

Criteri di valutazione dell'offerta: vanno stabiliti "ex ante"!

Scritto da Melita Manola
Martedì 23 Ottobre 2012 09:34 -

N. 1258/2012 Reg. Sent.

N. 2028 Reg. Ric.

ANNO 2011

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2028 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da N. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Pettinelli, con domicilio eletto presso il suo studio in Mestre-Venezia, Piazzale Leonardo da Vinci, 8/A;

contro

Ministero Infrastrutture - Magistrato Alle Acque - Ispettorato Generale per la Laguna di Venezia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata in Venezia, San Marco, 63;

Criteria di valutazione dell'offerta: vanno stabiliti "ex ante"!

Scritto da Melita Manola
Martedì 23 Ottobre 2012 09:34 -

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

- degli inviti a formulare l'offerta alle controinteressate del luglio 2011, relativi agli spazi acquei rispettivamente di mq. 1933.10, 1205.00 e 710.90;

- dei verbali di gara del 31.8.2011, relativi agli spazi acquei, nella parte in cui hanno ammesso alla gara la Falegnameria B., la N. e l'A.T.I. dalle stesse costituita;

- dei verbali di gara dell'8.09.2011, nella parte in cui hanno stabilito i criteri per l'attribuzione del punteggio dell'offerta tecnica dopo l'apertura delle buste;

- dei verbali di gara del 12.09.2011;

- delle note prott. nn. 8305, 8300, 8303 del 28.09.2011;

- delle aggiudicazioni definitive alle controinteressate;

- nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati.

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero Infrastrutture - Magistrato Alle Acque - Ispettorato Generale per la Laguna di Venezia.

Criteri di valutazione dell'offerta: vanno stabiliti "ex ante"!

Scritto da Melita Manola
Martedì 23 Ottobre 2012 09:34 -

Visto l'atto di costituzione in giudizio e il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale N. S.A.S. in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. costituenda con la Falegnameria B. s.n.c., entrambe rappresentate e difese dagli avv.ti Francesco Acerboni e Roberta Ravagnan, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Mestre-Venezia, via Torino, 125.

Viste le memorie difensive.

Visti tutti gli atti della causa.

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 luglio 2012 il dott. Enrico Mattei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1. Con atto di ricorso (n.r.g. 2028/2011) notificato il 14.11.2011 e depositato il 29.11.2011, N. s.r.l. ha adito l'intestato Tribunale per chiedere l'annullamento degli atti, meglio in epigrafe specificati, concernenti l'affidamento in concessione di spazi acquei demaniali presso la laguna di Venezia.

2. Con il primo motivo di gravame, la ricorrente deduce la violazione dei principi di trasparenza e imparzialità che devono presiedere alle gare a evidenza pubblica.
 - 2.1. Lamenta, nello specifico, che la Commissione di gara avrebbe provveduto a stabilire i criteri (rectius sottocriteri) di valutazione delle offerte dopo aver aperto le buste contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta tecnica.

Criteri di valutazione dell'offerta: vanno stabiliti "ex ante"!

Scritto da Melita Manola
Martedì 23 Ottobre 2012 09:34 -

2.2. Il motivo è fondato.

2.3. Risulta, infatti, per tabulas, dalla documentazione posta agli atti di causa, che i criteri di valutazione concernenti la parte progettuale e di sviluppo economico - finanziario, sono stati stabiliti dalla Commissione di gara successivamente all'apertura delle buste contenenti la predetta documentazione amministrativa e l'offerta tecnica (cfr. verbale n. 1, pag. 2).

2.4. Ad avviso del Collegio, tale *modus operandi* viola i principi di trasparenza e imparzialità che devono connotare l'azione della P.A. in sede di valutazione delle offerte dovendosi, infatti, considerare preclusa alla Stazione appaltante la possibilità di introdurre criteri per l'attribuzione dei punteggi, allorchè le buste contenenti la documentazione di gara siano state aperte e, pertanto, ne sia divenuto noto o conoscibile il contenuto (ex multis, T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 3 novembre 2008, n. 1476).

3. Con il terzo motivo di ricorso, parte ricorrente lamenta la violazione dei principi di *par condicio* e di concorrenza, per avere la Stazione appaltante autorizzato le ditte contro interessate a concorrere in A.T.I., sebbene tale forma di partecipazione non fosse prevista nella lettera d'invito.

3.1. La doglianza è suscettibile di positiva definizione.

3.2. Osserva, al riguardo, il Collegio, che nel caso di specie, trattandosi di una procedura selettiva per l'affidamento in concessione di spazi acquei demaniali, l'art. 37, comma 12, del d. lgs. 163/2006, può trovare applicazione soltanto nei limiti in cui tale disposizione sia stata richiamata nell'avviso di intendimento a concedere o lettera d'invito.

3.3. Deve, pertanto, ritenersi lesiva dei richiamati principi di concorrenza e *par condicio*, la decisione della Stazione appaltante di autorizzare *ex post* uno o alcuni dei concorrenti ad associarsi in A.T.I., senza che tale forma partecipativa sia stata preventivamente prevista nella lettera d'invito, atteso che gli eventuali aspiranti, non singolarmente in possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura selettiva, non essendo in grado di sapere, in via preventiva, di poter usufruire di tale strumento potrebbero desistere dal parteciparvi o, comunque, partire da

Criteri di valutazione dell'offerta: vanno stabiliti "ex ante"!

Scritto da Melita Manola
Martedì 23 Ottobre 2012 09:34 -

una posizione particolarmente svantaggiosa, ad essi non imputabile.

4. Tanto basta a ritenere il ricorso meritevole di accoglimento con assorbimento delle ulteriori censure proposte, anche con motivi aggiunti.

5. Si può quindi passare in esame il ricorso incidentale.

6.1. Con la prima doglianza, l'A.T.I. contro interessata lamenta la mancata esclusione della ricorrente principale per non aver sottoscritto il piano economico finanziario e per aver inserito tale documento all'interno della busta "A" anziché "B".

6.2. Il motivo è infondato.

6.3. Si deve, infatti, rilevare al riguardo che secondo consolidato orientamento giurisprudenziale, dal quale il Collegio non ritiene di doversi discostare, la mancata sottoscrizione di un documento richiesto dal bando (peraltro inserito in una busta anziché in un'altra, ma non di meno incluso nel plico contenente l'offerta) non può costituire causa di esclusione dalla gara, allorquando, come nel caso di specie, tale mancanza non sia espressamente sanzionata in tal senso, non si rinvengano dubbi sulla paternità e provenienza dello stesso e non vi siano ragioni per dubitare dell'integrità del suo contenuto.

7. Appare, altresì, privo di fondamento anche il secondo motivo con cui il ricorrente incidentale deduce che la N. s.r.l. avrebbe dovuto essere estromessa dalla gara per non aver reso le dichiarazioni di cui all'art. 38 del d. lgs. 163/06.

7.1. Osserva, invero, il Collegio che in tema di concessioni demaniali, qualora la lex specialis di gara non preveda la pena dell'esclusione per la mancata osservanza delle prescrizioni concernenti le modalità e l'oggetto delle dichiarazioni di cui all'art. 38 del d. lgs. 163/06, l'eventuale comportamento omissivo del partecipante, che sia comunque in possesso di tutti i prescritti requisiti, non produce alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla richiamata disposizione, ricorrendo, infatti, in tal caso, una ipotesi di falso innocuo che, nella fattispecie in esame, è stato peraltro sanato in sede di integrazione documentale.

8. Del pari destituito di fondamento, è anche il terzo mezzo di gravame incidentale con cui l'A.T.I. contro interessata lamenta la mancata esclusione della N. s.r.l. per violazione dell'art. 38, secondo capoverso, lett. f), del codice degli appalti pubblici, avendo invero la predetta società provveduto a rilasciare l'area occupata nei termini richiesti dal Magistrato alle Acque con nota del 10.08.2007, prot. n. 8347.

8.1. Sotto altro profilo, giova rilevare che la valutazione del contegno rilevante ai fini della richiamata disposizione, attiene al merito amministrativo ed è dunque sindacabile, in questa sede, solo nelle ipotesi di manifesta illogicità e irragionevolezza, vizi questi che, tuttavia, non si rinvergono nel caso di specie, anche in ragione del fatto che la N. s.r.l. ha iniziato l'attività di gestione di spazi acquei che la contro interessata assume quale condotta censurabile ai sensi dell'art. 38, secondo capoverso, lett. f), del d.lgs. 163/06, in forza di un titolo valido ed efficace fino al suo definitivo annullamento da parte del Giudice amministrativo.

9. Deve, inoltre, dichiararsi inammissibile per tardività, il primo motivo del ricorso incidentale proposto in via subordinata, posto che gli avvisi d'intendimento a concedere di cui si lamenta l'illegittimità risalgono al febbraio del 2011 e, pertanto, avrebbero dovuto essere impugnati entro i prescritti termini decadenziali.

9.1. Nel merito, le censure con esso proposte non potrebbero comunque trovare accoglimento in quanto il c.d. diritto di insistenza, della cui violazione si duole la contro interessata, è stato abrogato dall'art. 1, comma 18, del decreto legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito in l. 26 febbraio 2010, n. 25, che, modificando l'art. 37 cod. nav., ha eliminato ogni diritto di preferenza, in sede di rinnovo, in favore del precedente concessionario.

10. Privo di pregio è, infine, il secondo e ultimo motivo a carattere subordinato, con cui si rileva, con riferimento a uno degli spazi acquei messi a concorso, la mancanza dei necessari presupposti urbanistici e edilizi.

10.1. Giova rilevare al riguardo che la procedura selettiva de qua ha avuto per oggetto esclusivamente l'assentimento di spazi acquei demaniali senza considerare, in alcun modo, le eventuali infrastrutture per la terraferma (queste sì soggette alla normativa urbanistica) le quali, come tra l'altro osservato dalla stessa Commissione di gara, restano irrilevanti ai fini concessori (cfr. verbale n. 2).

11. Si possono quindi passare in esame i motivi aggiunti al ricorso incidentale.

12. Con il primo motivo aggiunto (il quale propone, in parte, le medesime censure esposte nel primo motivo di ricorso incidentale) si lamenta la mancata esclusione della N. s.r.l. per aver prodotto alcuni documenti obbligatori senza però sottoscriverli.

12.1. La censura non è suscettibile di essere accolta per le medesime ragioni esposte sul primo motivo di ricorso incidentale.

12.2. Si deve, tuttavia, evidenziare, a proposito della dedotta non riferibilità dell'offerta depositata dalla ricorrente, che tale assunto non trova riscontro dagli atti di causa dai quali è invece agevole rilevare la perfetta riferibilità di tale offerta la quale, oltre ad essere sottoscritta dal rappresentante della N. s.r.l., appare connotata da precisi indici identificativi.

13. Insuscettibile di accoglimento è, altresì, il secondo motivo aggiunto al ricorso incidentale con cui si duole della mancata esclusione della ricorrente principale per non aver presentato alcuni documenti per i quali la Commissione di gara avrebbe richiesto un'integrazione illegittima.

13.1. In particolare, per quanto riguarda l'asserita violazione degli artt. 38 e 46 del codice dei contratti pubblici, il Collegio rinvia alle considerazioni già svolte riguardo al secondo motivo di ricorso incidentale.

13.2. Per quanto concerne, invece, la dedotta invalidità delle autocertificazioni prodotte dalla N. s.r.l., è agevole rilevare che nel caso di specie non appariva indispensabile l'allegazione della carta d'identità per la verifica dell'autenticità della firma, in quanto sottoscritte dal legale rappresentante della predetta s.r.l. alla presenza di un pubblico ufficiale.

14. Destituito di fondamento appare anche il terzo motivo aggiunto con cui si deduce l'inammissibilità dell'offerta proposta dalla N. per aver inserito nella propria domanda di

Criteria di valutazione dell'offerta: vanno stabiliti "ex ante"!

Scritto da Melita Manola

Martedì 23 Ottobre 2012 09:34 -

partecipazione elementi relativi al piano economico - finanziario, attesa l'insussistenza di eventuali profili di illegittimità nella domanda così presentata.

15. Palesemente infondato è, infine, il quarto e ultimo motivo aggiunto al ricorso incidentale considerato che le rilevate divergenze tra il progetto tecnico edilizio e il piano economico - finanziario non sono tali da configurare i lamentati vizi di illegittimità.

15.1. Per quel che riguarda, invece, l'infondatezza dell'ulteriore censura concernente l'asserita violazione delle norme urbanistiche, il Collegio rinvia alle considerazioni già esposte in relazione al secondo motivo di ricorso incidentale a carattere subordinato.

16. Deve, da ultimo, essere respinta l'istanza risarcitoria avente ad oggetto le spese sostenute dalla ricorrente incidentale per la partecipazione alla procedura selettiva de qua, atteso che tali oneri rappresentano il "prezzo dell'acquisto di una opportunità di guadagno" e restano, pertanto, a carico del soggetto che abbia preso parte alla gara, e ciò sia nel caso di aggiudicazione, sia nella ipotesi di mancata aggiudicazione (ex multis, Cons. St., sez. V, n. 808/10).

16.1. A medesime conclusioni deve giungersi con riferimento al mancato guadagno che la controinteressata si prospettava per l'intero periodo di gestione della concessione.

16.2. In tale ipotesi, infatti, la ripetizione, parziale o totale della gara, derivante dall'annullamento degli atti impugnati, ben si atteggia quale risarcimento in forma specifica e l'onere per l'amministrazione di rinnovare la procedura selettiva è di per sé sufficiente a dare piena e diretta soddisfazione a ogni pretesa risarcitoria.

17. Considerata la peculiarità della fattispecie controversa sussistono, tuttavia, giustificati motivi per compensare, tra le parti in causa, le spese del presente giudizio.

P. Q. M.

Criteri di valutazione dell'offerta: vanno stabiliti "ex ante"!

Scritto da Melita Manola
Martedì 23 Ottobre 2012 09:34 -

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando:

- accoglie il ricorso rubricato sub r.g. 2028/2011;

- dichiara il ricorso incidentale in parte inammissibile e in parte infondato.

Spese compensate.

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

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

Bruno Amoroso - Presidente

Claudio Rovis - Consigliere

Enrico Mattei - Referendario, Estensore

IL PRESIDENTE

Criteria di valutazione dell'offerta: vanno stabiliti "ex ante"!

Scritto da Melita Manola
Martedì 23 Ottobre 2012 09:34 -

Bruno Amoroso

L'ESTENSORE

Enrico Mattei

Depositata in Segreteria l'11 ottobre 2012