



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 il Piemonte**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1186 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Impresa Lis S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Luca Griselli, Patrizia Polliotto, Marco Salina, con domicilio eletto presso l'avv.to Patrizia Polliotto in Torino, via Roma, 366;

***contro***

Comune di Biella, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv.to Carlo Emanuele Gallo, con domicilio eletto presso l'avv.to Carlo Emanuele Gallo in Torino, via Pietro Palmieri, 40;

***nei confronti di***

Viabit S.p.A. in proprio e in qualità di mandataria capogruppo di R.T.I. con Escavazioni f.lli Bazzani s.p.a., Biella Scavi s.r.l., F.lli Sogno e Figli Impresa Costruzioni di ing, Walter Sogno Fortuna & C. s.r.l., queste ultime anche in proprio, in persona dei rispettivi legali

rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avv.ti Giorgio Razeto, Giuseppe Greppi, Massimo Conti, Paolo Monti, con domicilio eletto presso l'avv.to Antonio Fiore in Torino, corso Alcide De Gasperi, 21;

F.lli; Gorrasi Cost. S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Teresio Bosco, Francesca Tetto, con domicilio eletto presso l'avv.to Teresio Bosco in Torino, via Susa, 40;

***per l'annullamento***

della determinazione del Dirigente LL.PP. del Comune di Biella n. 727 in data 27.9.2011, che ha approvato i verbali delle sedute pubbliche e riservate relativi alla procedura aperta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui al Bando pubblicato in G.U. in data 6/6/2011, indetta dall'Amministrazione per la realizzazione viabilità di accesso al nuovo Ospedale ed ha aggiudicato in via definitiva la gara medesima all'Impresa Viabit S.p.A., capogruppo mandataria del R.T.I.;

di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ivi compresi tutti i verbali delle sedute pubbliche e riservate; il provvedimento di nomina della Commissione giudicatrice (determinazione LL.PP./BI 539 in data 7/7/2011); il contratto, ove già stipulato.

nonché con i motivi aggiunti depositati l'1.12.2011

per l'annullamento

del silenzio rigetto ex art. 243 bis, comma 4, D.Lgs. 163/06 opposto dall'Amministrazione resistente in ordine all'istanza di autotutela presentata in data 24.10.2011 dalla ricorrente, Impresa LIS S.r.l., ai

sensi dell'art. 243 bis, comma 1, D.Lgs. 163/06;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Biella e di Viabit S.p.A. Escavazioni f.lli Bazzani s.p.a., Biella Scavi s.r.l., F.lli Sogno e Figli Impresa Costruzioni di ing, Walter Sogno Fortuna & C. s.r.l.e di Gorrasi Cost. S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2012 la dott.ssa Paola Malanetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Parte ricorrente, terza classificata nella procedura per cui è causa, ha adito l'intestato Tar e impugnato gli atti in epigrafe deducendo i seguenti motivi di ricorso:

Violazione dell'art. 37 co. 6 e 13 d.lgs. n. 163/2006. Violazione dell'art. 92 co. 2 d.p.r. 5.10.2010 n. 207. Eccesso di potere sotto i concorrenti profili di difetto di istruttoria e della violazione della *par condicio*. Difetto di motivazione. Contesta parte ricorrente che l'ATI aggiudicataria non ha rispettato le quote percentuali minime di qualificazione/esecuzione dei lavori prescritte dalla normativa vigente in capo alla mandataria capogruppo.

Violazione dell'art. 38 del d.lgs. 163/2006. Eccesso di potere sotto i concorrenti profili del difetto di istruttoria e della violazione della *par condicio*. Difetto di motivazione. Contesta parte ricorrente che il presidente del CDA e il direttore tecnico di una delle mandanti del raggruppamento aggiudicatario è gravato da pregiudizi penali che avrebbero dovuto essere presi in considerazione dalla stazione appaltante al fine di una esclusione dalla gara

In relazione alla posizione della Gorrasi, seconda classificata, deduce poi parte ricorrente la violazione del bando e del disciplinare di gara. Violazione dei principi della *par condicio*. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Violazione del divieto di disapplicazione della *lex specialis* a fronte di clausole di esclusione in equivoche. Contesta parte ricorrente la mancata allegazione del prescritto documento di identità alla domanda di partecipazione alla gara da parte della Gorrasi.

Violazione dell'art. 83 d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i.. Violazione dell'art. 16 del bando e del disciplinare. Motivazione insufficiente, illogica, contraddittoria. Eccesso di potere sotto i concorrenti profili di travisamento dei presupposti fattuali e giuridici, del difetto di istruttoria e dell'irragionevolezza e ingiustizia manifeste. Violazione dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza (art. 1 d.lgs. n. 163/2006) . Contesta parte ricorrente i punteggi attribuiti ai primi due concorrenti nonché la valorizzazione di alcuni elementi di offerta non contemplati dalla legge di gara.

In via subordinata deduce parte ricorrente i seguenti motivi di ricorso:  
Violazione dell'art. 84 co. 2 d.lgs. n. 163/2006. Violazione dell'art. 97 Cost. . Violazione dei principi di legalità e tipicità dei provvedimenti e dei procedimento amministrativi. Carezza e comunque sviamento di potere. Contesta parte ricorrente che uno dei commissari esterni sia stato scelto da una amministrazione differente dalla stazione appaltante.

Violazione dell'art. 84 co. 8 del d.lgs. n. 163/2006. Violazione dell'art. 120 co. 3 del d.p.r. 207/2010. Art. 97 Cost.. Violazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990, difetto di istruttoria. Contesta parte ricorrente la sussistenza dei presupposti per l'individuazione di commissari esterni.

Violazione dell'art. 84 co. 8 del d.lgs. n. 163/2006. Contesta parte ricorrente la violazione della disciplina concernente i meccanismi di individuazione dei commissari esterni.

Violazione dell'art. 8 d.lgs. n. 163/2006 e 120 co. 5 d.p.r. 207/2010. Contesta parte ricorrente che i commissari non abbiano reso le opportune dichiarazioni concernenti l'insussistenza di cause di incompatibilità.

Violazione dell'art. 84 co. 10 del d.lgs. n. 163/2006. Contesta parte ricorrente che la commissione sia stata nominata prima della scadenza dei termini di presentazione delle offerte.

Con successivo atto di ricorso per motivi aggiunti parte ricorrente ha impugnato il silenzio-diniego dell'amministrazione formatosi in relazione al preavviso di ricorso previsto dall'art. 243 bis del d.lgs. n. 163/2006 contestando la violazione, da parte della stazione

appaltante, dell'obbligo di pronunciarsi espressamente in relazione al suddetto preavviso di ricorso e lamentandone comunque l'illegittimità derivata in relazione a tutte le censure già mosse avverso l'aggiudicazione.

Alla camera di consiglio del 17.11.2011 l'istanza cautelare è stata accolta.

All'udienza del 9.2.2012 la causa è stata discussa e decisa.

## DIRITTO

Parte ricorrente ha spiegato in principalità doglianze che comporterebbero una aggiudicazione a suo favore (esito che presuppone l'esclusione delle due concorrenti meglio classificate) e in subordine doglianze afferenti la complessiva gestione della procedura (in particolare la composizione della commissione), idonee a travolgere l'intera gara

In relazione alle censure mosse in principalità occorre osservare che, per essere idonee al conseguimento del risultato sperato e quindi suffragate da interesse ad agire concreto ed attuale, occorrerebbe che le medesime fossero fondate in relazione alla posizione di entrambe le concorrenti meglio classificate; nessuna utilità infatti può ad esempio derivare in capo alla ricorrente dall'esclusione dell'aggiudicataria ove fosse fatta salva la posizione della seconda classificata, impresa Gorrasi, e viceversa.

Si procede quindi all'analisi delle contestazioni mosse avverso la posizione di quest'ultima in quanto, stante la loro palese infondatezza, esimono il collegio da ulteriormente analizzare le censure mosse

avverso la posizione dell'aggiudicataria, per le considerazioni già svolte in punto interesse ad agire.

Con il terzo motivo di ricorso si contesta che la stazione appaltante avrebbe violato specifiche disposizioni della legge di gara prescritte a pena di esclusione; in particolare la seconda classificata avrebbe omesso di corredare la domanda di partecipazione con la fotocopia di un documento di identità. E' per contro pacifico in fatto che l'impresa Gorrasi ha allegato alla documentazione amministrativa diverse fotocopie del documento di identità del legale rappresentante in quanto prescritte al fine di attestare l'autenticità delle sottoscrizioni apposte alla documentazione amministrativa richiesta dal bando. E' allora evidente che la legge di gara non può certo essere interpretata in senso formalistico, al punto di imporre l'allegazione di plurime copie di documenti di identità all'interno della stessa busta, eventualmente specificatamente allegate ai diversi documenti ivi contenuti là dove sia pacifico che una copia del documento è stata prodotta nell'ambito della documentazione amministrativa. Ipotizza poi parte ricorrente che la Gorrasi non abbia presentato la cauzione provvisoria, circostanza infondata in fatto e documentata in atti.

Il terzo motivo di ricorso non merita pertanto accoglimento.

Con la quarta censura si contestano i punteggi per l'offerta attribuiti alle prime due concorrenti classificate. Deve premettersi che, in linea generale, il punteggio dell'offerta tecnica è precipua espressione della discrezionalità tecnica della commissione giudicatrice, la quale non può essere censurata semplicemente riproponendo una alternativa

valutazione del pregio delle offerte o comparazione delle medesime, né può essere contestata in relazione a singoli profili senza evidenziare vizi di tale evidenza oggettiva e logica da inficiare l'esito complessivo della valutazione. Si ritiene che le censure mosse non evidenzino appunto vizi dell'iter logico di valutazione delle offerte, quantomeno in relazione all'offerta Gorrasi, né incongruenze basate su oggettive illogicità in fatto e tali da giustificare l'invalidazione del complessivo giudizio. Se infatti alcuni elementi oggettivi vengono correttamente individuati da parte ricorrente in relazione all'offerta della prima classificata (è stata ad esempio valorizzata positivamente l'offerta di un periodo aggiuntivo di manutenzione del verde pari a tre anni, proposta dalla Viabit, e contrastante con la legge di gara che sullo specifico punto prescriveva un preciso massimo di durata della manutenzione che l'offerta avrebbe di fatto superato), tali presupposti in fatto non si rinvergono per quanto concerne l'offerta Gorrasi.

Si ritiene pertanto che le censure mosse avverso le posizioni delle concorrenti meglio classificate non possano trovare nel complesso accoglimento.

Sono per contro fondate, come già ritenuto in sede cautelare, le contestazioni mosse avverso la composizione, nomina e il funzionamento della commissione giudicatrice, censure che comportano il travolgimento dell'intera procedura.

Con il quinto motivo di ricorso parte ricorrente ha denunciato che inopinatamente uno dei componenti della commissione giudicatrice formata dal Comune in qualità di stazione appaltante è stato

sostanzialmente designato dalla Provincia di Biella, e quindi in violazione dell'art. 84 del d.lgs. n. 163/2006, che intesta esclusivamente alla stazione appaltante la formazione della commissione giudicatrice.

La designazione risulta pacificamente in atti e viola palesemente la citata norma del codice dei contratti. Né può trovare accoglimento la tesi difensiva dell'amministrazione secondo cui, costituendo l'opera attuazione di un accordo di programma sottoscritto in data 28.2.2001 (reso esecutivo con decreto del Presidente della Regione Piemonte n. 72 del 31.7.2001), la Provincia sarebbe stata legittimata, in forza di detto accordo, a nominare un componente della commissione giudicatrice. Siffatta previsione non si rinviene infatti nel testo dell'accordo di programma prodotto in atti, che contempla al limite verifiche in fase esecutiva; tanto a tacere anche di possibili profili di illegittimità dell'accordo medesimo o lo stesso avesse inteso consensualmente derogare a norme che presidiano alla corretta formazione della commissione giudicatrice di una gara di appalto e quindi al suo imparziale svolgimento.

Con ulteriore censura parte ricorrente ha dedotto che, inopinatamente, quali componenti della commissione giudicatrice sono stati nominati due professionisti esterni all'amministrazione, senza rispettare il dettato normativo che impone, prima di ricorrere all'esterno, l'accertamento di una carenza in organico della corrispondente o specificatamente qualificata figura professionale.

Risulta in atti che il ricorso alla figura dei commissari esterni è stato

giustificato in ragione delle modalità temporali di svolgimento delle operazioni della commissione (praticamente una settimana del mese di luglio), che coincideva con periodo feriale e quindi con momentanee assenze per ferie di taluni dipendenti. Pare fin troppo evidente che ammettere siffatta giustificazione, corrispondente ad una situazione contingente dipendente nel caso di specie solo da scelte organizzative dell'ente, (sia in relazione al momento in cui svolgere le operazioni di gara, sia in relazione alla gestione delle ferie del proprio personale che devono essere funzionalizzate e coordinate con le esigenze organizzative dell'ufficio) per ricorrere alla nomina di commissari esterni, pur in presenza di idonee e qualificate professionalità interne, equivarrebbe a consentire all'amministrazione di fare ricorso a commissari esterni sostanzialmente a proprio arbitrio. La *ratio legis* è invece evidentemente quella di imporre che fisiologicamente, anche a garanzia della terzietà e serietà delle operazioni di gara, le stazioni appaltanti provvedano alle medesime avvalendosi dell'organico in forze; solo l'oggettiva (e non certo soggettiva, in quanto consequenziale e specifiche e non necessitate scelte organizzative) carenza di idonee professionalità, che implicherebbe il rischio di valutazioni inadeguate delle offerte, consente eccezionalmente il ricorso a professionisti esterni, per altro corredato di una serie di garanzie connesse alla loro individuazione. Anche sotto questo profilo, pertanto, le modalità di formazione della commissione presentano evidenti vizi.

La fondatezza delle sovrariportate due censure è di per sé idonea

all'accoglimento del ricorso, con annullamento degli atti impugnati sin dal momento dell'illegittima nomina della commissione giudicatrice.

Suscita infine non poche perplessità la circostanza che il commissario, sostanzialmente ed illegittimamente designato dalla Provincia di Biella, fosse di fatto stato già identificato prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte (scadenza del 6/7/2011 h. 12:00), ancorchè formalmente la nomina sia stata fatta propria dal Comune il successivo giorno 7 (IX motivo di ricorso); infine è corretto il rilievo mosso con l'ultimo motivo di ricorso di incompatibilità cronologica delle modalità di svolgimento delle operazioni di formazione e operatività della commissione di gara. Fermo infatti il principio che i commissari devono essere individuati solo successivamente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte (art. 84 co, 10 d.lgs. n.163/2006), nel caso di specie si è verificato che detto termine scadeva il 6/7/2011 h. 12:00, il provvedimento di nomina della commissione è datato 7/7/2011 e in quello stesso giorno in mattinata (h. 10:00) la commissione ha iniziato i propri lavori. Ne risulterebbe che due commissari esterni all'organico dell'amministrazione, e teoricamente all'oscuro della nomina sino al giorno 7, sarebbero stati entrambe contestualmente disponibili per una immediata riunione presso l'amministrazione a poche ore dalla nomina.

Il ricorso deve trovare accoglimento; restano assorbite le questioni prospettate con i motivi aggiunti di ricorso.

Le spese seguono la soccombenza e vengono poste a carico

dell'amministrazione resistente e della controinteressata aggiudicataria. Restano compensate con la impresa Gorrasi stante la riscontrata infondatezza dei motivi di ricorso che specificatamente riguardavano la sua posizione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso e per l'effetto annulla gli atti impugnati nei sensi e nei limiti di cui in motivazione;

condanna parte resistente Comune di Biella e parte controinteressata Viabit s.p.a., Escavazioni f.lli Bazzani s.p.a., Biella Scavi s.r.l., F.lli sogno e figli impresa costruzioni di ing. Walter sogno Fortuna & C. s.r.l. a rifondere, in solido a parte ricorrente, le spese di lite complessivamente liquidate in € 4000,00 oltre contributo unificato, IVA e CPA;

Ordina che il presente dispositivo sia eseguito dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Roberta Ravasio, Presidente FF

Paola Malanetto, Referendario, Estensore

Ariberto Sabino Limongelli, Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/03/2012

IL SEGRETARIO

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