

Offerta economicamente più vantaggiosa: qual è il parere del giudice amministrativo relativamente ad un criterio di valutazione, contenuto nel bando e nel capitolato, relativo al merito tecnico per il quale erano a disposizione 30 punti: in particolare,

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Nella valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa l'Amministrazione deve necessariamente valorizzare elementi (quali il merito tecnico, la qualità, le caratteristiche estetiche e funzionali, il servizio successivo, l'assistenza tecnica, il termine di consegna o esecuzione, il prezzo etc.) che siano indicativi della qualità del servizio oggetto d'appalto; in altri termini, i criteri di valutazione riferiti all'offerta devono comunque essere prevalenti rispetto ad eventuali elementi di valutazione riconducibili all'affidabilità dell'offerente. Il che, nel caso di specie, non si è verificato, posto che in un totale di 100 punti, di cui 30 per il merito tecnico, sostanzialmente tutti questi 30 punti sono riconducibili ad aspetti soggettivi e non alla qualità dell'offerta; così facendo l'amministrazione ha attribuito un illegittimo rilievo ad elementi che nulla hanno a che vedere con il valore intrinseco dell'offerta. Poichè l'articolo 83, comma 4 del DLgs. 163/2006 prevede che, una volta individuati i criteri di valutazione dell'offerta, il bando stabilisca per ciascun di essi i sub criteri e che la commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissi in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e sub criterio di valutazione il punteggio tra il minimo e massimo prestabiliti dal bando: anche volendo interpretare in modo non formalistico le ricordate disposizioni

si sarebbe potuto fare a meno dei criteri motivazionali da parte della commissione qualora il bando ed il capitolato avessero previsto dei criteri puntuali e specifici che consentissero anche di capire attraverso quali ragionamenti si dovessero graduare i punteggi indicati per ciascuna voce con un minimo ed un massimo; invece, così non è stato, posto che il bando non dava alcuna indicazione sul punto e, come detto, la commissione non ha corretto tale insufficiente impostazione. Una volta annullata l'intera procedura di gara, si dovrà dichiarare la sopravvenuta inefficacia del contratto stipulato con un concorrente individuato sulla base del illegittima procedura.

Merita di essere segnalata la sentenza numero 1370 dell' 11 luglio 2008 emessa dal Tar Sardegna, Cagliari

Ecco i motivi del ricorso

< Con il primo motivo la ricorrente lamenta l'illegittimità del criterio di valutazione, contenuto nel bando e nel capitolato, relativo al merito tecnico per il quale erano a disposizione 30 punti: in particolare, erano previsti fino a 10 punti per il curriculum aziendale, fino a cinque punti per l'organigramma del personale, fino a cinque punti per personale aggiuntivo, fino a 10 punti per l'indicazione e la descrizione delle attrezzature tecniche.

Tale previsione, contenuta nell'articolo 5 del capitolato, violerebbe gli articoli 41 e 83 del DL.gs. 12 aprile 2006 numero 163, nonché la direttiva comunitaria 18/2004 perché comporterebbe una illegittima commistione tra i criteri di valutazione dell'offerta ed i requisiti di partecipazione alla gara.

L'articolo 83 del DL.gs. 163/2006 dispone, espressamente, che il bando di gara stabilisca "criteri di valutazione dell'offerta pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto" da affidare.

A titolo esemplificativo indica fra tali criteri: a) il prezzo; b) la qualità; c) il pregio tecnico; d) le caratteristiche estetiche e funzionali; e) le caratteristiche ambientali; f) il costo di utilizzazione e manutenzione; g) la redditività; h) il servizio successivo alla vendita; i) l'assistenza tecnica; l) la data di consegna ovvero il termine di consegna o di esecuzione; m) l'impegno in materia di pezzi di ricambio; n) la sicurezza di approvvigionamento; o) in caso di concessioni, altresì la durata del contratto, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti.

Siffatta modalità di aggiudicazione mira, dunque, a premiare il merito tecnico dell'offerta oggettivamente considerata, per cui la sua corretta applicazione richiede che gli elementi di valutazione prescelti siano tali da evidenziare un maggior pregio della proposta contrattuale che dovrà essere resa in favore dell'amministrazione appaltante.

Contraddice, quindi, tale logica la previsione di un rilevante punteggio per elementi che nulla hanno a che

vedere con il merito tecnico dell'offerta e che attengano, come nel caso di specie, alla esperienza pregressa della ditta partecipante, al personale ed alle attrezzature, requisiti che, invece, sono espressamente richiesti nella precedente fase finalizzata ad individuare i presupposti necessari per la partecipazione, così come previsto dall'articolo 42 del DL.gs. 163/2006

Ciò appare confermato dalla circostanza che nella esemplificazione degli elementi che possono essere presi in considerazione contenuta nel citato art. 83 non se ne rinviene alcuno che attenga a caratteristiche o qualità soggettive del concorrente, quali appunto le pregresse esperienze dell'impresa.>

Ecco il parere dell'adito giudice:

< Peraltro, il comune richiama un precedente di questa sezione che, riferendosi alla disciplina introdotta con il DL.gs. 157/1995 ma che sarebbe applicabile anche nel vigore della nuova normativa, consente alla stazione appaltante di valutare gli elementi relativi l'affidabilità dell'offerente, oltre che in sede di fissazione dei requisiti minimi per l'ammissione alla gara, anche in sede di valutazione dell'offerta, allorché gli stessi incidano sulla qualità del servizio (Tar Sardegna sezione I, 29 gennaio 2007 numero 50).

Senonché, anche volendo ammettere tale possibilità, resta il fatto che nella valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa l'Amministrazione deve necessariamente valorizzare elementi (quali il merito tecnico, la qualità, le caratteristiche estetiche e funzionali, il servizio successivo, l'assistenza tecnica, il termine di consegna o esecuzione, il prezzo etc.) che siano indicativi della qualità del servizio oggetto d'appalto; in altri termini, i criteri di valutazione riferiti all'offerta devono comunque essere prevalenti rispetto ad eventuali elementi di valutazione riconducibili all'affidabilità dell'offerente.

Il che, nel caso di specie, non si è verificato, posto che in un totale di 100 punti, di cui 30 per il merito tecnico, sostanzialmente tutti questi 30 punti sono riconducibili ad aspetti soggettivi e non alla qualità dell'offerta; così facendo l'amministrazione ha attribuito un illegittimo rilievo ad elementi che nulla hanno a che vedere con il valore intrinseco dell'offerta.

Per tali considerazioni la censura risulta fondata e deve essere accolta.>

Detto questo, che fine fa il contratto di appalto già stipulato?

< La società ricorrente chiede poi la dichiarazione di nullità e/o inefficacia del contratto stipulato tra il comune di Valledoria e la aggiudicataria, nonché l'accertamento del suo diritto all'aggiudicazione della gara.

Il comune ha eccepito il difetto di giurisdizione sul punto, richiamando i precedenti della Corte di cassazione ed in particolare la sentenza SSUU 28 dicembre 2007 numero 27169.

Il collegio è consapevole che, sul punto, la questione è ancora dibattuta, tanto che anche di recente il Consiglio di Stato la ha rimessa alla Adunanza plenaria (sez. V, 28 marzo 2008 numero 1328).

Peraltra tra tutte le diverse posizioni, ritiene più convincente quella che attribuisce al giudice amministrativo la competenza a verificare la sorte del contratto.

Pertanto, nel caso di specie, una volta annullata l'intera procedura di gara, si dovrà dichiarare la sopravvenuta inefficacia del contratto stipulato con un concorrente individuato sulla base del illegittima procedura.

Va invece senz'altro respinta la richiesta di accertamento del diritto della ricorrente all'aggiudicazione del contratto, posto che a tale risultato potrà semmai arrivare a seguito della ripetizione della procedura.>

A cura di*****j

Sent.n. 1370/2008

**Ric. n.
63/2008**

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

PER LA SARDEGNA - SEZIONE PRIMA

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 63/2008
proposto da La ALFA Ristopizza snc, rappresentata
e difesa
dall'avv. ***** con elezione di domicilio in Cagliari, via Satta 7, presso lo studio dell'avvocato
*****,

contro

comune di Valledoria in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato *****
ed selettivamente domiciliato in Cagliari via Carboni 14 presso lo studio dell'avvocato *****;

Responsabile del servizio affari generali del comune di Valledoria e Commissione di gara del comune di
Valledoria, non costituiti in giudizio;

e nei confronti di

BETA cooperativa sociale arl e BETABIS società cooperativa non costituite in giudizio;

per l'annullamento

del bando di gara e della relativa delibera di approvazione n. 192/2007, relativo all'appalto per il servizio
mensa scuole materne e dell'obbligo per il biennio 2007/2009 del Comune di Valledoria;

del capitolato speciale d'appalto e della relativa delibera di approvazione non nota al ricorrente;

della determinazione del Responsabile del servizio affari generali del comune di Valledoria del 15/10/2007
n. 987 di approvazione del verbale di aggiudicazione del suddetto appalto;

di tutti i verbali della gara d'appalto redatti dalla Commissione, ivi incluso quello del 1/10/2007 di
proposta di aggiudicazione provvisoria dell'appalto per il servizio mensa scuole materne e dell'obbligo per
il biennio 2007/2009 al RTI costituito dalla BETA e dalla BETABIS;

di tutti gli atti comunque presupposti o connessi e successivi alla aggiudicazione provvisoria ed
all'aggiudicazione definitiva;

di tutti gli atti con i quali il Comune di Valledoria ha prestato il proprio consenso per la stipulazione del contratto di appalto conseguente alla aggiudicazione;

e per la dichiarazione

della nullità e/o l'inefficacia del contratto stipulato tra il comune e l'aggiudicataria;

e per l'accertamento

del diritto di aggiudicazione della gara alla ricorrente, fatta salva ogni successiva domanda di risarcimento;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

VISTO l'atto di costituzione in giudizio del comune;

Visti gli atti tutti della causa;

Nominato relatore per la pubblica udienza del 25 giugno 2008
il consigliere *****;

UDITI l'avvocato ***** per la *****à ricorrente e l'avvocato ***** per il Comune resistente;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con bando di gara 31 luglio 2007, il comune di Valledoria ha indetto una gara, con aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa, per il servizio di mensa nelle scuole materne e dell'obbligo nel biennio 2007/2009.

La società La ALFA Ristopizza ha partecipato alla gara e, non essendo risultata aggiudicataria, ha impugnato tutti gli atti del procedimento, ivi compresi il bando ed il capitolato d'appalto, chiedendone l'annullamento; ha inoltre chiesto la dichiarazione di nullità e/o inefficacia del contratto stipulato tra il comune e l'aggiudicataria nonché l'accertamento del suo diritto all'aggiudicazione.

Con i primi tre motivi deduce censure riconducibili direttamente alle norme di gara mentre con le altre censure lamenta l'errata valutazione da parte della commissione di numerosi elementi di giudizio.

Il comune si è costituito in giudizio controdeducendo puntualmente ed eccependo in via preliminare la tardività del ricorso.

Le parti hanno insistito nelle rispettive richieste ed eccezioni con diversi atti difensivi e, all'udienza pubblica del 25 giugno 2008, il ricorso è stato spedito in decisione.

DIRITTO

La ALFA Ristopizza snc impugna l'aggiudicazione alla controinteressata e tutti gli atti relativi al procedimento della gara indetta dal comune di Valledoria per il servizio di mensa nelle scuole materne e dell'obbligo nel biennio 2007/2009.

Il comune ha eccepito in via preliminare la tardività del ricorso sotto due aspetti.

Innanzitutto il ricorso sarebbe tardivo rispetto alla conoscenza dell'avvenuta aggiudicazione provvisoria in favore della società controinteressata; infatti, il legale rappresentante della società ricorrente, la signora ***** , sarebbe stato presente nella riunione in cui la commissione avrebbe individuato l'aggiudicataria provvisoria.

In ogni caso il ricorso sarebbe tardivo anche con riferimento all'aggiudicazione definitiva posto che di essa la ricorrente avrebbe avuto notizia in data 17 ottobre 2007 quando ebbe accesso agli atti del procedimento a seguito della sua apposita istanza.

Per quanto riguarda la prima eccezione, essa è senz'altro da superare in quanto la pacifica giurisprudenza ammette l'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria ma fa salva la possibilità di impugnare direttamente quella definitiva, con ovvia decorrenza del termine dal momento della conoscenza di quest'ultima.

Con riferimento alla seconda eccezione, occorre precisare che in data 3 ottobre 2007 la ricorrente ha chiesto di avere accesso a tutti gli atti della gara; in accoglimento dell'istanza, con nota 16 ottobre 2007, il comune invitò l'interessata a prendere visione di tutta la documentazione di gara.

In data 17 ottobre la signora ***** prese visione degli atti di gara e, il giorno successivo, chiese di avere copia degli atti.

Sulla base di tali circostanze, dunque, il comune sostiene che la ricorrente avrebbe conosciuto tutti gli atti, ivi compresa l'aggiudicazione definitiva; ciò sarebbe comprovato dal fatto che, con la nota del 18 ottobre, la signora ***** abbia premesso "in seguito alla visione degli atti avvenuta il giorno 17", per poi concludere chiedendo tra l'altro, l'aggiudicazione.

Senonché la ricorrente insiste nel negare la presenza della aggiudicazione tra gli atti posti a sua disposizione e, comunque, fa presente che la prova della conoscenza spetta a chi vuole farla valere.

Osserva, innanzitutto il collegio che, anche a seguito delle specifiche contestazioni della ricorrente,

l'amministrazione non ha fornito alcuna prova e neppure una formale dichiarazione circa la presenza dell'aggiudicazione tra gli atti posti a disposizione della ricorrente; solo il difensore del comune ha insistito nell'affermare che tale atto non poteva non essere contenuto tra quelli conosciuti.

Inoltre occorre rilevare che la domanda della signora ***** del 18 ottobre, pur riferendosi alla visione avvenuta il giorno precedente, chiedeva copia di atti indicati genericamente quale aggiudicazione e contratto diversamente da quanto riguardava altri documenti, di cui precisava le pagine e la descrizione del contenuto.

Ma un'altro aspetto induce a ritenere indimostrata la presenza dell'aggiudicazione: la circostanza che la signora ***** abbia chiesto, oltre all'aggiudicazione, anche il contratto anche se, di quest'ultimo, è certo che non potesse ancora esserci, posto che è stato sottoscritto successivamente.

Ciò fa ritenere, infatti, che la signora ***** possa aver chiesto degli atti anche senza averli visti al momento del accesso.

Per tali considerazioni il ricorso non è tardivo e deve essere esaminato nel merito.

Con il primo motivo la ricorrente lamenta l'illegittimità del criterio di valutazione, contenuto nel bando e nel capitolato, relativo al merito tecnico per il quale erano a disposizione 30 punti: in particolare, erano previsti fino a 10 punti per il curriculum aziendale, fino a cinque punti per l'organigramma del personale, fino a cinque punti per personale aggiuntivo, fino a 10 punti per l'indicazione e la descrizione delle attrezzature tecniche.

Tale previsione, contenuta nell'articolo 5 del capitolato, violerebbe gli articoli 41 e 83 del DL.gs. 12 aprile 2006 numero 163, nonché la direttiva comunitaria 18/2004 perché comporterebbe una illegittima commistione tra i criteri di valutazione dell'offerta ed i requisiti di partecipazione alla gara.

L'articolo 83 del DL.gs. 163/2006 dispone, espressamente, che il bando di gara stabilisca "criteri di valutazione dell'offerta pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto" da affidare.

A titolo esemplificativo indica fra tali criteri: a) il prezzo; b) la qualità; c) il pregio tecnico; d) le caratteristiche estetiche e funzionali; e) le caratteristiche ambientali; f) il costo di utilizzazione e manutenzione; g) la redditività; h) il servizio successivo alla vendita; i) l'assistenza tecnica; l) la data di consegna ovvero il termine di consegna o di esecuzione; m) l'impegno in materia di pezzi di ricambio; n) la sicurezza di approvvigionamento; o) in caso di concessioni, altresì la durata del contratto, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti.

Siffatta modalità di aggiudicazione mira, dunque, a premiare il merito tecnico dell'offerta oggettivamente considerata, per cui la sua corretta applicazione richiede che gli elementi di valutazione prescelti siano tali da evidenziare un maggior pregio della proposta contrattuale che dovrà essere resa in favore

dell'amministrazione appaltante.

Contraddice, quindi, tale logica la previsione di un rilevante punteggio per elementi che nulla hanno a che vedere con il merito tecnico dell'offerta e che attengano, come nel caso di specie, alla esperienza pregressa della ditta partecipante, al personale ed alle attrezzature, requisiti che, invece, sono espressamente richiesti nella precedente fase finalizzata ad individuare i presupposti necessari per la partecipazione, così come previsto dall'articolo 42 del DL.gs. 163/2006 (cfr. Tar Sardegna Sez. I, 20 luglio 2007, n. 1674; Cons. Stato, V Sez., 16/4/2003 n°1993; T.A.R. Puglia - Lecce, II Sez., 20/4/2006 n°1981; T.A.R. Lazio - Roma, III Sez., 11/7/2006 n°5807, Corte Giust. C.E., in causa C- 315/01).

Ciò appare confermato dalla circostanza che nella esemplificazione degli elementi che possono essere presi in considerazione contenuta nel citato art. 83 non se ne rinviene alcuno che attenga a caratteristiche o qualità soggettive del concorrente, quali appunto le pregresse esperienze dell'impresa.

Peraltro, il comune richiama un precedente di questa sezione che, riferendosi alla disciplina introdotta con il DL.gs. 157/1995 ma che sarebbe applicabile anche nel vigore della nuova normativa, consente alla stazione appaltante di valutare gli elementi relativi l'affidabilità dell'offerente, oltre che in sede di fissazione dei requisiti minimi per l'ammissione alla gara, anche in sede di valutazione dell'offerta, allorché gli stessi incidano sulla qualità del servizio (Tar Sardegna sezione I, 29 gennaio 2007 numero 50).

Senonché, anche volendo ammettere tale possibilità, resta il fatto che nella valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa l'Amministrazione deve necessariamente valorizzare elementi (quali il merito tecnico, la qualità, le caratteristiche estetiche e funzionali, il servizio successivo, l'assistenza tecnica, il termine di consegna o esecuzione, il prezzo etc.) che siano indicativi della qualità del servizio oggetto d'appalto; in altri termini, i criteri di valutazione riferiti all'offerta devono comunque essere prevalenti rispetto ad eventuali elementi di valutazione riconducibili all'affidabilità dell'offerente.

Il che, nel caso di specie, non si è verificato, posto che in un totale di 100 punti, di cui 30 per il merito tecnico, sostanzialmente tutti questi 30 punti sono riconducibili ad aspetti soggettivi e non alla qualità dell'offerta; così facendo l'amministrazione ha attribuito un illegittimo rilievo ad elementi che nulla hanno a che vedere con il valore intrinseco dell'offerta.

Per tali considerazioni la censura risulta fondata e deve essere accolta.

Peraltro il collegio ritiene di esaminare anche la seconda censura, con la quale si deduce la illegittimità del bando e del capitolato speciale laddove, all'articolo 5, vengono fissati i criteri di valutazione dei punteggi tanto generici ed indeterminati da non consentire neppure di capire quale sia il parametro premiato dall'amministrazione; tale carenza del bando non sarebbe stata superata dalla commissione la quale non avrebbe precisato i criteri motivazionali per l'attribuzione dei punteggi.

Anche tale censura è fondata in quanto l'articolo 83, comma 4 del DL.gs. 163/2006 prevede che, una volta

individuati i criteri di valutazione dell'offerta, il bando stabilisca per ciascun di essi i sub criteri e che la commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissi in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e sub criterio di valutazione il punteggio tra il minimo e massimo prestabiliti dal bando.

Anche volendo interpretare in modo non formalistico le ricordate disposizioni (Tar Sardegna numero 1126/2008) si sarebbe potuto fare a meno dei criteri motivazionali da parte della commissione qualora il bando ed il capitolato avessero previsto dei criteri puntuali e specifici che consentissero anche di capire attraverso quali ragionamenti si dovessero graduare i punteggi indicati per ciascuna voce con un minimo ed un massimo; invece, così non è stato, posto che il bando non dava alcuna indicazione sul punto e, come detto, la commissione non ha corretto tale insufficiente impostazione.

Da ciò deriva che anche il secondo motivo deve essere accolto e, conseguentemente, devono essere annullati gli atti impugnati, potendo le ulteriori censure rimanere assorbite.

La società ricorrente chiede poi la dichiarazione di nullità e/o inefficacia del contratto stipulato tra il comune di Valledoria e la aggiudicataria, nonché l'accertamento del suo diritto all'aggiudicazione della gara.

Il comune ha eccepito il difetto di giurisdizione sul punto, richiamando i precedenti della Corte di cassazione ed in particolare la sentenza SSUU 28 dicembre 2007 numero 27169.

Il collegio è consapevole che, sul punto, la questione è ancora dibattuta, tanto che anche di recente il Consiglio di Stato la ha rimessa alla Adunanza plenaria (sez. V, 28 marzo 2008 numero 1328).

Peraltra tra tutte le diverse posizioni, ritiene più convincente quella che attribuisce al giudice amministrativo la competenza a verificare la sorte del contratto.

Pertanto, nel caso di specie, una volta annullata l'intera procedura di gara, si dovrà dichiarare la sopravvenuta inefficacia del contratto stipulato con un concorrente individuato sulla base del illegittima procedura.

Va invece senz'altro respinta la richiesta di accertamento del diritto della ricorrente all'aggiudicazione del contratto, posto che a tale risultato potrà semmai arrivare a seguito della ripetizione della procedura.

In considerazione della parziale soccombenza le spese di giudizio, quantificate in € 10.000,00, sono poste a carico del comune ma con compensazione alla metà, mentre possono essere integralmente compensate nei confronti dei controinteressati.

P.Q.M.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PER LA SARDEGNA

SEZIONE PRIMA

accoglie il ricorso in epigrafe nella parte impugnatoria ed annulla l'intera procedura di gara.

Condanna il comune di Valledoria al pagamento delle spese di giudizio a favore della società ricorrente che liquida in complessive euro 5000,00 (cinquemila,00) oltre IVA e CPA come per legge; compensa nei confronti dei controinteressati.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Cagliari, nella camera di consiglio, il giorno 25 giugno 2008 dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna con l'intervento dei signori:

Presidente;

consigliere - estensore;

consigliere;

Depositata in segreteria oggi: 11/07/2008

Il Direttore di sezione

<https://www.diritto.it/offerta-economicamente-piu-vantaggiosa-qual-e-il-parere-del-giudice-amministrativo-relativamente-ad-un-criterio-di-valutazione-contenuto-nel-bando-e-nel-capitolato-relativo-al-merito-tecnico-per-i/>