

Tar Veneto, sezione prima, sentenza n. 6335 del 3 dicembre 2010

Criterio dell'Offerta economicamente più vantaggiosa – Apertura delle offerte in seduta privata, diversamente da quanto indicato nella lex specialis di gara (seduta pubblica) – Illegittimità - Vincolante la lex specialis di gara

**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 1914 del 2009, proposto da:

Setten Genesio S.p.A., Fiel S.r.l., Drusian Impianti S.r.l., Somec Marine & Architectural Enevelopes S.r.l., rappresentati e difesi dall'avv....., con domicilio eletto presso,

contro

Ascopiave S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv., con domicilio eletto presso ... in Venezia,

per l'annullamento

quanto al ricorso principale, della procedura concorsuale, ivi compresa l'aggiudicazione definitiva al costituendo RTI di cui è mandataria "Carron cav. Angelo spa", indetta da ASCOPIAVE relativa all'appalto dei lavori di ampliamento della propria sede;

quanto al ricorso incidentale, della determinazione 12.3.2009 del Presidente di ASCOPIAVE spa con cui sono stati approvati i lavori della commissione di gara, nonché dei verbali di gara e di tutti gli atti della relativa procedura nella sola parte in cui ammettono alla procedura negoziata il costituendo raggruppamento ricorrente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ascopiave S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio proposto dal ricorrente incidentale Carron Cav. Angelo Spa, Bettiol Srl e Ialc Serramenti Srl, rappresentato e difeso dagli avv., con domicilio eletto presso in Venezia,

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 novembre 2010 il dott. Claudio Rovis e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il ricorrente costituendo RTI ha chiesto l'annullamento degli atti relativi ad una procedura concorsuale negoziata - ove s'era collocata al secondo posto della graduatoria definitiva con punti 88,14 dietro al costituendo RTI tra le società controinteressate che aveva totalizzato punti 90,08 - indetta da Ascopiave spa per l'aggiudicazione dei lavori di ampliamento della propria sede aziendale: contrariamente, invero, a quanto stabilito dalla lex specialis di gara, alla stregua della quale si sarebbe dovuto effettuare in seduta riservata soltanto la valutazione dell'offerta tecnica e l'attribuzione dei relativi punteggi, la commissione aveva proceduto in seduta riservata anche all'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica e all'assegnazione dei punteggi relativi all'offerta economica. Inoltre, le operazioni di gara si erano svolte nel corso di più sedute senza che fossero stati opportunamente indicati dalla commissione il luogo e le modalità di conservazione delle offerte, con conseguente violazione dei principi di par condicio, di segretezza e di trasparenza delle operazioni di gara nelle procedure ad evidenza pubblica.

Resistevano in giudizio Ascopiave spa ed il costituendo RTI aggiudicatario evidenziando la peculiarità della procedura, espletata in un settore c.d. escluso e da aggiudicarsi secondo il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa e previa negoziazione: sottolineavano, in particolare, come nella specie fossero state effettuate in seduta pubblica – conformemente al prevalente orientamento giurisprudenziale - le operazioni di verifica dell'integrità dei plichi e delle singole buste ivi contenute ed in seduta riservata l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica. Il raggruppamento controinteressato, peraltro, proponeva ricorso incidentale con il quale chiedeva l'annullamento degli atti di gara nella parte in cui le odierne ricorrenti erano state ammesse alla procedura negoziata: sia l'offerta tecnica che quella economica, infatti, risulterebbero in alcune pagine prive della sottoscrizione, in difformità da quanto previsto dalla lex specialis; inoltre, l'offerta tecnica era carente di taluni elementi la cui sussistenza era prescritta dalla lettera d'invito a pena di decadenza.

La causa è passata in decisione all'udienza dell'11 novembre 2010.

DIRITTO

1.- Il ricorso incidentale – che, per economia processuale, va esaminato per primo – è infondato.

1.1.- Con il primo motivo il RTI controinteressato denuncia la violazione dell'art. 37, VIII comma del DLgs n. 163/06, nonché degli artt. 8 del disciplinare di prequalifica e 3 della lettera di invito, in quanto le offerte tecnica ed economica del raggruppamento ricorrente sarebbero in alcune pagine prive di sottoscrizione: tale circostanza avrebbe dovuto comportare l'esclusione del ricorrente.

La censura non ha pregio.

Va anzitutto osservato che la procedura in esame risulta contraddistinta da una prima fase di qualificazione volta all'individuazione dei concorrenti sulla base di determinati criteri, da una successiva fase in cui si seleziona la migliore offerta tecnico/economica e da un'ultima fase di negoziazione delle tre migliori offerte.

Orbene, l'art. 8 del disciplinare di prequalifica, che si assume violato, attiene alla documentazione da presentare per la partecipazione alla procedura negoziata, ai fini della qualificazione alla gara, documentazione che riguarda la prima fase della procedura (cfr., in proposito, sia il precedente art. 6 sia le "premesse" del disciplinare, ove si esplicita che "il presente disciplinare illustra l'oggetto della gara e le principali modalità di svolgimento della fase di prequalifica e fornisce le informazioni per la predisposizione della domanda di partecipazione alla gara stessa. Fornisce altresì alcune informazioni di carattere generale sulla seconda fase di gara (aggiudicazione) che verranno meglio specificate nella successiva lettera di invito": informazioni, queste ultime, contenute nel successivo art. 10).

Evidente, dunque, che se le contestate carenze formali attengono alle offerte tecnica ed economica presentate dalle ricorrenti si deve aver riguardo non già alle norme genericamente contenute nel "disciplinare di prequalifica", ma unicamente all'art. 10 di esso ed alla lettera di invito.

Ma né l'art. 10 del predetto disciplinare, né il richiamato art. 3 della lettera d'invito pretendono la sottoscrizione di ogni pagina dell'offerta tecnica.

Quanto, poi, alle asserite carenze di firma dell'offerta economica, è sufficiente rilevare che, ai sensi dell'art. 3 della lettera di invito, l'offerta economica da riporre nella busta C) doveva articolarsi, a pena di esclusione, in: C1) una dichiarazione sottoscritta (con firma estesa e leggibile nell'ultima pagina, mentre le altre pagine vanno siglate) da parte di tutti i soggetti del costituendo RTI contenente l'indicazione del prezzo, la proposta inerente la riduzione dei termini di ultimazione dei lavori e l'offerta di un'assicurazione postuma decennale; e C2) una lista delle categorie di lavorazioni e forniture previste per l'esecuzione dei lavori che, a sua volta, doveva essere sottoscritta (per esteso e leggibile) in tutte le pagine da parte di ogni soggetto componente il costituendo raggruppamento. Eccepisce il controinteressato che siccome il RTI ricorrente aveva ommesso di siglare e sottoscrivere le pagine 2, 4 e 6 della relazione illustrativa allegata alla proposta di riduzione dei termini di ultimazione dei lavori (punto C1), avrebbe dovuto essere escluso dalla gara. A tal proposito è sufficiente osservare, al fine di fugare ogni dubbio circa l'infondatezza dell'assunto, che la norma impone la sottoscrizione e la siglatura esclusivamente della dichiarazione contenente l'indicazione del prezzo, la proposta inerente una riduzione dei termini di ultimazione dei lavori e l'offerta di un'assicurazione postuma decennale, non anche degli allegati di cui essa si compone.

Osserva peraltro il Collegio che le prescrizioni del bando che prevedono l'esclusione dalla gara sono di stretta interpretazione; inoltre, la difformità nella documentazione prodotta da un concorrente rispetto alle previsioni del bando non può valere quale irregolarità sanzionabile con l'esclusione dalla gara, laddove non sussistano dubbi circa il contenuto dell'offerta presentata.

In particolare, la funzione della sottoscrizione della documentazione è quella di renderla riferibile al presentatore dell'offerta, e quindi vincolante.

Nella vicenda in esame soltanto tre pagine di una relazione accessoria risultano non sottoscritte.

Conseguentemente, anche ratione obiecti la mancata sottoscrizione delle suindicate pagine non sembra incrinare realmente la certezza della provenienza della documentazione, e dunque non lede l'interesse dell'Amministrazione (cfr., da ultimo, Tar Piemonte, I, 30.3.2009 n. 837).

Deriva da quanto precede che appare legittima la mancata esclusione del RTI ricorrente, non già facendo ricorso ad un'interpretazione funzionale (e dunque estensiva) della lex specialis, quanto piuttosto invocando il generale principio di ragionevolezza dell'azione amministrativa, che si

traduce anche nell'adeguatezza e proporzionalità dell'azione amministrativa allo scopo perseguito. Da ultimo, va evidenziata l'inconferenza del richiamo effettuato dal ricorrente incidentale al dato normativo contenuto nell'art. 37, VIII comma del DLgs n. 163/06, atteso che nulla esso prescrive relativamente alla sottoscrizione di ogni pagina dell'offerta.

1.2.- Con il secondo motivo il ricorrente incidentale enuclea una serie di violazioni alla *lex specialis* asseritamente commesse dal raggruppamento ricorrente che avrebbero dovuto comportarne l'esclusione dalla gara: in particolare, non sarebbe stato allegato il curriculum del tecnico Dal Pos da parte della società mandante relativamente all'organigramma di cantiere richiesto al punto 1.1.3 della lettera di invito; non sarebbero stati indicati "i tempi di allontanamento dei rifiuti" negli "elaborati di cantierizzazione di dettaglio" di cui al punto 1.1.4 della medesima lettera di invito; relativamente agli organigrammi della sicurezza (punto 1.2 della lettera invito) sarebbero stati commessi diversi errori e/o omissioni (il sig. Michele Fornasiero sarebbe stato indicato contemporaneamente quale datore di lavoro e preposto; mancanza dei curricula dei signori Davide Ferro, Marco Pierobon e Dino Da Fre, individuati in qualità di preposti); infine, la dichiarazione relativa alla "composizione delle squadre di lavoro" (punto 1.1.2 della lettera invito) della mandante Drusian sarebbe contraddittoria rispetto a quanto dalla medesima indicato nella dichiarazione inserita nella busta A in merito all'eventuale subappalto delle opere meccaniche.

L'infondatezza del motivo è conseguente alla considerazione che l'allegato alla lettera di invito contenente i "criteri di valutazione delle offerte" dispone, in linea di massima, che soltanto la carenza del documento tecnico richiesto comporta l'invalidazione e, quindi, l'esclusione dell'offerta, mentre la sua incompletezza riverbera esclusivamente sotto il profilo dell'attribuzione di un minor punteggio.

In particolare, quanto al punto 1.1.3 dell'offerta tecnica, la mancata allegazione del curriculum professionale delle figure ivi indicate può essere sanzionata, attenendo alla "completezza dell'organigramma", con l'assegnazione di un minor punteggio, atteso che soltanto "l'offerta mancante dell'organigramma del cantiere non sarà considerata valida e quindi esclusa"; analogamente dicasi per l'indicazione delle "modalità e i tempi di allontanamento dei materiali di rifiuto" da inserire negli "elaborati di cantierizzazione di dettaglio" di cui al punto 1.1.4 della lettera di invito, ove solo l'offerta carente di tutti gli elaborati di cantierizzazione importa l'esclusione dell'offerta, la sua incompiutezza incidendo sul punteggio; e per gli errori e/o omissioni compiuti con riferimento ai punti 1.2.1 e 1.2.2 dell'offerta tecnica (organigramma della sicurezza dell'impresa che realizza i lavori della categoria prevalente e delle imprese che realizzano i lavori delle categorie OG11 e OS18), ove l'esclusione è conseguenza della "offerta mancante dell'organigramma della sicurezza del cantiere", mentre l'eventuale, difettosa integralità dell'organigramma si rivale sul punteggio; in relazione infine, alla dedotta contraddittorietà tra la dichiarazione relativa alla "composizione delle squadre di lavoro" (punto 1.1.2 della lettera invito) della mandante Drusian e quanto dalla medesima indicato nella dichiarazione inserita nella busta A in merito all'eventuale subappalto delle opere meccaniche, deve osservarsi che - in disparte il fatto che la ricorrente incidentale ha ommesso di esplicitare in cosa consista e quali effetti abbia l'asserita contraddittorietà - eventuali disfunzioni rilevano esclusivamente sotto il profilo dell'assegnazione del punteggio, atteso che l'unico parametro di riferimento è quello della "consistenza numerica e professionalità del personale impiegato".

2.- Il ricorso principale è, invece, fondato in relazione al primo, assorbente motivo con cui viene denunciata la violazione di puntuali prescrizioni della *lex specialis* di gara in merito alla pubblicità delle sedute.

Nel caso di specie, infatti, risultano essersi svolte in seduta riservata sia le operazioni (relative alla seconda fase della gara) di apertura dell'offerta tecnica (cfr. il verbale 9.2.2009 n. 2), sia le operazioni di attribuzione dei punteggi delle offerte economiche (cfr. il verbale 19.2.2009 n. 6).

E ciò in evidente difformità dalle precise indicazioni contenute nell'art. 10 del disciplinare di prequalifica (relativo alle "informazioni di carattere generale relative alla seconda fase di gara") e nell'art. 4 della lettera di invito, ove si prevedeva espressamente la riservatezza delle sedute di gara in relazione soltanto "alla valutazione delle offerte tecniche ed all'assegnazione dei punteggi relativi alle stesse", mentre gli ulteriori incombeni della procedura concorsuale - verifica della correttezza formale dei plichi, accertamento che ciascun plico contenesse le tre buste idoneamente sigillate e firmate, verifica della completezza della documentazione contenuta nella busta A, apertura delle buste B relative all'offerta tecnica, esplicitazione dell'esito delle valutazioni dell'offerta tecnica, apertura delle buste C relative all'offerta economica - dovevano effettuarsi in seduta pubblica.

È ben vero che la giurisprudenza amministrativa afferma che, nelle gare da aggiudicarsi con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'obbligo di pubblicità delle sedute delle commissioni di gara riguarda esclusivamente la fase dell'apertura dei plichi contenenti la documentazione e l'offerta economica dei partecipanti (e non anche la fase di apertura delle offerte tecniche), in questi casi essendo funzionale detta pubblicità al rispetto dei principi di correttezza, di trasparenza e di imparzialità dell'azione amministrativa (cfr., da ultimo, CdS, V, 13.10.2010 n. 7470; TAR Veneto, 27.1.2010 n. 174); ma è altresì vero che le regole stabilite dalla lex specialis di gara vincolano rigidamente l'operato della commissione preposta all'esame della documentazione prodotta dalle ditte partecipanti alla procedura selettiva (CdS, V, 22.10.2007 n. 5503): la portata vincolante delle prescrizioni contenute nel bando e nel disciplinare, cioè, esige che alle stesse sia data puntuale applicazione nel corso della procedura, senza margini di valutazione discrezionale nella loro interpretazione (specie quando il significato delle clausole è chiaro) e nella loro attuazione, e ciò sia per il principio di tutela della par condicio delle imprese concorrenti e sia per il principio generale che vieta la disapplicazione del bando, rappresentando quest'ultimo autovincolo dell'Amministrazione.

3.- È invece infondata la domanda di risarcimento del danno per perdita di chance.

In caso di annullamento di un appalto pubblico per vizi procedurali il danno per perdita di chance sussiste, infatti, nell'ipotesi di illegittima privazione della mera possibilità di partecipare alla gara o di ottenerne l'aggiudicazione (CdS, V, 27.8.2009 n. 5097), e ciò in quanto in tal caso sussiste un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo della stazione appaltante e il danno subito dal soggetto escluso o comunque pretermesso dall'aggiudicazione: ma nel caso di specie il costituendo raggruppamento ricorrente ha partecipato alla gara e si è collocato in seconda posizione nella graduatoria finale, né ha minimamente affermato che, ove le buste dell'offerta tecnica fossero state aperte in seduta pubblica ed in analoga seduta fossero stati attribuiti i punteggi delle offerte economiche, l'esito della gara avrebbe potuto essere diverso da quello di cui alla procedura concorsuale qui contestata: aggiungasi, peraltro, che, come ammesso dallo stesso ricorrente, il punteggio per l'offerta tecnica avrebbe potuto essere inferiore a quello ottenuto, attesi i riscontrati errori e omissioni compiuti nella sua redazione.

4.- Inammissibili, in quanto introdotte per la prima volta con la memoria 26 ottobre 2010 e, comunque, generiche ed indimostrate, sono invece le domande di risarcimento del danno curricolare e di quello conseguente alle spese sostenute per la partecipazione alla gara: si tratta, infatti, di domande sostanzialmente nuove, non di specificazioni di una domanda già spiegata nell'atto introduttivo del giudizio, ove la richiesta del risarcimento era limitata all'asserita, patita "perdita di chance".

Per le considerazioni che precedono, dunque, il ricorso incidentale va respinto ed il ricorso principale accolto, con eccezione della domanda di risarcimento del danno.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso incidentale ed accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla tutti gli atti di gara come impugnati.

Respinge la domanda di risarcimento.

Condanna sia ASCOPIAVE spa che "Carron cav. Angelo spa", in proprio e quale mandataria del costituendo RTI con Bettiol srl e con Ialc Serramenti srl, per ½ cadauno e con il vincolo della solidarietà, alla rifusione delle spese di giudizio a favore della ricorrente che si liquidano nella misura forfettaria di € 10.000,00 (diecimila), oltre ad IVA e CPA., nonché alla rifusione del contributo unificato nella misura di € 2.000,00 (duemila/00).

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/12/2010

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)