Pubblicato il 22/02/2024

N. 00058/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00233/2023 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 l' Abruzzo

sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 233 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 9562154B19, rappresentata e difesa dagli avvocati OMISSIS, con domicilio digitale PEC dai Registri di Giustizia;

contro

Ministero dell'Economia e delle Finanze, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliati presso la stessa in L'Aquila, Complesso Monumentale San Domenico;
S.A.S.I. - Società Abruzzese per il Servizio Idrico Integrato - spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati OMISSIS, con domicilio digitale PEC dai Registri di Giustizia;

nei confronti

OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato OMISSIS, con domicilio digitale PEC dai Registri di Giustizia;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

dell'atto del 28 agosto 2023, di esclusione dalla gara per l'affidamento dell'appalto di progettazione e lavori, relativo al potenziamento di sistema acquedottistico "Verde" - Riqualificazione delle condotte adduttrici esistenti e potenziamento della capacità di trasporto della risorsa idrica dell'acquedotto Verde - II stralcio funzionale Casoli - Scerni, dell'atto del 13 settembre 2023, di aggiudicazione del predetto appalto, di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, con accertamento del diritto al subentro nel contratto eventualmente nel frattempo stipulato, e annullamento del parziale diniego di accesso agli atti del 9 ottobre 2023.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Economia e delle Finanze, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e di SASI spa;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di OMISSIS;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2024 il dott. Silvio Lomazzi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

In data 30 dicembre 2022 SASI spa emetteva il bando di gara per l'affidamento dell'appalto di lavori, comprendente anche la progettazione esecutiva, avente ad oggetto il potenziamento del sistema acquedottistico "Verde" - riqualificazione delle condotte adduttrici esistenti e potenziamento della capacità di trasporto della risorsa

idrica dell'acquedotto "Verde" - II stralcio funzionale Casoli-Scerni, con procedura aperta telematica e metodo di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Con determina n.4190 del 28 agosto 2023 la stazione appaltante escludeva dalla procedura OMISSIS, contenendo l'offerta tecnica elementi idonei a desumere parte dell'offerta economica, in violazione del Disciplinare.

Il successivo 13 settembre 2023 l'appalto veniva aggiudicato a OMISSIS.

La Società esclusa impugnava i suindicati provvedimenti, censurandoli per violazione degli artt.30, 60, 61, 62, 63, 77, 83 del D.Lgs. n.50 del 2016, degli artt.1, 3 della Legge n.241 del 1990, degli artt.3, 97 Cost., degli artt.2, 8, 51 del D.L. n.76 del 2020, del D.L. n.77 del 2020, dei principi di proporzionalità, fiducia, parità di trattamento, trasparenza, concorrenza, leale collaborazione, segretezza delle offerte nonché per eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria e di motivazione, dell'illogicità, dell'irragionevolezza, dell'ingiustizia, della pretestuosità, dell'erroneità, dello sviamento.

La ricorrente in particolare ha fatto presente che (1) le quotazioni riportate nell'elenco prezzi dell'offerta tecnica superavano di circa un milione di Euro la base d'asta; che occorreva una verifica in concreto dell'idoneità dei dati a far conoscere dall'offerta tecnica anche l'offerta economica; che inoltre l'elenco prezzi allegato all'offerta tecnica conteneva un numero di voci inferiore a quello del computo metrico non estimativo.

L'interessata ha sostenuto poi che (2) l'aggiudicataria, pur ammessa al soccorso istruttorio nella seduta di gara del 18 agosto 2023, non produceva la documentazione richiesta nel termine perentorio previsto, seppure avvertita della perentorietà di detto termine; che pertanto OMISSIS andava esclusa dalla procedura; che invece la stazione appaltante decideva di prendere in considerazione i documenti prodotti dall'aggiudicataria prima della riapertura dei termini per la presentazione delle

offerte; che l'eventuale accoglimento di detta censura conduceva al rifacimento della gara.

La Società segnalava poi in subordine che (3) la Commissione di valutazione veniva nominata prima della scadenza dei termini per la presentazione delle offerte, ovvero prima del 18 agosto 2023, pur tenuto conto che la stessa veniva ricostituita il successivo 21 agosto 2023.

Veniva in ultimo censurata (4) la ristrettezza del termine di soli 7 giorni, decorrente dall'avviso dell'11 agosto 2023, per poter ripresentare le offerte.

Il Ministero dell'Economia e delle Finanze si costituiva in giudizio per resistere al gravame, segnalando che trattavasi di intervento finanziato con risorse PNRR.

SASI spa si costituiva del pari in giudizio per la reiezione delle impugnative, illustrandone con successiva memoria l'infondatezza nel merito e riferendo in fatto che in data 9 ottobre 2023 era assegnato in via di urgenza all'aggiudicataria il servizio di progettazione esecutiva.

Parimenti si costituiva per il rigetto del gravame OMISSIS, deducendone con apposita memoria l'infondatezza nel merito.

Con altra memoria la ricorrente ribadiva i propri assunti.

Con ordinanza n.138 del 2023 il Tribunale respingeva la domanda cautelare presentata dall'interessata.

Con successiva ordinanza Cons. Stato, V, n.4552 del 2023 l'appello cautelare veniva dichiarato improcedibile.

OMISSIS, a seguito dei documenti nel frattempo prodotti in giudizio dalla stazione appaltante, presentava motivi aggiunti, deducendo la violazione degli artt.30, 32, 53, 60, 61, 62, 63, 77, 83 del D.Lgs. n.50 del 2016, degli artt.1, 3, 22 della Legge n.241 del 1990, degli artt.3, 97 Cost., degli artt.2, 8, 51 del D.L. n.76 del 2020, del D.L. n.77 del 2020, dei principi di proporzionalità, fiducia, parità di trattamento, trasparenza, concorrenza, leale collaborazione, segretezza delle offerte nonché

l'eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria e di motivazione, dell'illogicità, dell'irragionevolezza, dell'ingiustizia, della pretestuosità, dell'erroneità, dello sviamento.

Con il motivo sub 1 l'interessata riprendeva in sostanza il motivo sub 4 del ricorso introduttivo, sostenendo che il termine di 7 giorni per ripresentare le offerte era troppo breve, che poi l'originario termine era scaduto il 30 giugno 2023 e dunque non poteva essere prorogato, che in caso dovevano allora essere riaperti i termini anche per rieffettuare il sopralluogo, che la riapertura dei termini non era stata determinata dal malfunzionamento del portale, come detto dalla stazione appaltante, che in ogni caso, a fronte della complessità dell'offerta, il termine appariva irragionevole.

Col motivo sub 2 veniva ripreso il motivo sub 1 del ricorso, sulla commistione fra offerta tecnica e offerta economica.

Col motivo sub 3 si faceva richiamo al motivo sub 2 del gravame introduttivo, riferito al soccorso istruttorio verso l'aggiudicataria, sostenendosi in aggiunta la propria legittimazione, tenuto conto della presenza di soli 2 concorrenti e dell'interesse anche alla riedizione della gara.

Col motivo sub 4 la ricorrente contestava il diniego di accesso del 9 ottobre 2023, affermava che la propria richiesta era specifica, strumentale al proprio diritto di difesa, non rilevando poi la sua esclusione dalla gara.

Col motivo sub 5, presentato in via subordinata, l'interessata si ricollegava al motivo sub 3 del ricorso, affermando che la nuova Commissione era invariata nei componenti rispetto alla precedente, che la stessa aveva già conosciuto l'offerta tecnica dell'aggiudicataria, che il 18 agosto 2023 l'aggiudicataria medesima ripresentava la stessa offerta.

Il 27 ottobre 2023 veniva sottoscritto il contratto di appalto tra SASI spa e OMISSIS.

Con memorie la stazione appaltante e l'aggiudicataria ribattevano ai motivi aggiunti.

Con altra memoria la ricorrente ribadiva i propri assunti.

Seguivano le repliche delle parti costituite.

Nell'udienza del 9 febbraio 2024 la causa veniva discussa e quindi trattenuta in decisione.

Il ricorso e i motivi aggiunti, esaminati congiuntamente per la sovrapposizione quasi integrale delle censure ivi contenute, appaiono destituiti di fondamento e dunque da respingere, per le ragioni di seguito esposte.

E invero, con riferimento al motivo sub 1 del ricorso introduttivo e sub 2 dei motivi aggiunti, è necessario rilevare che, in base a consolidato principio, l'esame dell'offerta tecnica deve rimanere ben distinto da quello dell'offerta economica, da conoscere solo in una seconda fase, senza possibilità dunque che nella prima sia contenuti elementi tali da far risalire alla seconda e dunque da influenzare le considerazioni della Commissione di gara e quindi in definitiva compromettere la necessaria imparzialità di giudizio dell'Organo di valutazione (cfr. in ultimo, tra le altre, Cons. Stato, V, n.8243 del 2023, VII, n.7582 del 2023, V, n.7497 del 2023); che, secondo quanto stabilito dal Disciplinare, l'offerta tecnica non doveva recare, pena l'esclusione dalla procedura, alcun riferimento al prezzo offerto ovvero agli elementi che consentivano di desumere in tutto o in parte l'offerta economica del concorrente (cfr. pag.38 Disciplinare, all.3 al ricorso); che nel caso di specie, raffrontando in concreto nell'offerta tecnica della ricorrente l'elenco prezzi col computo metrico, e dunque, in particolare, con riferimento alle tubazioni - le quali, considerato l'oggetto dei lavori, rappresentano all'incirca ben 1/3 dell'appalto -, moltiplicando il loro prezzo per la loro quantità, si perviene alla conoscenza di parte dell'offerta economica, quella per l'appunto riferita alle tubazioni, con ribasso in parte qua, rispetto alla base d'asta, di oltre il 10% (cfr. docc.32, 33, 34 atti Amministrazione); che quindi nell'offerta tecnica la ricorrente OMISSIS inseriva elementi idonei a far conoscere gran parte dell'offerta economica, ovvero quella

riferita alle tubazioni, peraltro proposte in acciaio e non in ghisa come previsto dalla stazione appaltante (cfr. docc.32, 33 atti Amministrazione); che pertanto nessun rilievo assumono le considerazioni dell'interessata sul punto circa le quotazioni riportate nell'elenco prezzi rispetto alla base d'asta complessiva o sul numero di voci dell'elenco prezzi rispetto a quelle del computo metrico.

In relazione al motivo sub 2 del ricorso e sub 3 dei motivi aggiunti, occorre evidenziare che i documenti richiesti all'aggiudicataria ad agosto 2023 in seguito al soccorso istruttorio soggetto a termine perentorio e non prodotti tempestivamente dalla stessa OMISSIS, in realtà erano stati già inoltrati dalla medesima nel luglio 2023, prima della riapertura dei termini di presentazione delle offerte e in base al precedente soccorso istruttorio e che dunque, rappresentata la circostanza da parte della concorrente, l'Amministrazione, avvedutasi dell'errore, decideva di considerare la documentazione de qua, siccome già in suo possesso (cfr. docc.22, 23, 24, 9, 10 atti Amministrazione); che detto operato appare corretto anche alla luce di quanto previsto ex art.18, comma 2 della Legge n.241 del 1990, relativo ai documenti di cui il Soggetto pubblico già dispone, in coerenza coi dettami di semplificazione amministrativa e di non aggravamento del procedimento (cfr. già Cons. Stato, V, n.6947 del 2011).

Per quanto attiene al motivo sub 3 del ricorso e sub 5 dei motivi aggiunti, va segnalato che la Commissione di gara veniva rinominata il 21 agosto 2023, ovvero dopo la scadenza del termine di ripresentazione delle offerte del 18 agosto 2023, in adesione quindi a quanto previsto ex art.77, comma 7 del D.Lgs. n.50 del 2016; che non assume rilievo inoltre che i componenti di detto Organo non erano mutati rispetto al precedente, atteso che la Commissione medesima nella prima fase di gara non aveva proceduto ad aprire l'offerta tecnica dell'aggiudicataria, poi ripresentata di uguale contenuto, limitandosi a visionare l'elenco dei file sul portale telematico, come da verbale di gara del 17 luglio 2023, senza dunque procedere all'apertura e

all'esame della busta contenente l'offerta tecnica della predetta concorrente, come da relazione del RUP del 9 agosto 2023, riportata nel verbale del consiglio di amministrazione del 10 agosto 2023 di SASI spa (cfr. docc.13, 18, 19 atti Amministrazione); che pertanto non è risultata pregiudicata la necessaria imparziale valutazione delle offerte (cfr. sul principio, tra le altre, TAR Lazio, III ter, n.13767 del 2019).

Riguardo al motivo sub 4 del ricorso e sub 1 dei motivi aggiunti, è necessario evidenziare che il termine per ripresentare le offerte dall'11 al 18 agosto 2023 veniva fissato dalla stazione appaltante tenuto conto che non erano state modificate le regole di gara (cfr. ancora verbale consiglio di amministrazione 10 agosto 2023 SASI spa, doc.19 atti Amministrazione), che la richiesta di riapertura dei termini partecipativi proveniva proprio dalla ricorrente, la quale, con nota del 30 giugno 2023, segnalava difficoltà a caricare la propria offerta sul portale, senza poter rispettare il termine imposto dal Bando, chiedendo di verificare un anomalo funzionamento del portale medesimo (cfr. doc.7 atti Amministrazione), che la ricorrente aveva la propria offerta pronta già alla predetta data del 30 giugno 2023 (cfr. ancora doc.7 atti Amministrazione), che venivano compiutamente esposte le ragioni di urgenza determinate dalla presenza dei fondi del PNRR (cfr. nuovamente doc.19 atti Amministrazione); che pertanto il termine de quo fissato dalla stazione appaltante non appare in alcun modo irragionevole; che in ultimo sul punto non occorreva alcuna riapertura dei termini anche per effettuare il sopralluogo, giacchè non si erano apportate modifiche alle regole partecipative (cfr. parere ANAC n.5 del 2023).

Quanto al motivo sub 4 dei motivi aggiunti, occorre rilevare che l'istanza di accesso del 1 settembre 2023 della ricorrente, riscontrata peraltro almeno parzialmente dalla stazione appaltante con la nota n.5029 del 9 ottobre 2023, appare alquanto generica, sia con riferimento all'oggetto, rapportato in sostanza a tutti gli atti di gara, non ben

correlato dunque alle palesate esigenze difensive, ma celando così un mero intento esplorativo, sia in relazione alla normativa di riferimento, citata con richiamo alla disciplina sull'accesso documentale, specifico in materia di appalti e civico (cfr. all.14 al ricorso, in diritto TAR Campania, V, n.2957 del 2023, TAR Lazio, I quater, n.1126 del 2018); che, anche considerando la sola fattispecie dell'accesso civico, come noto contemplante la disciplina più favorevole alla visione degli atti, l'art.5, comma 1 del D.Lgs. n.33 del 2013 prevede la visione degli atti per cui è prevista la pubblicazione; che la stazione appaltante accoglieva l'istanza di accesso con riferimento alle delibere del consiglio di amministrazione di SASI spa riguardanti la riapertura dei termini di presentazione delle offerte, la nomina della Commissione giudicatrice e relative alla gara (cfr. all.3.2 depositato dalla ricorrente l'11 ottobre 2023); che la restante parte degli atti richiesti, ovvero la documentazione prodotta da OMISSIS, la corrispondenza intercorsa tra la stessa e la stazione appaltante, gli atti istruttori (cfr. ancora istanza, all.14 al ricorso), non erano in ogni caso soggetti a pubblicazione; che altresì, secondo l'art.5, comma 2 del D.Lgs. n.33 del 2013, gli atti non soggetti a pubblicazione vanno sottoposti alla visione di chiunque li richiede allo scopo di favorire forme di diffusione di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali, sull'utilizzo delle risorse pubbliche, al fine di promuovere il dibattito pubblico, finalità che non emergono, come appena suesposto, nell'istanza di accesso della ricorrente; che le ulteriori determine di SASI spa risultano prodotte in giudizio.
Ne consegue che i provvedimenti impugnati, di esclusione della ricorrente dalla gara e di aggiudicazione della stessa alla controinteressata, si sottraggono alle censure dedotte.
Le spese di giudizio, liquidate in dispositivo in favore della stazione appaltante e della controinteressata, seguono la soccombenza della ricorrente e vengono compensate per il resto.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, respinge il ricorso n.233/2023 indicato in epigrafe e i motivi aggiunti al medesimo.

Condanna la parte ricorrente al pagamento, in parti uguali, in favore di SASI spa e di OMISSIS, delle spese di giudizio, che liquida complessivamente in €4.000,00 (Quattromila/00) oltre ad accessori di legge; spese compensate per il resto.

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Passoni, Presidente

Silvio Lomazzi, Consigliere, Estensore

Giovanni Giardino, Referendario

L'ESTENSORE
Silvio Lomazzi

IL PRESIDENTE
Paolo Passoni

IL SEGRETARIO