

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 25/03/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29171-costituisce-regola-inderogabile-posta-a-tutela-della-par-condicio-dei-concorrenti-quella-secondo-cui-la-commissione-di-una-gara-di-appalto-non-pu-modificare-o-specificare-i-criteri-anche-discrezi>

Autore: Lazzini Sonia

Costituisce regola inderogabile, posta a tutela della par condicio dei concorrenti, quella secondo cui la Commissione di una gara di appalto non può modificare o specificare i criteri, anche discrezionali, fissati dal bando, introducendo ex post ulteriori

Tar Lazio, Roma, 24.02.2010 n. 3009_BIS-1

Costituisce regola inderogabile, posta a tutela della par condicio dei concorrenti, quella secondo cui la Commissione di una gara di appalto non può modificare o specificare i criteri, anche discrezionali, fissati dal bando, introducendo ex post ulteriori criteri selettivi o di valutazione delle offerte non previamente fissati (cfr. in proposito di recente Cons. Stato VI 23.7.2009 n. 4628).

Va invece rigettata la domanda di risarcimento del danno.

La censura ritenuta meritevole di accoglimento, infatti, rimanda ad un interesse strumentale della ricorrente alla rinnovazione integrale della gara, avendo riguardo ad un vizio di legittimità della procedura che ne inficia tutta la validità: non sussiste dunque un danno risarcibile connesso alla mancata aggiudicazione alla ricorrente quale seconda classificata.

Il divieto riguarda non soltanto l'introduzione di nuovi criteri selettivi dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte, ma anche la specificazione dei criteri di valutazione delle offerte, e dell'attribuzione dei punteggi, rispetto a quanto previsto con il bando o la lettera di invito, dopo la formazione delle offerte, sebbene prima dell'apertura delle buste, quando si venga così ad introdurre, da parte della Commissione, elementi e profili di rilevanza che avrebbero potuto condurre ad una diversa formulazione delle offerte se precedentemente resi conoscibili a tutti i partecipanti.

In altri termini, quando la Commissione di gara, sia pure precedentemente all'apertura delle buste contenenti le offerte, non si limita a fissare meri criteri motivazionali per l'attribuzione di punteggi già determinati nella lex specialis, ma integra i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa già indicati nel bando o nella lettera di invito, introducendo specificazioni delle prestazioni richieste e diversa graduazione della rilevanza attribuita a ciascuna delle voci di offerta, si determina evidentemente una violazione del principio di parità di condizioni fra i partecipanti e di trasparenza nella determinazione delle regole della procedura. Proprio in questa logica, del resto, con il terzo correttivo al codice degli appalti (d. lgs. 11.9.2008 n. 152) è stato novellato il contenuto dell'art. 83 il quale ora prescrive l'obbligo che ciascun criterio di valutazione delle offerte, ivi compresi se necessari i sub criteri, i sub pesi ed i sub punteggi, siano previsti già in seno alla lex specialis della gara. La rispondenza dei principi richiamati alle regole comunitarie della trasparenza e della parità di concorrenza dei partecipanti è stata ripetutamente ribadita dalla Corte di Giustizia (si vedano in proposito soprattutto le sentenze 24.11.2005 C-331/04; 24.1.2008 C-532/06; 1.8.2006 C-179-2).

Ciò chiarito, il Collegio rileva in primo luogo, in punto di fatto, che con la griglia di valutazione introdotta dalla Commissione di gara nella seduta del 6 luglio ed allegata al verbale, sono state introdotte vere e proprie specificazioni delle modalità di prestazione del servizio, con relativa graduazione del punteggio, con attribuzione di rilevanza, ai fini della valutazione delle offerte, ad

elementi che, se tempestivamente conosciuti dai partecipanti, avrebbero potuto condurre ad una diversa formulazione delle offerte.

Per esempio con riferimento alla voce, prevista nella lettera di invito, relativa al Piano organizzativo, per la quale era prevista l'attribuzione di un punteggio da 1 a 35 punti, con la griglia indicata sono state introdotte ben cinque sub voci, ognuna con un punteggio attribuibile da 1 a 7 punti: articolazione orari e calendario apertura al pubblico; modalità di utilizzo degli spazi; elenco del personale che si intende utilizzare e relativi curricula; modalità di interazione con le famiglie e servizi socio educativi del territorio; interventi per garantire la frequenza ai diversamente abili e socialmente svantaggiati.

Simile determinazione della Commissione, sebbene precedente all'apertura delle buste contenenti le offerte, è illegittima perché in contrasto con i principi comunitari e nazionali di trasparenza e par condicio dei partecipanti alla procedura.

In proposito, a parere del Collegio, poi, nessun rilievo può assumere la circostanza che, trattandosi di appalto avente ad oggetto servizi ricreativi e culturali, di cui all'allegato II B del codice degli appalti, in virtù del disposto di cui all'art. 20, sarebbero non applicabili le norme del codice diverse da quelle ivi espressamente indicate e , quindi, anche la norma di cui all'art. 83 co. 4.

Ai sensi dell'art. 27 infatti le stazioni appaltanti sono sempre tenute – quindi anche nel caso di appalti aventi ad oggetto servizi c.d. esclusi – al rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità.

Lo spirito della normazione comunitaria su principi fondamentali non può quindi trovare deroghe, come ribadito non a caso nella Comunicazione della Commissione CE del 1° agosto 2006, pubblicata sulla G.U.C.E. del 1 agosto 2006, C 179/2, relativa proprio alle modalità di aggiudicazione dei contratti esclusi – o *ratione materiae* o in ragione dell'importo – dal campo di applicazione della Direttiva 18/2004. La Commissione, in sostanza, ha ribadito che anche gli appalti esclusi debbono essere aggiudicati nel rispetto di alcuni principi fondamentali, fra i quali proprio i principi di trasparenza e parità di trattamento (si veda anche, Tar Veneto I, 3926/07).

Appare quindi fondato il primo motivo di ricorso nella parte in cui si lamenta la violazione dei richiamati principi, con conseguente illegittimità di tutti gli atti impugnati.

Il ricorso va quindi accolto, previo assorbimento degli ulteriori profili di censura, con annullamento degli atti oggetto di gravame.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 3009 del 24 febbraio 2010 emessa dal Tar Lazio, Roma

N. 03009/2010 REG.SEN.

N. 09538/2009 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)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 9538 del 2009, proposto da: Associazione Culturale Ricorrente, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Pucci, con domicilio eletto presso lo studio di questi in Roma, v.le G. Mazzini, 114/B;

contro

Comune di Roma, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Umberto Garofoli, domiciliato presso l'Avvocatura dell'Ente in Roma, via Tempio di Giove, 21;

nei confronti di

Soc Coop Onlus Controinteressata, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- del bando di gara pubblicato in data 04.05.2009, degli atti della Commissione Aggiudicatrice e dell'aggiudicazione provvisoria proclamata nella seduta della Commissione Aggiudicatrice del 31.07.2009, verbale n. 5;
- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Roma;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2010 il dott. Giampiero Lo Presti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con avviso pubblicato in data 4 maggio 2009 il Comune di Roma promuoveva una procedura negoziale qualificata da avviso pubblico per la selezione di un soggetto cui affidare l'appalto per la gestione del servizio di ludoteca nei locali di proprietà comunale siti in via dell'Archeologia 2/a, individuando come criterio di aggiudicazione quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La gara, previa approvazione nella prima seduta del 6 luglio 2009 di una griglia per la valutazione dei progetti presentati e l'attribuzione dei relativi punteggi, veniva aggiudicata alla società oggi contro interessata che conseguiva il punteggio maggiore, seguita dalla ricorrente, seconda classificata.

Con il ricorso si lamenta l'illegittimità degli atti impugnati per violazione dell'art. 83 co. 4 del codice degli appalti, dell'art. 53 della direttiva 2004/18/CE, dei principi di non discriminazione, trasparenza, imparzialità e parità di trattamento, oltre che di buon andamento ex art. 97 Cost.

Assume in particolare la ricorrente l'illegittimità della fissazione, successivamente alla presentazione delle offerte, sebbene prima dell'apertura delle buste, di nuovi criteri di valutazione delle offerte e attribuzione dei punteggi attraverso la griglia di valutazione introdotta dalla commissione nella seduta del 6 luglio 2009, diversi ed ulteriori rispetto a quelli fissati con il bando di gara.

In via subordinata la ricorrente lamenta poi l'irragionevolezza e la contraddittorietà dei sub criteri di valutazione introdotti dalla Commissione sotto svariati profili.

Si è costituito in giudizio il Comune di Roma il quale ha dedotto l'infondatezza di tutte le censure, facendo rilevare, in particolare, l'inapplicabilità all'appalto de quo del disposto di cui all'art. 83 cit. del codice degli appalti, in quanto appalto avente ad oggetto servizi ricreativi e culturali, soggetti alla disciplina di cui all'art. 20 del codice stesso.

Alla pubblica udienza del giorno 13 gennaio 2010 la causa è stata trattenuta per la decisione nel merito.

DIRITTO

Preliminarmente il Collegio osserva che non è stato allegato dal Comune di Roma l'eventuale intervento di aggiudicazione definitiva, la cui mancata impugnazione nei termini di rito avrebbe reso il ricorso improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Risulta peraltro in maniera oggettiva, dagli atti di causa, che nessun provvedimento di aggiudicazione definitiva è stato comunicato alla odierna ricorrente; e costituisce principio giurisprudenziale pacifico, che trova conferma nel disposto di cui all'art. 79 del codice dei contratti, quello secondo cui la conoscenza del provvedimento di aggiudicazione definitiva non può essere ricondotta alla data di pubblicazione dello stesso, sussistendo un onere per le stazioni appaltante, anche ai fini della decorrenza dei termini per l'impugnazione, di portare gli esiti delle procedure di gara a conoscenza dei concorrenti per mezzo di apposite comunicazioni individuali (cfr. fra le altre Cons. Stato VI, 25.1.2008 n. 213).

Ne consegue la procedibilità del gravame, non essendo stata fornita prova alcuna della comunicazione individuale alla ricorrente dell'eventuale adozione di un provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Nel merito il ricorso è fondato e meritevole di accoglimento.

Costituisce regola inderogabile, posta a tutela della par condicio dei concorrenti, quella secondo cui la Commissione di una gara di appalto non può modificare o specificare i criteri, anche discrezionali, fissati dal bando, introducendo ex post ulteriori criteri selettivi o di valutazione delle offerte non previamente fissati (cfr. in proposito di recente Cons. Stato VI 23.7.2009 n. 4628).

Il divieto riguarda non soltanto l'introduzione di nuovi criteri selettivi dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte, ma anche la specificazione dei criteri di valutazione delle offerte, e dell'attribuzione dei punteggi, rispetto a quanto previsto con il bando o la lettera di invito, dopo la formazione delle offerte,

sebbene prima dell'apertura delle buste, quando si venga così ad introdurre, da parte della Commissione, elementi e profili di rilevanza che avrebbero potuto condurre ad una diversa formulazione delle offerte se precedentemente resi conoscibili a tutti i partecipanti.

In altri termini, quando la Commissione di gara, sia pure precedentemente all'apertura delle buste contenenti le offerte, non si limita a fissare meri criteri motivazionali per l'attribuzione di punteggi già determinati nella *lex specialis*, ma integra i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa già indicati nel bando o nella lettera di invito, introducendo specificazioni delle prestazioni richieste e diversa graduazione della rilevanza attribuita a ciascuna delle voci di offerta, si determina evidentemente una violazione del principio di parità di condizioni fra i partecipanti e di trasparenza nella determinazione delle regole della procedura.

Proprio in questa logica, del resto, con il terzo correttivo al codice degli appalti (d. lgs. 11.9.2008 n. 152) è stato novellato il contenuto dell'art. 83 il quale ora prescrive l'obbligo che ciascun criterio di valutazione delle offerte, ivi compresi se necessari i sub criteri, i sub pesi ed i sub punteggi, siano previsti già in seno alla *lex specialis* della gara.

La rispondenza dei principi richiamati alle regole comunitarie della trasparenza e della parità di concorrenza dei partecipanti è stata ripetutamente ribadita dalla Corte di Giustizia (si vedano in proposito soprattutto le sentenze 24.11.2005 C-331/04; 24.1.2008 C-532/06; 1.8.2006 C-179-2).

Ciò chiarito, il Collegio rileva in primo luogo, in punto di fatto, che con la griglia di valutazione introdotta dalla Commissione di gara nella seduta del 6 luglio ed allegata al verbale, sono state introdotte vere e proprie specificazioni delle modalità di prestazione del servizio, con relativa graduazione del punteggio, con attribuzione di rilevanza, ai fini della valutazione delle offerte, ad elementi che, se

tempestivamente conosciuti dai partecipanti, avrebbero potuto condurre ad una diversa formulazione delle offerte.

Per esempio con riferimento alla voce, prevista nella lettera di invito, relativa al Piano organizzativo, per la quale era prevista l'attribuzione di un punteggio da 1 a 35 punti, con la griglia indicata sono state introdotte ben cinque sub voci, ognuna con un punteggio attribuibile da 1 a 7 punti: articolazione orari e calendario apertura al pubblico; modalità di utilizzo degli spazi; elenco del personale che si intende utilizzare e relativi curricula; modalità di interazione con le famiglie e servizi socio educativi del territorio; interventi per garantire la frequenza ai diversamente abili e socialmente svantaggiati.

Simile determinazione della Commissione, sebbene precedente all'apertura delle buste contenenti le offerte, è illegittima perché in contrasto con i principi comunitari e nazionali di trasparenza e par condicio dei partecipanti alla procedura. In proposito, a parere del Collegio, poi, nessun rilievo può assumere la circostanza che, trattandosi di appalto avente ad oggetto servizi ricreativi e culturali, di cui all'allegato II B del codice degli appalti, in virtù del disposto di cui all'art. 20, sarebbero non applicabili le norme del codice diverse da quelle ivi espressamente indicate e , quindi, anche la norma di cui all'art. 83 co. 4.

Ai sensi dell'art. 27 infatti le stazioni appaltanti sono sempre tenute – quindi anche nel caso di appalti aventi ad oggetto servizi c.d. esclusi – al rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità.

Lo spirito della normazione comunitaria su principi fondamentali non può quindi trovare deroghe, come ribadito non a caso nella Comunicazione della Commissione CE del 1° agosto 2006, pubblicata sulla G.U.C.E. del 1 agosto 2006, C 179/2, relativa proprio alle modalità di aggiudicazione dei contratti esclusi – o *ratione materiae* o in ragione dell'importo – dal campo di applicazione della Direttiva

18/2004. La Commissione, in sostanza, ha ribadito che anche gli appalti esclusi debbono essere aggiudicati nel rispetto di alcuni principi fondamentali, fra i quali proprio i principi di trasparenza e parità di trattamento (si veda anche, Tar Veneto I, 3926/07).

Appare quindi fondato il primo motivo di ricorso nella parte in cui si lamenta la violazione dei richiamati principi, con conseguente illegittimità di tutti gli atti impugnati.

Il ricorso va quindi accolto, previo assorbimento degli ulteriori profili di censura, con annullamento degli atti oggetto di gravame.

Va invece rigettata la domanda di risarcimento del danno.

La censura ritenuta meritevole di accoglimento, infatti, rimanda ad un interesse strumentale della ricorrente alla rinnovazione integrale della gara, avendo riguardo ad un vizio di legittimità della procedura che ne inficia tutta la validità: non sussiste dunque un danno risarcibile connesso alla mancata aggiudicazione alla ricorrente quale seconda classificata.

Sussistono giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese, anche in ragione della novità della questione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sezione seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 9538/2009 R.G., lo accoglie e , per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Luigi Tosti, Presidente

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Giampiero Lo Presti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/02/2010

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

IL SEGRETARIO