

N. 00328/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00027/2011 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 27 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

G.Z. S.a.s. di Zucchetti Giuseppe & C., in proprio e quale mandataria capogruppo della costituenda A.T.I. con la mandante ditta individuale Valeri Lanfranco, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Lietta Calzoni, presso la quale è elettivamente domiciliata in Perugia, via Bonazzi, 9;

contro

Comune di Corciano, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Alarico Mariani Marini, presso il quale è elettivamente domiciliato in Perugia, via Mario Angeloni, 80/B; Responsabile Area Lavori Pubblici del Comune di Corciano;

nei confronti di

Cosmos S.r.l. o Cosmos Consalvi S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Luca Maori e Gregorio Troilo, con domicilio eletto presso l'avv. Luca Maori in Perugia, via Marconi, 6;

per l'annullamento

* con il ricorso introduttivo

- del bando di gara mediante procedura aperta per il servizio di manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti elettrici e di pubblica illuminazione del Comune di Corciano, il cui avviso è stato pubblicato nella GURI 20/12/20 10 - 5[^] serie speciale n. 146 pag. 49;
- del Disciplinare di gara diramato sul sito istituzionale del Comune di Corciano;
- del capitolato speciale di appalto;
- del provvedimento di proroga del termine di presentazione delle offerte e di contestuale rettifica del bando, del disciplinare di gara e dei relativi allegati, disposti con Determinazione del Responsabile dell'Area Lavori Pubblici n. 8/25 RG. del 12/1/2011, ignoto alla ricorrente, il cui contenuto è stato trasfuso nell'atto datato 13/1/2011 e pubblicato sul sito istituzionale del Comune in data sconosciuta;
- del provvedimento 31/12/2010 prot. n. 40512 a firma del Responsabile dell'Area lavori Pubblici (nonché RUP) con il quale

sono state fissate le modalità di accesso e sopralluogo degli impianti di illuminazione comunale a seguito di apposita istanza di accesso avanzata dalla Soc. ricorrente;

NONCHÉ, IN QUANTO OCCORRA

- della nota 10/1/2011 prot. 879 a firma del Responsabile dell'Area Lavori Pubblici (nonché RUP) di risposta alle osservazioni formulate dalla Soc. ricorrente;

- della nota 31/12/2010 prot. 40510 a firma del Responsabile dell'Area Lavori Pubblici (nonché RUP) di riscontro alla richiesta di chiarimenti formulata dalla Soc. ricorrente;

- della nota 11/11/2011 prot. 1193 a firma del Responsabile dell'Area Lavori Pubblici (nonché RUP) di riscontro alla richiesta di chiarimenti formulata dalla Società ricorrente;

E CON ESPRESSA RISERVA DI IMPUGNAZIONE dell'eventuale provvedimento di esclusione che, nelle more del presente giudizio, dovesse essere disposta nei confronti dell'attuale ricorrente

OLTRE CHE PER L'ACCERTAMENTO E LA DECLARATORIA dell'inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato con la futura aggiudicataria

E CON ESPRESSA DOMANDA di conseguire l'aggiudicazione della gara, la stipulazione del contratto ovvero il subentro nel contratto già stipulato,

OPPURE, IN VIA SUBORDINATA, PER IL RISARCIMENTO

DEL DANNO PER EQUIVALENTE MONETARIO che la ricorrente si riserva di quantificare in corso di giudizio in caso di accertata impossibilità di ottenere il risarcimento in forma specifica.

** con i motivi aggiunti notificati il 16/02/2011

del provvedimento di proroga del termine di presentazione delle offerte e di contestuale rettifica del bando, del disciplinare e dei relativi allegati, disposti con determinazione del Responsabile dell'Area Lavori Pubblici n. 8/25 R.G. del 12/01/2011; del provvedimento di esclusione dalla gara, disposta dalla Commissione giudicatrice nei confronti della ricorrente nella seduta del 10/02/2011;

*** con i motivi aggiunti notificati il 4/03/2011

del provvedimento di esclusione dalla gara disposta nei confronti della ricorrente nella seduta del 10/02/2011; di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale;

**** con i motivi aggiunti notificati il 5/05/2011

della determinazione del Responsabile Area Lavori Pubblici 30/3/2011 n. 119/273 di aggiudicazione definitiva del servizio di cui trattasi a favore della Cosmos Consalvi S.r.l., comunicata alla ricorrente Soc. G.Z. con lettera di trasmissione 5/4/2011 prot. n. 10991, spedita il 7/4/2011 mediante raccomandata a/r e pervenuta il successivo 8/4/2011;

di tutte le relative determinazioni assunte dalla Commissione giudicatrice ed in particolare di quella di aggiudicazione provvisoria

decretata alla 7^a seduta di gara, nonché di tutte le altre fatte oggetto di specifica censura con il presente atto ;

- della nota a firma del Responsabile dell'Area Lavori Pubblici 18/4/2011 prot. n. 12265 con la quale viene consentito l'esercizio del diritto di accesso limitatamente all'ostensione documentale e non anche all'acquisizione di copia, come espressamente chiesto e ribadito dall'impresa;

della determinazione in data 21/4/2011 con cui il Responsabile dell'Area Lavori Pubblici ha acconsentito l'effettuazione del diritto di accesso con le illegittime modalità che verranno descritte e censurate;

- di tutti gli altri atti presupposti, connessi e consequenziali a quelli impugnati oltre che per l'accertamento e la declaratoria dell'inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato con la futura aggiudicataria e con espressa domanda di conseguire l'aggiudicazione della gara, la stipulazione del contratto ovvero il subentro nel contratto già stipulato oppure, in via subordinata, per il risarcimento del danno per equivalente monetario che la ricorrente si riserva di quantificare in corso di giudizio in caso di accertata impossibilità di ottenere il risarcimento in forma specifica.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Corciano e della Cosmos Consalvi S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 settembre 2011 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La costituenda A.T.I. ricorrente ha impugnato in via principale il bando di gara mediante procedura aperta per l'affidamento del servizio di manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti elettrici e di pubblica illuminazione del Comune di Corciano e la realizzazione di interventi di efficienza energetica, il cui avviso è stato pubblicato nella G.U.R.I. del 20 dicembre 2010, il disciplinare di gara ed il capitolato speciale.

Esponde che l'appalto ha la durata di anni cinque (dall'1 gennaio 2011 al 31 dicembre 2015) e l'importo complessivo del servizio, comprensivo degli oneri per la sicurezza, ammonta ad euro 324.000,00, IVA inclusa.

Lamenta come sia emerso subito che la gara era anticoncorrenziale, essendo stati scelti requisiti di partecipazione, a pena di esclusione, oltremodo restrittivi, e non proporzionati alle caratteristiche qualitative dell'appalto; al contempo, i "criteri di valutazione" prestabiliti dal disciplinare di gara risultano illegittimi e sbilanciati rispetto al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Allega, ancora, come, a fronte della propria richiesta di accedere ai

luoghi di esecuzione del servizio, onde formulare consapevolmente l'analisi progettuale, con nota del 31 dicembre 2010, pure fatta oggetto di gravame, il R.U.P. abbia incaricato la società Cosmos, attuale gestore del servizio, ad accompagnarla per il sopralluogo.

Aggiunge di avere consegnato a mano l'offerta il giorno 17 gennaio 2011 alle ore 12 circa, e quindi entro il termine di presentazione prefissato dalla *lex specialis*, e di avere appreso, solamente nel pomeriggio, che la data di presentazione era stata prorogata al 10 febbraio 2011, modificandosi la disciplina di gara anche nel senso di consentire il ricorso al subappalto.

Deduce a sostegno del ricorso i seguenti motivi di diritto :

1) Violazione del principio di segretezza dell'identità dei concorrenti (fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte), di cui è espressione l'art. 13, comma 2, lett. a), del d.lgs. n. 163 del 2006, nell'assunto che il predetto principio sarebbe stato violato dalla nota del responsabile Area Lavori Pubblici in data 31 dicembre 2010, prot. n. 40512, indirizzata simultaneamente alla società G.Z., all'impresa Perenne Lux, nonché, per conoscenza, all'attuale gestore del servizio, Cosmos S.r.l., il cui direttore tecnico è stato addirittura incaricato di accompagnare le imprese nell'effettuazione del sopralluogo; tale nota ha dunque consentito a tutti i destinatari di conoscere anzitempo l'identità degli altri potenziali concorrenti.

2) Violazione del principio di concorrenza, violazione degli artt. 41, 42 e 43 del d.lgs. n. 163 del 2006 in combinato disposto con l'art. 47

della direttiva 2004/18/CE, violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza in rapporto alle caratteristiche quali-quantitative dell'appalto, nella considerazione che la *lex specialis* ha prescritto quali condizioni minime di partecipazione alla gara alcuni requisiti di sbarramento, presidiati da espressa comminatoria di esclusione, esorbitanti rispetto all'oggetto della gara. Il riferimento è, anzitutto, all'obbligo di presentare almeno due idonee dichiarazioni rilasciate da altrettanti istituti bancari; la mandataria ha prodotto in gara un'unica referenza, in quanto ha dichiarato che intrattiene rapporti esclusivamente con un primario istituto bancario; e poi al requisito dell'assenza di perdite d'esercizio nell'ultimo triennio, non previsto dalla normativa di riferimento, al requisito dell'organico medio annuo, sproporzionato rispetto all'oggetto ed all'importo del contratto, nonché al possesso della certificazione di qualità UNI EN ISO 9001, che non è obbligatorio rispetto a quanto previsto dall'art. 43 del d.lgs. n. 163 del 2006, nonché, ancora una volta, eccessivo e sproporzionato, essendo necessario solamente per classifiche superiori alla II, a norma dell'art. 4 del d.P.R. n. 34 del 2000.

3) Violazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006 sul criterio di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, violazione dei principi di *par condicio* e concorrenza, in quanto i "criteri di valutazione" previsti dal disciplinare di gara risultano illegittimi e sbilanciati rispetto al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In particolare, il peso attribuito all'offerta economica

(punti 20/100) è modesto e scarsamente incidente sulla valutazione dell'offerta nel suo complesso, a tutto vantaggio dell'offerta tecnica (punti 60/100), che, a sua volta, è costituita dalla sommatoria di elementi e parametri di carattere prettamente soggettivo dell'impresa, e non propriamente attinenti alla qualità oggettiva dell'offerta tecnica; il riferimento è alla certificazione SOA in categoria OG10, ai macchinari ed attrezzature impiegati nel servizio, peraltro costituenti indici della capacità tecnica e professionale.

Occorre aggiungere, ancora, che sono stati omessi i sub-parametri e sub-punteggi relativi all'elemento "analisi progettuale", con la conseguenza che il seggio di gara sarà del tutto libero nell'assegnazione dei punteggi.

Si è costituito in giudizio il Comune di Corciano risitando alle censure avversarie e chiedendone la reiezione.

Con ordinanza 9 febbraio 2011, n. 33 il Tribunale Amministrativo ha respinto la domanda cautelare.

Con un primo atto di motivi aggiunti l'A.T.I. costituenda ha impugnato il provvedimento di proroga del termine di presentazione delle offerte e di contestuale rettifica del bando di gara, del disciplinare e dei relativi allegati, disposti con determinazione del Responsabile dell'Area Lavori Pubblici n. 8/25 del R.G. in data 12 gennaio 2011, il cui contenuto è stato trasfuso nell'avviso in data 13 gennaio 2011, nonché il provvedimento di esclusione dalla gara della stessa ricorrente G.Z., adottato nella seduta pubblica del 10 febbraio

2011, chiedendo altresì la declaratoria di inefficacia del contratto, ed il risarcimento del danno in forma specifica, mediante aggiudicazione della gara, od, in subordine, per equivalente monetario.

Esponde che hanno partecipato alla gara tre soli concorrenti, e cioè la ricorrente, l'attuale gestore Cosmos Consalvi e la società Elettrifer, e di essere stata esclusa per avere prodotto un'unica referenza bancaria, anziché due, come richiesto dalla *lex specialis*, ed anche per il fatto di essere priva della certificazione di qualità conforme alle norme europee UNI EN ISO 9001 attinente l'oggetto dell'appalto.

Deduce i seguenti motivi aggiunti :

4) Violazione del principio di segretezza, nonché dei principi generali in relazione al termine di ricezione delle offerte; violazione degli artt. 70, comma 1, 10 e 66 del d.lgs. n. 163 del 2006; eccesso di potere per difetto dei presupposti e carenza di motivazione; violazione del principio di *par condicio*.

Hanno partecipato alla gara tre soli concorrenti, due dei quali (la ricorrente e la Cosmos Consalvi) erano i destinatari della nota comunale prot. n. 40512 del 31 dicembre 2010, fatta oggetto di gravame con il ricorso introduttivo; la maggioranza dei concorrenti sapeva dunque, reciprocamente, che avrebbe partecipato al confronto concorrenziale; al contrario, il principio di segretezza dell'identità soggettiva dei concorrenti è assoluto, come è inferibile dall'art. 13, comma 2, del codice dei contratti pubblici.

Illegittimo è anche il provvedimento di proroga del termine di

presentazione delle offerte accordato in data 12 gennaio 2011 sulla base di una richiesta, proveniente da una società (la Vestrelli S.r.l.), che non ha poi partecipato alla gara, basata su ragioni puramente soggettive; in ogni caso, ai sensi dell'art. 66 del codice, la proroga e la successiva rettifica della *lex specialis* avrebbero dovuto essere effettuate con identiche forme di pubblicità rispetto a quelle inizialmente previste dalla disciplina di gara.

5) Illegittimità del provvedimento di esclusione in via derivata dall'invalidità della *lex specialis*, quale dedotta, in particolare, nel secondo mezzo di gravame in relazione ai requisiti di partecipazione.

6) Violazione dei principi di concorrenza, proporzionalità e ragionevolezza; violazione dell'art. 41, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006; eccesso di potere per carenza di istruttoria e difetto di motivazione, nella considerazione che la Commissione giudicatrice nulla ha osservato, né deliberato sull'autodichiarazione resa dalla ricorrente ai sensi dell'art. 41 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Con un secondo atto di motivi aggiunti è stato nuovamente gravato il provvedimento di esclusione dell'A.T.I. ricorrente dalla gara, visionato a seguito di istanza di accesso, e recante, in realtà, un unico motivo di esclusione, consistente nell'aver presentato una sola referenza bancaria, anziché due, come prescritto dalla *lex specialis*; viene dunque meno l'interesse a coltivare la censura relativa al mancato possesso della certificazione di qualità UNI EN ISO 9001.

Viene in particolare dedotta la seguente censura :

7) Violazione dell'art. 41, commi 1 e 3, del d.lgs. n. 163 del 2006; violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza; eccesso di potere per difetto di istruttoria; illegittimità in via derivata.

Rappresenta la ricorrente di avere prodotto in gara una dichiarazione con la quale, invocando la disposizione dell'art. 41, comma 3, del codice dei contratti pubblici, ha spiegato di non essere in grado di produrre la seconda referenza bancaria perché intrattiene "rapporti lavorativi e finanziari esclusivamente con un Istituto di Credito primario a livello nazionale", e nel contempo ha allegato, quale documento sostitutivo, attestante il requisito della capacità economica e finanziaria, l'originale del DURC positivo ed in corso di validità.

Tali giustificazioni sono state ritenute inidonee dalla Stazione appaltante sulla scorta di un corredo motivazionale che ne disvela l'illegittimità.

Il Comune di Corciano ha puntualmente controdedotto ai motivi aggiunti, eccependone l'inammissibilità e comunque l'infondatezza nel merito.

Con ordinanza 9 marzo 2011, n. 44 l'A.T.I. G.Z. S.a.s. - Valeri è stata ammessa con riserva alla gara.

Con un terzo atto di motivi aggiunti è stata poi impugnata la determina del Responsabile Area Lavori Pubblici n. 119/273 in data 30 marzo 2011, di aggiudicazione definitiva del servizio in favore della Cosmos Consalvi S.r.l.

Espone che, a seguito dell'ammissione con riserva, nella seduta del 15 marzo 2011, è stata aperta l'offerta tecnica dell'A.T.I. G.Z., che ha ottenuto il punteggio di 60/60; nella seduta riservata del 25 marzo 2011 sono stati attribuiti i punteggi dell'analisi progettuale e nell'ultima seduta pubblica del 29 marzo sono state aperte le buste "C" contenenti l'offerta economica.

All'esito, l'A.T.I. ricorrente è risultata seconda graduata, mentre la Cosmos Consalvi è stata dichiarata aggiudicataria provvisoria; il 30 marzo è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore della stessa società.

Vengono dedotti i seguenti, ulteriori, motivi aggiunti :

8) Violazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006 sul criterio di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa; violazione dei principi di *par condicio* e di concorrenza, nell'assunto che del tutto incomprensibile sia stata l'assegnazione del punteggio per l'analisi progettuale, in ordine alla quale l'offerta Cosmos ha conseguito 19,67/20 punti, mentre la ricorrente punti 5,67/20. In tale modo, il prezzo ha finito con l'avere un valore ponderale del tutto marginale, come attestato dal fatto che il ribasso offerto dall'A.T.I. G.Z. è del 38 per cento, mentre quello offerto dalla impresa aggiudicataria è del 15,35 per cento.

Tra l'altro, l'offerta tecnica e l'analisi progettuale della ricorrente sono state esaminate nella seduta del 15 marzo 2011, mentre quelle delle altre due concorrenti nella precedente seduta del 23 febbraio

2011; la disamina dell'offerta della ricorrente è dunque avvenuta quando alla Commissione giudicatrice le altre erano già note.

9) Illegittimità in via derivata dall'invalidità del provvedimento di proroga del termine di presentazione delle offerte.

10) Violazione della disciplina in materia di accesso ai documenti, nell'assunto che di tale diritto è stato consentito l'esercizio solo mediante visione, e non anche mediante estrazione di copia.

Resiste l'Amministrazione comunale e si è costituita in giudizio la controinteressata Cosmos Consalvi S.r.l., concludendo per la reiezione del ricorso.

All'udienza del 28 settembre 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - Con il primo motivo del ricorso introduttivo, ripreso nei primi motivi aggiunti, viene dedotta la violazione del principio di segretezza (fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte) dell'identità dei concorrenti alla gara, desumibile dall'art. 13, comma 2, lett. a), del codice dei contratti pubblici, da parte della nota del responsabile dell'Area Lavori Pubblici prot. n. 40512 in data 31 dicembre 2010, concernente le modalità di accesso e sopralluogo agli impianti, ed indirizzata contestualmente alla Perenne Lux, alla ricorrente ed alla Cosmos S.r.l., precedente gestore del servizio oggetto di gara.

Il motivo è fondato, e meritevole pertanto di positiva valutazione.

Il principio di segretezza viene, generalmente, predicato con riguardo alle offerte, ed è intuitivamente posto in correlazione con la tutela della *par condicio* tra i concorrenti alla gara. Tale principio risulta violato allorché una delle imprese partecipanti possa influire sulla determinazione dell'offerta di altra impresa concorrente, o possa conoscere detta offerta, ed in relazione a questa successivamente formulare la propria. Allo stesso tempo, il principio di segretezza delle offerte è volto ad evitare che più imprese, facenti capo agli stessi centri decisionali, possano accordarsi tra loro per fare in modo che il contratto sia aggiudicato a condizioni sfavorevoli per l'Amministrazione (c.d. cartelli).

Come pure, per evitare condizionamenti nella valutazione delle proposte, devono essere mantenute separate le buste contenenti l'offerta economica e l'offerta tecnica, in quanto l'esame dell'offerta economica prima di quella tecnica costituisce una violazione dei principi inderogabili di trasparenza ed imparzialità, consentendo di modulare il giudizio sull'offerta tecnica in modo non conforme alla parità di trattamento.

Nella vicenda controversa viene invece prospettato un profilo diverso, e, se così può dirsi, prodromico (rispetto alle offerte), della segretezza nei procedimenti di gara, concernente proprio l'identità dei concorrenti.

In punto di fatto, dispiegatasi la gara, risulta verificata la violazione del principio di segretezza da parte della Stazione appaltante, la

quale, con l'impugnata nota prot. n. 40512 del 31 dicembre 2010, ha invitato la Perenne Lux e la G.Z. S.a.s. a prendere contatto con la Cosmos S.r.l. per accedere agli impianti. Ed, invero, alla gara hanno poi partecipato la ricorrente, la Cosmos e la società Elettrifer; due delle tre imprese partecipanti hanno dunque avuto anticipatamente notizia della rispettiva identità.

Il fondamento di tale principio di segretezza è, allo stato, rinvenibile nell'art. 13, comma 2, lett. a), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che prevede il differimento automatico del diritto di accesso «nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime».

Si potrebbe obiettare che detta norma riguardi la disciplina dell'accesso agli atti di gara, e dunque un ambito diverso da quello ora in esame. In realtà, a bene considerare, e contrariamente a quanto dedotto dall'Amministrazione resistente, la norma in questione non è posta a presidio della segretezza delle offerte, ma proprio dell'elenco dei soggetti che hanno presentato l'offerta, locuzione da intendersi come comprensiva di tutti i documenti che consentano di avere notizie sugli aspetti soggettivi delle offerte, quand'anche non ancora presentate.

Se così è, deve allora ritenersi che a, pena di un evidente *vulnus* del principio di non contraddittorietà dell'ordinamento, non può ritenersi preclusa l'ostensione dei documenti rivelativi dei soggetti

che hanno presentato le offerte, e, contestualmente, ammissibile la conoscenza, in altro modo, comunque imputabile alla Stazione appaltante, e non casuale, dei partecipanti, od almeno di taluni degli stessi (in particolare, nel caso di specie, di due su tre).

Ciò trova conferma anche nella *ratio* del differimento dell'accesso dell'elenco dei partecipanti alla gara fino alla presentazione del termine per la presentazione delle offerte, rinvenibile nell'obiettivo di salvaguardare l'effettività della libera concorrenza.

Come è stato posto in evidenza dall'A.V.C.P. con la determinazione n. 25 del 22 maggio 2000, concernente l'allora vigente art. 22 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, contenente analoga disposizione, «la genuinità della concorrenza stessa potrebbe essere pregiudicata dalla conoscenza, prima della definizione della gara, dei nominativi dei partecipanti alla stessa. Tale conoscenza potrebbe, infatti, suggerire accordi tra i candidati intesi ad alterarne i risultati, ovvero consentire pressioni o minacce tra gli stessi al fine di limitare la libertà di determinazione in ordine al contenuto delle offerte ... Scaduto il termine indicato, non vi è più ragione per mantenere il segreto, dal momento che eventuali successivi accordi o pressioni tra i partecipanti non possono avere alcuna rilevanza ai fini del relativo contenuto non potendo le offerte essere più ritrattate».

Analogamente, T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 3 settembre 2002, n. 3827 ha posto in evidenza che il differimento temporaneo dell'accesso è orientato non tanto alla tutela della sfera di riservatezza delle imprese

partecipanti al pubblico incanto, ma alla garanzia della correttezza e trasparenza dei comportamenti connessi alla presentazione delle offerte, mirando, in definitiva, ad evitare condotte intese a turbare la regolarità e genuinità del confronto concorrenziale.

2. - L'accoglimento del primo motivo comporta l'annullamento della nota prot. n. 40512 in data 31 dicembre 2010 del Comune di Corciano, concernente le modalità di accesso e sopralluogo degli impianti.

Ma determina anche l'illegittimità derivata dei successivi atti del procedimento di gara, compresa l'esclusione e l'aggiudicazione definitiva.

Ed invero il procedimento di gara, dal bando all'aggiudicazione, si configura come una sequenza di atti, collegati da un nesso logico e finalistico, in cui ciascuno pone il presupposto di quello successivo (in termini, tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 25 marzo 2002, n. 1683); l'annullamento dell'atto disciplinante le modalità di svolgimento del sopralluogo, adottato in violazione del principio di segretezza dei partecipanti alla gara, comporta dunque l'illegittimità derivata degli atti successivi, sino all'atto conclusivo.

Tale rapporto di presupposizione, alla base del meccanismo dell'illegittimità derivata, non concerne, seppure con diversa intensità, solamente gli atti di gara più importanti (ad esempio la relazione tra *lex specialis* ed aggiudicazione, ovvero tra esclusione ed aggiudicazione), ma tutti gli atti e le operazioni che si inseriscono

nella sequenza, nell'*ordo productionis* con carattere di necessità.

Nel caso di specie, il disciplinare di gara prevedeva, al punto 3, che nella domanda di partecipazione, a pena di esclusione, il concorrente dichiarasse «di avere preso conoscenza e visionato i luoghi ove deve eseguirsi il servizio».

Ne segue che il procedimento di gara deve ritenersi viziato dal momento della riscontrata illegittimità (antecedente anche alla determina di proroga dei termini di scadenza delle offerte e di rettifica del bando, di cui alla determina n. 8 del 12 gennaio 2011), senza che risulti a ciò preclusivo (in termini di improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse, secondo quanto eccepito dall'Amministrazione resistente) la circostanza dell'intervenuta esclusione dalla gara di parte ricorrente per la mancata presentazione di due referenze bancarie, in difformità da quanto previsto dal disciplinare.

E' agevole rilevare, a questo riguardo, che il riscontrato vizio procedimentale è precedente alla formulazione dell'offerta ed, *a fortiori*, alla esclusione della medesima; è pertanto evidente l'interesse di parte ricorrente alla ripetizione della gara, anche in presenza di una *lex specialis* invariata.

3. - Occorre, piuttosto, onde valutare la portata della pronuncia demolitoria, esaminare, in breve, anche le censure svolte avverso la *lex specialis* della gara.

Al riguardo, deve essere disattesa la seconda censura, con cui si

deduce la violazione del principio di concorrenza, degli artt. 41/43 del d.lgs. n. 163 del 2006, nonché il principio di proporzionalità in rapporto alle caratteristiche quali-quantitative dell'appalto, assumendo che il bando ed il disciplinare di gara hanno imposto requisiti di partecipazione alla gara, di carattere economico e finanziario e tecnico, irragionevoli e contrari comunque al *favor participationis*.

Potendosi, per economia di giudizio, limitare l'esame al "possesso di idonea dichiarazione bancaria rilasciata da almeno due istituti di credito", essendo fondata sull'assenza di tale requisito di carattere economico-finanziario l'esclusione della ricorrente, disposta con il verbale di gara del 10 febbraio 2011, e poi confermata con la determinazione n. 76 in pari data, ritiene il Collegio che si tratta di clausola che riproduce esattamente la disposizione dell'art. 41, comma 1, lett. a), del codice dei contratti pubblici, nel testo risultante dal terzo decreto correttivo (d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152), senza lasciare alcun margine di discrezionalità alla Stazione appaltante, ove la stessa intenda utilizzare tale indicatore di capacità per le imprese concorrenti.

4. - Analogamente infondato è il terzo motivo di ricorso con cui si allega la violazione dell'art. 83 del codice dei contratti pubblici, nella considerazione che i "criteri di valutazione" prestabiliti dal disciplinare di gara risultano sbilanciati in funzione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, essendosi attribuito un peso

preponderante all'offerta tecnica rispetto a quella economica, cui è riconosciuto solamente il 20 per cento del punteggio attribuibile, ed, ancora, nella prospettiva dell'omissione dei sub-parametri relativi all'"analisi progettuale".

Occorre muovere dal consolidato indirizzo giurisprudenziale alla stregua del quale sia la scelta del criterio più idoneo per l'aggiudicazione di un appalto, sia la scelta dei criteri più adeguati, tra quelli indicati nell'art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006, per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, costituiscono espressione di discrezionalità tecnica, non sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità, tranne che, in relazione alla natura, all'oggetto ed alle caratteristiche del contratto, non siano manifestamente illogiche, arbitrarie, ovvero microscopicamente viziate da travisamento di fatto (in termini, tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 19 novembre 2009, n. 7259; T.A.R. Liguria, Sez. II, 3 febbraio 2010, n. 233).

La norma non impone un peso minimo predeterminato per l'elemento prezzo, e, nel caso di specie, trattandosi di un appalto concernente il servizio di manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti elettrici e di pubblica illuminazione del Comune di Corciano, ma anche di realizzazione di interventi di efficienza energetica (come dimostra la richiesta di un'analisi progettuale sulle soluzioni idonee al raggiungimento del risparmio energetico per l'area industriale/commerciale di Taverne, cui è stato attribuito un

peso di punti 20/100), può ritenersi ragionevole la previsione del disciplinare.

Quanto, poi, all'assunto che nell'offerta tecnica (cui è stato attribuito un valore ponderale di punti 60/100) sarebbero stati enucleati criteri di valutazione riguardanti parametri di valutazione soggettiva dell'impresa, e non il "merito tecnico" dell'offerta, con conseguente commistione fra requisiti soggettivi di partecipazione ed elementi oggettivi di valutazione dell'offerta, osserva il Collegio anzitutto che la voce preponderante, concernente "materiali e macchinari impiegati nel servizio", non è inclusa tra i requisiti di qualificazione dei concorrenti.

Per quanto concerne, poi, il possesso del sistema di qualità (ed in particolare della certificazione SOA categoria OG 10), pur nell'opinabilità della scelta della *lex specialis*, è difficile dichiararne l'illegittimità, se si tiene conto, da un canto, della peculiarità di questo appalto di servizi, rispetto al quale il requisito in questione può essere apprezzato come indice della qualità delle prestazioni, e, dall'altro canto, che si tratta comunque di un criterio cui è attribuito un punteggio non preponderante.

Circa, da ultimo, la mancata adozione di sub-parametri e sub-punteggi relativi all'"analisi progettuale", la doglianza non appare meritevole di positiva valutazione, in quanto è lo stesso bando di gara, all'art. 5, che ne ha stabilito l'oggetto, nei termini che seguono : «l'ottimizzazione dei consumi energetici dovrà essere specificata in

sede di presentazione dell'offerta dall'Impresa partecipante mediante presentazione di un'analisi progettuale avente ad oggetto le soluzioni tecniche ed illuminotecniche maggiormente idonee al raggiungimento dell'obiettivo del risparmio energetico relativamente all'area industriale/commerciale sita in Loc. Taverne, indicando sia le caratteristiche tecniche della lampada a risparmio energetico proposta e sia l'eventuale apparecchio di illuminazione necessario per l'installazione della lampada».

E', poi, noto che, per il bando, stabilire sub-criteri e sub-pesi od i sub-punteggi, è una facoltà, come si evince dall'art. 83, comma 4, del codice dei contratti pubblici. Naturalmente, ove non siano stabiliti sub-criteri, si impone poi al seggio di gara di assolvere ad un più rigoroso obbligo motivazionale nell'attribuzione dei punteggi.

5. - Alla luce di quanto precede, il ricorso deve essere accolto, nei sensi di cui in motivazione, con conseguente annullamento della nota prot. n. 40512 del 31 dicembre 2010 del Comune di Corciano, ed, in via derivata, dei provvedimenti di esclusione della ricorrente e di aggiudicazione in favore della Cosmos Consalvi S.r.l.

I limiti oggettivi dell'accertamento che precede comportano la rinnovazione del procedimento di gara dal momento della presentazione delle offerte.

Risulta dagli atti di causa che, successivamente all'ordinanza di questo Tribunale Amministrativo 8 giugno 2011, n. 87, è stato stipulato il contratto, che ha dunque avuto un breve periodo di

esecuzione, specie se rapportato alla sua durata quinquennale.

Ritiene il Collegio che, in accoglimento dell'espressa domanda di parte ricorrente di risarcimento in forma specifica, esistano, proprio in funzione dell'esigenza di rinnovare la gara, i presupposti per la pronuncia di inefficacia del contratto ai sensi dell'art. 122 del cod. proc. amm. (cfr. T.A.R. Umbria, 13 ottobre 2010, n. 484).

L'inefficacia del contratto decorrerà dalla data di pubblicazione della presente sentenza, rimanendo salvi gli effetti finora maturati.

6. - La complessità e novità delle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione tra tutte le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, con conseguente annullamento della nota del Comune di Corciano prot. n. 40512 del 31 dicembre 2010, ed, in via derivata, dei provvedimenti di esclusione e di aggiudicazione; deve essere altresì dichiarata l'inefficacia del contratto stipulato tra il Comune di Corciano e la Cosmos Consalvi S.r.l.

Compensa tra tutte le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Luigi Cardoni, Presidente FF

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/10/2011

IL SEGRETARIO

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