

Apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica: seduta pubblica o seduta privata?

Scritto da Carmelo Anzalone
Lunedì 14 Gennaio 2013 15:27 -

N. 68/2013 Reg. Prov. Coll. N. 6945 Reg. Ric. ANNO 2012 REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Ter) ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6945 del 2012, proposto dalla: società D. s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Gennaro Terracciano e Vincenzo Barasso, elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Terracciano, in Roma, in via Arenula n. 34;

contro

società A. s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Damiano Lipani, Francesca Sbrana, Laura Mammuccari e Alessandro Cantelmo, e elettivamente domiciliato presso lo studio Lipani & Partners, in Roma, alla via Vittoria Colonna n. 40;

nei confronti di

ditta P. s.n. c., in proprio e nella qualità di mandataria del R.T.I. con le ditte AR. s.r.l., PO. s.r.l. e G. s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Aquillaci e Stefano Nappa, e elettivamente domiciliato presso lo studio, in Roma, via Giulio Cesare n. 78;

per l'annullamento

- della nota della società A. s.p.a., di cui al prot. n. 40052/U del 19.7.2012, notificata a mezzo fax in pari data, contenente la comunicazione, ai sensi del comma 5 dell'articolo 79 del d.Lgs. n. 163 del 2006, dell'aggiudicazione definitiva al costituendo R.T.I., composto dalle ditte P. s.n. c. AR. s.r.l., PO. s.r.l. e G. s.r.l., della procedura di gara per l'affidamento del servizio di manutenzione, per un periodo di 36 mesi, su autotelai cabinati e complessivi meccanici I.-F. nel parco aziendale dell'A. s.p.a.;

- della determinazione della società A. s.p.a. n. 77/2012 del 21.6.2012, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva al costituendo R.T.I. della gara di cui trattasi;

- dell'unico verbale del 12.3.2012, relativo alle sedute di gara del 19.11.2011, 16.12.2011, 10.2.2012, 2.3.2012, 4.7.2011 e 12.3.2012;

- di ogni altro provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale e, in particolare, ove occorra, dell'articolo 10 del disciplinare di gara nonché del provvedimento, di estremi sconosciuti, di nomina della commissione di gara, con riserva della presentazione di eventuali motivi aggiunti;

Apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica: seduta pubblica o seduta privata?

Scritto da Carmelo Anzalone
Lunedì 14 Gennaio 2013 15:27 -

e per il risarcimento in forma specifica e per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente sottoscritto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della società A. s.p.a. e delle società P. s.n.c., Raggruppamento Officine Meccaniche Arma s.r.l., PO. s.r.l. e Autofficina Gb s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 novembre 2012 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

Con il ricorso in trattazione la società D. s.p.a. (d'ora in poi soltanto Drive) ha impugnato, chiedendone l'annullamento, la determinazione della società A. s.p.a. n. 77/2012 del 21.6.2012, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva al costituendo R.T.I. composto dalle ditte P. s.n. c. AR. s.r.l., PO. s.r.l. e G. s.r.l. della gara di cui trattasi - nonché la relativa comunicazione, ai sensi del comma 5 dell'articolo 79 del d.Lgs. n. 163 del 2006, di cui al prot. n. 40052/U del 19.7.2012- l'unico verbale del 12.3.2012, relativo alle sedute di gara del 19.11.2011, 16.12.2011, 10.2.2012, 2.3.2012, 4.7.2011 e 12.3.2012 e, ove ritenuto necessario od opportuno, l'articolo 10 del disciplinare di gara e il provvedimento, di estremi sconosciuti, di nomina della commissione di gara, con riserva della presentazione di eventuali motivi aggiunti, con contestuale richiesta di risarcimento in forma specifica e dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato.

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

1- Violazione e falsa applicazione degli articoli 38 e 83 del d.Lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere per violazione dell'articolo 97 della Costituzione e dei principi di giusto procedimento, trasparenza, imparzialità della pubblica amministrazione nonché di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione, buona fede, correttezza e affidamento del privato.

Il RTI aggiudicatario, secondo quanto emerge dalle visure catastali acquisite dalla ricorrente, non avrebbe la disponibilità di tutte le superfici necessarie per lo svolgimento dell'attività di cui trattasi; inoltre emergerebbero alcune discrepanze anche relativamente al numero degli addetti dedicati allo svolgimento delle prestazioni oggetto dell'appalto nonché alle relative qualifiche e mansioni per come indicate nell'offerta tecnica presentata e nel progetto tecnico, con i conseguenti riflessi relativamente al numero delle postazioni cui devono essere assegnati tecnici specializzati e pertanto dotati della necessaria qualifica professionale.

Apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica: seduta pubblica o seduta privata?

Scritto da Carmelo Anzalone
Lunedì 14 Gennaio 2013 15:27 -

2- Violazione e falsa applicazione dell'articolo 83 del d.Lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere per violazione dell'articolo 97 della Costituzione e dei principi di giusto procedimento, trasparenza, imparzialità della pubblica amministrazione nonché di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione, buona fede, correttezza e affidamento del privato.

In conseguenza della censura che precede, la commissione avrebbe dovuto attribuire al RTI aggiudicatario un punteggio riferito all'offerta tecnica inferiore rispetto a quello ottenuto, con particolare riferimento al criterio denominato "strutture fisiche di impresa" per il quale è prevista l'attribuzione di un punteggio di massimo n. 12 punti.

3- Violazione e falsa applicazione degli 37, 38 e 83 del d.Lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere per violazione dell'articolo 6.1 del capitolato tecnico di gara, dell'articolo 97 della Costituzione e dei principi di giusto procedimento, trasparenza, imparzialità della pubblica amministrazione nonché di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione, buona fede, correttezza e affidamento del privato.

Il RTI aggiudicatario non avrebbe la disponibilità delle apparecchiature e delle attrezzature per la prova dei cambi automatici ZF e A., nell'ambito dei cd. "Complessivi di rotazione", ossia dei motori e cambi automatici in scorta in misura minima, con la conseguenza che dovrebbe ricorrere alla manodopera di terzi, in tal modo concretizzandosi un subappalto che, tuttavia, non è stato dichiarato in sede di gara.

4- Eccesso di potere per violazione dell'articolo 7 del disciplinare di gara e per violazione dell'articolo 97 della Costituzione e dei principi di giusto procedimento, trasparenza, imparzialità della pubblica amministrazione nonché di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione, buona fede, correttezza e affidamento del privato.

Il RTI aggiudicatario non avrebbe presentato, per entrambi i lotti, i listini I.-F. e A. richiesti, a pena di esclusione dalla gara, dall'articolo 7 del disciplinare di gara.

In via subordinata la società ricorrente deduce i seguenti ulteriori motivi:

5- Violazione e falsa applicazione dell'articolo 2 del d.Lgs. n. 163 del 2006 e dell'articolo 2 della Direttiva 2004/18/CE ed eccesso di potere per violazione dell'articolo 10 del disciplinare di gara, dell'articolo 97 della Costituzione e dei principi di giusto procedimento, trasparenza, imparzialità della pubblica amministrazione nonché di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione, buona fede, correttezza e affidamento del privato.

L'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche presentate con riferimento ad entrambi i lotti sarebbe stata effettuata in seduta riservata invece che in seduta pubblica come richiesto dall'articolo 10 del disciplinare di gara (pagg. 41 e 42), in contrasto, tuttavia, con la giurisprudenza in materia che vuole assicurare il rispetto il principio di trasparenza.

6- Violazione e falsa applicazione dell'articolo 2 del d.Lgs. n. 163 del 2006 e dell'articolo 2 della Direttiva 2004/18/CE ed eccesso di potere per violazione dell'articolo 10 del disciplinare di gara,

Apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica: seduta pubblica o seduta privata?

Scritto da Carmelo Anzalone
Lunedì 14 Gennaio 2013 15:27 -

dell'articolo 97 della Costituzione e dei principi di giusto procedimento, trasparenza, imparzialità della pubblica amministrazione nonché di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione, buona fede, correttezza e affidamento del privato.

Dalla lettura dell'unico verbale di gara emergerebbe che la commissione non ha predisposto alcuna specifica cautela a tutela dell'integrità dei plichi contenenti le offerte, obbligo che discenderebbe direttamente dalla legge.

7- Violazione e falsa applicazione degli articoli 1, 3, 9 e 10 della legge n. 241 del 1990 e dell'articolo 83 del d.Lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere per violazione dell'articolo 9 del disciplinare di gara, dell'articolo 97 della Costituzione e dei principi di giusto procedimento, trasparenza, imparzialità della pubblica amministrazione nonché di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione, buona fede, correttezza e affidamento del privato.

Dalla lettura dell'unico verbale di gara non si evincerebbe in alcun modo sulla base di quali parametri, criteri e sub-criteri la commissione abbia proceduto all'attribuzione dei punteggi relativi all'offerta tecnica né sarebbe possibile ricondurre il singolo punteggio ad uno specifico criterio o sub-criterio; e le medesime considerazioni varrebbero anche per il punteggio attribuito all'offerta economica.

8- Violazione e falsa applicazione degli articoli 1, 3, 9 e 10 della legge n. 241 del 1990 e dell'articolo 83 del d.Lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere per violazione dell'articolo 9 del disciplinare di gara, dell'articolo 97 della Costituzione e dei principi di giusto procedimento, trasparenza, imparzialità della pubblica amministrazione nonché di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione, buona fede, correttezza e affidamento del privato.

Il criterio di attribuzione del punteggio relativo alla voce "Strutture fisiche di impresa" per il quale è previsto un punteggio massimo di n. 12 punti sarebbe connotato da ampia discrezionalità, con la conseguenza che il mero punteggio numerico non potrebbe essere ritenuto motivazione sufficiente.

9- Violazione dell'articolo 84 del d.Lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere per violazione dell'articolo 97 della Costituzione e dei principi di giusto procedimento, trasparenza, imparzialità della pubblica amministrazione nonché di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione, buona fede, correttezza e affidamento del privato.

La commissione giudicatrice dell'appalto di cui trattasi, secondo quanto emergerebbe dall'unico verbale di gara, sarebbe costituita da un solo membro, ossia dal Presidente, nella persona dell'ING. G. D..

L'A. s.p.a.(d'ora in poi solo A.) si è costituita in giudizio con comparsa di mera forma in data 5.9.2012.

La società P. s.n. c. (d'ora in poi soltanto P.) si è costituita in giudizio con comparsa di mera forma in data 11.9.2012.

Apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica: seduta pubblica o seduta privata?

Scritto da Carmelo Anzalone
Lunedì 14 Gennaio 2013 15:27 -

Le società G., PO. s.r.l. ed il Raggruppamento AR. s.r.l. si sono costituiti in giudizio con comparsa di mera forma in data 24.9.2012.

La società P. s.n. c. ha depositato documentazione in data 24.9.2012.

L'A. ha depositato memoria difensiva in data 24.9.2012, con la quale ha dedotto l'inammissibilità nonché l'infondatezza nel merito del ricorso.

Con l'ordinanza n. 3475/2012 del 27.9.2012 è stata fissata l'udienza di trattazione nel merito del ricorso ed è stata accolta nelle more l'istanza di sospensione dell'esecutività dei provvedimenti impugnati.

La ricorrente e una delle società controinteressate hanno depositato documentazione in data 24.10.2012.

La ricorrente, con la memoria del 29.10.2012, dopo avere ribadito tutte le censure di cui al ricorso introduttivo, ha ulteriormente argomentato alla luce della documentazione versata in atti; in particolare sono state richiamate le puntuali deduzioni di cui alla relazione peritale di parte del 22.10.2012, depositata agli atti in data 24.10.2012, sia in relazione alla consistenza delle superfici dichiarate che alle conseguenti postazioni di lavoro collocabili all'interno dei manufatti ed è stata effettuata un'approfondita disanima di tutti i contratti prodotti. Ha, quindi, insistito ai fini dell'esclusione dalla gara del RTI aggiudicatario in quanto avrebbe reso dichiarazioni false e mendaci in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione.

La ricorrente ha, altresì, più approfonditamente argomentato relativamente al quinto motivo di ricorso, ribadendo la presentazione esclusivamente in via subordinata, soffermandosi sulla disciplina introdotta dall'articolo 12 del D.L. n. 52 del 2012, il quale non consentirebbe di ritenere l'inoperatività del principio che ne è alla base anche per le gare nelle quali alla data di entrata in vigore della norma si era già proceduto all'apertura delle buste, proprio sulla base della giurisprudenza in materia antecedente sostanzialmente recepita con la norma in questione.

La società P., con la memoria del 29.10.2012, ha ribadito le proprie difese.

L'A., con la memoria difensiva del 29.10.2012, dopo avere ripercorso l'intera vicenda in punto di fatto ed avere richiamato in toto le difese già in precedenza svolte, ha ulteriormente argomentato l'infondatezza del ricorso; in particolare ha sollevato la questione di giurisdizione con riferimento al primo ed al terzo motivo di ricorso in quanto sostanzialmente attinenti alla successiva fase dell'esecuzione del contratto nonché l'inammissibilità dei motivi di ricorso per genericità nonché per assoluta mancanza di prova, in quanto formulati in forma dubitativa e comunque basati su mere supposizioni assolutamente indimostrate. Nel merito ha argomentatamente dedotto l'infondatezza di tutti i motivi per le seguenti considerazioni:

quanto al primo motivo (superfici disponibili):

- inidoneità dello strumento della visura catastale, peraltro solo parziali;

Apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica: seduta pubblica o seduta privata?

Scritto da Carmelo Anzalone

Lunedì 14 Gennaio 2013 15:27 -

- mancata valutazione delle aree non di proprietà ma rientranti nella disponibilità della società;
- mancata indicazione della norma di legge che prevede l'esclusione dalla gara nel caso in questione;
- confusione tra i requisiti minimi di capacità tecnico-organizzativa (pacificamente posseduti dal RTI aggiudicatario) e gli impegni assunti negozialmente, il cui adempimento va verificato esclusivamente nella successiva fase dell'esecuzione del contratto;

quanto al secondo motivo (postazioni di lavoro):

- la dimensione delle superfici dedicate all'erogazione dei servizi non costituisce criterio di attribuzione di un punteggio maggiore all'interno della relativa voce "Strutture fisiche di impresa";
- attinenza del numero delle postazioni offerte non alla voce indicata in ricorso "Strutture fisiche di impresa" bensì alla diversa voce "numero di postazioni di lavoro equipaggiate" su cui nulla è stato rilevato;
- riconoscimento di un numero di postazioni di lavoro equipaggiate superiore al minimo indicato con conseguente attribuzione del relativo punteggio, indipendentemente dall'esatto numero delle stesse;
- anche riconoscendo la disponibilità di soli n. 50, invece che n. 56 come dichiarati nell'offerta, "addetti messi a disposizione" si sarebbe potuto attribuire il punteggio massimo previsto per la detta voce, atteso che il range tra il minimo ed il massimo era davvero esiguo;

quanto al terzo motivo (servizio di gestione dei ricambi-complessivi di rotazione):

- le regola della gara non impedivano che il concorrente si dotasse in un momento successivo della struttura organizzativa necessaria al fine e, comunque, l'affidamento a terzi della sola attività di revisione dei cambi automatici, non costituirebbe sub-appalto, in quanto di valore inferiore al minimo di cui all'articolo 118 del codice appalti;

quanto al quarto motivo (listini prezzi dei pezzi di ricambio):

- i listini sono stati presentati per entrambi i lotti su supporto informatico, non rilasciati in sede di accesso agli atti, per la mancata specificazione al riguardo da parte dell'interessata;

quanto al quinto motivo (apertura buste offerta tecnica in seduta riservata):

- onere di immediata impugnazione dell'articolo 10 del disciplinare;
- valore sanante delle condotte pregresse ad opera del richiamato articolo 12, comma 2, del D.L. n. 7.5.2012;

Apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica: seduta pubblica o seduta privata?

Scritto da Carmelo Anzalone
Lunedì 14 Gennaio 2013 15:27 -

quanto al sesto motivo (mancata indicazione delle cautele di conservazione dei plichi):

- la mancata dettagliata indicazione delle cautele di cui trattasi è inidonea a determinare l'illegittimità dei verbali e della gara se in concreto non si è verificata l'alterazione dei plichi o se comunque l'interessato non ha fornito elementi indiziari al riguardo;

quanto al settimo motivo (iter logico di assegnazione dei punteggi dell'offerta tecnica e dell'offerta economica):

- sufficienza dell'attribuzione dei punteggi economici in quanto nessuno dei criteri di cui al bando è indefinito o caratterizzato da eccessiva discrezionalità (nemmeno quello relativo alle "strutture fisiche di impresa");
- indicazione dei punteggi attribuiti nel medesimo ordine di indicazione dei criteri di valutazione nel disciplinare di gara;

quanto all'ottavo motivo (mancanza di un giudizio motivato sul punteggio relativo alla voce "strutture fisiche di impresa"):

- non necessità del giudizio motivato attesa la presenza di numerosi sub-criteri dettagliati e la valutazione legata a parametri prettamente numerici.

Con memoria di replica del 31.10.2012 la ricorrente ha diffusamente controdedotto alle memorie avversarie, ribadendo l'irrilevanza della documentazione prodotta dalla controinteressata relativamente alle superfici di cui avrebbe la disponibilità in quanto i contratti o non sono stati registrati o sono scaduti e manca l'attestazione di rinnovo o non indicano in modo puntuale la consistenza delle aree o non puntualizzano in ordine alla destinazione dei manufatti se in possesso o meno delle caratteristiche necessarie per l'utilizzazione come autofficine. La ricorrente ha ribadito inoltre la correttezza dei calcoli effettuati nella perizia tecnica per l'individuazione del numero delle postazioni di lavoro; ha infine controdedotto alle eccezioni osservando, quanto al difetto di giurisdizione, che le censure non attengono alla fase di esecuzione del contratto ma sono volte all'esclusione dell'aggiudicatario dalla gara o comunque all'attribuzione di un punteggio inferiore, quanto al difetto di interesse per genericità, che le censure sono basate su documentazione puntuale e sono specifiche nelle indicazioni, quanto alla irricevibilità, che si tratta di clausola del disciplinare non direttamente lesiva e pertanto non immediatamente impugnabile.

Con memoria di replica del 2.11.2012 l'A., dopo essersi riportata ai precedenti scritti difensivi - insistendo sulla circostanza che gli atti di gara consentivano di acquisire la disponibilità delle aree dichiarate anche successivamente all'aggiudicazione del contratto e che comunque la disponibilità di aree di dimensioni superiori non era requisito di partecipazione né criterio di valutazione dell'offerta - ha chiesto lo stralcio della perizia tecnica di parte del 24.10.2012 ed ha ulteriormente argomentato in ordine all'inapplicabilità, nel caso di specie, del comma 2 dell'articolo 12 del D.L. 7.5.2012.

Apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica: seduta pubblica o seduta privata?

Scritto da Carmelo Anzalone
Lunedì 14 Gennaio 2013 15:27 -

Con memoria di replica del 2.11.2012 la società P. ha a sua volta ribadito l'infondatezza nel merito del ricorso, chiedendo la stralcio della perizia giurata di parte del 24.10.2012.

Alla pubblica udienza del 14.11.2012 il ricorso è stato trattenuto per la decisione alla presenza degli avvocati di parte come da separato verbale di causa.

DIRITTO

In via preliminare alla trattazione nel merito deve essere affrontata la richiesta formulata da parte dell'A. nei propri ultimi scritti difensivi e ribadita in sede di trattazione orale del ricorso, circa lo stralcio dalla documentazione acquisita al giudizio della perizia tecnica di parte dell'Ing. A. C. del 22.10.2012-24.10.2012, in quanto finalizzata esclusivamente a rimettere surrettiziamente ad un terzo la verifica della congruità dell'offerta della controinteressata ed in quanto, nel merito, incentrata sul mero confronto tra le dichiarazioni rese in sede di offerta e le visure camerali relative alle aree di proprietà delle imprese facenti parti del RTI controinteressato.

Il Collegio ritiene di non accogliere l'istanza di stralcio e di acquisire la perizia di parte che, come tale, sarà valutata a fini di completamento istruttorio.

1- Con il primo motivo di impugnativa la società ricorrente ha dedotto che il R.T.I. aggiudicatario non avrebbe la disponibilità di tutte le superfici per lo svolgimento dell'attività di cui trattasi sulla base di quanto emergerebbe in particolare dalle visure catastali acquisite dalla ricorrente; inoltre rileverebbero alcune discrepanze anche relativamente al numero degli addetti dedicati allo svolgimento delle prestazioni oggetto dell'appalto nonché alle relative qualifiche e mansioni per come indicati nell'offerta tecnica presentata e nel progetto tecnico, con i conseguenti riflessi relativamente al numero delle postazioni cui devono essere assegnati tecnici specializzati dotati della necessaria qualifica professionale.

In via preliminare deve essere affrontata l'eccezione di inammissibilità per difetto di giurisdizione formulata dall'A. relativamente alla censura di cui trattasi, in quanto relativa alle dichiarazioni negoziali rese da parte del RTI controinteressato ed al possibile inadempimento dell'aggiudicatario nel corso della fase dell'esecuzione contrattuale.

L'eccezione è destituita di fondamento in quanto, con il predetto motivo, la ricorrente mira dichiaratamente in via principale all'esclusione dalla gara della controinteressata; come puntualizzato negli scritti difensivi successivi, l'esclusione viene dedotta, senza il richiamo ad alcuna puntuale disposizione di legge, sulla base della considerazione che la controinteressata avrebbe reso una falsa dichiarazione in sede di partecipazione alla gara. In via secondaria, invece, mira alla contestazione e pertanto alla riduzione del punteggio attribuito per la suddetta voce. Si tratta, in entrambi i casi, di censure che attengono alla fase della procedura di gara la cui cognizione appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo adito.

In via ulteriormente preliminare deve essere, altresì, affrontata l'eccezione di inammissibilità per genericità del motivo, in quanto, da un lato, si tratterebbe di affermazioni vaghe ed espresse in forma dubitative e, dall'altro, la ricorrente avrebbe omesso di indicare le previsioni di legge o

Apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica: seduta pubblica o seduta privata?

Scritto da Carmelo Anzalone
Lunedì 14 Gennaio 2013 15:27 -

della

lex specialis

di gara sulla base delle quali si sarebbe dovuto procedere all'esclusione della controinteressata.

Anche la predetta eccezione è destituita di fondamento in quanto la ricorrente si è premurata di fornire gli elementi di prova a supporto della censura articolata che rientravano nella propria disponibilità acquisitiva e la formula dubitativa utilizzata nel ricorso è finalizzata non è idonea a togliere l'incisività della censura stessa.

Nel merito il motivo è infondato e va respinto per le seguenti considerazioni.

Con il detto motivo di censura per come articolato con il ricorso introduttivo, la ricorrente ha chiesto esclusivamente, come conseguenza della falsità delle dichiarazioni indicate, relative alle superfici a disposizione, l'esclusione del RTI controinteressato dalla gara; non vi è, invece, alcun riferimento, nemmeno vago, alla rilevanza delle dette false dichiarazioni ai fini dell'attribuzione del conseguente punteggio relativo all'offerta tecnica.

La suddetta prospettazione è stata tuttavia argomentata solo successivamente con il secondo motivo di ricorso.

E, ai fini dell'esclusione dalla partecipazione alla gara è necessario che la presunta falsa dichiarazione riguardi il possesso dei requisiti di carattere generale o dei requisiti di carattere speciale, ossia economico-finanziario e tecnico-organizzativo; nel caso di specie, tuttavia, a prescindere dall'effettiva non rispondenza al vero o meno delle dichiarazioni in questione, manca l'indicato presupposto, atteso che le dichiarazioni di cui trattasi hanno ad oggetto aree e superfici ulteriori rispetto a quelle minime previste negli atti di gara ai fini del possesso dei requisiti speciali di carattere tecnico-organizzativo.

Ed infatti il disciplinare di gara prevedeva, alla pag. 14, al punto 7.6., relativo alla documentazione richiesta, la presentazione di una "dichiarazione ... attestante gli estremi e i riferimenti di almeno un centro di assistenza e/o almeno di una struttura autorizzata per la manutenzione degli autotelai, aventi tutte le caratteristiche (requisiti minimi) prescritti nel Capitolato tecnico ed ubicati nel territorio del Comune di Roma di cui il concorrente dispone ed al/i quale/i potrà rivolgersi A. per le attività di manutenzione oggetto del/i Lotto/i di gara al/i quale/i si partecipa; ovvero attestante il formale impegno a dotarsi, entro la data di --- e, quindi, ai fini della stipula del contratto, di almeno un centro di assistenza e/o almeno di una struttura per la manutenzione degli autotelai, aventi tutte le caratteristiche (requisiti minimi) prescritti nel Capitolato tecnico ed ubicati nel territorio del Comune di Roma a cui potrà rivolgersi A. per le attività di manutenzione oggetto del/i Lotto/i di gara al/i quale/i si partecipa. Si precisa che può essere posseduto e ci si può dotare anche di un solo centro di assistenza o di una sola struttura in grado di svolgere il servizio di manutenzione oggetto del/i Lotto/i di gara al/i quale/i si partecipa".

I punti 7.10 e 7.11 del disciplinare di gara richiedevano alla lett. a) l'allegazione di una relazione nella quale "devono essere indicate le superfici (coperte e scoperte) che si intendono utilizzare per l'erogazione del servizio di manutenzione in oggetto ...".

Apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica: seduta pubblica o seduta privata?

Scritto da Carmelo Anzalone

Lunedì 14 Gennaio 2013 15:27 -

Il capitolato tecnico stabiliva, inoltre, con riferimento alle dette superfici, alla pag. 4, che "L'aggiudicatario dovrà garantire la disponibilità di una superficie di almeno 400 mq per il Lotto 1 ed una superficie di almeno 100 mq per il Lotto 2 adibite alla sosta temporanea dei veicoli A. in attesa dell'intervento" e che "L'aggiudicatario di ciascun lotto dovrà garantire quotidianamente un numero prestabilito di postazioni di lavoro attrezzate (posti di lavoro muniti di ponti sollevatori o fosse di ispezione) corrispondenti rispettivamente a minimo n. 15 postazioni di lavoro per il Lotto 1 e n. 4 postazioni di lavoro per il Lotto 2, suddivise in reparti di officina meccanica ed elettrauto-autronica".

Da quanto sopra riportato, emerge che i requisiti di capacità tecnico-organizzativi richiesti in sede di gara erano esclusivamente:

- un solo centro di assistenza o di una sola struttura in grado di svolgere il servizio di manutenzione;

- la disponibilità di una superficie di almeno 400 mq per il Lotto 1 ed una superficie di almeno 100 mq per il Lotto 2 adibite alla sosta temporanea dei veicoli A. in attesa dell'intervento.

La Commissione di gara era pertanto tenuta unicamente a verificare il possesso dei suddetti requisiti, i quali, pacificamente sono nel possesso del RTI controinteressato, avendo la stessa ricorrente riconosciuto che questo dispone di metrature superiori a quelle minime.

E le medesime considerazioni valgono anche per l'ulteriore censura concernente le postazioni di lavoro - atteso che, anche nella perizia di parte, il consulente riconosce, comunque, l'effettiva disponibilità di aree per una superficie tale da assicurare l'allocazione delle postazioni di lavoro in numero superiore a quello minimo richiesto ai fini della partecipazione alla gara - nonché il numero degli addetti specializzati che la controinteressata si è impegnata a mettere a disposizione dell'amministrazione.

2- Con il secondo motivo la ricorrente ha dedotto che la commissione avrebbe dovuto attribuire al RTI aggiudicatario un punteggio riferito all'offerta tecnica inferiore rispetto a quello ottenuto, con particolare riferimento al criterio denominato "strutture fisiche di impresa" per il quale è prevista l'attribuzione di un punteggio di massimo n. 12 punti.

Anche con riferimento al predetto motivo l'A. ha dedotto l'inammissibilità per difetto di giurisdizione e per genericità delle censure, eccezioni che, per le medesime considerazioni che precedono, devono essere respinte. Con una ulteriore eccezione l'A. ha altresì dedotto l'inammissibilità per difetto di un interesse concreto ed attuale da parte della ricorrente, la quale non avrebbe offerto alcun supporto probatorio idoneo al superamento della prova di resistenza. Si prescinde dall'esame dell'eccezione, attesa la infondatezza nel merito del motivo.

I punti 7.10 e 7.11 del disciplinare di gara richiedevano alla lett. a) l'allegazione di una relazione nella quale "devono essere indicate le superfici (coperte e scoperte) che si intendono utilizzare per l'erogazione del servizio di manutenzione in oggetto ..." e successivamente che sia la relazione di cui alla lett. a) che la dichiarazione di offerta tecnica di cui alla lett. b) "devono,

Apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica: seduta pubblica o seduta privata?

Scritto da Carmelo Anzalone
Lunedì 14 Gennaio 2013 15:27 -

dunque, essere riportati gli elementi necessari per l'attribuzione dei punteggi tecnici inerenti i criteri ed i sub-criteri descritti al successivo Capitolo 9 del presente Disciplinare di Gara".

Il richiamato capitolo 9 individua i criteri di aggiudicazione della gara di cui trattasi alla lett. D) le postazioni di lavoro equipaggiate - per il quale è previsto il punteggio massimo di n. 20 punti - ed alla successiva lett. E) le strutture fisiche di impresa - per il quale è previsto il punteggio massimo di n. 12 punti.

La lett. E) del capitolo 9, dedicata al criterio di cui alla lett. E), ossia alle predette strutture fisiche di impresa, dopo avere indicato come parametri di valutazione la dichiarazione di offerta e la relazione tecnica, ed avere riconosciuto la natura discrezionale del criterio, individua in modo puntuale gli aspetti sulla base del quale si procede all'attribuzione del punteggio relativo, o meglio i sub-criteri, visto che, per ciascuna voce, è indicato il relativo punteggio massimo; i detti sub-criteri sono:

"- il numero degli addetti (personale addetto alla manutenzione suddiviso per mansione con annesso personale di supporto) dedicati all'erogazione del servizio oggetto della presente gara max 3 punti;

- macchinari ed attrezzature disponibili messi a disposizione per l'erogazione del servizio oggetto della presente max 5 punti;

- sistema di gestione del servizio oggetto della presente gara, ovverossia le modalità operative di gestione dei singoli interventi manutentivi max 4 punt"i.

Si premette che il motivo di ricorso è incentrato sul solo criterio di cui alla lett. E), senza alcuna menzione alla precedente lett. D), con la conseguenza che le argomentazioni svolte con riferimento alle postazioni di lavoro equipaggiate, contenute nel precedente motivo, non possono entrare nella trattazione del detto secondo motivo; soltanto con la memoria di replica, non notificata, la ricorrente ha dedotto che l'erroneità nell'indicazione delle postazioni di lavoro avrebbe dovuto condurre la commissione, se non a deliberare l'esclusione della controinteressata, almeno all'attribuzione di un diverso e minore punteggio per il suddetto criterio.

Per quanto attiene, invece, alle strutture fisiche di impresa è evidente che l'entità della superficie delle aree indicate nella relazione e nell'offerta tecnica come rientranti nella piena disponibilità della società controinteressata - sebbene avrebbe potuto astrattamente essere ricondotta in particolare al criterio sub lett. E) - in realtà non rientra nell'ambito dei puntuali sub-criteri in precedenza riportati.

Non si vede in quale modo, pertanto, le eventuali false dichiarazioni al riguardo abbiano potuto influenzare il punteggio attribuito dalla commissione alla controinteressata per il detto complessivo criterio.

3- Con il terzo motivo è stato dedotto che il RTI controinteressato - come emergerebbe dal riscontro degli elenchi delle apparecchiature fornite dalle ditte in allegato al progetto - non

Apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica: seduta pubblica o seduta privata?

Scritto da Carmelo Anzalone
Lunedì 14 Gennaio 2013 15:27 -

avrebbe la disponibilità delle apparecchiature e delle attrezzature per la prova al banco dei cambi automatici Z. e A., nell'ambito dei cd. "Complessivi di rotazione", ossia dei motori e cambi automatici in scorta in misura minima, con la conseguenza che dovrebbe ricorrere alla manodopera di terzi, in tal modo concretizzandosi un subappalto che, tuttavia, non è stato dichiarato in sede di gara e che, pertanto, la controinteressata doveva essere esclusa dalla partecipazione alla gara.

Anche con riferimento al detto motivo di ricorso, l'A. ha dedotto l'inammissibilità per genericità; si ritiene, tuttavia, di potere prescindere dall'esame dell'eccezione, attesa la infondatezza nel merito del motivo.

Il Capitolato tecnico richiede, al punto 6.1, alle pagg. 10 e 11, che la ditta assicuri una scorta minima di dispositivi meccanici di ricambio - ossia motori e cambi automatici - da installare sui veicoli in manutenzione nella propria officina al fine di ridurre i tempi di fermo dei veicoli, qualificati in termini di "Complessivi di rotazione", da riservare ad uso esclusivo del committente.

La detta assicurazione è contenuta nell'offerta della controinteressata né il capitolato specifica secondo quali modalità specifiche debba essere garantita la scorta minima dei detti complessivi di rotazione; né, infine, la ricorrente fornisce effettivi elementi di prova in merito, limitandosi a dedurre che, dal riscontro degli elenchi delle apparecchiature fornite dalle ditte in allegato al progetto, la stessa risulterebbe non possedere, in particolare, le apparecchiature e le attrezzature per la prova al banco dei cambi automatici; ma soprattutto, va aggiunto, oggetto della prescrizione è l'assicurazione della scorta minima di complessivi di rotazione e l'eventuale inadempimento alla prescrizione può effettivamente essere verificato da parte dell'amministrazione soltanto nella successiva fase dell'esecuzione del contratto.

4- Con il quarto motivo di impugnazione la ricorrente ha dedotto che il RTI controinteressato non avrebbe presentato, per entrambi i lotti, i listini I.-F. e A. richiesti, a pena di esclusione dalla gara, dall'articolo 7 del disciplinare di gara.

Il motivo è infondato in punto di fatto in quanto, come risulta dall'esame della documentazione versata in atti, il RTI controinteressato ha correttamente adempiuto all'indicata prescrizione del disciplinare di gara, avendo prodotto, all'interno delle buste C1 e C2, recanti le offerte economiche per i lotti n. 1 e n. 2, i listini richiesti, utilizzando appositi supporti informatici allegati all'offerta e nulla ostava all'utilizzo da parte dei concorrenti del detto supporto, non essendo stata richiesta nel disciplinare di gara, a pena di esclusione, l'allegazione cartacea dei listini di cui trattasi.

Il motivo per il quale la ricorrente non ne ha acquisito copia in sede di accesso è imputabile, secondo quanto rilevato sul punto dall'A., alla circostanza che la ricorrente non ha fatto espressa richiesta di estrarre copia anche dei supporti informatici.

5- Con il quinto motivo la ricorrente ha dedotto che l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche presentate con riferimento ad entrambi i lotti sarebbe stata effettuata in seduta riservata invece che in seduta pubblica, come effettivamente richiesto dall'articolo 10 del

Apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica: seduta pubblica o seduta privata?

Scritto da Carmelo Anzalone
Lunedì 14 Gennaio 2013 15:27 -

disciplinare di gara (pagg. 41 e 42), sebbene in contrasto con la giurisprudenza in materia che vuole assicurare il rispetto il principio di trasparenza.

L'A. ha dedotto in via preliminare l'irricevibilità per tardività della censura di cui trattasi, atteso che, prevedendo espressamente l'articolo 10 del disciplinare l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica in seduta riservata, tale disposizione doveva essere impugnata tempestivamente, avuto riguardo alla data di pubblicazione del bando. L'eccezione non coglie nel segno, atteso che trattasi di clausola non immediatamente lesiva, in quanto non preclusiva della partecipazione alla gara, che, per giurisprudenza consolidata nella materia, deve essere impugnata congiuntamente al provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara; né il Collegio ravvisa motivi per mettere in discussione il detto orientamento, come ripetutamente sollecitato da parte della difesa dell'A..

Nel merito il motivo è destituito di fondamento per le considerazioni che seguono.

L'art. 12 del D.L. 52 del 7.5.2012, afferente all'aggiudicazione di appalti con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ha modificato gli artt. 120 e 283 del D.P.R. 207 del 5.10.2010 esplicitando l'obbligo, per le commissioni giudicatrici, di aprire "in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti"; quello della pubblicità della seduta di apertura dei plichi dell'offerta tecnica è tuttavia un approdo cui era già pervenuta, in via interpretativa, la Giurisprudenza Amministrativa (cfr. Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria, sentenza n. 13 del 28.7.2011).

La norma invocata dispone testualmente che "1. Al comma 2 dell'articolo 120 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, è premesso il seguente periodo:

«La commissione, anche per le gare in corso ove i plichi contenenti le offerte tecniche non siano stati ancora aperti alla data del 9 maggio 2012, apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti.».

2. Al comma 2 dell'articolo 283 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, è premesso il seguente periodo:

«La commissione, costituita ai sensi dell'articolo 84 del codice, anche per le gare in corso ove i plichi contenenti le offerte tecniche non siano stati ancora aperti alla data del 9 maggio 2012, apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti» e dopo le parole: «In una o più sedute riservate, la commissione» le parole: «, costituita ai sensi dell'articolo 84 del codice,» sono soppresse.

3. (soppresso dalla legge di conversione)".

Nel caso di specie l'articolo 10 del disciplinare di gara prevedeva espressamente l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica in seduta riservata ed il bando di gara è stato pubblicato sulla GUCE in data 3.11.2011 e, pertanto, successivamente alla richiamata sentenza del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria n. 13 del 28.7.2011; l'apertura in seduta riservata delle buste contenenti le offerte tecniche è intervenuta invece in data 2.3.2012 e l'aggiudicazione

Apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica: seduta pubblica o seduta privata?

Scritto da Carmelo Anzalone
Lunedì 14 Gennaio 2013 15:27 -

definitiva in data 19.7.2012.

Sul punto è da rilevare che il principio della pubblicità della fase di apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica non è applicabile a quelle procedure di gara per le quali l'apertura delle predette buste sia avvenuta in data antecedente al 9.5.2012.

Deve ritenersi infatti che, con l'articolo 12 del D.L. 52 del 2012, il legislatore abbia inteso dettare una disciplina transitoria avente natura processuale, in quanto volta ad escludere che possano essere annullate in sede giurisdizionale le gare d'appalto in ragione dell'apertura in seduta riservata delle buste contenenti l'offerta tecnica, ove tale apertura sia avvenuta prima della di entrata in vigore della disposizione soprarichiamata.

Come la giurisprudenza ha avuto occasione di osservare, tale disposizione - della cui compatibilità comunitaria non può dubitarsi - "ha una portata puramente provvisoria, transitoria, essendo finalizzata a sanare le operazioni di gara effettuate in precedenza del prodursi degli effetti del consolidamento di un indirizzo giurisprudenziale precedentemente incerto, con un chiaro obiettivo di contenimento della spesa pubblica, conseguente alla esigenza di rinnovazione dei procedimenti di gara" (TAR Umbria, n. 274/2012).

6- Con il sesto motivo la ricorrente ha dedotto che, dalla lettura dell'unico verbale di gara, emergerebbe che la commissione non ha predisposto alcuna specifica cautela a tutela dell'integrità dei plichi contenenti le offerte, obbligo che discenderebbe direttamente dalla legge.

Il motivo è destituito di fondamento, atteso che, nei pubblici appalti, la mancata indicazione delle cautele seguite per la conservazione della documentazione è un rilievo inammissibile in mancanza della precisazione di avvenute alterazioni, dovendo, invece, aversi riguardo al fatto che, in concreto, non si sia verificata l'alterazione della documentazione; e, nel caso di specie, nonostante la mancata indicazione dei verbali della Commissione di gara delle specifiche modalità di conservazione dei plichi contenenti le offerte e del responsabile della predetta attività, la ricorrente non ha fornito alcun principio di prova da cui poter evincere anche solo il sospetto che si sia verificata una esposizione o un'alterazione della documentazione di gara (T.A.R. Lazio-Roma, sez. II ter, 8 giugno 2012, n. 5222).

7- Con il settimo motivo la ricorrente ha dedotto che, dalla lettura dell'unico verbale di gara, non si evincerebbe in alcun modo sulla base di quali parametri, criteri e sub-criteri la commissione abbia proceduto all'attribuzione dei punteggi relativi all'offerta tecnica né sarebbe possibile ricondurre il singolo punteggio ad uno specifico criterio o sub-criterio; e le medesime considerazioni varrebbero anche per il punteggio attribuito all'offerta economica.

Il motivo è destituito di fondamento atteso che, come correttamente rilevato negli scritti difensivi dell'A., da un lato, l'attribuzione del punteggio numerico è sufficiente a dare conto dell'iter logico seguito da parte della commissione di gara, salvo il caso in cui i criteri di valutazione delle offerte non siano compiutamente definiti e permeati da un elevato margine di discrezionalità tecnica, ipotesi che non ricorre tuttavia nel caso di specie, nemmeno con riferimento al criterio di cui alla lett. E) relativo alle Strutture fisiche di impresa, atteso che, indipendentemente, dall'esplicita indicazione della discrezionalità del criterio, come in precedenza ricordato, in

Apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica: seduta pubblica o seduta privata?

Scritto da Carmelo Anzalone

Lunedì 14 Gennaio 2013 15:27 -

realtà, vengono individuati puntuali sub-criteri con la specificazione del relativo punteggio massimo; dall'altro, poi, i punteggi sono stati indicati nel verbale nel medesimo ordine in cui i relativi criteri sono stati enunciati nella

lex specialis

di gara. E, per giurisprudenza consolidata nella materia, l'obbligo della motivazione puntuale del punteggio attribuito sussiste con esclusivo riferimento alle ipotesi connotate dall'assenza di sub-criteri (o di criteri sufficientemente dettagliati). Inoltre, attese le caratteristiche dei detti sub-criteri, è evidente che l'apprezzamento degli stessi era essenzialmente legato a meri dati numerici, ossia al numero degli addetti ed al numero dei macchinari messi a disposizione da parte del singolo concorrente.

8- Con l'ottavo motivo la ricorrente ha dedotto che il criterio di attribuzione del punteggio relativo alla voce "Strutture fisiche di impresa", per il quale è previsto un punteggio massimo di n. 12 punti, sarebbe connotato da ampia discrezionalità, con la conseguenza che il mero punteggio numerico dovrebbe essere ritenuto motivazione sufficiente.

Il ricorso è infondato nel merito per le medesime considerazioni svolte con riferimento al motivo che precede.

9- Con il nono ed ultimo motivo la ricorrente ha dedotto che la commissione giudicatrice dell'appalto, secondo quanto emergerebbe dall'unico verbale di gara, sarebbe stata costituita da un solo membro, ossia dal Presidente, nella persona dell'Ing. G. D..

Anche il detto motivo è destituito di fondamento in quanto, come correttamente rilevato nei propri scritti difensivi da parte dell'A., la commissione di gara era composta da una pluralità di componenti che hanno effettivamente partecipato alle operazioni di gara, essendo stata nominata con il provvedimento di cui al prot. n. 1009/ACP/ACQ del 16.11.2011. Deve quindi ritenersi che il riferimento ad un solo componente costituisca un mero errore materiale, contenuto peraltro in un unico passaggio del richiamato verbale di gara.

Conclusivamente il ricorso è infondato nel merito e deve, pertanto, essere respinto.

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 respinge.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio per euro 2.500,00 in favore della società A. s.p.a. e per l'importo complessivo di euro 2.500,00 in favore delle società controinteressate.

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

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

Apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica: seduta pubblica o seduta privata?

Scritto da Carmelo Anzalone
Lunedì 14 Gennaio 2013 15:27 -

magistrati:

IL PRESIDENTE

Maddalena Filippi

L'ESTENSORE

Maria Cristina Quiligotti

IL CONSIGLIERE

Roberto Caponigro

Depositata in Segreteria il 7 gennaio 2013

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