



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 562 del 2012, proposto da:

Comunicare Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Emanuela Rizzi, Bruno Sarzotti, Teodosio Pafundi, con domicilio eletto presso Emanuela Rizzi in Venezia, Santa Croce, 312/A;

contro

Comune di Verona, rappresentato e difeso per legge dagli avv. Giovanni Caineri, Giovanni Michelin, Fulvia Squadroni, domiciliato presso la Segreteria del Tar Veneto;

nei confronti di

Clear Channel Jolly Pubblicità Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Fulvio Lorigiola, Luciana Palaro, con domicilio eletto presso Francesco Curato in Venezia, Piazzale Roma, 468/B;

per l'annullamento

della determinazione dirigenziale n. 6651 del 21.12.2011 del Comune di Verona; i verbali della commissione giudicatrice; la nota con la quale è stata rigettata l'istanza ex art. 243 bis D.lgs 163/2006; nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Verona e di Clear Channel Jolly Pubblicità Spa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Società Clear Channel Jolly Pubblicità Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Fulvio Lorigiola, Luciana Palaro, con domicilio eletto presso Francesco Curato in Venezia, Piazzale Roma, 468/B;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 novembre 2012 il dott. Roberto Vitanza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il comune di Verona attivava una procedura negoziata per l'affidamento in concessione del servizio c.d. bike

sharing per la durata di anni quindici, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevedendo, inoltre, che la determinazione dei coefficienti relativi agli elementi qualitativi relativi all'offerta tecnica progettuale del sistema e del piano economico finanziario fossero individuati con il metodo del confronto a coppie.

Rispondevano all'invito due sue società : l'aggiudicataria e l'attuale ricorrente.

Preliminarmente il Collegio deve scrutinare, per ragioni di economia processuale, il ricorso incidentale avanzato dalla controinteressata, nonché l'eccezione di irricevibilità del ricorso rilevata dalla parte resistente.

Invero il ricorso incidentale si presenta in forma complessa afferendo, sia all'accertamento della illegittima partecipazione alla gara del ricorrente, che alla eccezione in senso sostanziale per la mancata ed adeguata valutazione delle offerte tecniche avanzate.

In primo luogo la parte controinteressata lamenta che l'attuale ricorrente non ha prodotto il certificato UNI EN 14764 relativamente alle biciclette oggetto del servizio, malgrado tale documentazione fosse prescritta dal Disciplinare tecnico (art.5, lettera A).

Il rilievo è infondato.

Osserva il Collegio che la allegazione di tale requisito non era richiesto al momento della presentazione dell'offerta, diversamente la stazione appaltante avrebbe dovuto richiedere in visione un campione del prodotto oggetto del servizio.

Solo in tale evenienza, infatti, poteva essere individuato e preventivamente definito, il tipo e le caratteristiche tecniche della bicicletta che ciascun offerente avrebbe poi dovuto necessariamente utilizzare in caso di aggiudicazione.

L'indicazione qualitativa della bicicletta, indicata e formulata nella legge di gara, ha, invero, un mero valore programmatico, rispetto al quale la società vincitrice dovrà necessariamente adeguare le caratteristiche del prodotto da utilizzare per il servizio.

Quanto, poi, ai rilievi, contestualmente, avanzati dalla controinteressata circa la illegittima valutazione di alcuni dei requisiti tecnici della sua offerta, è necessario ribadire che con riferimento a tali valutazioni lo scrutinio del Collegio non può, né deve attenere al merito delle concrete determinazioni assunte dal seggio di gara, ma limitarsi, attesa la natura tecnica della discrezionalità espressa dalla p.a. nella scelta, esclusivamente, ad un sindacato di tipo " debole", ossia limitato a valutare la correttezza degli accertamenti e delle valutazioni compiute dalla p.a., proprio per evitare indebite e non consentite sostituzioni.

Ebbene dagli atti di causa non si evidenziano tali riferite anomalie procedurali, né il collegio ravvisa altrimenti, illogicità, irrazionalità ovvero macroscopiche incongruenze nell'operato della commissione giudicatrice, atteso, altresì, che il metodo utilizzato (confronto a coppie) non offre indici assoluti di valutazione, ma esclusivamente una previsione ponderata tra i due elementi oggetto di confronto, sicchè l'eccessivo scarto quantitativo lamentato dal controinteressato non è dovuto da una affrettata e superficiale ponderazione dell'offerta, ma riguarda e si collega esclusivamente al sistema scelto per individuare l'offerta migliore.

Parimenti infondata è l'eccezione di tardività nella proposizione del ricorso avanzata dalla parte resistente.

Sostiene l'amministrazione che il termine per l'attivazione della procedura giurisdizionale doveva decorrere dal momento in cui la parte ricorrente ha percepito, pubblicamente, l'aggiudicazione provvisoria alla controinteressata. L'eccezione è infondata.

L'aggiudicazione provvisoria non è in grado di pregiudicare la situazione giuridica soggettiva dell'interessato all'aggiudicazione, tanto che la stessa non deve essere neppure comunicata ai soggetti coinvolti nella gara.

Infatti, l'art. 79, comma 5, lettera a), D.lgs 163/2006, in uno con l'art. 11, comma 5, D.lgs citato, testualmente

prevede, per la stazione appaltante, l'obbligo di comunicare l'aggiudicazione definitiva, i connessi elementi essenziali, il termine dilatorio per la stipulazione del contratto, a tutti i soggetti implicati nella gara, proprio per consentire una eventuale e compiuta tutela giurisdizionale.

Non solo. E' l'aggiudicazione definitiva che conclude la procedura di gara, costituendo la mancata efficacia della stessa una eccezione che, in quanto tale, determina ed impone una nuova comunicazione alle parti interessate.

Tale costruzione dogmatica si inquadra e si conforma ai principi generali espressi nell'art. 21 bis della L. 7 agosto 1990, n.241, e successive integrazioni e modificazioni, secondo cui tutti i provvedimenti limitativi della sfera giuridica del soggetto richiedono, per essere efficaci, una pregiudiziale e formale loro partecipazione.

Pertanto è solo con la comunicazione, nei termini e nelle forme di cui all'art. 79 d.lgs cit., dell'aggiudicazione definitiva, che l'interessato ha piena e completa contezza dell'atto pregiudizievole e può adeguatamente reagire ad esso (Tar Toscana, sez. II, 31 marzo 2006, n.1140).

Ogni altra informazione in merito all'esito della gara, parziale e/o non definitiva, non può fondatamente pregiudicare la sua legittima aspettativa all'aggiudicazione e quindi anticipare i termini di reazione giurisdizionale. Con riferimento al merito del ricorso lo stesso è fondato.

Consta dagli atti di causa che la differenza di punteggio finale tra le due concorrenti è risultato essere 0,33 (64,33 per l'aggiudicataria e 64,00 per la ricorrente).

E' pertanto dirimente lo scrutinio della censura avanzata dalla parte ricorrente in grado di superare anche la c.d. prova di resistenza.

Infatti, la legge di gara prevedeva l'attribuzione di un punto, sino al massimo di dieci, per ogni servizio di bike sharing attivato in altre città.

La ricorrente ha ottenuto per questa voce zero punti, mentre l'aggiudicataria dieci.

La commissione ha giustificato tale determinazione perché la ricorrente, asseritamente, non ha indicato la data di attivazione dei diversi servizi, né ha documentato l'avvenuta installazione e gestione del servizio.

Invero la lettura del bando di gara e precisamente del disciplinare tecnico di cui all'art. 5 A), punto 6, prevedendo la valutazione di pregresse esperienze professionali, non ha fissato una precisa e puntuale modalità di certificazione del dato richiesto.

In altri termini la stazione appaltante ha lasciato liberi i concorrenti di indicare, senza formalità, tale elemento curriculare, per cui le attestazioni al riguardo fornite dalla parte ricorrente circa i servizi da essa gestiti ed attivati in altre città, così come versati in atti, dovevano, eventualmente, essere puntualmente e documentalmente confutate dal seggio di gara, non essendo sufficiente un generico loro disconoscimento.

In ogni caso, la peculiarità del dato richiesto, dato che non costituisce, né afferisce all'offerta tecnica od economica in senso stretto, ma riguarda aspetti e connotati di carattere professionale del concorrente, doveva, a mente dell'art. 46 D.lgs cit., costituire oggetto di un adeguato apprendimento istruttorio, proprio perché la norma appena indicata prevede, in questo caso, un espresso dovere di "soccorso", avendo la parte, oltretutto, fornito un chiaro principio di prova della sussistenza della pregressa esperienza professionale (Tar Piemonte, sez.I, 30 marzo 2009, n.837).

Per tali motivi, respinto il ricorso incidentale e l'eccezione di irricevibilità avanzate, rispettivamente, dalla controinteressata e dalla parte resistente, il ricorso deve essere accolto, nei termini appena espressi ed annullato il giudizio di cui all'art.6, punto A5) del disciplinare tecnico allegato al bando di gara e, conseguentemente, tutti gli atti ad esso successivamente collegati.

Infine, in ordine alla domanda di risarcimento del danno formulata dall'odierna ricorrente, essa nella sostanza, può ricondursi alla perdita di chance, atteso che, per le ragioni espresse dal Collegio, non può addivenirsi ad un risarcimento in forma specifica, dovendo la p.a., provvedere alla ripetizioni delle operazioni di gara o meglio alla

rivalutazione dei titoli già scrutinati, così come indicati nell'art.6 punto A5) del disciplinare tecnico allegato al bando di gara.

Al riguardo è opinione comune e condivisa anche dal Collegio che : "Il danno da perdita di chance costituisce la riparazione per equivalente monetario del pregiudizio subito dal danneggiato, non dimostrabile sul piano eziologico se non in termini di mera possibilità, e non altrimenti riparabile" (TAR Sicilia, Palermo (sez. I), n. 590 del 31 marzo 2011).

Quando, viceversa, il danno sia riparabile, come nel caso in questione, mediante riedizione del potere, la tutela in forma specifica assorbe in sé, ma più esattamente esclude, quella per equivalente monetario.

Nondimeno, in caso di successivo e positivo giudizio, l'eventuale pregiudizio potrà individuarsi nel ritardo occorso all'accesso al bene della vita rivendicato.

In altri termini :” essendo l'azione costitutiva diretta all'annullamento dell'atto lesivo in rapporto di necessaria pregiudizialità con l'azione di condanna al risarcimento del danno ad esso conseguente, non può non tenersi conto degli effetti dell'annullamento giurisdizionale dell'atto illegittimo della procedura selettiva costituito dal provvedimento di aggiudicazione al concorrente; ogni qualvolta sia possibile procedere alla ripetizione delle operazioni di gara per l'affidamento dei lavori, gli effetti caducatorio e conformativo che discendono dal giudicato di annullamento opereranno un integrale risarcimento del danno in forma specifica a favore del ricorrente, riammesso a giocare le proprie chance di aggiudicazione della gara nell'ambito della procedura selettiva rinnovata. La tutela del ricorrente è, dunque, affidata in primo luogo agli effetti immediati e diretti di natura cassatoria e, in via indiretta e mediata, agli ulteriori effetti conformativi del reiterato esercizio del potere; il risarcimento del danno per equivalente costituisce un rimedio sussidiario e residuale, al quale si può ricorrere se e in quanto quello ripristinatorio non abbia potuto conseguire risultati soddisfattivi “(TAR Sicilia, Palermo (sez. I), n. 590 del 31 marzo 2011, cit.). .

La reintegrazione in forma specifica viene considerata, quindi, la forma tipica di tutela dell'interesse legittimo, mentre il risarcimento per la perdita di chance - come possibilità concreta di un risultato favorevole - è pienamente soddisfatta dalla rinnovazione della gara, salvi gli eventuali pregiudizi da ritardo.

Ritiene, quindi, il Collegio, che non spetta il risarcimento del danno per equivalente laddove, come nel caso di specie, l'accoglimento del ricorso avverso l'aggiudicazione di appalto ad altra impresa comporti la possibilità, per la ricorrente, di partecipare alla nuova gara, ovvero ad una nuova valutazione dei titoli già scrutinati, perché ciò determina un diretto soddisfacimento dell'interesse fatto valere.

Pertanto, la domanda risarcitoria dev'essere respinta per difetto dei presupposti.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso incidentale e le eccezioni di irricevibilità avanzate rispettivamente dalla controinteressata e dalla parte resistente, accoglie il ricorso, nei termini indicati in motivazione e, per l'occorso, annulla gli atti in epigrafe indicati.

Condanna la parte resistente al pagamento delle spese di lite che liquida complessivamente in euro 3.000,00 (tremila), oltre IVA e CPA, nonché alla restituzione, come per legge, del contributo unificato versato dalla ricorrente.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 29 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere

Roberto Vitanza, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/02/2013

IL SEGRETARIO

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