



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 Puglia

Lecce - Sezione Prima

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 964 del 2011, proposto da:
Trevi Spa, Igeco Costruzioni Spa e Coget Soc Coop, rappresentati e difesi dall'avv. Nicola Marcone, con domicilio eletto presso Antonio Palma in Lecce, viale Leopardi n. 15;

contro

Autorità Portuale di Brindisi, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata in Lecce, via F. Rubichi n. 23;

nei confronti di

Grandi Lavori Fincosit Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Pellegrino, presso il cui studio in Lecce, via Augusto Imperatore n. 16, è elettivamente domiciliata;

per l'annullamento

della nota del 3 maggio 2011 n. 4994 con la quale l'Autorità Portuale di Brindisi comunica alla Trevi l'esclusione dalla procedura di gara;

della nota del 3 maggio 2011 n. 5042 con la quale l'Autorità Portuale di Brindisi comunica la graduatoria finale della gara; della nota del 18 maggio 2011 n. 5599 con la quale l'Autorità Portuale di Brindisi comunica alla Trevi il diniego di autotutela; del verbale di gara del 22 marzo 2011; del verbale di gara del 24 marzo 2011; del verbale di gara del 4 aprile 2011; del verbale di gara del 29 aprile 2011; dell'eventuale e non conosciuto dalla ricorrente provvedimento di aggiudicazione definitiva; di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della amministrazione intimata e della società controinteressata;

Viste le memorie difensive rispettivamente depositate dalla parti costituite;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto, in particolare, l'art. 120, comma 10, del decreto legislativo n. 104 del 2010;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 ottobre 2011 il dott. Massimo Santini e uditi per le parti i difensori Lia Cesare, in sostituzione di Marcone Nicola, Pedone Giovanni e Pellegrino Giovanni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società ricorrente partecipava alla pubblica gara per l'affidamento

di alcuni lavori nell'ambito del porto di Brindisi (consolidamento e manutenzione straordinaria di alcune banchine).

All'esito dell'esame della documentazione amministrativa venivano rinvenute alcune copie di certificati riguardanti lavori in precedenza svolti dalla società Trevi. Ritenendo tali elementi anticipatori dell'offerta tecnica l'amministrazione portuale, in dichiarata applicazione dei principi di segretezza delle offerte e di *par condicio* tra i ricorrenti, escludeva la medesima società dalla gara.

Svolti gli adempimenti di cui all'art. 243-*bis* del codice degli appalti, il raggruppamento escluso interponeva gravame per i seguenti motivi: a) eccesso di potere per travisamento dei fatti, dato che i certificati rinvenuti non atterrebbero all'offerta tecnica ma alla documentazione amministrativa, e in particolare ai requisiti di ordine speciale concernenti l'adeguata idoneità tecnica; b) eccesso di potere per illogicità in quanto, anche a voler considerare tali certificati alla stregua di elementi attinenti all'offerta tecnica, la loro preventiva conoscenza non sarebbe stata in ogni grado idonea ad inficiare il relativo giudizio da parte della commissione di gara; c) violazione della *lex specialis* nella parte in cui il bando non prevederebbe una espressa comminatoria di esclusione per la preventiva rivelazione di elementi riguardanti l'offerta tecnica; d) violazione dell'art. 243-*bis* del decreto legislativo n. 163 del 2006.

Si costituivano in giudizio l'amministrazione intimata e la ditta controinteressata per chiedere il rigetto del gravame.

Con ordinanza n. 506 del 30 giugno 2011 veniva rigettata l'istanza di

tutela cautelare.

Alla pubblica udienza del 5 ottobre 2011 le parti rassegnavano le proprie rispettive conclusioni ed il ricorso veniva infine trattenuto in decisione.

Tutto ciò premesso il ricorso, ad un più attento esame che è proprio di questa fase di merito, è fondato per le ragioni di seguito indicate.

In disparte ogni considerazione circa la mancanza di una espressa comminatoria di esclusione in tal senso, osserva infatti il collegio che se è ben vero, da un lato, che la preventiva conoscenza delle caratteristiche dell'offerta tecnica mette in pericolo la garanzia dell'imparzialità dell'operato dell'organo valutativo, costituendo "un dato di fatto potenzialmente deviante in quanto mette in condizione la commissione di plasmare i criteri o parametri specificativi adattandoli ai caratteri specifici delle offerte, conosciute o conoscibili, sì da sortire un effetto potenzialmente premiale nei confronti di una o più imprese" (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2010, n. 6509; Cons. Stato, sez. VI, 20 dicembre 1999, n. 2117), è anche vero dall'altro lato che, sulla base di una valutazione di carattere sostanziale, qualora detta conoscenza avvenga in un momento successivo a quello della formulazione dei suddetti criteri specificativi, tale effetto *deviante* non potrà più in concreto verificarsi.

Ciò che è avvenuto nel caso di specie, laddove i criteri ed i sub-criteri relativi all'offerta tecnica non sono stati in alcun modo specificati tra la fase di esame della documentazione amministrativa (fase all'interno della quale era avvenuta la conoscenza dei certificati di buona

esecuzione, ossia di elementi riconducibili all'offerta tecnica ai sensi del punto A.5 del disciplinare di gara) e quella dedicata alla valutazione delle offerte tecniche: dunque, non vi è stato pregiudizio – come correttamente rilevato dalla difesa di parte ricorrente – in ordine al corretto, libero e indipendente svolgimento del processo intellettuale/volitivo dei commissari che si è poi concluso con il giudizio sull'offerta tecnica.

D'altra parte, la valutazione in esame (quella relativa alle “ esperienze pregresse “, come quelle attinenti a tutti gli altri elementi valutabili nell'ambito dell'offerta tecnica) è stata effettuata non in termini assoluti, ossia considerando separatamente le singole offerte, ma attraverso una particolare modalità di comparazione delle stesse, quella del c.d. *confronto a coppie*, che giocoforza implica la necessaria preventiva conoscenza di tutte le medesime offerte.

Era quindi necessario che la commissione di gara prendesse cognizione della documentazione relativa alle esperienze pregresse (come di quella relativa agli altri elementi di valutazione delle offerte tecniche previsti dal disciplinare di gara) presentata da ogni concorrente prima di procedere alle valutazioni comparative. Così è stato in quanto la commissione ha provveduto (verbale n. 6 del 4 aprile 2011) ad estrarre dalle buste contrassegnate con la lettera “ B “ la documentazione relativa all'offerta tecnica e poi “alla lettura dell'elaborato A. 5 *esperienze pregresse*” per ogni concorrente.

La cognizione dei vari elaborati A.5 ha quindi preceduto la formulazione delle valutazioni a seguito del confronto a coppie.

La pregressa cognizione della documentazione relativa alle esperienze pregresse della ricorrente, acquisita con l'apertura della busta A, in nulla ha quindi alterato il rapporto cronologico "cognizione delle offerte tecniche – valutazione delle stesse" delineato nel disciplinare di gara.

Nei termini di cui sopra osserva pertanto il collegio come la avvenuta conoscenza di alcuni elementi dell'offerta tecnica, in una fase anteriore alla sua specifica valutazione, non fosse in alcun modo idonea ad incidere sull'imparzialità della commissione e sulla *par condicio* tra i concorrenti.

In conclusione il ricorso, assorbita ogni altra censura, è fondato e deve essere accolto, con conseguente annullamento degli atti in epigrafe indicati.

Data la notevole complessità e la novità della questione affrontata sussistono in ogni caso giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 964 del 2011, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti in epigrafe indicati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 5 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Cavallari, Presidente

Carlo Dibello, Primo Referendario

Massimo Santini, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/11/2011

IL SEGRETARIO

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