



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 il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1320 del 2012, proposto da:
Ames Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Lodovico Visone, con domicilio eletto
presso Mario Viali in Venezia, San Marco, 1757;

contro

Comune di Treviso, rappresentato e difeso per legge dagli avv. Antonello
Coniglione, Giampaolo De Piazzì, domiciliata in Venezia, S. Marco, 4091;

nei confronti di

Fast Park Sistema Srl, rappresentato e difeso dagli avv. David Giuseppe Apolloni,
Salvatore Menditto, con domicilio eletto presso Mario Barioli in Venezia-Mestre,
piazzetta Zorzetto, 1;

per l'annullamento

della determinazione dirigenziale n. 860 del 25.07.2012, recante l'aggiudicazione
definitiva della gara per l'affidamento della progettazione esecutiva ed esecuzione
dei lavori del parcheggio sopraelevato a servizio dell'Ospedale Cà Foncello; della
nota prot. 57187 del 27.07.2012 del dirigente del settore del comune di Treviso; dei

verbali della commissione di gara; del bando di gara e del correlato disciplinare; nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Treviso e di Fast Park Sistema Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2012 il dott. Silvia Coppari 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 ricorso ritualmente notificato, Ames s.p.a. ha impugnato la determinazione dirigenziale del Comune di Treviso n. 860 del 25.7.2012 con la quale è stata aggiudicata a Fast Park Sistema s.r.l. la gara per l'affidamento della progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori del parcheggio sopraelevato a servizio dell'Ospedale Ca' Foncello.

1.1. Ames s.p.a. chiede l'aggiudicazione a sé medesima della gara, ovvero il subentro nel contratto eventualmente stipulato, o ancora, in via subordinata, la condanna del Comune di Treviso e delle altre parti convenute, al risarcimento del danno per perdita di chance, precisando di essersi classificata al secondo posto, totalizzando 70,279 punti, dietro Fast Park Sistema s.r.l., con 74,030 punti.

2. L'impugnazione è affidata a sei distinti motivi.

1.2. Con il primo motivo la ricorrente deduce violazione di legge (in relazione agli artt. 97 Cost., 1 della L. 241 del 1990, 6 del disciplinare di gara, 53 e ss. del d.lgs. n. 163 del 2006, 40 Reg. 207 del 2010), nonché eccesso di potere per disparità di trattamento, sviamento, violazione del giusto procedimento.

1.2.1. Premesso che l'offerta economica di Fast Park Sistema s.r.l. reca un ribasso (giorni in meno rispetto al termine massimo di 150 previsto dalla legge di gara) espresso in cifre ed in lettere di novanta giorni – dovendosi conseguentemente ritenere che il termine previsto per l'ultimazione dei lavori è di sessanta giorni – e che il cronoprogramma allegato all'offerta medesima indica, invece, quale termine previsto per l'ultimazione dei lavori quello di novanta giorni, ne conseguirebbe una complessiva ambiguità dell'offerta economica tale da determinare l'esclusione dalla gara della concorrente.

1.2.2. Il cronoprogramma, come indicato dalla stessa legge di gara, costituirebbe infatti un documento essenziale dell'offerta, tanto che la sua omissione è presidiata dalla stessa legge di gara con la sanzione dell'esclusione, per cui dalla sua rilevata incongruenza deriverebbe un'indeterminatezza dell'offerta, tale da impedire alcuna aggiudicazione così come attribuzione di punteggio.

1.3. Con il secondo motivo la ricorrente contesta la contraddizione e l'illogicità fra il giudizio sintetico e il punteggio attribuito all'offerta tecnica con particolare riguardo al punteggio di 24,440 punti per l'incremento dei posti auto (649 rispetto ai 602 previsti dalla legge di gara) che atterrebbe a una scelta progettuale non rientrante in quelle ammesse dal bando di gara (cfr. art. 8 del capitolato speciale).

1.3. Con il terzo mezzo di gravame la ricorrente deduce la mancanza di certificazione di qualità (e la conseguente carenza dell'importo garantito dalla polizza), posto che Fast Park, in quanto sfornita di qualsivoglia certificazione per la cat.OS18 oggetto di gara, non avrebbe potuto dimostrarne il possesso a mezzo di un contratto di avvalimento, stante la valenza soggettiva del requisito, teso a dimostrare la professionalità del concorrente.

1.4. In quarto luogo viene contestato il mancato rispetto del termine minimo di 80 giorni per la presentazione dell'offerta prescritto dall'art. 70, comma 6, del d.lgs. n. 163 del 2006 quando il contratto ha ad oggetto anche la progettazione definitiva.

1.5. Con gli ultimi due motivi di ricorso si contesta altresì la legittimità della composizione della Commissione, poiché si sarebbe fatto ricorso alla nomina di commissari esterni, nonché il mancato esame e verifica dei documenti prodotti con l'offerta tecnica in seduta pubblica, essendosi la Commissione, in detta sede, limitata alla mera apertura dei plichi recanti l'offerta senza fornire alcuna specificazione in ordine al concreto contenuto di essi.

1.6. Sul punto, la ricorrente evidenzia che proprio l'importanza assegnata dalla legge di gara alla completezza e alla regolarità della documentazione prodotta avrebbe imposto la necessità di una ricognizione pubblica di essa, tenuto anche conto del ruolo non influente sul concreto svolgimento della gara (ed in particolare sul calcolo della media dei ribassi) assunto dalle quattro esclusioni disposte in seduta riservata per omessa e/o incompletezza delle prescritte allegazioni.

2. Hanno resistito in giudizio l'Amministrazione e Fast Park, contestando sia l'ammissibilità che la fondatezza del ricorso sotto ogni profilo.

2.1. In particolare, con riferimento al primo motivo, la controinteressata ha eccepito che Ames s.p.a. non avrebbe alcun concreto interesse al ricorso, infatti, quand'anche si considerasse rilevante l'errore in cui è incorsa la commissione di gara, la quale ha ritenuto quale tempo effettivo per la realizzazione dei lavori i 60 giorni indicati all'interno dell'offerta economica presentata da Fast Park, anziché i 90 giorni riportati nel cronoprogramma, non deriverebbe nessun risultato migliorativo alla ricorrente, poiché la corrispondente decurtazione di punteggio attribuito a Fast Park non la priverebbe della posizione acquisita all'esito della valutazione complessiva, cosicché l'impresa resistente manterrebbe l'aggiudicazione della gara, senza possibilità alcuna per la ricorrente di vedersi riconosciuto il diritto alla stipulazione del contratto.

2.2. Peraltro, proprio in applicazione del principio comunitario di massima partecipazione e della prevalenza della sostanza sulla forma, cui deve ricollegarsi il principio di tassatività delle cause di esclusione, la rilevata incongruenza fra cronoprogramma e offerta darebbe luogo ad un'ipotesi di mera irregolarità formale, sanabile nel corso della procedura concorsuale con prevalenza del cronoprogramma sull'offerta economica.

2.3. In ogni caso, nessuno dei vizi dedotti dalla ricorrente potrebbe condurre all'esclusione di Fast Park, potendo al più dar luogo a un "rinnovo parziale" della sola fase di gara relativa all'attribuzione del punteggio per l'elemento "riduzione dei tempi di esecuzione dei lavori".

3. All'udienza del 13 dicembre 2012, previa rituale discussione, la causa veniva trattenuta in decisione.

4. Preliminarmente deve essere affermato l'interesse attuale e concreto all'odierno gravame rinvenibile nella richiesta aggiudicazione a sé medesima, nella qualità di seconda classificata, della gara in esame (a seguito di esclusione della controinteressata o comunque di rideterminazione del punteggio complessivamente assegnato alla medesima).

4.1. Peraltro, in considerazione della latitudine di alcuni motivi di censura, residua altresì l'interesse all'ottenimento del bene strumentale alla riedizione della procedura selettiva, in ragione dell'annullamento dell'intera procedura selettiva.

4.2. Rileva, al riguardo, il Collegio che le censure prospettate con l'odierno ricorso sono di due tipi: con alcune si contestano vizi "parziali" della procedura attinenti alla asserita illegittima attribuzione del punteggio e/o alla mancata esclusione del concorrente che precede in graduatoria, con altri si contesta l'operato complessivamente tenuto dalla Commissione sotto il profilo del dedotto vizio di imparzialità e mancata trasparenza che, in quanto tali, investono la procedura nel suo complesso (ferma rimanendo la validità degli atti di indizione della gara).

5. Passando all'esame del merito e ritenuto che assumano priorità logica le questioni sollevate con tale ultimo tipo di censure, in quanto il loro accoglimento renderebbe superfluo l'esame delle prime, la prima questione che viene in considerazione è se l'oggettiva discrasia emergente dagli atti versati in causa fra il ribasso di novanta giorni (rispetto ai centocinquanta massimi previsti dal progetto posto a base di gara) indicato con l'offerta economica e quello di sessanta riportato nel cronoprogramma (ove novanta sono invece i giorni ritenuti necessari per l'ultimazione dei lavori) costituisca un vizio insanabile dell'offerta complessivamente resa da Fast Park, sì da importarne l'esclusione, ovvero se integri piuttosto un'irregolarità formale, sanabile nel corso della procedura.

5.1. Ad avviso del Collegio, tale vizio, in considerazione della sua capacità di alterare il confronto concorrenziale fra i candidati, tenuto anche conto delle puntuali prescrizioni della legge di gara, non appare invero superabile.

5.2. Non può, infatti, dubitarsi che il cronoprogramma attenga direttamente all'offerta del concorrente la quale deve indicare alla stazione appaltante «in modo completo e dettagliato le caratteristiche e le modalità di esecuzione dei lavori oggetto di appalto» e che, pertanto, esso deve essere «congruente con il tempo di esecuzione offerto, con sequenza logica dei tempi e dei costi» (cfr. art. 6, lettera a) e lettera b), punto 3, del disciplinare di gara).

5.3. Nel caso in esame, la mancata corrispondenza del cronoprogramma all'offerta economica incide irrimediabilmente, rendendolo contraddittorio, su un elemento essenziale dell'offerta medesima (tempo di esecuzione dei lavori) che, proprio per tale natura, non è suscettibile di interventi manipolativi e di adattamento ex post, nel corso della procedura selettiva, volti alla ricerca della effettiva volontà contrattuale, risultando altrimenti violati la "par condicio" dei concorrenti, l'affidamento da essi posto nelle regole di gara per modulare l'offerta economica e le esigenze di trasparenza e certezza (con conseguente necessità di prevenire

possibili controversie sull'effettiva volontà dell'offerente) delle gare pubbliche, a fronte delle quali risulta evidentemente recessivo il principio della conservazione delle offerte e della massima partecipazione alla gara (cfr. ex multis, Consiglio di Stato, sez. III, 22 agosto 2012, n. 4592).

5.4. L'insanabile indeterminatezza dell'offerta così predisposta avrebbe pertanto dovuto determinare l'esclusione dalla gara della concorrente sulla base dell'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006 espressamente richiamato dall'art. 9 del disciplinare di gara, nonché in applicazione dell'art. 6 del medesimo disciplinare.

6. Tuttavia la portata del mezzo di gravame in esame deduce un profilo di illegittimità che investe, al contempo, la stessa imparzialità dell'operato tenuto dalla Commissione nel corso della valutazione delle offerte tecniche, con specifico riguardo all'elemento della riduzione tempo dei lavori.

6.1. In primo luogo, viene fatto rilevare che, a fronte della discrasia fra offerta economica e cronoprogramma, la P.A. ha operato non solo una non consentita scelta manipolativa (una volta note le offerte), ma ha anche dato prevalenza, nel caso di Fast Park, all'offerta economica rispetto al cronoprogramma, e in altri casi, al cronoprogramma rispetto all'offerta economica (cfr. seduta del 23.2.2012 con riguardo al concorrente "Andreetta Costruzioni metalliche s.r.l.).

6.2. In secondo luogo, solo con riferimento a tale ultima concorrente (Andreetta Costruzioni metalliche), vi è traccia, nel verbale della seduta del 23 febbraio 2012, del percorso motivazionale seguito in ordine a detta scelta della Commissione, mentre risulta impedita ogni possibilità di valutazione dell'azione della P.A. con riguardo alla prima (Fast Park), difettando qualunque indicazione nel corrispondente verbale di gara e non potendo valere al riguardo giustificazioni postume, non rinvenibili nel procedimento.

6.3. In terzo luogo, stante la valenza ambivalente dell'offerta, la scelta in un senso o nell'altro, in ordine alla volontà contrattuale cui dare prevalenza, in quanto

operata a buste aperte e nella fase conclusiva della gara, risulta astrattamente influenzabile dal risultato e dal punteggio conseguito dagli altri offerenti, così come da quello parziale conseguito dal medesimo concorrente con riguardo agli altri parametri.

6.4. Giova al riguardo rammentare che l'art. 7 del disciplinare di gara stabilisce che l'assegnazione del punteggio relativamente ai termini di consegna indicati nell'offerta economica può essere di massimo 1 punto «per riduzione termine consegna progettazione esecutiva rispetto ai 15 giorni max fissati dall'art. 11 cap. spec. descrittivo prestazionale», e di massimo quattro «per riduzione tempo utile ultimazione lavori rispetto al termine di 150 giorni max fissato dall'art. 21 cap. spec. descrittivo prestazionale», fissando al contempo lo specifico metodo di calcolo da utilizzare.

In particolare, «per l'attribuzione del punteggio» in parola, «si procederà attribuendo coefficiente pari a uno all'offerta con maggior riduzione di giorni sul termine fissato e coefficiente pari a zero nel caso di nessuna riduzione sul termine massimo (150 giorni – art. 21 del capitolato descrittivo e prestazionale). Il valore si calcola attraverso l'interposizione lineare».

6.5. Orbene, nel caso in esame, Fast Park (con 90 giorni di riduzione) ha conseguito il massimo punteggio consentito per la voce “riduzione tempo utile ultimazione lavori” (4 punti), mentre Ames (con 30 giorni di riduzione) ha totalizzato 1,333 punti.

6.6. Pertanto, malgrado l'oggettività del metodo di attribuzione, il mutamento dei termini sul quale operare il calcolo influisce inevitabilmente sul risultato finale, a partire dalla soglia massima del punteggio da attribuire, che nel caso in esame coincide con la riduzione di novanta giorni offerta dalla sola Fast Park ma che, con tutta evidenza, non integra la riduzione massima astrattamente ipotizzabile, ma solo quella maggiore in rapporto alle concrete riduzioni offerte in gara (cui viene in

concreto ancorato il coefficiente pari a uno). Sicché una volta eliminata tale soglia massima, ne conseguirebbe un mutamento proporzionale di tutte le altre attribuzioni di punteggio.

6.7. Conseguentemente deve rilevarsi che l'oggettivo andamento fattuale sopra richiamato, da un lato, smentisce la pretesa sanabilità del vizio incidente sull'offerta di Fast Park mediante una "rinnovazione parziale" della procedura (attese le interferenze che una siffatta correzione determinerebbe sull'attribuzione complessiva dei punteggi), dall'altro, evidenzia la pervasività del vizio rilevato, i cui effetti non risultano isolabili nella fase in cui si è determinato a causa della complessiva contraddittorietà dell'operato della Commissione, oggettivamente contrastante con gli ordinari canoni di trasparenza, diligenza e imparzialità ed in considerazione della sua idoneità ad alterare il confronto concorrenziale fra i candidati e l'esito della conseguente graduatoria finale.

7. In conseguenza dell'accoglimento del primo motivo di ricorso nei termini sopra indicati, segue in ordine logico lo scrutinio del mezzo di gravame dedotto con il sesto motivo, in quanto avente anch'esso pari portata (inficiante cioè l'intera procedura di gara).

7.1. Al riguardo deve rilevarsi che, in chiusura del verbale della seduta pubblica del 10.1.2012, si afferma che «il presidente procede, di seguito, all'apertura delle buste contrassegnate con la dicitura "Offerta tecnica" presentate dai concorrenti ... e, unitamente ai membri della Commissione, ne verifica il contenuto».

7.2. La ricorrente lamenta che, ancorché si sia proceduto all'apertura dei plichi in seduta pubblica, la mancata puntuale verifica, nella medesima sede, della documentazione in essi contenuta avrebbe inverato il pericolo di potenziali manomissioni del contenuto delle offerte, con conseguenti riflessi sull'andamento complessivo della gara, anche in considerazione delle esclusioni disposte, non influenti ai fini della determinazione del calcolo della media in una gara regolata

dal criterio dell'aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex artt. 53 e 83 del d.lgs. n. 163 del 2006.

7.3. Anche tale censura risulta meritevole di accoglimento.

7.4. Non è infatti in discussione che la fase di valutazione del pregio tecnico dell'offerta debba svolgersi in seduta riservata, ma che, come ha avuto modo di chiarire l'Adunanza Plenaria, le operazioni preliminari da svolgere in seduta pubblica, anche con riguardo alle offerte tecniche, non possano esaurirsi nella semplice constatazione dell'esistenza dei plichi recanti le stesse e del fatto che non vi siano manomissioni o alterazioni.

7.5. Tale verifica assolve, invero, soprattutto con riguardo alle gare in cui il contratto venga affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (come quella in esame), alla funzione di garantire che il materiale contenuto nei plichi trovi correttamente ingresso nella procedura di gara, giacché la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato (cfr. Cons. Stato ad. plen, n. 13 del 2011 Cons. Stato, sez. V, 17 settembre 2010, n. 6939; 10 novembre 2010, n. 8006; 4 marzo 2008, n. 901; sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856; sez. V, 3 dicembre 2008, n. 5943; sez. IV, 11 ottobre 2007, n. 5354; sez. V, 18 marzo 2004, n. 1427).

7.6. Pertanto, la garanzia di trasparenza richiesta in questa fase si considera assicurata quando la commissione, aperta la busta dell'offerta tecnica del singolo

concorrente, abbia proceduto ad un esame della documentazione leggendo il solo titolo degli atti rinvenuti, e dandone atto nel verbale della seduta.

7.7. Tale esame dello “stato di consistenza” delle offerte tecniche, stando all’attività descritta nel verbale, è mancata, essendosi la Commissione limitata ad una generica constatazione dell'integrità delle buste e ad una altrettanto generica constatazione dell’esistenza di un contenuto di cui però non si dà alcuna specificazione, non essendo stata così conferita alcuna certezza, né fornita la possibilità di un controllo contestuale all’apertura delle buste, in ordine al tipo e al numero dei documenti recanti le offerte tecniche.

8. Alla stregua delle considerazioni che precedono il ricorso merita dunque accoglimento, dovendosi rilevare che le concrete modalità di svolgimento della gara non hanno assicurato il rispetto degli irrinunciabili principi di imparzialità e trasparenza dell’azione amministrativa, così alterando la par condicio fra i concorrenti, con conseguente annullamento di tutti gli atti impugnati, e rinnovazione totale della procedura medesima.

8.1. Restano assorbiti gli ulteriori motivi di ricorso.

9. In considerazione dell’esito del giudizio, sussistono nondimeno giusti motivi per compensare integralmente le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere

Silvia Coppari, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/01/2013

IL SEGRETARIO

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