

N. 00080/2012 REG.PROV.COLL.  
N. 05989/2011 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 il Lazio

(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5989 del 2011, proposto dalla:  
società Scai s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t.,  
rappresentato e difeso dall'avv. Michele Bromuri, con domicilio eletto  
presso lo Studio Legale Galletti, in Roma, via Lucrezio Caro n. 63;

***contro***

società Bracciano Ambiente s.p.a., in persona del legale  
rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Fulvio De  
Crescenzo, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso, in  
Roma, viale Mazzini n.134;

***nei confronti di***

società Agroroma s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t.,  
rappresentato e difeso dall'avv. Carlo Abbate, con domicilio eletto  
presso lo studio dello stesso, in Roma, via della Maratona n. 56;

*per l'annullamento*

- della deliberazione del Direttore generale della società Bracciano Ambiente s.p.a. di cui al prot. n. 12 del 27.1.2011, con la quale è stata indetta, ai sensi dell'articolo 55 del D. Lgs. n. 163 del 2006, la procedura aperta per la fornitura di macchine operatrici nuove per il movimento terra da destinarsi ai servizi, svolti dalla Bracciano Ambiente s.p.a. nel sito di discarica di Cupinoro- Via Settevene Palo km. 6,500 a Bracciano;
- dei verbali di gara nn. 2 del 20.4.2011, 3 del 4.5.2011, 11.5.2011 e 3 del 18.5.2011;
- della nota del Direttore generale della società Bracciano Ambiente s.p.a. di cui al prot. n. 95 del 19.5.2011, con la quale è stato comunicato l'esito della gara, con l'indicazione del punteggio assegnato e dell'avvio del procedimento di verifica propedeutica all'aggiudicazione definitiva;
- del provvedimento del Direttore generale della società Bracciano Ambiente s.p.a. di cui al prot. n. 101 del 30.5.2011 di aggiudicazione definitiva della gara in favore della società Agroroma s.r.l., comunicato a mezzo fax nella medesima data;
- della nota del Direttore generale della società Bracciano Ambiente s.p.a. di cui al prot. n. 113 del 16.6.2011, con la quale sono stati comunicate le determinazioni assunte, con riferimento ai motivi esposti dalla società ricorrente nell'informativa di cui all'articolo 243 bis del D. Lgs n. 163 del 2006, di diniego dell'esercizio dei poteri di

autotutela sollecitati;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali;

nonché, in via subordinata – in caso di mancata dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato - per il risarcimento dei danni conseguenti all'illegittimità dei provvedimenti impugnati;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle società Bracciano Ambiente s.p.a. e Agroroma s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 dicembre 2011 il cons. Maria Cristina Quiligotti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

La società SCAI s.p.a. (d'ora in poi soltanto Scai) ha impugnato tutti gli atti della procedura di evidenza pubblica (dal bando di gara al rigetto dell'informativa ex articolo 243 *bis* del D. Lgs n. 163 del 2006), indetta dalla società Bracciano Ambiente s.p.a. ( d'ora in poi soltanto Bracciano), ai sensi dell'articolo 55 del D. Lgs. n. 163 del 2006, per la fornitura di macchine operatrici nuove per il movimento terra da destinarsi ai servizi, svolti dalla Bracciano nel sito di discarica di Cupinoro- Via Settevene Palo km. 6,500 a Bracciano.

Ne ha dedotto l'illegittimità per i seguenti motivi di censura:

*1- Violazione e falsa applicazione dell'articolo 91 del D.P.R. n. 554 del 1999 e eccesso di potere per violazione dei principi in materia di par condicio dei concorrenti di gara, di segretezza delle offerte, di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione ai sensi dell'articolo 97 della Costituzione.*

Nel bando di gara mancherebbe l'espressa previsione della necessità delle tre buste, contenenti rispettivamente la documentazione amministrativa (A), l'offerta tecnica (B) e l'offerta economica (C), ai sensi del richiamato articolo 91 del D.P.R. n. 554 del 1999 (il cui contenuto sarebbe identico alla disposizione normativa di cui all'articolo 120 del d.P.R. n. 207 del 2010), cui conseguirebbe la netta separazione tra la fase della valutazione delle offerte tecniche e quella delle offerte economiche, dovendo, peraltro, nel caso in cui il criterio prescelto sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, restare segrete le offerte economiche durante la valutazione delle offerte tecniche.

Nel caso di specie, invece, sarebbe comprovato in atti che, nella seduta del 20.4.2011, la commissione di gara abbia proceduto all'apertura ed al conseguente esame del contenuto di cui alla busta "Plico B, Proposta", contenente sia l'offerta tecnica che quella economica.

Peraltro in quella sede la commissione avrebbe richiesto ai partecipanti la compilazione di ulteriori schede dalla stessa predisposte; nella scheda n. 2 è riportato un dato nuovo, che non

sarebbe stato previsto in sede di bando di gara, costituito dall'indicazione delle ore di presunto utilizzo annuale del bene da parte della stazione appaltante, relativamente al quale la controinteressata, la cui offerta è stata esaminata in apposita successiva seduta non essendo risultata la scheda conforme a quella predisposta, ha provveduto al ricalcolo della propria offerta economica.

Con riferimento alle censure di cui sopra, peraltro, la società resistente avrebbe omesso di entrare nel merito delle stesse, come già in precedenza argomentate in sede di preavviso di cui all'articolo 243 *bis* del codice contratti, essendosi limitata alla formale valutazione dell'intervenuto superamento del d.P.R. n. 554 del 1999 a seguito della pubblicazione del nuovo regolamento di cui al d.P.R. n. 207 del 2010.

*2- Eccesso di potere per violazione dei principi di segretezza delle offerte, di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione ai sensi dell'articolo 97 della Costituzione.*

Gli impugnati verbali di gara non darebbero in alcun modo atto delle modalità con le quali la Commissione ha proceduto a garantire la conservazione dei plichi contenenti le offerte tecniche ed economiche presentate da parte delle imprese partecipanti alla gara di cui trattasi.

*3- Eccesso di potere per irragionevolezza, illogicità manifesta, difetto di idonea motivazione, per violazione del bando di gara nonché dell'allegato A del d.P.R. n. 554 del 1999.*

La suddivisione e l'attribuzione dei punteggi relativi alle voci T.1, T.2 e T.3, per come operata da parte della commissione di gara, sarebbero state illegittime; in particolare, nella voce T.1 "Pregio tecnico" sarebbero stati individuati n. 4 sub-pesi e non invece n. 2 come da bando di gara e, comunque, ai fini della valutazione del sub-peso 1.1., non sarebbe stato utilizzato il previsto criterio del confronto a coppie, essendosi fatto ricorso, invece, al diverso criterio della cd. "prevalenza".

Inoltre sarebbero rilevabili ulteriori illegittimità e in particolare:

- le voci relative alla presenza di una propria rete di assistenza tecnica e alle tariffe di manutenzione sarebbero state prese in considerazione per l'assegnazione del punteggio sia relativamente al sub-peso 1.1 che al sub-peso 1-2, con la conseguente illegittima duplicazione del punteggio relativamente alla controinteressata;
- relativamente alla voce concernente una propria rete di assistenza tecnica autorizzata di cui al sub-peso 1.2 la controinteressata ha indicato i terzisti della società MAC s.n.c. con sede in Bracciano senza che, tuttavia, risulti il rapporto esattamente intercorrente tra le due società ed altrettanto sarebbe a dirsi con riferimento alla autofficina della Volvo di Monterotondo Scalo;
- la commissione nell'attribuzione del punteggio relativamente al sub-peso 1.1. non avrebbe preso in considerazione alcuni dei parametri espressamente richiesti dal bando di gara i quali, peraltro, sarebbero stati tenuti in particolare considerazione rispetto agli altri parametri

nel bando stesso.

La società Agroroma s.p.a. (d'ora in poi soltanto Agroroma) si è costituita in giudizio con comparsa di mera forma in data 15.7.2011 ed ha depositato la memoria difensiva in data 20.7.2011, con la quale ha dedotto, in via preliminare, l'irricevibilità per tardività del ricorso, notificato in data 29.6.2011, nella parte concernente il bando di gara pubblicato in data 27.1.2011 ed i verbali di gara richiamati, atteso che sarebbe comprovato in atti che alle relative sedute di gara abbia partecipato, in rappresentanza della società ricorrente, il signor Giovanni Capuano, nonché, nel merito, l'infondatezza dello stesso, con richiesta di rigetto; infine ha depositato agli atti in data 26.7.2011 la documentazione concernente la vicenda.

La società Bracciano si è costituita in giudizio in data 5.8.2011 con memoria difensiva con la quale, a sua volta, ha dedotto, in via preliminare, l'irricevibilità e l'inammissibilità del ricorso con riferimento non solo al bando di gara ed ai verbali della commissione, ma anche della comunicazione dell'intervenuta aggiudicazione definitiva della gara in favore della controinteressata ai sensi dell'articolo 79 del D. Lgs. n. 163 del 2006, di cui alla nota del 19.5.2011, in quanto la notificazione del ricorso sarebbe intervenuta in data 30.6.2011 e, pertanto, 31 giorni dopo avere avuto conoscenza formalmente della predetta aggiudicazione, in violazione del termine dei 30 giorni di cui al comma 5 dell'articolo 120 c.p.a.; nel merito ne ha dedotto argomentatamente l'infondatezza con richiesta di rigetto

integrale.

Alla camera di consiglio del 2 settembre 2011, con l'ordinanza n. 3255/2011, rilevata la non condivisibilità delle eccezioni preliminari di irricevibilità ed inammissibilità del ricorso, è stata accolta l'istanza di sospensione dell'esecutività dei provvedimenti impugnati, essendosi ritenuta la sussistenza di elementi di fondatezza, allo stato, in particolare del primo e del terzo motivo di censura ed è stata fissata l'udienza di trattazione del merito.

La ricorrente ha depositato agli atti documentazione concernente la vicenda in data 9.11.2011 e memoria difensiva in data 15.11.2011, con la quale, dopo avere brevemente replicato alle eccezioni preliminari in rito avversarie, ha controdedotto sulle difese avversarie ed ha più diffusamente argomentato i motivi di censura di cui al ricorso introduttivo del giudizio, insistendo ai fini del suo accoglimento.

Alla pubblica udienza dell'1.12.2011 il ricorso è stato trattenuto per la decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da separato verbale di causa.

## DIRITTO

In via preliminare devono essere affrontate le eccezioni di irricevibilità per tardività del ricorso di cui alle difese sia della resistente che della contro interessata.

Con una prima eccezione la tardività è stata dedotta con riferimento al bando di gara in quanto pubblicato in data 27.1.2011 mentre il ricorso stesso è stato portato alla notifica soltanto in data 29.6.2011;

l'eccezione, tuttavia, deve essere disattesa in quanto infondata.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale nella materia le clausole del bando o della lettera di invito, che onerano l'interessato ad una immediata impugnazione, sono quelle che prescrivono requisiti di ammissione o di partecipazione alla gara, in riferimento sia a requisiti soggettivi che a situazioni di fatto, la carenza dei quali determina immediatamente l'effetto escludente, configurandosi il successivo atto di esclusione come meramente dichiarativo e ricognitivo di una lesione già prodotta (Consiglio di Stato, sez. V, 4 marzo 2011, n. 1380).

Nel caso di specie, invece, la ricorrente lamentava la mancata previsione nel bando di una clausola apposita che prescrivesse la presentazione delle tre distinte buste, contenenti rispettivamente la documentazione amministrativa, l'offerta tecnica e l'offerta economica.

E' evidente che, pertanto, la doglianza non ha ad oggetto una clausola che si presenti come immediatamente lesiva della posizione giuridica della ricorrente stessa; la clausola della quale si lamenta la carenza attiene, nello specifico, alle modalità di presentazione delle domande di partecipazione alla gara e, sempre per giurisprudenza consolidata in materia, in tutti gli altri casi diversi da quanto in precedenza riportato, i bandi di gara, di concorso, i disciplinari e le lettere di invito vanno, di regola, impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, e, pertanto, conclusivamente insieme all'aggiudicazione

definitiva della gara (o ad ogni altro provvedimento che segni, comunque, per il soggetto un arresto del procedimento), dal momento che sono questi ultimi ad identificare, in concreto, il soggetto leso dal provvedimento ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato (Consiglio di Stato, sez. III, 13 gennaio 2011, n. 2463; Consiglio di Stato, sez. VI, 6 marzo 2009, n. 1348).

Altrettanto infondata è l'ulteriore eccezione di tardività formulata con riferimento ai verbali di gara redatti da parte della commissione, in conseguenza della verbalizzata presenza del rappresentante della società ricorrente alle sedute di gara, per le considerazioni che seguono.

Vero è che, secondo un orientamento in materia, la presenza nelle sedute di gara di un rappresentante della ditta partecipante alla competizione comporta *ex se* piena conoscenza degli atti lesivi, ai fini della decorrenza del termine per la relativa impugnazione, soltanto qualora nelle predette riunioni vengano adottate determinazioni negative per la stessa ditta (es. esclusione dalla gara) ( T.A.R. Puglia-Lecce, sez. I, 19 giugno 2009, n. 1583). Va però rilevato che, secondo altro orientamento che si ritiene di condividere, la semplice attestazione da parte dell'amministrazione della presenza durante le sedute di gara di un soggetto qualificato come rappresentante di un concorrente non comporta *ex se* la piena conoscenza dell'atto di esclusione, qualora non risulti che il rappresentante era munito di un

mandato *ad hoc* o che rivestiva specifica carica sociale, tale da riferire automaticamente la sua conoscenza alla società concorrente, atteso che, a ben vedere, si tratta di fare applicazione degli ordinari principi che regolano l'istituto della rappresentanza, il quale produce effetti giuridici in capo al rappresentato solo se sussistono i requisiti della *contemplatio domini*, desumibile dal contesto dell'atto (sia esso soggetto a forma libera o meno) e dell'effettivo conferimento del potere di rappresentanza ad un determinato soggetto (T.A.R. Lombardia-Milano, sez. III, 10 dicembre 2009, n. 5306).

Pertanto, nel caso in cui dai verbali di seduta non sia palese l'affidamento di poteri rappresentativi *ad hoc*, la presenza ( e addirittura la consegna di eventuali deduzioni da parte) di un delegato della ditta, in qualità dunque di semplice *nuncius*, resta del tutto improduttiva di effetti in tal senso con la conseguenza che il termine di impugnazione non può farsi decorrere dalla data della seduta medesima (T.A.R. Trentino Alto Adige-Trento, sez. I, 14 settembre 2009, n. 239).

Infine anche l'ultima eccezione di tardività formulata da parte della sola controinteressata e concernente il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara e la relativa comunicazione, deve essere disattesa in quanto infondata.

Ed infatti è comprovato in atti che il ricorso è stato portato per la notificazione presso l'ufficio postale di Bracciano in data 29.6.2011, come da timbro apposto sull'originale della "relata" di notifica, e,

pertanto, considerato che la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva di cui all'articolo 79 del codice contratti risulta essere pervenuta alla società ricorrente in data 29.5.2011, l'ultimo giorno utile ai fini del rispetto del termine decadenziale di impugnazione, di cui al richiamato comma 5 dell'articolo 120 c.p.a., era proprio il giorno 29.6.2011.

Infine la controinteressata ha dedotto l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse ad agire della società ricorrente ai fini dell'annullamento dell'intera procedura di gara, in quanto la stessa avrebbe conseguito un punteggio maggiore della controinteressata relativamente al prezzo di fornitura a corpo, ossia punti n. 40 di contro ai punti n. 35,746 attribuiti alla Agroroma; è evidente che l'eccezione non coglie nel segno atteso che l'interesse a ricorrere di cui deve ritenersi effettivamente portatrice la ricorrente non consiste nella sola analisi del prezzo, dovendo, invece, essere valutato insieme a tutti gli ulteriori elementi di cui al bando di gara.

Nel merito il ricorso è fondato e deve essere accolto per le assorbenti considerazioni che seguono.

In particolare, con il primo motivo di impugnazione il bando di gara è stato censurato nella parte in cui non prescrive, con apposita clausola a pena di esclusione dalla partecipazione alla gara di cui trattasi, la presentazione della domanda con l'articolazione in tre autonome buste, aventi ad oggetto, rispettivamente, la documentazione amministrativa, l'offerta tecnica e l'offerta economica e, soprattutto,

nella parte in cui ha consentito la valutazione congiunta dell'offerta tecnica e dell'offerta economica effettuata mediante l'apertura ed il conseguente esame dell'unico "Plico B, Proposta".

In punto di fatto si premette che l'articolo 12 del bando di gara prevedeva, a pena di esclusione, che la proposta fosse contenuta in un plico principale, chiuso e sigillato in modo da garantirne l'integrità, all'interno del quale fossero inseriti due plichi separati, anch'essi debitamente chiusi e sigillati, da denominare "Plico A, Documenti" e "Plico B, Proposta"; in particolare nel plico B dovevano essere inseriti, a pena di esclusione dalla gara, la proposta economica di fornitura per le attrezzature nonché la documentazione concernente l'indicazione degli elementi di cui all'articolo 83 del D.L.gs. n. 163 del 2006 per la valutazione dell'offerta economicamente vantaggiosa come dettagliati nel successivo relativo punto 3.

Sempre in punto di fatto deve rilevarsi che è la stessa società Bracciano, nella propria ultima memoria difensiva, a dare conferma della circostanza dedotta in ricorso dell'intervenuta valutazione congiunta dell'offerta tecnica e dell'offerta economica in conseguenza dell'apertura e dell'esame del contenuto dell'unico "Plico B, Proposta" previsto nel bando di gara ai fini della presentazione della domanda di partecipazione alla gara di cui trattasi.

L'articolo 91 del d.P.R. n. 554 del 1999, rubricato "Offerta economicamente più vantaggiosa.", dispone testualmente, per quanto di interesse in questa sede, al comma 3, che "*3. In una o più sedute*

*riservate, la Commissione valuta le offerte tecniche e procede alla assegnazione dei relativi punteggi applicando tra i criteri e le formule di cui all'allegato B ) quelle indicate dal bando. Successivamente, in seduta pubblica, la Commissione dà lettura dei punteggi attribuiti alle singole offerte tecniche, procede alla apertura delle buste contenenti le offerte economiche e data lettura dei ribassi e delle riduzioni di ciascuna di esse, determina l'offerta economicamente più vantaggiosa applicando, tra i criteri di cui all'allegato B ), quello indicato nel bando.”.*

La predetta norma regolamentare è stata abrogata dall'articolo 358, comma 1, lettera a), del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

Tuttavia l'articolo 120 del d.P.R. n. 207 del 2010, all'articolo 120, rubricato “Offerta economicamente più vantaggiosa - Commissione giudicatrice”, dispone, al comma 2, che “2. *In una o più' sedute riservate, la commissione valuta le offerte tecniche e procede alla assegnazione dei relativi punteggi applicando, i criteri e le formule indicati nel bando o nella lettera di invito secondo quanto previsto nell'allegato G. Successivamente, in seduta pubblica, la commissione dà lettura dei punteggi attribuiti alle singole offerte tecniche, procede alla apertura delle buste contenenti le offerte economiche e, data lettura dei ribassi espressi in lettere e delle riduzioni di ciascuna di esse, procede secondo quanto previsto dall'articolo 121.”.*

In via preliminare si rileva che si tratta, all'evidenza, per quanto di interesse in questa sede, della medesima disposizione normativa che è stata pedissequamente riportata nel nuovo regolamento di esecuzione. Nel merito è sufficiente rilevare che, secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato nella materia, negli appalti che vengono

aggiudicati secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nei quali l'aggiudicazione si basa su una valutazione complessiva degli aspetti tecnici e di quelli economici, il prezzo offerto deve restare segreto al momento della valutazione delle offerte tecniche, per evitare che la valutazione degli aspetti tecnici possa essere calibrata in funzione del prezzo a favore o a discapito dei vari concorrenti; in quanto la conoscenza dell'offerta economica potrebbe far sì che, nel momento dell'attività valutativa discrezionale, un giudizio che dovrebbe essere formulato solo attraverso l'autonoma applicazione di regole scientifiche o tecniche, risulti influenzato, anche inconsapevolmente, da fattori di carattere economico, con conseguente infrazione dei canoni fondamentali della trasparenza, imparzialità e buon andamento dell'amministrazione.

Ed infatti, nel caso in cui la procedura di gara, come nell'ipotesi di aggiudicazione con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sia caratterizzata da una netta separazione tra la valutazione dell'offerta tecnica e dell'offerta economica, il principio di segretezza comporta che, fino a quando non si sia conclusa la valutazione delle offerte tecniche, è interdetta al seggio di gara la conoscenza delle percentuali di ribasso offerta, onde evitare ogni possibile influenza nella valutazione dell'offerta tecnica ( cfr. nei termini, da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 21 marzo 2011, n. 1734).

Da quanto esposto consegue che, da un lato, la necessità di prevedere

buste autonome per l'offerta tecnica e l'offerta economica, discende dal richiamato disposto normativo di cui all'articolo 120 d.P.R. n. 207 del 2010, pur non essendo testualmente in esso previsto, e, dall'altro, l'esame e la valutazione congiunta delle offerte tecniche ed economiche realizzatisi in concreto nel caso di specie determinano di necessità l'illegittimità dell'intera procedura di gara, compreso il bando di gara nella parte in cui ha previsto la presentazione di un solo plico concernente l'offerta considerata nel suo complesso.

Conclusivamente il ricorso è fondato nel merito e deve essere accolto per le assorbenti considerazioni che precedono.

Al momento della decisione il Collegio non ha avuto contezza in ordine alla eventuale stipulazione del contratto da parte della stazione appaltante e, pertanto, la presente decisione si limita ad annullare i provvedimenti impugnati..

Ne consegue che, allo stato, e tenuto conto dell'accoglimento dell'istanza di sospensione cautelare, non vi sono i presupposti per provvedere sulla domanda di condanna al risarcimento dei danni conseguenti, formulata in via subordinata, per l'ipotesi di mancata dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo che segue.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda *Ter*), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe

proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna l'amministrazione al pagamento delle spese del presente giudizio che si liquidano in complessivi euro 2000,00 oltre Iva e CPA.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Maria Cristina Quiligotti, Consigliere, Estensore

Daniele Dongiovanni, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/01/2012

IL SEGRETARIO

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