



REPUBBLICA ITALIANA

Sent. n.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

R.G. 2229/08

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

- Sezione Seconda Quater -

composto dai signori magistrati:

Dott. Lucia Tosti Presidente

Dott. Renzo Conti Consigliere

Dott. Stefania Santoleri Consigliere, relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 2229/08, proposto dalle **società EDILIZIA FALPO S.r.l., C.I.S. di Boschetti Gianni & C. S.r.l., GIARDINI E PAESAGGI S.a.s. in costituenda A.T.I. tra loro**, tutte in persona del legale rappresentante p.t., rappresentate e difese dagli Avv.ti Arturo Cancrini e Stefania Simonini ed elettivamente domiciliate presso lo studio associato Cancrini-Piselli sito in Roma, Via Giuseppe Mercalli n. 13.

contro

il MINISTERO PER I BENI E LE ATTIVITA' CULTURALI – Direzione Regionale per i Beni Culturali e Paesaggistici per il Lazio – in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato presso i cui uffici di Roma, Via dei Portoghesi n. 12 è domiciliato per legge.

e nei confronti

della società COBAR S.r.l. (già COSTRUZIONI S.r.l.) in proprio e quale capogruppo mandataria dell'ATI con la società PERFORESINE S.r.l., e per la società PERFORESINE S.r.l. in qualità di mandante dell'ATI costituita con la COBAR S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Fabrizio Cacace e Carlo Rella ed elettivamente domiciliata presso il suo studio sito in Roma, Viale Mazzini n. 25 .rappresentato e difeso dall'Avv. ed elettivamente domiciliato presso il suo studio sito in Roma .

per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale del 13 dicembre 2007, successivamente comunicata, con la quale l'Amministrazione appaltante ha disposto l'aggiudicazione definitiva in favore dell'A.T.I. Cobar S.r.l. con Perforesine S.r.l. delle “opere relative al restauro e valorizzazione dell'area archeologica del complesso monumentale Santuario di Ercole Vincitore”;
- del verbale di gara del 19/7/07 nella parte in cui la Commissione giudicatrice ha attribuito all'A.T.I. odierna ricorrente un punteggio pari a 5,04 relativamente all'elemento valutativo di cui al punto 13 lett. c) della lettera di invito, “Struttura tecnica dell'impresa”, in luogo del maggior punteggio ad essa spettante in rapporto all'effettiva consistenza della struttura tecnica delle Imprese componenti l'A.T.I.;
- per quanto di ragione, della nota a firma del Direttore Regionale per i Beni Culturali e Paesaggistici del Lazio del 12/2/08 prot. n. 0001807;
- in via subordinata, di tutti gli atti e le operazioni di gara in ragione della acclarata mancanza di collegialità della Commissione giudicatrice in sede

di apertura e valutazione delle offerte economiche (cfr. verbale di gara del 26/9/07);

- in via gradata, di tutti gli atti e le operazioni di gara in ragione della mancata comunicazione all'ATI odierna ricorrente della data della seduta pubblica convocata per l'apertura e valutazione delle offerte economiche;
- in via ulteriormente gradata, del bando di gara e della lettera di invito *in parte qua* nei sensi di cui al ricorso;
- per quanto di ragione, della nota del 19/12/07 prot. Cl.40.01.07/40, successivamente ricevuta, con la quale il Ministero per i Beni e le Attività Culturali ha comunicato all'ATI odierna ricorrente l'intervenuta aggiudicazione definitiva della gara all'ATI tra la Cobar S.r.l. (già Costruzioni S.r.l.) e la Perforesine S.r.l., nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ivi compreso il contratto, ove stipulato.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione resistente e della controinteressata;

Visto il ricorso incidentale;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti di causa;

Udita alla pubblica udienza del 15 luglio 2008 la relazione della Dott.ssa Stefania Santoleri, e uditi, altresì, l'Avv. Stefania Simonini per la parte ricorrente e gli Avv.ti Fabrizio Cacace e Carlo Rella per la controinteressata.

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO.

Con bando di gara pubblicato sulla G.U.R.I. del 29/6/06 n. 149, il Ministero per i Beni e le Attività Culturali – Direzione Regionale per i Beni Culturali e Paesaggistici del Lazio -, ha indetto un appalto concorso per l’affidamento delle “opere relative al restauro e valorizzazione dell’area archeologica del complesso monumentale santuario d’Ercole Vincitore”, per un importo a base di gara di € 7.494.000,00.

L’appalto sarebbe stato aggiudicato mediante applicazione del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell’art. 21, comma 2, lett. a) della L. 109/94 e dell’art. 91 del D.P.R. 554/99, valutabile in base agli elementi e relativi punteggi per il totale di 100, elencati nel seguente ordine decrescente di importanza:

a) valore tecnico ed estetico del progetto	max punti 50
b) prezzo di progettazione e di realizzazione dell’opera	max punti 30
c) struttura tecnica dell’impresa partecipante	max punti 10
d) costo di utilizzazione e manutenzione nonché funzionalità delle opere progettate	max punti 5
e) tempo di esecuzione dei lavori	max punti 5.

L’associazione temporanea ricorrente (per brevità A.T.I. Falpo) ha partecipato alla gara, ma si è classificata al terzo posto con punti 79,20; l’A.T.I. tra Costruzioni S.r.l. e Perforesine è risultata aggiudicataria, essendosi classificata al primo posto della graduatoria con il punteggio di punti 81,68.

Con nota del 19/12/07, pervenuta il 4/1/08, la stazione appaltante ha comunicato all’ATI ricorrente l’esito della gara.

Con nota del 6/2/08, la ricorrente ha chiesto alla Commissione un riesame del punteggio che le era stato assegnato con riferimento all’elemento di valutazione c)

struttura tecnica dell'impresa partecipante, ma l'Amministrazione, con nota del 12/2/08 prot. n. 0001807 ha confermato le determinazioni della Commissione.

La ricorrente ha quindi impugnato il provvedimento di aggiudicazione e tutti gli atti del procedimento indicati nell'atto di ricorso, deducendo le seguenti censure in ordine gradato:

- 1) In via principale: illegittimità della valutazione del sub-elemento di cui al punto 13, lett. c) della lettera di invito (Struttura tecnica dell'impresa) e, conseguentemente, della graduatoria di gara e del provvedimento finale di aggiudicazione. Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara. Eccesso di potere per illogicità, travisamento dei fatti, ingiustificata disparità di trattamento. Violazione della par condicio, difetto di motivazione, sviamento.

Lamenta la ricorrente l'erronea valutazione dell'elemento di cui al punto c) della lettera di invito (Struttura tecnica dell'impresa) e sostiene che – ove le fosse stato correttamente assegnato il punteggio spettante -, si sarebbe classificata al primo posto della graduatoria.

La Commissione le avrebbe assegnato il punteggio di punti 5,04 nell'erronea convinzione che l'ATI, nel suo complesso, disponesse di 18 unità delle quali una sola laureata, e quindi di un numero di soggetti inferiore a quelli previsti dalla legge di gara per la struttura tecnica dell'impresa partecipante (8 tecnici tra cui 4 laureati).

L'ATI ricorrente, invece, avrebbe dimostrato attraverso la produzione dei libri matricola (come richiesto dalla lex di gara), che il numero di laureati assunti nel periodo di riferimento (cioè tra marzo 2006 ed il 2/2/07) sarebbe stato di gran lunga superiore.

Sostiene, in particolare, l'ATI ricorrente che il suo staff sarebbe stato così composto: 8 unità di cui 5 laureati per Giardini e Paesaggi, 17 diplomati e 1 laureato per la C.I.S., e 3 diplomati per l'Edilizia Falpo, per un totale complessivo di 29 unità di cui ben 6 laureati.

Il punteggio complessivo spettante sarebbe stato quindi pari a 9,20 punti che, sommato agli altri punteggi parziali, avrebbe portato il punteggio finale a punti 83,36 ben maggiore di quello pari a punti 81,68 conseguito dall'aggiudicataria.

Lamenta poi la ricorrente che per dimostrare il possesso del requisito di cui alla lettera c) della lettera di invito, essa si sarebbe limitata a produrre – come richiesto dalla lex specialis di gara (punto 13 lett. c) – la sola copia dei libri matricola delle società raggruppate, non essendo richiesto dalla lettera di invito o dal bando, la presentazione di ulteriori mezzi di prova, quali dichiarazioni sostitutive o altre forme documentali.

Pertanto, la dichiarazione aggiuntiva presentata dalla società C.I.S. di Boschetti Gianni & C. S.r.l., sarebbe stata prodotta di sua iniziativa, non avendo mai richiesto la lex specialis di gara la produzione di alcuna dichiarazione. Peraltro, la stessa Commissione di gara, nella precisazione di cui al verbale del 19/7/07, avrebbe riconosciuto di poter far riferimento alla sola situazione risultante dai libri matricola delle imprese.

Ne consegue che in presenza di una lex di gara perplessa, la Commissione avrebbe dovuto consentire l'integrazione dei dati, come la stessa ricorrente aveva richiesto nell'istanza di riesame, dovendo altrimenti ritenersi illegittima la disposizione della lettera di invito.

Inoltre, il riferimento disposto dalla Commissione alla possibilità di valutazione di ulteriore documentazione (oltre ai libri matricola) (stabilita nella seduta del

19/7/07), comporterebbe l'introduzione di un diverso criterio di valutazione delle offerte diverso da quello indicato nella lettera di invito, introdotto quando erano ormai già aperte le offerte tecniche (essendo stata la busta B aperta in data 5/6/07), in violazione del principio della par condicio competitorum.

- 2) In via subordinata. Eccesso di potere. Violazione dei principi di trasparenza, imparzialità e buon andamento. Sviamento.

Deduce la ricorrente che la Commissione di gara avrebbe aperto le buste B contenenti le offerte tecniche e poi avrebbe assegnato i punteggi di cui al punto 13 lett. e) della lettera di invito, relativi all'elemento automatico di valutazione previsto per l'offerta-tempo.

Secondo la ricorrente, per ragioni di trasparenza, tutti gli elementi cosiddetti "autoesecutivi" dell'offerta (e quindi offerta-prezzo e offerta-tempo), avrebbero dovuto essere valutati dopo quelli aventi contenuto discrezionale.

Nel caso di specie, ciò non sarebbe avvenuto con conseguente illegittimità del procedimento di gara, tale da comportarne la totale caducazione.

Illegittima sarebbe la stessa disposizione di gara che avrebbe previsto l'acclusione del cronoprogramma – elemento automatico di valutazione – all'interno della busta B relativa all'offerta tecnica.

- 3) In via ulteriormente subordinata. Eccesso di potere. Violazione della par condicio tra i concorrenti, del principio di imparzialità e di buon andamento. Sviamento.

La Commissione, poi, avrebbe introdotto un nuovo parametro di valutazione delle offerte (cfr. verbale del 19/7/07 con riferimento all'elemento di valutazione di cui al punto 13 lett. c) quando erano ormai conosciute sia la documentazione amministrativa che le offerte tecniche.

Il sub criterio di valutazione non sarebbe mai stato comunicato ai concorrenti (impedendo loro di formulare l'offerta in modo da acquisire maggior punteggio, ad esempio associando soggetti con molti dipendenti laureati), e soprattutto sarebbe stato introdotto quando erano ormai conosciute le offerte tecniche ed erano state aperte le buste contenenti i documenti amministrativi.

- 4) Ancora in via subordinata. Violazione dei principi generali in tema di collegi perfetti, incompetenza. Violazione e falsa applicazione dell'art. 21 della L. 109/94 (ora art. 84 D.Lgs. 163/06). Violazione dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione.

Lamenta la ricorrente che l'apertura delle offerte economiche, e la redazione della graduatoria finale, sarebbe avvenuta in assenza di un componente della Commissione, il Dott. Mario Turetta, così come risulta dal verbale di gara.

La Commissione di gara costituirebbe un collegio perfetto, e quindi, l'operato della Commissione in assenza di uno dei suoi componenti, comporterebbe l'illegittimità dell'intera gara.

- 5) In gradato subordine. Violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza di motivazione e travisamento dei presupposti in fatto e in diritto.

Lamenta la ricorrente che la stazione appaltante non le avrebbe mai comunicato la data nella quale si sarebbe svolta la seduta pubblica di apertura delle offerte economiche, con conseguente illegittimità dell'intera procedura.

Insiste quindi la ricorrente per l'accoglimento del ricorso.

Chiede altresì il risarcimento del danno subito per effetto della mancata aggiudicazione della gara, ed in via subordinata, di quello subito e subendo a titolo di responsabilità precontrattuale e/o extracontrattuale.

L'Amministrazione intimata si è costituita in giudizio ed ha chiesto il rigetto del ricorso per infondatezza.

Si è costituita in giudizio la controinteressata che ha proposto anche ricorso incidentale nel quale ha dedotto la seguente censura:

- 1) Illegittimità del verbale di gara del 26/9/07 nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione della costituenda A.T.I. Edilizia Falpo S.r.l. per violazione e falsa applicazione della lex specialis, per violazione di legge ed eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche.

Lamenta la controinteressata che la ricorrente avrebbe formulato l'offerta non in conformità con quanto previsto dalla lex specialis di gara, non avendo indicato il prezzo offerto in cifre ed in lettere come richiesto, a pena di esclusione, dal bando di gara, ma come ribasso percentuale.

Detta offerta sarebbe poi incerta e non determinabile oggettivamente.

Insiste quindi la controinteressata per l'accoglimento del ricorso incidentale, da esaminarsi pregiudizialmente rispetto a quello principale.

Nella memoria ha eccepito anche la tardività del ricorso principale sostenendo che la ricorrente sarebbe stata in condizione di conoscere tutti gli atti sin dal 17 dicembre 2007, e che, comunque, il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione sarebbe decorso dalla data della sua pubblicazione sulla G.U., avvenuta il 28/12/07.

Sostiene poi la controinteressata, che l'esito del ricorso della ricorrente dipenderebbe comunque dall'esito del giudizio proposto dalla seconda classificata Italiana Costruzioni S.p.A.

Chiede in conclusione anche il rigetto del ricorso per infondatezza.

In prossimità dell'udienza di discussione tutte le parti hanno presentato memorie nelle quali hanno meglio illustrato le loro tesi difensive.

All'udienza pubblica del 15 luglio 2008, su concorde richiesta delle parti, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO.

L'A.T.I. ricorrente, formata dalla società Edilizia Falpo S.r.l., dalla società C.I.S. di Boschetti Gianni & C. S.r.l. e dalla Giardini e Paesaggi S.a.s., con ricorso notificato il 4/3/08 e depositato il 10/3/08, ha impugnato la determinazione dirigenziale del 13/12/07 (comunicatale con nota del 19/12/07 pervenuta il 4/1/08) con la quale il Ministero per i Beni e le Attività Culturali – Direzione Regionale per i Beni Culturali e Paesaggistici del Lazio – le ha comunicato l'intervenuta aggiudicazione dell'appalto concorso per l'esecuzione delle opere di restauro e valorizzazione dell'area archeologica del complesso monumentale Santuario di Ercole Vincitore sita nel Comune di Tivoli.

La gara è stata aggiudicata all'ATI Costruzioni S.r.l. (mandataria) con Perforesine S.r.l. con il punteggio di punti 81,68.

La ricorrente si è invece classificata al terzo posto della graduatoria con il punteggio finale di punti 79,20.

Nel giudizio si sono costituite sia l'Amministrazione intimata che la controinteressata ATI aggiudicataria dell'appalto, la quale ha proposto ricorso incidentale diretto ad ottenere l'esclusione della ricorrente dalla gara.

Ritiene quindi il Collegio, per ragioni logiche, di dover preventivamente esaminare il ricorso incidentale.

Pregiudiziale a qualunque disamina sull'unico motivo di ricorso incidentale è l'accertamento della ritualità dello stesso ricorso incidentale.

Come è noto, nel caso del rito speciale ex art. 23 bis della L. 1034/71, al quale è soggetto il presente giudizio, il termine per il deposito del ricorso principale, decorrente dall'ultima notifica, è dimezzato e da tale data deve farsi decorrere il termine di trenta giorni assegnato al controinteressato per la proposizione del ricorso incidentale (T.A.R. Sicilia, Catania Sez. III, 5/5/08 n. 812), applicandosi anche al termine per la proposizione del ricorso incidentale la deroga alla dimidiazione del termine per la proposizione del ricorso prevista dall'art. 23 bis della L. 1034/71 (Cons. Stato, sez. V, 21 settembre 2005, n. 4940; T.A.R. Lazio Sez. III 19/3/08 n. 2470). Pertanto, "Ai sensi dell'art. 37 r.d. n. 1054 del 1924 - richiamato per i processi innanzi al Tar dall'art. 22 l. n. 1034 del 1971 - il termine per la proposizione del gravame incidentale è di trenta giorni dallo scadere del termine normativamente fissato per il deposito del ricorso principale (Cons. St., IV Sez., 24 febbraio 2000 n. 1004; id., VI Sez., 9 giugno 1993 n. 411; T.A.R. Napoli, II Sez., 1 dicembre 2006 n. 10353, T.A.R. Lazio Sez. III 5/11/07 n. 10852), e quindi nelle controversie sottoposte allo speciale procedimento previsto dall'art. 23 bis l. n. 1034 del 1971 il termine complessivo è di quarantacinque giorni dalla notifica del ricorso principale, (dovendosi sommare i 15 giorni per il deposito del ricorso principale ai trenta giorni previsti dall'art. 37 citato)" (TAR Campania - Napoli, Sez. I, 18 aprile 2007, n. 4052).

Occorre poi ricordare che l'art. 37 del r.d. 26 giugno 1924 n. 1054, richiamato dall'art. 22, co. 1, della legge 6 dicembre 1971 n. 1034, prevede, al co. 3, che "l'originale del ricorso incidentale, con la prova delle eseguite notificazioni e coi documenti, deve essere depositato in segreteria nel termine di dieci giorni" da osservarsi a pena di decadenza ex co. 5. Trattandosi di gara d'appalto, tale termine è nella specie pari a cinque giorni ai sensi dell'art. 23 bis, co. 2, della cit. legge n.

1034 del 1971 (introdotto dalla nota legge n. 205 del 2000), atteso che anche per il deposito del ricorso - principale o incidentale - si applica la riduzione a metà dei termini processuali disposta dalla stessa norma con l'unica eccezione di quelli per la "proposizione" (da intendersi "notifica") del ricorso, com'è ormai pacifico in giurisprudenza (cfr., ex multis, Cons. Stato Sez. VI 2/10/07 n. 5082; Cons. Stato , sez. V, 31/1/2007 , n.389; T.A.R. Lazio Sez. III Ter 3/6/06 n. 5340).

La notifica del ricorso incidentale deve essere effettuata presso il domicilio dei difensori ai sensi del co. 2 del cit. art. 37 (il quale prescrive che "la notificazione del ricorso incidentale sarà fatta ... presso il domicilio eletto").

Nella fattispecie, la controinteressata ha ricevuto la copia notificata del ricorso in data 9/3/08; ha provveduto a notificare il ricorso incidentale presso il procuratore delle società componenti l'ATI in data 8/4/08, e nella stessa data ha effettuato la notifica presso l'Avvocatura Generale dello Stato.

Ha provveduto a notificare il ricorso incidentale anche presso le sedi legali delle società e gli atti sono pervenuti in date successive (11/4 e 14/4/08).

Ha poi provveduto a depositare il ricorso incidentale in data 24 aprile 2008.

Risulta evidente che il ricorso incidentale è stato depositato tardivamente, in quanto la notifica presso il difensore Avv. Cancrini è intervenuta in data 8/4/08, ed il deposito è stato eseguito venti giorni dopo, e quindi oltre il termine dimidiato di cinque giorni dalla notifica (ad ogni buon conto il ricorso sarebbe stato depositato tardivamente anche con riferimento alla notifica effettuata presso le sedi legali delle società intimite).

Ne consegue la declaratoria di irricevibilità del ricorso incidentale.

Prima di passare ad esaminare le censure dedotte nel ricorso principale, ritiene il Collegio di doversi pronunciare sulle eccezioni di rito sollevate da parte controinteressata.

L'aggiudicataria ha infatti eccepito la tardività del ricorso principale, sostenendo che la ricorrente sarebbe stata in condizione di impugnare l'aggiudicazione fin dal 17 dicembre 2007, quando ha ottenuto l'accesso agli atti richiesto in data 9 novembre 2007.

Ha poi aggiunto che avrebbe dovuto comunque provvedervi nel termine di sessanta giorni decorrenti dalla data di pubblicazione dell'aggiudicazione sulla G.U.R.I. n. 151 del 28/12/07.

Ritiene il Collegio che l'eccezione non possa essere condivisa.

Dagli atti di causa (doc. n. 7 depositato dalla stessa controinteressata) emerge che alla data del 17/12/07 la ricorrente aveva ottenuto soltanto la consegna di copia dei verbali di gara e non anche dell'atto di aggiudicazione, conosciuto solo al momento in cui è pervenuta la lettera della stazione appaltante inviata ai sensi dell'art. 79 co. 5 D.Lgs. 163/06 (e cioè in data 4/1/08).

Poiché il termine di sessanta giorni decorre dalla data in cui è intervenuta la piena conoscenza dell'aggiudicazione definitiva, ne consegue che il ricorso deve ritenersi tempestivo, non potendo attribuirsi alcun rilievo alla pubblicazione sulla G.U.R.I., poiché costituisce principio giurisprudenziale pacifico quello secondo cui la conoscenza del provvedimento di aggiudicazione definitiva non può essere ricondotta alla data di pubblicazione dello stesso, sussistendo un onere per le stazioni appaltanti di portare gli esiti delle procedure di gara a conoscenza dei concorrenti per mezzo di apposite comunicazioni. (Cons. Stato Sez. VI 25 /1/08 n. 213); la pubblicazione, infatti, costituisce forma di conoscenza legale solo per chi

non avendo partecipato alla procedura selettiva, non è direttamente contemplato nell'atto (Cons. Stato Sez. V 31/12/07 n. 6900)

Ne consegue l'infondatezza della proposta eccezione di tardività del ricorso principale.

La controinteressata ha poi dedotto, sempre in via preliminare, che il ricorso potrebbe essere improcedibile, essendo condizionato all'esito dell'altro giudizio pendente dinanzi a questa stessa Sezione e proposto dalla seconda classificata.

L'eccezione di improcedibilità, dedotta in via ipotetica, non può essere accolta, in quanto condizionata al verificarsi di un evento del tutto incerto, qual è l'esito di un altro ricorso giurisdizionale.

La declaratoria di improcedibilità può essere affermata dal Tribunale solo in presenza di dati certi, dai quali si evinca la perdita di interesse al ricorso, e non può sicuramente addivenirsi ad una pronuncia in tal senso sulla base di mere aspettative.

Sgombrato il campo dalle eccezioni preliminari, è possibile procedere alla disamina dei motivi di ricorso, dedotti in ordine rigidamente gradato, in quanto l'ATI ricorrente ha precisato di aver interesse all'aggiudicazione della gara, e di aver interesse al rifacimento della procedura solo in caso di rigetto del primo motivo.

Il Collegio è tenuto a rispettare la scelta della ricorrente e deve quindi procedere ad esaminare le censure nell'ordine di priorità con le quali sono state dedotte.

Con il primo motivo di ricorso la ricorrente lamenta l'erronea attribuzione del punteggio assegnatole dalla Commissione di gara con riferimento all'elemento di valutazione di cui alla lettera c) della lettera di invito, e cioè all'elemento relativo

alla struttura tecnica dell'impresa partecipante per il quale era prevista l'attribuzione del punteggio massimo di 10 punti.

La stessa lettera di invito stabiliva che “Il punto c) invece è dimostrato dalla presenza sul proprio libro matricola di uno staff tecnico composto da laureati e diplomati assunti per un numero non inferiore ad otto dei quali almeno la metà in possesso di laurea; gli stessi dovranno risultare assunti almeno 90 gg. prima della pubblicazione del bando di gara. Nel caso di Associazione temporanea di imprese tale requisito potrà essere dimostrato o dalla sola impresa capogruppo o dal raggruppamento delle imprese”.

Nessuna altra precisazione era contenuta nella *lex specialis* di gara con riferimento ai criteri di valutazione dell'elemento c).

Pertanto dalla lettura della lettera di invito può desumersi che:

- era richiesto come requisito minimo il possesso di uno staff tecnico composto di almeno 8 dipendenti diplomati con un minimo di 4 laureati;
- l'unica prova richiesta in ordine al possesso del requisito era desumibile dalla copia del libro matricola;
- detto personale doveva risultare assunto almeno 90 giorni prima della pubblicazione del bando.

La *lex specialis* di gara non prevedeva, quindi, alcun tipo di specificazione in ordine alla tipologia di assunzione – se a tempo indeterminato o determinato – (ed in quest'ultimo caso se non dovesse risultare alcuna interruzione del rapporto in tutto il periodo di riferimento); non distingueva, poi, tra diverse tipologie di diplomi (se triennali o quinquennali), se di tipo tecnico o amministrativo; soprattutto la *lex specialis* prevedeva come unico elemento probatorio circa il possesso del suddetto requisito, la produzione di copia del libro matricola delle

imprese, elemento questo – che seguendo pedissequamente le istruzioni in essa contenute – non era idoneo alla dimostrazione del requisito stesso ai fini dell'attribuzione del punteggio, in quanto, come è noto, dal libro matricola si evince la data di assunzione e di conclusione del rapporto di lavoro, ma non certamente il titolo di studio posseduto dal dipendente.

Risulta quindi palese, a giudizio del Collegio, l'imperfezione della clausola della lettera di invio, sia perché non idonea allo scopo, sia perché non sufficientemente precisa.

In presenza di una clausola di tal tenore la Commissione di gara, nel verbale del 19 luglio 2007, (dopo aver rilevato che il bando non dettava un criterio oggettivo di valutazione, salvo richiedere dei requisiti minimi), ha deciso di dover far riferimento “principalmente alla composizione dello staff tecnico delle imprese risultante dai libri matricola, verificando la sussistenza dei requisiti minimi richiesti (8 tecnici di cui almeno 4 laureati”); ha quindi specificato che “viene attribuito un punteggio pari a 6 a chi ha in organico il minimo di unità richieste; viene attribuito il punteggio di 10 a chi ha in organico il maggior numero di unità tecniche; in tal caso ogni unità vale 0,32 punti che aggiunti o sottratti al sei danno il punteggio degli altri concorrenti”.

Sicché all'ATI ricorrente sono stati riconosciuti 18 unità di cui 1 laureato ed è stato assegnato il punteggio di punti 5,04.

La ricorrente sostiene – innanzitutto – che il termine “principalmente” indica la possibile utilizzazione di un diverso criterio di valutazione rispetto a quello contenuto nella lex specialis di gara, introdotto – peraltro - a buste aperte, in violazione del principio di imparzialità.

Sostiene poi, che in presenza di una clausola della lettera di invito così imprecisa e così poco funzionale allo scopo perseguito, la Commissione avrebbe dovuto consentire l'integrazione documentale, non potendo essere penalizzata nel punteggio la concorrente che si era limitata a dare pedissequa esecuzione alle disposizioni del bando; pertanto, l'Amministrazione avrebbe dovuto procedere al riesame dell'elemento di valutazione di cui alla lettera c) della lettera di invito, così come richiesto dalla stessa ricorrente con la nota del 6/2/08, nella quale aveva fornito tutti i chiarimenti necessari per consentire la corretta valutazione del proprio staff tecnico.

La difesa dell'Amministrazione ha replicato al riguardo che era onere della ricorrente provvedere ad allegare alla copia del libro matricola una dichiarazione nella quale si evidenziasse la qualifica ed il titolo di studio posseduto da ciascun dipendente, consentendo, quindi, alla Commissione di procedere al corretto computo del punteggio.

Ha precisato che altre società hanno provveduto in tal senso, e tra esse, anche la C.I.S. facente parte della stessa A.T.I. ricorrente.

Ha poi dedotto che, comunque, anche valutando gli altri dipendenti dell'ATI complessivamente, non si sarebbe mai raggiunto il punteggio conseguito dall'aggiudicataria.

Stesse affermazioni si rinvengono nella memoria della controinteressata.

Ritiene il Collegio di condividere l'assunto della ricorrente.

La giurisprudenza amministrativa si è occupata largamente del problema connesso alla cosiddetta integrazione documentale e alla richiesta di chiarimenti nelle procedure di gara, massimamente nel caso in cui l'offerente non aveva rispettato una formalità nella presentazione dell'offerta al fine di decidere se l'irregolarità

dovesse essere sanzionata con l'esclusione dalla gara o se la Commissione di gara dovesse "prestare soccorso" alla concorrente, consentendole di meglio chiarire il documento prodotto o di integrare la documentazione insufficiente.

Si è ormai consolidato l'orientamento secondo cui – ad esempio - l'art. 16 D.L.vo n. 157 del 1995 (non diversamente dall'art. 15 D.L.vo 24 luglio 1992 n. 358), nel disporre che le Amministrazioni invitano, se necessario, le Ditte partecipanti a gare per l'aggiudicazione di appalto di servizi a fornire chiarimenti e ad integrare la carente documentazione presentata, non ha inteso assegnare alle stesse una mera facoltà o un potere eventuale, ma ha piuttosto inteso codificare un ordinario modo di procedere, volto a far valere, entro certi limiti e nel rispetto della par condicio dei concorrenti, la sostanza sulla forma, orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica, coerentemente con la disposizione di carattere generale contenuta nell'art. 6 della legge 7 agosto 1990 n. 241 (nuove norme) generale sul procedimento amministrativo (per tutte: Cons. Stato, Sez. V, n. 2725 del 4 maggio 2004).

Sicché si è ritenuto in giurisprudenza che il potere dell'Amministrazione appaltante di invitare i privati alla regolarizzazione della documentazione prodotta in sede di gara costituisce una potestà discrezionale, prevista in generale dall'art. 6 L. 241/90 e postula, per la sua corretta applicazione, la necessaria condizione dell'avvenuta presentazione di certificati, documenti o dichiarazioni il cui contenuto sia carente od equivoco a quella, connessa e conseguente, del rispetto della par condicio (Cons. Stato Se. V 25/1/03 n. 357); il riferimento al dovere di soccorso della P.A. è stato dalla stessa giurisprudenza ancorato al principio costituzionale di buon andamento (T.A.R. Lazio sez. II 5/9/03 n. 7446), ed il

bilanciamento fra il dovere dell'Amministrazione di provvedere alla regolarizzazione dei documenti presentati dai concorrenti, ed il principio della par condicio, comporta la distinzione tra il concetto di regolarizzazione e quello di integrazione integrale (C.G.A.R.S. 27/12/06 n. 802).

Pertanto, in estrema sintesi – secondo la giurisprudenza – il dovere di soccorso tipizzato dall'art. 6 della L. 241/90 non è un dovere assoluto ed incondizionato, ma postula che la richiesta di regolarizzazione delle dichiarazioni e della documentazione mancante incontri seguenti i limiti applicativi: rispetto della par condicio, limite degli elementi essenziali (non potendosi riferire agli elementi essenziali della domanda, salvo che gli atti prodotti nei termini o in possesso della P.A. costituiscano indizio del possesso dei requisiti), equivocità della clausola del bando relativa alla dichiarazione o alla documentazione da integrare o chiarire (T.A.R. Puglia Sez. I Bari 6/6/07 n. 1464).

Nel caso di specie, non ricorre la situazione classica, nella quale è l'impresa offerente che, per erronea interpretazione della clausola equivoca del bando, ha prodotto una documentazione non conforme pienamente a quella richiesta dalla lex specialis di gara: nella fattispecie, infatti, l'ATI Falpo ha dato piena esecuzione alla clausola della lettera di invito limitandosi a produrre quanto da essa stabilito.

Risulta quindi evidente che è proprio la clausola della lettera di invito ad essere incongrua rispetto allo scopo, con conseguente obbligo della stazione appaltante di richiedere chiarimenti al fine di renderla funzionale.

Il "dovere di soccorso" in questo caso non avrebbe arrecato alcuna lesione alla par condicio tra i concorrenti, in quanto la documentazione prevista dalla lettera di invito (libro matricola) era stata regolarmente depositata da tutte le società

appartenenti all'ATI; l'elemento in questione non atteneva ai requisiti di partecipazione, ma assolveva all'unica funzione di consentire la corretta valutazione della capacità dello staff tecnico; la clausola del bando era sicuramente incongrua.

Ritiene quindi il Collegio che non possa essere accolta la tesi difensiva dell'Amministrazione diretta a sostenere che la stessa ricorrente si sarebbe dovuta fare parte diligente allegando le dichiarazioni al libro matricola: detta tesi, infatti, comporta per la concorrente un onere di diligenza superiore a quello normalmente richiesto, e finisce con l'addossarle il compito di provvedere essa stessa a correggere l'incompletezza della lex specialis di gara.

Una tesi in tal senso, pertanto, comporta l'inversione dell'obbligo di diligenza esistente tra le parti: in questo modo l'Amministrazione pretenderebbe di ovviare alla sua negligenza e al suo comportamento contrario a buona fede, addossando alla concorrente un'obbligo di diligenza di tale entità che non le compete.

Ne consegue la fondatezza, nel merito, della censura.

L'Amministrazione intimata e la controinteressata hanno però opposto alla tesi della ricorrente il difetto di interesse, sostenendo che anche computando i dipendenti delle altre due società appartenenti all'AT.I., il risultato non sarebbe cambiato.

La tesi non può essere accolta in quanto difetta dei necessari riscontri probatori.

Le parti, infatti, avrebbero dovuto provare – attraverso il ricalcolo dei conteggi – quale sarebbe stato il punteggio conseguibile dall'A.T.I. Falpo, non potendo limitarsi a sostenere che l'aumento del punteggio sarebbe stato comunque ininfluenza sulla graduatoria.

Inoltre, la difesa dell'Amministrazione sostiene nella relazione del 16/6/08, che taluni dipendenti non avrebbero potuto essere considerati perché assunti a tempo determinato (licenziati e riassunti ripetutamente, come è purtroppo assai frequente nell'attuale mondo del lavoro), oppure che i titolari di diplomi triennali non potessero essere presi in considerazione, ovvero che i diplomati amministrativi non potessero essere computati, senza però fornire alcuna prova circa le valutazioni svolte dalla Commissione in casi simili (che sicuramente si sono presentati) per le altre concorrenti.

Sicché il Collegio non dispone di sufficienti elementi per poter dichiarare la carenza di interesse all'impugnativa.

Il primo motivo deve essere dunque accolto perché fondato.

Gli altri motivi di impugnazione sono stati dedotti dalla ricorrente in modo subordinato e condizionatamente alla reiezione del primo motivo, e quindi il Collegio è esonerato dall'obbligo di esaminarli.

L'accoglimento del ricorso comporta la necessità della pronuncia sulla domanda risarcitoria.

Ritiene il Collegio che la richiesta risarcitoria debba essere respinta in quanto l'accoglimento del primo motivo di ricorso comporta la riapertura del procedimento, con possibile esito favorevole alla stessa ricorrente.

Sicché allo stato non sussiste alcun danno risarcibile.

Le spese di lite, possono invece compensarsi tra le parti, ricorrendone giusti motivi.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio - Sezione Seconda Quater –
così dispone in ordine al ricorso in epigrafe indicato:

- dichiara irricevibile il ricorso incidentale;
- accoglie il ricorso principale e per l'effetto annulla il provvedimento di aggiudicazione impugnato;
- respinge la domanda risarcitoria;
- compensa tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 15 luglio 2008.

Lucia Tosti

PRESIDENTE

Stefania Santoleri

ESTENSORE