Preliminarmente, il Collegio deve farsi carico di disaminare l’eccezione di difetto di giurisdizione, proposta dalle resistenti.
Affermano queste ultime che sarebbe solo la procedura di appalto a soggiacere, ex articolo 6 della legge n. 205 del 2000, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, non invece qualsivoglia procedura di compravendita di immobili, quale sarebbe quella di specie.
L'assunto è privo di pregio, posto che la non riconducibilità di una procedura a evidenza pubblica agli schemi tipologici del codice dei contratti non incide sull’assoggettamento a principi di evidenza pubblica valevoli per tutte l'attività contrattuali della pubblica amministrazione pur se non soggette a disciplina nazionale o di derivazione europea (Consiglio di Stato, sezione sesta,10 gennaio 2007, 30).

il ricorso ai principi del trattato in punto di rispetto della salvaguardia dell'evidenza pubblica vale anche quando "l'utilitas di cui si discute non concerna in modo diretto il settore degli appalti, bensì altri settori di intervento di analogo e indiscutibile rilievo economico per gli operatori" (Consiglio di Stato, sezione sesta, 19 maggio 2008, 2280). Orbene nel caso in esame è pacifico che gli atti con cui un'ente pubblico decide la vendita di un immobile e la selezione del proprio contraente privato costituiscono determinazioni autoritative che si situano a monte della stipulazione del contratto di vendita di diritto privato, sicché è corretto radicare la giurisdizione nei confronti dei medesimi avanti il giudice amministrativo

Le ricorrenti in via preliminare richiamano il principio in funzione del quale ogni qualvolta la pubblica amministrazione indica una procedura concorsuale, sia tenuta a seguire le regole dell'evidenza pubblica, in modo, cioè, da garantire alle imprese partecipanti di concorrere in condizioni di parità e a essa di scegliere l'offerta migliore attraverso una procedura di valutazione oggettivamente verificabile, con la conseguenza che ancorché una procedura concorsuale non sia disciplinata dalle norme dettate dal decreto legislativo 163 del 2006, a essa debbano comunque applicarsi principi ivi dettati, con specifico riferimento alla trasposizione, in sede nazionale, dei principi generali, di derivazione comunitaria, applicabili alle procedure di gara.

Da tale premessa deriva la prima censura di violazione dell'articolo 97 Cost., del principio del buon andamento della pubblica amministrazione, eccesso di potere per illogicità, irrazionalità e contraddittorietà manifesta, violazione del principio dell'evidenza pubblica e della par condicio fra i concorrenti, violazione e falsa applicazione degli articoli 43, 49 e81 del Trattato CE, violazione e falsa applicazione della clausola n.3 dell'invito a offrire, violazione dell'articolo 53 della direttiva n.18/2004 e dell'articolo 83 del decreto legislativo n.163/ 2006, perché nonostante l'espressa previsione in base alla quale la commissione avrebbe formato la graduatoria finale delle offerte ritenute idonee ad accedere alla successiva fase di negoziazione, valutando la convenienza delle stesse sotto il profilo tecnico ed economico, né il riferito invito, né, successivamente, la stessa commissione, hanno provveduto a introdurre alcun peso ponderale per la valutazione dell'offerta economica, la cui presentazione era tuttavia espressamente richiesta dall'invito.
Dunque l'elemento economico è stato completamente privato di valore per effetto della condotta tenuta dall'ente, giacché la valutazione di esso non ha minimamente contribuito, contrariamente a quanto espressamente previsto nella lex specialis, a formare la graduatoria finale della prima fase concorsuale; e nel caso di specie l'attribuzione di un preciso peso ponderale all'elemento prezzo avrebbe rivestito particolare interesse per la collocazione finale dell'offerta delle odierne ricorrenti, atteso che, mentre esse avevano proposto un aumento pari al 5% del prezzo indicato, la controinteressata aveva offerto un aumento minimo, pari allo 0,00847, con la conseguenza che, se l'elemento prezzo avesse avuto un peso ponderale, le ricorrenti avrebbero ottenuto un punteggio di molto superiore a quello attribuito all'aggiudicataria in sede di valutazione dell'offerta economica. E se è vero che l'elemento prezzo non è indispensabile per la valutazione delle offerte nei sistemi sostanzialmente riconducibili a quello in esame da giudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è anche vero che ogni qualvolta questo è inserito dall'ente appaltante tra i criteri di valutazione dell'offerta, a esso, al pari degli altri criteri, deve essere assegnato un preciso e definito peso ponderale, non potendosi peraltro sostenere che l'attribuzione di un peso ponderale non risultava necessaria, posto che detto elemento avrebbe potuto essere suscettibile di ulteriore negoziazione nell'ambito della seconda fase di gara, visto che la prima fase di gara aveva la mera funzione di individuare le offerte ritenute idonee, dato che la commissione avrebbe redatto una graduatoria, che di certo collocava in posizione privilegiata il primo graduato in sede di negoziazione.

Con il secondo motivo viene dedotta la violazione di legge e la violazione e falsa applicazione del principio della par condicio e della trasparenza, violazione e falsa applicazione degli articoli 43, 49 e 81 del Trattato CE, violazione e falsa applicazione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'articolo 97 Cost. e dell'articolo 84 del decreto legislativo n.163 del 2006, dato che nel verbale di gara del 28 gennaio 2008 è indicato che in tale data si è riunita la commissione nominata con determinazione del presidente n.3 del 14 gennaio 2008, laddove tuttavia l'invito a offrire stabiliva che i plichi sarebbero dovuti pervenire entro e non oltre le ore 12 del 28 gennaio 2008, risultando dunque che la commissione era stata nominata ben prima della scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, violandosi con ciò l'articolo 84, comma 10 del decreto legislativo n. 163 del 2006, laddove stabilisce che la nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, e tale norma costituisce espressione di principio generale, applicabile dunque anche al caso di specie.
2.3 La terza doglianza riguarda violazione di legge e di falsa applicazione del principio del collegio perfetto, del principio del buon andamento, della par condicio e della trasparenza, violazione e falsa applicazione degli articoli 43,49,81, del Trattato CE, violazione dell'art.7 dell'invito a offrire, in quanto la commissione di gara si sarebbe riunita nel corso della seduta del 26 marzo 2008 in composizione ridotta rispetto al plenum stabilito dalla lettera d'invito, con la conseguente illegittimità degli atti della procedura sotto due distinti profili, sia in quanto la commissione non si è limitata a svolgere attività preparatoria ma ha reso valutazione discrezionali sulle offerte pervenute, sia perché della commissione avrebbe fatto parte un soggetto erroneamente indicato come componente, risultando il geometra Roberto Doro indicato nel verbale di costituzione come componente della segreteria, e come noto il

segretario verbalizzante non è un componente della commissione giudicatrice, in quanto privo del diritto di giudizio e di voto.

Cosa ne pensa l'adito giudice amministrativo?

Venendo alla trattazione del merito di causa, il ricorso è infondato, ed è pertanto possibile prescindere dalle residue eccezioni in rito proposte dalle resistenti.
Come risulta evidente dalla sequenza procedimentale avviata da APV, la valutazione dell'offerta sarebbe avvenuta in due fasi, tra loro distinte, una volta ad acclarare una sorta di ammissibilità della stessa, la seconda, invece, deputata alla scelta, anche mediante chiarimenti e integrazioni dell'offerta, sia sotto il profilo tecnico che economico.
Orbene, la censura svolta con il primo ricorso riguarda la mancata attribuzione di un peso ponderale all'elemento prezzo, ritenuta circostanza rilevante perché le ricorrenti avrebbero offerto il rialzo maggiore.
La censura, che avrebbe pregio ove la procedura si fosse conclusa in quella sede, è invece priva di fondamento laddove la si qualifichi come mera fase di preselezione, da un lato, e dall'altro si accerti che la controinteressata ha poi offerto un aumento che ha portato l'offerta finale a essere maggiore di quella dei ricorrenti; consapevole di tale circostanza, la difesa opportunamente afferma la non predicabilità di applicazione dell'istituto della c.d. "prova di resistenza" alla specie, il che è vero, ma non ove l'offerta economica si configuri come mera proposta suscettibile di piana modifica, si badi, non una volta aggiudicata la vendita, ma ancora in sede di gara, e lo possa essere da parte di tutti i soggetti partecipanti.
Anche la seconda doglianza non è fondata, perché la riferita indipendenza fra la prima e la seconda fase della procedura valutativa individuata dalla stazione appaltante ammette che ciascuna sequenza procedimentale sia valutata da una diversa commissione, e dunque, dato il carattere meramente preselettivo del primo accertamento, l'eventuale illegittimità della nomina della commissione che ha valutato la prima fase non si riverberebbe sulla seconda, o per meglio dire, i ricorrenti non potrebbero vantare alcun interesse al travolgimento della prima fase in quanto anche l'offerta degli stessi è stata ritenuta ammissibile, e l'interesse che invece è vantato alla demolizione dell'intera procedura diventa sussistente solo una volta che si sia proceduto all'aggiudicazione provvisoria, la quale tuttavia pertiene esclusivamente alla seconda fase della procedura.
Conseguentemente anche il terzo profilo è non accoglibile, poiché con determinazione del Presidente n.5 del 14 marzo 2008 è stata nominata una nuova commissione avente il fine dell'apertura delle buste contenenti le offerte migliorative richieste e la predisposizione di una relazione da presentare al consiglio di amministrazione, ed è del tutto irrilevante che di questa commissione facesse parte anche un soggetto che prima era segretario, mentre il presidente è rimasto il medesimo e anche il terzo componente era già presente fra i cinque membri della prima commissione; dunque tale ultimo consesso ha correttamente assunto le proprie decisioni nel plenum composto da tre membri, e non vi è alcuna illegittimità se la prima commissione era composta da cinque membri e ha deciso in tale composizione e la seconda commissione è composta da tre membri.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 2213 del 23 luglio 2009, emessa dal Tar Veneto, Venezia

N. 02213/2009 REG.SEN.
N. 01113/2008 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 il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1113 del 2008, proposto da: ALFA Infrastrutture Spa e Impresa E. ALFA DUE Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Fulvio Lorigiola, con domicilio eletto presso Andrea Giuman in Venezia, Santa Croce N. 466/G;

contro

Autorita' Portuale di Venezia - (Ve); Apv Investimenti Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Giorgio Orsoni, Mariagrazia Romeo, con domicilio eletto presso Giorgio Orsoni in Venezia, Santa Croce, 205;

nei confronti di

GAMMA Sgr Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv.Alfredo Bianchini, e presso lo stesso elettivamente domiciliato in Venezia, P.le Roma 464;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

della nota in data 31 marzo 2008, con la quale APV investimenti spa ha comunicato alle ricorrenti la volontà di non proseguire nell'iter procedimentale per la vendita del bene nei loro confronti;

dei verbali di gara in data 28 gennaio 2008, 11 febbraio 2008, 26 marzo 2008, e dei rispettivi allegati;
in parte qua, dell'invito a presentare offerte in data 27 dicembre 2007, laddove prevede la non attribuzione di nessun peso ponderale all'elemento economico dell'offerta;
delle determinazioni presidenziali 3 del 14 gennaio 2008 e cinque del 14 marzo 2000, di nomina della commissione di gara;
di ogni altro atto antecedente successivo e comunque connesso ancorché non conosciuto; e per la conseguente declaratoria di annullamento o nullità o inefficacia del contratto sottoscritto tra la stazione appaltante e l'aggiudicataria; e per la condanna delle resistenti al risarcimento del danno, in forma specifica o per equivalente;
nonché con atto di motivi aggiunti per l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva.

Visto il ricorso con i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Apv Investimenti Spa e della contro interessata;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26/02/2009 il dott. Riccardo Savoia 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 invito in data 27 dicembre 2007, APV Investimenti spa - d'ora in avanti APV- sollecitava la presentazione di offerte per l'acquisto di un'area sita in Venezia - Marghera , Via delle Macchine, destinata alla realizzazione di un complesso

immobiliare costituito da un edificio multipiano funzionale a uso direzionale, commerciale e servizi e da una piazza integrata con una piscina coperta.

Tale avviso precisava che la procedura concorsuale era divisa in due fasi: la prima riguardava la valutazione tecnico economica delle offerte pervenute, all'esito della quale, sulla base della valutazione degli elementi ivi indicati e dell'assegnazione dei relativi punteggi, sarebbe stata redatta una graduatoria delle offerte ritenute idonee all'ammissione alla seconda fase.

La seconda fase era costituita da una procedura negoziata, che prevedeva l'esame dell'offerta- o delle offerte- ritenuta idonea, con il successivo avvio della negoziazione per la sottoscrizione del contratto.

L'invito testualmente stabiliva che all'esito della fase di valutazione delle offerte APV:

avrebbe individuato le migliori proposte sotto il profilo tecnico economico;

avrebbe avviato con il miglior offerente una procedura negoziata allo scopo di perfezionare in sede contrattuale il perseguimento degli obiettivi tecnici ed economici dell'invito.

La clausola 6 dell'invito stabiliva le modalità da osservarsi, anche a pena di esclusione, per la presentazione delle offerte: i concorrenti avrebbero dovuto allegare un plico recante all'interno tre buste, contenenti rispettivamente la documentazione amministrativa, l'offerta tecnica e quella economica. La medesima clausola elencava analiticamente il contenuto della busta 2, indicando, in corrispondenza di ogni singolo documento, il peso ponderale massimo che la commissione avrebbe potuto attribuire a ciascun elemento in sede di valutazione dell'offerta tecnica. La clausola in parola prevedeva altresì che all'interno della busta 3 i concorrenti avrebbero dovuto inserire il prezzo offerto, in aumento rispetto al prezzo base stabilito in € 11.800.000,00.

Tuttavia in tale sede, contrariamente a quanto specificato con riferimento agli elementi dell'offerta tecnica, non era attribuito alcun peso ponderale all'elemento prezzo.

La successiva clausola 7, rubricata come valutazione dell'offerta, ribadiva che: "la valutazione delle offerte avverrà in due fasi: la prima a carattere tecnico economico, prevedendo la valutazione le proposte tecniche- contenuto della busta 2 - e di quelle economiche- contenuto della busta 3- a opera di un'apposita commissione, composta da cinque membri, integrata da componenti esterni, con l'assistenza di una segreteria. La commissione procederà alla redazione di una graduatoria delle offerte ritenute idonee, valutando nell'ordine la convenienza delle stesse sotto il profilo tecnico ed economico... La seconda fase è costituita dalla procedura negoziata che prevede l'esame della o delle proposta o proposte ritenuta o ritenute idonea o idonee da parte del consiglio d'amministrazione di APV Investimenti spa e il successivo avvio della negoziazione da parte di un delegato del consiglio di amministrazione per la sottoscrizione del contratto"; anche nell'ambito di tale clausola, ancorché venisse ribadito che la graduatoria delle offerte ritenute idonee sarebbe stata formata dalla commissione sulla base di una valutazione della convenienza sotto profilo tecnico ed economico, non veniva attribuito alcun peso ponderale all'elemento prezzo.

Entro il termine indicato del 28 gennaio 2008 pervenivano due offerte, una presentata dalle ricorrenti, l'altra presentata dalla controinteressata.

La commissione di gara, nominata con determinazione del presidente n. 3 del 14 gennaio 2008, riunitasi nella seduta del 28 gennaio 2008 nel plenum dei propri componenti (cinque membri), dato atto della regolarità del contenuto di entrambi i plichi pervenuti, procedeva all'apertura delle buste, e all'esito della valutazione complessiva delle offerte venivano assegnati 96 punti alla controinteressata e 68 alle ricorrenti; in verità i riferiti punteggi si riferivano esclusivamente alla

quotazione dell'offerta tecnica, giacché, con riferimento all'elemento prezzo, la commissione, al momento dell'apertura della valutazione della busta 3, si limitava a prendere atto degli aumenti offerti dalle candidate: il 5% del prezzo base da parte delle odierne ricorrenti, lo 0,00847% da parte della controinteressata, non attribuendo in esso alcun punteggio.

Così conclusasi la prima fase di gara, entrambi i soggetti venivano invitati a presentare un'offerta migliorativa, prodromica alla successiva fase di procedura negoziata.

A seguito della presentazione di offerta migliorativa da parte di entrambi concorrenti, la commissione di gara si riuniva, in composizione ridotta (3 componenti) nella seduta del 26 marzo 2008, nell'ambito della quale stabiliva la idoneità di entrambe le offerte. La commissione poi, riepilogati gli elementi integrativi dell'offerta allegata dai concorrenti, prevedeva una serie di valutazioni che per quanto riguarda le ricorrenti riguardavano molteplici elementi della documentazione da inserire originariamente nella busta 2. La commissione affermava infatti, quanto all'adeguamento dell'impegno economico offerto dalle ricorrenti "che siffatta enunciazione non trova conferma nell'allegato A06.1, ove non vi è traccia dei maggiori investimenti per l'impermeabilizzazione, ma vengono indicate generiche spese tecniche per euro 4.878.496,50, nonché spese di caratterizzazione bonifica del sito per € 4.570.869,00, sicché l'impegno economico è di fatto pari a euro 44.214.096,02."; inoltre, viene offerta la riduzione, da 48 a 30 mesi, dei tempi di realizzazione dell'intervento, la commissione stabiliva che ciò era avvenuto senza giustificare quali fossero i motivi di una tale contrazione.

Tali valutazioni erano trasfuse dalla commissione in una relazione allegata al verbale che veniva trasmessa al consiglio d'amministrazione di APV per le successive fasi procedimentali.

Successivamente le odierne ricorrenti venivano a conoscenza del fatto che APV si sia determinata a privilegiare l'offerta presentata dalla controinteressata, e per l'effetto si apprendeva essere stato sottoscritto il relativo contratto.

Le ricorrenti presentavano istanza di accesso agli atti, a seguito della quale la stazione appaltante concedeva di estrarre copia esclusivamente del verbale della seduta del 28 gennaio 2008, della seduta 11 febbraio 2008, della seduta 26 marzo 1008 e relativa relazione allegata, non fornendo alcuna ulteriore informazione in ordine all'esito finale della procedura.

2. Le ricorrenti in via preliminare richiamano il principio in funzione del quale ogni qualvolta la pubblica amministrazione indica una procedura concorsuale, sia tenuta a seguire le regole dell'evidenza pubblica, in modo, cioè, da garantire alle imprese partecipanti di concorrere in condizioni di parità e a essa di scegliere l'offerta migliore attraverso una procedura di valutazione oggettivamente verificabile, con la conseguenza che ancorché una procedura concorsuale non sia disciplinata dalle norme dettate dal decreto legislativo 163 del 2006, a essa debbano comunque applicarsi principi ivi dettati, con specifico riferimento alla trasposizione, in sede nazionale, dei principi generali, di derivazione comunitaria, applicabili alle procedure di gara.

2.1 Da tale premessa deriva la prima censura di violazione dell'articolo 97 Cost., del principio del buon andamento della pubblica amministrazione, eccesso di potere per illogicità, irrazionalità e contraddittorietà manifesta, violazione del principio dell'evidenza pubblica e della par condicio fra i concorrenti, violazione e falsa applicazione degli articoli 43, 49 e81 del Trattato CE, violazione e falsa applicazione della clausola n.3 dell'invito a offrire, violazione dell'articolo 53 della direttiva n.18/2004 e dell'articolo 83 del decreto legislativo n.163/ 2006, perché nonostante l'espressa previsione in base alla quale la commissione avrebbe formato la graduatoria finale delle offerte ritenute idonee ad accedere alla successiva fase di

negoziazione, valutando la convenienza delle stesse sotto il profilo tecnico ed economico, né il riferito invito, né, successivamente, la stessa commissione, hanno provveduto a introdurre alcun peso ponderale per la valutazione dell'offerta economica, la cui presentazione era tuttavia espressamente richiesta dall'invito.

Dunque l'elemento economico è stato completamente privato di valore per effetto della condotta tenuta dall'ente, giacché la valutazione di esso non ha minimamente contribuito, contrariamente a quanto espressamente previsto nella lex specialis, a formare la graduatoria finale della prima fase concorsuale; e nel caso di specie l'attribuzione di un preciso peso ponderale all'elemento prezzo avrebbe rivestito particolare interesse per la collocazione finale dell'offerta delle odierne ricorrenti, atteso che, mentre esse avevano proposto un aumento pari al 5% del prezzo indicato, la controinteressata aveva offerto un aumento minimo, pari allo 0,00847, con la conseguenza che, se l'elemento prezzo avesse avuto un peso ponderale, le ricorrenti avrebbero ottenuto un punteggio di molto superiore a quello attribuito all'aggiudicataria in sede di valutazione dell'offerta economica. E se è vero che l'elemento prezzo non è indispensabile per la valutazione delle offerte nei sistemi sostanzialmente riconducibili a quello in esame da giudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è anche vero che ogni qualvolta questo è inserito dall'ente appaltante tra i criteri di valutazione dell'offerta, a esso, al pari degli altri criteri, deve essere assegnato un preciso e definito peso ponderale, non potendosi peraltro sostenere che l'attribuzione di un peso ponderale non risultava necessaria, posto che detto elemento avrebbe potuto essere suscettibile di ulteriore negoziazione nell'ambito della seconda fase di gara, visto che la prima fase di gara aveva la mera funzione di individuare le offerte ritenute idonee, dato che la commissione avrebbe redatto una graduatoria, che di certo collocava in posizione privilegiata il primo graduato in sede di negoziazione.

2.2. Con il secondo motivo viene dedotta la violazione di legge e la violazione e falsa applicazione del principio della par condicio e della trasparenza, violazione e falsa applicazione degli articoli 43, 49 e 81 del Trattato CE, violazione e falsa applicazione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'articolo 97 Cost. e dell'articolo 84 del decreto legislativo n.163 del 2006, dato che nel verbale di gara del 28 gennaio 2008 è indicato che in tale data si è riunita la commissione nominata con determinazione del presidente n.3 del 14 gennaio 2008, laddove tuttavia l'invito a offrire stabiliva che i plichi sarebbero dovuti pervenire entro e non oltre le ore 12 del 28 gennaio 2008, risultando dunque che la commissione era stata nominata ben prima della scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, violandosi con ciò l'articolo 84, comma 10 del decreto legislativo n. 163 del 2006, laddove stabilisce che la nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, e tale norma costituisce espressione di principio generale, applicabile dunque anche al caso di specie.

2.3 La terza doglianza riguarda violazione di legge e di falsa applicazione del principio del collegio perfetto, del principio del buon andamento, della par condicio e della trasparenza, violazione e falsa applicazione degli articoli 43,49,81, del Trattato CE, violazione dell'art.7 dell'invito a offrire, in quanto la commissione di gara si sarebbe riunita nel corso della seduta del 26 marzo 2008 in composizione ridotta rispetto al plenum stabilito dalla lettera d'invito, con la conseguente illegittimità degli atti della procedura sotto due distinti profili, sia in quanto la commissione non si è limitata a svolgere attività preparatoria ma ha reso valutazione discrezionali sulle offerte pervenute, sia perché della commissione avrebbe fatto parte un soggetto erroneamente indicato come componente, risultando il geometra Roberto Doro indicato nel verbale di costituzione come componente della segreteria, e come noto il segretario verbalizzante non è un

componente della commissione giudicatrice, in quanto privo del diritto di giudizio e di voto.

2.4 Inoltre l'operato dalla commissione appare altresì viziato di legittimità per illogicità, contraddittorietà e incompetenza, dato che nel corso della seduta del 26 marzo 2008 la commissione ha ritenuto non confermato l'adeguamento dell'impegno economico offerto dalle ricorrenti, atteso che in un certo allegato non vi era traccia di maggiori investimenti per la impermeabilizzazione, con una valutazione che esulava dall'attività di verifica della idoneità delle offerte, attenendo piuttosto alla fase di negoziazione delle stesse, con il che la commissione avrebbe operato al di fuori della propria attività di istituto, inficiando la intera procedura.

2.5 Con l'ultimo motivo viene dedotta la violazione dell'art.6 dell'invito a offrire laddove prevedeva che l'offerta doveva essere presentata con l'osservanza, a pena di esclusione, di alcune modalità, tra cui la presentazione di tre buste da inserire all'interno del plico contenente l'offerta; per quanto attiene alla busta 2 questa avrebbe dovuto contenere la seguente documentazione: curriculum del progettista designato per la elaborazione del progetto definitivo dell'esecutivo, descrizione architettonica esterna dell'edificio multipiano, descrizione degli spazi esterni, della piazza, della piscina coperta, descrizione delle soluzioni tecnologiche per la fruizione degli spazi, specificazione dell'impegno economico, articolato nelle sue diverse componenti, che si intende sostenere per la realizzazione dell'intervento.

Risulta invece che la controinteressata ha inserito all'interno del proprio plico, 2 ulteriori buste contrassegnate dalle scritte "allegati 6, 7 e 8 busta 2" e "allegato 9 busta 2", con il che, contrariamente a quanto previsto dalla legge di concorso, la contro interessata stessa non avrebbe inserito tutta la documentazione afferente l'offerta tecnica all'interno della busta 2, a ciò deputata, ma avrebbe formato due ulteriori autonomi plichi recanti al proprio interno parte della ridetta offerta, ciò costituendo una violazione delle norme di gara, che prevedevano, a pena di

esclusione, che la documentazione richiesta sarebbe stata presentata nella stretta osservanza delle modalità ivi indicate.

3. Oltre alla richiesta di annullamento degli atti impugnati viene avanzata anche istanza risarcitoria, con riserva di quantificazione nel prosieguo del giudizio.

4. Con atto contenente motivi aggiunti, veniva impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva, nei confronti del quale venivano dedotti i medesimi motivi contenuti nel ricorso principale.

5. Si sono costituite le resistenti, eccependo il difetto di giurisdizione, la tardività del ricorso e dei motivi aggiunti, l'inapplicabilità dei richiamati principi alla procedura de qua, l'infondatezza nel merito.

E' stato anche spiegato ricorso incidentale, poi rinunciato prima della udienza meritale, nella quale, dopo discussione, si è proceduto all'introito della causa per la decisione.

7. Preliminarmente, il Collegio deve farsi carico di disaminare l'eccezione di difetto di giurisdizione, proposta dalle resistenti.

Affermano queste ultime che sarebbe solo la procedura di appalto a soggiacere, ex articolo 6 della legge n. 205 del 2000, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, non invece qualsivoglia procedura di compravendita di immobili, quale sarebbe quella di specie.

L'assunto è privo di pregio, posto che la non riconducibilità di una procedura a evidenza pubblica agli schemi tipologici del codice dei contratti non incide sull'assoggettamento a principi di evidenza pubblica valevoli per tutte l'attività contrattuali della pubblica amministrazione pur se non soggette a disciplina nazionale o di derivazione europea (Consiglio di Stato, sezione sesta,10 gennaio 2007, 30).

E ancora, da ultimo il ricorso ai principi del trattato in punto di rispetto della salvaguardia dell'evidenza pubblica vale anche quando "l'utilitas di cui si discute

non concerna in modo diretto il settore degli appalti, bensì altri settori di intervento di analogo e indiscutibile rilievo economico per gli operatori" (Consiglio di Stato, sezione sesta, 19 maggio 2008, 2280).

Orbene nel caso in esame è pacifico che gli atti con cui un'ente pubblico decide la vendita di un immobile e la selezione del proprio contraente privato costituiscono determinazioni autoritative che si situano a monte della stipulazione del contratto di vendita di diritto privato, sicché è corretto radicare la giurisdizione nei confronti dei medesimi avanti il giudice amministrativo

6. Venendo alla trattazione del merito di causa, il ricorso è infondato, ed è pertanto possibile prescindere dalle residue eccezioni in rito proposte dalle resistenti.

Come risulta evidente dalla sequenza procedimentale avviata da APV, la valutazione dell'offerta sarebbe avvenuta in due fasi, tra loro distinte, una volta ad acclarare una sorta di ammissibilità della stessa, la seconda, invece, deputata alla scelta, anche mediante chiarimenti e integrazioni dell'offerta, sia sotto il profilo tecnico che economico.

Orbene, la censura svolta con il primo ricorso riguarda la mancata attribuzione di un peso ponderale all'elemento prezzo, ritenuta circostanza rilevante perché le ricorrenti avrebbero offerto il rialzo maggiore.

La censura, che avrebbe pregio ove la procedura si fosse conclusa in quella sede, è invece priva di fondamento laddove la si qualifichi come mera fase di preselezione, da un lato, e dall'altro si accerti che la controinteressata ha poi offerto un aumento che ha portato l'offerta finale a essere maggiore di quella dei ricorrenti; consapevole di tale circostanza, la difesa opportunamente afferma la non predicabilità di applicazione dell'istituto della c.d. "prova di resistenza" alla specie, il che è vero, ma non ove l'offerta economica si configuri come mera proposta suscettibile di piana modifica, si badi, non una volta aggiudicata la vendita, ma ancora in sede di gara, e lo possa essere da parte di tutti i soggetti partecipanti.

Anche la seconda doglianza non è fondata, perché la riferita indipendenza fra la prima e la seconda fase della procedura valutativa individuata dalla stazione appaltante ammette che ciascuna sequenza procedimentale sia valutata da una diversa commissione, e dunque, dato il carattere meramente preselettivo del primo accertamento, l'eventuale illegittimità della nomina della commissione che ha valutato la prima fase non si riverberebbe sulla seconda, o per meglio dire, i ricorrenti non potrebbero vantare alcun interesse al travolgimento della prima fase in quanto anche l'offerta degli stessi è stata ritenuta ammissibile, e l'interesse che invece è vantato alla demolizione dell'intera procedura diventa sussistente solo una volta che si sia proceduto all'aggiudicazione provvisoria, la quale tuttavia pertiene esclusivamente alla seconda fase della procedura.

Conseguentemente anche il terzo profilo è non accoglibile, poiché con determinazione del Presidente n.5 del 14 marzo 2008 è stata nominata una nuova commissione avente il fine dell'apertura delle buste contenenti le offerte migliorative richieste e la predisposizione di una relazione da presentare al consiglio di amministrazione, ed è del tutto irrilevante che di questa commissione facesse parte anche un soggetto che prima era segretario, mentre il presidente è rimasto il medesimo e anche il terzo componente era già presente fra i cinque membri della prima commissione; dunque tale ultimo consesso ha correttamente assunto le proprie decisioni nel plenum composto da tre membri, e non vi è alcuna illegittimità se la prima commissione era composta da cinque membri e ha deciso in tale composizione e la seconda commissione è composta da tre membri.

A prescindere poi dalla censura sulla composizione della commissione, i ricorrenti sostengono la illogicità, contraddittorietà e incompetenza delle valutazioni effettuate il 26 marzo 2008, perché tale valutazione esulerebbe dall'attività di verifica della idoneità delle offerte, afferendo piuttosto alla fase di negoziazione delle medesime.

In realtà la seconda commissione aveva proprio il compito di verificare la congruità delle offerte migliorative, quindi non si vede per quale ragione tale organo non dovesse effettuare anche un'attività valutativa in senso ampio, sicché appaiono pienamente ammissibili le considerazioni critiche svolte dalla medesima commissione.

Orbene si legge nel verbale che la controinteressata ha presentato un'offerta migliorativa che prevede l'adeguamento del prezzo offerto pari € 13.050.000,00.

Quanto alle ricorrenti, viene messo in evidenza che l'impegno economico è stato incrementato in considerazione di maggiori investimenti per la dotazione impiantistica e per la qualità edilizia con riguardo alle impermeabilizzazioni degli interrati e al contenimento dei consumi energetici; tuttavia, rileva la commissione che tale enunciazione non trova conferma in un allegato puntualmente indicato ove non vi sarebbe traccia di maggiori investimenti per le impermeabilizzazione, ma vengono indicate generiche spese tecniche, nonché spese di caratterizzazione e bonifica del sito.

Inoltre i tempi di realizzazione, che costituivano uno dei rilievi all'offerta dei ricorrenti, sarebbero bensì ridotti da 48 a 30 mesi, senza peraltro giustificare quali siano i motivi per una tale contrazione, considerazioni che appaiono di piena pertinenza e competenza della commissione.

Privo di pregio infine appare anche l'ultimo rilievo, vale a dire quello relativo alla presunta violazione della legge di gara perché la controinteressata avrebbe allegato alla busta 2 ulteriori plichi contrassegnati dalle scritte "allegati 6,7,8 busta 2" e "allegato 9 busta 2", contenenti rispettivamente il plastico dell'intervento e il video con la rappresentazione dello stesso, dato che nessuna violazione appare invocabile una volta che sia chiaramente indicato a quale busta pertiene ogni allegato, in modo tale da evitare commistioni tra parte tecnica dell'offerta e parte economica.

Il ricorso conseguentemente deve essere respinto, con consequenziale reiezione dei motivi aggiunti, meramente riproduttivi di questo, e della domanda risarcitoria proposta, pur sussistendo giuste ragioni per compensare tra le parti le spese del giudizio

P.Q.M.

Il tribunale amministrativo regionale per il Veneto, sezione prima, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 26/02/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Fulvio Rocco, Presidente

Riccardo Savoia, Consigliere, Estensore

Alessandra Farina, Consigliere

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/07/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO