell'anomalia dell'offerta ovvero delegare la commissione aggiudicatrice.

La Plenaria, pur non essendo al caso di specie applicabile per ragioni di diritto intertemporale, la normativa del regolamento, ha affermato comunque che a mente del modificato art. 88 dovesse trarsi il principio secondo cui spetta al responsabile del procedimento, ove non decida di avvalersi di una apposita commissione, il potere di provvedere alla valutazione della anomalia delle offerte, sia nel caso di aggiudicazioni da effettuarsi con il criterio del prezzo più basso che con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Tale soluzione interpretativa è, secondo la Plenaria, maggiormente coerente col ruolo del R.U.P. quale vero e proprio "motore" della procedura selettiva, e non in contraddizione con il tradizionale insegnamento che, con riferimento alle gare da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individua in capo alla commissione una sorta di "monopolio" delle valutazioni tecniche.

La Plenaria ha inoltre affermato (e il principio è particolarmente rilevante anche per la soluzione del quesito in esame) che "la commissione aggiudicatrice è come noto un organo straordinario, cui ai sensi dell'art. 84 sono devolute le valutazioni sulle offerte sul presupposto che, in considerazione del peso preponderante che in questo tipo di gare è attribuito alle offerte tecniche, si ravvisa la necessità che le predette valutazioni siano compiute da soggetti in possesso di più specifiche cognizioni e competenze in relazione all'oggetto dell'appalto. Non è però contestabile che la discrezionalità valutativa della commissione si espliciti in modo massimo nella fase di valutazione dell'offerta tecnica, laddove di regola l'attribuzione dei punteggi alle offerte economiche avviene sulla base di meccanismi matematici di tipo sostanzialmente automatico, con ovvio ridimensionamento dell'apporto

ritraibile dalle competenze di cui è in possesso la commissione.”

Prosegue poi la Plenaria: “alla stregua dell’art. 84 del Codice la commissione è chiamata – come già evidenziato – soprattutto a esprimere un giudizio sulla qualità dell’offerta, concentrando pertanto la propria attenzione soprattutto sugli elementi tecnici di essa, il giudizio di anomalia si concentra invece sull’offerta economica, e segnatamente su una o più voci di prezzo considerate non in linea con i valori di mercato o comunque con i prezzi ragionevolmente sostenibili; inoltre, mentre la valutazione delle offerte tecniche dei concorrenti è compiuta dalla commissione su base comparativa, dovendo i punteggi essere attribuiti attraverso la ponderazione di ciascun elemento dell’offerta come previsto dall’art. 83 del Codice, al contrario il giudizio di congruità o non congruità di un’offerta economica è formulato in assoluto, avendo riguardo all’affidabilità dei prezzi praticati ex se considerati.”

La sentenza n. 36/2012 quindi conclude dicendo che: “l’opzione interpretativa qui accolta risulta maggiormente in linea con la logica complessiva del sistema normativo in subiecta materia: è il giudizio sulla complessiva attendibilità dell’offerta economica meno agganciato a valutazioni di natura tecnico-scientifica e più direttamente connesso con scelte rimesse alla stazione appaltante, quale espressione di autonomia negoziale in ordine alla convenienza dell’offerta ed alla serietà e affidabilità del concorrente che dell’Amministrazione è destinato a divenire l’interlocutore contrattuale.”

Le affermazioni che si sono riportate sono di particolare importanza anche per la risoluzione della analoga questione di cui alla fattispecie in esame e inducono a ritenere che l’attività valutativa necessariamente rimessa alla commissione giudicatrice sia solo quella concernente le offerte tecniche.

In sostanza, applicando i principi desumibili dal sistema e ben delineati dalla sentenza della Plenaria in commento, pienamente condivisi da questo collegio, deve affermarsi che, nel caso di aggiudicazioni con l’offerta più vantaggiosa, alla commissione giudicatrice debba essere necessariamente demandata la valutazione delle offerte tecniche, in quanto si tratta di valutazioni comportanti margini di discrezionalità. Ciò non esclude però che nella propria autonomia organizzativa la stazione appaltante possa rimettere ad altri organi o al responsabile del procedimento operazioni prive di carattere valutativo, quale la apertura delle buste dell’offerta economica, l’attribuzione dei relativi punteggi in base ai ribassi, e quindi la formazione – all’esito dell’eventuale valutazione di anomalia delle offerte – della graduatoria finale. Anche questi passaggi della procedura di gara infatti, oltre ad essere privi di margini di discrezionalità, riguardano – come la verifica dell’anomalia dell’offerta – la convenienza e serietà dell’offerta.

Il collegio è consapevole che in una analoga questione (concernente la scelta della stazione appaltante di nominare due Commissioni, delle quali l’una ha proceduto all’esame della documentazione amministrativa, alla valutazione delle offerte economiche e alla redazione della graduatoria finale, mentre l’altra ha proceduto alla valutazione delle offerte tecniche) il Consiglio di Stato aveva sostenuto una tesi opposta, poi fatta propria anche da un’altra sezione di questo Tar (T.A.R. Roma Lazio sez. II, 20 novembre 2012, n. 9551).

In dette pronunce si è sostenuto infatti che “l’attività di valutazione della commissione giudicatrice non può che comprendere tutti gli aspetti inquadrabili in tale concetto (e quindi anche le valutazioni che possono conseguire dalla presentazione dell’offerta economica)”.

Si rileva tuttavia che le sentenze in questione, depositata prima della citata pronuncia della plenaria n. 36/2012, muovono da un lato dalla contrarietà alle prescrizioni della *lex specialis* – mentre nel caso di specie è proprio il bando ad aver previsto tali modalità operative per la valutazione delle offerte economiche – e inoltre si fondano sull’assunto – sconfessato poi dalla Plenaria – che così come le valutazioni sull’anomalia delle offerte debbano spettare necessariamente alla commissione giudicatrice allora anche le valutazioni dell’offerta economica debbano essere ad essa riservate.

In conclusione, anche sotto questo profilo, il ricorso non potrebbe comunque trovare accoglimento.

7. Si può a questo punto passare all'esame delle prime due censure concernenti la violazione del principio di pubblicità delle sedute nelle quali si è proceduto alla apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica.

Sostiene il difensore della ricorrente nel primo macromotivo, punti 1 e 2, che l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica doveva essere effettuata in seduta pubblica in base a quanto affermato dalla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con sent. n. 13 del 2011. Tale obbligo, inoltre, è stato sancito anche dal legislatore con D. legge 7.5.2012, n. 52 che all'art. 12 ha previsto l'obbligo di aprire in seduta pubblica i plichi contenenti l'offerta tecnica. La censura non può essere accolta.

Il collegio ritiene che dirimente nel caso di specie sia la sopravvenuta normativa di cui al d.l. n. 52 del 2012, così come convertito dalla l. 6 luglio 2012, n. 94.

Essa deve essere interpretata, come ha già sancito il TAR Umbria, nel senso che per i plichi aperti prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 52 del 2012, così come convertito dalla l. 6 luglio 2012, n. 94, la regola della pubblicità è cedevole, in assenza di specifica prescrizione della *lex specialis*. Infatti, il regime introdotto dalla richiamata disposizione appare inteso a realizzare una sorta di sanatoria dei procedimenti di gara nei quali l'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche si è svolta in seduta riservata, e che hanno dato origine ad impugnative giurisdizionali fondate sul precedente dell'Ad. plen. n. 13 del 2011. (T.A.R. Perugia Umbria sez. I, 11 luglio 2012, n. 274)

Nel caso di specie, l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica è avvenuta ben prima dell'entrata in vigore della citata normativa, posto che i lavori della commissione giudicatrice costituita ex art. 84 cod. contr. pubbl. sono iniziati in data 2.5.2011 e sono terminati in data 30.3.2012 (cfr. memoria della Provincia per l'udienza del 15.11.2012 p. 10, non contestata sul punto).

8. E' possibile dunque a questo punto passare ad esaminare la censura, proposta in via subordinata, concernente la mancata riparametrazione.

Si legge nel ricorso, motivo B ("Errata ed illegittima formulazione disciplinare di gara; nullità errata applicazione da parte della commissione di gara di norma del disciplinare; illegittimità contraddittoria nullità"), che il capo 7 del disciplinare di gara non prevede la riparametrazione, secondo la quale all'offerta tecnica che raggiunge la massima valutazione andrebbe attribuito il coefficiente 70 e alle altre offerte un punteggio ricavato da una proporzione lineare, in modo da garantire comunque il rispetto tra i criteri di valutazione, ovvero 30% per l'offerta economica e 70% per l'offerta tecnica.

La mancata applicazione del criterio della riparametrazione avrebbe provocato – secondo quanto affermato nella perizia di parte – che "imprese non ammesse dovevano essere ammesse, imprese aggiudicatrici non sarebbero state quelle individuate" (v. pag. 7 del ricorso).

Detta censura, come si è detto, se intesa al fine di consentire alle ricorrenti escluse di ottenere un punteggio tale da superare la soglia di sbarramento dei 45 punti per l'esame delle offerte economiche, sarebbe inammissibile per carenza di interesse in relazione alla posizione della ricorrente Cler soc. coop. poiché, come risulta dalla stessa perizia depositata dal ricorrente, nonostante l'eventuale riparametrazione essa non otterrebbe comunque il punteggio minimo di 45 punti, che legittima all'apertura delle buste dell'offerta economica.

Essa sarebbe inoltre ugualmente inammissibile per la SOGEIN per mancata allegazione della prova di resistenza (come si è detto la consulenza in atti ha effettuato la riparametrazione solo per il lotto n. 1).

Nella perizia di parte prodotta dalle ricorrenti e nelle successive memorie, tuttavia, le ricorrenti hanno prospettato la

doglianza come viziante della intera procedura di aggiudicazione in quanto l'applicazione della riparametrazione avrebbe consentito l'accesso alla fase di apertura delle offerte economiche ad un numero maggiore di imprese, cosicché non sarebbe possibile operare un apprezzamento ex ante circa l'esito della gara che si verrebbe a determinare.

Sempre solo nelle memorie successive al ricorso, le ricorrenti hanno chiarito in base a quali fonti – a loro avviso – il disciplinare di gara si sarebbe dovuto intendere etero integrato, menzionando il DPR n. 207/2010 e le recenti deliberazioni dell'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici (n. 7 del 2011 e n. 4 del 2012).

Si tratta di integrazioni circa aspetti essenziali che, come ha evidenziato la Provincia nella sua memoria, non erano presenti nel ricorso.

In ogni caso, la censura non potrebbe comunque trovare accoglimento in quanto il bando, adottato in vigenza del DPR 554/99, prevedeva espressamente l'utilizzo del metodo aggregativo compensatore di determinazione dei coefficienti previsto dalla lett. a) dell'allegato B del DPR citato, il quale prevede: "la media dei punteggi attribuiti discrezionalmente nel range fra 0 e 1 da ciascun componente della Commissione;" senza alcuna operazione di riparametrazione.

La normativa invocata dalle ricorrenti, lo si ripete solo nelle successive memorie, e cioè l'allegato G del DPR 5 ottobre 2010 n. 207, il quale in effetti prevede una procedura di riparametrazione, non era ancora vigente al momento della adozione della lex specialis dettata dal disciplinare (pubblicato in data 31.12.2010) e pertanto esso non può essere ritenuto illegittimo per non aver previsto un tale meccanismo di riparametrazione. Infatti, il DPR 207/2010 è entrato in vigore dopo centottanta giorni dalla pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale, avvenuta il 10 dicembre 2010).

Anche le citate determinazioni dell'Autorità di vigilanza, che comunque non potrebbero mai avere valenza di fonti eteronome del disciplinare, sono successive alla pubblicazione del bando di gara.

Pertanto, correttamente la Commissione giudicatrice – attenendosi alle prescrizioni della lex specialis - non ha effettuato alcuna riparametrazione non essendo all'epoca un principio generale nell'ordinamento che lo imponesse. (cfr. in termini T.A.R. Napoli Campania sez. VIII, 10 febbraio 2011, n. 825.)

9. In conclusione, per tutte queste ragioni, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile.

Sussistono comunque giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Quater)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile e compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 15 novembre 2012, 4 dicembre 2012, 17 dicembre 2012, con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere

Maria Laura Maddalena, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/12/2012

IL SEGRETARIO

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