

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 18/02/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/28950-solamente-evidenti-fattori-distorsivi-o-discriminatori-possono-travalicare-il-legittimo-ambito-della-discrezionalit-riconosciuta-alla-commissione-in-una-appalto-da-affidare-con-il-criterio-dell-o>

Autore: Lazzini Sonia

**Solamente evidenti fattori distorsivi o discriminatori
possono travalicare il legittimo ambito della discrezionalità
riconosciuta alla commissione in una appalto da affidare
con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa**

Tar Lazio, Roma, 21.01.2010 n. 706

Solamente evidenti fattori distorsivi o discriminatori possono travalicare il legittimo ambito della discrezionalità riconosciuta alla commissione in una appalto da affidare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

deve considerarsi il carattere discrezionale della scelta operata dall'Amministrazione nella predisposizione del bando di gara: discrezionalità ampia e sindacabile di conseguenza solo "ab externo", e cioè in presenza di palesi abnormità e irrazionalità (Consiglio di Stato, sez. V, 28 marzo 2008, n. 1332)

1. La ricorrente ATI ha partecipato alla procedura ristretta bandita in data 21 gennaio 2008 dal Comune di Anzio per l'affidamento quinquennale del servizio di nettezza urbana e connessi per un importo a base d'asta di € 24.438.500, da aggiudicarsi sulla base del metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 83 del D. Lgs. n. 163/2006, con riserva di 50 punti al prezzo e 50 punti al progetto tecnico.

Essendosi classificata al terzo posto della graduatoria finale, dopo la vincitrice e la seconda, la medesima ATI impugna in questa sede gli atti di gara facendo valere due motivi in diritto così rubricati:

- 1) violazione e falsa applicazione di legge;
- 2) eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, contraddittorietà e illogicità manifesta, sviamento.

Con successivo atto la ricorrente ha proposto in via subordinata un motivo aggiunto di ricorso, così rubricato:

- 3) violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 4, d. lgs. 163/2006; violazione del principio della par condicio, nonché di trasparenza e concorrenza.

Con il medesimo atto la ricorrente ha chiesto nuovamente la declaratoria della caducazione degli effetti del contratto e la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Con il motivo di gravame, la ricorrente sostiene che la formula adottata dall'Amministrazione vada ritenuta comunque inadeguata rispetto allo scopo, in quanto comporta l'alterazione del rapporto tra le varie offerte economiche e dell'equilibrio tra l'elemento valutativo della qualità tecnica e quello dell'offerta economica (che confluiscono in un unico parametro numerico finale). In particolare, detta formula determinerebbe una sottovalutazione delle altre offerte non proporzionata all'incidenza dei rispettivi ribassi sul prezzo a base d'asta, in tal modo ampliando in maniera squilibrata la "forbice" tra la migliore offerta economica e le altre, e con ciò sopravvalutando l'elemento "prezzo".

Ad avviso del Collegio la tesi della ricorrente, pur pregevolmente argomentata con dovizia di simulazioni numeriche, deve essere disattesa.

Nel caso di specie, le considerazioni di opportunità e adeguatezza prospettate dalla ricorrente non attingono la soglia dell'abnormità e dell'irrazionalità palese, e concernono piuttosto un profilo a carattere gestionale-metodologico non privo di elementi di controvertibilità in ordine al "peso" concreto da conferire alla rilevanza economica dell'offerta nel contesto globale del sistema di cui all'art. 83 del codice degli appalti.

Con la terza censura, prospettata nell'atto recante i motivi aggiunti, parte ricorrente lamenta anzitutto il fatto che la Commissione di gara non si è limitata a prefissare i criteri motivazionali ai quali si sarebbe poi attenuta per attribuire - con riferimento a ciascun criterio già indicato dal bando - il punteggio tra il minimo e il massimo fissati dal medesimo bando, alla stregua dell'art. 83, comma 4, ultima parte, del D. Lgs. n. 163/2006 nel testo anteriore alla novella introdotta con l'art. 1, comma 1, lettera u) del D. Lgs. n. 152/2008; infatti essa ha introdotto ulteriori sub-criteri rispetto a quanto previsto dalla "lex specialis" di gara, con ciò pregiudicando la ricorrente, la quale, se avesse conosciuto tali ulteriori sub-criteri, avrebbe potuto predisporre diversamente l'offerta tecnica.

6.1 La censura è infondata nel merito (il che consente di prescindere dalle eccezioni processuali formulate al riguardo dalle difese del comune e della controinteressata). Il testo dell'art. 83, comma 4, ultimo periodo, del D. Lgs. n. 163/2006, vigente "ratione temporis", così disponeva: "La commissione

giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando”.

Nella specie, la Commissione si è attenuta a questa disposizione, non introducendo sub – criteri ulteriori a quelli previsti dalla “lex specialis” di gara (inclusiva di quanto statuito nel disciplinare), bensì limitandosi a specificare i relativi sub-punteggi: attività, questa, da ritenersi del tutto legittima in funzione garantista in ordine allo svolgimento di una successiva attività valutativa che di fatto comunque rientrava nei poteri della commissione medesima; e ciò in assenza di palesi ed evidenti fattori distorsivi o discriminatori, tali da travalicare il legittimo ambito della discrezionalità riconosciuta al predetto organo collegiale al riguardo (cfr. TAR Lazio, sez. III - bis, 22 maggio 2009, n. 5196).

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 706 del 21 gennaio 2010, emessa dal Tar Lazio, Roma

N. 00706/2010 REG.SEN.

N. 07266/2008 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 7266 del 2008, proposto, con i relativi motivi aggiunti, da:

Soc Ricorrente Srl e Ricorrente due Ambiente s.r.l., in persona dei rispettivi rappresentanti legali, rappresentate e difese dagli Avv. ti Federico Sorrentino e Giuseppe Naccarato, con domicilio eletto presso lo studio degli stessi in Roma, Lungotevere delle Navi, 30,

contro

Comune di Anzio, in persona del Sindaco p.t., costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avv. Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso in Roma, via Antonio Bertoloni, 26/B,

nei confronti di

- AT.I. Soc Controinteressata 2000 Srl e CONTROINTERESSATA DUE srl, in persona del legale rappresentante della mandataria Controinteressata 2000, costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli Avv. ti Federico Massa e Domenico Mastrolia, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via degli Avignonesi, 5;
- Soc Controinteressata tre Servizi Ambientali Spa, in persona del legale rappresentante, non costituitasi in giudizio,

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- degli atti della gara per l'affidamento del servizio di nettezza urbana e connessi per un periodo di cinque anni, indetta con deliberazione di G.C. n. 242 del 18.12.2007 e con D.D. n. 140 del 27.12.2007;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ivi compresi in parte quelle predette delibere, il bando, la lettera d'invito del 18.2.2008, il disciplinare di gara, i verbali di gara, gli atti di aggiudicazione provvisoria e definitiva, con la conseguente declaratoria di nullità e/o invalidità e/o inefficacia del contratto stipulato.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto recante i motivi aggiunti di ricorso;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Anzio;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Soc Controinteressata 2000 srl, in proprio e in qualità di mandataria dell'ATI Controinteressata 2000 srl – CONTROINTERESSATA DUE srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2009 il dott. Francesco Arzillo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente ATI Ricorrente – Ricorrente due Ambiente ha partecipato alla procedura ristretta bandita in data 21 gennaio 2008 dal Comune di Anzio per l'affidamento quinquennale del servizio di nettezza urbana e connessi per un importo a base d'asta di € 24.438.500, da aggiudicarsi sulla base del metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 83 del D. Lgs. n. 163/2006, con riserva di 50 punti al prezzo e 50 punti al progetto tecnico.

Essendosi classificata al terzo posto della graduatoria finale, dopo la vincitrice Controinteressata (prima) e Controinteressata tre servizi ambientali (seconda), la medesima ATI impugna in questa sede gli atti di gara facendo valere due motivi in diritto così rubricati:

- 1) violazione e falsa applicazione di legge;
- 2) eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, contraddittorietà e illogicità manifesta, sviamento.

Con successivo atto la ricorrente ha proposto in via subordinata un motivo aggiunto di ricorso, così rubricato:

- 3) violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 4, d. lgs. 163/2006; violazione del principio della par condicio, nonché di trasparenza e concorrenza.

Con il medesimo atto la ricorrente ha chiesto nuovamente la declaratoria della caducazione degli effetti del contratto e la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Anzio e la Società Controinteressata 2000 srl, in proprio e in qualità di mandataria dell'ATI Controinteressata 2000 srl – CONTROINTERESSATA DUE srl, resistendo al ricorso.

Con ordinanza n. 4147 del 2008 questo Tribunale ha respinto l'istanza cautelare.

Il ricorso è stato chiamato per la discussione all'udienza pubblica del 17 dicembre 2009, e quindi trattenuto in decisione.

2. Va preliminarmente disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso per omessa tempestiva impugnazione della "lex specialis" di gara, formulata dalla difesa della controinteressata.

Infatti, nel caso di specie è evidente che la clausola del disciplinare di gara contestata dalla ricorrente con il ricorso non era immediatamente lesiva, mentre lo è diventata in esito allo svolgimento della procedura.

3. Il ricorso muove dalla considerazione che la mancata vittoria dell'ATI ricorrente dipende non dalla componente dell'offerta relativa alla "qualità tecnica del servizio" (in ordine alla quale la medesima ATI ha conseguito il punteggio più alto), bensì dal minore punteggio ottenuto dalla stessa relativamente all'offerta economica.

Conseguentemente, i due motivi di gravame sono volti a contestare il criterio fissato a questo proposito dal punto 18 del disciplinare di gara:

- "...al concorrente che avrà offerto il ribasso maggiore verrà assegnato il punteggio massimo pari a 50, agli altri concorrenti verrà assegnato il punteggio calcolato secondo la seguente formula: $R_o/R_{max} * 50$

dove:

50 = punteggio massimo dell'elemento;

R_{max} = ribasso massimo offerto;

R_o = ribasso offerto”.

In particolare, la ricorrente ritiene che l'Amministrazione avrebbe dovuto applicare, al posto della formula basata sulla percentuale di ribasso, una diversa formula, basata sul riferimento al prezzo unitario offerto, che avrebbe consentito alla medesima di classificarsi al primo posto anche nella graduatoria relativa all'offerta economica.

4. Con il primo mezzo di impugnazione, la ricorrente sostiene l'illegittimità dell'adozione - da parte dell'Amministrazione - di una formula basata sulla percentuale di ribasso, e a tal fine richiama anzitutto l'art. 83, comma 5, del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, il quale così dispone:

“ Per attuare la ponderazione o comunque attribuire il punteggio a ciascun elemento dell'offerta, le stazioni appaltanti utilizzano metodologie tali da consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa. Dette metodologie sono stabilite dal regolamento, distintamente per lavori, servizi e forniture e, ove occorra, con modalità semplificate per servizi e forniture. Il regolamento, per i servizi, tiene conto di quanto stabilito dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 13 marzo 1999, n. 117 e dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 18 novembre 2005, in quanto compatibili con il presente codice”.

La ricorrente ricorda altresì che, alla stregua della disciplina transitoria contenuta nell'art. 253, comma 13 e nell'art. 256, comma 4, del D. Lgs. n. 163/2006, è ancora applicabile la normativa di cui al richiamato D.P.C.M. n. 117 del 1999 (“Regolamento recante norme per la determinazione degli elementi di valutazione e dei parametri di ponderazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'articolo 23, comma 1, lettera b), del D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157, per l'aggiudicazione degli appalti di servizi di pulizia degli edifici di cui alla categoria 14

della classificazione comune dei prodotti 874, contenuta nell'allegato 1 al D.Lgs. n. 157/1995”), che prevede una determinazione dei fattori ponderali “tenuto conto della necessità di garantire un corretto rapporto prezzo-qualità” (art. 1) e conseguentemente prevede (nell'allegato A richiamato dall'art. 4), la seguente formula:

$$X = P_i * C / P_o$$

Ove:

X = coefficiente totale attribuito al concorrente *iesimo*;

P_i = prezzo più basso;

C = coefficiente (40-60) di cui all'articolo 3, comma 1;

P_o = prezzo offerto.

4.1 La censura è infondata.

E' vero che l'art. 253, comma 13, del D. Lgs. n. 163/2006 dispone che “in relazione all'articolo 83, comma 5, fino all'entrata in vigore del regolamento continuano ad applicarsi il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 13 marzo 1999, n. 117, e il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 18 novembre 2005, recante «affidamento e gestione dei servizi sostitutivi di mensa», nei limiti di compatibilità con il presente codice”.

E tuttavia è decisivo osservare, a questo riguardo, che le disposizioni ivi richiamate non hanno carattere generale, in quanto attengono, da un lato, ai servizi di pulizia degli edifici (D.P.C.M. 117/1999) e dall'altro ai servizi sostitutivi di mensa.

Detto riferimento, poi, attiene testualmente alla continuità di applicazione delle disposizioni in questione nelle more dell'emanazione del nuovo regolamento: continuità la quale - per definizione - non può che riguardare le fattispecie già precedentemente regolate dalle fonti richiamate, e solamente quelle.

D'altra parte, il richiamo ai predetti D.P.C.M., contenuto nel testo dell'art. 83, comma 5, del D. Lgs. n. 163/2006, riguarda la predisposizione della futura

normativa e pone non un obbligo, ma un semplice criterio secondo il quale l'Amministrazione deve "tenere conto", in quella sede, con riferimento ai servizi, "di quanto stabilito dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 13 marzo 1999, n. 117 e dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 18 novembre 2005, in quanto compatibili" con codice degli appalti, senza con ciò anticipare il contenuto concreto della nuova disciplina in ordine ai relativi ambiti e profili di applicazione.

Alla stregua della normativa vigente "ratione temporis", del resto, neppure si riscontrava una lacuna, che avrebbe costituito il necessario presupposto per il ricorso all'integrazione analogica della richiamata disposizione transitoria.

In ultima analisi, l'Amministrazione restava quindi titolare del potere discrezionale di configurare la clausola in questione in sede di "lex specialis" di gara.

5. Con il secondo motivo di gravame, la ricorrente sostiene che la formula adottata dall'Amministrazione vada ritenuta comunque inadeguata rispetto allo scopo, in quanto comporta l'alterazione del rapporto tra le varie offerte economiche e dell'equilibrio tra l'elemento valutativo della qualità tecnica e quello dell'offerta economica (che confluiscono in un unico parametro numerico finale). In particolare, detta formula determinerebbe una sottovalutazione delle altre offerte non proporzionata all'incidenza dei rispettivi ribassi sul prezzo a base d'asta, in tal modo ampliando in maniera squilibrata la "forbice" tra la migliore offerta economica e le altre, e con ciò sopravvalutando l'elemento "prezzo".

5.1 Ad avviso del Collegio la tesi della ricorrente, pur pregevolmente argomentata con dovizia di simulazioni numeriche, deve essere disattesa.

Al riguardo, deve infatti considerarsi il carattere discrezionale della scelta operata dall'Amministrazione nella predisposizione del bando di gara: discrezionalità ampia e sindacabile di conseguenza solo "ab externo", e cioè in presenza di palesi abnormità e irrazionalità (Consiglio di Stato, sez. V, 28 marzo 2008, n. 1332). Nel

caso di specie, le considerazioni di opportunità e adeguatezza prospettate dalla ricorrente non attingono la soglia dell'abnormità e dell'irrazionalità palese, e concernono piuttosto un profilo a carattere gestionale-metodologico non privo di elementi di controvertibilità in ordine al "peso" concreto da conferire alla rilevanza economica dell'offerta nel contesto globale del sistema di cui all'art. 83 del codice degli appalti.

6. Con la terza censura, prospettata nell'atto recante i motivi aggiunti, parte ricorrente lamenta anzitutto il fatto che la Commissione di gara non si è limitata a prefissare i criteri motivazionali ai quali si sarebbe poi attenuta per attribuire - con riferimento a ciascun criterio già indicato dal bando - il punteggio tra il minimo e il massimo fissati dal medesimo bando, alla stregua dell'art. 83, comma 4, ultima parte, del D. Lgs. n. 163/2006 nel testo anteriore alla novella introdotta con l'art. 1, comma 1, lettera u) del D. Lgs. n. 152/2008; infatti essa ha introdotto ulteriori sub-criteri rispetto a quanto previsto dalla "lex specialis" di gara, con ciò pregiudicando la ricorrente, la quale, se avesse conosciuto tali ulteriori sub-criteri, avrebbe potuto predisporre diversamente l'offerta tecnica.

6.1 La censura è infondata nel merito (il che consente di prescindere dalle eccezioni processuali formulate al riguardo dalle difese del comune e della controinteressata). Il testo dell'art. 83, comma 4, ultimo periodo, del D. Lgs. n. 163/2006, vigente "ratione temporis", così disponeva: "La commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando".

Nella specie, la Commissione si è attenuta a questa disposizione, non introducendo sub – criteri ulteriori a quelli previsti dalla "lex specialis" di gara (inclusiva di quanto statuito nel disciplinare), bensì limitandosi a specificare i relativi sub-punteggi: attività, questa, da ritenersi del tutto legittima in funzione garantista in

ordine allo svolgimento di una successiva attività valutativa che di fatto comunque rientrava nei poteri della commissione medesima; e ciò in assenza di palesi ed evidenti fattori distorsivi o discriminatori, tali da travalicare il legittimo ambito della discrezionalità riconosciuta al predetto organo collegiale al riguardo (cfr. TAR Lazio, sez. III - bis, 22 maggio 2009, n. 5196).

7. Da ultimo occorre esaminare un ulteriore profilo di censura, parimenti incluso nel testo del motivo aggiunto in esame. Parte ricorrente lamenta che la fissazione dei sub-criteri (sub-punteggi) in questione sia avvenuta nella seduta del 22 aprile 2008, dopo che - nella precedente seduta del 20 marzo 2008 - era stata aperta la busta n. 1 e dopo che era stata eseguita la verifica a campione del possesso dei requisiti dell'Impresa Sangalli Giancarlo.

7.1 La censura è infondata, in quanto l'essenziale, ai fini della legittimità della procedura, è che detta fissazione sia avvenuta prima dell'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica (nelle sedute del 20 maggio, del 22 maggio e del 27 maggio 2008) e l'offerta economica (nella seduta del 20 giugno 2008).

Infatti, nelle gare indette per l'aggiudicazione di appalti con la Pubblica amministrazione le specificazioni o integrazioni dei criteri di valutazione indicati dal bando o dalla lettera d'invito possono essere stabilite dalle commissioni giudicatrici solo prima dell'apertura delle buste relative alle offerte, atteso che anche la sola possibilità della conoscenza dell'entità dell'offerta economica e delle caratteristiche di quella tecnica mette in pericolo la garanzia dell'imparzialità dell'operato dell'organo valutativo, comportando il rischio che i criteri siano plasmati ed adattati alle offerte in modo che ne sortisca un effetto potenzialmente premiante nei confronti di una di esse (Consiglio di Stato, sez. V, 2 ottobre 2009, n. 6007).

8. Alla stregua delle suesposte considerazioni il ricorso deve essere respinto.

9. Sussistono giusti motivi per compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sez. II – bis, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Eduardo Pugliese, Presidente

Solveig Cogliani, Consigliere

Francesco Arzillo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/01/2010

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

IL SEGRETARIO