

N. 00414/2013 REG.PROV.COLL.
N. 00382/2010 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 Friuli Venezia Giulia
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 382 del 2010, proposto da:
Presotto Impianti s.r.l. e Elpo s.r.l., in persona dei rispettivi legali
rappresentanti p.t., entrambe rappresentate e difese dagli avv.ti
Michele Steccanella, Lorenzo Botteon e Giuseppe Sbisa', con
domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Trieste, via
Donota 3;

contro

Interporto - Centro Ingrosso di Pordenone s.p.a., in persona del
legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Gianni
Zgagliardich, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo in
Trieste, via Filzi 4;

nei confronti di

Grimel s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e

difesa dagli avv.ti Antonio Tita, Piero Costantini e Maurizio Consoli, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Trieste, via Coroneo 5;

e con l'intervento di

PVB Solutions s.p.a. (già Energy Service s.r.l.), in proprio e quale capogruppo mandataria della A.T.I. costituenda con la società SATA Energy s.p.a. (mandante), rappresentata e difesa dagli avv.ti Pietro Adami e Federico Rosati, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Trieste, via Donota 3;

per l'annullamento

A) -del bando di gara dd. 5.3.2010 e dell'allegato disciplinare di gara, nonché dell'errata corrige dd. 12.3.2010, emanati dalla società "Interporto"-Centro Ingrosso di Pordenone spa" aventi ad oggetto l'appalto per la "fornitura di pannelli fotovoltaici e realizzazione di un impianto di produzione elettrica mediante conversione fotovoltaica, compresa la progettazione costruttiva;

-di tutti gli atti e verbali di gara, ed in particolare dei verbale n. 1 dd. 23.4.2010, n. 2 dd. 4.5.2010, n. 3 dd. 5.5.2010, n. 4 dd. 6.5.2010, n. 5 dd. 7.5.2010, n. 6 dd. 10.5.2010, n. 7 dd. 11.5.2010, n. 8 dd. 13.5.2010, n. 9 dd. 14.5.2010, n. 10 dd. 17.5.2010, nonché del verbale n. 11 dd. 18.5.2010 di formazione della graduatoria finale dei concorrenti e di aggiudicazione provvisoria della gara;

-del provvedimento dd. 4.6.2010, comunicato con nota 9.6.2010, prot. n. 224/2010, con il quale il Presidente della Interporto-Centro

Ingrosso di Pordenone spa ha disposto di aggiudicare in via definitiva alla società Grimel l'appalto di cui trattasi;

-di tutti gli atti rispetto ad essi presupposti;

B) -del risarcimento in forma specifica e/o equivalente - previa declaratoria di inefficacia dell'eventuale contratto che sarà sottoscritto con l'aggiudicataria - del danno ingiusto subito dalle ricorrenti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della società Interporto - Centro Ingrosso di Pordenone s.p.a. e della società Grimel s.r.l.;

Visto l'intervento ad adiuvandum della società PVB Solutions s.p.a. (già Energy Service s.r.l.), in proprio e quale capogruppo mandataria della A.T.I. costituenda con la società SATA Energy s.p.a. (mandante);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 luglio 2013 la dott.ssa Manuela Sinigoi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1) Con ricorso consegnato per la notifica il 9 luglio 2010 e depositato

il successivo 16 luglio, le società Presotto Impianti s.r.l. e Elpo s.r.l. chiedevano a questo Tribunale Amministrativo Regionale l'annullamento, previa sospensione cautelare, degli atti in epigrafe indicati relativi all'appalto per la "fornitura di pannelli fotovoltaici e realizzazione di un impianto di produzione elettrica mediante conversione fotovoltaica (compresa la progettazione costruttiva), indetto dalla società Interporto – Centro ingrosso di Pordenone s.p.a., nonché il risarcimento in forma specifica e/o per equivalente – previa declaratoria di inefficacia dell'eventuale contratto nel frattempo sottoscritto con l'aggiudicataria Grimel s.r.l. – del danno ingiusto asseritamente subito a causa e in conseguenza dell'attività provvedimento illegittima posta in essere dalla s.a..

1.1) Le ricorrenti, che ambivano ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto e/o la rinnovazione dell'intera procedura di gara, lamentavano l'ingiustificatezza ed irragionevolezza o, comunque, l'incomprensibilità dei punteggi attribuiti all'aggiudicataria in relazione agli elementi tecnici e qualitativi, la mancanza, nella lex specialis di gara, dell'indicazione dei criteri valutativo/motivazionali per l'attribuzione del punteggio, nonché l'erronea qualificazione dell'appalto medesimo come appalto di "forniture", anziché di "lavori", con tutto ciò che ne consegue anche in relazione al possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale.

1.2) Il gravame era articolato nei seguenti motivi di diritto:

1. Violazione di legge (art. 83 d.lgs. n. 163/2006). Violazione dei

principi di imparzialità, correttezza e trasparenza, ed eccesso di potere per contraddittorietà ed irragionevolezza manifeste. Violazione di legge (art. 3 l. n. 241/1990) ed eccesso di potere per difetto di motivazione. Illegittimità derivata.

2. Violazione di legge (artt. 14, 15, 40, 90 e ss. e 111 del d.lgs. n. 163/2006; artt. 73, 60 e ss. d.P.R. n. 554/1999). Illegittimità derivata.

2) Con memoria depositata in data 4 agosto 2010, la PVB Solutions s.p.a. (già Energy Service s.r.l.), in proprio e quale capogruppo-mandataria dell'A.T.I. costituenda con la società Sata Energy s.p.a., classificatesi al secondo posto nella graduatoria di merito, si costituiva in giudizio ad adiuvandum, limitatamente alla domanda di annullamento degli atti impugnati e conseguente riedizione della procedura.

3) Si costituivano, inoltre, per resistere al ricorso l'aggiudicataria/controinteressata Grimel e l'Amministrazione aggiudicatrice, eccependo entrambe, in via preliminare, l'inammissibilità dell'impugnazione, per carenza d'interesse, nella parte in cui le esponenti contestavano la valutazione dell'offerta dell'aggiudicataria medesima, visto che la costituenda ATI ad esse riferibile era giunta solo terza ed esse non avevano mosso censure alla valutazione dell'offerta delle seconde classificate, nonché la tardività del gravame avverso la lex specialis di gara, che, a loro avviso, andava proposto immediatamente e non dopo l'aggiudicazione e rispetto al quale ritenevano che le ricorrenti

avessero, comunque, prestato acquiescenza.

Nel merito ne contestavano, in ogni caso, la fondatezza, ritenendo, da un lato, sufficientemente determinati i criteri motivazionali e correttamente valutate le offerte dell'aggiudicataria e delle ricorrenti, e dall'altro, comunque prevalente l'aspetto della fornitura rispetto a quello dei lavori.

4) All'esito dell'udienza camerale del 31 agosto 2010, il Tribunale, con ordinanza cautelare n. 177/2010, non impugnata, respingeva l'istanza incidentale di sospensione dei provvedimenti impugnati, ritenendo che "pur essendo ravvisabili elementi di fondatezza del ricorso, in sede cautelare debba prevalere, nella comparazione degli interessi contrapposti, l'interesse pubblico alla prosecuzione ed alla esecuzione delle opere oggetto dell'appalto in questione".

5) Le parti depositavano documenti e memorie.

6) La causa veniva chiamata alla pubblica udienza del 10 luglio 2013 e, all'esito della discussione, trattenuta in decisione.

7) Va, innanzitutto, dato atto dell'inammissibilità dell'intervento ad adiuvandum spiegato dalla PVB Solutions s.p.a. (già Energy Service s.r.l.), in quanto nel giudizio amministrativo di carattere impugnatorio ammettere l'intervento litisconsortile in parte actoris comporterebbe, a vantaggio dell'interventore, l'elusione del termine decadenziale di impugnazione dell'atto.

7.1) Per giurisprudenza costante, nel processo amministrativo l'intervento ad adiuvandum, la cui finalità è sostenere le ragioni del

ricorrente, è, infatti, ammissibile se ed in quanto l'interveniente risulti titolare di un interesse di fatto dipendente da quello azionato in via principale o ad esso accessorio, che gli consente di ritrarre un vantaggio indiretto e riflesso dall'accoglimento del ricorso (Cons. Stato, Sez. IV, 8 giugno 2010, n. 3589; Sez. V, 3 dicembre 2009, n. 7589; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 6 settembre 2012, n. 1471; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, sentenza 4 febbraio 2011, n. 354).

È, invece, inammissibile l'intervento ad adiuvandum spiegato da un soggetto ex se legittimato a proporre il ricorso in via principale, in quanto in tale ipotesi l'interveniente non fa valere, come è tipico per l'istituto dell'intervento, un interesse di mero fatto, bensì un interesse personale all'impugnazione dell'atto gravato in via principale, immediatamente lesivo della sua posizione giuridica e, come tale, direttamente impugnabile nei prescritti termini di decadenza (T.A.R. Molise, Campobasso, Sez. I, 9 marzo 2012, n. 92; T.A.R. Veneto, Sez. III, 8 marzo 2012, n. 333; TAR Lazio, Sez. II, 2 febbraio 2010, n. 1413).

7.2) Poiché la società interveniente, in proprio e in qualità di capogruppo-mandataria dell'ATI costituenda con la SATA Energy s.p.a., partecipante e seconda classificata alla gara oggetto di gravame, era titolare essa stessa – al pari delle odierne ricorrenti – dell'interesse all'impugnazione degli atti della procedura concorsuale da azionarsi nei termini decadenziali di legge (anche, occorrendo, mediante contestazione diretta del provvedimento di aggiudicazione),

l'intervento in esame, pacificamente proposto a termini d'impugnazione scaduti, dev'essere dichiarato inammissibile.

7.3) Tale declaratoria vale, peraltro, ad esimere il Collegio dal valutare l'incidenza sul processo del fallimento della società SATA Energy s.p.a., mandante dell'ATI (costituenda) classificatasi al II posto.

7.3.1) Al riguardo, va, in ogni caso, evidenziato che: a) tale società non è parte del presente giudizio, né può essere ritenuta parte necessaria del giudizio impugnatorio, laddove, come nella fattispecie in esame, non sia in discussione la valutazione della offerta dell'ATI ad essa riferibile, con conseguente irrilevanza del suo fallimento; b) la sopravvenuta improcedibilità della azione impugnatoria (rispetto alla quale sola la società capogruppo-mandataria dell'ATI II classificata aveva spiegato l'intervento), appalesa, comunque, l'inutilità di interrompere il relativo giudizio.

8) In secondo luogo, va dato atto che la fornitura ed i lavori oggetto d'appalto sono stati già interamente completati, derivandone che in capo alle ricorrenti non è più ravvisabile l'azionato interesse alla caducazione dell'aggiudicazione e/o dell'intera procedura di gara, ma, unicamente, quello risarcitorio.

8.1) Le illegittimità denunciate vanno, dunque, scrutinate al solo fine da ultimo evidenziato, anche allo scopo di determinare, in caso di sussistenza degli elementi della fattispecie risarcitoria, il tipo di risarcimento spettante alle ricorrenti tra quelli dalle medesime invocati (per mancato guadagno per la mancata aggiudicazione o per

la perdita della chance di aggiudicazione e/o, come richiesto con la memoria depositata in prossimità dell'udienza pubblica, per il danno curriculare e per le spese inutilmente sostenute per la partecipazione alla gara).

9) In via preliminare, devesi, tuttavia, convenire con l'Amministrazione aggiudicatrice e con la controinteressata circa la carenza d'interesse delle ricorrenti a contestare in via diretta l'aggiudicazione disposta a favore della società Grimel, dato che le medesime, non avendo censurato la valutazione concernente l'offerta delle seconde classificate, non avrebbero potuto in alcun modo conseguire l'utilitas dell'aggiudicazione.

9.1) Secondo la giurisprudenza dominante (ex multis C.G.A. 12 marzo 2012, n 301), “nel processo amministrativo l'interesse a ricorrere costituisce condizione dell'azione consistente nella utilità concreta, eventualmente anche solo morale, che il ricorrente, nella situazione giuridica e di fatto in cui versa, si ripromette di ottenere dall'accoglimento del ricorso: ne consegue che, ove siffatta utilità non sia oggettivamente configurabile, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile anche d'ufficio”, come, peraltro, ora stabilisce espressamente l'art. 35, comma 1, lettera b), del codice del processo amministrativo.

Il ricorso giurisdizionale, per essere ammissibile, deve, dunque, presentarsi come “astrattamente idoneo a far conseguire - in termini di attualità - il vantaggio che il ricorrente si prefigge con la

proposizione della domanda”.

Al riguardo la giurisprudenza ha evidenziato che il requisito dell'attualità dell'interesse può venire in rilievo sotto due differenti profili.

Per un verso, infatti, l'attualità ha riferimento al momento in cui si verifica la lesione: in questo senso non è ammesso il ricorso avverso un atto che non leda immediatamente l'interesse del ricorrente, potendo la lesione derivare da avvenimenti futuri o da atti applicativi di quello impugnato.

Per altro verso, il requisito dell'attualità deve riferirsi al vantaggio o utilità che il ricorrente tende a conseguire.

In questo ultimo senso la costante giurisprudenza amministrativa ritiene il ricorso inammissibile per difetto di interesse allorché tale utilità non possa derivare al ricorrente immediatamente dall'accoglimento dell'impugnativa, essendo, invece, necessari a tale fine una serie ulteriore di eventi futuri ed incerti.

Applicando questi costrutti interpretativi al settore delle gare d'appalto, è stato perciò affermato che il soggetto terzo graduato all'esito di una procedura di gara ha interesse ad impugnare gli atti della procedura e la relativa aggiudicazione solo nel caso in cui le censure da lui dedotte sono tali da determinare, in caso di accoglimento del ricorso, l'utilità strumentale della rinnovazione dell'intera procedura o quella finale dell'aggiudicazione in suo favore. (cfr. C.d.S., V, n. 101 del 2009).

9.2) Ciò premesso, nel caso all'esame, la censura diretta ad ottenere il subentro delle ricorrenti nella aggiudicazione, investiva esclusivamente la valutazione dell'offerta dell'impresa prima in graduatoria, ma, in nessun modo, quella delle società seconde classificate.

Senonché, dal momento che l'ATI costituenda tra le ricorrenti si era classificata in realtà al terzo posto nella graduatoria, la mancata contestazione nei confronti del soggetto secondo graduato implica (va) de plano l'inesistenza di un attuale interesse delle ricorrenti medesime alla contestazione della posizione dell'aggiudicataria.

Conseguentemente l'impugnazione non si presentava, in parte qua, come astrattamente idonea a far conseguire alcuna utilità alle ricorrenti.

9.3) Nessun risarcimento a titolo di mancato guadagno per mancata aggiudicazione può, dunque, essere invocato dalle ricorrenti.

10) Quanto all'eccezione tardività dell'impugnazione della lex specialis di gara pare, invece, al Collegio sufficiente rilevare che l'onere di immediata impugnazione delle clausole della stessa ritenute illegittime sussiste solo con riferimento alle clausole idonee a generare una lesione immediata e diretta della situazione soggettiva dell'interessato ovvero con riferimento alle sole clausole cd. "escludenti" e a quelle che impediscono – indistintamente a tutti i concorrenti – una corretta, e consapevole, elaborazione della propria proposta economica (come nel caso in cui ricorrano regole che

rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile; disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta; condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente; imposizione di obblighi *contra ius*; gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta ovvero quando siano presenti formule matematiche del tutto errate, etc.) (Consiglio di Stato, Ad. Plen. n. 4/2011 e n. 1/2003 e, più di recente, Sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671).

10.1) Nel caso di specie deve, tuttavia, escludersi che le clausole in questione rivestissero tale natura, come dimostra la circostanza che le ricorrenti - che pur hanno partecipato alla gara - appuntano la loro attenzione sul pregiudizio subito a causa della mancata previa indicazione di oggettivi criteri valutativo/motivazionali e dell'erronea qualificazione dell'appalto quale "fornitura", con la conseguenza che la lesione dalle medesime lamentata è da ritenersi concretizzata appena con il provvedimento di aggiudicazione gravato, che ha definito il relativo procedimento. Ne deriva che il termine per impugnare anche gli atti di gara non può che decorrere dalla conoscenza di tale provvedimento.

Sotto il profilo in esame, poiché il ricorso è stato consegnato per la

notifica entro il termine di 30 giorni dalla conoscenza dell'esito di gara, nel rispetto delle disposizioni all'epoca vigenti (articolo 245 del decreto legislativo n. 163 del 2006, come modificato dall'art. 8, comma 2-quinquies, del D.Lgs. 20 marzo 2010, n. 53, in vigore dal 27 aprile 2010), deve essere affermata la tempestività ed ammissibilità dell'impugnazione delle clausole del bando, che hanno manifestato la propria lesività proprio a seguito della conclusione del procedimento di gara (cfr. Cons. St., Sez. V, 18 ottobre 2002, n. 5776; id, 15 novembre 2001, n. 5840; id., 28 agosto 2001, n. 4529; id, 27 giugno 2001, n. 3507; C.G.A., 3 dicembre 2001, n. 6351).

10.2) Né, del resto, può ritenersi che la formulazione dell'offerta, malgrado le condizioni derivanti dalle clausole impugnate, e la partecipazione alla gara possa precludere alle ricorrenti di impugnarne la legge regolatrice, poiché secondo il costante orientamento della giurisprudenza la partecipazione alla gara non comporta acquiescenza alle clausole illegittime

Al riguardo, pare, invero, utile ricordare, in via generale, che non appare possibile configurare una rinuncia preventiva alla tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo, effettuata prima della concreta lesione di quest'ultimo, ossia nel momento in cui, non essendo ancora attuale la lesione stessa, lo strumento di tutela non è ancora azionabile.

Costituisce, invero, pacifico insegnamento giurisprudenziale quello secondo il quale sussiste acquiescenza ad un provvedimento

amministrativo solo nel caso in cui ci si trovi in presenza di atti, comportamenti o dichiarazioni univoci, posti liberamente in essere dal destinatario dell'atto, che dimostrino la chiara ed incondizionata (cioè non rimessa ad eventi futuri ed incerti) volontà dello stesso di accettarne gli effetti e l'operatività; con la conseguenza di escludere la possibilità di affermare la sussistenza dell'acquiescenza per mera presunzione, non potendosi in tal caso trovare univoco riscontro della volontà dell'interessato di accettare tutte le conseguenze derivanti dall'atto amministrativo (cfr. Cons. St., Sez. IV, 20 dicembre 2000, n. 6848; id., Sez. V, 26 ottobre 1998, n. 1544; C.G.A., 19 febbraio 1998, n. 50).

Con riferimento specifico ai contratti ad evidenza pubblica si è, in particolare, osservato come la partecipazione alla procedura di gara non configuri, di per sé, acquiescenza alle clausole del bando, le quali, anzi, possono essere impugnate solo dopo avere concretamente dimostrato non solo la volontà di partecipare alla procedura selettiva (cfr. Cons. St., Sez. V, 10 febbraio 2000, n. 734; id., 27 giugno 2001, n. 3507), ma la lesione attuale e concreta dell'interesse legittimo azionato.

10.3) Le censure con cui le società ricorrenti denunciano la mancata previa indicazione di criteri valutativo/motivazionali per la valutazione dell'offerta e l'erronea qualificazione dell'appalto come appalto di "forniture", oltre ad essere state tempestivamente proposte, sono da ritenersi, inoltre, sicuramente ammissibili, non

essendovi dubbio che le ricorrenti medesime sono (o, meglio, erano all'epoca della proposta impugnazione ovvero al momento al quale va riferito lo scrutinio delle illegittimità denunciate ora ripercorso ai soli fini risarcitori) titolari di un "interesse strumentale", vale a dire di un interesse legittimo volto a conseguire una nuova chance per ottenere il bene della vita agognato attraverso la rinnovazione della gara.

11) Nel merito, è meritevole di accoglimento il motivo d'impugnativa con cui è stata dedotta la violazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006.

11.1) Tale articolo stabilisce, al comma 4, che il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi.

La scelta del legislatore trova, invero, giustificazione nell'esigenza di ridurre gli apprezzamenti soggettivi della commissione giudicatrice, garantendo in tal modo l'imparzialità delle valutazioni nell'essenziale tutela della par condicio tra i concorrenti, i quali sono messi tutti in condizione di formulare un'offerta che consenta di concorrere effettivamente all'aggiudicazione (ex multis: Cons. St., IV, 12 giugno 2012, n. 3445; Cons. St., III, 1 febbraio 2012, n. 514; T.A.R. Lazio, Roma, II, 19 ottobre 2012, n. 8695).

L'eventuale articolazione dei criteri valutativi previsti dal bando in sub-criteri, cui assegnare sub-pesi o sub-punteggi, va, quindi, stabilita dalla stazione appaltante ed indicata nel bando e/o disciplinare di

gara e non può essere stabilita dalla commissione dopo la presentazione delle offerte, sia pure prima della loro apertura.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. I, con sentenza 24 gennaio 2008 n. C. 532/06, ha, del resto, evidenziato che gli offerenti devono essere posti su un piano di parità durante l'intera procedura, il che comporta che i criteri e le condizioni che si applicano a ciascuna gara debbano costituire oggetto di un'adeguata pubblicità da parte delle amministrazioni aggiudicatrici.

Ha dichiarato, infatti, che l'art. 36, comma 2, della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992 92/50/CEE, letto alla luce del principio di parità di trattamento degli operatori economici e dell'obbligo di trasparenza che ne discende, osta a che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione, l'amministrazione aggiudicatrice determini in un momento successivo coefficienti di ponderazione e sottocriteri per i criteri di aggiudicazione menzionati nel capitolato d'onere o nel bando di gara.

11.2) Peraltro - atteso che l'ultimo periodo dell'art. 83, comma 4, aveva previsto il potere/dovere della commissione giudicatrice di fissare in via generale, prima dell'apertura delle buste, i criteri motivazionali cui attenersi per attribuire a ciascun criterio e sub-criterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando - la Commissione Europea, con lettera di contestazione del 30 gennaio 2008, ha rilevato che la previsione della possibilità di fissare i criteri motivazionali dei punti attribuiti alle

offerte che non era previsto nei documenti di gara sembra contrario al principio di parità di trattamento fissato dalle direttive 2004/19/CE e 2004/17/CE e ciò in quanto, al fine di garantire il rispetto del principio di parità di trattamento, tutti i criteri che saranno utilizzati per l'aggiudicazione dell'appalto devono essere messi a disposizione dei concorrenti prima che essi formulino le proprie offerte, in modo da permettere loro di tenerne conto.

Conseguentemente, il d.lgs n. 152 del 2008, c.d. terzo correttivo al codice dei contratti pubblici, ha provveduto ad abrogare l'ultimo periodo dell'art. 83, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006, stralciando, di fatto, quella parte della norma che, all'origine, prevedeva il potere/dovere della commissione giudicatrice di fissare i criteri motivazionali prima dell'apertura delle buste.

11.3) Nella fattispecie in esame la società Interporto – Centro Ingrosso di Pordenone s.p.a. aveva bandito una gara d'appalto, con importo a base d'asta di € 7.000.000,00, IVA esclusa, per l'affidamento della fornitura di pannelli fotovoltaici e realizzazione di un impianto di produzione di energia elettrica mediante conversione fotovoltaica, compresa la progettazione costruttiva, da aggiudicarsi con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, calcolata con il metodo aggregativo - compensatore, sulla base dei criteri e del relativo peso ponderale stabiliti dal bando e degli ulteriori “sub-elementi di valutazione, sub-pesi ponderali nonché criteri motivazionali riportati” nel disciplinare di gara ad esso allegato,

prevedendo l'assegnazione di un punteggio massimo di 100 punti, di cui massimo 20 punti per il prezzo e massimo 80 punti per l'offerta tecnica (di cui 40 per qualità dei componenti, 25 per pregio tecnico, 10 per qualità/garanzie delle manutenzioni, 5 per il tempo di esecuzione).

11.3.1) Contrariamente a quanto stabilito nel bando ed anche nello stesso disciplinare di gara, laddove, all'ultimo capoverso del pt. 3 "Criteri di valutazione delle offerte" (pagina 13), afferma che "i criteri motivazionali cui la commissione si atterrà per attribuire a ciascun elemento e sub-elementi di valutazione qualitativa sono stati riportati in calce ad ogni elemento che l'offerta tecnica deve soddisfare", nella lex specialis di gara non erano stati assolutamente specificati i criteri cui avrebbe dovuto essere informata l'attività valutativa della commissione giudicatrice, essendosi, invero, soffermata la s.a. unicamente a dettagliare gli aspetti oggetto di valutazione (cd. "sub-elementi di valutazione") e il sub-peso ponderale massimo a ciascuno di essi attribuibile e a stabilire che l'attribuzione dei coefficienti per ciascun elemento e sub-elemento di valutazione sarebbe avvenuta sulla scorta dei criteri colà indicati, senza ancorare, pur tuttavia, la valutazione ad una predeterminazione della graduazione e/o delle diverse caratteristiche che lo contraddistinguono, con la conseguenza che la amministrazione aggiudicatrice ha indebitamente attribuito un notevole potere discrezionale alla commissione giudicatrice.

11.3.2) Al riguardo va evidenziato, infatti, che la semplice previsione di elementi e sub elementi di valutazione non equivale alla predisposizione di criteri di valutazione e, conseguentemente, a soddisfare i requisiti motivazionali richiesti, laddove, come nel caso di specie, la valutazione sia stata esternata mediante l'attribuzione di un punteggio numerico, perché è diversa la funzione dei due parametri.

L'elemento di valutazione integra il dato qualitativo o quantitativo che la commissione deve prendere in esame, mentre i criteri e i sub criteri di valutazione definiscono le regole tecniche e i canoni razionali da seguire nella formulazione del giudizio.

L'indicazione preferenziale accordata agli elementi qualitativi di ciascuna offerta deve essere, tuttavia, ragguagliata a predeterminati indici (prevedenti, di norma, una graduazione di punteggi rapportata ai diversi livelli di soddisfazione dell'elemento qualitativo oggetto di valutazione) o caratteristiche, così da rendere di per sé evidente l'iter logico seguito nella valutazione sotto il profilo tecnico (ex multis Consiglio di Stato, sez. III, 11 marzo 2011, n. 1583; Consiglio di Stato, sez. V, 17 gennaio 2011, n. 222; Consiglio di Stato, sez. V, 03 dicembre 2010, n. 8410; Consiglio di Stato, sez. V, 11 maggio 2007, n. 2355; Consiglio di Stato, sez. V, 29 novembre 2005, n. 6759; Tar Lombardia Milano, sez. III, 10 dicembre 2009, n. 5306).

11.3.3) A nulla rileva, peraltro, che, nel caso di specie, la s.a. abbia previsto di utilizzare, per l'attribuzione dei coefficienti agli elementi

“qualità”, “pregio tecnico” e “manutenzioni e assistenza tecnica/garanzia post collaudo”, il metodo del confronto a coppie, dato che la previsione di siffatto metodo può valere, unicamente, ad attenuare l'onere di dettagliare i criteri motivazionali, ma non ad escluderlo del tutto.

Tale metodo non influisce, infatti, in alcun modo sulle regole proprie della motivazione in relazione alle valutazioni tecniche espresse dalla stazione appaltante (cfr. Consiglio di stato, sez. V, 14 ottobre 2009, n.

6311; Consiglio di stato, sez. V, 31 agosto 2007, n. 4543; Consiglio di stato, sez. V, 06 maggio 2003, n. 2379; T.A.R. Campania Napoli, sez. II, 30 giugno 2008, n. 6460; T.A.R. Emilia Romagna Bologna, sez. I, 14 gennaio 2009, n. 15).

Anzi, proprio la circostanza che nel confronto a coppie la discrezionalità dell'amministrazione sia particolarmente ampia rafforza il dovere motivazionale della commissione giudicatrice, al fine sia di evitare che la discrezionalità degradi in arbitrio, sia di garantire un efficace controllo anche giurisdizionale proprio in un caso in cui il potere valutativo risulta estremamente ampio.

Valgono, quindi, anche nel confronto a coppie le conclusioni cui è giunta la giurisprudenza in ordine alla sufficienza sul piano motivazionale del punteggio numerico solo quando il bando di gara abbia espressamente predefinito specifici, obiettivi e puntuali criteri di valutazione, con correlati punteggi e sub punteggi, in modo da

formare una griglia di parametri valutativi capace di delimitare effettivamente la discrezionalità della commissione giudicatrice.

11.3.4) Nulla di tutto ciò è avvenuto, però, nel caso di specie, ove, come già evidenziato, l'Amministrazione aggiudicatrice si è limitata a specificare gli elementi oggetto di valutazione, ma non a predeterminare i criteri di valutazione, con la conseguenza che non è possibile, in effetti, capire le ragioni in base alle quali la commissione aggiudicatrice ha accordato la propria preferenza all'offerta tecnica della società Grimel, consentendole di aggiudicarsi la gara, in considerazione del peso preponderante riconosciuto, nella valutazione dell'offerta complessiva, agli aspetti di carattere tecnico/valutativo.

Le schede tecniche e/o le relazioni, che, a norma del disciplinare di gara, le imprese concorrenti erano tenute a compilare e/o produrre "ai fini della valutazione" della qualità dei componenti, del pregio tecnico e della qualità/garanzia delle manutenzioni si limitavano a chiedere, in una significativa parte dei casi (tali da inficiare, nel complesso, la valutazione), l'indicazione di sub-elementi oggetto di valutazione, senza pur tuttavia specificare quali sarebbero stati gli aspetti ai quali, nel confronto a coppie, sarebbe stata accordata la preferenza. Non ci si riferisce, ovviamente, a quegli elementi la cui stessa presenza e/o assenza poteva di per sé costituire idonea e sufficiente ragione del diverso punteggio attribuito, sì da poterli ritenere conoscibili a priori, anche a prescindere da più precise

indicazioni, ma a quegli elementi rimessi, anche quanto ai criteri valutativi, al totale apprezzamento discrezionale della commissione giudicatrice (ad es. tutte le “indicazioni” da riportare nelle varie relazioni richieste e gli elementi da esprimersi mediante dati numerici).

Le caratteristiche, sulle quali – a detta della difesa dell’Amministrazione aggiudicatrice (pag. 10 e ss. della memoria di costituzione) – si sarebbe appuntata l’attenzione della commissione giudicatrice, non sono state previamente esplicitate nella lex specialis di gara, né, tanto meno, richiamate nei verbali della commissione giudicatrice a supporto motivazionale dei punteggi attribuiti, a riprova, quindi, che le stesse sono state invocate solo nella presente sede giurisdizionale, nel tentativo di giustificare a posteriori l’attività valutativa svolta e la preferenza accordata all’offerta tecnica dell’aggiudicataria.

11.4) Il motivo va, quindi, accolto e, assorbite le ulteriori censure mirate ad ottenere la rinnovazione della procedura di gara, dichiarata, a meri fini risarcitori, l’illegittimità della lex specialis di gara e, in via derivata, dell’aggiudicazione disposta a favore della controinteressata Grimel, non essendovi, all’evidenza, più alcuna utilità pratica di disporre l’annullamento.

12) Ciò precisato, si può, quindi, passare ad affrontare la domanda risarcitoria avanzata.

13) Ad avviso del Collegio, il danno lamentato dalle ricorrenti per

perdita della chance di (ri)partecipare alla gara costituisce un danno che si pone in rapporto di diretta consequenzialità con l'illegittimità accertata, ingiusto (in quanto incide su un interesse rilevante delle medesime che l'ordinamento considera meritevole di tutela) ed imputabile alla Amministrazione aggiudicatrice sulla base del dato obiettivo della detta illegittimità.

13.1) In giurisprudenza è stato, peraltro, condivisibilmente affermata l'inutilità di particolari indagini in ordine all'elemento soggettivo della responsabilità della pubblica amministrazione (tra le più recenti Tar Toscana, Sez. II, 5 luglio 2013, n. 1026), dato che <<trattandosi di violazione della normativa sugli appalti pubblici da parte dell'Amministrazione, la conseguente concessione di un risarcimento danni non può essere (infatti) subordinata al riconoscimento del carattere colpevole della violazione della normativa sugli appalti pubblici commessa dall'amministrazione aggiudicatrice, tenuto conto della sentenza della Corte di Giustizia CE che ha statuito : “il tenore letterale degli artt. 1, n. 1, e 2, nn. 1, 5 e 6, nonché del sesto 'considerando' della direttiva 89/665 non indica in alcun modo che la violazione delle norme sugli appalti pubblici atta a far sorgere un diritto al risarcimento a favore del soggetto leso debba presentare caratteristiche particolari, quale quella di essere connessa ad una colpa, comprovata o presunta, dell'amministrazione aggiudicatrice, oppure quella di non ricadere sotto alcuna causa di esonero di responsabilità”>> (Cons. Stato, sez. V, 16 gennaio 2013 n. 240;

T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 5 febbraio 2013 n. 341; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 5 giugno 2012 n. 1005; per la giurisprudenza della Corte di Giustizia, si veda, Corte Giust. CE, sez. III – 30 settembre 2010 in causa C314/2009).

13.2) Non meritevoli di favorevole apprezzamento s'appalesano, in ogni caso, le argomentazioni svolte dalla difesa dell'Amministrazione aggiudicatrice nell'intento di giustificare l'illegittimità dalla medesima commessa, atteso che l'operato delle PP.AA. deve essere informato al più rigoroso rispetto delle norme vigenti, viepiù quando, come nel caso di specie, non sussistono (né sussistevano al momento dell'emanazione delle relative norme) dubbi di sorta sull'obiettivo perseguito dal legislatore.

Ad avviso del Collegio, i contenuti (noti) della procedura d'infrazione comunitaria da cui aveva tratto origine il terzo correttivo al Codice degli Appalti costituiva infatti, di per sé, utile e sufficiente guida alla lettura delle norme interessate dalla modifica, tra cui, in particolare, l'art. 84, senza lasciare i margini di incertezza ora invocati e senza necessità, quindi, di attendere le indicazioni interpretative dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici o il consolidarsi di un orientamento giurisprudenziale anche in relazione agli appalti di forniture e servizi.

13.3) Sotto il profilo della quantificazione del danno, la perdita di chance non può essere quantificata con il criterio invocato dalle ricorrenti (dato che la chance del 50% – affermata dalle medesime - è

assolutamente priva di concreti elementi di riscontro, così come lo è l'utile d'impresa di cui la medesima chiede ristoro), ma, unicamente, in termini percentuali all'utile in astratto conseguibile in ipotesi di aggiudicazione della gara rinnovata.

L'utile economico che sarebbe derivato all'impresa dall'esecuzione dell'appalto viene, quindi, presuntivamente quantificato nel 10% dell'importo a base d'asta, come ribassato dall'offerta presentata (Consiglio Stato Sez. VI del 11 gennaio 2010 n. 14 Cons. Stato, IV, 6 luglio 2004 n. 5012; Cons. Stato, V, 8 luglio 2002 n. 3796), ma tale percentuale viene ridotta al 5 % nel caso in cui, come nella fattispecie, l'impresa non dimostra di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze per l'espletamento di altri servizi (Cons. Stato, V 24 ottobre 2002 n. 5860; VI, 9 novembre 2006 n. 6607).

Quando il ricorrente allega solo la perdita di una chance a sostegno della pretesa risarcitoria, la somma commisurata all'utile d'impresa deve essere proporzionalmente ridotta in ragione delle concrete possibilità di vittoria (Cons. Stato, VI, 8 maggio 2002 n. 2485).

Nel caso di specie, si deve presumere che a fronte di una rinnovazione della procedura avrebbero (ri)partecipato alla gara almeno le sei imprese che già vi avevano preso parte.

Pertanto, la perdita della chance può essere quantificata in un sesto dell'utile di impresa, presumendo le stesse possibilità di aggiudicarsi la gara per ogni concorrente.

13.4) Le percentuali su indicate possono essere così applicate alla

fattispecie in esame:

- importo a base di gara pari a € 7.000.000,00 di cui euro 50.000,00 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso;
- su tale importo va applicata la percentuale di ribasso, individuata in via equitativa in quella offerta dalle ricorrenti pari al 17,30 %, arrivando quindi ad un importo dell'ipotetica commessa pari a € 5.375.500,00 (percentuale non applicata sugli oneri di sicurezza);
- l'utile pari al 5 % corrisponde ad € 268.775,00, il cui sesto (la chance) è pari ad € 44.7965,8, da rivalutarsi di anno in anno sino al deposito della presente sentenza, atteso che, trattandosi di debito di valore, la liquidazione del danno avviene con la sentenza che condanna al suo risarcimento.

Inoltre, sulla somma progressivamente rivalutata andranno corrisposti anche gli interessi, a titolo di lucro cessante, decorrenti dalla data dell'illecito e fino alla liquidazione con la presente sentenza; interessi aventi natura compensativa del nocumento finanziario subito a causa del ritardato conseguimento del relativo importo (Cass. I, 31.3.2008, n. 8378; TAR Lazio II bis, 18.1.2008, 363, Cass. I, 5.5.2005, n. 9361).

Infine, dal momento della notifica della sentenza e sino al saldo, saranno ancora dovuti interessi legali corrispettivi ex art. 1282 c.c., in quanto il debito risarcitorio da debito di valore si converte in debito di valuta (Cass. Sez. Un. 17.2.1995, n. 1712; Cass. 17.11.1998, n. 11571).

14) Va, invece, escluso l'invocato risarcimento del danno curricolare e del danno emergente (spese inutilmente sostenute per la partecipazione alla gara).

14.1) Il danno curricolare, liquidabile in via equitativa, spetta, infatti, soltanto ove sia già sicura l'individuazione del contraente, il che non può strutturalmente ritenersi nel caso di specie.

14.2) Per quanto concerne, invece, le spese di partecipazione alla gara, la giurisprudenza è costante, invero, nel ritenere che le stesse non spettino nel caso di domanda di risarcimento danni per mancata aggiudicazione o per la perdita della possibilità di aggiudicazione. La ricorrente avrebbe, infatti, sostenuto tali spese anche in caso di aggiudicazione, in quanto la partecipazione ad una gara di appalto implica dei costi che, ordinariamente, restano a carico dei soggetti che abbiano inteso prendere parte alla procedura di selezione, sia in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione; tali costi di partecipazione acquisiscono connotazione di danno emergente risarcibile solo qualora un'impresa subisca una illegittima esclusione, perché in tal caso viene in considerazione il diritto soggettivo del contraente a non essere coinvolto in trattative inutili (T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 23 marzo 2010 , n. 4555; Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751).) Nel caso in cui l'impresa ottenga il risarcimento del danno per mancata aggiudicazione o per la perdita della possibilità di aggiudicazione non vi sono, quindi, i presupposti per il risarcimento per equivalente dei costi di partecipazione alla

gara, atteso che mediante il risarcimento non può farsi conseguire all'impresa un beneficio maggiore di quello che deriverebbe dall'aggiudicazione (Consiglio Stato , sez. VI, 21 maggio 2009 , n. 3144).

15) In conclusione, va dichiarata improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse la domanda impugnatoria e accolta, nei sensi e nei limiti dianzi precisati, quella risarcitoria, con conseguente condanna dell'Amministrazione aggiudicatrice al risarcimento del danno a favore delle ricorrenti nella misura dianzi indicata.

16) Sussistono, in ogni caso, giusti motivi per compensare tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia, Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- dichiara inammissibile l'intervento ad adiuvandum della PVB Solutions s.p.a. (già Energy Service s.r.l.);
- dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse la domanda impugnatoria avanzata dalle ricorrenti;
- accoglie, nei sensi e nei limiti precisati in motivazione, la domanda risarcitoria.

Compensa tra le parti le spese di lite.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 10 luglio
2013 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente

Enzo Di Sciascio, Consigliere

Manuela Sinigoi, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/08/2013

IL SEGRETARIO

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