

APPALTI - SEPARAZIONE TRA FASE DI AMMISSIONE E AGGIUDICAZIONE - VIOLAZIONE - ILLEGITTIMITA'

L'apertura delle offerte economiche e il sorteggio del criterio ai fini del giudizio di anomalia in un momento antecedente alla definizione della platea dei soggetti ammessi determina una inammissibile compenetrazione tra due fasi distinte - ammissione e aggiudicazione - in grado di alterare l'esito della gara.

TAR Toscana, Firenze, Sez. I, sentenza n. 269/2019

Publicato il 20/02/2019

N. 00269/2019 REG.PROV.COLL.

N. 00159/2019 REG.RIC.

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 Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 159 del 2019, proposto da Celfa s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Toscano, Alessandro Bertani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Francesco Gesess in Firenze, lungarno A. Vespucci n. 20;

contro

Acquedotto del Fiora s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Capecchi, Jacopo Quintavalli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Avv. Luca Capecchi E As in Firenze, via G. La Pira 17;

nei confronti

Caldani Irrigazione s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo Frontoni, Gianluca Luzi, Carolina Picchiotti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Carolina Picchiotti in Firenze, via dei Servi n. 38; So.Co.Mi. s.r.l., Lombardini Giuseppe s.r.l., non costituite in giudizio;

per l'annullamento

della determina dell'Amministratore Delegato dell'Acquedotto del Fiora S.p.A. del 4.1.2019, comunicata a CELFA s.r.l. il 7.1.2019, con cui è stata disposta l'aggiudicazione in favore della Caldani Irrigazione s.r.l. nella procedura negoziata per “lavori di manutenzione ordinaria degli impianti e delle infrastrutture di Acquedotto del Fiora S.p.A. utilizzate per la gestione del SII nell'AATO n. 6 Ombrone – Appalto n. 2100001183 – Zona Montagna Ovest – CIG 77209148BC8”;

- della determina dell'Amministratore Delegato dell'Acquedotto del Fiora S.p.A. prot. n. 4450 del 16.1.2019, recante l'aggiudicazione definitiva in favore della Caldani Irrigazioni s.r.l. e l'approvazione degli atti di gara;

- della nota del Responsabile del Procedimento già Responsabile Acquisti prot. n. 8258 del 24.1.2019, trasmessa via pec, con la quale è stata rigettata l'istanza di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione presentata dalla CELFA s.r.l.;

- nonché di ogni altro atto o provvedimento, anche di estremi non conosciuti, comunque connesso o conseguente a quello di cui sopra, ivi compresi, per quanto di interesse e nei limiti esposti nel ricorso, i verbali della commissione giudicatrice n. 1 del 21.12.2018 e n. 2 del 3.1.2019, la nota prot. 2235 del 7.1.2019, con cui veniva disposta l'esclusione del concorrente Lombardini Giuseppe s.r.l. e la lettera di invito n. 2100001183;

con conseguente accertamento

- in via principale, del diritto all'aggiudicazione dell'appalto in oggetto alla CELFA s.r.l. ed alla stipula del relativo contratto, nonché con declaratoria dell'inefficacia del contratto medio tempore eventualmente stipulato con il controinteressato e subentro della CELFA s.r.l. nel contratto dichiarato inefficace (ove stipulato) nella parte non ancora eseguita;

- in via di subordine e nei limiti esposti nel ricorso, dell'interesse della CELFA s.r.l. alla riedizione della procedura;

nonché per la condanna dell'Amministrazione,

in caso di parziale inefficacia del contratto, al risarcimento per equivalente del danno che potrà emergere in corso di causa per la sola eventuale parte residua, ovvero qualora il Collegio si determini al mantenimento in vita del contratto eventualmente stipulato, per la condanna dell'amministrazione resistente all'integrale risarcimento del danno che potrà emergere in corso di causa a titolo di lucro cessante, danno emergente e danno curriculare, con riserva di quantificazione nel corso del giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Acquedotto del Fiora s.p.a. e di Caldani Irrigazione s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 febbraio 2019 il consigliere Luigi Viola e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Tutte le censure proposte dalla ricorrente avverso i provvedimenti di aggiudicazione meglio specificati in epigrafe ruotano intorno alle vicende relative

alla Lombardini s.r.l. , ammessa con riserva alla procedura nel corso della seduta della Commissione di gara del 21 dicembre 2018 (in attesa della conclusione del procedimento di soccorso istruttorio determinato dalla presentazione di una cauzione manifestamente non riferita alla procedura di gara *de qua*) e successivamente esclusa alla seduta del 3 gennaio 2019; in particolare, secondo la prospettazione di parte ricorrente, un simile procedere avrebbe fortemente inciso sulla legittimità del procedimento di aggiudicazione, visto anche il criterio di aggiudicazione/valutazione dell'anomalia derivato dal sorteggio (quello di cui all'art. 97, 2° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) e l'apertura delle buste relative all'offerta economica in un momento (seduta del 21 dicembre 2018) in cui non era ancora definito il novero dei partecipanti alla procedura.

Il ricorso è parzialmente fondato e deve pertanto essere accolto, nei limiti indicati in motivazione; con riferimento alle censure proposte da parte ricorrente appare, infatti, sufficiente rilevare:

- a) come non risulti essere intervenuto nei confronti della Lombardini s.r.l. un provvedimento formale di ammissione alla procedura (apparendo anzi indubbio, dall'esame del verbale della seduta della Commissione del 21 dicembre 2018, come la stessa sia stata ammessa con riserva alla procedura in attesa dell'esito del soccorso istruttorio disposto nei suoi confronti con riferimento alla problematica della prestazione della garanzia fideiussoria); a prescindere da ogni considerazione relativa alla problematica più generale dell'applicabilità della detta previsione alla procedura di gara che ci occupa, risulta pertanto infondata già in punto di fatto la censura di violazione della previsione dell'art. 95, 15° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 sollevata da parte ricorrente con il primo motivo di ricorso;
- b) come, avendo la Lombardini s.r.l. esibito alla Stazione appaltante una polizza fideiussoria rilasciata solo il 24 dicembre 2018, appaia del tutto indubbio come la detta garanzia non possa assolutamente soddisfare il requisito della copertura per

almeno 180 giorni <<dalla data di presentazione dell'offerta>> (in questo caso, il 21 dicembre 2018) previsto dall'art. 93, 5° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, con conseguenti piena legittimità dell'esclusione della stessa dalla procedura e completa infondatezza del secondo motivo di ricorso;

c) come appaia altresì del tutto indubbio come l'apertura delle offerte economiche ed il sorteggio del criterio di individuazione della soglia di anomalia *ex art.* 97, 2° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 in un momento in cui non era ancora definito l'ambito dei soggetti ammessi alla procedura abbia determinato un'inammissibile compenetrazione di due diverse fasi della procedura di gara suscettibile di determinare (vista anche la presenza di una sola impresa ammessa con riserva) una potenziale alterazione del meccanismo di aggiudicazione i cui possibili e diversi esiti risultavano rimessi, in buona sostanza, all'impresa ammessa con riserva, in grado di determinare, con il proprio comportamento nel procedimento di soccorso istruttorio, l'aggiudicazione alla gara alla controinteressata (come in effetti avvenuto, per effetto dell'insufficienza della documentazione esibita all'esito del soccorso istruttorio) o alla ricorrente (come, in ipotesi, avrebbe potuto essere, ove il procedimento di soccorso istruttorio si fosse concluso in senso favorevole alla Lombardini s.r.l.);

d) come quanto sopra rilevato appaia ancora più vero alla luce della nuova sistematica derivante dalla particolare disciplina processuale prevista dagli artt. 29, 1° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e 120, comma 2-*bis* del c.p.a. che evidenzia la necessità di una netta separazione funzionale e temporale tra la fase dell'ammissione dei concorrenti alla procedura di gara e le successive operazioni di aggiudicazione (comprendenti anche la fase dell'apertura delle buste contenenti le offerte e della conoscenza delle offerte da parte degli altri concorrenti);

e) come, trattandosi della violazione, in buona sostanza, di un principio generale della materia si tratti di una disciplina pienamente applicabile ai cd. "settori

speciali”, anche ai sensi della previsione dell’art. 133 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 citata dalla difesa della controinteressata;

f) come si tratti di violazione di tale importanza da importare la necessità di procedere all’annullamento di tutti gli atti di gara, con conseguenziale integrale rinnovazione dell’intera procedura di gara; la necessità di rinnovare l’intera procedura determina poi ovviamente l’impossibilità di accoglimento delle ulteriori domande di aggiudicazione del contratto e risarcimento del danno articolate da parte ricorrente.

In definitiva, il ricorso deve pertanto essere accolto nei limiti indicati in motivazione e deve essere disposto l’annullamento degli atti impugnati; le spese di giudizio seguono la soccombenza e devono essere poste a carico della Stazione appaltante e liquidate, come da dispositivo.

Sussistono ragioni per procedere alla compensazione delle spese di giudizio nei confronti della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, come da motivazione e, per l’effetto dispone l’annullamento degli atti impugnati.

Condanna Acquedotto del Fiora s.p.a., alla corresponsione a parte ricorrente della somma di € 3.000,00 (tremila/00), oltre ad IVA e CAP, a titolo di spese del giudizio.

Compensa le spese di giudizio nei confronti della controinteressata.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 20 febbraio 2019 con l’intervento dei magistrati:

Manfredo Atzeni, Presidente

Luigi Viola, Consigliere, Estensore

Raffaello Gisondi, Consigliere

L'ESTENSORE

Luigi Viola

IL PRESIDENTE

Manfredo Atzeni

IL SEGRETARIO