

Fermo restando che i criteri posti in via di autolimitazione costituiscono parametri di legittimità, sotto il profilo funzionale, dell'operato dell'Amministrazione, appare evidente che detti parametri – tanto più ove fissati, come nel caso di specie, a garanzia di imparzialità nella valutazione dei requisiti di imprese concorrenti – non erano più suscettibili di modifica, **una volta note** le offerte di queste ultime. Ai fini risarcitori (**ricosciuto un risarcimento per un importo complessivo finale pari a €. 147.000,00 di €. 92.736,89 quale perdita di utile e €. 55.000,00 quale danno curriculare**), ovvero la **“deminutio” di peso imprenditoriale della società.**) deve quindi essere considerato che l'originaria ricorrente, seconda classificata nella gara di cui trattasi, sarebbe risultata aggiudicataria in caso di corretta applicazione delle regole e dei criteri, che disciplinavano la gara stessa anche in via di autodeterminazione vincolistica dell'Amministrazione. **In tale situazione, da una parte appare ravvisabile il profilo di colpa dell'Amministrazione stessa, riconducibile a regole e principi che – nei termini in precedenza chiariti – appaiono oggetto di disposizioni normative e principi giurisprudenziali di univoca interpretazione; d'altra parte, poi, il “lucro cessante” può essere direttamente rapportato all'utile che l'impresa avrebbe conseguito, a seguito dell'aggiudicazione illegittimamente negata**

Qual è il parere del Consiglio di Stato avverso un reiterato ricorso così proposto: < Nella sentenza appellata si ritenevano infondate tutte le argomentazioni difensive della suddetta società – collocatasi al secondo posto in graduatoria nella gara di cui trattasi, con punti 86,100 – in relazione all'omessa assegnazione alla medesima del punteggio, previsto nel capitolato di gara in corrispondenza del titolo di studio del personale addetto (nella successiva fase di valutazione dei titoli sarebbe stato introdotto il non previsto criterio della più alta valutazione solo per titoli di laurea ad indirizzo elettronico/informatico), nonché alla mancata decurtazione di punteggio alla società controinteressata per inadeguatezza dell'offerta (che prevedeva diverse voci peggiorative dei valori di soglia richiesti in capitolato) e all'assenza di documentazione essenziale, a corredo dell'offerta della controinteressata stessa (omessa estromissione della controinteressata per mancanza della documentazione di gara timbrata e siglata _bando, disciplinare, capitolato, bozza di contratto_ all'interno della busta contenente la documentazione amministrativa dell'impresa aggiudicataria)>?qual è l'effetto dell'accoglimento del ricorso in merito al risarcimento del danno?

Quanto all'argomentazione difensiva da ultimo indicata (che sembra opportuno esaminare anticipatamente, per ragioni di priorità logica), il Collegio non condivide la tesi, secondo cui l'adempimento in questione sarebbe stato surrogato dalla dichiarazione resa dalle imprese concorrenti – a pena di esclusione – di accettare integralmente le condizioni e le prescrizioni negoziali, contenute nel disciplinare e negli altri atti di gara. Lungi infatti dall'essere – come si afferma nella sentenza appellata – “meramente ridondante”, l'allegazione documentale di cui trattasi appare razionalmente indirizzata ad una assunzione di impegno più puntuale e concreta, basata sulla documentata conoscenza e sull'integrale accettazione delle norme negoziali dell'appalto, la cui complessità mal si prestava ad un impegno di adesione del tutto generico, benché formale, in vista del vincolo contrattuale da assumere dopo l'espletamento della gara. **Non può tuttavia escludersi che la carenza documentale in questione fosse tra quelle, che consentono la successiva regolarizzazione, in assenza di una esplicita previsione di esclusione, rapportata alla carenza documentale di cui trattasi, ed in attuazione del principio di strumentalità delle forme** (di cui sono attuale espressione gli articoli 21 octies e 21 nonies della legge n. 241/90, nel testo introdotto dalla legge n. 15/2005, ma che era già in precedenza oggetto di giurisprudenza consolidata); in base a tale principio l'invalidità di un atto per vizi procedurali può essere riconosciuta, solo quando gli adempimenti formali omessi non ammettano equipollenti, per il raggiungimento dello scopo perseguito: una circostanza, quella appena indicata, almeno in astratto non rilevabile nel caso di specie. Anche a prescindere, comunque, dall'avvenuta regolarizzazione, o meno, della procedura di cui trattasi, *il Collegio ritiene fondati ed assorbenti i due primi ordini di censure, rappresentati nell'atto di appello.* **Per quanto riguarda, in primo luogo, l'omessa**

attribuzione del punteggio pieno, riconducibile alla disponibilità di personale laureato in discipline tecniche, il Collegio condivide le prospettazioni difensive dell'appellante, circa l'inammissibilità di modifiche o integrazioni – ad opera della Commissione aggiudicatrice, in sede di esame delle offerte – dei criteri fissati dal bando e dal capitolato di gara. _ Effetto di tale accoglimento, tuttavia, non può essere che il risarcimento del danno, essendo intervenuto nelle more del giudizio il fallimento della società appellante, cui è subentrata la curatela fallimentare. **Appare poi ragionevole che, in tale ottica, sia compensato anche il cosiddetto “danno curricolare”, ovvero la “deminutio” di peso imprenditoriale della società per omessa acquisizione dell'appalto che la medesima avrebbe avuto titolo a conseguire;** tale “deminutio” può essere rapportata ad un inferiore radicamento nel mercato, anche come possibile concausa di crisi economica o imprenditoriale, in termini di difficile determinazione, ma in linea di massima rapportabili a valori percentuali compresi – secondo una stima già ritenuta equa – fra l'1% e il 5% dell'importo globale del servizio da aggiudicare.

Merita di essere segnalata la decisione numero 1180 del 2 marzo 2009, emessa dal Consiglio di Stato. Questi i motivi del ricorso in appello

<In sede di appello, le stesse argomentazioni venivano nuovamente rappresentate, con puntuale confutazione delle conclusioni emerse in primo grado di giudizio, nei termini di seguito sintetizzati:

- 1) illegittima applicazione dei criteri valutativi espressi dalla Commissione di gara, criteri che avrebbero implicato l'automatica assegnazione di un determinato punteggio per i titoli di studio del personale addetto: erano stati infatti previsti, in particolare, specifici punteggi per lauree e lauree brevi di indirizzo tecnico-scientifico, senza ulteriori distinzioni sia nel bando che nei criteri fissati dalla commissione; nella successiva fase di valutazione dei titoli, invece, sarebbe stato introdotto il non previsto criterio della più alta valutazione solo per titoli di laurea ad indirizzo elettronico/informatico (con una decurtazione per gli altri titoli scientifici, in assenza della quale l'appellante avrebbe ottenuto il massimo punteggio); incongruamente, pertanto, nella sentenza appellata si valuterebbe un presunto intendimento – non introdotto nei disciplinari di gara – della stazione appaltante;
- 2) omessa sottrazione di 3 punti alla controinteressata per valori offerti in misura inferiore alla soglia minima fissata dal capitolato tecnico, come previsto dal criterio A.3.1.6 “Proposta di accordi di servizio”; l'accordo di servizio presentato dall'aggiudicataria BETA, infatti, prevedeva diverse voci peggiorative dei valori di soglia richiesti in capitolato (con riferimento alla tempestività di ripristino per server ridondanti, al ritardo sui tempi preventivati nella fase di diagnosi ed alla capacità risolutiva degli interventi); con la predetta, doverosa decurtazione di punteggio BETA si sarebbe classificata quarta in graduatoria ed infondate, al riguardo, sarebbero le considerazioni secondo cui l'inadeguatezza dell'offerta avrebbe dovuto determinarsi non per singole voci, ma in rapporto al contenuto complessivo dell'offerta stessa: una situazione, quest'ultima, da ritenere piuttosto causa di esclusione dalla gara;
- 3) omessa estromissione di BETA per mancanza della documentazione di gara timbrata e siglata (bando, disciplinare, capitolato, bozza di contratto), all'interno della busta contenente la documentazione amministrativa dell'impresa aggiudicataria (mentre secondo controparte – le cui tesi sono state accolte in primo grado di giudizio – sarebbe stata sufficiente la dichiarazione di aderire in toto alle condizioni della gara, essendo solo tale dichiarazione imposta a pena di esclusione>

Ecco il parere dell'adito supremo giudice amministrativo:

< E' regola inderogabile infatti, a tutela della par condicio dei concorrenti, quella della immutabilità dei criteri, anche discrezionali, fissati nel bando o ad opera della Commissione aggiudicatrice, dopo l'apertura delle offerte. Lo stesso Ente appellato, in una propria memoria difensiva, sottolineava come detta Commissione “al fine di realizzare pienamente i principi di imparzialità e trasparenza, sanciti dalla normativa vigente “ si fosse “vincolata all'applicazione di criteri oggettivi, evitando valutazioni

discrezionali di merito”; con riferimento, pertanto, alla “qualificazione ed esperienza del personale assegnato ai servizi” era stata predisposta – come risultante dal verbale n. 4 del 16.7.2004 delle operazioni di gara, punto A.2.1.1 – una dettagliata griglia di punteggi, riferiti al titolo di studio posseduto dal personale stesso, nei termini di seguito riportati:

- per ogni laurea ad indirizzo scientifico: punti 0,8;
- per ogni laurea breve ad indirizzo tecnico: punti 0,6;
- per ogni diploma tecnico: punti 0,4;
- per ogni laurea non tecnica: punti 0,2;
- per ogni diploma non tecnico: punti 01.

A fronte di tale dettagliata enunciazione, tuttavia, l'appellante ha visto assegnare punti 0,2 (anziché 0,6) ad un proprio dipendente in possesso di laurea breve in ingegneria chimica e punti 0,2 (anziché 0,8) ad altro dipendente in possesso di laurea in ingegneria, con decurtazione complessiva di 1 punto rispetto alla sommatoria ritenuta corretta (in misura, peraltro, di per sé sufficiente per l'aggiudicazione, tenuto conto della differenza di punteggio, già sopra indicata, fra prima e seconda classificata, nella graduatoria redatta dalla Commissione aggiudicatrice). I dati sopra indicati non sono contraddetti dalle parti appellate, che ritengono però giustificato l'operato della Commissione stessa, che avrebbe ritenuto attribuibile il massimo punteggio, per ciascuna categoria di titoli di studio, solo quando l'indirizzo tecnico fosse di natura elettronica o informatica, poichè direttamente attinente al servizio da appaltare.

Come illustrato dalla difesa dell'Enac, in particolare, l'uso di aggettivi come “tecnico” o “scientifico”, sarebbe stato da intendere come “attinente alla scienza dell'informatica”, tenuto conto, appunto, della specializzazione richiesta per il personale addetto.

Il Collegio non condivide tale prospettazione.>

In quanto:

< Se dunque, in sede di predisposizione dei criteri in questione, la scelta di privilegiare i titoli di studio, a specifico indirizzo elettronico o informatico, non avrebbe potuto essere in alcun modo censurabile, la successiva decisione di introdurre tale ulteriore criterio selettivo, non previamente fissato, per la valutazione delle offerte appare viceversa arbitraria, conducendo alla sostanziale disapplicazione dei vincoli autoimposti al giudizio, con inevitabile lesione della par condicio dei concorrenti. Non può infatti considerarsi applicativa della griglia di valutazione, sopra riportata, l'assegnazione ad un laureato in ingegneria del punteggio (0,2), previsto per i possessori di laurea non tecnica e l'ulteriore identica valutazione di una laurea breve in ingegneria chimica, essendo tali punteggi non congruenti fra loro, oltre che in rapporto ai criteri generali, secondo dati di comune esperienza – apprezzabili dal giudice, ex art. 115 c.p.c – in materia di titoli di studio ad indirizzo tecnico/scientifico.>

Ma vi è di più

< Contrariamente a quanto ritenuto nella sentenza appellata, inoltre, anche la preferenza accordata a lauree con indirizzo tecnico, pur senza specifico indirizzo elettronico o informatico, appariva non illogica né incongrua, potendo essere indice dell'opinione che, per il lavoro da svolgere, fosse sufficiente un orientamento di studi di tipo scientifico, senza necessità di particolari specializzazioni nel campo informatico.

L'accoglimento delle prospettazioni difensive della parte appellante, sotto il profilo appena illustrato, implicherebbe già di per sé un diverso esito della gara, a favore della medesima parte;>

E relativamente al secondo appello:

<tale esito, tuttavia, risulta ancora più marcato con riferimento al secondo motivo di gravame, che il Collegio ritiene parimenti fondato.

Ancora in via di autolimitazione vincolistica, infatti, nel già citato verbale n. 4 del 16.7.2004 la Commissione aggiudicatrice aveva stabilito che – con riferimento alla valutazione del servizio “supporto alla conduzione tecnica dei sistemi e delle reti”, con specifico riguardo alla “copertura dei requisiti espressi nel capitolato tecnico” – l’assenza o l’inadeguatezza di alcune voci, nella proposta di accordo di servizio, comportasse la sottrazione di tre punti dagli otto complessivi, previsti per detta copertura (cfr. criteri A.3.1 e A.3.1.6 della scheda di valutazione).

A tale riguardo correttamente, ad avviso del Collegio, l’appellante censura l’omessa applicazione del criterio sopra indicato per l’accordo di servizio proposto dall’aggiudicataria BETA, con riferimento ai “tempi attesi”, di cui paragrafo 5.1 del capitolato tecnico e specificamente ai “valori di soglia”, da intendere quali requisiti minimi dell’offerta richiesta dalla stazione appaltante. I valori di soglia, espressi in ore lavorative, riguardavano per quanto qui interessa i tempi di ripristino e la soluzione di problemi della rete informatica, con puntuale indicazione di tempi medi di intervento, percentualmente riferiti alle diverse tipologie degli interventi in questione. Il rispetto di tali tempi e la percentuale di interventi risolutivi, evidentemente, dovevano intendersi come soddisfattivi dei requisiti richiesti dal capitolato; un miglioramento dell’offerta su singoli elementi del servizio non poteva non risultare, invece, presupposto per l’assegnazione di un punteggio aggiuntivo, nella misura prevista (punto A.3.2 verbale n. 4 cit.); allo stesso modo, tuttavia, l’indicazione di tempi più lunghi e l’inferiore percentuale indicata di interventi risolutivi avrebbero dovuto essere considerati fattori di inadeguatezza, con le conseguenze sopra indicate. Nella situazione in esame, l’aggiudicataria BETA risulta avere presentato un’offerta che si discostava appunto, in termini peggiorativi, dai requisiti previsti in capitolato, di modo che non appare giustificata l’omessa decurtazione di punteggio.

Non convincenti, a tale riguardo, appaiono le difese delle parti appellate, secondo le quali non sarebbe stata ravvisata l’opportunità di penalizzare – “atteso l’elevato standard previsto dai livelli...di servizio, descritti indicativamente nel capitolato.... – eventuali scostamenti in diminuzione”; in tale ottica, la proposta di accordo di servizio sarebbe stata valutata “nel suo complesso”, con conferma dei 3 punti al riguardo previsti in caso di “complessiva adeguatezza” e – correlativamente – azzeramento di tale punteggio in caso di “complessiva assenza o inadeguatezza”, con esclusione di tale ultima fattispecie per “manchevolezze del tutto marginali”, come quelle che si rilevarebbero nel caso di specie, sulla base di una valutazione “complessiva e discrezionale dell’offerta di BETA”. La Commissione aggiudicatrice, pertanto, avrebbe legittimamente tolto tre punti solo alle società “che avessero trascurato nella propria offerta l’accordo di servizio, o avessero taciuto parti di esso (ad esempio le penali correlate)”.

Ad avviso del Collegio, la logica delle argomentazioni appena sintetizzate non emerge tuttavia – come sarebbe necessario – dalla fase di predisposizione dei criteri, o quanto meno da una motivata applicazione dei medesimi in senso così fortemente riduttivo, da escludere la prevista decurtazione di punteggio per livelli di offerta non conformi, in senso peggiorativo, agli standards di servizio previsti per quattro punti su sei di una voce non certo secondaria del capitolato tecnico, quale deve intendersi quella riferita al “servizio di supporto alla conduzione tecnica dei sistemi” (par. 5.1.1 del capitolato stesso). Non comprensibili, in particolare, appaiono le ragioni per cui sarebbe stata considerata rilevante, ai fini di cui trattasi, la mancata previsione di penali, ma non anche un abbassamento degli standards qualitativi richiesti nel capitolato>

Relativamente alla quantificazione del danno:

<Ai fini risarcitori, deve quindi essere considerato che l’originaria ricorrente, seconda classificata nella gara di cui trattasi, sarebbe risultata aggiudicataria in caso di corretta applicazione delle regole e dei

criteri, che disciplinavano la gara stessa anche in via di autodeterminazione vincolistica dell'Amministrazione. In tale situazione, da una parte appare ravvisabile il profilo di colpa dell'Amministrazione stessa, riconducibile a regole e principi che – nei termini in precedenza chiariti – appaiono oggetto di disposizioni normative e principi giurisprudenziali di univoca interpretazione; d'altra parte, poi, il “lucro cessante” può essere direttamente rapportato all'utile che l'impresa avrebbe conseguito, a seguito dell'aggiudicazione illegittimamente negata. Tale utile, che la prevalente giurisprudenza mutua dall'art. 345 della legge 20.3.1865, n. 2248, all. F (riprodotto dall'art. 122 del regolamento, emanato con D.P.R. 21.12.1999, n. 554 e dall'art. 37 septies, comma 1, lettera c, della legge 11.2.1994, n. 109), nella misura del 10% dell'importo dell'appalto, va nella fattispecie ridotto all'8,43%, quantificato dalla stessa ALFA s.p.a. in data 22.12.2008, in sede di giustificazione del ribasso praticato ai sensi dell'art. 25 del D.Lgs. n. 157/1995, per un importo complessivo finale pari a €. 92.736,89.

Detta somma deve considerarsi compensativa, ad avviso del Collegio, anche del “danno emergente”, identificato nel costo affrontato dalla medesima ALFA s.p.a. per la presentazione dell'offerta (€. 7.405,65); non risultando, infatti, che tale costo fosse rimborsabile alla società in questione, in caso di aggiudicazione dell'appalto, deve ritenersi che la predetta somma costituisca un investimento ma anche un rischio dell'impresa, funzionale alla previsione di guadagno già sopra quantificata e ritenuta liquidabile. Non va dimenticato, a tale riguardo, che il risarcimento del danno per illegittima aggiudicazione – in materia di pubblici appalti di lavori e servizi – è riferito sostanzialmente a quella che si definisce “perdita di chance”, ovvero al guadagno che l'impresa avrebbe potuto ottenere, in base ad una ragionevole valutazione di probabilità e alle regole del mercato>

Ma non solo

< Appare poi ragionevole che, in tale ottica, sia compensato anche il cosiddetto “danno curriculare”, ovvero la “deminutio” di peso imprenditoriale della società per omessa acquisizione dell'appalto che la medesima avrebbe avuto titolo a conseguire; tale “deminutio” può essere rapportata ad un inferiore radicamento nel mercato, anche come possibile concausa di crisi economica o imprenditoriale, in termini di difficile determinazione, ma in linea di massima rapportabili a valori percentuali compresi – secondo una stima già ritenuta equa (Cons. St., sez. VI, 9.6.2008, n. 2751) – fra l'1% e il 5% dell'importo globale del servizio da aggiudicare.

Nel caso di specie, tenuto conto del fallimento, dichiarato il 22.10.2007, della società ALFA s.p.a. – fallimento dichiarato il 22.10.2007, a circa due anni e mezzo dalla mancata aggiudicazione dell'appalto (che avrebbe, plausibilmente, esercitato un effetto benefico sui bilanci e la solvibilità dell'impresa) – il Collegio ritiene di poter ritenere corretta la percentuale massima, per un danno stimabile in €. 55.000,00.>

In conclusione quindi

<Per le ragioni esposte, in conclusione, il Collegio stesso condanna l'ente appaltante al risarcimento del danno – a favore della curatela fallimentare di ALFA s.p.a. – nella misura complessiva di €. 147.000,00 (Euro centoquarantasettemila/00), maggiorati di interessi e rivalutazione, nei termini legislativamente previsti>



REPUBBLICA ITALIANA

N.1180/09

Reg.Dec.

N. 1086 Reg.Ric.

ANNO 2006

Disp.vo 11/2009

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 1086/06, proposto da ALFA s.p.a., rappresentata e difesa dall'Avv. Prof. F. Cardarelli ed elettivamente domiciliata presso lo stesso in Roma, vicolo Orbitelli, 31;

contro

L'ENTE NAZIONALE PER L'AVIAZIONE CIVILE (ENAC), costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato e presso gli uffici della medesima domiciliato ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

BETA ITALIA s.p.a., costituita in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv. Domenico Iaria ed elettivamente domiciliata presso il dott. Gian Marco Grez, Lungotevere Flaminio, 46, Pal. IV, sc. B;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, n. 12065/05 del 23.11.2005;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti appellate;

Visto l'appello incidentale proposto da BETA s.p.a.;

Visto l'atto di riassunzione del giudizio della curatela fallimentare della Enterprise Digital Architects s.p.a.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 9 gennaio 2009 relatore il Consigliere Gabriella De Michele;

Uditi l'avv. Cardarelli, l'avv. dello Stato Guizzi e l'avv. Iaria;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

Con atto di appello, notificato il 27.1.2006 e depositato in data 8.2.2006, la società Enterprise Digital Architects s.p.a. impugnava la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sede di Roma, n. 12065/05 del 23.11.2005 (che non risulta notificata), con la quale veniva respinto il ricorso proposto dalla medesima società avverso l'aggiudicazione alla BETA Italia s.p.a. del servizio di Fleet management – lotto B (Fornitura dei servizi di conduzione dei sistemi, call center ed help desk), di cui al bando inviato alla GUCE il 12.3.2004 e pubblicato sulla G.U. n. 73 del 27.3.2004, nonché per il risarcimento dei danni subiti, in forma specifica o per equivalente, a norma dell'art. 35 del D.Lgs. 31.3.1998, n. 80.

Nel corso del giudizio, la citata società Enterprise Digital Architects s.p.a. veniva dichiarata fallita con sentenza del Tribunale ordinario, sezione fallimentare, del 22.10.2007 ed il giudizio stesso era, conseguentemente, interrotto ex lege (art. 24 L. n. 1034/1971) a seguito di comunicazione notificata a mezzo del servizio postale il 12.4.2008, con successiva riassunzione del giudizio stesso con atto notificato il 9.7.2008 e depositato il 15.7.2008.

Nella sentenza appellata si ritenevano infondate tutte le argomentazioni difensive della suddetta società – collocatasi al secondo posto in graduatoria nella gara di cui trattasi, con punti 86,100 – in relazione all'omessa assegnazione alla medesima del punteggio, previsto nel capitolato di gara in corrispondenza del titolo di studio del personale addetto, nonché alla mancata decurtazione di punteggio alla società controinteressata per inadeguatezza dell'offerta e all'assenza di documentazione essenziale, a corredo dell'offerta della controinteressata stessa (che avrebbe dovuto, pertanto, essere esclusa dalla gara).

In sede di appello, le stesse argomentazioni venivano nuovamente rappresentate, con puntuale confutazione delle conclusioni emerse in primo grado di giudizio, nei termini di seguito sintetizzati:

1) illegittima applicazione dei criteri valutativi espressi dalla Commissione di gara, criteri che avrebbero implicato l'automatica assegnazione di un determinato punteggio per i titoli di studio del personale addetto: erano stati infatti previsti, in particolare, specifici punteggi per lauree e lauree brevi di indirizzo tecnico-scientifico, senza ulteriori distinzioni sia nel bando che nei criteri fissati dalla commissione; nella successiva fase di valutazione dei titoli, invece, sarebbe stato introdotto il non previsto criterio della più alta valutazione solo per titoli di laurea ad indirizzo elettronico/informatico (con una decurtazione per gli altri titoli scientifici, in assenza della quale l'appellante avrebbe ottenuto il massimo punteggio); incongruamente, pertanto, nella sentenza appellata si valuterebbe un presunto intendimento – non introdotto nei disciplinari di gara – della stazione appaltante;

2) omessa sottrazione di 3 punti alla controinteressata per valori offerti in misura inferiore alla soglia minima fissata dal capitolato tecnico, come previsto dal criterio A.3.1.6 “Proposta di accordi di servizio”; l'accordo di servizio presentato dall'aggiudicataria BETA, infatti, prevedeva diverse voci peggiorative dei valori di soglia richiesti in capitolato (con riferimento alla tempestività di ripristino per server ridondanti, al ritardo sui tempi preventivati nella fase di diagnosi ed alla capacità risolutiva degli interventi); con la predetta, doverosa decurtazione di punteggio BETA si sarebbe classificata quarta in graduatoria ed infondate, al riguardo, sarebbero le considerazioni secondo cui l'inadeguatezza dell'offerta avrebbe dovuto determinarsi non per singole voci, ma in rapporto al contenuto complessivo dell'offerta stessa: una situazione, quest'ultima, da ritenere piuttosto causa di esclusione dalla gara;

3) omessa estromissione di BETA per mancanza della documentazione di gara timbrata e siglata (bando, disciplinare, capitolato, bozza di contratto), all'interno della busta contenente la documentazione amministrativa dell'impresa aggiudicataria (mentre secondo controparte – le cui tesi sono state accolte in primo grado di giudizio – sarebbe stata sufficiente la dichiarazione di

aderire in toto alle condizioni della gara, essendo solo tale dichiarazione imposta a pena di esclusione).

Le parti appellate, costitutesi in giudizio, resistevano formalmente all'accoglimento dell'appello, sottolineando le argomentazioni già recepite, nei termini sopra sintetizzati, nella citata sentenza n. 12065/05.

La controinteressata BETA s.p.a., inoltre, notificava i seguenti motivi di appello incidentale, a cui puntualmente si contrapponevano le controdeduzioni della società appellante:

1) mancanza nell'offerta del previsto numero verde nazionale (circostanza contraddetta dall'appellante, essendo l'offerta in questione comprensiva di tutti i servizi previsti nel capitolato, con costo di attivazione del numero verde incluso nel prezzo totale richiesto);

2) mancata copertura dell'intera fascia oraria per la quale era richiesto il servizio (circostanza contraddetta in fatto dalla medesima appellante, con testuale riferimento al paragrafo 3.1.7. dell'offerta tecnica);

3) mancata previsione di adeguati programmi (tools) per la gestione delle postazioni di lavoro (PDL) e delle reti (LAN), con riferimento alla scelta –ritenuta contestabile anche per motivi di sicurezza – di una forma di assistenza prestata “on line”, anziché con la presenza o l'invio di un tecnico (questione rimessa, secondo controparte, al giudizio discrezionale della Commissione aggiudicatrice, che non aveva mosso obiezioni sul punto).

In base alle argomentazioni in precedenza indicate ed alle ulteriori difese, rappresentate nelle memorie conclusive delle parti, nell'udienza in data odierna la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

La questione sottoposta all'esame del Collegio concerne una procedura di gara, indetta dall'Ente nazionale per l'aviazione civile (ENAC), per l'affidamento del servizio di fleet management, con bando inviato alla GUCE il 12marzo 2004 e pubblicato sulla G.U. n. 73 del

27.3.2004. Detto servizio risultava suddiviso in tre lotti (A, B e C) e per il lotto B, avente ad oggetto i servizi di conduzione dei sistemi, call center ed help desk, presentavano offerta – risultando, rispettivamente, prima e seconda classificata – le società BETA s.p.a. ed Enterprise Digital Architects (ALFA) s.p.a.

Quest'ultima, tuttavia, impugnava l'aggiudicazione e tutti gli atti di gara, rilevando come l'esiguo distacco del proprio punteggio da quello dell'aggiudicataria (punti 0,463) dovesse, in realtà, essere ribaltato, con attribuzione di un ulteriore punto all'offerta tecnica dalla medesima presentata e sottrazione di tre punti a quella della controinteressata, la cui partecipazione avrebbe anzi dovuto essere del tutto esclusa, per omessa presentazione di documenti fondamentali (bando, disciplinare, capitolato di gara, bozza di contratto), da porre, timbrati e siglati, all'interno della busta contenente la documentazione amministrativa.

Quanto all'argomentazione difensiva da ultimo indicata (che sembra opportuno esaminare anticipatamente, per ragioni di priorità logica), il Collegio non condivide la tesi, secondo cui l'adempimento in questione sarebbe stato surrogato dalla dichiarazione resa dalle imprese concorrenti – a pena di esclusione – di accettare integralmente le condizioni e le prescrizioni negoziali, contenute nel disciplinare e negli altri atti di gara. Lungi infatti dall'essere – come si afferma nella sentenza appellata – “meramente ridondante”, l'allegazione documentale di cui trattasi appare razionalmente indirizzata ad una assunzione di impegno più puntuale e concreta, basata sulla documentata conoscenza e sull'integrale accettazione delle norme negoziali dell'appalto, la cui complessità mal si prestava ad un impegno di adesione del tutto generico, benché formale, in vista del vincolo contrattuale da assumere dopo l'espletamento della gara. Non può tuttavia escludersi che la carenza documentale in questione fosse tra quelle, che consentono la successiva regolarizzazione, in assenza di una esplicita previsione di esclusione, rapportata alla carenza documentale di cui trattasi, ed in attuazione del principio di strumentalità delle forme (di cui sono attuale espressione gli articoli 21 octies e 21 nonies della legge n. 241/90, nel testo

introdotto dalla legge n. 15/2005, ma che era già in precedenza oggetto di giurisprudenza consolidata); in base a tale principio l'invalidità di un atto per vizi procedurali può essere riconosciuta, solo quando gli adempimenti formali omessi non ammettano equipollenti, per il raggiungimento dello scopo perseguito: una circostanza, quella appena indicata, almeno in astratto non rilevabile nel caso di specie (cfr. fra le tante, per il principio; Cons. St., sez. V, 28.1.2005, n. 187, 5.7.2005, n. 3716 e 23.3.2004, n. 1542;

Anche a prescindere, comunque, dall'avvenuta regolarizzazione, o meno, della procedura di cui trattasi, il Collegio ritiene fondati ed assorbenti i due primi ordini di censure, rappresentati nell'atto di appello.

Per quanto riguarda, in primo luogo, l'omessa attribuzione del punteggio pieno, riconducibile alla disponibilità di personale laureato in discipline tecniche, il Collegio condivide le prospettazioni difensive dell'appellante, circa l'inammissibilità di modifiche o integrazioni – ad opera della Commissione aggiudicatrice, in sede di esame delle offerte – dei criteri fissati dal bando e dal capitolato di gara.

E' regola inderogabile infatti, a tutela della par condicio dei concorrenti, quella della immutabilità dei criteri, anche discrezionali, fissati nel bando o ad opera della Commissione aggiudicatrice, dopo l'apertura delle offerte. Lo stesso Ente appellato, in una propria memoria difensiva, sottolineava come detta Commissione “al fine di realizzare pienamente i principi di imparzialità e trasparenza, sanciti dalla normativa vigente “ si fosse “vincolata all'applicazione di criteri oggettivi, evitando valutazioni discrezionali di merito”; con riferimento, pertanto, alla “qualificazione ed esperienza del personale assegnato ai servizi” era stata predisposta – come risultante dal verbale n. 4 del 16.7.2004 delle operazioni di gara, punto A.2.1.1 – una dettagliata griglia di punteggi, riferiti al titolo di studio posseduto dal personale stesso, nei termini di seguito riportati:

- per ogni laurea ad indirizzo scientifico: punti 0,8;

- per ogni laurea breve ad indirizzo tecnico: punti 0,6;
- per ogni diploma tecnico: punti 0,4;
- per ogni laurea non tecnica: punti 0,2;
- per ogni diploma non tecnico: punti 01.

A fronte di tale dettagliata enunciazione, tuttavia, l'appellante ha visto assegnare punti 0,2 (anziché 0,6) ad un proprio dipendente in possesso di laurea breve in ingegneria chimica e punti 0,2 (anziché 0,8) ad altro dipendente in possesso di laurea in ingegneria, con decurtazione complessiva di 1 punto rispetto alla sommatoria ritenuta corretta (in misura, peraltro, di per sè sufficiente per l'aggiudicazione, tenuto conto della differenza di punteggio, già sopra indicata, fra prima e seconda classificata, nella graduatoria redatta dalla Commissione aggiudicatrice). I dati sopra indicati non sono contraddetti dalle parti appellate, che ritengono però giustificato l'operato della Commissione stessa, che avrebbe ritenuto attribuibile il massimo punteggio, per ciascuna categoria di titoli di studio, solo quando l'indirizzo tecnico fosse di natura elettronica o informatica, poichè direttamente attinente al servizio da appaltare. Come illustrato dalla difesa dell'Enac, in particolare, l'uso di aggettivi come "tecnico" o "scientifico", sarebbe stato da intendere come "attinente alla scienza dell'informatica", tenuto conto, appunto, della specializzazione richiesta per il personale addetto.

Il Collegio non condivide tale prospettazione.

Fermo restando, infatti, che i criteri posti in via di autolimitazione costituiscono parametri di legittimità, sotto il profilo funzionale, dell'operato dell'Amministrazione (cfr., per il principio, comunque pacifico, Cons. St., sez. VI, 5.8.1999, n. 1018; Cons. St., sez. V, 25.2.2002, n. 1091; Cons. St., sez. IV, 25.5.2005, n. 2713), appare evidente che detti parametri – tanto più ove fissati, come nel caso di specie, a garanzia di imparzialità nella valutazione dei requisiti di imprese concorrenti – non erano più suscettibili di modifica, una volta note le offerte di queste ultime. Se dunque, in sede di predisposizione dei criteri in questione, la scelta di privilegiare i titoli di studio, a specifico indirizzo elettronico o informatico, non avrebbe potuto essere in alcun modo censurabile,

la successiva decisione di introdurre tale ulteriore criterio selettivo, non previamente fissato, per la valutazione delle offerte appare viceversa arbitraria, conducendo alla sostanziale disapplicazione dei vincoli autoimposti al giudizio, con inevitabile lesione della par condicio dei concorrenti. Non può infatti considerarsi applicativa della griglia di valutazione, sopra riportata, l'assegnazione ad un laureato in ingegneria del punteggio (0,2), previsto per i possessori di laurea non tecnica e l'ulteriore identica valutazione di una laurea breve in ingegneria chimica, essendo tali punteggi non congruenti fra loro, oltre che in rapporto ai criteri generali, secondo dati di comune esperienza – apprezzabili dal giudice, ex art. 115 c.p.c – in materia di titoli di studio ad indirizzo tecnico/scientifico.

Contrariamente a quanto ritenuto nella sentenza appellata, inoltre, anche la preferenza accordata a lauree con indirizzo tecnico, pur senza specifico indirizzo elettronico o informatico, appariva non illogica né incongrua, potendo essere indice dell'opinione che, per il lavoro da svolgere, fosse sufficiente un orientamento di studi di tipo scientifico, senza necessità di particolari specializzazioni nel campo informatico.

L'accoglimento delle prospettazioni difensive della parte appellante, sotto il profilo appena illustrato, implicherebbe già di per sé un diverso esito della gara, a favore della medesima parte;

tale esito, tuttavia, risulta ancora più marcato con riferimento al secondo motivo di gravame, che il Collegio ritiene parimenti fondato.

Ancora in via di autolimitazione vincolistica, infatti, nel già citato verbale n. 4 del 16.7.2004 la Commissione aggiudicatrice aveva stabilito che – con riferimento alla valutazione del servizio “supporto alla conduzione tecnica dei sistemi e delle reti”, con specifico riguardo alla “copertura dei requisiti espressi nel capitolato tecnico” – l'assenza o l'inadeguatezza di alcune voci, nella proposta di accordo di servizio, comportasse la sottrazione di tre punti dagli otto complessivi, previsti per detta copertura (cfr. criteri A.3.1 e A.3.1.6 della scheda di valutazione).

A tale riguardo correttamente, ad avviso del Collegio, l'appellante censura l'omessa applicazione del criterio sopra indicato per l'accordo di servizio proposto dall'aggiudicataria BETA, con riferimento ai "tempi attesi", di cui paragrafo 5.1 del capitolato tecnico e specificamente ai "valori di soglia", da intendere quali requisiti minimi dell'offerta richiesta dalla stazione appaltante. I valori di soglia, espressi in ore lavorative, riguardavano per quanto qui interessa i tempi di ripristino e la soluzione di problemi della rete informatica, con puntuale indicazione di tempi medi di intervento, percentualmente riferiti alle diverse tipologie degli interventi in questione. Il rispetto di tali tempi e la percentuale di interventi risolutivi, evidentemente, dovevano intendersi come soddisfattivi dei requisiti richiesti dal capitolato; un miglioramento dell'offerta su singoli elementi del servizio non poteva non risultare, invece, presupposto per l'assegnazione di un punteggio aggiuntivo, nella misura prevista (punto A.3.2 verbale n. 4 cit.); allo stesso modo, tuttavia, l'indicazione di tempi più lunghi e l'inferiore percentuale indicata di interventi risolutivi avrebbero dovuto essere considerati fattori di inadeguatezza, con le conseguenze sopra indicate. Nella situazione in esame, l'aggiudicataria BETA risulta avere presentato un'offerta che si discostava appunto, in termini peggiorativi, dai requisiti previsti in capitolato, di modo che non appare giustificata l'omessa decurtazione di punteggio.

Non convincenti, a tale riguardo, appaiono le difese delle parti appellate, secondo le quali non sarebbe stata ravvisata l'opportunità di penalizzare – "atteso l'elevato standard previsto dai livelli...di servizio, descritti indicativamente nel capitolato.... – eventuali scostamenti in diminuzione"; in tale ottica, la proposta di accordo di servizio sarebbe stata valutata "nel suo complesso", con conferma dei 3 punti al riguardo previsti in caso di "complessiva adeguatezza" e – correlativamente – azzeramento di tale punteggio in caso di "complessiva assenza o inadeguatezza", con esclusione di tale ultima fattispecie per "manchevolezze del tutto marginali", come quelle che si rileverebbero nel caso di specie, sulla base di una valutazione "complessiva e discrezionale dell'offerta di BETA". La Commissione aggiudicatrice, pertanto, avrebbe legittimamente tolto tre

punti solo alle società “che avessero trascurato nella propria offerta l’accordo di servizio, o avessero taciuto parti di esso (ad esempio le penali correlate)”. Ad avviso del Collegio, la logica delle argomentazioni appena sintetizzate non emerge tuttavia – come sarebbe necessario – dalla fase di predisposizione dei criteri, o quanto meno da una motivata applicazione dei medesimi in senso così fortemente riduttivo, da escludere la prevista decurtazione di punteggio per livelli di offerta non conformi, in senso peggiorativo, agli standards di servizio previsti per quattro punti su sei di una voce non certo secondaria del capitolato tecnico, quale deve intendersi quella riferita al “servizio di supporto alla conduzione tecnica dei sistemi” (par. 5.1.1 del capitolato stesso). Non comprensibili, in particolare, appaiono le ragioni per cui sarebbe stata considerata rilevante, ai fini di cui trattasi, la mancata previsione di penali, ma non anche un abbassamento degli standards qualitativi richiesti nel capitolato.

Anche sotto tale profilo, pertanto, il Collegio ritiene che l’appello debba trovare accoglimento.

A non diverse conclusioni conduce l’esame dell’appello incidentale, proposto dalla controinteressata BETA s.p.a.. Quest’ultima, infatti, censura la mancanza di esplicita previsione di un numero verde, la mancata copertura dell’intera fascia oraria per la quale era richiesto il servizio ed una inidonea modalità di effettuazione del servizio stesso (assistenza prestata solo previo collegamento via rete, più difficoltoso e rischioso, anche per l’esposizione di dati sensibili al rischio concreto di interferenze e controlli esterni): a tali contestazioni, tuttavia, ha replicato l’appellante principale, in base a considerazioni che il Collegio ritiene condivisibili.

Quanto al numero verde, in primo luogo, appare ragionevole che ALFA s.p.a. si sia “limitata a descrivere gli elementi qualificanti e distintivi” della propria proposta, “rimandando, per tutto quanto non espressamente evidenziato, all’accettazione integrale della documentazione di gara”; significativamente infatti, nell’offerta della medesima società, veniva assicurata “piena copertura dei requisiti espressi nel capitolato”, con l’ulteriore seguente precisazione: “oltre a quanto

espressamente richiesto....ALFA propone....”; in sede poi di giustificazioni, rese in data 22.12.2004 ex art. 25 D.Lgs. n. 157/1995, la medesima società forniva su richiesta dell’Amministrazione il costo di attivazione del servizio in questione.

Con riferimento alla fascia oraria del servizio, inoltre, le affermazioni dell’appellante incidentale appaiono smentite dall’allegato n. 1 dell’offerta tecnica di ALFA s.p.a., nella quale “l’indicazione della finestra temporale di erogazione dei servizi di secondo livello (tra cui il servizio on site presso la DG ENAC e fornitura IMAC)...va dalle 8.30 alle 20, conformemente a quanto richiesto dal capitolato”: in assenza di puntuali controdeduzioni sul punto, pertanto, la contestazione al riguardo prospettata non appare condivisibile.

Quanto al terzo ed ultimo motivo, infine, le controdeduzioni di ALFA s.p.a. appaiono fondate, nella parte in cui rinviano all’attendibile apprezzamento della stazione appaltante, per l’accettazione senza rilievi delle modalità installative di due “tools”, uno per la gestione remota (PDL) ed uno per il monitoraggio delle reti LAN, che facevano capo al centro servizi ALFA e non alla sede centrale ENAC, non essendovi al riguardo contrastanti prescrizioni del capitolato ed implicando la soluzione proposta anche “ulteriori servizi...descritti nell’offerta tecnica”.

In base alle considerazioni svolte, in conclusione, il Collegio ritiene che l’appello incidentale debba essere respinto, mentre conseguono all’annullamento dell’appello principale la riforma della sentenza impugnata e l’accoglimento del ricorso di primo grado.

Effetto di tale accoglimento, tuttavia, non può essere che il risarcimento del danno, essendo intervenuto nelle more del giudizio il fallimento della società appellante, cui è subentrata la curatela fallimentare.

Ai fini risarcitori, deve quindi essere considerato che l’originaria ricorrente, seconda classificata nella gara di cui trattasi, sarebbe risultata aggiudicataria in caso di corretta applicazione delle regole e dei criteri, che disciplinavano la gara stessa anche in via di autodeterminazione vincolistica dell’Amministrazione. In tale situazione, da una parte appare ravvisabile il profilo di

colpa dell'Amministrazione stessa, riconducibile a regole e principi che – nei termini in precedenza chiariti – appaiono oggetto di disposizioni normative e principi giurisprudenziali di univoca interpretazione; d'altra parte, poi, il “lucro cessante” può essere direttamente rapportato all'utile che l'impresa avrebbe conseguito, a seguito dell'aggiudicazione illegittimamente negata. Tale utile, che la prevalente giurisprudenza mutua dall'art. 345 della legge 20.3.1865, n. 2248, all. F (riprodotto dall'art. 122 del regolamento, emanato con D.P.R. 21.12.1999, n. 554 e dall'art. 37 septies, comma 1, lettera c, della legge 11.2.1994, n. 109), nella misura del 10% dell'importo dell'appalto, va nella fattispecie ridotto all'8,43%, quantificato dalla stessa ALFA s.p.a. in data 22.12.2008, in sede di giustificazione del ribasso praticato ai sensi dell'art. 25 del D.Lgs. n. 157/1995, per un importo complessivo finale pari a € 92.736,89.

Detta somma deve considerarsi compensativa, ad avviso del Collegio, anche del “danno emergente”, identificato nel costo affrontato dalla medesima ALFA s.p.a. per la presentazione dell'offerta (€ 7.405,65); non risultando, infatti, che tale costo fosse rimborsabile alla società in questione, in caso di aggiudicazione dell'appalto, deve ritenersi che la predetta somma costituisca un investimento ma anche un rischio dell'impresa, funzionale alla previsione di guadagno già sopra quantificata e ritenuta liquidabile. Non va dimenticato, a tale riguardo, che il risarcimento del danno per illegittima aggiudicazione – in materia di pubblici appalti di lavori e servizi – è riferito sostanzialmente a quella che si definisce “perdita di chance”, ovvero al guadagno che l'impresa avrebbe potuto ottenere, in base ad una ragionevole valutazione di probabilità e alle regole del mercato (cfr. fra le tante, per il principio, Cass. civ, sez. I, 25.10.2007, n. 22370; Cons. St., sez. V, 12.2.2007, n. 593 e 6.2.2007, n. 478).

Appare poi ragionevole che, in tale ottica, sia compensato anche il cosiddetto “danno curriculare”, ovvero la “deminutio” di peso imprenditoriale della società per omessa acquisizione dell'appalto che la medesima avrebbe avuto titolo a conseguire; tale “deminutio” può essere rapportata ad un inferiore radicamento nel mercato, anche come possibile concausa di crisi

economica o imprenditoriale, in termini di difficile determinazione, ma in linea di massima rapportabili a valori percentuali compresi – secondo una stima già ritenuta equa (Cons. St., sez. VI, 9.6.2008, n. 2751) – fra l'1% e il 5% dell'importo globale del servizio da aggiudicare.

Nel caso di specie, tenuto conto del fallimento, dichiarato il 22.10.2007, della società ALFA s.p.a. – fallimento dichiarato il 22.10.2007, a circa due anni e mezzo dalla mancata aggiudicazione dell'appalto (che avrebbe, plausibilmente, esercitato un effetto benefico sui bilanci e la solvibilità dell'impresa) – il Collegio ritiene di poter ritenere corretta la percentuale massima, per un danno stimabile in €. 55.000,00.

Per le ragioni esposte, in conclusione, il Collegio stesso condanna l'ente appaltante al risarcimento del danno – a favore della curatela fallimentare di ALFA s.p.a. – nella misura complessiva di €. 147.000,00 (Euro centoquarantasettemila/00), maggiorati di interessi e rivalutazione, nei termini legislativamente previsti (cfr. al riguardo, per limiti e modalità di calcolo, Cons. St. sez. VI, 6.5.2008, n. 1995 e 29.7.2008, n. 3785), dalla data della domanda a quella dell'effettivo soddisfo.

Le spese giudiziali da porre, in solido, a carico dell'ENAC in favore dell'appellante vengono liquidate nella misura di €. 8.000,00 (Euro ottomila/00) per i due gradi di giudizio; ricorrono giusti motivi per compensare le spese negli altri rapporti fra le parti.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie l'appello principale, respinge l'appello incidentale e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sez. III ter n. 12065/05 del 23.11.2005, accoglie il ricorso di primo grado.

Condanna l'Ente nazionale per l'aviazione civile al risarcimento del danno, nei termini di cui in motivazione in favore dell'appellante.

Condanna, il medesimo Ente al pagamento delle spese giudiziali del doppio grado di giudizio, in favore della parte appellante, che liquida nella misura di €. 8.000,00 (euro ottomila/00)

Compensa per il resto.

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

Così deciso in Roma, il 9 gennaio 2009 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI -, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giuseppe Barbagallo	Presidente
Paolo Buonvino	Consigliere
Aldo Fera	Consigliere
Domenico Cafini	Consigliere
Gabriella De Michele	Consigliere est.

Presidente

GIUSEPPE BARBAGALLO

Consigliere

GABRIELLA DE MICHELE

Segretario

ANDREA SABATINI

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 2/03/2009
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione
MARIA RITA OLIVA

CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa
al Ministero.....
a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria