

Attenzione alla differenza fra requisiti di ordine speciale da richiedere quale conditio sine qua non per la partecipazione ed elementi da porre a base per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa il criterio previsto dal capitolato spec

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Nella complessa sequenza di evidenza pubblica orientata alla scelta di contraente per un appalto pubblico di servizi - gli elementi inerenti la valutazione in concreto del soggetto (come quelli, qui richiesti, circa esperienze precedenti, che per loro natura fanno riferimento ad un aspetto soggettivo finalizzato a stabilire la capacità tecnica) vanno riservati alla distinta fase della qualificazione, vale a dire della selezione preliminare dei soggetti abilitati a concorrere alla gara, perché sono volti ad accertare l'idoneità tecnica del concorrente e dunque la sua attitudine ad essere un potenziale appaltatore del servizio. Una volta però accertati, questi elementi diventano non ulteriormente rilevanti, in virtù della par condicio che a quel punto spetta a tutte le offerte, e non vanno perciò commisti a quelli concernenti i dati impersonali delle offerte, che soli ormai sono utili alla finalità selettiva finale della fase di valutazione delle offerte: il punteggio va riconosciuto all'offerta e solo all'offerta, non all'offerente_. Poiché è esatto quanto sostenuto dall'appellante, vale a dire che, senza la configurazione della ripartizione del punteggio fatta dal bando, le sue opportunità di aggiudicazione della gara non sarebbero state precluse, di conseguenza occorre dunque compensare il ricorrente del pregiudizio patito per effetto della violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione posta in essere con i provvedimenti medesimi

Così manifesta - per ciò che temporalmente regola gli atti impugnati - l'art. 23 d.lgs. 17 marzo 1995 n. 157 in materia di appalti pubblici di servizi per ciò che attiene i caratteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa; similmente così ora stabilisce il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici) che, all'art. 83 - in coerenza con la distinzione tra fase di qualificazione e fase di valutazione dell'offerta - indica per questa la rilevanza solo di elementi oggettivi._

La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato è ormai consolidata in questo senso, anche in rispetto dei principi comunitari. Avverte infatti Cons. Stato, V, 16 aprile 2003, n. 1993 che negli appalti di forniture è

illegittimo l'inserimento nella fase dell'aggiudicazione (art. 22 e 23 d.lgs. n. 157 del 1995), che concerne i requisiti oggettivi attinenti all'offerta, di un requisito sulle esperienze simili maturate nel triennio, che è uno dei criteri per l'individuazione della soggettiva capacità tecnica richiesta ai concorrenti in sede di prequalificazione (di cui gli art. 12-17). Cons. Stato, V 15 giugno 2001, n. 3187, tratta similmente del caso reciproco, quando rileva che in un appalto di servizi la fase di prequalificazione va distinta dalla fase di valutazione dell'offerta, sicché è illegittimo il bando che, con un'indebita commistione dei requisiti, in sede di giudizio di ammissibilità dell'offerta assegna un punteggio che concorre alla determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. **Quanto al risarcimento dei danni patrimoniali consequenziali ai detti provvedimenti illegittimi, il cui diritto segue l'annullamento, la domanda di risarcimento per equivalente va accolta anche se la gara sarà, per quanto sopra detto, rinnovata. La rinnovazione, invero, non basta ad una reintegrazione in forma specifica (e dunque a dar piena soddisfazione alla ricorrente), perché attribuirà sì una nuova chance di aggiudicazione, ma questa opportunità - a parte ogni considerazione circa l'eventualità nell'an della nuova procedura - non reintegrerà che ex nunc di effetti di quella, conculcata, che sarebbe stata propria della gara i cui atti sono stati qui impugnati e annullati: questa rimane diversa per tempi e per riferimento alla pianificazione complessiva dell'attività di impresa. Si deve considerare che in realtà tra le due opportunità la diversità è essenziale, perché il bene della vita che il concorrente intendeva perseguire (e che non ha ottenuto per la preclusione causata dagli atti qui dedotti in giudizio) non era lo status di appaltatore del servizio (il che potrebbe essere, effettivamente, oggetto di reintegrazione specifica), ma il contratto per poter svolgere in veste di contraente-appaltatore l'attività di impresa inerente a quel servizio. Questo contratto era proiettato in un certo tempo e la sua stipulazione ed esecuzione è ormai storicamente non recuperabile, né ne è restituibile la chance. L'arco di tempo per l'esecuzione del servizio, in cui quel contratto non è mancato, è ormai passato e non è più riscattabile. Una programmazione, quand'anche ipotetica, delle risorse e delle provviste dell'impresa a quello finalizzate non ha potuto aver seguito e questo non può che incidere sulla dinamica del soggetto rispetto al mercato. Tutto questo effetto, che è de praeterito, non è reintegrabile con la futura rinnovazione del procedimento e realizza di suo - indipendentemente dal nuovo procedimento che seguirà l'annullamento - un danno che fatalmente può essere risarcito solo per equivalente**

Merita di essere segnalata la decisione numero 5096 del 17 ottobre 2008, inviata per la pubblicazione in data 21 ottobre 2008, emessa dal Consiglio di Stato

Nel caso qui al vaglio, il criterio previsto dal capitolato speciale all'art. 19 punto A.3 (per l'assegnazione di 5 punti) attiene alla soggettività dell'offerente e non al merito oggettivo dell'offerta, giacché l'esperienza pregressa nei servizi di spazzamento, raccolta e trasporto, come l'anzianità di servizio specifica, sono elementi afferenti al profilo e alla qualità del partecipante.

Non sussiste, in senso contrario, il difetto di interesse della ricorrente a muovere contro questa previsione, per la circostanza che poi per tale voce sia stato in concreto attribuito a tutte le imprese il medesimo punteggio di 5 punti, né per la circostanza che difetterebbe anche l'interesse strumentale alla ripetizione della gara perché, anche ridistribuendo quei 5 punti sugli altri subparametri dell'offerta tecnica, non vi sarebbe modifica utile alla ricorrente che per tali subparametri ha avuto punteggi pari o inferiori a quelli della BETA.

Ma non solo

In realtà va considerato - come bene rileva l'appellante - che lo scarto tra la prima e la seconda classificata è di appena 1,82 punti, cioè ben meno dei 5 in questione. A parte che non necessariamente questi 5 punti dovrebbero essere "spalmati" su tutti i subparametri (con la conseguenza che ben potrebbe, in ipotesi, la ricorrente emergere in quello di dominante assegnazione di questi punti), va più radicalmente considerato che per effetto dell'annullamento della lex specialis occorre rinnovare il procedimento rivedendo ab imis la ripartizione e le modalità di attribuzione del punteggio e dunque riformulando gli atti di disciplina della gara: il che può essere fatto solo con un nuovo bando e un nuovo capitolato, dunque con una nuova gara, non già con la mera rettificazione del punteggio già attribuito ai partecipanti in questa gara che muove da un regolamento illegittimo.

In oltre, in tema di risarcimento del danno:

Circa la ripartizione dell'an debeatur, le voci di danno da risarcire sono quelle da riconoscere come

conseguenze dirette ed immediate delle illegittimità in questione e della “colpevole” inerente condotta dell’amministrazione, da presumere incauta - quanto ordinariamente evitabile - in ragione dell’inesistenza di un quadro normativo realmente incerto od oscuro, della prevedibile gravità delle conseguenze dell’effetto distorsivo generato dalla ripartizione immaginata. Dette voci sono quelle relative al ristoro del danno emergente, sub specie di spese vive sostenute per la partecipazione alla gara, e del lucro cessante come perdita di occasione favorevole di guadagno (chance) sotto forma di utile ritraibile dall’eventuale aggiudicazione dei lavori.

Per ciò che attiene al quantum debeatur, i criteri di quantificazione del sacrificio da ristorare - che verrà liquidato secondo la procedura di specificazione di cui all’art. 35, comma 2, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 (come sost. dall’art. 7 l. 21 luglio 2000, n. 205) - saranno, per ciò che riguarda le spese vive sostenute per la partecipazione alla gara, quelle che saranno documentate dall’appellante.

Per ciò che riguarda invece il lucro cessante, che qui si configura come indebita sottrazione delle opportunità di guadagno da eventuale aggiudicazione dei lavori, va considerato che il ristoro qui prende la forma di un equivalente della perdita di chances, e che queste vanno considerate in ragione della loro concretezza probabilistica. Perciò occorre dapprima quantificare il danno legato alla mancata aggiudicazione e il risultato sarà diviso in ragione dell’aliquota di probabilità di aggiudicazione imputabile all’appellante rispetto agli altri concorrenti. È questo, del resto, il metodo seguito dalla stessa appellante nell’articolare la sua domanda.

Così, il danno legato alla mancata aggiudicazione va anzitutto presunto in misura pari all’usuale 10% del valore dell’appalto. È infatti criterio consolidato che, ai fini della quantificazione di un siffatto danno, nella determinazione forfetaria ed automatica del margine di guadagno presunto nell’esecuzione di appalti di lavori pubblici, trovi applicazione analogica l’art. 345 l. 20 marzo 1865, n. 2248, All. F - ora sostanzialmente riprodotto dall’art. 122 del regolamento di cui al d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 - che

quantifica al 10% del valore dell'appalto l'importo da corrispondere all'appaltatore in caso di recesso facoltativo dell'amministrazione (Cons. Stato, V, 8 luglio 2002, n. 3796). Ragioni di necessaria concretezza nella determinazione del detrimento patrimoniale impongono di considerare che il riferimento di base per il calcolo di detta percentuale presuntiva sia quello della base d'asta, come ribassato dalla offerta del ricorrente che è risultato aggiudicatario (cfr. Cons. Stato, IV, 15 febbraio 2005, n. 478).

Detta somma dovrà poi essere divisa per quattro, quattro essendo i concorrenti nella gara in esame e con parità di opportunità - come sarebbe in astratto, cioè di fronte ad un bando emendato dalle dette illegittimità -, sicché le chances dell'appellante da ristorare divengono in concreto pari ad uno di questi quarti.

Al tutto si dovranno aggiungere rivalutazione ed interessi dalle date corrispondenti ai previsti pagamenti contrattuali del corrispettivo dell'appalto sino alla pubblicazione della presente sentenza. È questa la condanna che va qui disposta in accoglimento della seconda domanda dell'appellante.

È il caso di rilevare che non osta alla condanna del Comune di Guagnano la circostanza che non si sia costituito in giudizio, essendo sufficiente per le esigenze del contraddittorio la sua evocazione mediante notificazione dell'atto di appello, che lo metteva in condizione di esercitare le opportune difese

Si legga anche

Pare

evidente come una cosa siano i requisiti di partecipazione ad una gara ed un'altra i criteri di valutazione dell'offerta, non fosse altro perché questi entrano in gioco solo dopo che l'offerta ha superato positivamente il vaglio di ammissibilità : l'esperienza fatta come tesoriere di enti locali può solo contribuire ad ottenere un maggiore punteggio, senza poter diventare un elemento di discriminazione della ammissione alla gara

il Consiglio di Stato con la decisione numero 1194 dell' 8 marzo 2006 ci insegna che:

non consentire, a soggetti in possesso della specifica autorizzazione prevista dalla legge, di partecipare ad una pubblica gara per l'affidamento del servizio di tesoreria comunale contrasterebbe in primo luogo con l'interesse pubblico che alle gare partecipi il maggior numero di concorrenti che siano in possesso di tutti i requisiti richiesti e, in secondo luogo, siffatta esclusione non rispetterebbe nemmeno i principi posti a tutela della libera e leale concorrenza tra imprese, posto che la preclusione a partecipare alla gara o l'esclusione dalla stessa di istituti bancari regolarmente autorizzati a prestare servizio di tesoreria per enti pubblici territoriali restringerebbe e in definitiva riserverebbe, del tutto ingiustificatamente, la possibilità di divenire affidatari del servizio in questione ai soli istituti che hanno già svolto almeno un servizio analogo per detti enti

ma non solo.

In giurisprudenza, del resto, ormai pacificamente si riconosce la netta distinzione operata dalla normativa nazionale e comunitaria tra criteri soggettivi di prequalificazione (cui si riferiscono le previsioni di cui agli artt. 12-17 del d. lgs. n. 157/95) e quelli oggettivi afferenti alla aggiudicazione (artt. 22-23), netta ed inderogabile distinzione che oltre a trovare un preciso ed espresso riferimento nella normativa richiamata ha una sua sostanziale ed evidente logica: quella di separare i requisiti soggettivi di idoneità e partecipazione alla gara da quelli oggettivi attinenti alla offerta ed alla aggiudicazione

La fissazione dei criteri (o sub criteri) di valutazione delle offerte tecniche deve avvenire prima dell'apertura delle buste contenenti tali offerte

Nelle procedure concorsuali ad evidenza pubblica, mediante le quali si procede all'effettuazione di valutazioni tecnico-discrezionali, esigenze di imparzialità trasparenza e buon andamento della P.A. impongono alla Commissione di gara di procedere (qualora ciò sia necessario) alla fissazione dei criteri (o sub criteri) di valutazione delle offerte tecniche prima dell'apertura delle buste contenenti tali offerte: ma tutto ciò nulla ha a che vedere con l'accertamento dei requisiti di ammissione alla gara; accertamento che è preliminare rispetto ad ogni altra fase di gara, giacché si tratta di stabilire quali imprese potranno partecipare alla selezione

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 3584 del 19 giugno 2006 ci insegna che:

ai sensi del D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157, vi è una netta distinzione tra i criteri soggettivi di pre-qualificazione e quelli oggettivi attinenti all'aggiudicazione vera e propria, che ha la sua ratio nella necessità di separare i requisiti soggettivi di idoneità e partecipabilità alla gara da quelli oggettivi attinenti all'offerta ed all'aggiudicazione

Solo dopo aver accertato la sussistenza (o insussistenza) dei requisiti ed adottate le conseguenti determinazioni sull'ammissione (o esclusione), si apre la gara vera e propria che inizia proprio con la predeterminazione dei sub criteri, aventi ad oggetto esclusivamente la valutazione dell'offerta tecnica

Ma vi è di più.

Del resto la giurisprudenza ha ammesso l'integrazione e specificazione dei criteri purché assurga prima dell'apertura delle buste contenenti la documentazione illustrativa delle offerte tecniche (cfr. per tutte Cons. St., sez. V, 4 febbraio 2003, n. 533: "nel caso in cui, nell'ambito di una gara per l'affidamento di un servizio, la commissione di esperti, incaricata della valutazione delle offerte tecniche proceda a specificare ed integrare i criteri di massima stabiliti dal bando, dopo l'apertura delle buste contenenti la documentazione illustrativa delle predette offerte risultano violati i principi di segretezza e di imparzialità che devono informare le gare pubbliche", e sez. V, 8 luglio 2002, n. 3790: "in una gara d'appalto pubblico, la commissione giudicatrice può introdurre elementi di specificazione ed integrazione dei criteri generali di valutazione delle offerte, già indicati nel bando di gara o nella lettera di invito, oppure fissare sottocriteri di adattamento di tali criteri o regole specifiche sulle modalità di valutazione, a condizione però che vi provveda prima dell'apertura delle buste recanti le offerte stesse").

Il debito di valore

E' pacifica la natura di debito di valore dell'importo del risarcimento del danno da responsabilità extra contrattuale, e quindi il relativo credito va maggiorato degli accessori destinati a conservarne la consistenza.

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 3796 dell' 8 luglio 2002 ci insegna che:

La giurisprudenza amministrativa, confortata dall'avviso della Corte di Cassazione (Sez. I Civ. n. 1115 del 1995), ha ritenuto, infatti, che, sebbene sia previsto per l'ipotesi di esercizio da parte della amministrazione committente della facoltà di recesso, e quindi per pregiudizio da atto legittimo, la corresponsione del 10% come utile presunto possa essere utilizzato come parametro del lucro cessante dell'appaltatore anche nelle ipotesi di responsabilità risarcitoria per inadempimento.

Il riferimento all'inadempimento rende, poi, irrilevante che nella specie si trattasse di un appalto di servizi e non di opera pubblica, come sottolineato dall'Amministrazione.

Merita invece accoglimento la doglianza con la quale si lamenta che la decisione non rechi la statuizione relativa alla condanna al pagamento degli interessi e della svalutazione monetaria sulla somma dovuta a titolo risarcitorio. E' pacifica la natura di debito di valore dell'importo del risarcimento del danno da responsabilità extra contrattuale, e quindi il relativo credito va maggiorato degli accessori destinati a conservarne la consistenza.

Il computo degli interessi e della svalutazione va effettuato con decorrenza dalla data di inizio del servizio da parte della impresa originariamente aggiudicataria, a seguito del provvedimento successivamente annullato

A cura di *****

N.5096/08 REG. DEC

N. 3351/2007

REG. RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale

Quinta Sezione

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n.r.g. 3351/2007, proposto da ALFA AMBIENTE s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese ALFA AMBIENTE FILOCAMPANIA, rappresentata e difesa dall'***** ed elettivamente domiciliata in Roma, Via Cosseria, 2 presso lo studio *****;

contro

- BETA s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv.to ***** ed elettivamente domiciliato in Roma, Via Del Conservatorio, 91 presso lo studio di questi;

- COMUNE DI GUAGNANO, non costituitosi in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia - sezione di Lecce - n. 5849/2006 del 12 dicembre 2006;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della BETA s.r.l.;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore, alla pubblica udienza del 14 marzo 2008,
il consigliere ***** ed uditi, altresì, gli avvocati *****, per delega di Quinto, e *****,
per delega di Massa, come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Guagnano il 9 febbraio 2006 bandì - ai sensi degli artt. 6, comma 1, lett. a) e 23, comma 1, lett. b) d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157 - una **gara** a pubblico incanto, col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento quinquennale del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani e assimilati.

La **gara** fu aggiudicata alla BETA s.r.l., che aveva riportato punti 82,93; seconda risultò la ALFA Ambiente s.r.l., con punti 81,1.

La ALFA Ambiente s.r.l. fece ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia – sezione di Lecce contro il bando e il capitolato quanto a voci e criteri per l’attribuzione dei punteggi; i verbali di **gara**, l’aggiudicazione, il contratto.

Quel giudice, con sentenza II, n. 5849 del 12 dicembre 2006, respinse il ricorso.

La ALFA Ambiente s.r.l. appella, chiedendo anche il risarcimento del danno, ed affermando che la sentenza erra nel respingere il gravame perché:

- è illegittima da parte del Capitolato l’attribuzione di 5 punti dei 60 previsti, riservati al progetto tecnico, per i profili soggettivi;
- la formula matematica prevista per l’offerta economica presenta uno scarto reale effettivo di soli 2,5 punti (considerati i costi fissi per il personale nel cui rapporto l’aggiudicatario deve succedere al precedente titolare),
- la previsione della ripartizione interna dei punti stabiliti per l’offerta tecnica è generica e trasferisce un’eccessiva discrezionalità alla commissione giudicatrice.

Si è costituita la BETA s.r.l., contestando l’appello nel merito.

DIRITTO

Ritiene il Collegio che l'appello di ALFA Ambiente s.r.l. sia fondato e vada accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati in conformità alla domanda giudiziale di primo grado, e con condanna del Comune di Guagnano al risarcimento del danno subito dalla ricorrente.

Gli atti impugnati erano infatti invalidi per effetto del vizio contenutistico afferente il bando di **gara**, che riguarda tutti i tre aspetti denunciati dalla società ricorrente.

1.

Il primo profilo di illegittimità concerne il punteggio (complessivi punti 60 su 100) da assegnare per il progetto tecnico: il capitolato (art. 19, punto A.3) stabiliva infatti l'attribuzione di 5 punti per l'affidabilità e l'esperienza della ditta, cioè elementi attinenti la soggettività dell'offerente anziché il merito oggettivo dell'offerta.

In realtà - nella complessa sequenza di evidenza pubblica orientata alla scelta di contraente per un appalto pubblico di servizi - gli elementi inerenti la valutazione in concreto del soggetto (come quelli, qui richiesti, circa esperienze precedenti, che per loro natura fanno riferimento ad un aspetto soggettivo finalizzato a stabilire la capacità tecnica) vanno riservati alla distinta fase della qualificazione, vale a dire della selezione preliminare dei soggetti abilitati a concorrere alla **gara**, perché sono volti ad accertare l'idoneità tecnica del concorrente e dunque la sua attitudine ad essere un potenziale appaltatore del servizio. Una volta però accertati, questi elementi diventano non ulteriormente rilevanti, in virtù della par condicio che a quel punto spetta a tutte le offerte, e non vanno perciò commisti a quelli concernenti i dati impersonali delle offerte, che soli ormai sono utili alla finalità selettiva finale della fase di valutazione delle offerte: il punteggio va riconosciuto all'offerta e solo all'offerta, non all'offerente.

Così manifesta - per ciò che temporalmente regola gli atti impugnati - l'art. 23 d.lgs. 17 marzo 1995 n. 157 in materia di appalti pubblici di servizi per ciò che attiene i caratteri dell'offerta economicamente più

vantaggiosa; similmente così ora stabilisce il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici) che, all'art. 83 - in coerenza con la distinzione tra fase di qualificazione e fase di valutazione dell'offerta - indica per questa la rilevanza solo di elementi oggettivi.

La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato è ormai consolidata in questo senso, anche in rispetto dei principi comunitari. Avverte infatti Cons. Stato, V, 16 aprile 2003, n. 1993 che negli appalti di forniture è illegittimo l'inserimento nella fase dell'aggiudicazione (art. 22 e 23 d.lgs. n. 157 del 1995), che concerne i requisiti oggettivi attinenti all'offerta, di un requisito sulle esperienze simili maturate nel triennio, che è uno dei criteri per l'individuazione della soggettiva capacità tecnica richiesta ai concorrenti in sede di prequalificazione (di cui gli art. 12-17) (così anche ad es. Cons. Stato, V, 28 novembre 2005, n. 663; V, 20 marzo 2006, n. 1446; V, 8 marzo 2006, 1194; V, 19 giugno 2006, n. 3584 e VI, 25 luglio 2006, n. 4649; I, n. 10577/04 del 10 novembre 2004). Cons. Stato, V 15 giugno 2001, n. 3187, tratta similmente del caso reciproco, quando rileva che in un appalto di servizi la fase di prequalificazione va distinta dalla fase di valutazione dell'offerta, sicché è illegittimo il bando che, con un'indebita commistione dei requisiti, in sede di giudizio di ammissibilità dell'offerta assegni un punteggio che concorre alla determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nel caso qui al vaglio, il criterio previsto dal capitolato speciale all'art. 19 punto A.3 (per l'assegnazione di 5 punti) attiene alla soggettività dell'offerente e non al merito oggettivo dell'offerta, giacché l'esperienza pregressa nei servizi di spazzamento, raccolta e trasporto, come l'anzianità di servizio specifica, sono elementi afferenti al profilo e alla qualità del partecipante.

Non sussiste, in senso contrario, il difetto di interesse della ricorrente a muovere contro questa previsione, per la circostanza che poi per tale voce sia stato in concreto attribuito a tutte le imprese il medesimo punteggio di 5 punti, né per la circostanza che difetterebbe anche l'interesse strumentale alla ripetizione della **gara** perché, anche redistribuendo quei 5 punti sugli altri subparametri dell'offerta

tecnica, non vi sarebbe modifica utile alla ricorrente che per tali subparametri ha avuto punteggi pari o inferiori a quelli della BETA.

In realtà va considerato - come bene rileva l'appellante - che lo scarto tra la prima e la seconda classificata è di appena 1,82 punti, cioè ben meno dei 5 in questione. A parte che non necessariamente questi 5 punti dovrebbero essere "spalmati" su tutti i subparametri (con la conseguenza che ben potrebbe, in ipotesi, la ricorrente emergere in quello di dominante assegnazione di questi punti), va più radicalmente considerato che per effetto dell'annullamento della lex specialis occorre rinnovare il procedimento rivedendo ab imis la ripartizione e le modalità di attribuzione del punteggio e dunque riformulando gli atti di disciplina della **gara**: il che può essere fatto solo con un nuovo bando e un nuovo capitolato, dunque con una nuova **gara**, non già con la mera rettificazione del punteggio già attribuito ai partecipanti in questa **gara** che muove da un regolamento illegittimo.

2.

Fondato è altresì il secondo rilievo dell'appellante, circa la previsione (all'art. 19, lett. B del Capitolato) della formula (scarto quadratico medio) per l'attribuzione dei 40 punti (su 100) per l'offerta economica che è tale da generare un indebito appiattimento dei punteggi (una forbice pari ad appena la differenza tra 37,5 e 40), impedendo la concreta attribuibilità dell'intero range nominale da 0 a 40 e così ostacolando oltre ogni ragionevolezza la differenziazione concreta dei livelli quantitativi dell'offerta, che pur rappresentano la parte dominante (il 60%) della valutazione complessiva dell'offerta.

È invero sufficiente considerare che gli incompressibili costi del personale già del precedente esercente, da dover assumere, conducono a mantenere il canone annuo davvero offribile tra € 380.000 (importo a base d'asta) e € 250.000 (costo inderogabile - avuto riguardo ai minimi salariali - delle sette unità di personale - 3 di terzo livello, per un costo unitario di € 36.500, e 4 di secondo livello, per un costo unitario di 34.500 - che i concorrenti debbono assumere).

Non soccorrono in senso inverso, per le ragioni testé esplorate, argomenti afferenti alla struttura organizzativa soggettiva dell'offerente, come quelle inerenti i punteggi in concreto avuti dalle varie ditte concorrenti; così come non conclude l'argomento di scarso rilievo, quando non formalistico, dell'eccepire che quel personale ha solo una preferenza nelle assunzioni: non può sfuggire invero che l'organizzazione ad analoga impresa postula, quanto meno tendenzialmente, la medesima provvista quantitativa di lavoro. Su queste basi, è corretto l'argomento che nessun concorrente poteva avere un punteggio inferiore a 37,5 (col ribasso pari a zero), dato che il range effettivamente praticabile tra detti € 380.000 e € 250.000: poteva esservi una differenza reale solo di 2,5 punti dal massimo di 40. Ma tale esiguità di scarto era illegittima perché inidonea a prospettare una differenziazione adeguata tra i concorrenti, perché la contrazione del ventaglio di punti realmente attribuibili schiacciava le valutazioni differenziali delle offerte.

Appare poi formale la considerazione che un tale risultato rilevarebbe solo in sede di verifica della anomalia, giacché si tratta pur sempre di elemento realmente e praticamente incidente sulla entità dell'offerta. Correttamente l'appellante richiama la recente decisione Cons. Stato, V, 28 marzo 2007, n. 1441, che afferma, in un caso in cui sussisteva obbligo di assorbimento del personale uscente, con costi fissi inderogabili, che dev'essere praticabile la graduazione dell'intero punteggio previsto.

3.

Parimenti fondato, ritiene il Collegio, era il terzo rilievo di illegittimità degli atti impugnati, con cui - circa l'attribuzione dei 50 punti al progetto tecnico - si contestava che i criteri della *lex specialis* (25 punti per il "merito tecnico e modalità di esecuzione dei servizi"; 25 punti per le "proposte relative alla raccolta differenziata") erano eccessivamente generici e di fatto trasferivano indebitamente dalla *lex specialis* (che opera ex ante rispetto alla presentazione delle offerte) alla Commissione di **gara** (che opera ex post) una discrezionalità nel definire i criteri di assegnazione che invece riservata alla prima. In tal modo, infatti, si contrasta la tendenza alla massima specificazione finanche dei subcriteri nella *lex specialis* e si concede alla Commissione di individuare risolutivi sottocriteri fino all'apertura delle buste, il che se oggi è vietato dall'art. 83, comma 4, del Codice dei contratti pubblici (che espressamente esclude tale possibilità e afferma che compete alla commissione solo di fissare "i criteri motivazionali" cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e sub-criterio il punteggio individuato nella *lex specialis*), ieri lo era dai principi di logica giuridica che hanno riguardo all'imparzialità e alla par condicio (evitare il pericolo che la commissione possa orientare a piacimento ed a posteriori l'attribuzione di un punteggio e l'esito stesso della **gara**, dopo averne conosciuto gli effettivi concorrenti). Non ha dunque rilievo che il d. lgs. n. 163 del 2006 non fosse qui direttamente applicabile *ratione temporis*, perché quella norma, per quanto posteriore rispetto al caso, sintetizza un principio che era anche precedentemente immanente al sistema.

Del resto, bene l'appellante rammenta che la più recente giurisprudenza così si è orientata (Cons. Stato, VI, 14 settembre 2006, n. 5323), e che la Corte di giustizia delle Comunità europee (sentenza 24 novembre 2005, in causa C-331/04), ha affermato che l'integrazione da parte della commissione giudicatrice degli elementi tecnici ed economici tramite sub-elementi o sub-criteri è consentita solo a condizione che non siano modificati i criteri del bando di **gara** o dei capitolati d'oneri, che non sia influenzata la preparazione delle offerte e che non siano introdotte discriminazioni a danno dei concorrenti. Il che impedisce di trasferire alla commissione di **gara** la specificazione dei criteri di valutazione (foss'anche come semplice determinazione del peso ponderale del singolo criterio) per evitare che la commissione possa orientare a piacimento e a posteriori l'attribuzione del punteggio e l'esito della **gara**.

Questa regola vale a fortiori nella **gara** in esame: la Commissione, infatti, ha stabilito non solo il peso ponderale dei sub- criteri, ma gli stessi sub-criteri. Ci si trova dunque di fronte ad un inammissibile trasferimento della discrezionalità propria della *lex specialis*.

L'esito della **gara** sarebbe potuto essere diverso se, all'interno dei 50 punti previsti nella *lex specialis*, la commissione avesse assegnato un peso maggiore a una delle tre voci per cui l'offerta della ricorrente era stata valutata preferibile. Il che dimostra l'interesse dell'appellante alla censura.

Gli atti impugnati erano dunque, nei termini oggettivi dell'impugnazione, illegittimi e vanno annullati.

4.

Quanto al risarcimento dei danni patrimoniali consequenziali ai detti provvedimenti illegittimi, il cui diritto segue l'annullamento, la domanda di risarcimento per equivalente va accolta anche se la **gara** sarà, per quanto sopra detto, rinnovata. La rinnovazione, invero, non basta ad una reintegrazione in forma specifica (e dunque a dar piena soddisfazione alla ricorrente), perché attribuirà sì una nuova chance di aggiudicazione, ma questa opportunità - a parte ogni considerazione circa l'eventualità nell'an della nuova procedura - non reintegrerà che ex nunc di effetti di quella, conculcata, che sarebbe stata propria della **gara** i cui atti sono stati qui impugnati e annullati: questa rimane diversa per tempi e per riferimento alla pianificazione complessiva dell'attività di impresa. Si deve considerare che in realtà tra le due opportunità la diversità è essenziale, perché il bene della vita che il concorrente intendeva perseguire (e che non ha ottenuto per la preclusione causata dagli atti qui dedotti in giudizio) non era lo status di appaltatore del servizio (il che potrebbe essere, effettivamente, oggetto di reintegrazione specifica), ma il contratto per poter svolgere in veste di contraente-appaltatore l'attività di impresa inerente a quel servizio. Questo contratto era proiettato in un certo tempo e la sua stipulazione ed esecuzione è ormai storicamente non recuperabile, né ne è restituibile la chance. L'arco di tempo per l'esecuzione del servizio, in cui quel contratto non è mancato, è ormai passato e non è più riscattabile. Una programmazione, quand'anche ipotetica, delle risorse e delle provviste dell'impresa a quello finalizzate non ha potuto aver seguito e questo non può che incidere sulla dinamica del soggetto rispetto al mercato. Tutto questo effetto, che è de praeterito, non è reintegrabile con la futura rinnovazione del procedimento e realizza di suo - indipendentemente dal nuovo procedimento che seguirà l'annullamento - un danno che fatalmente può essere risarcito solo per equivalente (cfr. Cons. Stato, V, 3 aprile 2007, n. 1514).

Occorre dunque compensare il ricorrente del pregiudizio patito per effetto della violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione posta in essere con i provvedimenti medesimi.

È esatto quanto sostenuto dall'appellante, vale a dire che, senza la configurazione della ripartizione del punteggio fatta dal bando, le sue opportunità di aggiudicazione della **gara** non sarebbero state precluse.

Circa la ripartizione dell'an debeatur, le voci di danno da risarcire sono quelle da riconoscere come conseguenze dirette ed immediate delle illegittimità in questione e della "colpevole" inerente condotta dell'amministrazione, da presumere incauta - quanto ordinariamente evitabile - in ragione dell'inesistenza di un quadro normativo realmente incerto od oscuro, della prevedibile gravità delle conseguenze dell'effetto distorsivo generato dalla ripartizione immaginata. Dette voci sono quelle relative al ristoro del danno emergente, sub specie di spese vive sostenute per la partecipazione alla **gara**, e del lucro cessante come perdita di occasione favorevole di guadagno (chance) sotto forma di utile ritraibile dall'eventuale aggiudicazione dei lavori.

Per ciò che attiene al quantum debeatur, i criteri di quantificazione del sacrificio da ristorare - che verrà liquidato secondo la procedura di specificazione di cui all'art. 35, comma 2, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 (come sost. dall'art. 7 l. 21 luglio 2000, n. 205) - saranno, per ciò che riguarda le spese vive sostenute per la partecipazione alla **gara**, quelle che saranno documentate dall'appellante.

Per ciò che riguarda invece il lucro cessante, che qui si configura come indebita sottrazione delle opportunità di guadagno da eventuale aggiudicazione dei lavori, va considerato che il ristoro qui prende la forma di un equivalente della perdita di chances, e che queste vanno considerate in ragione della loro concretezza probabilistica. Perciò occorre dapprima quantificare il danno legato alla mancata aggiudicazione e il risultato sarà diviso in ragione dell'aliquota di probabilità di aggiudicazione imputabile all'appellante rispetto agli altri concorrenti. È questo, del resto, il metodo seguito dalla stessa appellante nell'articolare la sua domanda.

Così, il danno legato alla mancata aggiudicazione va anzitutto presunto in misura pari all'usuale 10% del valore dell'appalto. È infatti criterio consolidato che, ai fini della quantificazione di un siffatto danno, nella determinazione forfetaria ed automatica del margine di guadagno presunto nell'esecuzione di appalti di lavori pubblici, trovi applicazione analogica l'art. 345 l. 20 marzo 1865, n. 2248, All. F - ora sostanzialmente riprodotto dall'art. 122 del regolamento di cui al d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 - che quantifica al 10% del valore dell'appalto l'importo da corrispondere all'appaltatore in caso di recesso facoltativo dell'amministrazione (Cons. Stato, V, 8 luglio 2002, n. 3796). Ragioni di necessaria concretezza

nella determinazione del detrimento patrimoniale impongono di considerare che il riferimento di base per il calcolo di detta percentuale presuntiva sia quello della base d'asta, come ribassato dalla offerta del ricorrente che è risultato aggiudicatario (cfr. Cons. Stato, IV, 15 febbraio 2005, n. 478).

Detta somma dovrà poi essere divisa per quattro, quattro essendo i concorrenti nella **gara** in esame e con parità di opportunità - come sarebbe in astratto, cioè di fronte ad un bando emendato dalle dette illegittimità -, sicché le chances dell'appellante da ristorare divengono in concreto pari ad uno di questi quarti.

Al tutto si dovranno aggiungere rivalutazione ed interessi dalle date corrispondenti ai previsti pagamenti contrattuali del corrispettivo dell'appalto sino alla pubblicazione della presente sentenza. È questa la condanna che va qui disposta in accoglimento della seconda domanda dell'appellante.

È il caso di rilevare che non osta alla condanna del Comune di Guagnano la circostanza che non si sia costituito in giudizio, essendo sufficiente per le esigenze del contraddittorio la sua evocazione mediante notificazione dell'atto di appello, che lo metteva in condizione di esercitare le opportune difese.

Le spese giudiziali possono nondimeno essere compensate per ragioni equitative legate alla difficoltà della controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello e per l'effetto in riforma la sentenza impugnata annulla gli atti impugnati in primo grado.

Condanna il Comune di Guagnano al risarcimento dei danni della ALFA Ambiente s.r.l. da liquidarsi secondo i criteri di cui in motivazione.

Spese giudiziali compensate.

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

Così deciso in Roma, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), nella camera di consiglio del 14 marzo 2008, con l'intervento dei Signori:

Pres. *****

Cons. ***** , estensore

Cons. Caro *****

Cons.*****o

Cons. *****

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to *****

f.to *****

IL SEGRETARIO

f.to *****

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/10/2008

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

p.IL DIRIGENTE

f.to *****

<https://www.diritto.it/attenzione-alla-differenza-fra-requisiti-di-ordine-speciale-da-richiedere-quali-condizioni-sine-qua-non-per-la-partecipazione-ed-elementi-da-porre-a-base-per-la-valutazione-dell-offerta-economicamente-p/>