



REPUBBLICA ITALIANA

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 652 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Tecnidro Srl, con sede in Genova, in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e quale mandataria del costituendo RTI con la Aurelio Porcu e Figli Spa e da Aurelio Porcu e Figli Spa, con sede in Cagliari, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentati e difesi dagli avv.ti Filippo Martinez, Davide Moscuza e Umberto Cossu, con domicilio eletto presso l'avv. Umberto Cossu, in Cagliari, via Satta N.33;

contro

Il Consorzio di Bonifica del Basso Sulcis, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avv.ti Mauro Barberio e Stefano Porcu, con elezione di domicilio come da procura speciale in atti;

nei confronti di

AC.MO. Spa, con sede in Milano, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Patrizia Longo, domiciliata presso la Segreteria del TAR Sardegna;

per l'annullamento

- della determinazione n. 103 del 1.8.2012 emessa dal Consorzio di Bonifica del Basso Sulcis, comunicato in pari data con lettera prot. n. 1765, di aggiudicazione, in favore della ACMO S.p.a., della procedura di gara per l'affidamento del contratto di "fornitura e posa in opera di apparecchiature elettroidrauliche finalizzate all'erogazione regolamentata di acqua ad uso irriguo mediante un sistema di consegna aziendale con tessera elettronica di prelievo";
 - dei verbali della procedura di gara e delle sedute della commissione giudicatrice, nella parte in cui non si è proceduto all'esclusione della controinteressata ACMO;
 - dei verbali di valutazione dell'offerta tecnica presentata dalla controinteressata nella parte in cui non si è proceduto all'esclusione della controinteressata ACMO e si è comunque attribuito un punteggio all'offerta della stessa in toto e con riguardo ai sub criteri di valutazione nn. 8 e 9;
 - di ogni altro atto e/o provvedimento precedente o successivo, connesso, collegato o consequenziale;
- e per la dichiarazione di inefficacia del contratto, eventualmente stipulato nelle more;
- e per la condanna della resistente al risarcimento del danno da pronunciarsi nella forma della reintegrazione in forma specifica, e/o per equivalente, e/o eventualmente per perdita di chance.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio di Bonifica del Basso Sulcis e di ACMO Spa;

Visti i motivi aggiunti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, co. 9, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 dicembre 2012 il dott. Marco Lensi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

FATTO

Col ricorso in esame la parte ricorrente chiede l'annullamento degli atti indicati in epigrafe, rappresentando quanto segue.

Con bando di gara inviato per la pubblicazione in data 27 luglio 2011, il Consorzio di Bonifica del Basso Sulcis indiceva la procedura di gara per "l'acquisto e la posa in opera di apparecchiature elettroidrauliche finalizzate all'erogazione regolamentata di acqua ad uso irriguo mediante un sistema di consegna aziendale con tessera elettronica di prelievo", procedura aperta da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base dei criteri fissati nel disciplinare di gara.

In base alla graduatoria finale, risultava prima classificata la AC.MO. spa con punti 89,864 e seconda classificata il RTI Tecnidro con punti 88,186.

A seguito del subprocedimento di verifica di congruità, l'appalto è stato quindi aggiudicato in via definitiva alla controinteressata AC.MO..

La parte ricorrente ha quindi proposto il ricorso in esame, col quale si chiede l'annullamento della determinazione n. 103 del 1.8.2012 emessa dal Consorzio di Bonifica del Basso Sulcis, comunicata in pari data con lettera prot. n. 1765, di aggiudicazione, in favore della ACMO S.p.a., della procedura di gara per l'affidamento del contratto di "fornitura e posa in opera di apparecchiature elettroidrauliche finalizzate all'erogazione regolamentata di acqua ad uso irriguo mediante un sistema di consegna aziendale con tessera elettronica di prelievo"; dei verbali della procedura di gara e delle sedute della commissione giudicatrice, nella parte in cui non si è proceduto all'esclusione della controinteressata ACMO; dei verbali di valutazione dell'offerta tecnica presentata dalla controinteressata nella parte in cui non si è proceduto all'esclusione della controinteressata ACMO e si è comunque attribuito un punteggio all'offerta della stessa in toto e con riguardo ai sub criteri di valutazione nn. 8 e 9; di ogni altro atto e/o provvedimento precedente o successivo, connesso, collegato o consequenziale.

La parte ricorrente chiede che sia dichiarata l'inefficacia del contratto, eventualmente stipulato nelle more e chiede altresì la condanna della resistente al risarcimento del danno da pronunciarsi nella forma della reintegrazione in forma specifica, e/o per equivalente, e/o eventualmente per perdita di chance.

A tal fine, la parte ricorrente avanza le seguenti censure.

1) Violazione dell'articolo 38, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006; violazione del disciplinare di gara: clausola a pena di esclusione; violazione della par condicio e correttezza dell'azione amministrativa; ed eccesso di potere per carenza di istruttoria.

2) Illegittimità per violazione della lex specialis; violazione degli articoli 2 e 46 comma 1 bis del D.Lgs. 163/06; eccesso di potere per sviamento della causa tipica e violazione della par condicio.

3) Violazione della par condicio e della correttezza e imparzialità dell'agire amministrativo; eccesso di potere per sviamento dalla causa tipica.

4) Illogicità e incongruità dell'azione amministrativa e travisamento dei fatti; difetto e erronea motivazione;

violazione del principio di efficacia dell'azione amministrativa e del principio di par condicio dei concorrenti; eccesso di potere per sviamento, disparità di trattamento, illogicità, contraddittorietà e irragionevolezza.

Conclude per l'accoglimento del ricorso.

Con i successivi motivi aggiunti la parte ricorrente chiede l'annullamento della comunicazione protocollo n. 2087 del 24 settembre 2012 mediante la quale il Consorzio di Bonifica del Basso Sulcis ha riscontrato negativamente l'istanza ex articolo 243-bis del D.Lgs. 163/2006 presentata dalla Tecnidro Srl in data 19 settembre 2012 e chiede che sia dichiarata l'inefficacia del contratto stipulato in data 24 settembre 2012, insistendo altresì per la condanna della resistente al risarcimento del danno.

Si sono costituite in giudizio l'Amministrazione intimata e la controinteressata, sostenendo l'inammissibilità e l'infondatezza nel merito del ricorso, di cui si chiede il rigetto.

Con successive memorie le parti hanno approfondito le proprie argomentazioni, insistendo per le contrapposte conclusioni.

Alla pubblica udienza del 12 dicembre 2012, su richiesta delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Col ricorso in esame si chiede l'annullamento della determinazione n. 103 del 1.8.2012 emessa dal Consorzio di Bonifica del Basso Sulcis, comunicata in pari data con lettera prot. n. 1765, di aggiudicazione, in favore della ACMO S.p.a., della procedura di gara per l'affidamento del contratto di "fornitura e posa in opera di apparecchiature elettroidrauliche finalizzate all'erogazione regolamentata di acqua ad uso irriguo mediante un sistema di consegna aziendale con tessera elettronica di prelievo"; dei verbali della procedura di gara e delle sedute della commissione giudicatrice, nella parte in cui non si è proceduto all'esclusione della controinteressata ACMO; dei verbali di valutazione dell'offerta tecnica presentata dalla controinteressata nella parte in cui non si è proceduto all'esclusione della controinteressata ACMO e si è comunque attribuito un punteggio all'offerta della stessa in toto e con riguardo ai sub criteri di valutazione nn. 8 e 9; di ogni altro atto e/o provvedimento precedente o successivo, connesso, collegato o consequenziale.

La parte ricorrente chiede che sia dichiarata l'inefficacia del contratto, eventualmente stipulato nelle more e chiede altresì la condanna della resistente al risarcimento del danno da pronunciarsi nella forma della reintegrazione in forma specifica, e/o per equivalente, e/o eventualmente per perdita di chance.

Con i successivi motivi aggiunti la parte ricorrente chiede l'annullamento della comunicazione protocollo n. 2087 del 24 settembre 2012 mediante la quale il Consorzio di Bonifica del Basso Sulcis ha riscontrato negativamente l'istanza ex articolo 243-bis del D.Lgs. 163/2006 presentata dalla Tecnidro Srl in data 19 settembre 2012 e chiede che sia dichiarata l'inefficacia del contratto stipulato in data 24 settembre 2012, insistendo altresì per la condanna della resistente al risarcimento del danno.

Il ricorso e i motivi aggiunti sono infondati.

Infondate risultano le censure di cui al punto primo del ricorso, di violazione dell'articolo 38, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006; violazione del disciplinare di gara: clausola a pena di esclusione; violazione della par condicio e correttezza dell'azione amministrativa; ed eccesso di potere per carenza di istruttoria.

Ritiene il collegio che, nel caso di specie, debbano trovare applicazione i principi da ultimo affermati dal Consiglio di Stato, Sezione V, con la sentenza n. 3340 del 06 giugno 2012, in ordine all'interpretazione dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici, nella parte in cui prevede l'esclusione dalla procedura qualora i fatti indicati dalla lettera c) della disposizione riguardino, nel caso delle s.p.a., quale è quello della società controinteressata AC.MO., "gli amministratori muniti di potere di rappresentanza", o il direttore tecnico.

In tale sentenza, richiamati i precedenti della Sezione V del Consiglio di Stato sulla questione (Cons. St., sez. V, nn.

1186 del 2012 e 513 del 2011; nn. 6136, 3069 e 1782 del 2011), è stata ribadita la "tesi che limita l'applicabilità del citato art. 38/C), sull'obbligo di esclusione nell'ipotesi di omessa dichiarazione, ai soli amministratori della spa e non anche ai procuratori speciali o "ad negotia", i quali "non sono amministratori, e ciò a prescindere dall'esame dei poteri loro assegnati" (così CdS, V, n. 513/11 cit.), dovendosi "ancorare l'applicazione della norma su basi di oggettivo rigore formale" (Cons. St., V, n. 3069/11), occorrendo avere riguardo alla posizione formale del singolo nell'organizzazione societaria piuttosto che a malcerte indagini "sostanzialistiche", e ciò anche per non scalfire garanzie di certezza del diritto sotto il profilo della possibilità di partecipare a pubblici appalti (sez. V, n. 513/11 cit., in cui si ribadisce che "una norma che limiti la partecipazione alle gare e la libertà di iniziativa economica delle imprese... assume carattere eccezionale ed è, quindi, insuscettibile di applicazione analogica a situazioni diverse, quale è quella dei procuratori")".

Ciò stante, deve essere disatteso l'assunto della parte ricorrente secondo cui, nel caso di specie, la dichiarazione in questione avrebbe dovuto essere resa anche dai due procuratori speciali indicati nel ricorso.

Infondate risultano altresì le censure di cui al punto secondo del ricorso di illegittimità per violazione della *lex specialis*, violazione degli articoli 2 e 46 comma 1 bis del D.Lgs. 163/06, eccesso di potere per sviamento della causa tipica e violazione della *par condicio*; le censure di cui al punto terzo del ricorso di violazione della *par condicio* e della correttezza e imparzialità dell'agire amministrativo, eccesso di potere per sviamento dalla causa tipica; nonché le censure di cui al punto quarto del ricorso di illogicità e incongruità dell'azione amministrativa e travisamento dei fatti, difetto e erronea motivazione, violazione del principio di efficacia dell'azione amministrativa e del principio di *par condicio* dei concorrenti, eccesso di potere per sviamento, disparità di trattamento, illogicità, contraddittorietà e irragionevolezza.

Non può essere condiviso l'assunto della ricorrente secondo cui la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per avere presentato un'offerta carente di un elemento essenziale.

Premesso che il disciplinare di gara prevedeva che i concorrenti presentassero una "campionatura" ossia "un esemplare funzionante dell'apparecchiatura offerta completa di tutti componenti del sistema medesimo,... omissis...", non può ritenersi che qualsiasi malfunzionamento riscontrato in sede di esame dell'apparecchiatura, determini necessariamente e automaticamente la carenza di un elemento essenziale dell'offerta, in quanto apparecchiatura "non funzionante", dovendo essere debitamente valutata la natura, l'incidenza e la rilevanza, in concreto, del malfunzionamento medesimo, adempimento devoluto alla competenza e al giudizio tecnico della commissione di gara.

Rilevato preliminarmente che, nel caso di specie, il difetto di funzionamento presentato dalla "campionatura" della controinteressata ha riguardato una componente ulteriore offerta dalla controinteressata (c.d. allarme di flusso) e non una delle caratteristiche essenziali richieste dal disciplinare tecnico, deve ritenersi demandata al giudizio tecnico della commissione di gara la valutazione dell'effettiva incidenza e rilevanza dell'inconveniente manifestato dall'attrezzatura della controinteressata, sulla funzionalità dell'attrezzatura medesima, avuto riguardo, in particolare, all'incidenza probabilistica del verificarsi di due allarmi contemporanei (che hanno determinato l'inconveniente in questione), nonché alla possibilità di ovviare comunque l'inconveniente medesimo e quindi, conseguentemente, all'effettiva e concreta incidenza e rilevanza del difetto in questione sulla normale funzionalità dell'apparecchiatura. Come risulta dal verbale della commissione di gara del 15 marzo 2012, in sede di esecuzione della prova in campo della campionatura della AC.MO., il rappresentante della stessa società, presente alle prove tecniche e funzionali, ha fornito alla Commissione le indicazioni per la risoluzione dell'inconveniente, rappresentando che "lo sblocco dell'idrocontatore sarebbe potuto avvenire scollegando la batteria che alimenta l'elettronica di campo, provocando quindi un reset generale dell'apparecchio, oppure aggiornando il firmware dell'elettronica di campo mediante

l'utilizzo di una tessera polivalente (tessera consorzio) che egli aveva con sé e non facente parte delle tessere a corredo del campione in esame a suo tempo fatto pervenire al Consorzio".

Ciò stante, deve ritenersi demandato all'ambito della discrezionalità tecnica della commissione di gara la valutazione dei predetti chiarimenti, ai fini, in primo luogo, della valutazione della funzionalità dell'attrezzatura in questione, tenuto conto - si ribadisce - che il difetto evidenziatosi a feriva ad un elemento accessorio e non essenziale dell'offerta della controinteressata e tenuto conto altresì dei chiarimenti offerti dal rappresentante della stessa, presente alle operazioni di verifica, ai fini della risoluzione dell'inconveniente, per cui non può ritenersi la carenza, nel caso di specie, di un elemento essenziale dell'offerta, come invece sostenuto dalla parte ricorrente.

In particolare, a tale riguardo, non può ritenersi che, nel caso di specie, sia stata violata la par condicio, per essere stato consentito alla ACMO di modificare e riparare il campione non funzionante e quindi di modificare la propria offerta, come sostenuto dalla parte ricorrente.

Considerato che - come rilevato dalla commissione di gara e risultante dal predetto verbale della commissione del 15 marzo 2012 - "comunque la possibilità dell'aggiornamento del firmware era tra le specifiche previste dal Disciplinare tecnico", deve ritenersi che la commissione abbia consentito al rappresentante della società controinteressata di effettuare "la rimozione degli allarmi dell'idrocontatore con la tessera di proprietà del Concorrente", quale sistema di soluzione del problema più rapido rispetto al distacco della batteria, intervento che "avrebbe comportato un certo dispendio di tempo", ma la cui efficacia non viene comunque esclusa dalla commissione di gara, alla luce dei chiarimenti offerti dal rappresentante della società controinteressata, secondo cui lo scollegamento della batteria che alimenta l'elettronica di campo avrebbe provocato un reset generale dell'apparecchio con conseguente sblocco dell'idrocontatore.

Ribadito che la valutazione delle predette questioni di ordine tecnico rientrano nell'ambito della discrezionalità tecnica della commissione di gara; considerato altresì che entrambe le soluzioni dell'inconveniente (scollegamento della batteria o utilizzo dell'ulteriore tessera polivalente) necessitavano comunque dell'intervento di un operatore; deve ritenersi, a giudizio del collegio, che le relative determinazioni adottate dalla commissione di gara nell'ambito della propria discrezionalità tecnica, nel senso di valutare la carenza riscontrata quale indice di una minore qualità tecnica della componente elettronica del prodotto offerto, risultino immuni da manifesta irragionevolezza o palesi vizi logici, per cui non può ritenersi sussistente la lamentata violazione della par condicio e della correttezza e imparzialità dell'agire dell'amministrazione, considerato altresì che la commissione di gara ha correttamente fatto presente ai rappresentanti del Concorrente che del predetto inconveniente "si sarebbe tenuto conto in sede di assegnazione dei punteggi relativi all'offerta tecnica".

Esclusa pertanto qualsiasi manifesta irragionevolezza dell'operato della commissione, deve ritenersi che le predette valutazioni rientrino nell'ambito della discrezionalità tecnica della commissione medesima, che risulta altresì avere debitamente tenuto conto dell'inconveniente medesimo in sede di attribuzione dei punteggi, posto che, relativamente al subcriterio di valutazione n. 8 "elettronica di campo", a fronte di un massimo di sei punti disponibili, la commissione di gara ha attribuito alla controinteressata solamente punti 2,267.

In sostanza, la commissione di gara, nell'ambito della propria discrezionalità tecnica, ha valutato la carenza riscontrata quale indice di una minore qualità tecnica della componente elettronica del prodotto offerto, che, come tale, non solo non poteva determinare l'esclusione dalla gara (non incidendo - a giudizio della commissione - sulla regolare funzionalità, in via normale, dell'apparecchiatura), ma neppure determinare necessariamente l'attribuzione di un punteggio pari a zero, tenuto conto che il voto da attribuire sulla base del subcriterio di valutazione in questione (n. 8), doveva tenere conto di vari subelementi (capacità di memoria, numero di utenze gestibili, grado di protezione, durata della batteria, facilità degli interventi di manutenzione, espandibilità modulare, possibilità di

aggiornamento firmware), per cui non può ritenersi sussistente alcuna irragionevolezza nell'operato della commissione di gara, allorché ha ritenuto di valutare l'incidenza del difetto in questione (relativo ad un "errore del firmware dell'elettronica di campo"), all'interno di una valutazione complessiva dei subelementi sopra indicati, nel senso di una sostanziale riduzione del punteggio riconosciuto alla controinteressata per gli aspetti in questione.

Per le medesime considerazioni sopra espresse, risultano altresì infondati i motivi aggiunti di violazione della lex specialis, di violazione della par condicio competitorum e della correttezza dell'azione amministrativa, nonché le ulteriori censure di eccesso di potere per difetto di istruttoria di motivazione e di violazione della legge di gara e infine la censura di illegittimità derivata, censure tutte avanzate avverso la comunicazione protocollo n. 2087 del 24 settembre 2012 mediante la quale il Consorzio di Bonifica del Basso Sulcis ha riscontrato negativamente l'istanza ex articolo 243-bis del D.Lgs. 163/2006 presentata dalla Tecnidro Srl in data 19 settembre 2012.

Per le suesposte considerazioni, disattese le contrarie argomentazioni della parte ricorrente, stante l'infondatezza delle censure avanzate, il ricorso e i motivi aggiunti devono essere respinti.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in favore dell'Amministrazione resistente e della controinteressata, come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio che liquida forfettariamente in € 3000,00 (tremila/00) a favore del Consorzio resistente e in € 3000,00 (tremila/00) a favore della controinteressata AC.MO. Spa, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Aldo Ravalli, Presidente

Marco Lensi, Consigliere, Estensore

Grazia Flaim, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/01/2013

IL SEGRETARIO

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