

Pubblicato il 07/01/2022

N. 00059/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00144/2021 REG.RIC.



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 144 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difeso dagli avvocati E. C., F. Z. e M. C., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato F. Z. in (...);

contro

(...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato M. B., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in (...);

nei confronti

(...), (...) e (...) s.n.c. di (...), non costituite in giudizio;

per ottenere

- a) quanto al ricorso introduttivo e ai motivi aggiunti, depositati il 2 aprile 2021, l'annullamento:
- del provvedimento di (...) di aggiudicazione del 19 gennaio 2021, relativo alla "*procedura negoziata senza previa indizione di gara ai sensi dell'art. 1 comma 2 lett. b) del decreto legge n. 76 del 2020 in modalità telematica nei settori speciali per l'affidamento del servizio di sostituzione, ormeggio disormeggio pontoni e passerelle del servizio TPL di navigazione delle aziende del gruppo (...) s.p.a., nelle forme dell'accordo quadro così come definito dall'art. 54 del D. Lgs n. 50 del 2016 – CIG 84534908AO*";
 - degli atti presupposti a cominciare dalla decisione, di cui non si conoscono ancora le motivazioni, di invitare il 12 novembre 2020 il raggruppamento costituendo controinteressato a presentare l'offerta;
 - degli atti conseguentemente assunti, tanto con riferimento alla ammissione alla procedura della offerta del detto raggruppamento controinteressato, quanto alla assegnazione dei punteggi alla sua offerta;
- b) ogni conseguente decisione riferita alla dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto, se nel frattempo sottoscritto, nonché il risarcimento del danno, *in primis*, in forma specifica, con subentro nella aggiudicazione.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di (...) s.p.a.;
Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2021 – tenutasi da remoto - il dott. Nicola Bardino;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società (...) ha proceduto ad affidare, tramite la sottoscrizione di un accordo quadro di durata biennale previo esperimento di un’*“indagine di mercato per la ricerca di operatori economici interessati”*, il servizio di *“sostituzione, ormeggio disormeggio pontoni e passerelle del servizio TPL di navigazione delle aziende del gruppo AVM SpA”*.

A tale scopo, la stazione appaltante ha pubblicato, in data 29 settembre 2020, nel portale fornitori del (...), un avviso al quale hanno risposto sei operatori economici interessati allo svolgimento del servizio. All’esito della procedura, l’appalto veniva affidato al costituendo raggruppamento di imprese tra (...) (capogruppo mandataria) e (...) s.n.c. nonché (...) (mandanti).

2. La ricorrente, (...) soc. coop., graduatasi in seconda posizione, impugna l’aggiudicazione. Lamenta che, nella fase preliminare di manifestazione di interesse, il costituendo R.T.I. annoverava tra le altre, quale mandante, (...) s.r.l. e che tale società non figurerebbe nella composizione definitiva del raggruppamento aggiudicatario.

Nel primo motivo, contesta quindi l’indebita modificazione del raggruppamento temporaneo d’imprese, divenuto affidatario del servizio, che perciò solo andrebbe escluso dalla procedura.

Con il secondo motivo, la ricorrente prefigura possibili violazioni procedurali (ipotizza, ad es., la mancata allegazione del DGUE da parte di ciascuna delle imprese partecipanti al raggruppamento, e l’erronea attribuzione dei punteggi tecnici all’offerta della controinteressata anche con riguardo alle caratteristiche tecniche delle imbarcazioni in ragione della loro non conformità rispetto a quanto prescritto negli atti di gara), rinviando la puntuale esposizione di eventuali ulteriori censure all’esito della domanda di accesso agli atti della gara, formulata, nel terzo motivo, ai sensi dell’art. 116 cod. proc. amm.

La richiesta di accesso agli atti, sostenuta dalle puntualizzazioni (riguardanti la necessità di identificare le imbarcazioni utilizzate al fine di conoscerne le caratteristiche tecniche) espone nella memoria depositata il 3 marzo 2021, veniva accolta con ordinanza collegiale n. 330 del 2021, con cui veniva ordinato alla stazione appaltante di esibire la documentazione richiesta.

3. In seguito (1° aprile 2021) la ricorrente notificava motivi aggiunti, in relazione a quanto emerso dall’esame dei verbali di gara, spontaneamente prodotti dalla stazione appaltante il 4 marzo 2021, in sede di costituzione.

Con il primo motivo aggiunto (C1, lett. a), la ricorrente sostiene che il tempo indicato per il pronto intervento dal R.T.I. aggiudicatario, pari a 30 minuti, sarebbe irrealistico e comunque inconciliabile con le caratteristiche dei natanti impiegati nel servizio e con i bassissimi limiti di velocità previsti per la navigazione nelle acque della Laguna Veneta. L’offerta, in quanto inattendibile, avrebbe dovuto essere quindi esclusa; in subordine, il punteggio riferito a tale dato temporale, manifestamente sottostimato nel contesto dell’offerta tecnica, andrebbe comunque azzerato.

Con il secondo motivo aggiunto (C1, lett. b), (...) contesta le modalità di attribuzione dei punteggi, che risulterebbero determinati sulla base di un’elaborazione matematica non intellegibile.

Con il terzo motivo aggiunto (C2), la ricorrente lamenta l’erronea assegnazione del punteggio riferito al criterio B1, avente ad oggetto la valutazione della *“disponibilità e [dell’] adeguatezza dei mezzi che il concorrente intende utilizzare”*, dal momento che alcune delle imbarcazioni indicate dall’aggiudicataria sarebbero prive dei requisiti richiesti dalla *lex specialis* per l’esecuzione del servizio.

4. Costituitasi in giudizio, la stazione appaltante ha dedotto nel merito ed eccepito la complessiva irricevibilità del ricorso per motivi aggiunti, in quanto tardivamente proposto.

5. Chiamata alla pubblica udienza del 14 luglio 2021, la causa è stata infine trattenuta in decisione.

6. Il ricorso è infondato in relazione a ciascuno dei profili di censura dedotti, mentre i motivi aggiunti sono irricevibili, perché tardivamente proposti.

7.1 Nel primo e sostanzialmente unico motivo del ricorso introduttivo, la ricorrente sostiene che la modificazione dell'assetto soggettivo del R.T.I. aggiudicatario, intervenuta tra la presentazione della manifestazione di interesse e il successivo inoltro dell'offerta, avrebbe precluso la partecipazione alla procedura da parte di tale operatore economico, ritenendo vietata qualsiasi modificazione del raggruppamento temporaneo anche se precedente il momento di presentazione dell'offerta.

L'assunto è infondato.

Deve essere rilevato che la procedura di scelta del contraente, nel caso esaminato, risulta strutturata in due fasi (manifestazione d'interesse – presentazione dell'offerta), le quali, ancorché congiunte da un nesso di stretta consequenzialità e di strumentalità (tra la fase di prequalifica e la formulazione dell'offerta), sono, pur tuttavia, autonome, in quanto, a ben osservare, solo la seconda è in grado di instaurare una relazione giuridicamente rilevante tra l'operatore economico e la stazione appaltante, facendo acquisire al primo la qualità di partecipante alla procedura ossia di soggetto che, mediante la presentazione dell'offerta, assume un effettivo e concreto impegno nei confronti della stazione appaltante, anche sotto l'aspetto della propria composizione soggettiva (cfr. T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 23 luglio 2018, n. 259).

Pertanto, nella perdurante assenza di una norma positiva che precluda la modificazione della composizione dei raggruppamenti temporanei prima della presentazione dell'offerta (o meglio, in caso di procedure ristrette o negoziate, nel momento compreso tra la fase di prequalificazione e quella di gara), deve concludersi che “*il principio di immodificabilità soggettiva viene in rilievo soltanto all'indomani della presentazione dell'offerta e non nelle fasi di gara a questa precedente*” (C.d.S. n. 1548/2014; in termini C.d.S. n. 588/2008; Tar Basilicata n. 488/2011; Tar Toscana n. 1254/2011), senza che alcun rilievo possa, conseguentemente, assumere l'invocata (dalla ricorrente) unitarietà tra fase di pre-qualifica e gara” (così T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 24 febbraio 2015, n. 100).

7.2 Il secondo motivo, costituente la sostanziale anticipazione delle censure che la ricorrente ha riservato di proporre negli eventuali motivi aggiunti, sulla base della documentazione acquisita nel corso del giudizio, deve essere dichiarato inammissibile, attesane la manifesta genericità che di per sé preclude l'esame meritale.

8. Il ricorso per motivi aggiunti, notificato il 1° aprile 2021, è – come detto – irricevibile perché tardivamente proposto.

8.1 Deve essere premesso che, con la sentenza n. 12 del 2020, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha tra l'altro chiarito che:

“a) il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016; [...]

d) la pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, ex art. 29 del decreto legislativo n. 50 del 2016, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione;

e) sono idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati”.

Nel caso di specie, la stazione appaltante in data 29 dicembre 2020 ha provveduto a pubblicare sul proprio profilo gli atti di gara, ivi compresi i verbali della commissione di gara, segnatamente nella sezione “*Amministrazione trasparente*”, come previsto dall'art. 29, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016.

Alla stregua dei sopra richiamati principi, espressi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, “*i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla pubblicazione sul profilo del committente*” (art. 29, comma 1, ultimo periodo), sicché dalla data di esecuzione di tale adempimento (29 dicembre 2020, come registrato nel prospetto depositato da (...) in sede di

costituzione – doc. 8) risulta anche perfezionata in capo alla ricorrente la conoscenza dei verbali dei lavori del seggio di gara.

Ne consegue che entrambe le censure formulate avverso l'operato della commissione (primo e secondo motivo aggiunto), avrebbero dovuto essere proposte entro il termine di decadenza di trenta giorni (art. 120, comma 5, cod. proc. amm.) decorrente dalla conoscenza degli atti, legalmente insorta nella data di pubblicazione degli stessi sul profilo della stazione appaltante.

Rispetto a tali censure, dunque, il ricorso per motivi aggiunti, notificato soltanto il 1° aprile 2021, risulta senz'altro tardivo, dovendosi tenere conto che, per le considerazioni anzidette, il gravame avrebbe dovuto essere proposto entro il 28 gennaio 2021 (trentesimo giorno successivo alla pubblicazione).

8.2 Analoghi rilievi possono essere ripetuti riguardo al terzo motivo aggiunto, con il quale la ricorrente ha contestato i requisiti tecnici dei natanti utilizzati per l'esecuzione del servizio, dovendosi considerare che tali caratteristiche ben avrebbero potuto essere desunte anche dalla sola documentazione ostesa dalla stazione appaltante il 19 gennaio 2021, in parziale riscontro all'istanza di accesso (doc. 7 depositato il 4 marzo 2021). Va precisato, in merito, che, indipendentemente dall'avvenuto oscuramento delle targhe, la presenza di ulteriori dati, univocamente riferiti a ciascuno dei natanti impiegati, ne avrebbe agevolmente consentito l'identificazione, permettendo di verificare (e quindi di contestare) il possesso dei requisiti necessari all'espletamento del servizio (cfr. la nota del Comune di Venezia, depositata da ACTV il 24 marzo 2021, *sub* doc. 3).

In relazione a tale profilo di censura, il termine decadenziale, stabilito per la proposizione dell'impugnativa, sarebbe dunque venuto a scadere il 18 febbraio 2021, non potendo assumere rilevanza, al fine di differirne la decorrenza, la successiva data (22 marzo 2021) nella quale (...) ha proceduto alla consegna della documentazione senza oscurare le targhe dei natanti. Come visto, infatti, la precedente mancanza di quest'ultimo dato non avrebbe precluso alla ricorrente di riconoscere (e se del caso contestare mediante la proposizione del gravame) le caratteristiche tecniche possedute dalle imbarcazioni impiegate nel servizio.

Pertanto, anche con riguardo al terzo motivo aggiunto, l'impugnazione, proposta soltanto il 1° aprile 2021, risulta tardiva e, conseguentemente, irricevibile.

8.3 Il Collegio ritiene comunque di aggiungere, quanto al merito, che i motivi aggiunti non appaiono comunque suscettibili di favorevole apprezzamento. Si deve invero osservare:

- quanto alla prima censura, che il R.T.I. aggiudicatario dispone di natanti distribuiti in più punti della laguna, ciò che consente di ottimizzare il servizio e di raggiungere con maggiore rapidità, tenuto conto dei non uniformi limiti di velocità, i diversi approdi (...), partendo dalle stazioni di ormeggio più vicine;

- quanto alla seconda censura, che il punteggio quantitativo riferito al criterio "C" (Tempo di intervento in caso di prestazione da eseguire in modalità di pronto intervento) risulta determinato tramite la piana applicazione della formula matematica esplicitata a pag. 21 del disciplinare di gara, formula che, peraltro, la ricorrente non ha specificamente contestato;

- quanto alla terza censura, che le caratteristiche dei natanti impiegati per lo svolgimento del servizio devono essere qualificate come requisiti di esecuzione, ossia quali elementi dell'offerta dedotti nella prestazione contrattuale, i quali, in quanto oggetto dell'obbligazione assunta dall'aggiudicatario, potranno assumere rilevanza soltanto come parametro della correttezza dell'adempimento, senza influire sull'antecedente partecipazione alla procedura.

9. Per quanto precede il ricorso introduttivo deve essere respinto, mentre il ricorso per motivi aggiunti va dichiarato irricevibile.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti:

- respinge il ricorso introduttivo;

- dichiara irricevibile il ricorso per motivi aggiunti.

Condanna la ricorrente (...) Cooperativa a rifondere ad (...) s.p.a. le spese di lite, che liquida nell'importo di € 2.000,00, oltre ad imposte ed oneri previdenziali.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 2021 – tenutasi in videoconferenza - con l'intervento dei Magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Stefano Mielli, Consigliere

Nicola Bardino, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Nicola Bardino

IL PRESIDENTE

Maddalena Filippi

IL SEGRETARIO