

Appalto da affidare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa: particolare fattispecie nella quale l'appiattimento dell'elemento " prezzo " si pone in contraddizione logica, sia sotto il profilo formale che sotto quello sostanziale, risp

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Occorre ricordare come il criterio dell'aggiudicazione a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa (nel caso di specie è stato impiegato il modello disciplinato dall'articolo 23 del D.lg. 17-3-1995 n. 157, che ha attuato la direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi), si discosta dal metodo più generale dell'offerta più bassa per la ragione che, con riferimento all'oggetto del contratto, non è possibile individuare l'offerta migliore sulla base di questo solo elemento di valutazione, ma occorra valutare congiuntamente "elementi diversi, variabili secondo il contratto in questione, quali, ad esempio, il merito tecnico, la qualità, le caratteristiche estetiche e funzionali, il servizio successivo alla vendita, l'assistenza tecnica, il termine di consegna o esecuzione, il prezzo".

La norma, proprio per l'estrema variabilità delle situazioni che possono presentarsi in concreto, non predetermina un sistema compiuto di misurazione di tali elementi ma si affida al potere discrezionale delle singole amministrazioni, pur con la precisazione che queste "devono menzionare, nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, i criteri di aggiudicazione di cui si prevede l'applicazione, possibilmente nell'ordine decrescente d'importanza", e che "i parametri di valutazione e di ponderazione degli elementi ..., volti a garantire il corretto rapporto prezzo-qualità in relazione al servizio da affidare, sono stabiliti dalle singole amministrazioni aggiudicatrici in sede di bando o di lettera di invito." _

Ciò vuol dire non solo che l'amministrazione debba esternare preventivamente ed in maniera chiara quali siano gli elementi che saranno presi in considerazione per la scelta e la loro importanza relativa, ma anche che l'uso della discrezionalità va orientato con riferimento alle caratteristiche oggettive della prestazione richiesta all'aggiudicatario. Riguardo alla materia qui trattata, con riferimento alle caratteristiche del "servizio da affidare", così come definite dal capitolato speciale e dagli altri documenti che contribuiranno a formare l'oggetto del contratto. Infatti, appare evidente alla stregua dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione, che la giusta combinazione tra gli elementi qualitativi ed il prezzo, ai fini di una corretta ponderazione, va ricercata non in un apprezzamento arbitrario

dell'amministrazione appaltante, ma nella relazione tra bilanciamento dei criteri e caratteristiche del servizio, posto che da esse può ricavarsi se siano o meno prevalenti gli elementi legati ad aspetti qualitativi rispetto al dato puramente economico

Merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla decisione numero 2848 del 9 giugno 2008, inviata per la pubblicazione in data 13 giugno 2008, emessa dal Consiglio di Stato

< In altri termini, l'analisi circa la logicità o meno della regola, creata dall'amministrazione per "garantire il corretto rapporto prezzo-qualità", va condotta valutando se essa rientri o meno nell'ambito delle soluzioni possibili con riferimento allo specifico servizio da affidare.

Nel caso di specie, a parte la contraddittorietà intrinseca del capitolato, che prima attribuisce all'elemento " prezzo" 50 punti, cioè la metà del punteggio a disposizione della commissione, e poi ha prescritto l'uso di una formula per l'attribuzione del punteggio tale che lo scarto tra il migliore e il peggior prezzo non sarebbe potuto essere superiore a 15 punti (modalità già ritenuta di per se illegittima da questo Consiglio di Stato con decisione di questa sezione 28 settembre 2005, n. 5196),
vi è di più.

L'appiattimento dell'elemento prezzo non solo non è in alcun modo motivato ma non è giustificato dal tipo di servizio posto in gara, giacché risulta dagli atti depositati in giudizio che questo si riferisce alla "gestione totale quinquennale (conduzione, fornitura combustibile, manutenzione ordinaria) e manutenzione straordinaria per il ripristino funzionale degli impianti termici al servizio degli edifici scolastici e varie dipendenze comunali", cioè ad un servizio di tipo ordinario, non caratterizzato da un particolare valore tecnologico ma con una forte connotazione di fornitura di beni fungibili, che qualsiasi offerente, ovviamente dotato di una adeguata organizzazione, sarebbe in grado di fornire secondo la qualità richiesta dall'amministrazione.

L'appiattimento dell'elemento " prezzo ", pertanto si pone in contraddizione logica, sia sotto il profilo formale che sotto quello sostanziale, rispetto al tipo di contratto che l'amministrazione si proponeva di stipulare.

L'appello, pertanto, va accolto e gli atti di gara vanno annullati>

Ma vi è di più

<Quanto alla domanda di condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni, dovendosi procedere alla rinnovazione ora per allora delle procedure annullate, allo stato questa può essere esaminata solo nella forma della fissazione dei criteri cui l'amministrazione dovrà attenersi nel dare esecuzione alla presente decisione, ai sensi dell'articolo 35, comma 2, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80.

A seguito dell'annullamento parziale del bando di gara e, quindi, della eliminazione della formula matematica relativa all'elemento "prezzo", acquista piena valenza il criterio che attribuisce per intero a tale elemento 50 punti, per cui l'attribuzione del punteggio dovrà essere effettuata assegnando punti 50 al prezzo offerto più conveniente per la stazione appaltante e punti 0 al prezzo base indicato negli atti di gara. Tutte le altre offerte dovranno essere collocate in misura proporzionale tra questi due limiti.

Dopo aver effettuato questa operazione, l'amministrazione, ove risultasse l'aggiudicazione della gara in questione in favore della ALFA Servizi s.p.a., dovrà procedere agli ulteriori incombeni, ivi compresa la valutazione relativa alla individuazione dell'eventuale anomalia dell'offerta ed alla sua verifica, ai sensi dell'articolo 25 del D.lg. 17-3-1995 n. 157, oggi trasfuso negli articoli 86 e l'87 del codice dei contratti pubblici approvato con D.lg. 12 aprile 2006, 163.

Conclusa la rinnovazione del procedimento di gara nei sensi e sopra indicati, e nell'ipotesi in cui la ALFA Servizi s.p.a. risultasse aggiudicataria definitiva, sarà possibile verificare se, ed in quale misura, il danno sia ristorabile attraverso la reintegrazione in forma specifica. Il danno residuo dovrà essere risarcito per equivalente, cioè mediante il pagamento di una somma di denaro, determinato secondo i criteri elaborati della giurisprudenza, che l'amministrazione dovrà proporre alla ALFA Servizi s.p.a..

A tal proposito si ricorda che, ai fini della quantificazione del danno, il collegio ritiene possa applicarsi alla fattispecie l'orientamento espresso dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (5 settembre 2005 , n. 6), secondo il quale " nel caso di richiesta di risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale, a seguito della revoca dell'aggiudicazione, il risarcimento va riconosciuto nei limiti dell'interesse negativo, rappresentato dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative e dalla perdita di ulteriori occasioni per la stipula con altri di un contratto almeno parimenti vantaggioso. In particolare, nel caso di appalto di servizi, per ciò che concerne la perdita di altre occasioni da parte dell'impresa, l'ammontare del risarcimento può essere determinato in via equitativa, riconoscendo al concorrente l'utile economico che sarebbe derivato dalla gestione del servizio messo in gara nella misura del 10 % dell'ammontare dell'offerta" . Si tratta di un criterio che, la giurisprudenza prevalente ha generalizzato, in tutte le ipotesi di perdita di chances, tra cui anche il mancato affidamento dell'appalto, e che è stato mitigato nel senso che " il danno derivante ad una impresa dal mancato affidamento di un appalto è quantificabile nella misura dell'utile non conseguito (10 %), solo se e in quanto l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi, mentre quando tale dimostrazione non sia stata offerta è da ritenere che l'impresa possa avere ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri, analoghi servizi, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità, con conseguente riduzione in via equitativa del danno risarcibile" (Cons. Stato, V, 24 ottobre 2002 n. 5860; VI, 9 novembre 2006 n. 6607, VI, 09 marzo 2007 , n. 1114).

Per concludere, l'amministrazione è tenuta a rinnovare il procedimento e formulare la proposta di cui sopra, entro il termine complessivo di sei mesi decorrenti dalla notifica della presente decisione. Fermo restando che, in caso di disaccordo tra le parti, la quantificazione del danno potrà essere precisata e definita nella sede del giudizio di ottemperanza.>

A cura di *****

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 2848/08 REG.DEC.

N.

6248

ANNO
2007

Il
Consiglio
di
Stato
in
sede
giurisdizionale, (Quinta Sezione)

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 6248 del 2007, proposto dalla ALFA Servizi s.p.a., in persona dell'amministratore unico *****, rappresentata e difesa dagli avv. *****, ***** e *****, domiciliata presso il loro studio in Roma, ***** n. 3;

CONTRO

il Comune di Napoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso, dagli avvocati ***** ed ***** , con i quali elettivamente è domiciliato in Roma, presso il dottor ***** , Lungotevere ***** n. 46;

la BETA s.p.a., in persona del procuratore speciale avvocato ***** , rappresentata e difesa dall'avv. ***** , ed elettivamente domiciliata presso lo studio legale associato ***** in Roma, via Orazio n. 3 (appellante incidentale);

la DELTA s.r.l., in persona del procuratore speciale ing. *****,
*****, presso il quale ha eletto domicilio in Roma, via Sabotino n. 2/A;

per la riforma

della sentenza del TAR
della Campania, sezione prima, 4 maggio 2007, n. 4735;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della parte appellata e l'appello incidentale ;

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

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore alla pubblica udienza del 14 dicembre 2007 il Consigliere *****;

Uditi per le parti gli avvocati ****, *****, *****, e *****, quest'ultimo, per delega di Becchi, come indicato nel verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Oggetto dell'appello è la sentenza specificata in rubrica, con la quale il TAR della Campania ha respinto il ricorso proposto dalla ALFA Servizi s.p.a., per l'annullamento, quanto al ricorso introduttivo:

- dell'aggiudicazione provvisoria del primo lotto (Zona Ovest di Napoli) disposta in favore dell'impresa BETA s.p.a. e, se ed in quanto adottato, del provvedimento di aggiudicazione definitiva;

- dei verbali della Commissione aggiudicatrice;

- del capitolato speciale di appalto;

- del bando di **gara** avente ad oggetto l'affidamento del servizio per la gestione totale quinquennale (conduzione, fornitura combustibile, manutenzione ordinaria) e manutenzione straordinaria per ripristino funzionale degli impianti termici a servizio degli edifici scolastici e varie dipendenze comunali ricadenti nel primo lotto (zona Ovest di Napoli); nonché adeguamento ed aggiornamento tecnologico dei suddetti impianti e per l'esecuzione dei lavori necessari ad assicurare e mantenere nel tempo, con le modalità indicate dal d.p.r. 412/93, le condizioni di confort negli edifici interessati;

- della deliberazione con cui è stato deciso di indire la **gara** ed approvato il predetto bando;

- di ogni altro atto comunque presupposto, connesso o collegato con quelli impugnati

quanto ai primi motivi aggiunti:

- della determinazione n. 34 del 25.11.2004, registrata all'indice generale in data 30.11.2004 al n. 2124, come modificata dalle determinazioni n. 39 del 15.12.2004, 44 del 23.12.2004, 4 del 28.2.2005 e 7 del 12.4.2005, con cui è stato deciso di indire la **gara** ed approvato il capitolato speciale di appalto;

quanto ai secondi motivi aggiunti:

- della determinazione dirigenziale n. 16 del 12.6.2006 con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della **gara**.

A parte una serie di censure di carattere procedimentale, la questione principale su cui si è appuntata l'attenzione del primo giudice riguarda la formula adottata per l'attribuzione del punteggio relativo al prezzo, che la ricorrente reputa in contrasto con quanto stabilito dall'articolo 23 del decreto legislativo

1995 n. 157. L'assunto non ha convinto il T.A.R., secondo il quale, la determinazione dei criteri di valutazione delle offerte rientra nella discrezionalità amministrativa e che " nel caso di specie, l'amministrazione ha fatto corretto esercizio di questa sua facoltà nell'art. 10.2 del capitolato d'appalto, bilanciando il peso di ciascun elemento di valutazione in modo da attribuire una importanza maggiore al giudizio tecnico-qualitativo rispetto al prezzo totale offerto. Sul piano della corretta esegesi della clausola della *lex specialis*, occorre rilevare che il capitolato speciale non affermava affatto che il punteggio da attribuire all'elemento del prezzo sarebbe stato compreso tra un minimo di zero ed un massimo di cinquanta punti o che la valutazione di tale fattore (*rectius*, lo scarto tra i prezzi offerti) avrebbe avuto un peso specifico determinante per l'aggiudicazione della **gara**; l'art. 10.2, difatti, si è limitato ad affermare che alla ditta che avrebbe offerto il prezzo più basso sarebbero stati attribuiti 50 punti e che il punteggio da assegnare alle altre ditte sarebbe stato calcolato con formula tale che lo scarto di punteggio tra il migliore e il peggior prezzo non sarebbe potuto essere superiore a 15 punti. Nulla autorizza ad attribuire a questa od a quella parte dell'art. 10.2 del capitolato una preminenza logica o giuridica, mentre piuttosto è vero che la clausola non può che essere letta ed interpretata nella sua interezza e che dalla stessa, così intesa, emerge in maniera chiara ed indubitabile la scelta dell'amministrazione di attribuire per il fattore prezzo un punteggio oscillante tra un minimo di 35 punti ad un massimo di 50 punti, con un differenziale di 15 punti (cui vanno aggiunti gli ulteriori 5 punti attribuibili per la voce economica "ribasso percentuale offerto sull'elenco prezzi", di cui alla lett. E dell'art. 10.2 del c.s.a.), senza incorrere in vizi di illogicità, contraddizione od irrazionalità, né, per quanto si è detto, nella violazione dell'art. 23 del d.lgs. 157/95."

L'appellante, oltre a contestare le motivazioni contenute nella sentenza, sostiene che il criterio della valutazione del prezzo è chiaramente illogico e contraddittorio con le altre clausole del bando, e richiama la giurisprudenza in materia. Ripropone poi anche gli altri motivi disattesi dal primo giudice ed in particolare la commistione, ritenuta illegittima dalla giurisprudenza (Consiglio di Stato, sezione prima, 10 ottobre 2007, n. 3045), operata tra gli elementi afferenti la capacità tecnica dei concorrenti e la valutazione dell'offerta.

Conclude, quindi, chiedendo, in riforma della sentenza appellata, l'accoglimento del ricorso di primo grado, sia nella parte in cui chiede l'annullamento degli atti che in quella con cui chiede il risarcimento dei danni per equivalente, posto che nelle more dell'appello, nonostante l'accoglimento della domanda di sospensiva, i lavori sono stati ultimati.

E' costituito in giudizio il Comune di Napoli, che controbatte le tesi avversarie, osservando in particolare come la ALFA Servizi s.p.a., avendo esplicitamente dichiarato di aver preso visione degli atti (tra cui il bando ed il capitolato di **gara**) e di averli accettati in pieno e senza alcuna riserve, non può ora dolersi della formula matematica per l'assegnazione del punteggio relativo al prezzo. Conclude, infine, per il rigetto dell'appello.

La BETA s.p.a., nel costituirsi in giudizio, propone appello incidentale con il quale contesta la sentenza di primo grado nella parte in cui rigetta l'eccezione di inammissibilità del motivo di ricorso presentato dalla ALFA Servizi s.p.a., relativo alla pretesa carente verbalizzazione delle modalità di conservazione dei plichi, alla concentrazione delle verbalizzazioni ed alle modalità di lavoro della sottocommissione istruttoria. Contesta poi le tesi avversarie e conclude per il rigetto dell'appello.

E' costituita in giudizio anche la DELTA s.r.l., che sostiene la legittimità della formula matematica adottata per l'attribuzione del punteggio relativo all'elemento "prezzo complessivo offerto", sostenendo che la scelta dell'amministrazione di conferire preminenza all'elemento tecnico rientra nella discrezionalità amministrativa. Conclude poi per il rigetto dell'appello.

DIRITTO

1. La questione centrale sulla quale ruota l'intera controversia sta nell'esame del motivo di ricorso, con il quale la ALFA Servizi s.p.a. ha contestato, con riferimento al criterio di aggiudicazione seguito dall'amministrazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la legittimità della clausola contenente la formula matematica per l'attribuzione del punteggio relativo all'elemento " prezzo". Formula che, come è pacifico tra le parti, nella sostanza è diretta a far sì che " alla ditta che avrebbe offerto il prezzo più basso sarebbero stati attribuiti 50 punti e che il punteggio da assegnare alle altre ditte sarebbe stato calcolato con formula tale che lo scarto di punteggio tra il migliore e il peggior prezzo non sarebbe potuto essere superiore a 15 punti". Secondo il primo giudice, essendo stata esplicitata nell'art. 10.2 del capitolato d'appalto, la formula corrisponde ad una scelta precisa dell'amministrazione di ridurre, nell'ambito del giudizio sull'offerta economicamente più vantaggiosa, il peso della componente prezzo rispetto a quello della qualità, senza con ciò " incorrere in vizi di illogicità, contraddizione od irrazionalità, né, per quanto si è detto, nella violazione dell'art. 23 del d.lgs. 157/95."

2. Prima di esaminare la fondatezza o meno di tale affermazione, giova ricordare che i 50 punti previsti per il prezzo rappresentano la metà dell'intero punteggio a disposizione della commissione e che l'eventuale annullamento della prescrizione che impone di attribuire all'offerta economicamente più alta 35 punti ed alle altre un punteggio proporzionale fino ai 50 punti spettanti all'offerta economicamente più bassa, si risolverebbe, in sede di rinnovazione delle operazioni di **gara**, nell'aggiudicazione del primo lotto alla ricorrente di primo grado, posto che, stante una distanza di circa 11,17 punti nella valutazione delle offerte tecniche, qualsiasi sistema che utilizzasse tutti e 50 i punti (come quello dell'interpolazione lineare cui al d.p.r. n. 554 del 1999) non avrebbe consentito alla BETA, che aveva offerto uno sconto dello 0,6% sull'importo base d'asta, di conservare il vantaggio nei confronti dell'offerta economica della ALFA Servizi di ribasso del 21%. Pertanto, l'eventuale accoglimento del motivo comporterebbe l'assorbimento delle altre censure prospettate dalla ricorrente.

3. In via preliminare, occorre dire che le questioni prospettate da controparte secondo le quali, avendo la ALFA Servizi esplicitamente dichiarato di aver preso visione degli atti di **gara** e di averli accettati, ora non potrebbe dolersi della formula matematica in questione, non hanno pregio.

Ed invero, quanto alla tempestività dell'impugnazione basti ricordare che " i bandi di **gara** "(**Consiglio Stato a. plen., 29 gennaio 2003 , n. 1**). , di concorso e le lettere di invito vanno di regola impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato; a fronte della clausola illegittima del bando di **gara** o del concorso, il partecipante alla procedura concorsuale non è ancora titolare di un interesse attuale all' impugnazione , dal momento che egli non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva, che solo da tale esito può derivare.

Quanto ad un presunto intento abdicativo da parte della ricorrente, anche qui la giurisprudenza è altrettanto chiara nel senso che " non è configurabile una rinuncia preventiva alla tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo, effettuata prima della lesione di quest'ultimo, ossia nel momento in cui, non essendo ancora attuale la lesione stessa, lo strumento di tutela non è ancora azionabile, né si può ipotizzare alcuna acquiescenza nei riguardi di un provvedimento amministrativo ancora non emanato" (Consiglio Stato , sez. V, 14 novembre 2006 , n. 6678).

4, Nel merito il motivo è meritevole di accoglimento.

Ed invero, il giudice di primo grado ha correttamente posto in evidenza la contraddizione interna all'articolo 10.2 del capitolato speciale di appalto, laddove mentre, da un lato, riserva (su un totale di 100 disponibili) "50 punti max per il prezzo totale offerto", dall'altro, prevede per l'assegnazione di tale punteggio l'impiego di una formula matematica in virtù della quale " lo scarto massimo tra la ditta offerente il prezzo totale più basso e la ditta offerente il prezzo totale più alto non potesse essere superiore a 15 punti". Tuttavia ha risolto l'aporia, utilizzando gli ordinari strumenti dell'interpretazione giuridica, ed ha concluso che " la clausola non può che essere letta ed interpretata nella sua interezza e

che dalla stessa, così intesa, emerge in maniera chiara ed indubitabile la scelta dell'amministrazione di attribuire per il fattore prezzo un punteggio oscillante tra un minimo di 35 punti ad un massimo di 50 punti, con un differenziale di 15 punti (cui vanno aggiunti gli ulteriori 5 punti attribuibili per la voce economica "ribasso percentuale offerto sull'elenco prezzi", di cui alla lett. E dell'art. 10.2 del c.s.a.), senza incorrere in vizi di illogicità, contraddizione od irrazionalità, né, per quanto si è detto, nella violazione dell'art. 23 del d.lgs. 157/95."

Il Collegio non ritiene di poter aderire a tale impostazione, in quanto una cosa è interpretare un testo ricercando comunque un senso compiuto all'interno delle espressioni usate dall'autore, altra cosa è valutare se tale significato sia illogico o contraddittorio rispetto alle premesse del discorso. Premesse che vanno analizzate non in astratto ma assumendo come guida i valori giuridici che sono posti a fondamento della norma attributiva del potere affidato alla pubblica amministrazione. Tale seconda operazione, come appare evidente, non è stata compiuta dal giudice di primo grado.

A tal proposito, occorre ricordare come il criterio dell'aggiudicazione a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa (nel caso di specie è stato impiegato il modello disciplinato dall'articolo 23 del D.lg. 17-3-1995 n. 157, che ha attuato la direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi), si discosta dal metodo più generale dell'offerta più bassa per la ragione che, con riferimento all'oggetto del contratto, non è possibile individuare l'offerta migliore sulla base di questo solo elemento di valutazione, ma occorra valutare congiuntamente "elementi diversi, variabili secondo il contratto in questione, quali, ad esempio, il merito tecnico, la qualità, le caratteristiche estetiche e funzionali, il servizio successivo alla vendita, l'assistenza tecnica, il termine di consegna o esecuzione, il prezzo". La norma, proprio per l'estrema variabilità delle situazioni che possono presentarsi in concreto, non predetermina un sistema compiuto di misurazione di tali elementi ma si affida al potere discrezionale delle singole amministrazioni, pur con la precisazione che queste "devono menzionare, nel capitolato d'onere o nel bando di **gara**", e che "i **parametri di valutazione e di ponderazione degli elementi ..., volti a garantire il corretto rapporto prezzo-qualità in relazione al servizio da affidare, sono stabiliti dalle singole amministrazioni aggiudicatrici in sede di bando o di lettera di invito.**", i criteri di aggiudicazione di cui si prevede l'applicazione, possibilmente nell'ordine decrescente d'importanza

Ciò vuol dire non solo che l'amministrazione debba esternare preventivamente ed in maniera chiara quali siano gli elementi che saranno presi in considerazione per la scelta e la loro importanza relativa, ma anche che l'uso della discrezionalità va orientato con riferimento alle caratteristiche oggettive della prestazione richiesta all'aggiudicatario. Riguardo alla materia qui trattata, con riferimento alle caratteristiche del " servizio da affidare", così come definite dal capitolato speciale e dagli altri documenti che contribuiranno a formare l'oggetto del contratto. Infatti, appare evidente alla stregua dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione, che la giusta combinazione tra gli elementi qualitativi ed il prezzo, ai fini di una corretta ponderazione, va ricercata non in un apprezzamento arbitrario dell'amministrazione appaltante, ma nella relazione tra bilanciamento dei criteri e caratteristiche del servizio, posto che da esse può ricavarsi se siano o meno prevalenti gli elementi legati ad aspetti qualitativi rispetto al dato puramente economico.

In altri termini, l'analisi circa la logicità o meno della regola, creata dall'amministrazione per "garantire il corretto rapporto prezzo-qualità", va condotta valutando se essa rientri o meno nell'ambito delle soluzioni possibili con riferimento allo specifico servizio da affidare.

Nel caso di specie, a parte la contraddittorietà intrinseca del capitolato, che prima attribuisce all'elemento " prezzo" 50 punti, cioè la metà del punteggio a disposizione della commissione, e poi ha prescritto l'uso di una formula per l'attribuzione del punteggio tale che lo scarto tra il migliore e il peggior prezzo non sarebbe potuto essere superiore a 15 punti (modalità già ritenuta di per se illegittima da questo Consiglio di Stato con decisione di questa sezione 28 settembre 2005, n. 5196),
vi è di più.

L'appiattimento dell'elemento prezzo non solo non è in alcun modo motivato ma non è giustificato dal tipo di servizio posto in **gara**, giacché risulta dagli atti depositati in giudizio che questo si riferisce alla "gestione totale quinquennale (conduzione, fornitura combustibile, manutenzione ordinaria) e

manutenzione straordinaria per il ripristino funzionale degli impianti termici al servizio degli edifici scolastici e varie dipendenze comunali", cioè ad un servizio di tipo ordinario, non caratterizzato da un particolare valore tecnologico ma con una forte connotazione di fornitura di beni fungibili, che qualsiasi offerente, ovviamente dotato di una adeguata organizzazione, sarebbe in grado di fornire secondo la qualità richiesta dall'amministrazione.

L'appiattimento dell'elemento " prezzo ", pertanto si pone in contraddizione logica, sia sotto il profilo formale che sotto quello sostanziale, rispetto al tipo di contratto che l'amministrazione si proponeva di stipulare.

L'appello, pertanto, va accolto e gli atti di **gara** vanno annullati.

5. Quanto alla domanda di condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni, dovendosi procedere alla rinnovazione ora per allora delle procedure annullate, allo stato questa può essere esaminata solo nella forma della fissazione dei criteri cui l'amministrazione dovrà attenersi nel dare esecuzione alla presente decisione, ai sensi dell'articolo 35, comma 2, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80.

A seguito dell'annullamento parziale del bando di **gara** e, quindi, della eliminazione della formula matematica relativa all'elemento "prezzo", acquista piena valenza il criterio che attribuisce per intero a tale elemento 50 punti, per cui l'attribuzione del punteggio dovrà essere effettuata assegnando punti 50 al prezzo offerto più conveniente per la stazione appaltante e punti 0 al prezzo base indicato negli atti di **gara**. Tutte le altre offerte dovranno essere collocate in misura proporzionale tra questi due limiti.

Dopo aver effettuato questa operazione, l'amministrazione, ove risultasse l'aggiudicazione della **gara** in questione in favore della ALFA Servizi s.p.a., dovrà procedere agli ulteriori incombeni, ivi compresa la valutazione relativa alla individuazione dell'eventuale anomalia dell'offerta ed alla sua verifica, ai sensi dell'articolo 25 del D.lg. 17-3-1995 n. 157, oggi trasfuso negli articoli 86 e l'87 del codice dei contratti pubblici approvato con D.lg. 12 aprile 2006, 163.

Conclusa la rinnovazione del procedimento di **gara** nei sensi e sopra indicati, e nell'ipotesi in cui la ALFA Servizi s.p.a. risultasse aggiudicataria definitiva, sarà possibile verificare se, ed in quale misura, il danno sia ristorabile attraverso la reintegrazione in forma specifica. Il danno residuo dovrà essere risarcito per equivalente, cioè mediante il pagamento di una somma di denaro, determinato secondo i criteri elaborati della giurisprudenza, che l'amministrazione dovrà proporre alla ALFA Servizi s.p.a..

A tal proposito si ricorda che, ai fini della quantificazione del danno, il collegio ritiene possa applicarsi alla fattispecie l'orientamento espresso dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (5 settembre 2005 , n. 6), secondo il quale " nel caso di richiesta di risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale, a seguito della revoca dell'aggiudicazione, il risarcimento va riconosciuto nei limiti dell'interesse negativo, rappresentato dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative e dalla perdita di ulteriori occasioni per la stipula con altri di un contratto almeno parimenti vantaggioso. In particolare, nel caso di appalto di servizi, per ciò che concerne la perdita di altre occasioni da parte dell'impresa, l'ammontare del risarcimento può essere determinato in via equitativa, riconoscendo al concorrente l'utile economico che sarebbe derivato dalla gestione del servizio messo in **gara**" . **Si tratta di un criterio che, la giurisprudenza prevalente ha generalizzato, in tutte le ipotesi di perdita di chances, tra cui anche il mancato affidamento dell'appalto, e che è stato mitigato nel senso che " il danno derivante ad una impresa dal mancato affidamento di un appalto è quantificabile nella misura dell'utile non conseguito (10 %), solo se e in quanto l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi, mentre quando tale dimostrazione non sia stata offerta è da ritenere che l'impresa possa avere ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri, analoghi servizi, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità, con conseguente riduzione in via equitativa del danno risarcibile" (Cons. Stato, V, 24 ottobre 2002 n. 5860; VI, 9 novembre 2006 n. 6607, VI, 09 marzo 2007 , n. 1114).** nella misura del 10 % dell'ammontare dell'offerta

Per concludere, l'amministrazione è tenuta a rinnovare il procedimento e formulare la proposta di cui sopra, entro il termine complessivo di sei mesi decorrenti dalla notifica della presente decisione. Fermo restando che, in caso di disaccordo tra le parti, la quantificazione del danno potrà essere precisata e definita nella sede del giudizio di ottemperanza.

6. L'appello, pertanto, deve essere accolto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in complessivi € 5000.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, sezione V,
accoglie l'appello, per quanto di ragione.

Condanna il Comune di Napoli al pagamento delle spese del giudizio che liquida in complessivi € 5.000.

Ordina che la presente decisione sia seguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 14 dicembre 2007, con l'intervento dei signori:

Presidente

Consigliere

Consigliere est.

Consigliere

Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to *****

f.to *****

IL SEGRETARIO

f.to *****

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 9/06/08

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

**IL
DIRIGENTE**

F.to *****

N°. RIC. 6248/07

EDG

<https://www.diritto.it/appalto-da-affidare-con-il-criterio-dell-offerta-economicamente-piu-vantaggiosa-particolare-fattispecie-nella-quale-l-appiattimento-dell-elemento-prezzo-si-pone-in-contraddizione/>