

N. 01080/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00770/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 770 del 2014, proposto da:

La Vela Società Cooperativa Onlus in proprio e per ATI GARDA BRESCIANO, Solco Brescia - Consorzio Cooperative Sociali - Cooperativa Sociale, Area Società Cooperativa Onlus, Coop. Ser Società Cooperativa Onlus, Il Calabrone, Cooperativa Tempo Libero Società Cooperativa Onlus, Istituto dei Figli di Maria Immacolata - Opera Pavoniana, rappresentati e difesi dagli avv.ti Italo Ferrari, Francesco Fontana e Mariachiara Fornasari, con domicilio eletto presso il loro studio in Brescia, Via Diaz n. 28;

contro

La Fondazione Servizi Integrati Gardesani, rappresentata e difesa dall'avv.to Giampaolo Sina, con domicilio eletto presso il suo studio in Brescia, Via Diaz n. 9;

nei confronti di

La Sorgente Cooperativa Sociale in proprio e per ATI DILAGO, Tenda - Scs, La Nuvola Nel Sacco, rappresentate e difese dagli avv.ti Giuseppe e Giovanni Onofri, con domicilio eletto presso il loro studio in Brescia, Via Ferramola n. 14;

per l'annullamento

- DEL VERBALE DI AGGIUDICAZIONE PROVVISORIA DEL 20/5/2014, DI INDIVIDUAZIONE DEL RTI DI LAGO QUALE SOGGETTO CHE SVOLGERA' LA CO-PROGETTAZIONE DEI SERVIZI SOCIALI E SOCIO-SANITARI INTEGRATI;

- DELL'ART. 7 DEL BANDO IN PARTE QUA, NELLA PARTE IN CUI PREVEDE IL CONTENUTO DELLA BUSTA N. 3 E DELL'ART. 9;

- (in via subordinata) DEL BANDO IN PARTE QUA, NELLA PARTE IN CUI NON PREVEDE CRITERI DI VALUTAZIONE PER I BENI MESSI A DISPOSIZIONE.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di La Fondazione Servizi Integrati Gardesani e di La Sorgente Cooperativa Sociale e di Tenda - Scs e di La Nuvola Nel Sacco;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto da Sorgente Società Cooperativa Sociale Onlus, Tenda - Scs, La Nuvola Nel Sacco;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 ottobre 2014 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La presente sentenza viene redatta nell'ordinaria forma semplificata prescritta – in materia di appalti pubblici – dall'art. 120 comma 10 del Codice del processo amministrativo, in virtù del quale *“Tutti gli atti di parte e i provvedimenti del giudice devono essere sintetici e la sentenza è redatta, ordinariamente, nelle forme di cui all'articolo 74”*, che disciplina appunto la pronuncia in forma semplificata. In proposito deve darsi atto che il 25/6/2014 è entrato in vigore il D.L. 24/6/2014 n. 90 conv. in L. 11/8/2014 il quale – all'art. 40 comma 2 – ha sostituito l'art. 120 comma 6 del D. Lgs. 104/2010, ribadendo che ciascun giudizio *“... ferma la possibilità della sua definizione immediata nell'udienza cautelare ove ne ricorrano i presupposti, viene comunque definito con sentenza in forma semplificata ...”*.

Il giudice amministrativo è ormai vincolato a emettere una sentenza in forma semplificata ogni qual volta sia chiamato a decidere una lite in materia di gare d'appalto.

Alle esigenze di concentrazione e rapidità espositiva il Collegio intende fare fronte:

- a) attraverso un rapido riepilogo del c.d. “fatto” e l'esposizione sintetica delle censure sollevate;
- b) concentrando la motivazione della pronuncia sul profilo (o sui profili) *ex se* risolutivi della controversia, con la sintetica esternazione delle argomentazioni logico-giuridiche pertinenti;
- c) facendo (se possibile) ricorso alla tecnica del rinvio *per relationem* ai precedenti giurisprudenziali condivisi dal Collegio.

La ricorrente, in ATI con altre Cooperative operanti nel terzo settore, ha partecipato alla gara avente per oggetto la gestione in forma associata, coordinata e unitaria delle attività dei Comuni dell'ambito sociosanitario n. 11 del Garda, attinenti alla progettazione, realizzazione e gestione dei servizi sociali e sociosanitari integrati riguardanti le cd. fragilità (anziani, famiglie e minori, disabili

mentali, emarginati, problematiche collegate alla tossicodipendenza e all'immigrazione). La procedura era articolata in tre fasi, la prima delle quali consisteva nella selezione mediante evidenza pubblica del soggetto del terzo settore con cui sviluppare le successive attività di co-progettazione e co-gestione del servizio.

L'art. 7 del bando prescriveva la presentazione di tre pieghi, recanti all'esterno rispettivamente la dicitura "documentazione" (busta n. 1), "proposta progettuale" (busta n. 2) e "costi del servizio e delle prestazioni della co-progettazione" (busta n. 3). Quest'ultima busta doveva contenere tra l'altro (oltre all'offerta per l'esecuzione dei servizi), la "tabella del valore dei beni eventualmente messi a disposizione della co-progettazione con indicazione del valore di acquisto a nuovo e della vetustà, tenuto conto che gli stessi dovranno essere in perfetto stato di conservazione e manutenzione", il "piano del controllo della gestione", la "tabella "z score" del partecipante e "un'idonea documentazione giustificativa dei costi presentati".

A seguito dell'esame della proposta progettuale, veniva stilata la graduatoria provvisoria dei 4 concorrenti, nella quale l'ATI ricorrente otteneva 49,5 punti e l'ATI di Lago 53,5. Dopo l'apertura della busta dell'offerta economica l'ATI Garda Bresciano riportava 37,97 punti e la controinteressata 35,62. Nel verbale del 20/5/2014 (pagina 5) la Commissione precisava di aver provveduto a rideterminare i beni messi a disposizione della co-progettazione dall'ATI Garda Bresciano, in quanto ritenuti *"non utilizzabili per le dimensioni della sede dei servizi, ovvero già disponibili in sufficiente misura (trattore John Deer per un valore originario nuovo di euro 70.000; Trincia terra euro 4000; braccio trincia euro 11.000; lavasciuga uomo a bordo euro 3500; batti tappeto euro 800; Mercedes vito euro 12.000; Mercedes citan euro 11.000)"*. Lamenta la ricorrente l'arbitraria espunzione di alcuni dei beni offerti – con abbattimento del valore complessivo degli stessi e riduzione del punteggio – nonostante non fosse previsto in alcun punto del bando.

La commissione riesaminava le proprie determinazioni perché a favore dell'ATI di Lago erano state erroneamente computate le risorse umane specialistiche, e le erano stati erroneamente attribuiti 20 punti (anziché 15) previsti dal bando per il parametro "offerta per l'esecuzione dei servizi distintamente per servizi generali e per ciascun servizio".

Nella tabella conclusiva il punteggio economico era riformulato con 32,98 punti a favore della ricorrente e 29,55 per la controinteressata. Quest'ultima si classificava al primo posto con 83,05 punti, precedendo la ricorrente che riportava 82,48.

Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione, la ricorrente impugna gli atti in epigrafe, articolando le seguenti censure in diritto:

a) Violazione dell'art. 97 della Costituzione e dell'art. 5 della *lex specialis*, eccesso di potere per difetto di motivazione, illogicità e irragionevolezza manifesta, falsa rappresentazione dei presupposti, perplessità e genericità, contraddittorietà, inosservanza del principio di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa, per l'arbitraria eliminazione di alcuni beni messi a disposizione dall'ATI Garda Bresciano, senza alcuna previsione in tal senso del bando;

b) Violazione dell'art. 97 della Costituzione, eccesso di potere per violazione del principio di buon andamento e di imparzialità, inosservanza del principio di segretezza, in quanto la busta n. 3 conteneva, aperte e perfettamente visibili, l'offerta economica ed elementi della proposta che richiedevano una valutazione tecnica discrezionale (come il Piano di gestione, al quale erano attribuiti al massimo 5 punti).

Si sono costituite in giudizio l'amministrazione e la controinteressata, chiedendo la reiezione del gravame.

Con ordinanza n. 499, adottata nella Camera di consiglio del 17/7/2014, questa Sezione ha preso atto della rinuncia alla domanda cautelare e ha fissato direttamente la data dell'udienza pubblica di trattazione del merito, ai sensi dell'art. 40 comma 1 lett. a) del D.L. 24/6/2014 n. 90.

Con ricorso incidentale depositato il 17/9/2014 l'ATI vincitrice impugna i provvedimenti di gara, deducendo le seguenti doglianze:

I) Violazione e falsa applicazione degli artt. 6 u.c. e 8 lett. C n. 2 del bando, del termine per proporre l'offerta, dell'art. 27 del Codice dei contratti, poiché la lista delle risorse aggiuntive presentata dalle ricorrenti non contemplava i valori correnti dei beni, i quali sono stati indebitamente elaborati d'ufficio dalla stazione appaltante;

II) Violazione delle regole del bando, in quanto la lista delle risorse aggiuntive delle ricorrenti principali è generica – non essendo indicata esattamente alcuna di esse – e inoltre i beni contemplati non sono di proprietà del RTI Garda Bresciano né risulta sottoscritto un contratto per farne uso, ma semplicemente appartengono a soggetti gravitanti nella sua rete secondo un meccanismo del tutto incerto;

IN VIA SUBORDINATA, nel caso di accoglimento del primo motivo del ricorso principale:

III) Violazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione e della par condicio tra concorrenti, in quanto nello stesso contenitore erano inserite sia l'offerta relativa ai costi sia un'offerta che comportava un'attività valutativa;

IV) Eccesso di potere per irrazionalità e irragionevolezza del bando, ove interpretato nel senso di ammettere l'esibizione di qualsiasi risorsa aggiuntiva anche non pertinente, in quanto ciò avvantaggerebbe il singolo concorrente che ne approfittasse.

Alla pubblica udienza del 8/10/2014 il gravame introduttivo e il ricorso incidentale sono stati chiamati per la discussione. A fronte della richiesta di rinvio formulata dalla parte ricorrente – che ha affermato la necessità di rispettare i termini del Codice a salvaguardia del pieno contraddittorio – e motivata dalla necessità di depositare ulteriori documenti a difesa, il Presidente ha rappresentato alle parti che il Collegio è pronto ad assumere la decisione in data odierna, stante che la ricorrente ha già sviluppato le proprie difese contro il gravame incidentale e che la stazione appaltante e l'ATI controinteressata si sono opposte al rinvio. L'avv.to Onofri per l'ATI vincitrice ha dichiarato a verbale di rinunciare ai motivi n. III e n. IV del ricorso incidentale.

Di seguito i ricorsi, principale e incidentale, sono stati trattenuti in decisione.

DIRITTO

La ricorrente censura gli atti con i quali la Fondazione ha selezionato il partner per la attività di co-progettazione e co-gestione dei servizi sociali e socio-sanitari integrati.

Il Collegio opta per anteporre l'esame del ricorso incidentale per la sua natura paralizzante nei confronti del primo motivo del ricorso principale, anche se in ogni caso permarrebbe l'interesse residuale all'esame della doglianza con la quale l'ATI Garda Bresciano intende provocare la ripetizione dell'intera gara.

1. L'ATI controinteressato deduce la violazione e la falsa applicazione degli artt. 6 u.c. e 8 lett. C) n. 2), del termine per proporre l'offerta, dell'art. 27 del Codice dei contratti, poiché la lista delle risorse aggiuntive presentata dalle ricorrenti non contemplava i valori correnti dei beni, i quali sono stati indebitamente elaborati d'ufficio dalla stazione appaltante. Precisa che l'art. 6 u.c. prescriveva l'indicazione del valore di acquisto a nuovo, della vetustà e del valore corrente, e l'omissione di quest'ultimo impediva in modo assoluto l'attribuzione del punteggio con il criterio della proporzionalità diretta (era previsto un massimo di 5 punti); lamenta l'impossibilità di consentire al concorrente negligente di completare l'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, e che l'intervento "in supplenza" della stazione appaltante (che ha applicato il criterio dell'ammortamento fiscale) ha comportato una valutazione astratta rispetto alla reale condizione delle risorse. In definitiva la lista esposta doveva essere ignorata dalla Commissione.

La doglianza è priva di fondamento.

1.1 Se la controinteressata ha correttamente evocato l'art. 6 u.c. del bando, è altrettanto fedele l'esposizione della ricorrente rispetto all'art. 7 (pagina 18) nella parte in cui testualmente esige la *"tabella del valore dei beni eventualmente messi a disposizione della coprogettazione con indicazione del valore di acquisto a nuovo e della vetustà, tenuto conto che gli stessi dovranno essere in perfetto stato di conservazione e di manutenzione"*. Nello stesso senso si esprime l'art. 8 lett. C) punto 2). In buona sostanza, la specificazione del "valore corrente" era richiesta nella descrizione degli aspetti economici ma la clausola è stata riprodotta in modo parziale dalla stazione appaltante quando ha illustrato il contenuto della tabella contenente i beni messi a disposizione. Ciò significa che, sebbene l'esibizione del valore corrente fosse un adempimento del tutto logico e comprensibile, i concorrenti si sono imbattuti in disposizioni tra loro disallineate, recanti una tipizzazione non coincidente del contenuto delle dichiarazioni.

1.2 La giurisprudenza del Consiglio di Stato è costante nel valorizzare la buona fede e l'affidamento delle imprese nel rispetto delle prescrizioni imposte dalla legge di gara, al fine di negare che ciò possa risolversi in un danno per le stesse attraverso la loro espulsione [o implicitamente mediante una drastica penalizzazione] nel corso della procedura (cfr. Consiglio di Stato, sez. V – 24/10/2013 n. 5155, che richiama tra l'altro sez. III – 14/1/2013 n. 145; sez. V – 22/5/2012 n. 2973; sez. V – 10/1/2012 n. 31). Poiché si discute anche nella specie dell'omessa indicazione di elementi nell'ambito dell'offerta da presentare in sede di gara, dai citati precedenti in questione *"è ricavabile una regola di carattere generale, volta ad annettere preminenza alle esigenze di massima partecipazione alle gare, allorché vi siano contrasti tra prescrizioni per essa predisposte dall'amministrazione aggiudicatrice ... A tale regola il Collegio reputa di dovere dare continuità, giacché essa è espressiva del principio generale di buona fede nelle trattative ex art. 1337 cod. civ. e della relativa specificazione contenuta nel successivo art. 1338, relativa all'obbligo di comunicare all'altra parte le possibili cause di invalidità negoziale di cui si è a conoscenza. Pacifico poi che a tali canoni comportamentali l'amministrazione è soggetta anche allorché ricorra ai moduli dell'evidenza pubblica per la stipula di contratti, ed alla quale, pertanto, è imposto un obbligo di clare loqui, la cui violazione non può essere addossata alla parte privata"* (Consiglio di Stato, sez. V – 24/10/2013 n. 5155 già citata). E' stato, altresì, sottolineato che le omissioni dei concorrenti non si traducono in esclusione in ipotesi di clausole contraddittorie, equivoche o ambigue della *"lex specialis"* o della predisposizione di modelli contraddittori o fuorvianti, tali da incidere su un legittimo affidamento in capo ai partecipanti che avevano reso le dichiarazioni richieste dal bando a pena di esclusione (così Consiglio di Stato, sez. V – 17/6/2014 n. 3092). I precedenti appena citati assumono identica valenza nell'ipotesi – diversa dall'esclusione dalla selezione ma ugualmente pregiudizievole – della perdita totale del punteggio con riferimento ad un criterio di valutazione stabilito dalla legge di gara.

2. Parimenti infondata è la seconda censura, con la quale si obietta anzitutto la genericità nella descrizione delle risorse aggiuntive. In proposito, si può segnalare l'assenza di una prescrizione del bando che esigesse particolari puntualizzazioni, essendo sufficiente indicare il tipo di bene messo a disposizione e il suo valore (si vedano l'art. 6 u.c., l'art. 7 a pagina 18 e l'art. 8 lett. C) punto 2). Allo stesso modo, l'esibizione del titolo di proprietà o la specificazione dell'esistenza di un contratto che ne assentisse l'uso non erano adempimenti prescritti in sede di presentazione dell'offerta, mentre ben poteva essere valorizzata (in quella fase) la dichiarazione dell'appartenenza dei beni a soggetti uniti alle Cooperative ricorrenti da una "rete" di collegamento, capace – secondo un giudizio di verosimiglianza – di garantire la loro disponibilità in caso di bisogno.

Può essere a questo punto affrontato il ricorso principale, poiché le ulteriori censure del gravame incidentale sono state rinunciate.

3. Con il primo motivo viene dedotta la violazione dell'art. 97 della Costituzione e dell'art. 5 della *lex specialis*, l'eccesso di potere per difetto di motivazione, illogicità e irragionevolezza manifesta, la falsa rappresentazione dei presupposti, la perplessità e la genericità, la contraddittorietà, l'inosservanza del principio di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa poichè:

- l'art. 8 del bando sui criteri di valutazione prevedeva il riconoscimento di un massimo di 5 punti in proporzione al valore delle risorse aggiuntive (beni immobili, attrezzature, strumentazioni, software, automezzi) eventualmente messi a disposizione della co-progettazione; nella busta n. 3 era inserita la tabella richiesta, dalla quale si evince un valore a nuovo dei beni di RTI Garda Bresciano pari a € 218.515 (la RTI Di Lago ha offerto € 58.350);
- alla luce dello scarto minimo in graduatoria rispetto al RTI vincitore (0,57 punti) la valorizzazione delle voci disattese (che assommano a 102.400 €) avrebbe provocato l'inversione delle prime due posizioni in graduatoria;
- l'eliminazione di alcuni beni messi a disposizione risulta arbitraria, poiché detta facoltà non è prevista dal bando in alcun modo; la clausola di cui all'art. 7 stabilisce semplicemente di indicare i beni con il loro costo di acquisto e la loro vetustà, esigendo il perfetto stato di conservazione, e non riconosce alcuna discrezionalità sulla loro accettazione;
- la descrizione del bando è coerente con la scelta della stazione appaltante di individuare un soggetto idoneo e qualificato, rimettendo a una fase successiva l'elaborazione dei progetti, mentre il depennamento dei beni contrasta con le stesse finalità della selezione;
- il valore delle risorse offerte nella proposta dell'ATI Garda Bresciano (pari a € 218.515) è stato decurtato a € 116.515 (prezzo "a nuovo"), e di seguito è stata praticata una svalutazione che ha determinato un valore totale di 68.455 €, secondo un criterio (l'ammortamento fiscale ammesso per ciascuna categoria) non previsto dal bando e introdotto a posteriori; peraltro non vi è alcuna indicazione della modalità operativa utilizzata per attualizzare il valore dei beni e dunque non è possibile verificare come è avvenuta la comparazione in concreto tra le due offerte.

La doglianza non è passibile di positivo scrutinio.

3.1 Sarebbe oltremodo irragionevole premiare l'indicazione di un numero elevato di beni (ancorché privi di interesse per l'amministrazione aggiudicatrice) ed esibiti unicamente allo scopo di conseguire un punteggio superiore. Il rischio è adombrato dalla stessa parte ricorrente (cfr. pagina 10 del ricorso introduttivo) e non può essere neutralizzato dal valore esiguo riconosciuto alla voce

di riferimento (*max* 5 punti), anche semplicemente alla luce del divario in concreto risultante al termine del confronto comparativo (0,57 punti tra la prima e la seconda classificata).

3.2 Detta riflessione – ispirata ai principi di comune logica – è altresì avallata dalla previsione di cui all'art. 6 u.c. del bando, la quale statuisce che *“Sono infine soggette a valutazione le risorse aggiuntive, diverse da quelle derivanti dal “fund raising” ... eventualmente messe a disposizione della coprogettazione con indicazione del valore purchè i medesimi siano in perfetto stato di manutenzione e conservazione e ne sia dimostrata l'utilità nel quadro del progetto presentato”*.

3.3 Nel verbale del 20/5/2014 (pagina 5) si ritengono i beni depennati *“non confacenti alle azioni e agli scopi della coprogettazione, non utilizzabili per le dimensioni della sede dei servizi, ovvero già disponibili in sufficiente misura”*, e dunque la decisione della Commissione è accompagnata da una motivazione sufficiente ed esaustiva, non contestata rispetto ai contenuti specifici (ossia ai singoli beni espunti).

3.4 Quanto infine alla svalutazione immotivata del valore dei beni ammessi, la ricorrente non ha motivo di dolersi del parametro utilizzato dalla stazione appaltante, in quanto la sua offerta non era assistita dall'indicazione dei valori correnti, esplicitamente richiesta a pagina 13 del bando. Se l'omissione non integrava un giusto motivo di penalizzazione (per le ragioni illustrate al paragrafo 1 nell'esame del ricorso incidentale) essa accordava implicitamente alla stazione appaltante la facoltà di provvedervi per rendere i valori omogenei e confrontabili. Quanto alla contestazione in concreto del metodo di calcolo, la stazione appaltante ha dato conto del criterio adottato (l'ammortamento fiscale) e parte ricorrente non ha dimostrato la sua inattendibilità specifica con l'elaborazione di un prospetto economico alternativo o la rettifica dei valori determinati nel verbale. La deduzione si rivela dunque non meritevole di positivo apprezzamento.

4. Con la seconda censura del ricorso principale RTI Garda Bresciano deduce la violazione dell'art. 97 della Costituzione, l'eccesso di potere per violazione del principio di buon andamento e di imparzialità, l'inosservanza del principio di segretezza, in quanto la busta n. 3 conteneva, aperte e perfettamente visibili, l'offerta economica ed elementi della proposta che richiedevano una valutazione tecnica discrezionale (in particolare, il Piano di gestione): gli elementi soggetti a valutazione discrezionale non possono essere esaminati dopo aver già conosciuto le offerte economiche e i ribassi offerti dai concorrenti.

4.1 Anzitutto deve essere rigettata l'eccezione di carenza di interesse all'esame della censura, sollevata dalla difesa della Fondazione.

Infatti, se è vero che l'istituto della co-progettazione racchiude al suo interno peculiarità che non la rendono perfettamente assimilabile a un appalto di servizi o a una concessione tipica, in ogni caso le procedure selettive indette soggiacciono ai principi di *“economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità”* (art. 27 del D. Lgs. 163/2006 sul regime dei cd. “contratti esclusi”). Il procedimento avviato era teso a individuare un soggetto idoneo per le fasi successive, e ciò è comunque avvenuto mediante un confronto comparativo tra più imprese, con una selezione tendente a privilegiare la migliore offerente, unica a sviluppare i successivi rapporti contrattuali con la Fondazione. Si tratta, dunque, di una selezione vera e propria, soggetta ai comuni principi dell'evidenza pubblica. La presenza di esigenze sociali e i vincoli del costo del personale stabiliti dalle prescrizioni dei contratti collettivi, infine, non escludono certo che anche la componente economica possa oscillare (seppur in modo parziale o anche minimale) in base alle scelte imprenditoriali correlate all'organizzazione delle risorse a disposizione delle Cooperative coinvolte.

4.2 Nel merito, la prospettazione merita condivisione.

In argomento occorre premettere che, per univoco orientamento giurisprudenziale (cfr. T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII – 18/6/2014 n. 3413 e la giurisprudenza ivi richiamata) oltre che ai sensi dell'art. 120 comma 2 del D.P.R. 207/2010, nelle procedure di aggiudicazione col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le regole di segretezza dell'offerta economica e di separazione del relativo esame rispetto a quello dell'offerta tecnica impongono tassativamente che, prima della conclusione di quest'ultimo, sia interdetta alla Commissione giudicatrice l'anticipata conoscenza degli elementi dell'offerta economica, affinché, in omaggio ai canoni di imparzialità e trasparenza, la preventiva valutazione dell'offerta tecnica non ne resti (effettivamente o anche solo potenzialmente) influenzata, così da inficiare l'obiettività nell'assegnazione dei punteggi e la regolarità della selezione.

Si deve, infatti, rammentare che, nelle gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la *ratio* del divieto di conoscenza anticipata delle offerte economiche risiede nella necessità di evitare che la Commissione possa "premiare" già in sede di offerta tecnica il concorrente che ha formulato una più conveniente offerta economica o comunque di "aggiustare" i punteggi in modo che il vincitore sia già individuato nella fase di valutazione dei progetti tecnici (T.A.R. Marche – 23/5/2013 n. 380). Per questo, tutto ciò che è diverso dall'offerta economica deve esser esaminato in una fase anteriore (e distinta) rispetto a quella concernente l'apertura della relativa busta (Consiglio di Stato, sez. IV – 27/1/2011 n. 606).

4.3 In concreto, dunque, la conoscenza preventiva dell'offerta economica consente di modulare il giudizio sull'offerta tecnica in modo non conforme alla parità di trattamento dei concorrenti, e tale possibilità, ancorché remota ed eventuale, inficia la regolarità della procedura: ai fini dell'annullamento della gara, non è necessario che effettivamente la Commissione abbia tenuto conto della conoscenza anticipata dell'offerta economica – circostanza, questa, come il suo contrario, praticamente non dimostrabile – ma è sufficiente che le concrete modalità di svolgimento della gara non abbiano assicurato la garanzia di piena imparzialità dei giudizi e quindi il rischio di inquinamento dei medesimi (T.A.R. Veneto, sez. I – 28/5/2014 n. 722, che richiama Consiglio di Stato, sez. V – 25/5/2009 n. 3217).

4.4 Nella specie esaminata, nella busta n. 3 doveva essere inserito il Piano di controllo della gestione, elemento indiscutibilmente suscettibile di valutazione con un massimo di 5 punti, attribuibili discrezionalmente. Se il sistema che i concorrenti erano chiamati a elaborare incide sui dati economici e sulla gestione del *budget* disponibile, lo stesso era sottoposto a un apprezzamento opinabile, la cui formulazione doveva avvenire in anticipo rispetto all'apertura dell'offerta economica vera e propria. Ad analoghe conclusioni si deve pervenire con riguardo alla determinazione dei beni aggiuntivi offerti: se è già stata riconosciuta legittima dal Collegio la facoltà di accettare o respingere le singole risorse esibite, si tratta in ogni caso di opzione discrezionale, da compiere prima di conoscere i contenuti dell'offerta economica vera e proprie per le ragioni dianzi riferite.

5. Dall'accoglimento della censura deriva, per la Fondazione, l'obbligo di rinnovare l'intera procedura di gara. Il vizio ha investito la fase valutativa complessivamente considerata, il cui svolgimento è stato alterato dalla possibilità di conoscere il contenuto dell'offerta economica contemporaneamente a elementi tecnici discrezionalmente valutabili e premiati con un punteggio. Trattandosi di valutazione tecnica discrezionale non ripetibile né da parte del giudice né da parte dell'amministrazione, non è ipotizzabile – ad offerte economiche già note – la rinnovazione parziale della procedura dopo aver eliminato l'atto illegittimo: l'accoglimento del motivo comporta dunque il travolgimento dell'intera gara.

Le spese di lite possono tuttavia essere compensate, per la parziale soccombenza reciproca.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando:

QUANTO AL RICORSO INCIDENTALE =

- dà atto della rinuncia alla proposizione della terza e della quarta censura;
- respinge la prima e la seconda doglianza.

QUANTO AL GRAVAME PRINCIPALE =

- accoglie il secondo motivo e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati di indizione della procedura selettiva e tutti gli atti conseguenti.

Spese compensate.

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

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 8 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

Mara Bertagnolli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/10/2014

IL SEGRETARIO

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