



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 1131 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

S.E.A. - Società Europont Appalti Srl, in persona del legale rappresentante;

C.G.D. - Costruzioni Generali D'Amico Srl, in persona del legale rappresentante;

entrambe rappresentate e difese dagli avvocati Patrizio Leozappa e Mauro Barberio, con domicilio eletto presso l'avv. Mauro Barberio in Cagliari, via Garibaldi n. 105;

contro

il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata per legge in Cagliari, via Dante n. 23;

nei confronti di

Opere Stradali SpA, rappresentato e difeso dagli avvocati Riccardo Barberis e Silvana Congiu, con domicilio eletto presso l'avv. Silvana Congiu in Cagliari, Vico II Merello n. 1;

per l'annullamento

- degli atti e delle operazioni concernenti la gara indetta dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti per l'affidamento dei lavori di realizzazione di una caserma per la locale Compagnia Guardia di Finanza nel Comune di Olbia,
 - dei provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva alla controinteressata;
 - della nota prot. 10962 del 28.10.2011,
 - di tutti gli atti e verbali relativi alla attività della Commissione di gara, nella parte in cui non ha disposto l'esclusione della controinteressata;
 - in subordine, dei verbali di gara nella parte in cui la Commissione ha erroneamente valutato l'offerta delle ricorrenti;
 - in via ulteriormente subordinata, degli atti di gara, ivi compreso il bando di gara, per avere la Commissione proceduto alla apertura in seduta riservata delle buste contenenti le offerte tecniche;
- nonché,
per la condanna al risarcimento dei danni subiti dalle ricorrenti.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle

Infrastrutture e dei Trasporti e di Opere Stradali SpA;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 marzo 2012 il dott. Giorgio Manca e uditi l'avv. Giuseppe Mario Militerni per le ricorrenti, l'avv. Fausta Lorusso, avvocato dello Stato, per l'Amministrazione resistente e gli avvocati Riccardo Barberis e Silvana Congiu per la controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – Le società ricorrenti hanno partecipato, in associazione temporanea di imprese, alla procedura di gara aperta indetta dal Provveditorato Interregionale alle OO.PP. Sardegna, per la realizzazione di una caserma per la Compagnia della Guardia di Finanza, nel Comune di Olbia, da aggiudicarsi con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa. In particolare il bando di gara prevedeva la elaborazione di proposte progettuali migliorative del progetto esecutivo posto a base di gara. Il bando e il disciplinare richiedevano, altresì, il possesso della abilitazione di sicurezza (N.O.S.) per realizzare le opere.

All'esito delle operazioni di gara, l'offerta della società Opere Stradali s.p.a. veniva classificata al primo posto della graduatoria provvisoria; l'offerta del raggruppamento ricorrente al secondo posto.

Con nota del 24 novembre 2011, l'amministrazione appaltante

comunicava alla SEA s.r.l. l'avvenuta aggiudicazione definitiva dell'appalto alla Opere Stradali s.p.a. .

2. - Con il ricorso e con i motivi aggiunti, le ricorrenti impugnano l'aggiudicazione alla controinteressata, nonché gli ulteriori atti meglio indicati in epigrafe, deducendo articolate censure, sia in via principale che in via subordinata.

3. - Si è costituito in giudizio il Ministero delle Infrastrutture, chiedendo che il ricorso sia respinto.

4. - Si è costituita in giudizio anche la controinteressata Opere Stradali S.p.A, la quale – in via preliminare di rito – chiede che il ricorso sia dichiarato inammissibile per la carenza di interesse ad agire; ovvero, con riguardo alla dedotta violazione del principio di pubblicità della seduta di gara dedicata alla apertura delle offerte tecniche, sia dichiarato irricevibile per tardività.

5. - Con la memoria del 24 febbraio 2012, eccepisce, altresì, la tardività dei motivi aggiunti (notificati il 20 febbraio 2012) posto che con gli stessi la SEA impugna l'aggiudicazione definitiva (comunicata alla ricorrente con nota del 24 novembre 2011, prot. n. 11970) ben oltre il termine decadenziale dei trenta giorni.

Nel merito, conclude per il rigetto del ricorso e dei motivi aggiunti, in quanto infondati.

6. - All'udienza del 7 marzo 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. - Preliminarmente deve essere esaminata l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla difesa della controinteressata, secondo

la quale – anche in caso di accoglimento del primo motivo e di conseguente esclusione dalla gara della aggiudicataria – l’aggiudicazione del contratto non spetterebbe automaticamente alla ricorrente (seconda classificata), perché l’applicazione del criterio di aggiudicazione del c.d. “confronto a coppie”, previsto dal disciplinare di gara, imporrebbe il rinnovo delle valutazioni e dei punteggi delle offerte rimanenti in gara; e il conseguente integrale rifacimento della graduatoria. Pertanto, in nessun modo può essere tutelato l’interesse della ricorrente alla aggiudicazione del contratto.

Tuttavia, l’argomentazione non può essere condivisa, posto che l’interesse a ricorrere (al fine di ottenere l’aggiudicazione del contratto), anche nel caso di specie, si traduce necessariamente (ed in primo luogo) nella richiesta al giudice dell’annullamento dell’aggiudicazione disposta a favore della controinteressata (anche se in via derivata, quale conseguenza della illegittima ammissione dell’offerta della controinteressata). Come esattamente osservato dalla ricorrente, una diversa ricostruzione comporterebbe il venir meno di qualunque tutela giurisdizionale per gli interessati, partecipanti alla procedura di gara in cui l’offerta economicamente più vantaggiosa sia selezionata con il metodo del “*confronto a coppie*” (o metodo aggregativo-compensatore).

8. - Nel merito, è infondato il primo motivo del ricorso introduttivo, con il quale la ricorrente deduce la illegittima ammissione alla procedura di gara dell’offerta della aggiudicataria Opere Stradali s.p.a., per la violazione della *lex specialis* (punto 13, lett. c, del bando; punto

1, n° 3, lett. y, del disciplinare) nella parte in cui prescrive, quale requisito soggettivo, il «*possesso dell'abilitazione di sicurezza (N.O.S.) per realizzare lavori eseguibili con particolari misure di sicurezza*». In particolare, nell'offerta tecnica di Opere Stradali erano inserite delle proposte migliorative del progetto esecutivo dei lavori posto a base di gara, cui il bando di gara ricollegava l'assegnazione dei punti secondo quanto previsto al paragrafo 2 (*Criteri e procedure di aggiudicazione*) del disciplinare di gara. Tali elaborati progettuali indicavano come incaricati della progettazione due società di progettazione (Costruire Energie s.r.l. e Planarch s.r.l.), delle quali almeno una (Costruire Energie s.r.l.) composta da progettisti privi dell'abilitazione di sicurezza richiesta.

8.1. - Inoltre, sotto altro profilo, premesso che la commissione di gara ha ritenuto di ammettere la controinteressata (pur in assenza del N.O.S. dei progettisti) per il fatto che l'offerta tecnica era stata firmata solo dai legali rappresentanti della Opere Stradali s.p.a., e non dai progettisti privi di N.O.S., la ricorrente deduce ulteriore violazione della *lex specialis* di gara secondo cui il progettista incaricato delle varianti migliorative doveva firmare gli elaborati unitamente al legale rappresentante dell'impresa concorrente.

8.2. - Il quadro normativo di riferimento, per la soluzione della questione prospettata con il motivo in esame, muove dall'art. 17 del codice dei contratti pubblici (di cui al d.lgs. n. 163/2006); che, nel testo applicabile *ratione temporis* (prima della integrale sostituzione avvenuta ad opera dell'art. 33, comma 3, del d.lgs. 15 novembre 2011,

n. 208), richiedeva, in primo luogo, la dimostrazione del possesso dell'abilitazione di sicurezza con riguardo all'ipotesi, di carattere generale, della esecuzione delle prestazioni contrattuali (al comma 3 dell'art. 17 cit.). Inoltre, e distintamente, prendeva in considerazione (al comma 6) l'affidamento di incarichi di progettazione (oltre che di direzione e di collaudo), prescrivendo il possesso dell'abilitazione di sicurezza ove tali soggetti fossero esterni all'amministrazione.

8.3. - Nel caso di specie, occorre osservare come la norma del bando (sopra riportata) si limita a richiedere la dichiarazione di *“essere in possesso dell'abilitazione di sicurezza”* solo per la realizzazione dei lavori, non per la progettazione; e non occorre citare precedenti giurisprudenziali per rammentare pacifici principi in tema di divieto di disapplicazione del bando da parte della stazione appaltante.

8.4. - Una soluzione nel senso che il possesso del N.O.S. non era richiesto per i soggetti incaricati della predisposizione delle proposte tecniche migliorative, appare, altresì, conforme al contenuto del contratto di appalto, della cui aggiudicazione si tratta, il cui oggetto è costituito dalla sola esecuzione dei lavori sulla base del progetto esecutivo approvato dall'amministrazione. La possibilità, prevista dal bando e dal disciplinare, di proporre offerte tecniche migliorative in variante si muove nell'ambito della previsione di cui all'art. 76 del codice dei contratti pubblici e del criterio di aggiudicazione adottato dall'amministrazione aggiudicatrice, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la cui disciplina si connota per prendere in considerazione elementi che riguardano, in specie, la

qualità tecnica dell'offerta, affidando, in tal modo, l'esito della gara non al solo elemento del costo economico delle prestazioni contrattuali richieste.

8.5. - Pertanto, sia la lettera della disposizione di *lex specialis*, sia la natura del contratto oggetto dell'affidamento, sia – infine – il riferimento all'art. 17 cit., orientano nel senso che, nel caso di specie, il bando non prescriveva il possesso dell'abilitazione di sicurezza per coloro i quali avessero predisposto le varianti tecniche migliorative.

8.6. - E' infondata anche l'ulteriore doglianza (mancata sottoscrizione delle offerte tecniche migliorative da parte dei progettisti incaricati), sia per le ragioni appena esposte, sia in conseguenza dell'applicazione della disposizione del disciplinare secondo la quale (con riguardo anche alla documentazione di cui alla busta "B – Offerta tecnica migliorativa") «Tutta la documentazione presentata dovrà essere (...) sottoscritta dal legale rappresentante dell'impresa concorrente (...)».

Come si è accennato, e come d'altronde risulta dalla documentazione in atti, le proposte migliorative risultano sottoscritte dai legali rappresentanti di Opere Stradali s.r.l. .

9. - Con il secondo motivo, in via subordinata, le ricorrenti deducono eccesso di potere per illogicità, incongruità, irragionevolezza e disparità di trattamento, in relazione alla erronea attribuzione dei punteggi, da parte della commissione di gara, in sede di valutazione e quotazione del sub-elemento T.1.1.3. («*caratteristiche estetico, qualitative, funzionali e prestazionali degli infissi esterni*») per il quale erano previsti 10 punti.

9.1. - La commissione, inoltre, avrebbe illegittimamente operato omettendo di prendere in considerazione le ulteriori migliorie proposte dalle ricorrenti, con riguardo alla indicazione di avvolgibili in alluminio rinforzato coibentato e all'utilizzo di tende a rullo volte a ottenere un migliore effetto filtrante, di oscuramento e abbattimento luminoso ed energetico.

9.2. - In linea di fatto, occorre precisare che, per l'elemento qualitativo in questione, all'offerta delle ricorrenti sono stati attribuiti 4,56 pt., mentre all'offerta di Opere Stradali sono stati assegnati 8,30 pt. .

9.3. - In ordine al primo profilo, si deve osservare come la commissione (nella seduta riservata del 21 giugno 2011) abbia rilevato che la proposta migliorativa delle ricorrenti riguardante gli infissi in alluminio «*nulla prevedesse relativamente ai vetricamera come da normativa attuale*». Circostanza sostanzialmente ammessa dalle ricorrenti, le quali sul punto propongono una argomentazione di carattere logico-deduttivo: la proposta degli infissi in questione – si sostiene - “*non può che ricomprendere anche vetri-camera necessariamente adeguati agli infissi stessi ...*”. Con il che, peraltro, si ammette che nessuna indicazione specifica era contenuta nella proposta. La valutazione della commissione, pertanto, non appare fondata su travisamenti del fatto, né sui vizi logici dedotti dalle ricorrenti.

9.4. - Anche la seconda censura, essenzialmente incentrata sul difetto di motivazione, non può essere accolta, posto che nell'ambito del metodo del c.d. *confronto a coppie*, come affermato dalla prevalente giurisprudenza amministrativa (cfr. T.A.R. Emilia Romagna, Bologna,

I, 14 gennaio 2009, n. 15; Cons. St., sez. V, 23 giugno 2010, n° 3697; T.A.R. Puglia, Lecce, III, 21 aprile 2011, n. 721), la motivazione dei giudizi espressi sugli elementi qualitativi risiede nelle stesse preferenze accordate ai vari elementi considerati nel raffronto tra ciascuno dei progetti con gli altri, secondo un metodo che legittima un'indicazione preferenziale ragguagliata a determinati indici e non richiede alcuna estrinsecazione logico - argomentativa della scelta effettuata. Pertanto, il punteggio numerico può essere considerato sufficiente a motivare gli elementi dell'offerta economicamente più vantaggiosa (purché, ovviamente, il bando di gara contenga una specifica predeterminazione dei criteri di valutazione, secondo la dettagliata disciplina di cui all'art. 83 del codice dei contratti pubblici; peraltro, nel caso in esame, la questione non si pone, atteso che le previsioni del bando non risultano censurate dalle ricorrenti).

9.5. - Anche il secondo motivo è, conseguentemente, infondato.

10. - In ordine logico, occorre esaminare, a questo punto, i motivi aggiunti, avviati alla notifica il 17 febbraio 2012 e depositati il successivo 22 febbraio, con i quali le ricorrenti deducono la violazione del combinato disposto del comma 1, lettera i), e del comma 2, dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici, nonché dell'art. 48 del medesimo codice, atteso che dai controlli effettuati sul possesso dei requisiti dichiarati in gara dalla aggiudicataria Opere Stradali s.p.a., in ordine alla regolarità contributiva, è emersa la situazione di inadempimento attestata dal D.U.R.C. rilasciato in data 30 novembre 2011 dallo sportello unico INPS-INAIL-Cassa Edile.

10.1. - Inoltre, la stazione appaltante, ai sensi dell'art. 38, comma 3, cit., e dell'art. 2, comma 1, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito nella legge n. 266 del 2002 (che prevede la conseguenza della revoca dell'affidamento ove l'affidatario non versi nella situazione di regolarità contributiva), avrebbe dovuto provvedere in autotutela all'annullamento dell'aggiudicazione definitiva – una volta acquisito il D.U.R.C. negativo, posto che se la procedura proseguisse fino alla stipula del contratto questo dovrebbe essere revocato in forza delle norme richiamate.

10.2. - La difesa della controinteressata sostiene, in primo luogo, che il documento unico emesso il 30 novembre 2011, sulle cui risultanze si basano le censure delle ricorrenti, riguarderebbe (non il controllo della veridicità delle dichiarazioni sostitutive presentate in gara ma) la successiva fase della stipula del contratto.

Afferma, inoltre, la difesa della controinteressata, che il D.U.R.C. del 30 novembre 2011 è stato erroneamente emesso dalla Cassa Edile, la quale successivamente ha provveduto a rettificarlo (come risulterebbe dalla nota della C.E. del 7 febbraio 2012, prot. n. 357/R).

10.3. - La difesa dell'amministrazione fa rilevare come, a seguito di chiarimenti richiesti dalla stazione appaltante alla Cassa Edile di Cagliari, quest'ultima ha precisato (con la nota citata del 7 febbraio 2012) che il successivo D.U.R.C. emesso il 2 dicembre 2011 attesti la regolarità contributiva della società aggiudicataria. fa rilevare, altresì, che il controllo sul requisito di regolarità contributiva dichiarato in gara dalla Opere Stradali s.p.a. è stato effettuato prima della

aggiudicazione definitiva (avvenuta con provvedimento dell'11 novembre 2011), attraverso l'acquisizione di un D.U.R.C. regolare emesso dalla Cassa Edile in data 13 settembre 2011.

10.4. - I motivi aggiunti sono infondati, nei sensi di cui appresso.

10.5. - In linea di fatto, dalla documentazione in atti risulta che in data 30 novembre 2011, su richiesta dell'amministrazione appaltante del 15 novembre 2011, è stato acquisito il D.U.R.C. relativo alla società Opere Stradali s.p.a. nel quale veniva attestato che detta impresa *«non risulta regolare con il versamento dei contributi al 21 novembre 2011»*. Tuttavia, come risulta dalla stessa intestazione del documento unico, versato in atti, e come implicitamente ammesso dalle ricorrenti, si tratta di un D.U.R.C. richiesto ed emesso in vista della stipula del contratto. Mentre, come emerge dalla documentazione prodotta dall'amministrazione resistente, il D.U.R.C. relativo alla verifica della dichiarazione sostitutiva presentata in gara dalla Opere Stradali s.p.a. è stato emesso il 13 settembre 2011, con attestazione di regolarità.

La censura, pertanto, ove diretta a far valere un vizio dell'aggiudicazione definitiva derivante dalla illegittima ammissione alla procedura di gara della società aggiudicataria, non può essere accolta.

10.6. - Tuttavia, la censura dedotta con i motivi aggiunti - come già osservato - mira anche ad accertare se l'affidatario (nel caso di specie: la società Opere Stradali s.p.a.) fosse, in vista della stipula del contratto, nella situazione di regolarità contributiva. Non si deve, infatti, tralasciare il principio (ricavabile dall'intera disciplina

concernente il rispetto degli obblighi contributivi, previdenziali ed assistenziali in capo alle imprese) secondo cui gli operatori economici che aspirano all'aggiudicazione di contratti pubblici debbono possedere il requisito della regolarità contributiva lungo l'intero arco della procedura di gara, nel momento della stipula del contratto e nel corso del successivo svolgimento del rapporto contrattuale con l'amministrazione (si veda, per tutte, Cons. St., sez. V, 16 settembre 2011, n. 5194). Secondo l'art. 38, comma 3, cit., l'amministrazione è tenuta ad accertare la regolarità contributiva dell'affidatario attraverso l'acquisizione d'ufficio del documento unico di regolarità contributiva (cfr. art. 6, comma 3, del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, avente ad oggetto *"Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/GE"*; ed ora, anche, l'art. 14, comma 6-bis, del decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5, introdotto dalla legge di conversione 4 aprile 2012, n. 35), prima della stipula del contratto (cfr. lett. c dell'art. 6 del regolamento di esecuzione sopra citato). Il medesimo comma 3 dell'art. 38 richiama, altresì, quanto previsto dall'art. 2, comma 1, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito nella legge n. 266 del 2002, che prevede la conseguenza della revoca dell'affidamento ove l'affidatario non versi nella situazione di regolarità contributiva.

10.7. - Nel caso di specie, con riguardo alla nota della Cassa Edile di Cagliari, del 7 febbraio 2012, prot. n. 357/R, si deve rilevare come essa, pur non affermando esplicitamente la erroneità o non veridicità

delle attestazioni contenute nel D.U.R.C. rilasciato il 30 novembre 2011, precisa che – a seguito di una nuova richiesta del 29 novembre 2011 (la prima richiesta era stata presentata dal Provveditorato il 15 novembre 2011) – in data 2 dicembre 2011 è stato emesso un D.U.R.C. regolare *«a seguito di valutazioni aggiornate provenienti dagli enti preposti ...»*. Il che lascia intendere (in assenza di ulteriori elementi di prova in senso contrario, che parte ricorrente non ha nemmeno adombrato) che tali “*valutazioni aggiornate*” possano riferirsi a errori verificatisi in sede di emissione del primo D.U.R.C. .

10.8. - In conclusione, anche sotto questo profilo, i motivi aggiunti sono da ritenersi infondati.

11. - In via ulteriormente subordinata, con il ricorso introduttivo, le società ricorrenti denunciano la illegittimità della aggiudicazione definitiva in conseguenza della violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara con riferimento alla fase di apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, operazione compiuta dalla commissione giudicatrice in seduta riservata. A tal fine estende l'impugnazione anche alle disposizioni del disciplinare di gara (punto 2.3.) in cui si è previsto che *«la Commissione giudicatrice, in una o più sedute riservate, procederà all'apertura e all'esame della documentazione contenuta nella busta “B Offerta Tecnica Migliorativa” ...»*.

11.1. – Sul punto, la controinteressata eccepisce la tardività della impugnazione della disposizione del disciplinare di gara, sopra riportata. L'eccezione deve essere respinta, considerato che la previsione di *lex specialis* non può essere qualificata come clausola

immediatamente lesiva. Secondo principi ormai consolidati (quantomeno a seguito della sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 2003), in tale ambito rientrano esclusivamente le clausole escludenti, ovvero quelle che rendono particolarmente difficoltosa la presentazione delle offerte (e quindi la partecipazione alla procedura). In nessuna delle due ipotesi rientra quella di cui trattasi.

11.2. – Nel merito, il motivo è fondato.

11.3. - La questione è stata affrontata dalla Sezione anche in recenti occasioni (si veda sez. I, 15 ottobre 2010, n. 2299), con statuizioni che hanno trovato autorevole conferma in sede di appello al Consiglio di Stato (definito da Ad. Plen., 28 luglio 2011, n. 13).

In quell'occasione, la Sezione osservò come il principio di pubblicità delle sedute di gara, nel corso delle quali vengono svolti gli adempimenti connessi alla verifica della regolarità della documentazione richiesta dalle regole di gara, ai fini della ammissibilità delle offerte, è applicazione (alle gare pubbliche) del più generale principio di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa, che trova un preciso aggancio costituzionale nel principio di imparzialità di cui all'art. 97 Costituzione, posto a garanzia (oltre che degli interessi pubblici richiamati) anche dei privati che partecipano alle procedure contrattuali pubbliche, i quali in tal modo sono posti in condizione di verificare la correttezza dell'attività amministrativa nelle singole gare. La seduta pubblica deve essere adottata dalle stazioni appaltanti sia quando si tratti della verifica preliminare ed esterna della regolarità delle buste contenenti le offerte

tecniche, sia quando si tratti della apertura delle stesse e della verifica del contenuto relativo alla documentazione costituente l'offerta tecnica.

11.4. - Questa affermazione non confligge, evidentemente, con l'altro consolidato principio, applicabile nei procedimenti di gara in cui l'aggiudicazione non avvenga con criteri automatici ma sia l'esito di valutazioni tecnico-discrezionali (come nel caso di specie in cui il criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa), principio secondo cui l'esame degli elementi valutativi delle offerte tecniche deve essere effettuato in seduta riservata (al fine di evitare i condizionamenti che possono derivare dalla presenza dei concorrenti diretti interessati). Principio attraverso il quale si vuole tutelare la genuinità del giudizio in ordine agli elementi tecnici dell'offerta e che costituisce, anch'esso, applicazione, sotto diverso profilo, del principio di imparzialità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost. [si veda Cons. St., sez. V, 16 giugno 2009, n. 3902, che opportunamente sottolinea il costante orientamento della giurisprudenza secondo cui *«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 (Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 2006 n. 6529; Sez. V, 16 giugno 2005 n. 3166; Sez. V, 19 marzo 2002 n. 5421; Sez. IV, 5 aprile 2003 n. 1787)»*].

11.5. - Nel caso di specie tali condizioni non si sono verificate, come

emerge dai verbali di gara versati in atti, nei quali si attesta che l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche si è svolta in seduta non pubblica.

11.6. - Ne deriva la illegittimità della clausola del disciplinare di gara sopra richiamata (punto 2.3.) e, in via derivata, dell'aggiudicazione; nonché degli atti della procedura di gara posti in essere a partire dalla fase di apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, con la conseguente necessità per l'amministrazione di rinnovare il procedimento di gara a partire dalla fase di presentazione delle offerte, trattandosi di aggiudicazione basata sugli apprezzamenti tecnico-discrezionali connessi all'impiego del metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

11.7. - Va precisato, infatti, anche ai sensi dell'art. 34, comma 1, lettera e), del codice del processo amministrativo, che ove si procedesse alla rinnovazione della procedura di gara (e anche se a tal fine si dovesse nominare una nuova Commissione aggiudicatrice) con riguardo alle offerte tecniche pervenute, le quali sono state aperte e valutate nel corso del precedente procedimento di gara (colpito dall'annullamento giurisdizionale del provvedimento di aggiudicazione) – valutate, si noti, sia per l'aspetto qualitativo sia per quello del prezzo offerto –, il rinnovo della loro valutazione sotto il profilo qualitativo sarebbe compiuta dalla nuova Commissione aggiudicatrice conoscendo, o avendo la possibilità di conoscere, anche il contenuto delle offerte economiche presentate dalle singole imprese partecipanti. Con ciò violando quel principio di imparzialità cui si è

fatto cenno sopra.

12. - La ricorrente propone, infine, in subordine rispetto alla domanda di tutela in forma specifica (costituita dall'accertamento del diritto all'aggiudicazione del contratto a suo favore), domanda di risarcimento per equivalente.

Peraltro, la domanda è infondata, posto che la ricorrente non assolve in alcun modo all'onere della prova sui danni subiti, che incombe a suo carico ai sensi dell'art. 2697 del codice civile.

13. - In definitiva, il ricorso deve essere accolto nei limiti sopra esposti. La domanda risarcitoria va rigettata.

14. - La disciplina delle spese segue la soccombenza, nei termini di cui al dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla:

- il disciplinare di gara, nonché gli atti della procedura di gara, nei limiti di cui in motivazione;
- l'aggiudicazione definitiva a favore della società Opere Stradali s.p.a., di cui alla nota del 24 novembre 2011, prot. n. 011970.

Condanna il Ministero delle Infrastrutture e la società Opere Stradali s.p.a. al pagamento delle spese giudiziali a favore delle società ricorrenti, liquidate in euro 3.000,00 a carico di ciascuna di esse; oltre alla rifusione, in solido, del contributo unificato.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità

amministrativa.

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 7 marzo
2012 con l'intervento dei magistrati:

Aldo Ravalli, Presidente

Marco Lensi, Consigliere

Giorgio Manca, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/05/2012

IL SEGRETARIO

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