



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 Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 910 del 2010, proposto da:  
Ecologica di Francesco Podda e C Srl, rappresentata e difesa dall'avv.  
Silvio Pinna, con domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, via  
San Lucifero n. 65;

***contro***

Comune di Sarroch, rappresentato e difeso dall'avv. Enrico Salone,  
con domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, via Maddalena n.  
40; Comune di Sarroch Settore Tecnico, Commissione Gara;

***nei confronti di***

De Vizia Transfer Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Giovanni  
Contu, Matilde Mura, con domicilio eletto presso il primo avvocato in  
Cagliari, via Ancona n. 3;

***per l'annullamento***

- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria alla

controinteressata De Vizia Transfer spa della procedura aperta per l'affidamento del "Servizio di Igiene Urbana quinquennio 2010-2015" del Comune di Sarroch;

- della determina n. 440/02 del 27.7.2010 di approvazione dei verbali di gara e di aggiudicazione provvisoria alla controinteressata De Vizia Transfer spa e, ove occorra, della nota prot. 7821 del 3.8.2010;

- della determina n. 581/02 del 17.9.2010 di aggiudicazione definitiva alla controinteressata De Vizia Transfer spa ;

- dei consequenziali provvedimenti adottati, dei verbali di gara e di tutti gli atti presupposti, conseguenti o comunque connessi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Sarroch e di De Vizia Transfer Spa;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2011 il dott. Gianluca Rovelli e uditi l'avvocato Pinna per la ricorrente, l'avvocato Salone per il Comune di Sarroch e l'avvocato Mura per la controinteressata;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

La ricorrente Ecologica Podda s.r.l. partecipava alla gara bandita dal Comune di Sarroch per l'affidamento del servizio di igiene urbana quinquennio 2010/2015 con aggiudicazione all'offerta

economicamente più vantaggiosa.

Alla gara risultavano ammesse due imprese, la ricorrente Ecologica Podda s.r.l. e la controinteressata De Vizia transfer s.p.a..

Con nota prot. 1601 del 17.02.2010 la Ecologica Podda s.r.l. veniva invitata a comprovare il possesso dei requisiti di capacità economica finanziaria e tecnico organizzativa come dichiarati in sede di offerta.

La ditta riscontrava la nota nei termini previsti.

Sia la ricorrente che la ditta aggiudicataria ricevevano dal Comune la nota prot. 5518 del 9.06.2010 con cui veniva richiesta la disponibilità delle concorrenti a prestare formale acquiescenza ad una rilevata irregolarità della Commissione in sede di apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche (consistente nella mancata informativa alle concorrenti della data e del luogo di apertura dei plichi) ed a rilasciare alla stazione appaltante “piena ed ampia liberatoria nel merito”.

Ecologica Podda s.r.l. non riscontrava tale richiesta nel senso voluto dal Comune di Sarroch.

Seguivano, quindi, i provvedimenti oggetto di impugnazione.

Questi, in sintesi, i motivi in diritto dedotti avverso gli atti impugnati:

**IN VIA PRINCIPALE**

illegittimità delle operazioni della commissione giudicatrice, nella parte in cui non si è proceduto alla esclusione della De Vizia Transfer s.p.a. ed alla aggiudicazione della gara alla Ecologica Podda s.r.l., nonché in via derivata di tutti gli atti di gara per:

violazione dei punti 14 e 15 del disciplinare di gara;

eccesso di potere per erroneità dei presupposti;  
illegittimità delle operazioni della commissione giudicatrice, nella parte in cui non si è proceduto alla esclusione della De Vizia Transfer s.p.a. ed all'aggiudicazione alla Ecologica s.r.l. nonché in via derivata di tutti gli atti di gara per:

violazione dei punti 14 e 15 del disciplinare di gara;

violazione degli artt. 86 e 87 del d.lgs. 163 del 2006;

eccesso di potere per erroneità dei presupposti ed insufficienza e contraddittorietà della motivazione;

carenza di istruttoria;

IN VIA SUBORDINATA

illegittimità delle operazioni della Commissione giudicatrice (e/o del disciplinare di gara) nonché in via derivata di tutti gli atti di gara per:

violazione dei punti 5, 15 e 17 lettera e) del disciplinare di gara;

violazione dei principi nazionali e comunitari di trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa;

violazione dell'art. 97 della Costituzione;

violazione del principio della pubblicità delle sedute di gara;

violazione dell'art. 1 comma 1 della L. 241 del 1990;

violazione dell'art. 2 comma 1 del d.lgs. 163 del 2006;

eccesso di potere per erroneità dei presupposti e carenza di istruttoria;  
sviamento;

illegittimità delle operazioni della Commissione giudicatrice e in via derivata di tutti gli atti di gara per:

violazione del punto 15 del disciplinare di gara;

violazione dei principi nazionali e comunitari di trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa;

violazione dei principi della segretezza delle offerte e della par condicio di tutti i concorrenti;

violazione dell'art. 97 della Costituzione;

violazione dell'art. 1 comma della l. 241 del 1990;

violazione dell'art. 2 comma 1 del d.lgs. 163 del 2006;

eccesso di potere per carenza di istruttoria e carenza della motivazione.

Concludeva per l'accoglimento del ricorso con conseguente annullamento degli atti impugnati previa concessione di idonea misura cautelare. Proponeva altresì domanda risarcitoria.

Si costituiva il Comune di Sarroch chiedendo il rigetto del ricorso.

Si costituiva altresì la controinteressata De Vizia Transfer contestando le avverse argomentazioni e chiedendo il rigetto del ricorso.

In data 15.11.2010 la De Vizia transfer s.p.a. depositava ricorso incidentale debitamente notificato con il quale impugnava l'ammissione alla gara della società Ecologica disposta dalla Commissione giudicatrice con i provvedimenti di cui ai verbali di gara n. 1 del 15 febbraio 2010 e n. 2 del 30 marzo 2010, approvati con la determinazione del responsabile del servizio tecnico del Comune di Sarroch n. 440/02 del 27 luglio 2010 che pure impugnava in parte qua.

In data 20.11.2010 la controinteressata depositava memoria difensiva.

Altra memoria veniva depositata in data 22.11.2010 dalla difesa della

ricorrente.

Alla camera di consiglio del 24.11.2010 veniva fissata per la trattazione del merito della causa l'udienza del 26.01.2011 ai sensi dell'art. 119 comma 3 del d.lgs. 104 del 2010.

Il Comune di Sarroch depositava memoria difensiva in data 22.11.2010.

In data 7.01.2011 e 15.01.2011 la difesa della ricorrente depositava memorie.

La difesa della controinteressata depositava memorie in data 10.01.2011 e in data 14.01.2011.

Alla udienza pubblica del 26.01.2011 il ricorso veniva trattenuto per la decisione.

## DIRITTO

Deve preliminarmente essere esaminato il ricorso incidentale.

Queste le censure proposte dalla De Vizia Transfer s.p.a..

Con il primo motivo De Vizia si duole del fatto che le certificazioni di qualità presentate dalla Società Ecologica Podda non sarebbero state rilasciate da un organismo certificatore accreditato.

Con il secondo motivo afferma che Ecologica s.r.l. avrebbe reso una falsa dichiarazione relativa al possesso dei requisiti di partecipazione.

L' autocertificazione circa il possesso della certificazione relativa al sistema di qualità aziendale UNI EN ISO 9001 e della certificazione UNI EN ISO 14001:2004 rilasciate da organismi certificatori a tal fine accreditati sarebbe mendace e ciò avrebbe dovuto comportare

l'esclusione della ricorrente dalla gara.

Con il terzo motivo De Vizia afferma che Ecologica s.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa perché non ha presentato una regolare cauzione provvisoria secondo quanto previsto dal punto 6 del disciplinare di gara.

Quest'ultimo prevedeva che l'importo della cauzione non potesse essere inferiore al 2% dell'importo a base di gara, salva l'applicazione dell'art. 75 comma 7 del d.lgs. 163 del 2006 che consente di prestare una garanzia avente un importo ridotto del 50% per gli operatori economici ai quali sia stata rilasciata da organismi accreditati, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee. Ecologica ha presentato in sede di gara una cauzione provvisoria per un importo di € 35.000 (pari al 50% dell'importo a base d'asta). La medesima tuttavia, a dire della De Vizia Transfer s.r.l., non essendo in possesso di certificazioni di qualità rilasciate da organismi accreditati, non poteva avvalersi del predetto beneficio.

Con il quarto motivo la De Vizia afferma che il progetto di Ecologica s.r.l. sarebbe carente in quanto non è stata prevista la raccolta dei rifiuti assimilabili prodotti dalle grandi industrie localizzate nell'area industriale di Sarroch, comportanti la produzione di 700 t/a in più rispetto alle 3.500 t/a previste dalla ricorrente stessa. Il che implicherebbe, a dire di De Vizia, che il dimensionamento dei servizi risulta inadeguato a rispondere agli obblighi di capitolato.

Con il quinto motivo De Vizia afferma che dalla generica relazione illustrativa relativa al personale presentata dalla ricorrente non era

chiaro se il progetto tecnico fosse rispettoso o meno della prescrizione di cui all'art. 18 del capitolato speciale.

La commissione di Gara con note del 22 aprile 2010 prot. 3886 e del 28 aprile 2010 prot. 4056 ha chiesto chiarimenti in ordine al *“monte ore indicato in termini di unità lavorative impiegate all'anno, se a tempo pieno o a tempo parziale, indicando la relativa percentuale e le relative categorie e qualifiche contrattuali”*.

Dalla risposta di Ecologica s.r.l. si evince che, in violazione dell'art. 18 del capitolato speciale, il numero reale di addetti previsto sarebbe pari a 9,2.

In ordine al sesto motivo lamenta De Vizia che l'art. 15 del disciplinare di gara prevedeva che la Commissione dovesse provvedere in seduta pubblica *“all'apertura della busta B offerta tecnica dei concorrenti ammessi, procedendo alla siglatura di tutta la documentazione ivi contenuta e alla nuova chiusura della stessa ai fini della sua conservazione nelle more dello svolgimento delle successive sedute riservate”*.

Tale clausola, a dire della De Vizia sarebbe illegittima e viene impugnata perché contrasterebbe con il principio di segretezza delle offerte oltre ad essere viziata da eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza.

Il ricorso incidentale è infondato.

I primi tre motivi possono essere trattati congiuntamente posto che essi si basano sulla asserita carenza delle certificazioni di qualità in capo a Ecologica s.r.l.

L'affermazione è infondata in fatto e in diritto.

Occorre ricostruire la situazione.

Al momento della pubblicazione del bando di gara sulla GUCE non era ancora in vigore il sistema introdotto dall'art. 4 della L. 23.7.2009 n. 99 e dai DD.MM. 22.12.2009 attuativi della norma citata, pubblicati sulla Gazzetta ufficiale in data 26.01.2010.

Il bando di gara prevedeva tra i requisiti di idoneità professionale, all'art. 9.2, lettera p), il possesso delle certificazioni relative al sistema di qualità aziendale UNI EN ISO 9001:2000 e della certificazione UNI EN ISO 1400:2400 rilasciate da organismi certificatori a tal fine accreditati. Prevedeva inoltre che il possesso delle certificazioni dovesse sussistere in capo ai concorrenti, a pena di esclusione, alla data di pubblicazione del bando sulla GUCE.

Il Collegio ricorda che è costante l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale le disposizioni normative sopravvenute non trovano applicazione relativamente alle procedure in itinere alla data della loro entrata in vigore, in quanto il principio *tempus regit actum* attiene alle sequenze procedurali composte di atti dotati di propria autonomia funzionale e non anche ad attività (quale è quella di espletamento di una procedura concorsuale di selezione contrassegnata, come nella fattispecie, dal carattere di unitarietà) interamente disciplinate dalle norme vigenti al momento in cui essa ha inizio. Pertanto, mentre le norme legislative o regolamentari vigenti al momento dell'indizione della procedura devono essere applicate anche se non espressamente richiamate nel bando, le norme sopravvenute non modificano, di regola, le procedure già bandite, a meno che diversamente non sia

espressamente stabilito dalle norme stesse (T.ar. Sardegna, Sezione I, 11 agosto 2009, n. 1439, T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 03 maggio 2007, n. 3893).

Quindi nelle procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti pubblici è inapplicabile la normativa sopravvenuta alla pubblicazione del bando di gara. Infatti, dalla circostanza che il bando, come corpo di norme regolatrici la gara genera affidamento nei soggetti che vi partecipano consegue che la relativa normativa deve ritenersi cristallizzata al momento della pubblicazione dello stesso (T.a.r. Campania, Napoli Sezione I, 11 maggio 2004 n. 8559). D'altronde costituisce *ius receptum* il principio in base al quale "il procedimento amministrativo è regolato dal principio *tempus regit actum*, e ciò comporta che la legittimità di un provvedimento va valutata in relazione alle norme vigenti al tempo in cui lo stesso è adottato, in relazione agli interessi sostanziali tutelati in quella fase del procedimento e quindi, nelle gare pubbliche, dalla fase delle offerte alla fase decisoria e conclusiva dell'avvenuta aggiudicazione" (Consiglio Stato, sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1458).

E' fuor di dubbio, in definitiva, che la normativa sopravvenuta non può essere applicata alla gara il cui bando sia stato pubblicato precedentemente all'entrata in vigore della stessa, dato che in caso contrario si perverrebbe alla conclusione di applicare al procedimento una regola diversa da quella voluta *ex ante* dall'Amministrazione in sede di regolamentazione della gara e conosciuta come tale dalle imprese partecipanti, con evidente *vulnus* dell'affidamento ingenerato

nelle concorrenti.

Dalla documentazione in atti risulta quindi che Ecologica ha debitamente attestato di essere in possesso della certificazione di qualità rilasciata da organismo accreditato ( si vedano produzioni n. 42 e 43 di Ecologica s.r.l.) con conseguente infondatezza dei primi tre motivi di ricorso.

Sul quarto motivo va anzitutto osservata la genericità della censura.

Va poi detto che Ecologica s.r.l. ha inserito tutte le utenze domestiche censite e pertanto la censura è comunque priva di fondamento in fatto.

In ordine al quinto motivo le argomentazioni di De Vizia risultano anch'esse infondate in fatto come si evince dal documento 14 delle produzioni di Ecologica s.r.l..

Parimenti infondato è il sesto motivo del ricorso incidentale.

L'art. 15 del disciplinare di gara era, invero, perfettamente legittimo.

La Commissione era obbligata, in base all'art. 15 del disciplinare, alla apertura delle buste B in seduta pubblica ed alla siglatura della documentazione ivi contenuta. La ratio della norma era chiara e perfettamente legittima. Si trattava di garantire l'integrità del contenuto dopo l'apertura al fine di evitare sostituzioni o manomissioni.

Tale norma è del tutto ragionevole ed in linea con le esigenze di trasparenza sottese al procedimento di gara. Né l'apertura delle buste e la siglatura potevano in alcun modo mettere in pericolo l'attività di valutazione sulle offerte tecniche che la commissione avrebbe poi

dovuto effettuare in seduta riservata. Il bando non prevedeva, difatti, l'esame della documentazione ma solo l'apertura delle buste e la siglatura. Il fatto che tali operazioni avrebbero dovuto svolgersi in seduta pubblica eliminava in radice il pericolo, elemento posto a base delle argomentazioni della ricorrente incidentale, che le offerte venissero conosciute in anticipo e valutate in qualche modo dalla Commissione con successiva influenza sui giudizi che in seguito gli stessi membri avrebbero dovuto fornire.

Il motivo è, pertanto, infondato.

Può a questo punto essere esaminato il ricorso principale.

I primi due motivi di ricorso possono essere trattati congiuntamente.

Essi sono infondati.

Ecologica sostiene che De Vizia avrebbe dovuto essere esclusa per la violazione dell'art. 14 del disciplinare di gara.

La censura è infondata in fatto.

E' sufficiente esaminare i documenti n. 9 e 10 delle produzioni di De Vizia. Risulta una circostanziata analisi economica dei costi che hanno concorso a formare l'oggetto dell'offerta ed altresì emerge dalla relazione esplicativa che l'offerta non risulta inaffidabile.

Il Collegio ricorda che “nelle gare d'appalto, la possibilità di ribassare la percentuale dell'utile è consentita pur escludendosi che un'impresa possa proporre un'offerta economica sguarnita da qualsiasi previsione di utile, né è possibile fissare una quota di utile rigida al di sotto della quale la proposta dell'appaltatore debba considerarsi per definizione incongrua, assumendo invece rilievo la circostanza che l'offerta si

appalesi seria, e cioè non animata dall'intenzione di trarre lucro dal futuro inadempimento delle obbligazioni contrattuali. Solo un utile pari a zero è ingiustificabile” (Consiglio Stato , sez. VI, 21 maggio 2009 , n. 3146).

Nella fattispecie all'esame è chiaro e certo che, pur limitato, l'utile di De Vizia non è pari a zero e pertanto non sono condivisibili le argomentazioni che la ricorrente svolge nei primi due motivi.

Sono invece fondati terzo e quarto motivo che possono essere trattati congiuntamente.

Ne segue l'annullamento dell'intera procedura di gara.

Invero, l'illegittimità dell'operato della Commissione è palese.

Questi i fatti.

La Commissione di gara, una volta chiusa la prima seduta pubblica, ha fissato la data della seconda seduta senza comunicarlo alle due concorrenti.

Nessuna delle due ha, difatti, potuto partecipare a tale seduta.

L'art. 15 del disciplinare di gara recitava tra l'altro:

“In seconda seduta pubblica procede:

al controllo sul possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa delle concorrenti a cui è stata fatta tale richiesta e alla chiusura della fase di qualificazione;

all'apertura della busta “B – offerta tecnica” dei concorrenti ammessi, procedendo alla siglatura di tutta la documentazione ivi contenuta e alla nuova chiusura della stessa ai fini della sua conservazione nelle more dello svolgimento delle successive sedute riservate”.

Ebbene, la Commissione di gara non ha proceduto nel senso richiesto dal bando di gara.

Ha, invece, proceduto alla apertura delle buste in seduta (del 30.03.2010) la cui data non era stata comunicata alle due concorrenti. Esse, pertanto, non hanno potuto prendervi parte con il risultato che, di fatto, la seduta si è tenuta in modo riservato.

Tale circostanza è tanto vera che la stazione appaltante ha indirizzato sia a De Vizia che a Ecologica s.r.l. la nota prot. 5518 del 9.06.2010 la quale così recitava:

*“Nella seduta del 30.03.2010 la Commissione di gara ha proceduto all’apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche senza però averne dato preventiva informazione (sulla data e sul luogo) alle ditte partecipanti”.* Chiedeva quindi alle ditte se vi fossero elementi ostativi alla regolare prosecuzione delle successive fasi di gara, chiedendo contestualmente di rilasciare piena ed ampia liberatoria nel merito.

Tale nota non veniva riscontrata da Ecologica s.r.l. nel senso richiesto dal Comune di Sarroch. In disparte la questione della validità di una “liberatoria” in tal senso, su cui il Collegio non è chiamato a pronunciarsi, non può essere così intesa la nota dell’11.06.2010 di Ecologica s.r.l. nella quale si legge di una “eventuale disponibilità di massima in tal senso” e non di un consenso. Non è, pertanto, quella nota che poteva avere un effetto sanante sulla procedura.

Ne segue che la seduta nella quale sono state aperte le Buste B si è tenuta difformemente da quanto previsto dal disciplinare di gara.

Ebbene, se è vero che il principio di pubblicità delle gare ad evidenza

pubblica vale in termini assoluti solo per la fase di apertura dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e le offerte economiche e può, viceversa, essere derogato quando la commissione debba effettuare la valutazione delle offerte tecniche, che opportunamente avviene, di norma, in seduta riservata (T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 15 ottobre 2010 , n. 2299), nulla osta a che il bando preveda una regola, quale è nella fattispecie quella contenuta nell'art. 15, che dispone l'apertura delle buste B (offerte tecniche) in seduta pubblica. Ciò infatti risponde all'esigenza, ragionevolmente sentita dall'Amministrazione, in sede di redazione del bando, che la documentazione inerente l'offerta tecnica trovi ingresso nella gara in seduta pubblica per poi essere (correttamente) valutata in seduta riservata. La ratio complessiva della norma era peraltro perfettamente comprensibile, ragionevole, e perfettamente in linea con le esigenze di trasparenza sottese al procedimento di gara.

La norma, infatti, prevedeva nel contempo l'apertura delle buste in seduta pubblica e la siglatura di tutta la documentazione ivi contenuta. Ciò consentiva, da un lato, che la documentazione facesse ingresso nella gara in modo trasparente e, dall'altro, che una volta siglata, la Commissione nella sua integrità potesse essere sicura della perfetta conservazione della stessa nelle more dello svolgimento delle successive sedute riservate.

La Commissione non si è attenuta alle chiare prescrizioni del bando violandolo. Ne segue l'illegittimità dell'intera procedura di gara che deve essere annullata.

In ordine alla domanda risarcitoria, essa non può essere accolta tenuto conto che, come risulta dalla memoria difensiva depositata dalla ricorrente, a seguito dell'ordinanza cautelare n. 532/2010 il Comune di Sarroch ha ritenuto di dover sospendere la stipula del contratto con l'aggiudicataria De Vizia.

L'annullamento dell'intera procedura di gara in accoglimento del terzo e quarto motivo di ricorso si pone, pertanto, come integralmente satisfattivo della pretesa dedotta in via subordinata in giudizio dalla ricorrente, essendo stata respinta la domanda proposta in via principale.

Le spese seguono la regola della soccombenza nei confronti del Comune di Sarroch e possono essere compensate nei confronti della controinteressata.

P.Q.M.

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

rigetta il ricorso incidentale;

accoglie il ricorso principale e per l'effetto annulla gli atti impugnati come da motivazione.

Condanna l'Amministrazione alle spese del presente giudizio in favore di Ecologica s.r.l. che liquida in € 3.000/00 (tremila/00) oltre I.V.A., C.P.A. e restituzione contributo unificato. Compensa le spese nei confronti di De Vizia Transfer.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità

amministrativa.

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio  
2011 con l'intervento dei magistrati:

Aldo Ravalli, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Gianluca Rovelli, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/05/2011

IL SEGRETARIO

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