



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

I N N O M E D E L P O P O L O I T A L I A N O

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 305 del 2017, proposto da:
Energard S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa
dall'avvocato Luisa Gracili, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via
dei Servi 38;
Studio Associato Ingeo, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e
difeso dall'avvocato Luisa Gracili, con domicilio eletto presso il suo studio in
Firenze, via dei Servi 38;

contro

Comune di Chiusdino, Unione dei Comuni della Val di Merse, in persona del
legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dall'avvocato Eugenio Dalli
Cardillo, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, piazza Isidoro del
Lungo 1;
Centrale Unica di Committenza della Unione dei Comuni della Val di Merse non
costituita in giudizio;

nei confronti di

Federico Costi, Studio Associato della Lena/Amerighi/Amerighi, Studio Associato Mannelli/Ginanni/Andreini, Lorenzo Lupi, Beatrice Sestito non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- dell'aggiudicazione definitiva dei servizi di direzione lavori e delle prestazioni correlate (coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, misura e contabilità lavorazioni, supporto al RUP) per i lavori di realizzazione di un impianto di teleriscaldamento alimentato a fonte geotermica per l'abitato di Chiusdino – 1° stralcio. CIG 6789192A77 di cui alla determina 25 gennaio 2017, n. 23 (ALL. 1)

- dell'avviso di aggiudicazione del 27 gennaio 2017 (ALL. 2);

- di ogni altro provvedimento presupposto, connesso e consequenziale, ivi richiamato anche se non conosciuto, compresi, ove occorra in parte qua e per quanto di interesse, a titolo meramente riepilogativo e non esaustivo:

o tutti gli atti adottati dalla stazione appaltante in ordine alla procedura di gara ivi espressamente inclusi i verbali delle operazioni di gara, le determinazioni della commissione giudicatrice, le determinazioni di approvazione dei verbali di gara, gli atti di verifica dell'anomalia, i verbali di gara relativi alla verifica dei requisiti nonché di tutti gli atti allegati ai medesimi;

nonché infine la nota 27 gennaio 2017 del Presidente della Commissione di gara e in via subordinata,

per l'annullamento e/o dichiarazione di inefficacia, previa sospensione, del contratto di affidamento de quo ove medio tempore stipulato e per la dichiarazione di subentro della ricorrente nel medesimo contratto e per l'accertamento e la condanna al risarcimento dei danni patiti e patendi dalla ricorrente in conseguenza dei provvedimenti impugnati da quantificarsi, eventualmente in via equitativa, anche in corso di causa e, in via subordinata ove necessario,

per l'annullamento integrale e conseguente rinnovo della procedura di gara e per ogni consequenziale provvedimento di legge.

e con il ricorso incidentale presentato da Ghelardi Emanuele:

per l'annullamento

- dell'art. 5 del disciplinare di gara per affidamento dei servizi di direzione lavori e delle prestazioni correlate (coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, misura e contabilità lavorazioni, supporto del RUP) per i lavori di realizzazione di un impianto di teleriscaldamento alimentato a fonte geotermica per l'abitato di Chiusdino – 1° stralcio. CIG 6789192°77 di cui alla determina 25 gennaio 2017, n. 23, nella parte in cui è inteso ad escludere dalla gara gli ingegneri laureati in meccanica e abilitati anteriormente al 2001 che siano iscritti alla sezione A - ingegneri civili e ambientali

- dell'atto di numero incognito con cui è stato ammessa alla gara de qua R.t.i. Energard

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Chiusdino e di Unione dei Comuni della Val di Merse;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente Emanuele Ghelardi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 aprile 2017 il dott. Bernardo Massari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Premesso che:

- con determina n. 236 dell'11 agosto 2016 n. 236 la Centrale Unica di Committenza dell'Unione dei Comuni della Val di Merse bandiva una procedura aperta per l'affidamento dei servizi di direzione lavori e delle prestazioni correlate per i lavori di realizzazione di un impianto di teleriscaldamento alimentato da fonte geotermica per l'abitato di Chiusdino;
- alla gara erano ammessi "gruppi" e/o raggruppamenti di professionisti (composti da almeno 4 soggetti) di cui il mandatario e capogruppo avrebbe dovuto essere in possesso, tra l'altro, del requisito del possesso della laurea magistrale o quinquennale in Ingegneria nel settore civile ovvero in architettura;
- la Commissione di gara, dopo la valutazione dei requisiti di ammissione, non procedeva alla pubblicazione sul profilo internet della stazione appaltante delle notizie di cui all'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, fino alla comunicazione di aggiudicazione, pubblicata il 27 gennaio 2017;
- all'esito dello scrutinio delle domande di partecipazione la gara veniva aggiudicata al RTI con capogruppo l'ing. Emmanuele Ghelardi, con punti 91,905, mentre al secondo posto, con punti 78,105, si collocava il RTI Energard s.r.l., considerato che:
 - quest'ultimo impugnava il provvedimento di aggiudicazione contestando l'inammissibilità della partecipazione alla gara del Raggruppamento vincitore per difetto dei requisiti minimi di partecipazione; la necessità di escludere il Raggruppamento vincitore giacché sarebbe dimostrato che il medesimo era a conoscenza di informazioni riservate non accessibili a tutti i concorrenti con conseguente violazione della par condicio; che l'esito della gara sarebbe in ogni caso viziato per la sopravvalutazione dell'offerta dell'aggiudicatario;
 - l'amministrazione intimata e il RTI Ghelardi si costituivano in giudizio, quest'ultimo dispiegando anche ricorso incidentale con cui, a sua volta, censurava l'ammissione alla gara del RTI ricorrente;

- nella camera di consiglio del 5 aprile 2017, sussistendone i presupposti, il ricorso veniva trattenuto per la decisione con sentenza in forma semplificata;

ritenuto che:

- in linea di principio, quando il ricorso incidentale è finalizzato a contestare la legittimazione del ricorso principale - ossia il c.d. ricorso incidentale escludente o paralizzante, essendo dedotte censure relative all'accertamento dei requisiti soggettivi di partecipazione alla gara del ricorrente principale o dei requisiti oggettivi della sua offerta, - il suo esame deve necessariamente assumere carattere pregiudiziale (T.A.R. Toscana, Sez. I, 14 ottobre 2016, n. 1460, Cons. Stato, ad. plen. n. 4/2011);

- tuttavia, nel caso di palese infondatezza, irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità del ricorso principale, il Giudice può, per ragioni di economia processuale, esaminarlo in via prioritaria e ciò in quanto l'accoglimento del ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente escluso nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento, atteso che ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri al fine di far constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare, con l'eventuale necessità di ripetizione della gara (Corte di Giustizia - 5 aprile 2016, n. 689, causa C-689/13);

- da quanto sopra segue che la *“dequotazione del tradizionale tema, affrontato ex professo dall'Adunanza Plenaria n. 9/2014 proprio sulla rima di tale verifica, dell'inversione dell'ordine di esame del ricorso incidentale escludente e di quello principale, potendo in conseguenza essere ristabilito l'ordine prioritario di esame del ricorso principale non soltanto per il caso di una sua manifesta infondatezza, ma anche in tutte le ipotesi, come quella oggi in discussione, nelle quali risulti applicabile il principio di marca europea più sopra richiamato”* (Cons. Stato, sez. III,

26 agosto 2016 n. 3708; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 6 dicembre 2016 n. 1012; T.A.R. Lazio, sez. III, 30 giugno 2016 n. 7532)

- nel caso all'esame, come fatto cenno, il ricorso incidentale è volto proprio a contestare l'ammissione alla gara del RTI ricorrente di cui viene rilevata l'assenza di alcuni requisiti di ammissione nonché, in via subordinata, del bando di gara;

- tuttavia, l'irricevibilità e l'infondatezza del ricorso principale per le accennate ragioni di economia processuale impongono in via prioritaria il suo esame;

rilevato che:

- le censure di cui al primo motivo sono volte a contestare la mancanza, in capo al RTI aggiudicatario, dei requisiti di partecipazione avuto riguardo alla circostanza che il mandatario non sarebbe in possesso del requisito professionale richiesto dalla legge di gara, ossia la laurea specialistica in ingegneria civile;

- l'art. 120, co. 2 bis, c.p.a. dispone che *“Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante” e “l'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale”*;

- la norma in parola non pone dubbi interpretativi conseguendone l'irricevibilità del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione nel quale si sollevano censure contro il provvedimento di ammissione dell'aggiudicatario che, come tali, avrebbero dovuto essere tempestivamente proposte entro il termine di cui all'art. 120, comma 2 bis c.p.a. (T.A.R. Campania, sez. VIII, 2 febbraio 2017, n. 696, T.A.R. Lazio, sez. I, 4 aprile 2017, n. 4190);

- non può convenirsi con la tesi di parte ricorrente secondo cui il ricorso sarebbe tempestivo non avendo la stazione appaltante provveduto alla pubblicazione del provvedimento di ammissione alla gara dei concorrenti con le modalità previste

dall'art. 29, d.lgs. n. 50/2016 sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", con l'applicazione delle disposizioni di cui al d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33;

- invero, anche a prescindere dalla pubblicazione del provvedimento de quo con le modalità di cui al citato art. 29 (che controparte contesta essere avvenuto) non può esservi dubbio che parte ricorrente ne fosse a conoscenza, dal momento che la stazione appaltante aveva provveduto ad informarla in data 27.10.2016 con comunicazione e-mail, allegando il verbale della seduta pubblica appena conclusa recante i punteggi conseguiti da ciascun operatore economico e dunque anche l'ammissione alla gara degli RTP partecipanti;

- in ogni caso in data 17.11.2016 la ricorrente contestava all'Amministrazione l'ammissione alla gara del RTP primo classificato mostrando così la piena conoscenza dell'ammissione alla gara del RTP Ghelardi;

- la vigenza dell'art. 29, d.lgs. n. 50/2016 non reca motivi per discostarsi, anche nella materia della contrattualistica pubblica, dal consolidato principio per cui in difetto della formale comunicazione dell'atto e nel caso in cui il ricorrente viene ad aver contezza dell'atto prima della sua comunicazione formale, il termine di impugnazione decorre dal momento dell'avvenuta conoscenza dell'atto purché siano percepibili quei profili che ne rendono evidente l'immediata e concreta lesività per la sfera giuridica dell'interessato (tra le tante, Cons. Stato, sez. III, 17 marzo 2017 n. 1212; id., sez. IV, 19 agosto 2016 n. 3645;

- per conseguenza il ricorso proposto solo in data 24 febbraio 2017 deve per tale profilo dichiararsi irricevibile;

considerato che:

- parte ricorrente propone un secondo ordine di censure finalizzate all'esclusione del Raggruppamento aggiudicatario in quanto la lettura della sua offerta tecnica dimostrerebbe la conoscenza di informazioni riservate che gli avrebbero

consentito, violando palesemente la par condicio, di approntare un'offerta cui per tale motivo sarebbe stato attribuito un punteggio migliore;

- in particolare dalla *“relazione tecnico illustrativa sulle modalità di svolgimento delle prestazioni”*, sarebbe evincibile che il controinteressato era stato posto a conoscenza degli elaborati dell'offerta tecnica e dell'offerta migliorativa presentati, dall'aggiudicatario provvisorio, nella gara per l'esecuzione dei lavori di realizzazione dell'impianto di teleriscaldamento, svoltasi parallelamente ed aggiudicata solo il 16 gennaio 2017, in relazione ai quali è stata svolta la gara di cui si controverte per la direzione dei predetti lavori;

- la circostanza ora narrata è ammessa dalla stessa amministrazione quando (pag. 16 della prima memoria) si afferma che *“il Geom. Andrea Demi, in qualità di soggetto autorizzato dall'operatore economico aggiudicatario dell'appalto di opere, ha concesso all'odierno controinteressato di prendere visione ed estrarre copia degli elaborati presentati per la partecipazione alla gara relativa all'esecuzione del teleriscaldamento del Comune di Chiusdino”*;

- contrariamente all'assunto del Comune secondo cui quegli atti sarebbero stati ormai pubblici, in realtà, ai sensi dell'art. 53, co. 3, d.lgs. n. 50/2016, *“gli atti di cui al comma 2”*, ossia le offerte delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici *“non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti”* fino al momento dell'aggiudicazione che, nel caso di specie è avvenuta, come già anticipato, il 16 gennaio 2017, cioè dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte della gara di cui si controverte;

osservato che:

- tuttavia, dall'esame degli atti di causa emerge, per un verso, che la Commissione di gara non ha tenuto conto in alcun modo nella valutazione dell'offerta tecnica delle informazioni irrualmente acquisite dal RTI Ghelardi e, per altro verso, che il disciplinare di gara non consentiva di acquisire alcun particolare vantaggio dalla conoscenza dell'offerta dell'impresa che si è aggiudicato l'appalto di lavori e,

quindi, alcun punteggio ulteriore appare essere stato attribuito alle miglieorie o alla particolare conoscenza del progetto dell'ATI aggiudicataria;

- in ogni caso posto che, per il criterio “Concrete modalità di espletamento del servizio”, è stato attribuito alla controparte il punteggio massimo previsto dal disciplinare (15 punti), solo ipotizzando l'assegnazione di un punteggio pari o inferiore a 2 la censura supererebbe la prova di resistenza in ordine all'interesse a dedurla giacché la differenza di punteggio tra i due concorrenti è risultata, a conclusione della gara, superiore a 13 punti, seguendone che la doglianza si palesa meramente dubitativa e non adeguatamente provata quanto al profilo dell'interesse alla sua allegazione; considerato che:

- con il terzo motivo parte ricorrente lamenta che la commissione avrebbe sopravvalutato l'offerta dell'aggiudicataria sia in ordine all'elemento B) “Approccio metodologico” che all'elemento C) “Gruppo di lavoro, organizzazione e qualifica del personale effettivamente utilizzato nell'appalto” che, infine, in ordine all'elemento D) “Concrete modalità di espletamento del servizio” non avrebbe potuto essere attribuito alcun punteggio essendo il controinteressato venuto in possesso di notizie ulteriori e diverse da quelle degli altri candidati;

- nelle gare pubbliche le valutazioni operate dalle commissioni giudicanti in ordine alle offerte tecniche presentate dalle imprese concorrenti, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti (*ex multis*, Cons. St., sez. V, 26 marzo 2014, n. 1468);

- nella fattispecie parte ricorrente si limita a contrapporre alle valutazioni della Commissione giudicatrice il proprio convincimento soggettivo circa la maggiore meritevolezza della sua offerta tecnica rispetto a quella dell'aggiudicatario e,

dunque, articola censure che si svolgono nel campo della mera opinabilità di tali apprezzamenti;

- non è *"sufficiente che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile, in quanto il giudice amministrativo non può sostituire - in attuazione del principio costituzionale di separazione dei poteri - proprie valutazioni a quelle effettuate dall'autorità pubblica, quando si tratti di regole (tecniche) attinenti alle modalità di valutazione delle offerte"* (Cons. Stato, V, 28 ottobre 2015, n. 4942, id., sez. V, 26 maggio 2015, n. 2615);

ritenuto che:

- per le ragioni esposte il ricorso principale debba in parte dichiararsi irricevibile e in parte rigettato;

- conseguentemente, il ricorso incidentale va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse atteso che nessun vantaggio il RTI controinteressato potrebbe ritrarre dal suo accoglimento;

- le spese del giudizio vanno regolate secondo il principio di soccombenza come da liquidazione fattane in dispositivo;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- dichiara in parte irricevibile e in parte rigetta il ricorso principale;

- dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Condanna la parte ricorrente alla rifusione delle spese di lite che si liquidano in € 3000,00 in favore di ciascuna delle controparti.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 5 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere, Estensore

Gianluca Bellucci, Consigliere

L'ESTENSORE
Bernardo Massari

IL PRESIDENTE
Armando Pozzi

IL SEGRETARIO

LAVORIPUBBLICI.IT