

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria
(Sezione Seconda)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 653 del 2009, proposto da:
Societa' S.S. srl, rappresentato e difeso dagli avv. I.D., F.M., con domicilio
eletto presso F. M. in Genova, xxx;

contro

Regione Liguria, rappresentato e difeso dagli avv. G.B., L.C., con domicilio
eletto presso L. C. in Genova, xxx;

nei confronti di

E.P.G. soc. coop. p.a., rappresentato e difeso dagli avv. R.A., G. B., A. P.,
con domicilio eletto presso G. B. in Genova, xxx;
C. scrl,;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

del decreto dirigenziale n. 942 del 27 aprile 2009, emesso dalla Regione
Liguria, con il quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva, a favore
della controinteressata A.T.I. E.P.G. per l'affidamento triennale del servizio
di pulizia dei locali occupati dalle strutture dipendenti dalla Giunta
regionale.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Liguria;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di E. & P. G. soc. coop. p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 ottobre 2009 il dott. Antonio
Bianchi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

La Regione Liguria ha indetto una procedura ristretta per l'affidamento di
durata triennale del servizio di pulizia dei locali occupati dalle strutture
dipendenti dalla Giunta Regionale, per importo a base di gara di euro
2.760.000,00 IVA inclusa.

Il bando è stato pubblicato il 13 giugno 2007 le domande di partecipazione
dovevano essere presentate entro il 13 luglio 2007.

La ricorrente, impresa specializzata nel settore, ha presentato istanza di
partecipazione ed è stata invitata, insieme ad altri, a presentare offerta.

Con lettera d'invito in data 31 luglio 2007 è stato fissato alle ore 12 del 10
settembre 2007 il termine per la presentazione delle offerte.

S.S. ha presentato, al pari degli altri concorrenti la propria offerta nel
settembre 2007.

Soltanto con lettera 28 aprile 2009 del Responsabile del Procedimento, è stata
comunicata a S. S. l'avvenuta aggiudicazione definitiva della gara in questione
disposta con DD n. 942 del 27 aprile 2009.

Ritenendo illegittima tale determinazione l'istante, con il ricorso in epigrafe
ha adito questo TAR chiedendone l'annullamento per i seguenti motivi:

A) Illegittimità della procedura di gara.

1. Violazione e falsa applicazione del principio di continuità e di
concentrazione della gara e dei principio di custodia e segretezza delle
offerte. Violazione e falsa applicazione delle norme e dei principi in materia
di trattamenti salariali minimi inderogabili e di adeguatezza del costo del
lavoro. Violazione e falsa applicazione degli artt. 86 e 87, commi 2, 3 e 89,
comma 3 D.Lgs.vo 163/2006. Violazione degli artt. 3, 35, 41 e 97 Cost..
Violazione e falsa applicazione del D.M. 25 febbraio 2009 del Ministero del
Lavoro, della Salute e delle politiche Sociali. Eccesso di potere per illogicità
e irragionevolezza. Manifesta ingiustizia. Difetto di istruttoria e di
motivazione. Difetto del presupposto legittimante.

Come s'è detto in premesse, tra la pubblicazione del bando e l'aggiudicazione
della gara sono decorsi due anni.

Le sedute di gara si sono snodate, incomprensibilmente, in un arco di tempo straordinariamente lungo, in palese contrasto con il principio di continuità e concentrazione della gara.

Non risultano, inoltre idonee misure per garantire la custodia e la segretezza delle offerte e dei plichi dei concorrenti che sono giaciuti aperti per quasi due anni prima di giungere alla conclusione del procedimento, senza indicare affatto le misure adottate per garantire la segretezza della custodia, in palese contrasto con i principi costantemente ribaditi al riguardo dalla giurisprudenza.

2. Violazione e falsa applicazione dell'art. 84 del D.Lgs.vo 163/2006. Difetto del presupposto legittimante. Difetto di istruttoria e di motivazione.

La Commissione di gara è composta di soli quattro componenti, in palese violazione dell'art. 84 del D.Lgs. 163/2006 che prescrive che i componenti debbano essere dispari.

Non è dato comprendere, inoltre, come i prescelti possano qualificarsi esperti nello specifico settore degli appalti di pulizia.

3. Violazione e falsa applicazione degli artt. 83 e 84 D.Lgs.vo 163/2006 e del DPCM 13 marzo 1999 n. 117. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost. e dei principi in materia di trasparenza, collegialità, imparzialità e buon andamento dell'operato della Commissione di Gara. Violazione del principio di segretezza, intangibilità e non conoscibilità delle offerte. Violazione dei principi di logicità, proporzionalità, efficienza e ragionevolezza dell'azione della P.A.. Violazione e falsa applicazione del bando della lettera - invito e della lex specialis di gara. Contraddittorietà estrinseca tra le risultanze dei verbali di gara. Violazione e falsa applicazione dell'art. 48 D.Lgs. 163/2006. Violazione delle norme e dei principi in materia di verifica di anomalia. Violazione e falsa applicazione degli artt. 86, 87 ed 88 D.Lgs.vo 163/2006.

L'art. 83 D.Lgs.vo 163/2006 ha escluso che la Commissione giudicatrice possa integrare i criteri di valutazione delle offerte o anche precisarli mediante l'individuazione di sub-criteri.

Nel caso in esame le prescrizioni normative sono state violate.

Il bando e la lex specialis di gara non hanno avuto il grado di specificità e di garanzia imposto dalla enorme citate, né è stata fatta applicazione dei DPCM 117/1999.

4. Violazione e falsa applicazione degli artt. 83 e 84 D.Lgs.vo 163/2006 e del DPCM 13 marzo 1999 n. 117. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost. e dei principi in materia di trasparenza, collegialità, imparzialità e buon andamento dell'operato della Commissione di Gara. Violazione del principio di segretezza, intangibilità e non conoscibilità delle offerte. Violazione dei principi di logicità, proporzionalità, efficienza e ragionevolezza dell'azione della P.A.. Violazione e falsa applicazione del bando, della lettera - invito e della lex specialis di gara. Contraddittorietà estrinseca tra le risultanze dei verbali di gara. Violazione delle norme e dei principi in materia di verifica di anomalia. Violazione e falsa applicazione degli artt. 86, 87 ed 88 D.Lgs.vo 163/2006.

Violazione del CCNL delle imprese di pulizia. Violazione dell'art. 8 del Capitolato Speciale di gara.

Ad integrazione di quanto già dedotto con il 3° motivo di censura ulteriormente il procedimento di verifica di anomalia, in quanto gravemente viziato sotto il profilo formale e sostanziale.

B) Illegittimità dell'aggiudicazione definitiva.

5. Illegittimità propria e derivata dai vizi in precedenza dedotti.

Le censure in precedenza dedotte, inficiano, in via propria e derivata, il provvedimento di aggiudicazione definitiva, al quale sono formalmente estese.

6. Illegittimità propria: violazione e falsa applicazione degli artt. 34, comma 2, 37, 41 e 38 D.Lgs.vo 163/2006. Violazione degli artt. 3 e 97 Cost.. Difetto di istruttoria e di motivazione. Travisamento di fatti decisivi. Ingiustizia grave e manifesta. Violazione del principio di imparzialità della stazione appaltante e di par condicio dei concorrenti.

Oltre all'intera gara anche la candidatura dell'ATI aggiudicatrice è afflitta da gravissimi aspetti di illegittimità.

La mandante C., infatti, ha presentato la propria candidatura in qualità di membro della costituenda ATI con la E.P.G.

Senonché C. fa parte, in qualità di consorziata, del consorzio XXX che ha presentato anch'esso autonoma offerta nella stessa gara.

La situazione contrasta con le norme rubricate.

7. Violazione e falsa applicazione del bando di gara e dei relativi allegati e della lex specialis di gara. Violazione degli artt. 46 e 49 D.Lgs.vo 163/2006. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza dei presupposti, travisamento dei fatti ed illogicità manifesta. Violazione e falsa applicazione dell'art. 43 D.Lgs.vo 163/2006 e della lex specialis di gara, ed in particolare della lett. N della scheda costituente la domanda di partecipazione.

La Soc. E.P.G. in ogni caso avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

Dall'esame degli atti, si evince che essa difetta dei requisiti dichiarati come già dedotto sopra con il 5° motivo: inoltre emerge la presenza di dichiarazioni non veritiere e non conformi a quanto richiesto dal bando.

Conclude l'istante, chiedendo l'annullamento del provvedimento impugnato, con vittoria di spese.

Si è costituita in giudizio la Regione Liguria intimata la quale, con memoria nei termini, ha contestato la fondatezza del ricorso chiederne il rigetto.

Si è altresì costituita in giudizio la controinteressata Soc. Coop. E.P.G., la quale ha parimenti contestato la fondatezza del gravame chiedendone il rigetto.

Alla pubblica udienza del 1° ottobre 2009, il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è fondato sotto l'assorbente profilo della violazione del principio di custodia e segretezza delle offerte, dedotto con il primo mezzo di gravame.

1.1 Come esposto nella narrativa in fatto, la procedura concorsuale per cui è causa si è sviluppata in un arco temporale di circa due anni ed i lavori della commissione di sono protratti per circa quindici mesi, a volte con lunghi periodi di intervallo tra una seduta e l'altra.

A fronte della particolare lunghezza e complessità di un siffatto procedimento, peraltro, dagli atti di gara non emerge che la stazione appaltante abbia adottato idonee misure per garantire la custodia e la segretezza delle offerte presentate dai concorrenti, le quali pertanto sono giaciate per tutto il periodo sopra specificato senza alcuna formale certezza in ordine alla loro integrità.

Come risulta dal relativo verbale, infatti, nella seduta del 19 novembre 2007 la Commissione ha aperto non solo i plichi contenenti la documentazione richiesta per poter partecipare alla gara, ma anche le buste contenenti le offerte tecniche presentate dai concorrenti, limitandosi in fine di seduta a dare "atto che tutta la documentazione di gara unitamente alle offerte presentate dai concorrenti verrà custodita presso i locali del Settore Amministrazione Generale".

Non v'è dubbio alcuno, pertanto, come tale generica formula non soddisfi minimamente lo specifico obbligo di custodia e segretezza delle offerte, posto a ineludibile presidio del buon andamento di qualsivoglia gara d'appalto.

Anzi, a ben vedere, la stessa risulta finanche contrastante con il richiamato obbligo.

Per un verso, infatti, non viene assicurato che i plichi ed in particolare le buste contenenti l'offerta tecnica, siano stati idoneamente risigillati (o quanto meno adeguatamente richiusi) al fine di evitare qualsiasi manomissione degli stessi.

Per altro verso, non viene individuato alcun soggetto responsabile della custodia dei plichi né un semplice consegnatario degli stessi, di guisa che non è dato comprendere chi materialmente abbia custodito o comunque detenuto le offerte tecniche dei concorrenti, peraltro aperte e come tali agevolmente manomissibili.

Da ultimo, viene dato atto in modo del tutto generico ed atecnico (ciò che maggiormente colpisce attesa la natura squisitamente tecnica della Commissione), che i plichi verranno custoditi "presso i locali del Settore Amministrazione Generale", di guisa che non è dato neppure di comprendere presso quale Ufficio siano state custodite le offerte né, tanto meno, con quali specifiche modalità atte a garantirne la integrità.

Né, peraltro, l'integrità dei plichi in questione è stata formalmente accertata dalla Commissione al successivo momento dello specifico esame delle offerte tecniche presentate dai concorrenti.

Come risulta dal relativo verbale, infatti, nella seduta del 3 giugno 2008 la Commissione "inizia ad esaminare la prima offerta presentata e ad attribuire i relativi punteggi", senza spendere una parola in ordine alle modalità di custodia dell'offerta stessa e, quel che più conta, in ordine alla sua integrità.

Tanto premesso, non v'è dubbio che nella specie risulti violato lo specifico obbligo di custodia e segretezza delle offerte che, come già precisato, è posto ad ineludibile presidio del principio costituzionale del buon andamento e dell'imparzialità dell'azione della P.A. e che quindi l'impugnata determinazione si appalesi sotto questo profilo illegittima.

Né in proposito può soccorrere la recente statuizione della sesta sezione del Consiglio di Stato invocata dall'amministrazione resistente, secondo cui la mancata verbalizzazione delle modalità di conservazione dei plichi contenenti le offerte non è di per sé circostanza idonea ad invalidare l'attività della Commissione ove il ricorrente non abbia fornito elementi che facciano dubitare di una corretta conservazione (cfr. Sez. VI, 05/12/2008, n. 6038).

In primo luogo, infatti, tale orientamento è del tutto isolato, risultando viceversa assolutamente prevalente quello di segno opposto (a cui il Collegio ritiene di dover aderire) secondo il quale l'omessa menzione delle cautele adottate per assicurare la custodia e la segretezza delle offerte determina l'illegittimità delle operazioni effettuate, illegittimità che non può essere superata dalla considerazione che non si sia concretamente verificata alcuna manomissione dei plichi contenenti le buste, atteso che la tutela giuridica dell'interesse pubblico al corretto svolgimento delle procedure concorsuali, secondo il principio di cui all'art. 97 della Costituzione, deve essere assicurato in astratto e preventivamente e non può essere considerata soddisfatta sulla base del mancato verificarsi di eventi dannosi (cfr. in termini e per tutte Cons. Stato, Sez. V, 6 marzo 2006, n. 1068).

In secondo luogo, e ciò che è dirimente per i fini considerati, nel caso di specie risulta dagli stessi verbali della Commissione che le buste contenenti le offerte tecniche:

- sono state aperte nella seduta del 19 novembre 2007, senza essere successivamente risigillate o comunque adeguatamente richiuse;

- alla fine della seduta non sono state formalmente affidate in custodia o comunque consegnate in detenzione ad alcun funzionario;

- sempre alla fine della seduta non sono state depositate in uno specifico Ufficio dell'amministrazione né custodite con idonee modalità, ma vagamente dislocate presso non meglio precisati "locali del Settore Amministrativo Generale";

- al momento della loro valutazione, avvenuta a ben sette mesi di distanza, non ne è stata minimamente accertata l'integrità, nonostante l'assenza di formali ed idonee misure preventive atte ad assicurarne "medio tempore" la custodia e la segretezza.

Non v'è chi non veda, pertanto, come nel caso di specie siano gli stessi verbali della Commissione a far più che seriamente dubitare della corretta conservazione delle offerte e della loro integrità durante le varie fasi della procedura concorsuale, senza alcuna necessità che il ricorrente fornisca ulteriori elementi al riguardo.

2. Per le ragioni esposte il ricorso è fondato e v'è accolto, potendo ogni ulteriore censura dedotta restare assorbita.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria, Sezione Seconda, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato. Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 1 ottobre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Enzo Di Sciascio, Presidente

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore
Angelo Vitali, Primo Referendario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 22/10/2009.