

## **Per quanto concerne, infine, la pronuncia sul contratto, ritiene il Collegio di non dichiarare la privazione degli effetti dello stesso**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

Questo Giudice deve limitarsi, per non violare i limiti della domanda, ad accogliere, nei sensi sopra indicati, il ricorso e, per l'effetto, ad annullare la determinazione dirigenziale di aggiudicazione definitiva alla società CONTROINTERESSATA, nonché il verbale di gara del 30.12.2009, essendo stato accertato che la Commissione di gara, in sede di valutazione delle offerte economiche, non si è attenuta al criterio stabilito nel bando.

Restano impregiudicati, di conseguenza, i poteri dell'Amministrazione per le successive determinazioni che vorrà adottare, valutando, discrezionalmente, l'opportunità di annullare in autotutela il bando di gara che ha dato adito al contenzioso, auspicabilmente per prevenire l'insorgere di ulteriore contenzioso che potrebbe derivare da una nuova aggiudicazione, conforme al criterio di valutazione stabilito dal bando di gara.

Quanto sopra, sempre che sia ancora possibile il rinnovo della procedura di aggiudicazione; l'eventuale avvenuta esecuzione dell'appalto renderebbe impossibile ogni modalità di reintegrazione in forma specifica, residuando per il ricorrente solo la possibilità di proporre domanda di risarcimento per equivalente, purché ne sussistano i presupposti.

Per quanto concerne, infine, la pronuncia sul contratto, ritiene il Collegio di non dichiarare la privazione degli effetti dello stesso, per i seguenti motivi:

innanzitutto, nel ricorso non è ravvisabile una domanda espressa di subentro nel contratto, essendosi limitata la ricorrente ad impugnare tutti gli atti connessi all'aggiudicazione, tra cui il contratto d'appalto stipulato;

in secondo luogo, seppure fosse ravvisabile una tale domanda implicita di subentro, essa sarebbe da respingere, perché la ricorrente non avrebbe comunque titolo all'aggiudicazione, per le ragioni spiegate in precedenza;

infine, perché la breve durata del servizio, di soli tre mesi, lascia presumere che l'appalto sia in una fase di esecuzione molto avanzata e potrebbe essere stato eseguito completamente alla data di pubblicazione della presente sentenza; appare pertanto inopportuno, in esito al bilanciamento dei contrapposti interessi cui è tenuto il Giudice Amministrativo chiamato a decidere sull'efficacia di un contratto stipulato in seguito ad una aggiudicazione illegittima, dichiararne la privazione degli effetti.

A cura di \*\*\*\*\*

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 659 dell' 8 maggio 2010 pronunciata dal Tar Calabria, Catanzaro

**N. 00659/2010 REG.SEN.**

**N. 00176/2010 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 176 del 2010, proposto da:

Ricorrente S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. \*\*\*\*\*, con domicilio eletto presso \*\*\*\*\* in Catanzaro, via Milano N. 9;

**contro**

Comune di Catanzaro Sindaco, rappresentato e difeso dagli avv. Santa Durante, \*\*\*\*\*, con domicilio eletto presso \*\*\*\*\* in Catanzaro, via Iannone N.5 Uff.Leg.Comune;

**nei confronti di**

CONTROINTERESSATA Iniziative Ambientali Meridionali S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. \*\*\*\*\*, con domicilio eletto presso \*\*\*\*\* in Soverato, c.so Umberto I, 264/B;

**per l'annullamento**

previa sospensione dell'efficacia,

A) della determinazione dirigenziale del 20.01.2010 del dirigente del servizio n. 9 "gestione del territorio", con cui, nel prendere atto del verbale di gara esperita in data 01.12.2009 (rectius: 30.12.2009), si aggiudicava definitivamente il servizio di gestione e conduzione dell'impianto di depurazione a servizio della fognatura urbana in località Verghello di Catanzaro lido alla CONTROINTERESSATA Iniziative Ambientali Meridionali s.p.a.; B) di tutti gli atti presupposti, preordinati e connessi, tra cui il verbale della gara d'appalto del 30.12.2009 ed il contratto d'appalto stipulato con la suddetta aggiudicataria.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Catanzaro Sindaco e di CONTROINTERESSATA

Iniziative Ambientali Meridionali S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 aprile 2010 il dott. \*\*\*\*\* e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

Con unico motivo di ricorso, la Ricorrente. s.p.a. impugna l'aggiudicazione definitiva del servizio di gestione di un impianto di depurazione a favore della CONTROINTERESSATA s.p.a. per violazione del bando di gara, dell'art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006, eccesso di potere e difetto di motivazione.

Il comune di Catanzaro aveva indetto una gara per l'affidamento di tale servizio, mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Sennonché, all'atto della valutazione delle offerte economiche, la commissione di gara non avrebbe applicato correttamente la formula matematica indicata nel bando di gara, attribuendo alla contro interessata un punteggio più elevato, laddove la corretta applicazione del bando avrebbe visto vincitrice la ricorrente.

Si è costituita in giudizio la contro interessata, eccependo la carenza di legittimazione attiva della ricorrente che ha partecipato alla gara quale capogruppo di un costituendo RTI con SIGE s.p.a.; non avendo ricevuto mandato speciale dalla mandante, non può agire in giudizio per conto del costituendo RTI.

Inoltre, sempre in via preliminare, il ricorso sarebbe da dichiarare inammissibile per indeterminatezza, perché in esso si fa riferimento dapprima ad una gara svoltasi il 1.12.2009, successivamente alla gara svoltasi in data 20.12.2009, oppure il 30.12.2009, per cui non sarebbe chiaro quale sia la gara oggetto del ricorso.

Nel merito, il ricorso sarebbe infondato perché l'interpretazione della formula matematica proposta dalla ricorrente sarebbe insostenibile, dal tenore delle clausole del bando; rilevata l'assurdità della formula indicata nel bando, legittimamente la Commissione avrebbe applicato la formula secondo logica e secondo il criterio di buon andamento dell'Amministrazione.

Si è costituito il Comune intimato, eccependo il difetto di interesse, in quanto l'applicazione letterale della formula avrebbe visto comunque soccombente la ricorrente; inoltre, non sarebbe sostenibile l'interpretazione della formula suggerita nel ricorso che sarebbe, comunque, infondato nel merito, in quanto la commissione, di fronte ad un criterio che avrebbe portato a risultati illogici, per non interrompere un pubblico servizio, bene avrebbe fatto ad intervenire con un correttivo.

Prima di entrare nel merito della controversia, devono essere risolte le questioni preliminari.

È fondata l'eccezione della controinteressata con cui si rileva il difetto di legittimazione processuale del RTI costituendo tra la Ricorrente. e la SIGE, non essendo stato conferito alla Ricorrente. mandato speciale dalla SIGE per impugnare l'aggiudicazione. Il RTI deve, pertanto, essere estromesso dal processo che prosegue, peraltro, per la Ricorrente, avendo tale società impugnato in proprio, oltre che come

mandataria del RTI, gli atti di gara. È pacifica, infatti, in giurisprudenza, la legittimazione processuale autonoma di tutte le imprese che abbiano partecipato ad una gara ad evidenza pubblica in forma di RTI costituendo.

È invece infondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per indeterminatezza. Sebbene la ricorrente sia incorsa in alcuni errori materiali nella stesura del ricorso, è facilmente desumibile dal testo dello stesso e dalle allegazioni difensive che la procedura censurata è quella esperita in data 30.12.2009, di cui all'aggiudicazione n. 39 del 20.1.2010.

È altresì da respingere l'eccezione comunale di carenza di interesse, in quanto la ricorrente propone un'interpretazione del bando di gara che, qualora fondata, determinerebbe a suo favore l'aggiudicazione della gara.

Il Collegio può, quindi, scrutinare il merito della domanda.

Il bando di gara, nel determinare i criteri di valutazione delle offerte, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, disciplinato dall'art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006, stabiliva tre criteri specifici: A. prezzo; B. offerte migliorative; C. servizi svolti negli anni precedenti.

Quanto al prezzo, che è il criterio di cui si controverte, il bando così disponeva: "prezzo punti 45 (punteggio: coefficiente  $CP = R_{max} / R_{iesimo}$ ;  $CP \times 45$ )".

Il criterio è manifestamente irragionevole.

Infatti, va tenuto presente che il bando prescriveva, a pena di esclusione, l'obbligo di inserire nella busta B, una dichiarazione "contenente il ribasso percentuale, espresso in cifra e lettere, offerto sulla base d'appalto".

È, dunque, palese che il ribasso doveva essere indicato in termini percentuali, e non in cifra fissa corrispondente al prezzo offerto, altrimenti l'offerta sarebbe stata da escludere.

Ora, la aritmetica insegna che una percentuale corrisponde ad un numero compreso tra 0 ed 1, laddove, ad esempio, al 15% corrisponde la cifra decimale 0,15 mentre al 30% corrisponde la cifra 0,30.

L'applicazione della formula matematica indicata nel bando condurrebbe al risultato abnorme di attribuire il coefficiente CP uguale ad 1 all'impresa che abbia offerto il massimo ribasso, in quanto la divisione tra ribasso massimo e ribasso offerto, trattandosi di identico numero decimale, darebbe come risultato 1 e, via via coefficienti CP più elevati, in ogni caso maggiori di 1, alle concorrenti che avessero offerto ribassi più contenuti, perché la divisione tra il ribasso massimo e il ribasso offerto, in tutti gli altri casi, avrebbe dato un quoziente superiore ad 1. Il risultato finale sarebbe stato che la migliore offerente avrebbe riportato 45 punti e tutte le altre concorrenti avrebbero riportato un punteggio più elevato, in ogni caso superiore al massimo punteggio fissato dal bando in 45 punti, con il paradossale esito che il punteggio in assoluto più elevato sarebbe stato ottenuto dall'impresa offerente il prezzo più alto, corrispondente al minore ribasso.

Accortasi dell'irragionevolezza del criterio stabilito nel bando, la Commissione ha ritenuto di disapplicarlo, stabilendo un diverso criterio di valutazione, ottenuto invertendo il numeratore della formula con il denominatore. In questo modo, il punteggio più elevato è andato alla concorrente che ha offerto il massimo ribasso, e così la CONTROINTERESSATA si è aggiudicata l'appalto.

È evidente l'illegittimità in cui è in tal modo incorsa la Commissione di gara, non essendo consentito, in



sede di valutazione delle offerte, sostituire il criterio di valutazione imposto dal bando con altro criterio, arbitrario e controinteressante ritenuto più conveniente.

La ricorrente, peraltro, non si limita a censurare tale operato della commissione, ma propone una differente interpretazione della formula matematica.

Secondo le sue deduzioni, la suddetta formula sarebbe da interpretare sostituendo ad  $R_{max}$  il prezzo più basso offerto, anziché il ribasso percentuale, laddove per  $R_{iesimo}$  dovrebbe intendersi il prezzo offerto da ogni singolo concorrente.

Questa interpretazione, che avrebbe consentito alla ricorrente di vincere la gara, è smentita palesemente dal bando di gara, in quanto, come si è già avuto modo di chiarire, il bando prescriveva, a pena di esclusione, l'obbligo di inserire nella busta B, una dichiarazione "contenente il ribasso percentuale, espresso in cifra e lettere, offerto sulla base d'appalto".

È, dunque, palese che il ribasso doveva essere indicato in termini percentuali, e non in cifra fissa corrispondente al prezzo offerto, altrimenti l'offerta sarebbe stata da escludere.

Il ricorso, in conclusione, deve essere accolto nella parte in cui si chiede l'annullamento dell'aggiudicazione per violazione, da parte della Commissione, del bando di gara, all'atto della valutazione delle offerte economiche.

È invece infondato nella parte in cui la ricorrente, anziché trarre le conseguenze della irragionevolezza del criterio fissato dal bando e chiedere, pertanto, l'annullamento del bando stesso e dell'intera procedura, propone un criterio alternativo di valutazione delle offerte, anch'esso palesemente illegittimo, perché contrastante con il bando di gara.

Deve essere, pertanto, rigettata la domanda di parte ricorrente diretta ad ottenere immediatamente l'aggiudicazione della gara secondo il criterio di valutazione delle offerte economiche proposto nel ricorso, subentrando, di conseguenza, come è implicitamente ravvisabile dal contesto del ricorso, nel contratto di appalto già stipulato, sul quale questo Tribunale deve affermare la propria giurisdizione, alla luce dell'ordinanza delle SS.UU. della Cassazione n. 2906 del 2010.

Considerato, peraltro, che l'illegittimità, per irragionevolezza, del bando di gara non è stata dedotta in giudizio, il Collegio non può pronunciare su di essa.

Questo Giudice deve limitarsi, per non violare i limiti della domanda, ad accogliere, nei sensi sopra indicati, il ricorso e, per l'effetto, ad annullare la determinazione dirigenziale di aggiudicazione definitiva alla società CONTROINTERESSATA, nonché il verbale di gara del 30.12.2009, essendo stato accertato che la Commissione di gara, in sede di valutazione delle offerte economiche, non si è attenuta al criterio stabilito nel bando.

Restano impregiudicati, di conseguenza, i poteri dell'Amministrazione per le successive determinazioni che vorrà adottare, valutando, discrezionalmente, l'opportunità di annullare in autotutela il bando di gara che ha dato adito al contenzioso, auspicabilmente per prevenire l'insorgere di ulteriore contenzioso che potrebbe derivare da una nuova aggiudicazione, conforme al criterio di valutazione stabilito dal bando di gara.

Quanto sopra, sempre che sia ancora possibile il rinnovo della procedura di aggiudicazione; l'eventuale avvenuta esecuzione dell'appalto renderebbe impossibile ogni modalità di reintegrazione in forma specifica, residuando per il ricorrente solo la possibilità di proporre domanda di risarcimento per equivalente, purché ne sussistano i presupposti.

Per quanto concerne, infine, la pronuncia sul contratto, ritiene il Collegio di non dichiarare la privazione

degli effetti dello stesso, per i seguenti motivi:

innanzitutto, nel ricorso non è ravvisabile una domanda espressa di subentro nel contratto, essendosi limitata la ricorrente ad impugnare tutti gli atti connessi all'aggiudicazione, tra cui il contratto d'appalto stipulato;

in secondo luogo, seppure fosse ravvisabile una tale domanda implicita di subentro, essa sarebbe da respingere, perché la ricorrente non avrebbe comunque titolo all'aggiudicazione, per le ragioni spiegate in precedenza;

infine, perché la breve durata del servizio, di soli tre mesi, lascia presumere che l'appalto sia in una fase di esecuzione molto avanzata e potrebbe essere stato eseguito completamente alla data di pubblicazione della presente sentenza; appare pertanto inopportuno, in esito al bilancio controinteressato dei contrapposti interessi cui è tenuto il Giudice Amministrativo controinteressato a decidere sull'efficacia di un contratto stipulato in seguito ad una aggiudicazione illegittima, dichiararne la privazione degli effetti.

In conclusione il ricorso deve essere accolto solo in parte e, per l'effetto, deve essere annullata l'aggiudicazione definitiva disposta dal Comune di Catanzaro, a favore dell'impresa controinteressata, con la determinazione dirigenziale n. 39 del 20 gennaio 2010, nonché il verbale di gara del 30.12.2009.

La reciproca soccombenza parziale giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, estromette dal processo il R.T.I. costituendo tra Ricorrente. s.p.a. e \*\*\*\*\* s.p.a. ;

accoglie il ricorso, nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla l'aggiudicazione definitiva disposta dal Comune di Catanzaro a favore dell'impresa controinteressata, con la determinazione dirigenziale n. 39 del 20 gennaio 2010, nonché il verbale di gara del 30.12.2009.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 9 aprile 2010 con l'intervento dei Signori:

\*\*\*\*\* , Presidente

\*\*\*\*\* , Primo Referendario

\*\*\*\*\* , Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/05/2010

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

IL SEGRETARIO

<https://www.diritto.it/per-quanto-concerne-infine-la-pronuncia-sul-contratto-ritiene-il-collegio-di-non-dichiarare-la-privazione-degli-effetti-dello-stesso/>