

N. 07320/2010 REG.SEN.
N. 00213/2010 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 la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 213 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da: Colombo Severo s.r.l., in persona del legale rappresentante pro - tempore, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'ATI con L.G.E. s.r.l., Cesari S.r.l., F.lli Palladi di Palladi Giuseppe e C. s.n.c. e Impresa Camanini s.r.l., nonché dalle suddette imprese mandanti, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro - tempore, tutte rappresentate e difese dagli avv.ti Pier Francesco Meneghini, Roberto Rovero, Francesco Adavastro e Paolo Re, con domicilio eletto presso il primo in Milano, via A. Saffi 29;

contro

la Provincia di Lodi, in persona del Presidente pro - tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Gianni', presso cui è

elettivamente domiciliata in Milano, corso Monforte 21;

nei confronti di

Fabiani Costruzioni s.p.a., in persona del legale rappresentante pro - tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Alessandra Belletti, Paolo Carbone, Carlo Ponzano e Franca Hyeraci, domiciliata presso quest'ultima in Milano, via Cesare Battisti, 8; Codelfa s.p.a., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della comunicazione di aggiudicazione provvisoria alla Società Fabiani Costruzioni S.p.a., emessa dal Dirigente di Settore dott. ing. Maurizio Pozzi in data 2 dicembre 2009;
- della comunicazione di aggiudicazione definitiva alla Società Fabiani Costruzioni S.p.a., emessa in data 14 gennaio 2010 pervenuta alla ricorrente il 22 gennaio 2010;
- dei verbali delle sedute di gara in forza dei quali l'appalto è stato aggiudicato alla controinteressata e in particolare - e soprattutto - dei verbali dell'11 settembre 2009 e del 24-25-26-30 novembre 2009 nelle parti relative all'attribuzione dei punteggi all'offerta tecnica delle ricorrenti, all'assegnazione alle controinteressate dei punteggi per l'offerta tecnica e comunque di tutti i verbali relativi alla valutazione tecnica delle offerte, nonché dei verbali delle sedute di gara del 2-4-9-16-23 settembre, 2-9-16 ottobre, 3-10-13-17 novembre 2009, svoltesi avanti alla sottocommissione nella parte in cui sono state estrapolate le parti delle offerte dalle quali desumere gli elementi riconducibili ai

subcriteri di valutazione; del verbale della seduta di gara del 3 novembre 2009 nella parte in cui, richiamata la riammissione della concorrente esclusa, si è proceduto alla verifica della busta B e delle successive sedute del 3-10-13-17 novembre 2009 nella parte in cui si sono individuate le parti dell'offerta rilevanti con riferimento ai subcriteri di valutazione, infine del verbale della seduta di gara del 30 novembre 2009 nella quale sono stati recepiti e verbalizzati, dandone lettura, i punteggi tecnici riportati;

- della determina di nomina della commissione giudicatrice n.REGVT/515/2009, 07.12.02 fasc. 09/02 del 28 luglio 2009 e del verbale di sorteggio dei nominativi dei professionisti in pari data;

- di ogni altro atto presupposto, conseguente, connesso o comunque lesivo degli interessi della ricorrente, ivi inclusi gli atti (non noti) nel frattempo disposti dalla Commissione di gara e di approvazione da parte dell'Ente;

- per quanto di ragione, del bando di gara e del disciplinare nella denegata ipotesi in cui possano essere pretestuosamente interpretati nel senso di giustificare la mancata aggiudicazione della gara all'odierna ricorrente, nonché di ogni ulteriore consequenziale statuizione;

- di ogni altro atto e/o provvedimento e/o parere e/o documento (non noto nè notificato nè comunicato) comunque connesso e facente parte del procedimento di gara;

e per l'accertamento del diritto della ricorrente ad accedere a tutti gli

atti e documenti di gara comprese le offerte tecniche ed economiche ai sensi dell'art. 13, comma 6, D.Lgs 163/06 con contestuale istanza istruttoria, anche in via incidentale ex art. 25 comma 5 L.241/90, affinché il Tar ordini alla Provincia di Lodi la produzione in giudizio di tutti gli atti e documenti di gara, comprese le offerte economiche e tecniche presentate dalle imprese concorrenti nonché la determina di approvazione dei verbali di gara e dell'aggiudicazione definitiva;

e per il risarcimento dei danni ingiusti tutti patiti e patendi in considerazione dell'adozione degli illegittimi provvedimenti di cui sopra, da determinarsi in corso di causa e anche in via equitativa, pure in conseguenza della perdita dell'utile che sarebbe derivato dall'esecuzione dell'appalto de quo, per la denegata e non creduta ipotesi di mancata reintegrazione in forma specifica dell'interesse della società ricorrente, anche in sede cautelare;

- della determinazione dirigenziale dell'11 gennaio 2010 di aggiudicazione definitiva, impugnata con motivi aggiunti.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Lodi e di Fabiani Costruzioni s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Visto il dispositivo di sentenza n. 63/2010;

Relatore la dott.ssa Laura Marzano;

Uditi, nell'udienza pubblica del giorno 27 ottobre 2010, i difensori delle parti come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in epigrafe sono impugnati gli atti della procedura indetta dalla Provincia di Lodi per l'affidamento della progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di realizzazione della variante di Codogno della S.P. ex S.S. n. 234, del valore di € 14.659.141,02 oltre IVA, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla gara hanno partecipato sette concorrenti tra cui la ricorrente.

La stazione appaltante il 22 settembre 2009 ha contestualmente nominato la commissione di cinque componenti e una sottocommissione di tre componenti con compiti istruttori.

In sede di verifica della documentazione amministrativa una concorrente è stata esclusa ed è stata, poi, riammessa in seguito a pronuncia giurisdizionale cautelare del 22 ottobre 2009; conseguentemente, nella seduta pubblica del 3 novembre 2009 la commissione, verificata la regolarità del contenuto della busta "B" della concorrente riammessa, ha effettuato, fra tutte le concorrenti, nuovo sorteggio per la verifica dei requisiti ai sensi dell'art. 48, comma 1, d. lgs. 163/2006.

La sottocommissione, che nelle more aveva iniziato la lettura simultanea delle offerte tecniche per l'individuazione dei punti,

relativi a ciascun sottocriterio fissato dal disciplinare di gara, rilevanti per il confronto a coppie, l'ha poi proseguita includendovi quella della concorrente riammessa.

Nelle sedute riservate del 24, 25 e 26 novembre la commissione ha proceduto alla valutazione delle offerte tecniche e, nella seduta pubblica del 30 novembre, data lettura dei punteggi attribuiti a ciascuna offerta, ha aperto le buste "C", contenenti le offerte economiche ed ha proclamato aggiudicataria provvisoria la concorrente Fabiani Costruzioni s.p.a. con punti 71,333; l'ATI Colombo si è classificata al terzo posto con punti 63,908 dietro Codelfa s.p.a. che ha conseguito punti 68,320.

La ricorrente, ritenendo illegittima l'aggiudicazione per vizi afferenti sia la nomina e la composizione della commissione di gara sia l'attività istruttoria e valutativa espletata dalla stessa, l'ha impugnata, unitamente agli atti di gara, chiedendone, altresì, la sospensione dell'efficacia.

Con motivi aggiunti del 9 febbraio 2010 ha, inoltre, impugnato l'aggiudicazione definitiva dell'11 gennaio 2010 per illegittimità derivata nonché per l'ulteriore vizio proprio di violazione della lex specialis in quanto l'aggiudicazione definitiva sarebbe avvenuta senza la preventiva verifica della compatibilità urbanistica dell'opera, come previsto dal bando e dal disciplinare.

Con ulteriori motivi aggiunti, recanti anche la nomina di nuovi difensori, la ricorrente ha riproposto complessivamente le proprie

doglianze, aggiungendone una afferente l'errata valutazione dell'offerta dell'aggiudicataria, ed ha chiesto l'annullamento degli atti di gara, la declaratoria di inefficacia del contratto medio tempore stipulato e la condanna della stazione appaltante al risarcimento in forma specifica mediante aggiudicazione in proprio favore e stipula del contratto; in subordine il risarcimento per equivalente.

Sia l'amministrazione che la controinteressata si sono costituite in giudizio contestando le avverse censure e chiedendo la reiezione del ricorso.

Con ordinanza n. 133 dell'11 febbraio 2010 la Sezione ha respinto l'istanza cautelare.

Depositati ulteriori documenti e scritti difensivi, all'udienza pubblica del 27 ottobre, dopo ampia discussione nel corso della quale la ricorrente ha insistito nella richiesta istruttoria di verifica o c.t.u. intesa ad accertare se il progetto esecutivo dell'aggiudicataria sia conforme ai contenuti del definitivo a base di gara nonché alle proposte migliorative, la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. Preliminarmente va disattesa la richiesta istruttoria di verifica o c.t.u. intesa ad accertare se il progetto esecutivo dell'aggiudicataria sia conforme ai contenuti del definitivo a base di gara nonché alle proposte migliorative per le ragioni in rito che risulteranno esplicitate all'esito dello scrutinio del ricorso introduttivo.

Ancora in via preliminare va fatta chiarezza sulle domande proposte dalla parte ricorrente, ai sensi dell'art. 40 lett. c) c.p.a..

Con i motivi da I a VII la ricorrente deduce illegittimità afferenti la nomina della commissione e l'operato di questa: si tratta di motivi dal cui eventuale accoglimento deriverebbe il travolgimento dell'intera gara.

Con l'ottavo motivo, invece, censura il sistema di attribuzione dei punteggi sostenendo che laddove si fossero considerati soltanto i voti espressi dai componenti tecnici della commissione, essa sarebbe risultata vincitrice: ciò in quanto ritiene che i componenti "politici" non avessero le competenze adeguate per valutare l'offerta tecnica caratterizzata da estrema specificità.

Tali doglianze sono riprese e specificate anche nei secondi motivi aggiunti nei quali la ricorrente conclude chiedendo l'annullamento degli atti di gara, la declaratoria di inefficacia del contratto medio tempore stipulato e la condanna della stazione appaltante al risarcimento in forma specifica mediante aggiudicazione in proprio favore e stipula del contratto; in subordine il risarcimento per equivalente.

L'interesse strumentale alla ripetizione della gara è solo accennato nel ricorso introduttivo e nei primi motivi aggiunti.

Ciò posto, essendo la ricorrente risultata terza classificata, ai fini della valutazione dell'interesse a ricorrere, va trattato prioritariamente l'ottavo motivo di ricorso dall'accoglimento del quale essa potrebbe vantare una chance di aggiudicarsi l'appalto (T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 20 giugno 2007, n. 1125).

2.1. L'esame di tale censura postula lo scrutinio contestuale del primo motivo di ricorso.

I due motivi, da scrutinarsi congiuntamente, sono complessivamente infondati per le ragioni di seguito esplicitate.

Con il primo motivo la parte ricorrente deduce la violazione dell'art. 84 d.lgs. 163/2006, nonché dei principi di trasparenza, imparzialità e buon andamento per aver nominato, tra i componenti della commissione, il Vicesegretario Generale della Provincia dott. Rindone e il Segretario e Direttore Generale del Comune di Maleo, dott.ssa Laura Cassi.

L'illegittimità risiederebbe, a dire della parte ricorrente, nella contraddittorietà tra le predette nomine e l'affermazione, contenuta nella determina n. 515 del 28 luglio 2009, per cui, trattandosi di "procedura complessa per la gestione della quale l'Ente non dispone di tutte le professionalità necessarie" si è ritenuto di "procedere all'individuazione di professionalità esterne ai sensi dell'art. 84, comma 8, d.lgs. 163/2006".

In chiusura della censura la parte ricorrente osserva che la nomina illegittima della commissione ha determinato una lesione della sua sfera giuridica posto che essa "risulterebbe vincitrice della gara e legittima aggiudicataria dell'appalto ove si considerino i voti tecnici di Pozzi, Ronsisvalle e Rozza e non i voti politici di Rindone e Cassi" (cfr. ricorso pag. 13).

La tesi, nella sostanza, è ripresa nell'ottavo motivo, ove si deduce

eccesso di potere sotto diversi profili, affermandosi, sulla base della constatata divergenza tra i punteggi attribuiti dalla parte tecnica della commissione e quelli attribuiti dalla parte politica, priva di adeguata professionalità, che “laddove si fossero considerati, come dovuto, unicamente i voti espressi dai componenti tecnici della commissione e fosse stato garantito un adeguato livello di professionalità dei componenti ... l’Ati ricorrente, che è risultata terza classificata...., sarebbe risultata vincitrice della gara stessa e aggiudicataria dell’appalto”.

Le argomentazioni della parte ricorrente non trovano riscontro normativo né supporto fattuale.

Dispone, invero, l’art. 84, comma 8, del codice dei contratti: “I commissari diversi dal presidente sono selezionati tra i funzionari della stazione appaltante. In caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità, nonché negli altri casi previsti dal regolamento in cui ricorrono esigenze oggettive e comprovate, i commissari diversi dal presidente sono scelti tra funzionari di amministrazioni aggiudicatrici di cui all’art. 3, comma 25, ovvero con un criterio di rotazione tra gli appartenenti alle seguenti categorie: ...”.

Nel caso di specie la stazione appaltante ha affermato, come riportato dalla stessa ricorrente, che l’Ente non dispone *di tutte* le professionalità necessarie, di conseguenza ha selezionato soltanto due componenti esperti esterni, con ciò, evidentemente ritenendo di

aver reperito, all'interno della sua compagine, tre componenti con professionalità adeguate.

Osserva il Collegio che il requisito generale dell'esperienza “nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto” (previsto, dall'art. 84 comma 2, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, per i componenti della commissione giudicatrice di una gara per l'affidamento di un appalto pubblico) deve essere inteso gradatamente e in modo coerente con la poliedricità delle competenze di volta in volta richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare; non è necessario, pertanto, che l'esperienza professionale di ciascun componente copra tutti i possibili ambiti oggetto di gara, in quanto è la Commissione, unitariamente considerata, che deve garantire quel grado di conoscenze tecniche richiesto, nella specifica fattispecie, in ossequio al principio di buon andamento della pubblica amministrazione (cfr. T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 4 giugno 2008, n. 1126).

La ricorrente sostiene che la dott.ssa Cassi e il dott. Rindone non abbiano competenza adeguata.

Dalla documentazioni in atti si evince che la dott.ssa Cassi, sebbene laureata in scienze politiche, svolge le funzioni di Segretario Comunale dal 1984 ed ha fatto parte, nelle diverse qualità di componente, presidente o membro esperto, di un numero considerevole di gare (n. 98, come da curriculum – doc. 7 Provincia): ciò implica un'esperienza specifica maturata sul campo, di tipo

amministrativo, procedurale e tecnico, nel settore degli appalti pubblici che è, per le esposte ragioni, requisito di professionalità indispensabile all'interno di una commissione giudicatrice.

Quanto al dott. Rindone la ricorrente ne afferma la mancanza di competenza adeguata ma non fornisce alcun elemento a suffragio della sua tesi, non potendo, a tal fine, sopperire il frontespizio di una pagina estratta dal sito della Provincia di Lodi da cui risulta soltanto che il dott. Francesco Rindone è il Dirigente responsabile del Dipartimento sviluppo economico e formativo (doc. 32 ricorrente): l'affermazione, pertanto, si risolve in una petizione di principio.

Dalla acclarata regolarità e correttezza dei criteri di nomina della commissione discende a cascata l'infondatezza dell'ottavo motivo di ricorso con cui la ricorrente sostiene due tesi: la prima è che, ai fini della valutazione dell'offerta, si sarebbe dovuto tener conto soltanto della votazione dei componenti esperti; la seconda è che se in luogo di Cassi e Rindone fossero stati nominati altri due esperti tecnici, essa sarebbe risultata aggiudicataria.

Rileva il Collegio che la prima affermazione non trova riscontro né nella lex specialis, né nella disciplina contenuta nell'art. 84 cit. atteso che la Commissione giudicatrice di una gara di appalto costituisce un collegio perfetto che deve operare con il plenum dei suoi componenti.

Nei collegi con compiti di giudizio tecnico, infatti, il voto di ciascun componente rappresenta l'espressione della particolare

professionalità, competenza e capacità, in ragione delle quali ognuno è stato chiamato a far parte dell'organo collegiale. Pertanto, l'apporto specifico, ipotizzato al momento della nomina, assume carattere di essenzialità e di imprescindibilità, proprio perché si vuole che il giudizio finale sia il risultato ponderato, dialettico e comparativo delle valutazioni concorrenti di tutti i membri (T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 8 ottobre 2008, n. 8832).

La seconda affermazione è del tutto indimostrata oltre che non dimostrabile: invero, il solo dato per il quale i tre componenti asseritamente esperti (due esterni ed uno interno), abbiano dato all'offerta della ricorrente, valutazioni migliori di quelle dei due componenti asseritamente non competenti, non dà la certezza che se anche questi ultimi due fossero stati scelti tra ingegneri o architetti, il risultato finale sarebbe stato favorevole alla ricorrente tanto da farle conseguire l'aggiudicazione.

Si tratta, in altri termini, di una costruzione sillogistica tanto suggestiva quanto infondata: la proposizione (vera) che i due componenti c.d. non esperti hanno attribuito punteggi più bassi, non rende vera la proposizione inversa (ipotetica) che se fossero stati "esperti" avrebbero dato punteggi più alti.

Vertendosi nel campo delle mere ipotesi, invero, non può escludersi che, anche qualora questi ultimi fossero stati anch'essi ingegneri o architetti, avrebbero comunque attribuito punteggi bassi.

In definitiva il motivo di ricorso è manifestamente infondato.

3. Vanno esaminati, pertanto, i motivi con i quali la ricorrente aziona il proprio interesse strumentale alla ripetizione della gara.

3.2. Con il secondo ed il terzo motivo la ricorrente deduce la violazione del principio di collegialità della commissione giudicatrice asserendo che la sottocommissione di tre componenti, nominata con la medesima determinazione n. 515 del 29 luglio 2009 con compiti istruttori, avrebbe in realtà svolto attività valutativa, che ciò avrebbe impedito ai componenti “politici” di conoscere il contenuto dell’offerta tecnica, che il voto numerico non è sufficiente a far percepire l’iter logico seguito nell’attribuzione dei punteggi.

Le censure sono infondate innanzitutto in fatto.

Esaminando i verbali n.ri 2, 3, 4, 5bis, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13 e 14, tutti prodotti dalla ricorrente, si rileva che la sottocommissione, composta non a caso dai tre “tecnici”, si è limitata a leggere la relazione tecnica di ciascun concorrente e ad estrapolare e trascrivere integralmente, mediante rinvio espresso ai corrispondenti numeri di pagina, le parti della stessa da cui siano desumibili gli elementi riconducibili a ciascun sub criterio di valutazione.

Ciò posto, in nessun caso, dalla lettura dei verbali, risulta che la sottocommissione abbia effettuato valutazioni o attribuito punteggi.

D’altra parte il Collegio non può mancare di rilevare come la ricorrente da una parte si dolga che nel giudizio non si sia tenuto conto della valutazione compiuta dai soli tre “tecnici” (Pozzi, Ronsisvalle, Rozza), dall’altra si dolga, peraltro infondatamente, che

le operazioni di “valutazione” siano state compiute solo dai tre tecnici e non dal plenum della commissione.

Quanto alla pretesa insufficienza del voto numerico, peraltro espressa con formula dubitativa perfino dalla ricorrente, va richiamato l’orientamento del Tribunale, che il Collegio condivide, secondo cui, ai fini della legittima valutazione delle offerte presentate in occasione di una gara di appalto è sufficiente l'attribuzione di un punteggio numerico sulla base di criteri predeterminati e sufficientemente specifici, non sussistendo in capo alla Commissione l'obbligo di giustificare con espressa motivazione i punti attribuiti per differenziare le diverse proposte, dovendosi ritenere l'obbligo della motivazione soddisfatto dal solo voto numerico (T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 25 febbraio 2008, n. 424).

Nel caso di specie non è contestato che i sub criteri fossero estremamente specifici e dettagliati.

3.3. Con il quarto ed il quinto motivo è dedotta la violazione di legge per asserite irregolarità nello svolgimento delle operazioni di gara.

In particolare perché nel verbale n. 5bis del 16 settembre 2009 la parola “bis” è scritta a penna anziché dattiloscritta; per la non ragionevole durata delle sedute; perché nel verbale del 30 novembre 2009 non si darebbe atto, prima dell’apertura delle buste contenenti le offerte economiche, che le stesse sono sigillate; perché le sedute della commissione sono state rinviate senza giustificazione e sono state un numero eccessivo, in tutto 19 per una tempo totale,

asseritamente, di 4 mesi.

Le censure, oltre che di dubbia ammissibilità, stante la loro genericità, sono infondate.

Il verbale n. 5bis riguarda le operazioni della sottocommissione in data 16 settembre alle ore 14,00; la precedente seduta si era svolta il 9 settembre alle ore 14,00 ed è documentata nel verbale n. 4; tra l'una e l'altra, il giorno 11 settembre alle ore 9,45 si è riunita la commissione in composizione plenaria e le relative operazioni sono documentate nel verbale n. 5.

E' del tutto verosimile che la sottocommissione, per mera svista, nel verbalizzare le operazioni del 16 settembre abbia seguito la numerazione delle "proprie" sedute ed abbia numerato il verbale col numero 5; poi, avvedutasi che il n. 5 era già stato attribuito a quello della seduta del plenum dell'11 settembre, anziché riscrivere il verbale, ha corretto la numerazione a penna attribuendo il n. 5bis.

D'altra parte non sono esplicitate le ricadute, in ipotesi lesive, di detta asserita irregolarità.

Quanto alla non ragionevole durata delle sedute (si censura che alcune di esse siano troppo brevi), è sufficiente leggere il contenuto dei verbali per avere contezza del fatto che, in alcune di esse, è stata data lettura di parti esigue delle relazioni rinviandosi il prosieguo ad altre sedute; né, peraltro, sono ravvisabili o denunciate incompletezze o violazioni relative a dette operazioni.

Quanto al verbale del 30 novembre, in disparte la considerazione che

era presente un delegato della ricorrente che ha, quindi, avuto contezza visiva dell'integrità delle buste, a pag. 2 si legge: "il presidente accerta che ciascuna busta è confezionata secondo quanto previsto dal Disciplinare di gara e risulta integra".

Per quanto riguarda, infine, i rinvii ed il numero delle sedute, oltre ad essere quanto meno oscura l'utilità della censura, si osserva che la prima riunione della commissione si è svolta il 30 luglio; ad agosto, comprensibilmente e in mancanza di dichiarata urgenza, la commissione non si è mai riunita; ha ripreso il 2 settembre (nella diversa composizione di sottocommissione istruttoria) e si è riunita una o due volte a settimana. L'attività si è conclusa con la seduta, di aggiudicazione provvisoria, in data 30 novembre 2009.

Osserva il Collegio che il principio della continuità e della concentrazione della gara, espressione della più generale regola della imparzialità e della par condicio, mira ad assicurare l'indipendenza di giudizio di chi presiede la gara ed a sottrarlo a possibili influenze esterne; la sua violazione può comportare l'invalidità della procedura solo in ipotesi in cui il lasso di tempo che intercorre tra una seduta e l'altra sia irragionevole e assolutamente non giustificabile (cfr. in termini: T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 2 febbraio 2010, n. 244).

Nel caso di specie, la seduta pubblica del 30 luglio è stata dedicata solo alla verifica dell'integrità dei plichi e all'apertura della busta "A" contenente la documentazione amministrativa; dal 2 settembre in poi è iniziata l'attività istruttoria finalizzata a rendere possibile il

confronto a coppie; la vera e propria attività valutativa si è svolta in tre sedute, in giorni consecutivi, il 24, il 25 ed il 26 novembre. Complessivamente la commissione ha ultimato in 2 mesi una procedura di gara che la stessa ricorrente riconosce essere complessa. Tanto basta a smentire la fondatezza dell'ultima censura.

3.4. Con il sesto motivo è dedotta la violazione del principio di par condicio in quanto, a seguito della riammissione in gara di C.M.B. s.c.ar.l., in forza di ordinanza cautelare del TAR, la commissione avrebbe dovuto, a dire della ricorrente, rinnovare l'intera procedura, trattandosi di gara da aggiudicarsi in base a valutazioni discrezionali.

Sorvolando, anche in questo caso, sulla genericità della censura, basta guardare alla sequenza procedimentale e al verbale del 3 novembre 2009 per avere contezza dell'infondatezza dell'assunto della parte ricorrente.

Nel corso della prima seduta, in data 30 luglio 2009, la concorrente C.M.B. società cooperativa a r.l. in A.T.I. con Padana Strade s.r.l., è stata esclusa per incompletezza della documentazione amministrativa.

Con ordinanza n. 1202 del 22 ottobre 2009 la Sezione ne ha accolto l'istanza cautelare; in conseguenza di ciò la commissione di gara, nella seduta del 3 novembre 2009, nel prendere atto della riammissione in gara della concorrente, ha proceduto alla verifica della regolarità e del contenuto della busta "B", all'ammissione della stessa alla fase di valutazione dell'offerta tecnica, ad un nuovo

sorteggio per la verifica del possesso dei requisiti, effettuato fra tutte le concorrenti, compresa quella riammessa.

Successivamente la sottocommissione, riunendosi lo stesso giorno, e i successivi 10 e 13 novembre, ha proseguito l'attività istruttoria includendo l'offerta tecnica della A.T.I. C.M.B. - Padana Strade; infine, il 17 novembre, verificato che la relazione di C.M.B. non seguiva l'ordine di presentazione dei sottocriteri, ha dato rilettura della stessa confermando i dati già evidenziati nel verbale del 13 novembre.

L'attività di valutazione delle offerte, iniziata il 24 novembre con il plenum della commissione, si è conclusa due giorni dopo ed ha riguardato le offerte tecniche di tutte le concorrenti.

Invero, nell'unica riunione precedente, il giorno 11 settembre, la commissione si è limitata a predisporre (lo ha fatto singolarmente ciascun componente) la scheda relativa ai singoli sottocriteri, senza valutazione delle offerte o attribuzione di punteggi.

Costituisce *jus receptum* che, in caso di aggiudicazione basata su apprezzamenti discrezionali con attribuzione di punteggi legati a valutazioni di ordine tecnico, come nella ipotesi dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'illegittima esclusione di un concorrente rende necessario il rinnovo dell'intero procedimento di gara solo se accertata dopo l'esame e l'attribuzione del punteggio alle altre offerte. In tal caso, infatti, la riammissione dell'impresa originariamente esclusa impedirebbe di effettuare una valutazione

dell'offerta rispettando i principi della par condicio tra i concorrenti e della necessaria contestualità del giudizio comparativo (T.A.R. Campania Salerno, sez. I, 10 novembre 2005, n. 2451).

Nel caso di specie, al contrario, alla data in cui l'ATI C.M.B. - Padana Strade è stata riammessa, la commissione di gara non aveva effettuato alcuna valutazione delle altre offerte né, tanto meno, vi aveva attribuito i relativi punteggi.

3.5. Con il settimo motivo è dedotta la violazione della lex specialis e dell'art. 86, comma 5, d.lgs. 163/2006 perché, a dire della ricorrente, nella seduta pubblica del 30 novembre 2009, non sarebbe stata verificata la presenza delle giustificazioni dei prezzi.

La censura è smentita in fatto.

Dalla lettura del verbale in discorso si ricava che il Presidente, procedendo all'apertura della busta "C" di ciascuna concorrente, ha dato atto, di volta in volta, di aver accertato "che il contenuto è conforme alle prescrizioni del Disciplinare".

Ritiene il Collegio che la verbalizzazione in tale forma debba ritenersi più che esaustiva atteso che, secondo l'orientamento giurisprudenziale più recente e di tipo sostanzialista, non è richiesto un eccessivo formalismo nella verbalizzazione delle singole attività svolte dalla Commissione, potendosi addirittura condensare in un unico documento i verbali relativi alle diverse sedute specificando le operazioni compiute in ogni seduta; ciò in quanto l'esigenza di esternare l'iter logico e procedimentale seguito dall'organo

amministrativo al fine di pervenire ad un determinato approdo decisionale è pienamente soddisfatta anche in caso di esplicitazione delle ragioni nell'ultimo verbale purché capace di lumeggiare i vari passaggi delle operazioni di gara e del processo valutativo (cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2010, n. 1507).

Conclusivamente i motivi di ricorso sono tutti infondati, sia che con essi la ricorrente aspiri all'aggiudicazione in proprio favore, sia che azioni il suo interesse strumentale alla ripetizione della gara.

4. Con i primi motivi aggiunti la ricorrente impugna l'aggiudicazione definitiva sia per illegittimità derivata sia per il vizio proprio di carenza di motivazione per avere, la stazione appaltante, aggiudicato la gara senza la preventiva verifica del perseguimento della piena compatibilità urbanistica dell'opera e, comunque, senza averne dato atto nella motivazione.

Con gli ulteriori motivi aggiunti, che in realtà costituiscono un richiamo a quelli già svolti, la parte ricorrente torna a censurare la valutazione tecnica, questa volta riferita all'aggiudicataria Fabiani s.p.a., afferenti presunte difformità progettuali delle quali l'organo di gara non si sarebbe avveduto sempre perché "privo dei più ampi requisiti di professionalità richiesti dall'art. 84 del codice appalti" (così a pag. 11 motivi aggiunti del 10 marzo 2010).

Osserva il Collegio che l'infondatezza dei motivi di ricorso fin qui esaminati determina l'improcedibilità di quelli ulteriormente dedotti atteso che la prima delle indicate censure colpisce il provvedimento

di aggiudicazione definitiva, ossia una fase della gara che la ricorrente, in quanto terza classificata ed in mancanza di specifiche censure avverso la valutazione data a Codelfa s.p.a., 2° classificata, non ha un interesse concreto ed attuale ad impugnare.

D'altra parte, le eventuali illegittimità riscontrabili in sede di aggiudicazione definitiva non sarebbero, comunque, idonee a travolgere l'intera gara ma, al più, a rimettere in corsa la procedura, mediante ripetizione delle operazioni a partire dal momento in cui le presunte illegittimità hanno determinato l'arresto procedimentale.

Parimenti, quanto alla seconda delle indicate censure, va evidenziato che, dalla eventuale quanto improbabile pronuncia di accoglimento, la ricorrente non trarrebbe alcuna utilità né ai fini di una possibile aggiudicazione, né ai fini della possibile ripetizione delle operazioni di gara atteso che l'eventuale riconoscimento dell'inidoneità dell'offerta della prima classificata determinerebbe soltanto lo scorrimento della graduatoria a vantaggio della seconda, nei confronti della quale, giova ribadirlo, la ricorrente non ha svolto censure.

5. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge in parte nei termini di cui in motivazione, dichiarandolo improcedibile quanto agli ulteriori motivi ed ai motivi

aggiunti.

Condanna la parte ricorrente alla rifusione, in favore dell'amministrazione e della controinteressata costituita, di spese e competenze del giudizio che liquida in complessivi € 6.000,00 (seimila), da corrispondersi a ciascuna nella misura del 50%, oltre rimborso forfetario spese generali, oneri previdenziali e fiscali come per legge; nulla nei confronti della parte non costituita.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 27 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Elena Quadri, Presidente FF

Hadrian Simonetti, Referendario

Laura Marzano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/11/2010

IL SEGRETARIO

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

