

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 17/06/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29701-il-modus-operandi-seguito-dalla-commissione-di-gara-ha-irrimediabilmente-compromesso-la-validita-della-procedura-essendo-stato-in-concreto-violato-il-principio-generale-secondo-cui-la-definizione->

Autore: Lazzini Sonia

Il modus operandi seguito dalla Commissione di gara HA irrimediabilmente compromesso la validità della procedura, essendo stato in concreto violato il principio generale secondo cui la definizione degli elementi di valutazione delle offerte, quale che ne

C.St. 17.05.2010 n. 3052

Il modus operandi seguito dalla Commissione di gara HA irrimediabilmente compromesso la validità della procedura, essendo stato in concreto violato il principio generale secondo cui la definizione degli elementi di valutazione delle offerte, quale che ne sia la natura, risulti in concreto preclusa allorquando le buste contenenti le offerte siano state aperte e pertanto ne sia divenuto conosciuto (o soltanto conoscibile) il relativo contenuto.

la circostanza per cui la Commissione aggiudicatrice abbia proceduto a precisare i criteri di attribuzione dei punteggi già previsti dalla *lex specialis* non risulterebbe *ex se* illegittima, laddove non si sia concretata in una sostanziale modifica delle regole di partecipazione sancite in sede di bando di gara

E' stato condivisibilmente affermato al riguardo che anche dopo la soppressione, ad opera dell'art. 1, d.lgs. 11 settembre 2008 n. 152, dell'art. 83, comma 4, ultimo periodo, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (il quale consentiva alle commissioni di gara di fissare, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, i criteri motivazionali per l'attribuzione a ciascun criterio o sottocriterio di valutazione il punteggio tra il minimo ed il massimo indicati nel bando), è da ritenere legittimo l'operato della commissione giudicatrice che, prima dell'apertura delle buste, specifica in sub criteri i punteggi da assegnare con i criteri principali prefissati dal bando ovvero integra questi ultimi ovvero ancora fissa gli opportuni ed adeguati criteri per la modulazione del punteggio da assegnare ad ogni singolo elemento nei limiti del punteggio massimo stabilito nei documenti di gara, peraltro sempre con l'unico, fondamentale ed imprescindibile limite costituito dal divieto di introdurre nuovi e diversi parametri di valutazione (Cons. Stato, Sez. V, sent. 15 febbraio 2010, n. 810).

Il punto è, tuttavia, che nel caso di specie l'enucleazione dei richiamati 'indicatori' all'interno di ciascuno degli elementi di valutazione prefissati in sede di *lex specialis* (oltre a tradursi nell'individuazione di voci valutative dall'indubbia portata innovativa) è pacificamente intervenuta in un momento successivo a quello dell'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche ed economiche, in tal modo determinando un irrimediabile *vulnus* alle esigenze di salvaguardia della trasparenza delle operazioni concorsuali e della *par condicio* fra i partecipanti.

Ed infatti, l'astratta possibilità per cui l'articolazione degli indicatori in parola potesse essere plasmata nell'interesse di taluno dei partecipanti alla gara (partecipanti le cui offerte erano già da tempo state aperte), determina *ex se* una violazione dei richiamati canoni generali i quali devono costituire presidio necessariamente invalicabile per garantire la complessiva legittimità delle operazioni di gara.

Sotto tale aspetto, non occorre acquisire (ai fini della declaratoria di illegittimità e della conseguente caducazione degli atti della procedura) la prova piena in ordine al fatto che le offerte in questione siano state effettivamente conosciute prima della formulazione dei sub-criteri o indicatori di che trattasi, essendo sufficiente la mera conoscibilità delle offerte medesime al fine di infirmare la trasparenza e legittimità della procedura comparativa nel suo complesso.

Al riguardo è rilevante osservare che le buste contenenti le offerte tecniche ed economiche dei partecipanti fossero state aperte già in data 11 dicembre 2007 (e che, a partire da tale data, il relativo contenuto era astrattamente conoscibile dai membri della Commissione), mentre invece l'articolazione dei più volte richiamati indicatori era intervenuta solo ad oltre un mese di distanza (ossia, nella seduta del 28 gennaio 2008).

Il che, come è evidente, attenua ai fini della presente decisione la valenza dell'argomento articolato dalla società appellante, secondo cui sarebbe stato pressoché impossibile per i membri della Commissione prendere adeguata e compiuta conoscenza del contenuto sostanziale delle quarantatré offerte presentate nel corso della sola seduta dell'11 dicembre 2007.

Conseguentemente, la pronuncia in epigrafe deve essere puntualmente confermata per la parte in cui ha osservato che il modus operandi seguito dalla Commissione di gara abbia irrimediabilmente compromesso la validità della procedura, essendo stato in concreto violato il principio generale secondo cui la definizione degli elementi di valutazione delle offerte, quale che ne sia la natura, risulti in concreto preclusa allorquando le buste contenenti le offerte siano state aperte e pertanto ne sia divenuto conosciuto (o soltanto conoscibile) il relativo contenuto.

Per le medesime ragioni non può essere condiviso l'argomento secondo cui l'operato della Commissione dovrebbe essere fatto salvo quanto meno in applicazione del c.d. principio di illegittimità non invalidante (art. 21-octies. L. 241 del 1990), atteso che il rilevantissimo error in procedendo appena esaminato non consente in alcun modo di affermare che l'attività della Commissione di gara risultasse in parte qua vincolata, ovvero che il contenuto dispositivo delle determinazioni adottate non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 3052 del 17 maggio 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 03052/2010 REG.DEC.
N. 00253/2009 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 253 del 2009, proposto: dalla soc. Ricorrente s.a.s. di N. Antonio & c., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Messina, con domicilio eletto presso Carlo Sarro in Roma, piazza di Spagna, n. 35;

contro

Controinteressata s.n.c. di D.S. Rosa & C., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avvocati Giuseppe Bortone e Marco Tomassi, con domicilio eletto presso l'Avv. Rampotti Cristiana - Studio Avvocatii Falsetti Franca e Rampotti Cristiana in Roma, via Valle Scrivia, n.37;

nei confronti di

Comune di Formia, in persona del Sindaco, legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Domenico Di Russo, Domenico Trobia, con domicilio eletto presso Florangela Marano in Roma, Piazzale Clodio, n. 61;
Associazione Sportiva Dilettantistica Bandiera Blu, Cerasuolo Sandro, quale titolare Impresa Individuale Charlie Bar;
Societa' Cooperativa Goa, rappresentata e difesa dall'avv. Alberto Vitale, con domicilio eletto presso la Segreteria Sezionale del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;

per la riforma

della sentenza del TAR LAZIO – LATINA, n. 1476/2008, resa tra le parti, concernente ASSENTIMENTO NUOVE CONCESSIONI PER UTILIZZO DI AREE DEMANIALI MARITTIME.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2010 il Cons. Claudio Contessa e udito per la società appellante l'Avv. Dragone in sostituzione dell'Avv. Bortone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La soc. *Ricorrente* s.a.s. riferisce di aver partecipato alla procedura selettiva indetta dal Comune di Formia in seguito alla delibera di Giunta comunale n. 141 del 19

maggio 2007 e finalizzata alla concessione di sette lotti di arenile destinati all'installazione di strutture balneari.

Il bando di gara prevedeva che il criterio di aggiudicazione fosse quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Per quanto concerne l'attribuzione del punteggio (il massimo era pari a cento), il bando di gara prevedeva che esso fosse attribuito sulla base di quattro voci di valutazione denominate *'parametri'*.

In particolare:

1) un primo parametro concerneva la *'predisposizione di apposito piano tecnico-economico di insediamento'* (punteggio massimo: 65/100)

Al fine dell'attribuzione dei 65 punti relativi al parametro in questione, venivano indicati quattro elementi di valutazione, rispettivamente relativi: *a)* alla tipologia dei servizi offerti (punteggio massimo: 20); *b)* al livello occupazionale e alla qualificazione professionale del personale impiegato (punteggio massimo: 20); *c)* alla realizzazione di infrastrutture al servizio dell'area oggetto della richiesta di concessione (punteggio massimo: 20); *d)* all'individuazione di soluzioni gestionali innovative

2) un secondo parametro concerneva la *'elaborazione di un progetto redatto in conformità a quanto previsto nel disciplinare tecnico, allegato [al bando di gara]'* (punteggio massimo: 20/100)

Al fine dell'attribuzione dei 20 punti relativi al parametro in questione, veniva indicato un unico elemento di valutazione della proposta progettuale, a tenore del quale il punteggio sarebbe stato attribuito in base alla valutazione del progetto di insediamento ed al suo inserimento ambientale;

3) un terzo parametro concerneva la voce *'offerta economica'* (punteggio massimo: 5/100)

Al fine dell'attribuzione dei 5 punti relativi al parametro in questione, veniva indicato un unico elemento di valutazione della proposta progettuale, relativo al rialzo offerto, espresso in termini percentuali, rispetto all'importo dell'offerta economica posta a base della gara.

4) l'ultimo parametro di valutazione prevedeva l'attribuzione di un punteggio premiale aggiuntivo, pari a 10 punti, nel caso di domande presentate dai proprietari frontisti delle aree poste a gara.

Risulta agli atti che, una volta costituita la Commissione di gara, questa procedeva – nel corso della seduta dell'11 dicembre 2007 – all'apertura sia dei plichi pervenuti, sia delle tre buste contenute in ciascuno di essi (in particolare, si trattava della busta contenente la documentazione amministrativa, della busta contenente la documentazione tecnica e della busta contenente l'offerta economica).

Al riguardo, la società appellante osserva che, in tale occasione, *“la Commissione si limitava a verificare la regolarità formale della documentazione prodotta dai concorrenti, senza soffermarsi sul contenuto della documentazione tecnica, tale da consentirle di avere una benché minima idea di quella che sarebbe stata la valutazione dell'offerta tecnica (...)”* (ricorso in appello, pag. 2).

Risulta ancora agli atti che, nel corso della seduta del 29 gennaio 2008, la Commissione di gara, ebbe ad operare un'ulteriore articolazione dei criteri di attribuzione del punteggio.

In particolare, la Commissione procedé nell'occasione ad individuare alcune voci di valutazione – per così dire- *‘di terzo livello’* (denominate *‘indicatori’*), ciascuna delle quali forniva gli elementi idonei ad articolare il punteggio all'interno di ciascun elemento di valutazione.

Solo a mo' di esempio, si osserva che all'interno del parametro denominato *‘predisposizione di apposito piano tecnico-economico di insediamento’* – punteggio massimo: 65/100 – vi era l'elemento di valutazione denominato *‘tipologia dei servizi offerti’* –

punteggio massimo: 20/100 -. Ebbene, con l'ulteriore articolazione introdotta dalla Commissione di gara in data 29 gennaio 2008, l'elemento in questione era stato a sua volta scomposto in tre indicatori –*n.b.*: enucleati *ex novo* e non presenti nell'ambito della *lex specialis* -, concernenti rispettivamente: *a*) la densità degli ombrelloni; *b*) l'organizzazione dei servizi medico-sanitari e del servizio di salvataggio e soccorso; *c*) l'offerta di prodotti turistico-ricreativi per la valorizzazione dell'area demaniale di salvataggio e soccorso).

All'esito delle operazioni di gara (e limitando la narrativa alle vicende all'origine del presente ricorso), la Commissione aggiudicava il lotto 13C all'odierna appellante e, con determinazione in data 9 aprile 2008, il competente dirigente di Settore procedeva all'approvazione della graduatoria definitiva.

Le operazioni e gli atti della gara venivano impugnate dinanzi al T.A.R. del Lazio – Sezione staccata di Latina dalla soc. Controinteressata di D.S. Rosa & c. s.n.c. (classificatasi in quinta posizione), la quale ne deduceva l'illegittimità sotto svariati profili.

Con la pronuncia oggetto del presente gravame, il Tribunale pontino accoglieva il ricorso in questione ed annullava le procedure di gara (limitatamente al lotto 13C, di interesse della ricorrente).

Nell'occasione, i primi Giudici osservavano:

- che fosse necessario esaminare dapprima i motivi il cui accoglimento avrebbe determinato l'integrale caducazione della gara e solo successivamente quelli che ne avrebbero determinato la rinnovazione parziale, atteso che la ricorrente aveva articolato secondo tale ordine sequenziale i propri motivi di doglianza;
- che, nel merito, l'operato della Commissione fosse viziato per un evidente *error in procedendo*, per aver proceduto all'articolazione di ulteriori criteri (*rectius*: indicatori) di valutazione una volta che le buste contenenti le offerte tecniche erano state aperte e il relativo contenuto era divenuto astrattamente conoscibile;

- che non potesse giungersi a conclusioni diverse in relazione al fatto che la procedura in parola fosse esclusa dall'ambito di applicazione del c.d. 'codice dei contratti', costituendo invero principio generale di tutte le procedure ad evidenza pubblica (ricadenti o meno nell'ambito puntuale di applicazione del d.lgs. 163 del 2006) quello secondo cui la definizione dei criteri di valutazione, quale ne sia la natura, è preclusa in radice laddove le buste contenenti le offerte siano state aperte, e pertanto ne sia divenuto noto – o conoscibile – il relativo contenuto;
- che, inoltre, fosse fondato il motivo di ricorso relativo all'illegittima composizione della Commissione, atteso che due dei suoi tre membri non erano al tempo dei fatti dipendenti del Comune di Formia, mentre invece il pertinente regolamento comunale per l'attività contrattuale dell'Ente del 2004 (idoneo a dettare la disciplina procedimentale della procedura per cui è causa) impone che le Commissioni giudicatrici siano composte di funzionari di ruolo “*di livello adeguato*”;
- che, infine, non potesse trovare accoglimento la domanda risarcitoria (*rectius*: che essa fosse inammissibile) “*in quanto la rinnovazione della gara conseguente all'annullamento reintegra pienamente la ricorrente ripristinando la sua chance di rendersi aggiudicataria del lotto in contestazione*”.

La pronuncia in questione veniva gravata in sede di appello dalla soc. *Ricorrente* s.a.s., la quale ne lamentava l'erroneità e ne chiedeva l'integrale riforma articolando quattro motivi di censura, rispettivamente rubricati:

- 1) *Error in iudicando et in procedendo – Violazione e falsa applicazione dell'art. 21, l. 6.12.1971, n. 1034 – Inammissibilità del ricorso;*
- 2) *Error in iudicando et in procedendo - Violazione e falsa applicazione dell'art. 21, l. 6.12.1971, n. 1034, del codice della navigazione, del regolamento per la gestione del demanio marittimo, approvato con delibera consiliare del Comune di Formia n. 124 del 17.12.2004, del piano di utilizzazione dell'arenile adottato dal Comune di Formia con delibera consiliare n. 38*

del 28.04.1997 e successivamente approvato con D.P.G.R. del Lazio, n. 645 del 20.09.2000
– *Eccesso di potere – Inesistenza dei presupposti di fatto e di diritto – Contraddittorietà;*

3) Error in iudicando et in procedendo - Violazione e falsa applicazione dell'art. 21, l. 6.12.1971, n. 1034, del codice della navigazione, del regolamento per la gestione del demanio marittimo, approvato con delibera consiliare del Comune di Formia n. 124 del 17.12.2004, del piano di utilizzazione dell'arenile adottato dal Comune di Formia con delibera consiliare n. 38 del 28.04.1997 e successivamente approvato con D.P.G.R. del Lazio, n. 645 del 20.09.2000
– *Eccesso di potere – Inesistenza dei presupposti di fatto e di diritto – Contraddittorietà;*

4) Error in iudicando et in procedendo - Violazione e falsa applicazione dell'art. 21, l. 6.12.1971, n. 1034, del codice della navigazione, del regolamento per la gestione del demanio marittimo, approvato con delibera consiliare del Comune di Formia n. 124 del 17.12.2004, del piano di utilizzazione dell'arenile adottato dal Comune di Formia con delibera consiliare n. 38 del 28.04.1997 e successivamente approvato con D.P.G.R. del Lazio, n. 645 del 20.09.2000
– *Eccesso di potere – Inesistenza dei presupposti di fatto e di diritto – Ingiustizia manifesta;*

Si costituiva in giudizio la soc. Controinteressata s.n.c. di D.S. Rosa & c. , la quale concludeva per la reiezione del gravame.

La medesima società proponeva, altresì, appello incidentale per la riforma del capo della sentenza gravata con cui è stata dichiarata inammissibile la domanda volta al ristoro del danno patrimoniale asseritamente patito in conseguenza della condotta illegittima concretatasi nell'adozione degli atti impugnati in prime cure.

Si costituiva, altresì, in giudizio il Comune di Formia il quale concludeva nel senso della reiezione del gravame.

Con ordinanza n. 639/09 (resa all'esito della Camera di consiglio del giorno 3 febbraio 2009), la Sesta Sezione di questo Consiglio di Stato respingeva l'istanza di sospensione cautelare degli effetti della pronuncia in epigrafe, osservando che “*se pur è vero che nel caso di specie il Codice dei contratti pubblici non è applicabile alle procedure per la concessione di aree demaniali marittime, è altrettanto vero il principio secondo il quale i criteri*

di attribuzione del punteggio debbano essere predeterminati in maniera esaustiva e portati a conoscenza dei concorrenti all'atto di indizione della gara, risponde ad un principio costituzionale di parità di condizioni tra i soggetti invitati ad un confronto concorrenziale?.

All'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2010 i Procuratori delle Parti costituite rassegnavano le proprie conclusioni e il ricorso veniva trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Con il ricorso in epigrafe, la soc. *Ricorrente* s.a.s. (la quale aveva partecipato alla procedura ad evidenza pubblica indetta dal Comune di Formia per l'attribuzione di alcune concessioni demaniali marittime, risultando aggiudicataria di uno dei lotti di arenile messi a gara) chiede l'integrale riforma della sentenza del T.A.R. del Lazio – Sezione staccata di Latina con cui, in accoglimento del ricorso proposto da una controinteressata, è stato disposto l'annullamento degli atti di gara per un *error in procedendo* e per un difetto nella composizione della Commissione.

2. Con il primo motivo di appello, la soc. *Ricorrente* lamenta che sentenza in epigrafe sia erronea e meritevole di riforma per non avere rilevato la tardività del ricorso proposto in prime cure dalla soc. *Controinteressata di D.S. Rosa & c. s.n.c.*

Al riguardo, l'appellante osserva che il T.A.R. avrebbe dovuto tenere in adeguata considerazione la circostanza per cui il vizio procedimentale consistente nell'anticipata apertura delle buste contenenti le offerte delle partecipanti fosse noto alla ricorrente in primo grado già dall'11 dicembre del 2007 (data in cui, alla presenza di un rappresentante della società ricorrente, si erano svolte le operazioni di apertura delle buste), mentre il ricorso introduttivo del primo giudizio era stato notificato solo a grande distanza di tempo e, comunque, solo all'indomani dell'approvazione della graduatoria definitiva (9 aprile 2008).

2.1. Il motivo non può essere condiviso.

Al riguardo il Collegio osserva che l'omessa, immediata impugnazione di un atto della Commissione sospettato di illegittimità non determini l'irricevibilità del

ricorso successivamente proposto avverso il provvedimento conclusivo della fattispecie concorsuale, atteso che deve escludersi l'obbligo di immediata impugnazione delle determinazioni assunte dai seggi di gara le quali non abbiano inciso in modo diretto ed immediato sull'interesse del soggetto a partecipare alla procedura, determinando a suo svantaggio un immediato arresto procedimentale.

Conseguentemente, se in punto di fatto è pacifico che la società ricorrente in primo grado fosse consapevole sin dal dicembre 2007 dell'avvenuta apertura delle buste contenenti le offerte tecniche ed economiche, deve comunque escludersi che gravasse sulla medesima società l'obbligo di procedere alla tempestiva impugnativa delle operazioni in tale occasione poste in essere, difettando nell'occasione il necessario requisito dell'immediata lesività per la società interessata e del verificarsi di un arresto procedimentale a sé sfavorevole.

Ad avviso del Collegio, del resto, non appare condivisibile la tesi secondo cui, in ipotesi quale quella all'origine dei fatti di causa, la lesività connessa all'adozione di atti illegittimi si produrrebbe nella sfera giuridica delle imprese partecipanti per il solo fatto che siano intervenute illegittimità attizie idonee a viziare l'intera procedura di gara (mentre risulterebbe indifferente ai fini dell'individuazione del *terminus a quo* per proporre l'azione di annullamento la circostanza per cui alcun arresto procedimentale si fosse in realtà prodotto nella sfera giuridica dell'interessato al momento del verificarsi delle richiamate illegittimità attizie).

Si ritiene, al riguardo, che laddove si aderisse alla prima delle richiamate opzioni interpretative, l'effetto (non condivisibile) sarebbe quello di introdurre una nozione di interesse rilevante ai fini processuali ricalcata piuttosto sull'oggettiva consistenza delle illegittimità riscontrate, che non sulla concreta idoneità degli atti illegittimi ad incidere in modo pregiudizievole sulla sfera giuridica dei soggetti interessati (*i.e.*: una nozione di interesse difficilmente conciliabile con i caratteri tipici di una

giurisdizione di diritto soggettivo, quale quella propria dell'attuale modello processuale amministrativo).

3. A questo punto, il Collegio ritiene di esaminare il motivo di appello fondato sull'asserita carenza di interesse della società Controinteressata s.n.c. alla proposizione del primo ricorso.

Sotto tale aspetto, l'appellante osserva che il T.A.R. abbia omesso di tenere in adeguata considerazione la circostanza per cui nessuna effettiva utilità potesse essere ritratta dalla ricorrente in primo grado, la quale si era classificata solo in quinta posizione nell'ambito della graduatoria finale e non era stata in grado di dimostrare in modo persuasivo che, a cagione delle presunte illegittimità attizie poste in essere dalla Commissione di gara, essa avrebbe avuto effettive *chances* di conseguire l'aggiudicazione del lotto in contestazione.

3.1. Il motivo in questione non può essere condiviso.

Al riguardo il Collegio si limita ad osservare che (come già anticipato in narrativa), in sede di articolazione e gradazione dei propri *petita*, la soc. Controinteressata avesse attribuito priorità a quelli (in seguito, ritenuti fondati dal T.A.R.) il cui accoglimento avrebbe comportato l'integrale ripetizione della procedura di gara.

Conseguentemente, la società appellata vantava di certo un titolo adeguato a richiedere l'annullamento della procedura di gara, vantando – quanto meno – un interesse immediato e diretto alla sua ripetizione nell'ambito di una quadro di complessiva legittimità in procedendo.

4. Con il secondo motivo di appello, la soc. *Ricorrente* afferma che la sentenza in epigrafe sarebbe meritevole di integrale riforma, atteso che nessuna effettiva violazione dei principi di trasparenza e parità di trattamento concorrenziale fra i partecipanti sarebbe in concreto derivata a seguito dell'apertura delle buste avvenuta nel corso della seduta dell'11 dicembre 2007.

Al riguardo, la società appellante osserva in primo luogo che (nonostante l'avvenuta apertura delle buste concernenti le offerte tecniche ed economiche), la Commissione non avesse proceduto in alcun modo a prendere cognizione del contenuto delle offerte stesse, essendosi piuttosto limitata a verificare la correttezza formale della documentazione fatta pervenire (del resto, sarebbe stato pressoché impossibile per la Commissione acquisire completa conoscenza del contenuto delle - quarantatre - offerte pervenute nel breve volgere delle sette ore in cui si era articolata la seduta dell'11 dicembre 2007).

In secondo luogo, la società appellante lamenta che la sentenza gravata abbia ommesso di valutare la circostanza per cui l'aggiudicazione della gara fosse avvenuta senza l'enucleazione di alcun nuovo o ulteriore criterio. Al contrario, la Commissione si sarebbe limitata (in una fase successiva a quella di apertura delle buste contenenti le offerte) a puntualizzare i criteri tassativamente indicati in sede di *lex specialis*, operando una distribuzione del punteggio a disposizione tra gli indicatori richiamati in premessa.

In tal modo operando, quindi, la Commissione non avrebbe fatto altro che esporre *ex ante* (secondo un *modus procedendi* di cui reclama la legittimità) le ragioni sottese all'attribuzione concreta di ciascun punteggio.

Al riguardo, la società appellante osserva che il carattere vincolato dell'attività nella specie posta in essere dalla Commissione (sulla base di schemi operativi rigidamente prefissati in sede di *lex specialis* di gara) renda applicabile nel caso in questione le previsioni di cui all'art. 21-*octies* della l. 241 del 1990, per la parte in cui stabilisce che “*non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento (...) qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*”

4.1. L'argomento non può essere condiviso.

Al riguardo il Collegio non ritiene di discostarsi dall'orientamento giurisprudenziale (per altro, puntualmente richiamato dalla difesa di Parte ricorrente) secondo il quale la circostanza per cui la Commissione aggiudicatrice abbia proceduto a precisare i criteri di attribuzione dei punteggi già previsti dalla *lex specialis* non risulterebbe ex se illegittima, laddove non si sia concretata in una sostanziale modifica delle regole di partecipazione sancite in sede di bando di gara.

E' stato condivisibilmente affermato al riguardo che anche dopo la soppressione, ad opera dell'art. 1, d.lgs. 11 settembre 2008 n. 152, dell'art. 83, comma 4, ultimo periodo, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (il quale consentiva alle commissioni di gara di fissare, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, i criteri motivazionali per l'attribuzione a ciascun criterio o sottocriterio di valutazione il punteggio tra il minimo ed il massimo indicati nel bando), è da ritenere legittimo l'operato della commissione giudicatrice che, prima dell'apertura delle buste, specifica in sub criteri i punteggi da assegnare con i criteri principali prefissati dal bando ovvero integra questi ultimi ovvero ancora fissa gli opportuni ed adeguati criteri per la modulazione del punteggio da assegnare ad ogni singolo elemento nei limiti del punteggio massimo stabilito nei documenti di gara, peraltro sempre con l'unico, fondamentale ed imprescindibile limite costituito dal divieto di introdurre nuovi e diversi parametri di valutazione (Cons. Stato, Sez. V, sent. 15 febbraio 2010, n. 810).

Il punto è, tuttavia, che nel caso di specie l'enucleazione dei richiamati 'indicatori' all'interno di ciascuno degli elementi di valutazione prefissati in sede di *lex specialis* (oltre a tradursi nell'individuazione di voci valutative dall'indubbia portata innovativa) è pacificamente intervenuta in un momento successivo a quello dell'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche ed economiche, in tal modo determinando un irrimediabile *vulnus* alle esigenze di salvaguardia della trasparenza delle operazioni concorsuali e della *par condicio* fra i partecipanti.

Ed infatti, l'astratta possibilità per cui l'articolazione degli indicatori in parola potesse essere plasmata nell'interesse di taluno dei partecipanti alla gara (partecipanti le cui offerte erano già da tempo state aperte), determina *ex se* una violazione dei richiamati canoni generali i quali devono costituire presidio necessariamente invalicabile per garantire la complessiva legittimità delle operazioni di gara.

Sotto tale aspetto, non occorre acquisire (ai fini della declaratoria di illegittimità e della conseguente caducazione degli atti della procedura) la prova piena in ordine al fatto che le offerte in questione siano state effettivamente conosciute prima della formulazione dei sub-criteri o indicatori di che trattasi, essendo sufficiente la mera conoscibilità delle offerte medesime al fine di infirmare la trasparenza e legittimità della procedura comparativa nel suo complesso.

Al riguardo è rilevante osservare che le buste contenenti le offerte tecniche ed economiche dei partecipanti fossero state aperte già in data 11 dicembre 2007 (e che, a partire da tale data, il relativo contenuto era astrattamente conoscibile dai membri della Commissione), mentre invece l'articolazione dei più volte richiamati indicatori era intervenuta solo ad oltre un mese di distanza (ossia, nella seduta del 28 gennaio 2008).

Il che, come è evidente, attenua ai fini della presente decisione la valenza dell'argomento articolato dalla società appellante, secondo cui sarebbe stato pressoché impossibile per i membri della Commissione prendere adeguata e compiuta conoscenza del contenuto sostanziale delle quarantatre offerte presentate nel corso della sola seduta dell'11 dicembre 2007.

Conseguentemente, la pronuncia in epigrafe deve essere puntualmente confermata per la parte in cui ha osservato che il *modus operandi* seguito dalla Commissione di gara abbia irrimediabilmente compromesso la validità della procedura, essendo stato in concreto violato il principio generale secondo cui la definizione degli

elementi di valutazione delle offerte, quale che ne sia la natura, risulti in concreto preclusa allorché le buste contenenti le offerte siano state aperte e pertanto ne sia divenuto conosciuto (o soltanto conoscibile) il relativo contenuto.

Per le medesime ragioni non può essere condiviso l'argomento secondo cui l'operato della Commissione dovrebbe essere fatto salvo quanto meno in applicazione del c.d. principio di illegittimità non invalidante (art. 21-*octies*. L. 241 del 1990), atteso che il relevantissimo *error in procedendo* appena esaminato non consente in alcun modo di affermare che l'attività della Commissione di gara risultasse in parte qua vincolata, ovvero che il contenuto dispositivo delle determinazioni adottate non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

5. Con un ulteriore motivo di doglianza la soc. *Ricorrente* osserva che la pronuncia in oggetto abbia omesso di tenere in adeguata considerazione la circostanza per cui la particolare procedura comparativa delineata dall'art. 37 cod. nav. (per l'ipotesi di plurime istanze di concessione) non risulti finalizzata a scegliere la migliore offerta in assoluto, bensì l'offerta idonea a soddisfare in modo ottimale all'interesse pubblico sotteso all'avvio della procedura comparativa.

Conseguentemente (ed anche a prescindere dalla pedissequa osservanza delle formalità previste per la presentazione delle offerte), la Commissione di gara godrebbe di ampi margini di discrezionalità nell'individuazione dell'offerta maggiormente idonea al soddisfacimento dell'interesse pubblico, con la conseguenza che le relative determinazioni sarebbero passibili di censura solo laddove si dimostri che l'operato concreto della Commissione non abbia consentito l'adeguato soddisfacimento dell'interesse collettivo.

5.1. L'argomento non può essere condiviso.

Al riguardo il Collegio si limita ad osservare che la necessità per cui l'attribuzione di utilità suscettibili di valutazione economica di fonte pubblica avvenga all'esito di

un confronto concorrenziale non risulta finalizzata alla sola salvaguardia dell'interesse (privato) a che sia garantita la *par condicio* fra i diversi soggetti interessati, risultando altresì finalizzata a tutelare l'indubbio interesse pubblico a che una procedura aperta e trasparente consenta all'Amministrazione di individuare il soggetto il quale fornisca le più ampie garanzie di professionalità serietà ed affidabilità in relazione all'*utilitas* posta in competizione.

Pertanto, la richiamata salvaguardia dell'interesse pubblico (aspetto che riveste un rilievo centrale nell'ambito dell'argomentazione profusa dall'odierna appellante) non potrebbe in alcun modo dirsi soddisfatta all'esito di una serie procedimentale la quale non abbia garantito i necessari canoni di trasparenza e parità di trattamento concorrenziale.

6. La reiezione dell'appello per le ragioni sin qui esposte (e la conseguente conferma della pronuncia in epigrafe per la parte in cui ha caducato l'intera procedura di causa) esime il Collegio dall'esame puntuale dell'ulteriore motivo di appello, relativo al punto della sentenza con cui si è statuito che le operazioni di gara fossero, altresì, illegittime per illegittima composizione della Commissione giudicatrice.

7. Il Collegio ritiene, a questo punto, di esaminare l'appello incidentale proposto dalla soc. *Controinteressata di D.S. Rosa & c. s.n.c.* avverso il capo della sentenza con cui è stata dichiarata inammissibile l'istanza risarcitoria formulata in primo grado.

Come si è anticipato in narrativa, i primi Giudici hanno ritenuto che il ricorso fosse in parte qua inammissibile "*in quanto la rinnovazione della gara conseguente all'annullamento reintegra pienamente la ricorrente ripristinando la sua chance di rendersi aggiudicataria del lotto in contestazione*".

La soc. *Controinteressata s.n.c.* chiede la riforma in parte qua della pronuncia, osservando:

- che l'annullamento della procedura non possa essere considerato pienamente soddisfacente del proprio interesse in quanto non è neppure detto che l'Amministrazione si risolverà nel senso di ripetere la procedura di gara;
- che *“comunque, anche l'eventuale determinazione dell'Amministrazione comunale di rinnovare la gara per l'assegnazione delle concessioni demaniali marittime interverrà a distanza di tempo, con conseguente pregiudizio per l'appellante che vedrà ulteriormente ritardata la possibilità di ottenere l'aggiudicazione della concessione demaniale per cui aveva partecipato alla gara”*;
- che, nel caso di specie, l'annullamento degli atti della procedura e i gravi profili di illegittimità che ne hanno determinato la caducazione, palesi la sussistenza di tutti i presupposti per la configurazione dell'illecito foriero di danno risarcibile (con particolare riguardo al requisito della colpa dell'Amministrazione);
- che nel caso di specie dovrebbe essere quanto meno riconosciuto all'appellante il danno c.d. da *‘contatto amministrativo qualificato’*, diretto a tutelare l'affidamento ingenerato dal rapporto procedimentale intercorso fra l'Amministrazione e il privato e prescindente dalla sicura acquisizione del bene della vita.

7.1. Il motivo in questione non può trovare accoglimento.

Al riguardo, il Collegio osserva che, come osservato in narrativa (e come correttamente rilevato dai primi Giudici), era stata la stessa ricorrente in primo grado ad articolare e gradare i propri *petita* nel senso di conferire priorità a quelli che – laddove accolti – avrebbero determinato l'integrale ripetizione della procedura rispetto a quelli che – laddove accolti – avrebbero comportato la rinnovazione solo parziale della gara e, verosimilmente, l'aggiudicazione in proprio favore.

Si tratta di un'opzione del tutto legittima per ciò che attiene le scelte circa la disponibilità del rapporto processuale, ma che – tuttavia – determina conseguenze sul crinale risarcitorio in toto riconducibili alle scelte processuali della parte.

Sotto tale aspetto si osserva che, una volta accertato che l'originaria ricorrente avesse anteposto il *petitum* volto alla caducazione e successiva ripetizione della gara in questione, effettivamente il suo interesse risulterà realizzato con la caducazione in sede giurisdizionale della procedura contestata.

Per quanto concerne, poi, il rischio che l'Amministrazione, a seguito dell'annullamento della procedura, si determini non già nel senso della sua ripetizione, bensì nel senso di desistere da ogni iniziativa concorsuale, si osserva che l'opzione in questione rappresenti una legittima scelta demandata all'Amministrazione, il cui verificarsi non potrebbe *ex se* configurare una condotta illecita foriera di danno. Ad ogni modo, anche in questo caso dovrebbe ritenersi imputata al fatto proprio dell'appellante incidentale (trasfuso in una legittima quanto particolare scelta processuale) l'assunzione del rischio che l'Amministrazione, a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale della procedura di gara, si determini nel senso di non reindire la medesima procedura.

Si osserva, ancora, che (per ciò che attiene l'asserito danno da ritardo nel conseguimento dell'*utilitas* consistente nell'aggiudicazione del lotto in contestazione), esso risulti comunque prospettato in maniera solo ipotetica, con la conseguenza che non risultino sussistenti i presupposti certi per configurare la sussistenza di un danno risarcibile.

Per quanto attiene, infine, all'ipotizzata sussistenza di un danno da '*contatto sociale qualificato*', il Collegio osserva:

- che tale tesi risulti tributaria di un approccio (quello volto ad ascrivere la responsabilità civile dell'Amministrazione entro l'alveo della responsabilità contrattuale *ex art. 1218 cod. civ.*) ormai superato dall'evoluzione giurisprudenziale amministrativa degli anni più recenti;
- che al modello della c.d. '*responsabilità da contatto sociale qualificato*' viene solitamente fatto ricorso al solo fine di risolvere questioni relative al regime giuridico della

responsabilità (es.: onere della prova in ordine al requisito della colpa) e non – come invece richiesto dall'appellante incidentale – al fine di individuare autonomi profili di illecito foriero di danno quale conseguenza pressoché automatica dell'episodio di annullamento attizio

Conseguentemente, la sussistenza di un danno risarcibile non può essere affermata neppure sulla base della prospettazione da ultimo richiamata.

8. Il Collegio ritiene, infine, di esaminare il motivo di appello incidentale concernente il capo della sentenza relativo alla compensazione delle spese di giudizio.

Al riguardo, l'appellante incidentale osserva che la decisione in epigrafe (la quale ha motivato la scelta sulla base della formula “*sussistono giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese di giudizio*”) risulterebbe violativa della previsione di cui al secondo comma dell'art. 92, c.p.c. (nella formulazione *ratione temporis* rilevante), secondo cui la scelta di disporre la compensazione delle spese di lite per ‘*giusti motivi*’ dovrebbe essere adeguatamente motivata dal Giudice attraverso l'esplicita indicazione delle relative ragioni in sede motiva.

In secondo luogo, l'appellante incidentale lamenta l'omessa condanna dell'Amministrazione soccombente alla rifusione del contributo unificato, atteso che il secondo periodo del comma 6-*bis* dell'art. 13, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (come introdotto ad opera del comma 4 dell'articolo 21, d.l. 4 luglio 2006, n. 223) stabilisce che “*l'onere relativo al pagamento [del contributo unificato] è dovuto in ogni caso alla parte soccombente, anche nel caso di compensazione giudiziale delle spese e anche se essa non si è costituita in giudizio*”.

8.1. Il motivo non può trovare accoglimento.

Al riguardo, il Collegio osserva che, al di là del carattere ‘di stile’ della motivazione utilizzata dai primi Giudici al fine di giustificare la compensazione delle spese, la decisione in questione risultasse certamente giustificata sulla base della parziale

soccombenza (puntualmente motivata) riportata dalla ricorrente in primo grado in relazione alla domanda risarcitoria (in tal modo, anche a prescindere dalla perspicuità delle formule utilizzate, i primi Giudici non sembrano aver violato in modo sostanziale la previsione di cui al richiamato secondo comma dell'art. 92, c.p.c. – nella formulazione al tempo vigente – secondo cui “*se vi è soccombenza reciproca o concorrono altri giusti motivi (...) il Giudice può compensare, parzialmente o per intero, le spese fra le parti*”).

Per quanto concerne, infine, il presunto vizio della pronuncia gravata consistente nell'omessa esplicitazione dell'obbligo (direttamente rinveniente dal testo unico sulle spese di giustizia) di porre l'onere a carico dell'Amministrazione soccombente in relazione alla domanda principale, il Collegio osserva che la lamentata omissione non sussista in concreto.

Ciò, in quanto l'accollo del pagamento del contributo unificato a carico della parte soccombente non costituisce comunque un effetto della statuizione del giudice sul capo delle spese, rappresentando piuttosto un effetto diretto della richiamata disposizione normativa (comma 6-*bis* dell'art. 13, d.P.R. 115 del 2002).

9. In base a quanto esposto, il ricorso in appello deve essere respinto, così come il ricorso incidentale proposto dalla soc. Controinteressata s.n.c. di D.S. Rosa & c..

Il Collegio ritiene che sussistano giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio, anche in considerazione della soccombenza della soc. *Controinteressata* s.n.c. in relazione al ricorso incidentale relativo al capo risarcitorio della pronuncia oggetto di gravame..

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, respinge il ricorso principale e respinge il ricorso incidentale.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2010 con
l'intervento dei Signori:

Claudio Varrone, Presidente

Domenico Cafini, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/05/2010

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

Il Dirigente della Sezione