

N. 00414/2012 REG.PROV.COLL.

N. 01184/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1184 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Toscana di Navigazione s.r.l. in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Marcello Vignolo, Massimo Massa e Stefano Grassi, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Firenze, corso Italia 2;

contro

la Regione Toscana in persona del Presidente della Giunta in carica,

rappresentata e difesa dagli avvocati Lucia Bora e Luciana Caso, con domicilio eletto presso l'Avvocatura regionale in Firenze, pz. Unità Italiana 1;

nei confronti di

Moby s.p.a. in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Pericu, Bruno Gattai, Sergio Sambri e Maurizio Mengassini, con domicilio eletto presso l'avv. Monica Passalacqua in Firenze, via XX Settembre 60;

per l'annullamento

del provvedimento adottato il 26.04.2011 e comunicato verbalmente il 5.05.2011 dalla commissione giudicatrice della gara di cui in appresso, con cui la Società Toscana di Navigazione s.r.l. è stata esclusa dalla procedura, nonché di tutti gli atti presupposti, collegati e consequenziali ivi compresi, per quanto possa occorrere, quello del 5.05.2011 con cui la gara è stata aggiudicata provvisoriamente alla Moby s.p.a. e tutti quelli assunti nei verbali di gara dell'11.04.2011, del 14.04.2011, del 20.04.2011, del 26.04.2011 e del 5.05.2011, nelle parti che hanno condotto all'esclusione della ricorrente, nonché la nota del 31.05.2011 prot. AOO-GRT0741011/O-80 con la quale il Presidente

della gara ha respinto le osservazioni proposte dalla Toscana di Navigazione il 17.05.2011, e per il risarcimento di tutti i danni derivanti dall'esecuzione degli atti impugnati, in forma specifica o, in alternativa, per equivalente nella misura del mancato utile; giusta motivi aggiunti depositati in data 10/11/2011, per l'annullamento della comunicazione trasmessa a mezzo fax il giorno 6 ottobre 2011, relativa all'aggiudicazione definitiva alla società Moby s.p.a. con sede in Milano, della gara promossa dalla Regione Toscana per la privatizzazione della società Toremar s.p.a. e per l'affidamento dei servizi di cabotaggio marittimo esercitati nell'ambito della regione Toscana, nonché del Decreto n. 4098 del 29.9.2011, certificato il 3.10.2011, con il quale il dirigente delegato, responsabile del settore "Strategie e programmazione del trasporto pubblico locale di competenza regionale e relativa attuazione" della Regione Toscana, ha approvato tutti i verbali della commissione giudicatrice ed ha aggiudicato definitivamente la gara alla società Moby Spa, con sede in Milano.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Toscana e di

Moby s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 febbraio 2012 il dott.

Alessandro Cacciari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'impresa Toscana di navigazione ha partecipato alla gara indetta dalla Regione Toscana per la privatizzazione della società Toremar s.p.a. Il criterio previsto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa con attribuzione per gli elementi qualitativi di un massimo di 80 punti, suddivisi fra 70 per la qualità del naviglio e 10 per i servizi aggiuntivi. All'offerta economica era prevista l'attribuzione di un massimo di 20 punti.

Alla gara hanno partecipato due concorrenti e la graduatoria finale ha visto vincitrice la Toscana di navigazione con punti 87,28 mentre alla controinteressata Moby s.p.a. sono stati attribuiti punti 70,92.

Toscana di navigazione è però stata esclusa poiché nell'offerta economica aveva riportato un numero di corse aggiuntive che non corrispondevano a quelle richieste dell'Amministrazione, come previsto dal modello di offerta tecnica. Gli atti di gara sono quindi stati impugnati con il presente ricorso, notificato il 3 giugno 2011 e depositato il 9 giugno 2011, per violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili.

Si sono costituiti la Regione Toscana e l'impresa Moby s.p.a. chiedendo la reiezione del ricorso; la controinteressata ha anche proposto ricorso incidentale notificato il 22 giugno 2011 e depositato il 5 luglio 2011.

Con ordinanza di questo Tribunale 14 luglio 2011 n. 774, confermata dall'ordinanza del Consiglio di Stato 31 agosto 2011 n. 3666, è stata respinta la domanda cautelare.

Motivi aggiunti sono stati notificati il 27 ottobre 2011 e il 10 novembre 2011.

All'udienza del 1° febbraio 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il presente ricorso viene contestata la legittimità della procedura di gara finalizzata alla privatizzazione dell'impresa di navigazione regionale Toremar s.p.a. La ricorrente in particolare contesta la propria esclusione, con conseguente aggiudicazione della gara alla controinteressata, disposta per difformità della sua offerta economica rispetto a quella tecnica, in quanto nella prima aveva riportato un numero di corse aggiuntive non corrispondente a quello derivante dalla seconda e non aveva tenuto conto delle prescrizioni dell'Amministrazione che imponevano lo svolgimento su alcune tratte di eventuali corse aggiuntive in un numero predeterminato, senza valutazione di corse ulteriori le quali non avrebbero dovuto entrare a far parte del programma di esercizio, né dovevano essere inserite nel dettaglio economico. La Commissione di gara ha ritenuto di non poter disporre la regolarizzazione poiché avrebbe comportato un intervento sull'offerta non solo tecnica ma anche economica che, a suo dire, non si sarebbe risolto in una mera operazione di calcolo ma ne avrebbe comportato una riformulazione.

1.1 La ricorrente, con primo motivo, lamenta che l'irregolarità nell'offerta dei servizi aggiuntivi non avrebbe potuto comportare

l'esclusione ma al più la mancata attribuzione dei punteggi relativamente a tale voce; anche in tal caso però sarebbe comunque risultata vincitrice. La sua esclusione sarebbe irragionevole poiché ha offerto corse aggiuntive con beneficio per l'Amministrazione, e d'altra parte non esisteva una specifica clausola di esclusione nella legge speciale di gara.

Con secondo motivo deduce che il modello per l'offerta tecnica prevedeva la possibilità di formulare corse aggiuntive per il periodo annuale ma non permetteva la formulazione di un'offerta intermedia, limitata ad alcuni giorni dell'anno, e per tale motivo ha specificato tale proposta sul modello dell'offerta economica: non vi era infatti alcuna possibilità materiale di rielaborare il modulo per l'offerta tecnica.

Con terzo motivo lamenta che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa poiché ha frazionato la cauzione provvisoria tra due fidejussori, ciascuno dei quali ha garantito una somma pari all'1% della base di gara.

Con motivi aggiunti impugna l'aggiudicazione definitiva della gara alla controinteressata chiedendo la declaratoria di inefficacia del contratto

stipulato o, in via subordinata, la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni.

1.2 La Regione Toscana e l'impresa controinteressata Moby s.p.a. replicano puntualmente alle deduzioni della ricorrente evidenziando, in particolare, che l'applicazione del meccanismo correttivo previsto dalla legge speciale in caso di errori di calcolo non era possibile nel caso di specie, perché avrebbe comportato una riformulazione dell'intera offerta economica con violazione del principio di immutabilità delle offerte in corso di gara. La controinteressata inoltre, con il ricorso incidentale, deduce che nella valutazione dell'offerta della ricorrente non sarebbe stata presa in considerazione l'età media del naviglio che sarebbe stato utilizzato, nei servizi aggiuntivi, dai suoi subappaltatori, alterando così un dato relativo alla valutazione tecnica delle offerte.

2. Il Collegio ritiene di iniziare la trattazione dal ricorso principale e non da quello incidentale, stante l'infondatezza del primo.

2.1 Il primo e il secondo motivo possono essere trattati congiuntamente.

La legge di gara imponeva ai concorrenti intenzionati a fornire corse

aggiuntive rispetto a quelle previste come minimo di servizio, di impegnarsi a garantire quelle, e solo quelle, di esse che erano richieste dalla stazione appaltante su specifiche tratte e in determinati giorni dell'anno. L'offerta tecnica doveva quindi essere formulata secondo tali modalità e il concorrente non poteva autodeterminare le tratte e i periodi dell'anno su cui offrire corse aggiuntive. Tale prescrizione non è impugnata e non appare peraltro irragionevole; costituisce espressione di una valutazione sulle necessità del servizio che attiene al merito dell'azione amministrativa.

E' incontestato che la ricorrente abbia formulato la propria offerta in modo difforme rispetto a quanto richiesto dalla stazione appaltante e non abbia chiesto in proposito alcun chiarimento, sicché non è accoglibile la censura di cui al motivo secondo circa la presunta difficoltà nella redazione della modulistica di gara.

La questione si concentra sull'ammissibilità del soccorso istruttorio, nella forma della regolarizzazione dell'offerta formulata dalla ricorrente. A parere del Collegio, nel caso di specie non era ammissibile perché la rivalutazione dell'offerta con esclusione dei servizi aggiuntivi avrebbe implicato non una mera operazione di

ricalcolo, ma una complessiva rielaborazione sotto il profilo economico dell'offerta medesima, come correttamente replicano la resistente e la controinteressata. Nel caso di specie infatti l'offerta economica era stata calibrata dalla ricorrente su un numero di corse aggiuntive diverso da quello richiesto inderogabilmente dalla legge di gara, il cui scorporo avrebbe implicato la rielaborazione del prezzo offerto.

Il meccanismo correttivo di cui alla lettera di invito (pag. 10) avrebbe potuto essere utilizzato unicamente in caso di discordanza tra l'importo indicato nell'offerta economica, che doveva però rimanere fisso, e il prezzo complessivo offerto indicato nel dettaglio economico: in tal caso si sarebbe provveduto a ricalcolare i prezzi unitari. La richiesta della ricorrente va invece nel senso di correggere anche l'importo definitivo, rielaborando globalmente la propria offerta. Lo scorporo dei servizi aggiuntivi significherebbe infatti eliminare una componente dell'offerta medesima e obbligherebbe a rivedere complessivamente i prezzi proposti, in considerazione dei diversi ricavi presumibilmente derivanti dal diverso numero di corse offerte. In tal modo però si finirebbe con il riformulare

inammissibilmente l'offerta nel corso della procedura di gara.

2.2 Il terzo motivo deve essere a sua volta respinto poiché dal verbale in data 11 aprile 2011 risulta che alla controinteressata è stata rilasciata un'unica cauzione provvisoria di importo dimezzato in quanto possiede la certificazione di qualità necessaria a tal fine; la presenza di due garanti si riferisce alla futura costituzione della cauzione definitiva.

3. In conclusione il ricorso principale deve essere respinto e conseguentemente il ricorso incidentale deve essere dichiarato improcedibile.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in € 4.000,00 (quattromila/00), cui devono essere aggiunte le sole somme per IVA e CPA, a favore di ciascuna parte resistente.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge e dichiara improcedibile il ricorso incidentale. Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali nella misura di € 4.000,00 (quattromila/00), oltre IVA e CPA, a favore di

ciascuna parte resistente costituita.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 1 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Carlo Testori, Consigliere

Alessandro Cacciari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/03/2012

IL SEGRETARIO

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