

Quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la stazione appaltante ha il potere di dare importanza preminente al profilo tecnico - qualitativo rispetto a quello economico, e, in tal caso, non può essere tenuto

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Appare importante sottolineare il pensiero espresso dal Consiglio di Stato con la decisione numero 6835 del 21 novembre 2006:

< Invero, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non comporta che un'offerta qualitativamente scarsa debba essere comunque valutata sotto l'aspetto economico, trattandosi di aspetto rimesso alla discrezionalità dell'amministrazione, che ha facoltà di dosare gli elementi di scelta dell'offerta in relazione alle esigenze da soddisfare nel rispetto del principio della parità di trattamento.

Pertanto, la clausola di sbarramento non può ritenersi di per sé illegittima in quanto rientrante nell'esercizio di una facoltà discrezionale riconosciuta all'amministrazione in ordine alla determinazione dei fattori di incidenza dei singoli elementi dell'offerta per la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa>

Importante è inoltre sapere che:

<le valutazioni tecniche di una commissione di gara, che presentano inevitabilmente un margine di opinabilità, non possono essere sostituite con le diverse valutazioni del ricorrente o del giudice, ma possono essere sindacate, se del caso con c.t.u., solo se presentino margini di illogicità, irragionevolezza, travisamento.>

A cura di *****

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 7806/2005 proposto da ***- *** Contractors N.V., *** s.r.l., *****à italiana *** s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, rappresentate e difese dall'avvocato ******, ed elettivamente domiciliate presso lo studio degli avvocati ***** - ******, presso l'avv. ******, in Roma, viale XXI Aprile, 11;

contro

Provincia di Brindisi, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato ******, presso il cui studio, elettivamente domicilia, in Roma, via Paolo Emilio, n. 7, anche appellante incidentale;

*** s.p.a. e Intercantieri *** s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, rappresentate e difese dall'avvocato *****, dall'avvocato ***** e dall'avvocato *****, ed elettivamente domiciliate presso lo studio del primo, in Roma, via Udine, n. 6, anche appellante incidentale;

Autorità Portuale di Brindisi, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato ***** e dall'avvocato *****, ed elettivamente domiciliata in Roma, presso lo studio legale ***** e associati, Corso Trieste, n. 88, anche appellante incidentale;

Commissario delegato per l'emergenza ambientale nella Regione Puglia e Ministero dell'Ambiente, in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, non costituito;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Puglia - Lecce, 4 maggio 2005, n. 2648, resa tra le parti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di: Provincia di Brindisi; *** s.p.a. e Intercantieri *** s.p.a.; Autorità Portuale di Brindisi;

visti gli appelli incidentali di Autorità Portuale di Brindisi, Provincia di Brindisi, *** e Intercantieri ***;

viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

visti tutti gli atti della causa;

relatore alla pubblica udienza del 24 ottobre 2006 il consigliere ***** e uditi l'avvocato ***** per la parte appellante; l'avv. ***** per la Provincia di Brindisi; l'avv. ***** e l'avvocato Pellegrino per le società controinteressate; l'avvocato ***** su delega dell'avvocato ***** e

dell'avvocato ***** per l'Autorità Portuale;

ritenuto e considerato quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1. Le società odierne appellanti, con il ricorso di primo grado impugnavano gli atti dell'appalto - concorso avente per oggetto il servizio di messa in sicurezza e disinquinamento del seno di ponente del Porto di Brindisi, da affidarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e aggiudicato all'odierna controinteressata.

Il T.a.r. adito, con la sentenza in epigrafe, disattendeva alcune eccezioni di rito, e respingeva il ricorso nel merito.

Hanno proposto appello principale le società originarie ricorrenti.

Hanno spiegato appelli incidentali autonomi, tempestivamente notificati nel termine di trenta giorni dalla notifica dell'appello principale, l'Autorità Portuale di Brindisi, la Provincia di Brindisi, l'a.t.i. controinteressata, con cui si lamenta che il ricorso di primo grado doveva essere dichiarato improcedibile per tardività del deposito.

2. Ha carattere pregiudiziale l'esame degli appelli incidentali.

Tutti e tre gli appelli incidentali lamentano che il ricorso di primo grado sarebbe stato tardivamente depositato, in quanto il termine per il deposito del ricorso, notificato a mezzo posta, decorrerebbe da quando la notifica si perfeziona per il notificante (con la consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario), e non da quando si perfeziona per il destinatario (con la ricezione dell'atto).

2.1. La censura è infondata.

Trattandosi di controversia avente ad oggetto un pubblico appalto, trova applicazione il rito speciale di cui all'art. 23 bis, l. n. 1034/1971.

In tale rito sono dimezzati tutti i termini processuali, ad eccezione di quello per la proposizione del ricorso.

Tra i termini processuali dimezzati rientra, secondo consolidata giurisprudenza, quello per il deposito del ricorso, successivamente alla sua notificazione.

Il termine per il deposito del ricorso è pertanto di quindici giorni, decorrenti dall'ultima notificazione.

Si deve ritenere che il termine decorra da quando l'ultima notificazione si perfeziona.

Secondo la Corte costituzionale, in caso di notificazione a mezzo del servizio postale, la notificazione si perfeziona in un momento diverso per chi notifica e per chi è destinatario della notificazione (Corte cost., 26 novembre 2002, n. 477).

2.2. A sostegno della tesi secondo cui il termine per il deposito del ricorso decorrerebbe da quando la notifica si perfeziona per il notificante, si osserva che:

- il deposito del ricorso è un adempimento posto a carico del notificante, sicché occorre avere riguardo al

momento in cui la notificazione si perfeziona per quest'ultimo;

- il termine per il deposito del ricorso deve decorrere da una data conoscibile tempestivamente con certezza da parte di chi è tenuto all'adempimento, e tale data è quella della consegna del plico da notificare all'ufficiale giudiziario, e non quella del ricevimento del plico da parte del destinatario della notificazione, in quanto quest'ultima data viene conosciuta solo nel momento, ulteriormente successivo, in cui torna indietro la cartolina di ricevimento (momento che potrebbe anche essere successivo al quindicesimo giorno posteriore alla notificazione);

- la disciplina vigente, quale risulta a seguito delle statuizioni della Corte costituzionale in tema di notificazione a mezzo del servizio postale, ha inteso agevolare il notificante, che può, nell'ultimo giorno utile per la notificazione, limitarsi a consegnare il plico all'ufficiale giudiziario per l'inoltro a mezzo posta, senza doversi invece preoccupare che entro l'ultimo giorno utile il plico giunga anche al destinatario; tale regime di favore tuttavia non può essere ulteriormente esteso fino a far ritenere che un adempimento a carico del notificante, quale è il deposito del ricorso, possa essere fatto decorrere anziché da quando la notifica si perfeziona per il notificante, dal momento successivo e non conoscibile ex ante, in cui la notifica si perfeziona per il destinatario di essa;

- anche nel processo amministrativo si applica l'art. 5, l. 20 novembre 1982, n. 890, che consente di depositare il ricorso prima ancora che sia stata restituita la cartolina di ritorno che attesta il ricevimento del plico postale: l'applicazione di tale disposizione al processo amministrativo è conseguenza della declaratoria di illegittimità costituzionale pronunciata da Corte cost. 30 marzo 1992, n. 140 (C. Stato, sez. V, 6 ottobre 2003, n. 5897).

2.3. Ma, in senso contrario, si deve osservare che:

- la possibilità di perfezionamento della notifica in date diverse per il notificante e per il destinatario, è stata limitata dalla Corte costituzionale alla sola esigenza di evitare che un effetto di decadenza possa discendere, per il notificante, dal ritardo nel compimento di un'attività riferibile non al medesimo notificante, ma a soggetti diversi (l'ufficiale giudiziario e l'agente postale) e che, perciò, resta del tutto estranea alla sfera di disponibilità del primo.

La Corte ha lasciato ferma, agli altri fini, la disciplina del perfezionamento della notificazione, ogni qualvolta non venga in considerazione un effetto di decadenza connesso ad un'attività dell'ufficiale giudiziario.

Deve anche osservarsi che:

- nel processo amministrativo il termine per il deposito del ricorso decorre dall'ultima notificazione;

- non si può esigere dal ricorrente l'onere di depositare il ricorso prima che abbia notizia che le notificazioni siano andate a buon fine, perché vi può essere l'interesse (e il tempo) per rinnovare le notificazioni non andate a buon fine (v. Cass., sez. trib., 8 settembre 2004, n. 18087);

- dalla data di scadenza del termine per il deposito del ricorso, decorre il termine per la costituzione delle altre parti e per la proposizione dei ricorsi incidentali, nonché, a seguire, il termine per la proposizione del regolamento di competenza;

- le parti diverse dal notificante non conoscono necessariamente la data di spedizione dell'atto, ma la data di ricevimento, e da tale data possono computare il termine di deposito del ricorso principale e conseguentemente il termine per la loro costituzione ed eventuali ricorsi incidentali o regolamenti di competenza;

- al di fuori dell'esigenza di evitare che il notificante decada dall'impugnazione a causa di ritardi del

servizio postale, non vi sono ragioni per ipotizzare un regime differenziato di perfezionamento della notificazione per il notificante e per il destinatario;

- al contrario, è necessario che la notificazione possa considerarsi perfezionata nello stesso momento per l'autore e per il destinatario, al fine di avere una data unica da cui decorrono i termini per gli adempimenti processuali quali il deposito del ricorso, la costituzione delle altre parti, il ricorso incidentale, il regolamento di competenza;

- l'opposta soluzione, porta al risultato paradossale che il termine per il deposito del ricorso si perfeziona in un momento diverso per il notificante (che calcola i 30 o 15 giorni da quando ha spedito l'atto) e per il destinatario (che calcola i 30 o 15 giorni da quando ha ricevuto l'atto), e, a seguire, tutti i termini per i successivi adempimenti processuali sarebbero sfalsati.

Infine, va osservato che non può essere invocato, come precedente contrario, la decisione C. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2006, n. 527 (richiamata nella memoria della Provincia di Brindisi).

Tale decisione, infatti, non affronta specificamente e in via diretta la questione oggetto dell'odierno processo.

In quella sede si disputava di decorrenza del termine di deposito dell'appello <<dall'ultima notificazione>>, ma non si poneva una questione di tempestività o meno del deposito, a seconda che il relativo termine si facesse decorrere dalla data di spedizione o dalla data di ricezione dell'appello.

Infatti, nel caso deciso da C. Stato n. 527/2006, l'ultima notifica a mezzo posta si era perfezionata per il notificante il 28 giugno e per il destinatario il 30 giugno, e il deposito del ricorso era avvenuto il 7 luglio.

Il deposito del ricorso era pertanto in ogni caso tempestivo, sia che il termine di 15 giorni (era un rito ex 23 bis, l. TAR) decorresse dalla consegna del ricorso all'ufficiale giudiziario, sia che decorresse dalla ricezione dell'atto da parte del destinatario della notifica.

Ne consegue che in detta decisione, non formava oggetto della materia del contendere la questione odierna, se il termine di deposito del ricorso decorra dalla data di spedizione o dalla data di ricezione dell'atto di ricorso medesimo.

2.4. Si deve, in conclusione, aderire alla tesi, affermata anche da altre pronunce di questo Consesso (v. Cons. St., sez. V, 21 giugno 2006 n. 3705) secondo cui, in tema di momento del perfezionamento della notifica a mezzo posta, quando non vengano in rilievo ipotesi di decadenza conseguenti al tardivo compimento di attività riferibili a soggetti diversi dal richiedente la notifica (quali l'ufficiale giudiziario o il di lui ausiliario agente postale), e viceversa la norma preveda che un termine debba decorrere o altro adempimento debba essere compiuto dal tempo dell'avvenuta notificazione (come nel caso del deposito del ricorso entro un termine decorrente dall'ultima delle notificazioni alle parti contro le quali il ricorso stesso è proposto), la suddetta distinzione dei momenti di perfezionamento della notifica non trova applicazione, dovendo essa intendersi pertanto per entrambi compiuta al momento della sua effettuazione nei confronti del destinatario contro cui l'impugnazione è rivolta (Cass. civ., sez. III, 14 luglio 2004, n. 13065).

Pertanto, nel rito abbreviato di cui all'art. 23 bis, l. TAR, in cui il termine per il deposito del ricorso è di quindici giorni, decorrenti da quando si perfeziona l'ultima notificazione; nel caso in cui la notificazione avvenga a mezzo del servizio postale, e dunque si perfezioni in momenti diversi per l'autore e per il destinatario della notificazione, al fine del decorso del termine per il deposito del ricorso occorre comunque avere riguardo al momento in cui la notificazione si perfeziona per il destinatario.

2.5. Nel caso di specie risulta che il ricorso di primo grado, spedito in data 2 aprile 2004 e ricevuto dal destinatario in data 7 aprile 2004, è stato depositato il 22 aprile successivo, e dunque tempestivamente se il termine di 15 giorni per il deposito si computa dalla data in cui l'atto notificato è stato ricevuto dal destinatario.

2.6. Con ulteriore argomento, le parti appellanti incidentali assumono che il termine per il deposito decorre dall'ultima notifica <<necessaria>> e non anche dalle notifiche ulteriori, fatte dal ricorrente ad abundantiam. Nella specie, l'ultima notifica avvenuta il 7 aprile riguarda il Commissario delegato per l'emergenza ambientale, che non sarebbe parte in causa.

2.6.1. Anche tale censura è infondata.

Va, in diritto, ribadito il principio secondo cui <<l'art. 21 l. 6 dicembre 1971, n. 1034, là dove prevede che il deposito del ricorso deve avvenire entro trenta giorni dall'ultima notifica, si riferisce alle notifiche necessarie ai fini dell'integrità del contraddittorio e non a quelle meramente facoltative o fatte dal ricorrente ad abundantiam, perché diversamente sarebbe in potere della parte prolungare a proprio arbitrio il termine per il deposito del ricorso; pertanto, una notifica non prescritta dalla legge è inidonea

ad impedire la scadenza del termine di trenta giorni per il deposito del ricorso, che decorre dall'ultima notifica utile>> (C. Stato, sez. VI, 5 maggio 2000, n. 2202, ord.).

Tuttavia, nel caso specifico, il Commissario delegato per l'emergenza ambientale è stato evocato in giudizio in quanto ha partecipato al procedimento sfociato nel bando di appalto per cui è processo.

In primo grado il Commissario si è costituito in giudizio.

Non risulta dimostrata, pertanto, la superfluità della notifica al Commissario delegato e, in ogni caso, ove così fosse, andrebbe quanto meno riconosciuto l'errore scusabile al ricorrente che, in limine litis, ha ritenuto in buona fede di dover evocare in giudizio il commissario delegato.

Non può invece aderirsi alla tesi difensiva dell'appellante principale, secondo cui il termine di deposito andrebbe computato dalla data di notifica alla controinteressata Intercantieri ***: infatti, contrariamente a quanto affermato dall'appellante principale, la notifica a tale soggetto non si è perfezionata il 9 aprile, bensì il 5 aprile, data in cui un rappresentante della Intercantieri ha ritirato il plico presso l'ufficio postale, come si evince dalla cartolina verde (avviso di ricevimento), sicché la data di deposito, se computata da tale notificazione, sarebbe tardiva.

2.7. Per quanto esposto, vanno respinti gli appelli incidentali.

3. Passando all'esame dell'appello principale, con il primo motivo viene riproposto il primo motivo del ricorso al T.a.r.

3.1. La commissione di gara aveva stabilito una soglia minima di punteggio per gli elementi tecnici del progetto offerto, pari al 50% del punteggio massimo (70), e dunque una soglia minima di 35 punti.

Il progetto dell'appellante conseguiva un punteggio di 30,85 e veniva pertanto escluso.

3.2. In prime cure si lamentava che illegittimamente la commissione di gara avrebbe stabilito di fissare una soglia minima di punteggio, al di sotto della quale l'offerta sarebbe stata esclusa (nella specie, infatti, l'offerta dell'appellante veniva esclusa per mancato raggiungimento di tale punteggio minimo).

Inoltre il giudizio di inidoneità tecnica espresso sul progetto dell'appellante non sarebbe stato supportato da adeguata motivazione.

3.3. Il T.a.r. ha disatteso tale censura osservando che:

- difetterebbe in capo al ricorrente l'interesse a dedurla, alla luce di una prova di resistenza: atteso, infatti, che il ricorrente ha ottenuto per l'offerta tecnica 30.85 punti a fronte dei 67,75 punti conseguiti dall'aggiudicataria, anche ove l'offerta non fosse stata esclusa, e avesse conseguito il punteggio massimo per il prezzo, pari a 30, comunque non avrebbe potuto essere aggiudicataria, atteso che il punteggio totale sarebbe stato pari a 60.85, inferiore al punteggio ottenuto dall'aggiudicataria;

- nel merito, la commissione avrebbe avuto il potere di fissare una soglia di sbarramento, finalizzata ad escludere progetti tecnicamente inidonei;

- il giudizio di inidoneità tecnica sarebbe assistito da congrua motivazione;

- gli argomenti dedotti per dimostrare l'erroneità del giudizio impingerebbero inammissibilmente nel merito di valutazioni riservate alla commissione, non deducendo illogicità o travisamenti.

3.4. Parte appellante critica tale capo di sentenza osservando che:

- nessuna norma del bando attribuirebbe alla Commissione il potere di fissare una soglia minima di punteggio a pena di esclusione;

- la motivazione dell'esclusione del progetto sarebbe insufficiente;

- le censure di primo grado non toccavano il merito amministrativo, ma attenevano a valutazioni che sono espressione di discrezionalità tecnica, quest'ultima sindacabile dal giudice, se del caso mediante c.t.u.

3.5. Il motivo di appello è in parte inammissibile perché non censura compiutamente il capo di sentenza.

Infatti il T.a.r. ha affermato che il primo motivo del ricorso è inammissibile per difetto di interesse, laddove censura il potere della commissione di fissare una soglia minima.

Su tale statuizione non vi è in appello alcuna critica.

3.6. Il mezzo è comunque infondato in tutte le sue articolazioni.

3.6.1. In diritto, deve premettersi che quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la stazione appaltante ha il potere di dare importanza preminente al profilo tecnico - qualitativo rispetto a quello economico, e, in tal caso, non può essere tenuta ad aggiudicare l'appalto ad un'offerta che, ancorché conveniente sotto il profilo economico, non sia apprezzabile sotto il profilo tecnico. In tale logica, non si può escludere il potere della commissione di fissare una soglia di sbarramento, vale a dire un punteggio minimo che le offerte devono raggiungere per l'aspetto tecnico - qualitativo, al di sotto della quale le offerte non saranno valutate.

Invero, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non comporta che un'offerta qualitativamente scarsa debba essere comunque valutata sotto l'aspetto economico, trattandosi di aspetto rimesso alla discrezionalità dell'amministrazione, che ha facoltà di dosare gli elementi di scelta dell'offerta in relazione alle esigenze da soddisfare nel rispetto del principio della parità di trattamento.

Pertanto, la clausola di sbarramento non può ritenersi di per sé illegittima in quanto rientrante nell'esercizio di una facoltà discrezionale riconosciuta all'amministrazione in ordine alla determinazione dei fattori di incidenza dei singoli elementi dell'offerta per la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa (C. Stato, sez. V, 3 marzo 2004, n. 1040).

3.6.2. Nel caso di specie, in base al capitolato (art. 10), l'amministrazione poteva non procedere ad aggiudicazione nel caso in cui i progetti fossero tecnicamente inidonei. Inoltre il bando privilegiava il profilo tecnico rispetto a quello economico, prevedendo il punteggio più elevato per le componenti tecniche dell'offerta (70 punti).

Alla luce di tali previsioni, e del potere attribuito alla commissione di fissare i criteri di valutazione delle offerte, deve ritenersi sussistente il potere della commissione di stabilire che i progetti che non raggiungono la metà del punteggio massimo fissato per i profili tecnici, non vengono presi in considerazione.

Tale previsione appare pienamente razionale e ragionevole, alla luce dello scopo del bando, che era l'acquisizione di un progetto di elevato livello qualitativo.

Sicché, un progetto di scarsa qualità, anche ove il prezzo offerto fosse particolarmente conveniente, e dunque conseguisse il punteggio massimo per il prezzo, non poteva essere accettato, alla luce dello scopo del bando.

3.7. La esclusione del progetto dell'appellante, poi, è stata adeguatamente motivata.

La Commissione ha infatti stabilito sia il criterio generale secondo cui le offerte tecniche dovevano conseguire una valutazione minima di 35 punti, sia ulteriori criteri di valutazione delle offerte (v. verbali di gara n. 4 e n. 5 del 14 gennaio 2004).

Quando i criteri di valutazione sono rigidamente predeterminati e dettagliati con indicazione del punteggio minimo e massimo per ciascun singolo, dettagliato, elemento, l'onere di motivazione è soddisfatto anche mediante un semplice punteggio numerico, attribuito nell'ambito della forcella prestabilita. Infatti, in tale ipotesi tramite il confronto tra il punteggio numerico attribuito e la forcella prevista per ciascun elemento, è comunque agevolmente ricostruibile l'iter logico seguito dalla Commissione.

In fatto, poi, nel caso di specie, la Commissione non si è limitata ad un punteggio numerico, ma ha anche espresso un giudizio scritto dettagliato da cui si evincono le ragioni per cui l'offerta del concorrente è stata ritenuta tecnicamente inidonea e per cui è stata preferita l'offerta poi risultata aggiudicataria. Tale motivazione appare immune da vizi logici o di travisamento (v. verbali numero 7, 10 e 12, rispettivamente del 15 gennaio 2004, 21 gennaio 2004, 5 febbraio 2004).

3.8. Né possono trovare ingresso le censure di parte appellante avverso il giudizio espresso dalla Commissione sull'offerta dell'aggiudicataria e sull'offerta dell'esclusa.

E' vero che si verte in tema di valutazioni tecniche, e non di merito amministrativo, che possono essere esaminate dal giudice senza sconfinare in un terreno riservato alla pubblica amministrazione.

Tuttavia, le valutazioni tecniche di una commissione di gara, che presentano inevitabilmente un margine di opinabilità, non possono essere sostituite con le diverse valutazioni del ricorrente o del giudice, ma possono essere sindacate, se del caso con c.t.u., solo se presentino margini di illogicità, irragionevolezza, travisamento.

Il ricorso di primo grado non evidenzia siffatti vizi, ma si limita a proporre proprie valutazioni, sostitutive di quelle della Commissione.

4. Con il secondo motivo di appello viene riproposto il secondo motivo del ricorso di primo grado.

4.1. Si lamentava in prime cure che la Commissione di gara avrebbe predisposto i subcriteri di valutazione delle offerte (c.d. griglia) solo dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte, in violazione del principio secondo cui i criteri devono essere fissati prima della conoscenza delle offerte.

4.2. Il T.a.r. ha respinto tale censura osservando che dai verbali di gara si evince che i criteri sono stati fissati prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, mentre ciò che è avvenuto prima della fissazione dei subcriteri è stato l'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa.

4.3. Parte appellante contesta tale capo di sentenza deducendo che la fissazione dei criteri di valutazione dovrebbe avvenire anche prima dell'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa.

4.4. La censura è inammissibile, perché costituisce un motivo nuovo rispetto al ricorso di primo grado: in prime cure, infatti, si lamentava che la fissazione dei criteri fosse avvenuta prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, e non già che fosse avvenuta prima dell'apertura delle buste contenenti la documentazione relativa ai requisiti di partecipazione.

Su tale materia del contendere si è pronunciato il T.a.r., e ha correttamente affermato che la tesi di parte ricorrente fosse errata in fatto, in quanto la fissazione dei criteri è pacificamente avvenuta prima, e non dopo, l'apertura delle buste contenenti le offerte.

Il dolersi, solo in appello, che la fissazione dei criteri doveva avvenire anche prima dell'apertura delle buste contenenti la documentazione sui requisiti di partecipazione, è un motivo del tutto nuovo, che altera la regola del contraddittorio, e come tale inammissibile.

4.5. La censura è comunque infondata anche nel merito, in quanto la regola a tutela della par condicio e dell'imparzialità è che i criteri di valutazione siano fissati prima della conoscenza di ciò che deve formare oggetto di valutazione.

Pertanto, i criteri di valutazione delle offerte devono essere fissati prima della conoscenza delle offerte.

Non è invece necessario che siano fissati anche prima della conoscenza dei nomi dei concorrenti e della documentazione da questi presentata in ordine ai requisiti di partecipazione, perché la conoscenza di tali elementi non può avere nessuna influenza sui criteri di valutazione, se questi vengono comunque fissati ad offerte incognite.

5. Con il terzo motivo di appello si ripropone il terzo motivo del ricorso di primo grado.

5.1. Si lamentava in prime cure che l'offerta dell'aggiudicataria non è pervenuta tramite servizio postale o agenzia di recapito autorizzata, come prescritto dal bando, bensì tramite corriere privato. Pertanto, avrebbe dovuto essere esclusa.

Si lamentava inoltre che l'offerta dell'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per violazione del capitolato prestazionale e disciplinare d'appalto, che prevedeva l'inclusione nella busta n. 2 dell'organigramma aziendale e del cronoprogramma entrambi in separate buste sigillate individualmente.

5.2. Il T.a.r. ha disatteso la censura osservando che:

- nell'attuale regime di liberalizzazione del servizio postale, alla luce del d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261, i corrieri privati titolari di autorizzazione generale di fornitore del servizio rilasciata dal Ministero delle comunicazioni sono da equiparare alle agenzie di recapito autorizzate, menzionate nella lettera invito;

- l'art. 8 del capitolato non sanziona con l'esclusione il mancato inserimento dell'organigramma e del

cronoprogramma in buste separate e sigillate, a loro volta da inserirsi nella busta 2), ma solo l'omesso inserimento di tali atti nella detta busta 2).

5.3. Parte appellante critica tali statuizioni osservando che:

- il T.a.r., equiparando i corrieri privati alle agenzie di recapito autorizzate, avrebbe dimenticato che le clausole del bando che prevedono requisiti e adempimenti a pena di esclusione non possono essere disapplicate. Nella specie, il corriere privato utilizzato era titolare di una autorizzazione generale, ma non dell'autorizzazione specifica a recapitare offerte relative a pubblici appalti;

- organigramma e cronoprogramma andavano inseriti in buste separate a pena di esclusione; altro concorrente era stato nella stessa gara escluso proprio per tale ragione.

5.4. Le censure sono infondate.

5.4.1. Quanto alle modalità di presentazione delle offerte, prescritte a pena di esclusione, le stesse vanno interpretate alla luce dello scopo della sanzione espulsiva, che è quello di garantire la data certa dell'arrivo delle offerte.

Inoltre tale scopo va contemperato con il principio, che è di derivazione comunitaria, di massima partecipazione alle gare, diretto precipitato del principio comunitario della concorrenza.

Ora, la data certa dell'arrivo delle offerte è garantita non solo dal servizio postale, ovvero dalle agenzie di recapito autorizzate, ma anche dall'utilizzo di corrieri privati muniti di autorizzazione generale.

Nella specie, la presentazione dell'offerta tramite corriere privato dà comunque garanzia della data certa dell'arrivo, e non viola alcuna regola sostanziale e alcun interesse. Sarebbe pertanto puramente emulativo escludere un'offerta per siffatta ragione.

5.4.2. Quanto alle modalità di imbustamento dell'organigramma e del cronoprogramma, correttamente il T.a.r. ha rilevato che il caso invocato dal ricorrente come tertium comparationis era del tutto diverso, perché in quel caso (offerta presentata dall'a.t.i. Efesto s.p.a. - Comat Costruzioni s.p.a. e Gobeco s.p.a.) organigramma e cronoprogramma, che fanno parte dell'offerta tecnica, erano stati inseriti nella busta 1) contenente i documenti relativi ai requisiti di partecipazione. Tale busta viene aperta in seduta pubblica, e pertanto se cronoprogramma e organigramma vengono inseriti in tale busta, si produce l'effetto di una conoscenza anticipata e pubblica del contenuto dell'offerta tecnica, in violazione del principio di segretezza. Pertanto, correttamente, nel precedente invocato dal ricorrente, il concorrente era stato escluso.

Il caso di specie è invece diverso perché organigramma e cronoprogramma sono stati inseriti correttamente nella busta 2) relativa all'offerta, ed è stata violata solo la prescrizione di gara che richiedeva che venissero inseriti in buste separate, a loro volta da inserirsi in busta 2).

Dalla lettura dell'art. 8 del capitolato si evince, quanto alla busta n. 2), che la sanzione di esclusione è prevista solo nell'ipotesi in cui il contenuto della busta sia incompleto, ossia non vengano inseriti nella busta tutti i documenti richiesti.

Invece, la ulteriore prescrizione secondo cui cronoprogramma e organigramma (punti b) e c) delle prescrizioni relative al contenuto della busta 2), devono essere a loro volta contenuti <<in apposita busta, chiusa e sigillata e controfirmata, recante la specificazione del contenuto>>, non è assistita da espressa sanzione espulsiva (pagg. 13 e 14 del capitolato).

E' allora evidente che la prescrizione di inserimento di tali documenti in buste separate è stata dettata solo per soddisfare una esigenza di ordine e di facile reperibilità della documentazione, ma non per soddisfare l'esigenza sostanziale, sottesa di regola alla prescrizione dell'inserimento in busta sigillata, di garantire la segretezza dell'offerta.

Nel caso specifico, l'omesso inserimento di tali due atti in buste a sé stanti, non ha violato alcuna prescrizione inderogabile. Infatti, posto che i due documenti sono stati comunque inseriti in busta 2), sigillata e controfirmata, non è stata violata alcuna garanzia di segretezza dell'offerta.

6. Con il quarto motivo di appello si ripropone il quarto motivo del ricorso di primo grado.

6.1. In prime cure si lamentava che, a fronte di un bando che vietava le offerte in aumento, l'aggiudicataria avrebbe offerto una prestazione quantitativamente inferiore, da eseguirsi in base al prezzo indicato nel bando. Sicché, avrebbe fatto un'offerta in aumento.

6.2. Il T.a.r. ha disatteso la censura osservando che dagli atti di gara si evince che l'offerta poteva riguardare anche un intervento parziale, per una superficie inferiore rispetto all'intera area da bonificare (il sito di ponente del porto interno di Brindisi, esteso 300.000 mq.), né vi sarebbero elementi per ritenere che il prezzo offerto dall'aggiudicataria ecceda i correnti prezzi di mercato.

6.3. Parte appellante critica tale capo di sentenza osservando che il prezzo posto a base di gara (7.500.000 euro) doveva servire per il disinquinamento di un'area di 300.000 m², con una asportazione di rifiuti provenienti dal fondo marino pari a un volume di 150.000 m³.

6.4. La censura è infondata.

Dalla relazione illustrativa del progetto, dal capitolato d'appalto e dalla lettera invito si evince che la bonifica dell'intera superficie di 300.000 m² non doveva necessariamente avvenire con il prezzo base di 7.500.000 euro, allo stato disponibile per la stazione appaltante, bensì previa acquisizione delle ulteriori risorse necessarie.

Si legge infatti a pag. 8 della relazione illustrativa che <<il progetto 1° lotto funzionale (...) interessa una superficie di 300.000 mq. Essendo stata però prevista una profondità di ***o non inferiore a 50 cm., giusta prescrizione ministeriale ai fini della messa in sicurezza del sito, la suddetta superfiche potrebbe subire delle riduzioni, in fase di esecuzione, in funzione dell'offerta economica che sarà formulata dalla ditta vincitrice, in sede di appalto concorso, e della copertura finanziaria disponibile al momento della realizzazione dell'intervento. Nel caso dovesse verificarsi tale circostanza le operazioni di bonifica

dovranno avere inizio a partire dalla foce del canale proveniente dalla diga del Cillarese>>.

Del pari l'art. 1 del capitolato dispone che, il progettato intervento relativo a 300.000 m², <<potrebbe essere realizzato anche parzialmente, come stralcio funzionale del 1° lotto, interessando una minore superficie, in funzione dell'offerta economica formulata dalla ditta vincitrice e della copertura finanziaria disponibile>>.

All'art. 3 si legge che la somma disponibile è pari a 7.500.000 euro per l'espletamento dei lavori e a 499.917,36 a disposizione dell'amministrazione, e che <<detto importo, nel corso di esecuzione delle operazioni di messa in sicurezza, potrà essere aumentato sino alla concorrenza delle somme necessarie per bonificare l'intera area oggetto dell'intervento (...)>>>, e che al relativo finanziamento si sarebbe fatto fronte con <<eventuali ulteriori finanziamenti che dovessero essere acquisiti, sino alla concorrenza delle somme necessarie per la bonifica dell'intera area di mq. 300.000>>.

Stesse affermazioni sono contenute nell'art. 7 del capitolato.

E l'art. 8, lett. k), del capitolato chiede ai concorrenti l'impegno a proseguire l'attività di messa in sicurezza delle aree in relazione alle risorse economiche che dovessero essere messe a disposizione nel corso dell'esecuzione dell'appalto.

La lettera invito chiarisce ulteriormente che le quantità offerte possono essere inferiori rispetto all'intera area di 300.000 m2.

6.5. Trattandosi di procedura di appalto - concorso, in cui il progetto doveva essere presentato dai concorrenti, i concorrenti potevano indicare quale superficie massima potevano trattare con il prezzo di gara di 7.500.000 euro.

Da tale disamina degli atti di gara si evince con chiarezza che la bonifica dell'intera area di 300.000 m² era l'obiettivo da raggiungere non già solo con l'importo posto a base della gara, bensì anche mediante l'acquisizione di ulteriori risorse.

Al momento della pubblicazione del bando la stazione appaltante, non avendo redatto progetto definitivo ed esecutivo (demandati ai concorrenti), non era in grado di conoscere il costo complessivo dell'intera operazione, ma disponeva di due soli dati:

- l'obiettivo da raggiungere - cioè la bonifica di un'area di 300.000 m²,

- e la disponibilità - allo stato - di una somma complessiva di 7.500.000 euro, salvi ulteriori e futuri finanziamenti.

Tali due dati dovevano combinarsi con il prezzo offerto dai concorrenti (entro un limite massimo di 7.500.000 euro), sulla base del quale si poteva stabilire il costo dell'operazione a metro quadrato, e

dunque quanta superficie, dei 300.000 m2 complessivi, si poteva bonificare con 7.500.000 euro sulla base delle offerte dei concorrenti.

Di qui la previsione, negli atti di gara, che la superficie da bonificare, indicata dai concorrenti, poteva essere inferiore a quella di 300.000 m2, e che l'intera superficie sarebbe stata bonificata solo a seguito di ulteriori finanziamenti.

Pertanto, i concorrenti, se non potevano fare un'offerta di prezzo superiore a 7.500.000 euro, tuttavia non erano tenuti a bonificare l'intera area di 300.000 m2 per la cifra di 7.500.000 euro.

7. Con il quinto motivo di appello si ripropone il quinto motivo del ricorso di primo grado.

7.1. In prime cure si lamentava che sarebbe stato violato l'art. 21, co. 5, l. n. 109/1994, in quanto nessun componente della commissione di gara sarebbe un esperto dei lavori da aggiudicare (bonifica di sito in mare).

7.2. Il T.a.r. ha disatteso la censura osservando che la commissione era composta, oltre che da un dirigente amministrativo, da due esperti scelti con sorteggio tra terne di tecnici qualificati appositamente indicati dal Ministero dell'ambiente e dall'*****, sicché a tali tecnici (entrambi ingegneri) non può essere disconosciuta la competenza specifica in materia ambientale e in materia di appalti pubblici finalizzati alla tutela dell'ambiente.

7.3. Parte appellante critica tale capo di sentenza osservando che il criterio selettivo impiegato non ha garantito che i prescelti siano dotati di competenza specifica nel settore della bonifica di siti marini, e che in concreto difetterebbe tale competenza.

7.4. La censura va disattesa.

I commissari nominati hanno titolo di studio e competenza adeguata in relazione all'oggetto dell'appalto.

La circostanza dedotta dall'appellante, che dai curricula dei commissari non si evincerebbe che si sono occupati in precedenza di bonifica di siti marini, oltre che generica e indimostrata, non è idonea ad escludere la specifica conoscenza della materia, che deriva dagli studi e dalle conoscenze acquisite.

8. In conclusione, l'appello principale va respinto, con assorbimento, per difetto di interesse, di ogni ulteriore eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado.

9. In considerazione della soccombenza degli appellanti incidentali sulla questione pregiudiziale, le spese

di lite possono essere parzialmente compensate.

Nel resto, seguono la soccombenza dell'appellante principale, a carico del quale vanno poste nella misura di euro duemila in favore di ciascuna delle altre parti (in totale euro seimila).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione sesta), definitivamente pronunciando sull'appello principale e sugli appelli incidentali:

respinge gli appelli incidentali;

respinge l'appello principale;

spese in parte compensate e in parte a carico dell'appellante principale nella misura di euro duemila in favore di ciascuna delle altre parti costituite (in totale euro seimila).

Ordina che la pubblica amministrazione dia esecuzione alla presente decisione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 24 ottobre 2006

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il.....22/11/2006.....

<https://www.diritto.it/quando-il-criterio-di-aggiudicazione-e-quello-dell-offerta-economicamente-piu-vantaggiosa-la-stazione-appaltante-ha-il-potere-di-dare-importanza-preminente-al-profilo-tecnico-qualitativo-ri/>