

Appalto da affidare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa: prima del 17 ottobre 2008 era illegittima la posteriorità della fissazione dei sottocriteri rispetto all'apertura delle buste contenenti le offerte, ora tutti i parametri devono essere esplicitati nella lex specialis di gara: condannata la Stazione appaltante a risarcire la perdita di chance

Anche nel testo dell'articolo 83, comma 4, anteriore alle modifiche apportate dal decreto legislativo 152/2008, non sarebbe stato possibile fissare i criteri motivazionali per l'attribuzione dei punteggi dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dopo aver aperto le buste contenenti le offerte tecniche (dal 17 ottobre 2008: viene soppressa, in quanto contraria al principio di parità di trattamento fissato dalle direttive, la disposizione _art. 83 comma 4 ultimo paragrafo_ che prevede che la commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissi in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando_riconosciuto il risarcimento del danno per la perdita di chance

Emerge dunque al di là di ogni ragionevole dubbio che i plichi contenenti le offerte tecniche erano stati già aperti al momento della trasmissione di queste ultime alla commissione tecnica. Deve pertanto inevitabilmente concludersi che la determinazione dei criteri motivazionali, ad opera della stessa commissione tecnica nella seduta (riservata) del 2 ottobre 2007, è intervenuta in violazione di quanto previsto dall'art. 83 co. 4 D.Lgs. n. 163/06, secondo cui – nel testo anteriore alle modifiche apportate dal recentissimo D.Lgs. n. 152/08 – la fissazione dei criteri motivazionali per l'attribuzione a ciascun criterio e subcriterio di valutazione di un punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando deve precedere l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche. La disposizione normativa, peraltro, non fa che positivizzare un'affermazione costantemente ribadita in giurisprudenza, e la cui "ratio" risiede nel rilievo che anche la sola possibilità della conoscenza delle caratteristiche dell'offerta prima che ne siano specificati i criteri di valutazione mette in pericolo la garanzia dell'imparzialità dell'operato dell'organo valutativo, comportando il rischio che i criteri stessi siano plasmati ed adattati alle offerte in modo che ne sortisca un effetto potenzialmente premiante nei confronti di una di esse_ Quanto alla domanda risarcitoria spiegata dalla ricorrente, osserva il collegio che l'annullamento dell'aggiudicazione assorbe allo stato il lucro cessante dovuto alla perdita degli utili futuri conseguente al mancato affidamento del servizio, salve le successive determinazioni dell'amministrazione resistente, le quali potrebbero in ipotesi dare luogo al consolidarsi della lesione degli interessi pretensivi ad oggi pienamente soddisfatti con la pronuncia caducatoria (si pensi, a titolo esemplificativo, all'eventualità della mancata riedizione della gara_ Considerazioni diverse valgono invece per il periodo compreso tra la data della stipula del contratto di appalto da parte dell'aggiudicataria (16 gennaio 2008) e la pronuncia della presente sentenza. Relativamente a tale lasso di tempo, durante il quale il servizio ha avuto esecuzione, deve peraltro escludersi che il pregiudizio patito coincida con l'utile ritraibile dal servizio, non essendovi alcun elemento di prova per affermare che, **ove la procedura fosse stata condotta regolarmente, la ricorrente sarebbe risultata vincitrice; piuttosto, ciò di cui la ricorrente si è vista privata in via definitiva è la "chance" di ottenere l'affidamento**, posizione giuridica la cui compromissione si sostanzia in una voce di **danno emergente che consiste nella perdita dell'occasione favorevole acquisita al patrimonio dell'interessata per il solo fatto di essere stata ammessa alla gara e, perciò, di poter ambire all'affidamento a parità di condizioni con gli altri concorrenti.**

Merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla sentenza numero 2684 del 18 novembre 2008, emessa dal Tar Toscana, Firenze

< Dai verbali in atti risulta che, nella prima seduta (pubblica) del 27 settembre 2007, il Presidente del seggio di gara, nell'illustrare le modalità di svolgimento della seduta, chiari che avrebbe provveduto all'apertura delle buste contrassegnate dai numeri 1 e 2 per la verifica della documentazione amministrativa e per la verifica della presenza della documentazione tecnica; il medesimo verbale attesta quindi che il Presidente, aperti i plichi ed esaminata la documentazione prodotta dalle imprese concorrenti ai fini dell'ammissione alla gara, dispose la trasmissione della documentazione tecnica alla commissione incaricata delle relative valutazioni. La conferma dell'avvenuta apertura delle buste con le offerte tecniche si trae poi dalla richiesta di chiarimenti rivolta al Presidente di gara da certo sig. Fabiani, nella seduta del 27 settembre, in merito alla sorte dei progetti redatti in numero di pagine superiore a quello previsto dal disciplinare, richiesta non altrimenti spiegabile se non con la contestuale disponibilità della documentazione tecnica presentata dalle imprese offerenti; ma anche dalla circostanza che, nei verbali delle sedute successivamente tenute dalla commissione tecnica, non sono mai documentate operazioni di apertura delle buste contenenti i progetti di volta in volta esaminati. D'altro canto, l'apertura delle buste nella seduta pubblica è coerente con i principi generali di pubblicità della gara e di imparzialità della pubblica amministrazione, che impongono di garantire a tutti i concorrenti la possibilità di assistere direttamente alla verifica dell'integrità dei documenti e all'identificazione del loro contenuto.

Emerge dunque al di là di ogni ragionevole dubbio che i plichi contenenti le offerte tecniche erano stati già aperti al momento della trasmissione di queste ultime alla commissione tecnica. Deve pertanto inevitabilmente concludersi che la determinazione dei criteri motivazionali, ad opera della stessa commissione tecnica nella seduta (riservata) del 2 ottobre 2007, è intervenuta in violazione di quanto previsto dall'art. 83 co. 4 D.Lgs. n. 163/06, secondo cui – nel testo anteriore alle modifiche apportate dal recentissimo D.Lgs. n. 152/08 – la fissazione dei criteri motivazionali per l'attribuzione a ciascun criterio e subcriterio di valutazione di un punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando deve precedere l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche. La disposizione normativa, peraltro, non fa che positivizzare un'affermazione costantemente ribadita in giurisprudenza, e la cui "ratio" risiede nel rilievo che anche la sola possibilità della conoscenza delle caratteristiche dell'offerta prima che ne siano specificati i criteri di valutazione mette in pericolo la garanzia dell'imparzialità dell'operato dell'organo valutativo, comportando il rischio che i criteri stessi siano plasmati ed adattati alle offerte in modo che ne sortisca un effetto potenzialmente premiante nei confronti di una di esse (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 25 settembre 2007, n. 4956).>

Si legga anche . Cons Stato, sez. VI, 25 settembre 2007, n. 4956

< In ordine al primo aspetto, l'analisi del tenore dei due sopra riportati verbali del 28 e del 29 dicembre consente di ricavare che la predeterminazione dei "pesi" in base ai quali valutare i quattro elementi è stata effettuata dopo che il Commissario, aperte le buste dinanzi al notaio, aveva potuto prendere conoscenza degli specifici contenuti delle offerte tecniche ed economiche. Donde la violazione del principio affermato dal consolidato indirizzo giurisprudenziale che consente la specificazione dei criteri di valutazione con la determinazione dei relativi valori ponderali solo in una fase necessariamente anteriore al momento dell'apertura delle buste. Infatti, anche la sola possibilità della conoscenza dell'entità dell'offerta economica e delle caratteristiche di quella tecnica mette in pericolo la garanzia dell'imparzialità dell'operato dell'organo valutativo, comportando il rischio che i criteri siano plasmati ed adattati alle offerte in modo che ne sortisca un effetto potenzialmente premiante nei confronti di una di esse. Nel caso in esame, in particolare, la conoscibilità delle cinque, diverse, offerte tecniche ed

economiche consentiva, in linea astratta, di assumere per i singoli elementi di valutazione una determinata misura percentuale in luogo di altra, in modo che nella combinazione delle rispettive valutazioni e risultasse attribuito un miglior punteggio complessivo ad un offerente anziché ad un altro. Non induce ad una valutazione positiva della condotta del Commissario l'insistito accento delle parti appellanti sulla circostanza che detti parametri rileverebbero quali meri canoni motivazionali della scelta in ordine all'attribuzione dei punteggi. L'esame della prima citata documentazione mette infatti in evidenza che con detta tabella l'organo procedente, lungi dall'aver fornito un sostrato motivazionale alle proprie valutazioni, si è auto-assoggettato a seguire determinati criteri di valutazione, mediante l'elaborazione dei pesi, in un'epoca successiva alla conoscenza integrale delle offerte. Detta operazione integra quindi fissazione tardiva di un autovincolo valutativo senza potere essere derubricata a semplice sostrato motivazionale o traduzione matematica dell'importanza attribuita dal Commissario ai diversi elementi dell'offerta.>

E per quanto concerne il risarcimento del danno?

< Quanto alla domanda risarcitoria spiegata dalla ricorrente, osserva il collegio che l'annullamento dell'aggiudicazione assorbe allo stato il lucro cessante dovuto alla perdita degli utili futuri conseguente al mancato affidamento del servizio, salve le successive determinazioni dell'amministrazione resistente, le quali potrebbero in ipotesi dare luogo al consolidarsi della lesione degli interessi pretensivi ad oggi pienamente soddisfatti con la pronuncia caducatoria (si pensi, a titolo esemplificativo, all'eventualità della mancata riedizione della gara).

Considerazioni diverse valgono invece per il periodo compreso tra la data della stipula del contratto di appalto da parte dell'aggiudicataria (16 gennaio 2008) e la pronuncia della presente sentenza. Relativamente a tale lasso di tempo, durante il quale il servizio ha avuto esecuzione, deve peraltro escludersi che il pregiudizio patito coincida con l'utile ritraibile dal servizio, non essendovi alcun elemento di prova per affermare che, ove la procedura fosse stata condotta regolarmente, la Consorzio ALFA sarebbe risultata vincitrice; piuttosto, ciò di cui la ricorrente si è vista privata in via definitiva è la "chance" di ottenere l'affidamento, posizione giuridica la cui compromissione si sostanzia in una voce di danno emergente che consiste nella perdita dell'occasione favorevole acquisita al patrimonio dell'interessata per il solo fatto di essere stata ammessa alla gara e, perciò, di poter ambire all'affidamento a parità di condizioni con gli altri concorrenti.

3.4. Ai fini della quantificazione del pregiudizio effettivamente occorso nella fattispecie, da condursi in via equitativa per la oggettiva difficoltà di raggiungere la dimostrazione del valore patrimoniale di un'entità astratta, il collegio ritiene di utilizzare quale base di partenza l'ammontare degli utili conseguibili dall'affidamento del servizio, computati in ragione del 10% dell'importo a base d'asta, secondo il criterio presuntivo diffusamente adoperato dalla giurisprudenza. Tale importo, pari ad euro 160.500,00 per l'intera durata triennale del servizio, deve essere poi decurtato della metà, in assenza di prova che – nel periodo considerato – l'impresa ricorrente abbia tenuto fermi mezzi e maestranze distogliendoli da altri servizi (fra le molte, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514).

L'importo così ottenuto (euro 80.250,00), deve essere ancora diviso per i tre anni di durata del servizio, in modo da ottenere l'ammontare dell'utile presuntivo annuo, che risulta pari ad euro 26.750,00, e che – per la natura stessa della situazione giuridica lesa – va ulteriormente ridotto in proporzione alle concrete possibilità che il Consorzio ALFA conseguisse l'aggiudicazione. E poiché, come dianzi accennato, gli scarni elementi allegati a sostegno della domanda risarcitoria non consentono di ritenere né che la ricorrente avesse un elevato grado di probabilità di aggiudicarsi il servizio, ma neppure che in concreto essa potesse vantare migliori probabilità degli altri concorrenti, non rimane che presumere eguali le probabilità di vittoria di ciascuna partecipante. Per l'effetto, l'ammontare dell'utile annuo presuntivo deve essere diviso per il numero delle imprese ammesse alla gara, esclusa l'aggiudicataria provvisoria la

cui offerta non ha superato il giudizio di anomalia. Essendo dodici le imprese in corsa per l'aggiudicazione definitiva (tredici meno il raggruppamento BETA), l'importo dovuto alla ricorrente a titolo di risarcimento danni può dunque essere equitativamente stabilito in euro 2.500,00 comprensivi di rivalutazione monetaria ed interessi, somma ricavata, lo si ripete, a partire dal parametro dell'utile presunto di un anno di servizio (è di circa un anno la durata del servizio prestato dalla controinteressata BETABIS)>

A cura di Sonia LAzzini

N. 02684/2008 REG.SEN.

N. 01744/2007 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1744 del 2007, proposto da:

Consorzio ALFA Milano S.r.l., in persona del legale rappresentante “pro tempore”, rappresentata e difesa dagli avv.ti Natale Giallongo ed Alfredo Passaro, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Firenze, via Vittorio Alfieri n. 19;

contro

Provincia di Pisa, in persona del Presidente “pro tempore”, rappresentata e difesa dagli avv.ti M. Antonietta Antoniani, Paolo Carrozza e Silvia Salvini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Brizzi in Firenze, via della Cernaia n. 31;

nei confronti di

BETA S.r.l., Ditta BETABIS di S. Rag. Paolo;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

del Bando di Gara, nonché del Disciplinare di Gara e del relativo Capitolato Speciale d'Appalto pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, su quattro quotidiani, presso l'albo della Provincia e del Comune di Pisa e sul sito internet della Provincia di Pisa in data 20 luglio 2007, con il quale è stata indetta la gara, mediante procedura aperta, per l'affidamento del "Servizio Portierato per le sedi della Provincia";

di ogni atto antecedente, concomitante e successivo, con particolare riguardo a tutti gli atti di gara espletati in esecuzione del citato Bando di Gara e degli altri documenti che ne formano parte integrante e nello specifico all'aggiudicazione provvisoria assunta dalla Commissione giudicatrice nella seduta del 19 ottobre 2007 con la quale è stato ritenuto vincitore della Gara il Raggruppamento Temporaneo di Imprese BETA srl/ELSI srl;

e con motivi aggiunti depositati in data 20 febbraio 2008 per l'annullamento previa sospensione

delle Determinazioni del Dirigente del Servizio Sistema Informativo e Affari Generali della provincia di Pisa n. 6155 del 18 dicembre 2007, esecutiva dal 14 gennaio 2008 e n. 123 dell'11 gennaio 2008, comunicate alla ricorrente in data 17 gennaio 2008 con le quali ha aggiudicato definitivamente alla ditta BETABIS di S. Rag. Paolo l'appalto di servizi del "Servizio Portierato per le sedi della Provincia";

di ogni atto, antecedente, concomitante, successivo, con particolare riguardo:

- ai verbali: della Commissione giudicatrice del 27 settembre 2007; della Commissione Tecnica di valutazione del 2 ottobre 2007, del 4 ottobre 2007, dell'8 ottobre 2007, del 9 ottobre 2007 dell'11 ottobre 2007 e della Commissione giudicatrice del 19 ottobre 2007;

- al contratto eventualmente sottoscritto dalla Provincia di Pisa e dall'aggiudicataria BETABIS di S. Rag. Paolo per l'esecuzione dell'appalto di servizi relativo al "Servizio Portierato per le sedi della Provincia";

nonché con la conseguente richiesta di condanna dell'Amministrazione provinciale di Pisa al risarcimento del danno ingiusto subito a causa dell'illegittima aggiudicazione, anche in forma specifica, ai sensi dell'art.35 del D.Lgs n. 80/98, così come modificato dall'art. 7 legge n. 205/2000.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Provincia di Pisa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30/10/2008 il dott. Pierpaolo Grauso e uditi l'avv. Massa, in sostituzione dell'avv. Giallongo, per la società ricorrente, e l'avv. D'Aquino, in sostituzione dell'avv. Carrozza, per l'amministrazione resistente.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato il 30 ottobre 2007 e depositato il 5 novembre successivo, la Consorzio ALFA Milano S.r.l. esponeva che la Provincia di Pisa, con bando pubblicato il 20 luglio 2007, aveva indetto la gara per l'affidamento del servizio di portierato presso le proprie sedi, stabilendo in euro 1.605.000,00 oltre I.V.A. il prezzo base d'asta; che, per quanto qui interessa, nel disciplinare di gara l'amministrazione procedente aveva chiesto ai ricorrenti di dimostrare la propria capacità economico-finanziaria attestando il possesso di un fatturato globale minimo di almeno 1.500.000,00 euro negli ultimi tre esercizi; che, tuttavia, una volta effettuato il conteggio del monte ore totale del servizio richiesto, essa ricorrente – tenuto conto delle condizioni retributive da applicare, e del numero di unità di personale da impiegare – ne aveva verificata la non corrispondenza rispetto al prezzo base d'asta, posto che quest'ultimo sarebbe risultato eccedente della metà rispetto al costo effettivo del servizio; che, ad una formale richiesta di chiarimenti, la Provincia di Pisa aveva fornito risposte generiche e non risolutive; che la Consorzio ALFA S.r.l. aveva comunque presentato la propria offerta, specificando sia il numero totale degli addetti da impiegarsi nel servizio, sia il monte ore triennale complessivo; che, dato corso alla procedura di affidamento, il 19 ottobre 2007 la gara era stata aggiudicata in via provvisoria all'A.T.I. BETA/ESI, la quale, nonostante un punteggio tecnico estremamente basso, aveva ottenuto la migliore classifica in virtù di un'offerta economica recante un ribasso di oltre il 50% sulla base d'asta (quando pressoché tutte le altre imprese concorrenti si erano invece attestate su ribassi assai contenuti).

Avverso l'aggiudicazione provvisoria, e per l'annullamento di essa e di tutti gli atti di gara, ivi compresi il bando, il disciplinare ed il capitolato d'appalto, la società ricorrente si gravava dunque dinanzi a questo tribunale affidandosi ad un unico, complesso, motivo in diritto, e formulando contestuale domanda di sospensione degli effetti degli atti impugnati.

Costituitasi in giudizio la sola amministrazione procedente, che resisteva alle pretese avversarie, in esito alla camera di consiglio del 14 novembre 2007 il collegio respingeva l'istanza cautelare.

Con successivo atto di motivi aggiunti, notificato l'8 e depositato il 20 febbraio 2008, la ricorrente estendeva l'impugnazione alle determinazioni assunte dalla stazione appaltante con atti del 18 dicembre 2007 e dell'11 gennaio 2008, mediante i quali era stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore di impresa diversa dall'aggiudicataria provvisoria, vale a dire la BETABIS di S. Paolo. Sulla scorta di un ulteriore motivo in diritto, anche di tali atti veniva chiesto al tribunale l'annullamento, previa sospensiva, in una con la condanna dell'amministrazione resistente al risarcimento del danno in forma specifica (attraverso cioè la riedizione della gara) o, in subordine, per equivalente.

Restata contumace l'impresa aggiudicataria dell'appalto, all'udienza del 27 febbraio 2008 la trattazione della domanda cautelare proposta con i motivi aggiunti veniva riunita al merito. La causa veniva quindi discussa alla pubblica udienza del 30 ottobre 2008 (in occasione della quale il difensore della ricorrente dichiarava di rinunciare alla sospensiva), e decisa come da dispositivo depositato il 3 novembre 2008.

DIRITTO

1. L'impugnazione proposta con il ricorso introduttivo del giudizio ha per oggetto il bando, il disciplinare ed il capitolato della gara indetta dalla Provincia di Pisa, con bando del 20 luglio 2007, per l'affidamento del servizio di portierato presso le proprie sedi, nonché tutti i successivi atti della procedura di affidamento e, segnatamente, l'aggiudicazione provvisoria disposta in favore dell'A.T.I. BETA S.r.l./ELSI S.r.l.. Il ricorso per motivi aggiunti, benché nell'epigrafe conservi il riferimento agli atti e provvedimenti già oggetto del gravame originario, è specificamente rivolto nei confronti dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto in questione, conseguita dall'impresa BETABIS di S. Paolo.

2. Tanto premesso, ed al fine di circoscrivere la trattazione alle sole questioni ancora attuali, deve essere in primo luogo dichiarata l'improcedibilità del ricorso principale. Si consideri, infatti, che i vizi dedotti con l'unico motivo di diritto sono volti a far valere la illogicità, contraddittorietà ed illegittimità degli atti di regolamentazione della gara (bando, disciplinare e capitolato), nella parte in cui da un lato pongono a base d'asta l'importo di euro 1.605.000,00, ma, dall'altro, indicano un fabbisogno orario del servizio il cui costo complessivo si attesterebbe intorno alla metà di quell'importo; il che avrebbe determinato la penalizzazione delle offerte, come quella della ricorrente, calibrate sulla base d'asta (cioè articolate su progetti contenenti la previsione di un monte orario raddoppiato rispetto a quello previsto dagli atti di gara, in modo da renderlo coerente con il prezzo-base), premiando invece l'offerta del raggruppamento BETA/ELSI, attenutasi al monte ore testualmente previsto e, pertanto, capace di offrire un ribasso di oltre il 50%.

Secondo la prospettazione della ricorrente, la illegittimità delle previsioni dettate dalla "lex specialis" si trasmetterebbe, in via derivata, all'aggiudicazione provvisoria della gara, atto al quale, evidentemente, va ricondotta l'insorgenza dell'interesse ad impugnare (e nei cui confronti, per inciso, non sono svolte censure autonome). Ne discende che, venuti meno gli effetti dell'aggiudicazione provvisoria per fatto della stessa amministrazione, la quale ha definitivamente aggiudicato la gara ad impresa diversa dall'aggiudicataria provvisoria, correlativamente deve ritenersi altresì cessato ogni interesse al primitivo gravame, indirizzato contro un atto oramai superato, nella sua efficacia pregiudizievole, dalle successive determinazioni della stazione appaltante.

2.1. L'interesse al ricorso non residua poi neppure limitatamente agli atti che compongono la legge di gara, atteso che le clausole impugunate non presentano carattere di immediata ed autonoma lesività, e sono dunque suscettibili di impugnazione solo in unione con gli atti che ne abbiano fatto applicazione; con la conseguenza che nella specie, caduta l'aggiudicazione provvisoria, la lesione riconducibile all'asserita illegittimità delle regole di gara regredisce dallo stadio attuale a quello potenziale. A questo si aggiunga che, nonostante la menzione nell'epigrafe del ricorso per motivi aggiunti, le censure svolte con questi ultimi attengono a vizi dell'aggiudicazione definitiva che prescindono del tutto dalla illegittimità della "lex specialis" (la stessa ricorrente riconosce che l'offerta economica presentata dalla controinteressata BETABIS è in linea con il prezzo base d'asta), mentre è ancora una volta soltanto ipotetico – e pertanto inidoneo a sostenere il gravame – l'interesse ad evitare che, in sede di eventuale riedizione della gara, l'amministrazione procedente torni ad applicare i criteri dei quali si è lamentata l'incongruenza.

3. Le sole questioni ancora aperte sono dunque quelle relative alla legittimità dell'aggiudicazione definitiva avverso la quale sono rivolti i motivi aggiunti, mediante i quali la ricorrente deduce "violazione di legge (art. 83 decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163), eccesso di potere per inosservanza delle regole di correttezza e trasparenza nella procedura per la scelta del contraente, errore dei presupposti di fatto e di diritto". Più in particolare, sostiene la Consorzio ALFA S.r.l. che le valutazioni tecniche effettuate dalla commissione di gara sarebbero inficiate dalla condotta tenuta dalla commissione stessa, la quale avrebbe provveduto alla determinazione dei sottocriteri per l'assegnazione dei punteggi dopo che erano state già aperte le buste contenenti le offerte tecniche.

3.1. Preliminarmente, deve essere peraltro respinta l'eccezione di tardività, sollevata dalla Provincia di Pisa sul presupposto che l'atto di motivi aggiunti sarebbe stato notificato ben oltre il termine di sessanta giorni dal deposito in giudizio degli atti di gara. Sul punto, è sufficiente osservare che l'aggiudicazione definitiva è stata assunta in data 18 dicembre 2007, data rispetto alla quale la notifica del ricorso per motivi aggiunti, eseguita l'8 febbraio 2008, risulta perfettamente tempestiva, non rilevando in senso contrario la data di adozione degli atti documentati dai verbali della commissione giudicatrice e della commissione tecnica, dal momento che si tratta di atti endoprocedimentali impugnabili solo unitamente all'atto terminale della procedura, vale a dire con l'aggiudicazione.

3.2. Nel merito, il ricorso per motivi aggiunti è fondato.

Dai verbali in atti risulta che, nella prima seduta (pubblica) del 27 settembre 2007, il Presidente del seggio di gara, nell'illustrare le modalità di svolgimento della seduta, chiarì che avrebbe provveduto all'apertura delle buste contrassegnate dai numeri 1 e 2 per la verifica della documentazione amministrativa e per la verifica della presenza della documentazione tecnica; il medesimo verbale attesta quindi che il Presidente, aperti i plichi ed esaminata la documentazione prodotta dalle imprese concorrenti ai fini dell'ammissione alla gara, dispose la trasmissione della documentazione tecnica alla commissione incaricata delle relative valutazioni. La conferma dell'avvenuta apertura delle buste con le offerte tecniche si trae poi dalla richiesta di chiarimenti rivolta al Presidente di gara da certo sig. Fabiani, nella seduta del 27 settembre, in merito alla sorte dei progetti redatti in numero di pagine superiore a quello previsto dal disciplinare, richiesta non altrimenti spiegabile se non con la contestuale disponibilità della documentazione tecnica presentata dalle imprese offerenti; ma anche dalla circostanza che, nei verbali delle sedute successivamente tenute dalla commissione tecnica, non sono mai documentate operazioni di apertura delle buste contenenti i progetti di volta in volta esaminati. D'altro canto, l'apertura delle buste nella seduta pubblica è coerente con i principi generali di pubblicità della gara e di imparzialità della pubblica amministrazione, che impongono di garantire a tutti i concorrenti la possibilità di assistere direttamente alla verifica dell'integrità dei documenti e all'identificazione del loro contenuto.

Emerge dunque al di là di ogni ragionevole dubbio che i plichi contenenti le offerte tecniche erano stati già aperti al momento della trasmissione di queste ultime alla commissione tecnica. Deve pertanto inevitabilmente concludersi che la determinazione dei criteri motivazionali, ad opera della stessa commissione tecnica nella seduta (riservata) del 2 ottobre 2007, è intervenuta in violazione di quanto previsto dall'art. 83 co. 4 D.Lgs. n. 163/06, secondo cui – nel testo anteriore alle modifiche apportate dal recentissimo D.Lgs. n. 152/08 – la fissazione dei criteri motivazionali per l'attribuzione a ciascun criterio e subcriterio di valutazione di un punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando deve precedere l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche. La disposizione normativa, peraltro, non fa che positivizzare un'affermazione costantemente ribadita in giurisprudenza, e la cui "ratio" risiede nel rilievo che anche la sola possibilità della conoscenza delle caratteristiche dell'offerta prima che ne siano specificati i criteri di valutazione mette in pericolo la garanzia dell'imparzialità dell'operato dell'organo valutativo, comportando il rischio che i criteri stessi siano plasmati ed adattati alle offerte in modo che ne sortisca un effetto potenzialmente premiante nei confronti di una di esse (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 25 settembre 2007, n. 4956).

I rilievi svolti consentono di concludere per la sussistenza dei vizi denunciati dalla società ricorrente, e per la conseguente illegittimità della procedura seguita dalla Provincia di Pisa nella valutazione delle offerte; vizi che, trasmettendosi al provvedimento terminale della procedura stessa, inficiano l'aggiudicazione definitiva disposta in favore della controinteressata BETABIS e ne determinano l'annullamento.

3.3. Quanto alla domanda risarcitoria spiegata dalla ricorrente, osserva il collegio che l'annullamento dell'aggiudicazione assorbe allo stato il lucro cessante dovuto alla perdita degli utili futuri conseguente al mancato affidamento del servizio, salve le successive determinazioni dell'amministrazione resistente, le quali potrebbero in ipotesi dare luogo al consolidarsi della lesione degli interessi pretensivi ad oggi pienamente soddisfatti con la pronuncia caducatoria (si pensi, a titolo esemplificativo, all'eventualità della mancata riedizione della gara).

Considerazioni diverse valgono invece per il periodo compreso tra la data della stipula del contratto di appalto da parte dell'aggiudicataria (16 gennaio 2008) e la pronuncia della presente sentenza. Relativamente a tale lasso di tempo, durante il quale il servizio ha avuto esecuzione, deve peraltro escludersi che il pregiudizio patito coincida con l'utile ritraibile dal servizio, non essendovi alcun

elemento di prova per affermare che, ove la procedura fosse stata condotta regolarmente, la Consorzio ALFA sarebbe risultata vincitrice; piuttosto, ciò di cui la ricorrente si è vista privata in via definitiva è la “chance” di ottenere l'affidamento, posizione giuridica la cui compromissione si sostanzia in una voce di danno emergente che consiste nella perdita dell'occasione favorevole acquisita al patrimonio dell'interessata per il solo fatto di essere stata ammessa alla gara e, perciò, di poter ambire all'affidamento a parità di condizioni con gli altri concorrenti.

3.4. Ai fini della quantificazione del pregiudizio effettivamente occorso nella fattispecie, da condursi in via equitativa per la oggettiva difficoltà di raggiungere la dimostrazione del valore patrimoniale di un'entità astratta, il collegio ritiene di utilizzare quale base di partenza l'ammontare degli utili conseguibili dall'affidamento del servizio, computati in ragione del 10% dell'importo a base d'asta, secondo il criterio presuntivo diffusamente adoperato dalla giurisprudenza. Tale importo, pari ad euro 160.500,00 per l'intera durata triennale del servizio, deve essere poi decurtato della metà, in assenza di prova che – nel periodo considerato – l'impresa ricorrente abbia tenuto fermi mezzi e maestranze distogliendoli da altri servizi (fra le molte, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514).

L'importo così ottenuto (euro 80.250,00), deve essere ancora diviso per i tre anni di durata del servizio, in modo da ottenere l'ammontare dell'utile presuntivo annuo, che risulta pari ad euro 26.750,00, e che – per la natura stessa della situazione giuridica lesa – va ulteriormente ridotto in proporzione alle concrete possibilità che il Consorzio ALFA conseguisse l'aggiudicazione. E poiché, come dianzi accennato, gli scarni elementi allegati a sostegno della domanda risarcitoria non consentono di ritenere né che la ricorrente avesse un elevato grado di probabilità di aggiudicarsi il servizio, ma neppure che in concreto essa potesse vantare migliori probabilità degli altri concorrenti, non rimane che presumere eguali le probabilità di vittoria di ciascuna partecipante. Per l'effetto, l'ammontare dell'utile annuo presuntivo deve essere diviso per il numero delle imprese ammesse alla gara, esclusa l'aggiudicataria provvisoria la cui offerta non ha superato il giudizio di anomalia. Essendo dodici le imprese in corsa per l'aggiudicazione definitiva (tredici meno il raggruppamento BETA), l'importo dovuto alla ricorrente a titolo di risarcimento danni può dunque essere equitativamente stabilito in euro 2.500,00 comprensivi di rivalutazione monetaria ed interessi, somma ricavata, lo si ripete, a partire dal parametro dell'utile presunto di un anno di servizio (è di circa un anno la durata del servizio prestato dalla controinteressata BETABIS).

4. In forza di tutte le considerazioni che precedono, mentre il ricorso principale va dichiarato improcedibile, in accoglimento del ricorso per motivi aggiunti deve essere annullata l'aggiudicazione definitiva disposta in favore dell'impresa BETABIS di S. Paolo. L'amministrazione resistente deve essere inoltre condannata al risarcimento dei danni patiti dalla società ricorrente, nella complessiva misura di euro 2.500,00, nonché alla rifusione delle spese processuali sostenute dalla ricorrente medesima, che si liquidano come in dispositivo. Sussistono giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese nei rapporti fra la Consorzio ALFA Milano e le controinteressate, rimaste contumaci.

P.Q.M.

Dichiarata improcedibile l'impugnazione introdotta con il ricorso principale, in accoglimento del ricorso per motivi aggiunti annulla l'aggiudicazione definitiva disposta in favore della controinteressata BETABIS, e condanna l'amministrazione resistente al risarcimento dei danni nella misura e nei limiti di cui in parte motiva.

Condanna altresì l'amministrazione resistente alla rifusione delle spese processuali sostenute dalla società ricorrente, che liquida in complessivi euro 4.000,00, oltre I.V.A. e C.P.A..

Dichiara integralmente compensate le spese nei rapporti fra la ricorrente e le controinteressate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 30/10/2008 con l'intervento dei Magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Alessandro Cacciari, Primo Referendario

Pierpaolo Grauso, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/11/2008

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

IL SEGRETARIO