

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 20/05/2010

All'indirizzo <http://censura.diritto.it/docs/29518-mentre-le-qualit-soggettive-sono-normalmente-finalizzate-a-verificare-le-condizioni-di-partecipazione-alla-gara-la-scelta-della-migliore-offerta-deve-avvenire-in-funzione-delle-caratteristiche-og>

Autore: Lazzini Sonia

Mentre le qualità soggettive sono normalmente finalizzate a verificare le condizioni di partecipazione alla gara, la scelta della migliore offerta deve avvenire in funzione delle caratteristiche oggettive dell'offerta stessa (art. 23 1° comma, d.lgs. 157/

Mentre le qualità soggettive sono normalmente finalizzate a verificare le condizioni di partecipazione alla gara, la scelta della migliore offerta deve avvenire in funzione delle caratteristiche oggettive dell'offerta stessa (art. 23 1° comma, d.lgs. 157/95, ed ora art. 83 d.lgs.163/2006).

L'aggiudicazione degli appalti deve infatti avvenire in base a criteri oggettivi ed attraverso modalità tali da garantire il rispetto dei principi di non discriminazione e parità di trattamento, con il relativo corollario della trasparenza, onde assicurare a tutti gli operatori parità di accesso alle procedure di affidamento e valutazione delle relative offerte in situazione di effettiva concorrenza.

Ove poi le stazioni appaltanti stabiliscano di aggiudicare la gara all'offerta economicamente più vantaggiosa, le stesse scelgono di valutare non solo l'elemento meramente economico delle offerte, ma anche una pluralità di altri fattori, di carattere comunque qualitativo (cfr. Corte di Giustizia CE, sentenza 26 settembre 2000, causa C-225/98, Commissione c. Francia; Corte di Giustizia CE, 4 dicembre 2003, C-448/01, Pevn AG, Wienstrom GmbH c. Repubblica Austriaca, ex pluris), al fine di individuare il miglior rapporto qualità/prezzo (cfr. Cons. di Stato, Sez.VI, 192/2001).

Tali elementi devono, invero, essere collegati e pertinenti all'oggetto dell'affidamento, non devono riguardare i requisiti di selezione dei concorrenti, non devono conferire all'Amministrazione un potere incondizionato di scelta, devono essere espressamente menzionati nel bando od avviso di gara unitamente ai relativi pesi e devono rispettare i principi di derivazione del trattato finalizzati ad assicurare una concorrenza effettiva tra gli operatori economici.

Nell'ambito degli elementi utilizzabili nell'offerta economicamente più vantaggiosa, i criteri di idoneità (requisiti di qualificazione) dell'operatore economico non possono invece essere presi in considerazione dall'Amministrazione, dovendo gli stessi rimanere ben distinti, sia concettualmente che nel concreto esperimento delle procedure di affidamento, dai criteri di selezione del contraente; dai quali resta dunque esclusa ogni considerazione relativa a chi fornisce la prestazione, il che ha fatto sinteticamente concludere che i criteri dell'assegnazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa riguardano "il prodotto" e non il "produttore", la qualità "del lavoro" e non quella "dell'imprenditore dei lavori" (cfr. Cons. di Stato, Sez.V, n.1753/2006; TAR Puglia, Lecce, sez.II, n.1981/2006, ex pluris).

I criteri di aggiudicazione devono, infatti, essere riferiti direttamente ed esclusivamente all'offerta della prestazione oggetto dell'appalto, non già alla qualificazione e capacità degli offerenti, posto che, mentre i requisiti economico-finanziari e tecnico organizzativi, prescritti dalla stazione appaltante per individuare i concorrenti ammessi alle gare, hanno la funzione di fissare una soglia minima di affidabilità del potenziale aggiudicatario, una volta riconosciuta l'astratta idoneità dei concorrenti, questi devono essere posti in una posizione di assoluta parità ed il contratto deve essere affidato al soggetto che presenti l'offerta oggettivamente migliore (cfr. Cons. di Stato, sez.V, n.1753/2006).

Come precisato dalla giurisprudenza, invero, l'idoneità tecnica ed il merito tecnico sono due concetti ben distinti, riferendosi, l'uno, alla valutazione dei requisiti soggettivi del partecipanti alla procedura selettiva e l'altro alla valutazione dell'offerta dal medesimo concretamente presentata; negli appalti indetti con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tale distinzione risponde alla precisa esigenza logica di evitare che le forniture ed i servizi siano aggiudicati – a parità di offerta progettuale – a favore di chi possa vantare una prolungata esperienza nel settore od una dimensione organizzativa più sviluppata, in maniera tale che il concorrente con maggiore capacità tecnica possa ingiustamente avvantaggiarsi, nel giudizio che investe le componenti oggettive dell'offerta, di elementi pregressi assolutamente estranei a quest'ultima e tali tuttavia da assumere un peso decisivo ai fini del risultato finale (cfr. TAR Lombardia, Brescia, n.392/2006).

Tali parametri, con evidenza, non premiano in alcun modo la qualità tecnica dell'offerta in sé, ma le caratteristiche soggettive dei partecipanti, finendo per privilegiare le aziende più forti sul mercato di riferimento e confinando in posizione di subalternità le imprese di minori dimensioni, costrette a subire, già prima della gara, in relazione ai parametri in questione, un distacco difficilmente compensabile con i

punteggi conseguibili per gli altri criteri di giudizio, con conseguente lesione dell'interesse a partecipare al confronto concorrenziale su un piano di sostanziale parità e dello stesso interesse pubblico a selezionare l'offerta migliore, posto che il criterio del merito tecnico finisce per essere subordinato alla considerazione dell'ampiezza del fatturato pregresso o delle dimensioni aziendali.

A cura di Sonia LAzzini

RIPORTIAMO QUI DI SEGUITO LA SENTENZA NUMERO 362 DEL 15 APRILE 2010
PRONUNCIATA DAL TAR ABRUZZO, AQUILA

N. 00362/2010 REG.SEN.
N. 00447/2006 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 l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 447 del 2006, proposto da:
Consorzio Ricorrente, rappresentato e difeso dall'avv. Federico Liccardo, con
domicilio eletto presso TAR Segreteria in L'Aquila, via Salaria Antica Est;

contro

Comune di Tortoreto, rappresentato e difeso dall'avv. Teresa Felicetti, con
domicilio eletto presso TAR Segreteria in L'Aquila, via Salaria Antica Est;

nei confronti di

CONTROINTERESSATO Controinteressato Stradale S.r.l., rappresentato e
difeso dall'avv. Fabrizio Giovagnoni, con domicilio eletto presso TAR Segreteria in
L'Aquila, via Salaria Antica Est;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

del bando di gara per l'affidamento del servizio per la gestione di parcheggi sul territorio comunale a pagamento e senza custodia; dell'art. 4 del Capitolato speciale di appalto nel quale sono specificati i criteri per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa; dei verbali della Commissione di gara nei quali sono state valutate le offerte; del provvedimento di aggiudicazione provvisoria; del provvedimento di aggiudicazione definitiva; di ogni altro atto preordinato, conseguente o concesso ai precedenti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Tortoreto e di CONTROINTERESSATO Controinteressato Stradale S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 marzo 2010 il dott. Maria Abbruzzese e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in epigrafe individuato, il Consorzio ricorrente ha impugnato il bando di gara per l'affidamento del servizio per la gestione di parcheggi sul territorio del comune di Tortoreto e gli atti con i quali la gara è stata infine aggiudicata alla società controinteressata, formulando altresì istanza di risarcimento dei danni.

Deduce la ricorrente che, con bando 7.6.2006, il Comune di Tortoreto ebbe ad indire una gara al pubblico incanto per l'affidamento del servizio per la gestione di parcheggi sul territorio comunale a pagamento e senza custodia secondo la

disciplina del d.lgs. 157/95, da aggiudicarsi con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa; di aver presentato la propria offerta a termini del bando, pur invitando la stazione appaltante, con distinta nota inoltrata al Comune, a modificare, nell'esercizio del potere di autotutela, i criteri determinati per l'individuazione dell'offerta più vantaggiosa, ritenuti illegittimi, illogici ed irrazionali, e rappresentando il mancato rispetto dei termini di legge per le procedure di gara da aggiudicarsi secondo il sistema del pubblico incanto; il Comune, senza riscontrare la nota, procedeva tuttavia all'espletamento della gara, aggiudicandola, dapprima provvisoriamente e poi in via definitiva, alla CONTROINTERESSATO Controinteressato Stradale s.r.l.; il Comune non riscontrava neppure la successiva istanza di accesso prodotta.

Da qui il ricorso che deduce:

- 1) Violazione degli artt. 9 e 8 del d.lgs. 157/95; eccesso di potere; sviamento; violazione del principio del giusto procedimento e del principio di massima partecipazione alle gare: il termine fissato dalla stazione appaltante per la ricezione delle offerte da parte dei concorrenti, pari a soli 10 giorni, risulta inferiore a quello previsto dall'art. 9 del D.lgs. 157/95, in violazione dei principi di corretto svolgimento della gara e della massima partecipazione alla stessa;
- 2) Violazione degli artt. 4 e 8 del d.lgs. 157/95 e dell'art. 3 della L. 241/90. Motivazione mancante: il bando di gara non è stato adottato in conformità a quanto previsto nell'allegato 4 del d.lgs. 157/95, non risultando la data del suo invio e della conseguente ricezione da parte dell'ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee; i tempi ristretti in cui si è articolata la procedura non sono giustificati dalla natura dell'appalto; nel bando non è indicato, neppure in via presuntiva, l'importo dell'appalto, rinviandosi, per la sua determinazione, alla percentuale sui corrispettivi definita in sede di aggiudicazione della gara, neppure risultando il costo orario del parcheggio da porre a carico degli utenti deliberato dal

Comune; del tutto illegittima è dunque la determinazione dell'importo della cauzione provvisoria prevista nell'importo di euro 5.000, 00, che non corrisponde al 2°% del valore dell'appalto;

3) Violazione dell'art. 23 del d.lgs. 157/95; eccesso di potere per presupposto erroneo, travisamento dei fatti, sviamento, manifesta irragionevolezza, disparità di trattamento; violazione degli artt. 13 e 14 del d.lgs. 157/95: è illegittima ed irragionevole la determinazione dei criteri per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa che consistono nella valutazione: 1) della proposta economica di gestione complessiva del calcolo dei corrispettivi a favore del concedente, cui viene assegnato un coefficiente di 40/100; 2) nella valutazione del fatturato d'impresa per servizi identici negli ultimi tre esercizi finanziari (cui viene assegnato un coefficiente di 10/100); 3) nel numero di attestazioni di gradimento di comuni superiori a 10.000 abitanti in cui il concorrente abbia prestato servizi identici negli ultimi tre esercizi finanziari (cui viene assegnato un coefficiente di 30/1000); 4) nel programma cronologico di esecuzione e termine di ultimazione coincidente con l'attivazione del servizio nel tempo massimo di esecuzione entro il 30/6/2006 (cui viene assegnato un coefficiente di 20/100); in sostanza i criteri utilizzati non sono riferiti solo alle caratteristiche della prestazione ma anche (nella complessiva percentuale del 40%) a qualità soggettive dell'offerente senza alcun collegamento significativo con la qualità oggettiva dell'offerta e dunque in contrasto con i principi ispiratori della normativa comunitaria e di settore.

Concludeva per l'accoglimento del ricorso e dell'istanza cautelare, con espressa formulazione di istanza di risarcimento dei danni derivanti dalla perdita di chance conseguente alla mancata acquisizione dell'appalto.

Si costituivano il Comune di Tortoreto e la controinteressata CONTROINTERESSATO chiedendo rigettarsi il ricorso e l'istanza cautelare, stante la piena legittimità degli atti impugnati.

L'istanza cautelare veniva respinta dall'adito TAR.

Le parti depositavano memorie e documentazione.

All'esito della pubblica udienza del 24 marzo 2010 il Collegio riservava la decisione in camera di consiglio.

DIRITTO

I. Il Comune di Tortoreto ebbe ad indire un appalto per l'affidamento del servizio di gestione di parcheggi sul territorio comunale a pagamento e senza custodia per il periodo 30 giugno 2006-10 settembre 2006.

L'ammontare dell'appalto era indicato pari alla "percentuale sui corrispettivi definita in sede di aggiudicazione di gara" (cfr. bando di gara, Capo 1, lett f) e l'aggiudicazione assegnata all'impresa che avrebbe proposto l'offerta economicamente più vantaggiosa determinata in base ai seguenti elementi: a) proposta economica di gestione complessiva del calcolo dei corrispettivi a favore del concedente (coefficiente 40/100)...b) valutazione del fatturato (introito lordo della gestione complessiva della percentuale a favore del committente) d'impresa per servizi identici (gestione di aree di sosta a pagamento con parcometri) negli ultimi tre esercizi 2003/2005...c) numero di attestazioni di gradimento di comuni superiori a 10.000 abitanti in cui il concorrente ha prestato servizi identici negli ultimi tre esercizi 2003/2005 (coefficiente 30/010)...d) programma cronologico di esecuzione e termine di ultimazione coincidente con l'attivazione del servizio (coefficiente 10/100 - tempo massimo di esecuzione entro il 30 giugno 2006) (cfr. bando di gara, Capo 1, lett.g).

Il bando reca la data del 7 giugno 2006 mentre il termine per la presentazione delle offerte veniva fissato “entro le ore 12,00 del 17.6.2006” (cfr. bando di gara, capo 1, lett h).

Pur esprimendo le più ampie riserve (cfr. nota del 16 giugno 2006, in produzione di parte ricorrente), la ricorrente ha partecipato alla gara, aggiudicata infine alla CONTROINTERESSATO s.r.l. controinteressata.

II. Con il primo motivo di ricorso, il consorzio ricorrente deduce l'illegittimità del bando di gara nella parte in cui ha fissato un termine per la partecipazione di soli dieci giorni, notevolmente inferiore a quello previsto nel d.lgs. 157/1995.

II.1) Osserva in proposito il Collegio che il ricorrente ha nondimeno partecipato alla gara, espressamente indetta “in via d'urgenza attesa la necessità di attivare il servizio legato alla stagione estiva nei termini fissati dal capitolato” (cfr. deliberazione di G.C. n.147/2006), e non ha dedotto che la pretesa violazione avrebbe inciso negativamente nella presentazione dell'offerta.

II.2) Orbene, è noto che “l'azione giurisdizionale amministrativa è data per la tutela non tanto dell'interesse oggettivo della legittimità degli atti amministrativi, bensì delle situazioni giuridiche soggettive incise dal provvedimento amministrativo del quale si deduce l'illegittimità; pertanto, l'interesse a ricorrere sussiste in relazione alla compresenza dei tre fattori costituiti dall'interesse legittimo - cioè dalla titolarità di una posizione sostanziale e personale, tale da differenziare il soggetto agente dalla generalità dei consociati -, dalla lesione diretta, immediata e attuale concretamente subita, e dal vantaggio sperato, ricavabile dalla chiesta rimozione giurisdizionale dell'atto impugnato” (cfr., ex pluris, Cons di Stato, Ad. Pl. 29.1.2003, n.1).

II.3) Alla stregua di quanto precede, il motivo si appalesa, dunque, inammissibile, non avendo la ricorrente subito alcuna lesione dal mancato rispetto dei termini, né

avendo alcun rilievo sulla sua posizione soggettiva l'eventuale richiesto annullamento del bando di gara in parte de qua.

III. Con il secondo motivo, il Consorzio deduce l'ulteriore illegittimità del bando nella parte in cui, dallo stesso, non risultano le formalità di pubblicazione nella GUCE e nella parte in cui non indicherebbe l'ammontare dell'appalto, che non sarebbe definibile neppure per relationem, con riflessi anche sul previsto ammontare della cauzione provvisoria.

III.1) In proposito, non può che reiterarsi quanto sopra detto in ordine alla carenza di interesse alla proposizione della censura nel suo complesso, non potendosi revocare in dubbio che, nonostante il mancato rispetto delle pretese formalità, la ricorrente abbia ugualmente proposto, tempestivamente e compiutamente, la propria offerta.

III.2) Peraltro, l'Amministrazione resistente ha dimostrato che l'importo dell'appalto è inferiore alla soglia comunitaria; infatti, l'entrata riscossa dal Comune pari all'importo percentuale offerto dall'impresa aggiudicataria, è stata pari ad euro 34.017,51, il che comporta la non assoggettabilità della gara alle invocate disposizioni del D.lgs. 157/1995, richiamato nel bando solo in relazione alle norme di "procedura e criterio di aggiudicazione".

III.3) Va inoltre precisato, in punto di fatto, che l'importo della gara, indetta secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, valutata essenzialmente con riferimento alla percentuale offerta sui corrispettivi riscossi dall'utenza, non poteva che essere determinato per relationem, e cioè appunto sulla base del calcolo dei presunti introiti stimati alla stregua delle tariffe orarie e delle zone dei parcheggi, così come determinate dall'Amministrazione (nella specie con la delibera n.147 del 2006, in produzione di parte resistente).

III.4) Il motivo è dunque, nel complesso, infondato.

IV. Con il terzo motivo, il Consorzio ricorrente deduce la complessiva irragionevolezza della determinazione dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sul rilievo che, in percentuale significativa (per il 40%), sarebbero state premiate le imprese più grandi ed economicamente privilegiate, senza alcun riferimento alla qualità oggettiva dell'offerta.

IV.1) In proposito la difesa dell'Amministrazione resistente ha opposto che la giurisprudenza non esclude la possibilità di dare rilievo, ai fini della valutazione tecnica delle offerte, anche ad elementi ed a qualità soggettive dei concorrenti, purché a tali elementi non venga attribuito un peso sproporzionato ed irragionevole; evenienza che non ricorrerebbe, tenuto anche conto della circostanza che, nel caso in esame, l'Amministrazione, non avendo verificato in via preliminare i requisiti di partecipazione alla gara, proprio attraverso la determinazione dei criteri relativi al fatturato ed alle referenze abbia in realtà inteso cautelarsi in ordine all'affidamento del servizio; inoltre, le richieste attestazioni di gradimento costituirebbero senz'altro, ex se, una prova diretta della qualità dei servizi prestati e dunque realizzerebbero un diretto collegamento funzionale proprio con le prestazioni richieste in appalto.

IV.2) Va anzitutto rilevato in punto di fatto che, effettivamente, l'aggiudicazione in favore della controinteressata CONTROINTERESSATO è stata determinata dalla favorevole valutazione dei criteri relativi alle qualità soggettive (fatturato d'impresa negli ultimi tre esercizi e numero di attestazioni di gradimento di altri Comuni), relativamente ai quali la controinteressata ha per entrambi conseguito il punteggio massimo (10 e 30), acquisendo un vantaggio non più colmabile da parte delle altre concorrenti, che pure hanno conseguito punteggi superiori relativamente ad entrambi gli altri criteri (oggettivi) individuati (cfr. verbale di pubblico incanto del 19 giugno 2006, in produzione di parte resistente).

IV.3) Orbene, mette conto osservare, in via generale, che, mentre le qualità soggettive sono normalmente finalizzate a verificare le condizioni di partecipazione alla gara, la scelta della migliore offerta deve avvenire in funzione delle caratteristiche oggettive dell'offerta stessa (art. 23 1° comma, d.lgs. 157/95, ed ora art. 83 d.lgs.163/2006).

L'aggiudicazione degli appalti deve infatti avvenire in base a criteri oggettivi ed attraverso modalità tali da garantire il rispetto dei principi di non discriminazione e parità di trattamento, con il relativo corollario della trasparenza, onde assicurare a tutti gli operatori parità di accesso alle procedure di affidamento e valutazione delle relative offerte in situazione di effettiva concorrenza.

Ove poi le stazioni appaltanti stabiliscano di aggiudicare la gara all'offerta economicamente più vantaggiosa, le stesse scelgono di valutare non solo l'elemento meramente economico delle offerte, ma anche una pluralità di altri fattori, di carattere comunque qualitativo (cfr. Corte di Giustizia CE, sentenza 26 settembre 2000, causa C-225/98, Commissione c. Francia; Corte di Giustizia CE, 4 dicembre 2003, C-448/01, Pevn AG, Wienstrom GmbH c. Repubblica Austriaca, ex pluris), al fine di individuare il miglior rapporto qualità/prezzo (cfr. Cons. di Stato, Sez.VI, 192/2001).

Tali elementi devono, invero, essere collegati e pertinenti all'oggetto dell'affidamento, non devono riguardare i requisiti di selezione dei concorrenti, non devono conferire all'Amministrazione un potere incondizionato di scelta, devono essere espressamente menzionati nel bando od avviso di gara unitamente ai relativi pesi e devono rispettare i principi di derivazione del trattato finalizzati ad assicurare una concorrenza effettiva tra gli operatori economici.

Nell'ambito degli elementi utilizzabili nell'offerta economicamente più vantaggiosa, i criteri di idoneità (requisiti di qualificazione) dell'operatore economico non possono invece essere presi in considerazione dall'Amministrazione, dovendo gli

stessi rimanere ben distinti, sia concettualmente che nel concreto esperimento delle procedure di affidamento, dai criteri di selezione del contraente; dai quali resta dunque esclusa ogni considerazione relativa a chi fornisce la prestazione, il che ha fatto sinteticamente concludere che i criteri dell'assegnazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa riguardano "il prodotto" e non il "produttore", la qualità "del lavoro" e non quella "dell'imprenditore dei lavori" (cfr. Cons. di Stato, Sez.V, n.1753/2006; TAR Puglia, Lecce, sez.II, n.1981/2006, ex pluris).

I criteri di aggiudicazione devono, infatti, essere riferiti direttamente ed esclusivamente all'offerta della prestazione oggetto dell'appalto, non già alla qualificazione e capacità degli offerenti, posto che, mentre i requisiti economico-finanziari e tecnico organizzativi, prescritti dalla stazione appaltante per individuare i concorrenti ammessi alle gare, hanno la funzione di fissare una soglia minima di affidabilità del potenziale aggiudicatario, una volta riconosciuta l'astratta idoneità dei concorrenti, questi devono essere posti in una posizione di assoluta parità ed il contratto deve essere affidato al soggetto che presenti l'offerta oggettivamente migliore (cfr. Cons. di Stato, sez.V, n.1753/2006).

Come precisato dalla giurisprudenza, invero, l'idoneità tecnica ed il merito tecnico sono due concetti ben distinti, riferendosi, l'uno, alla valutazione dei requisiti soggettivi del partecipanti alla procedura selettiva e l'altro alla valutazione dell'offerta dal medesimo concretamente presentata; negli appalti indetti con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tale distinzione risponde alla precisa esigenza logica di evitare che le forniture ed i servizi siano aggiudicati – a parità di offerta progettuale – a favore di chi possa vantare una prolungata esperienza nel settore od una dimensione organizzativa più sviluppata, in maniera tale che il concorrente con maggiore capacità tecnica possa ingiustamente avvantaggiarsi, nel giudizio che investe le componenti oggettive dell'offerta, di elementi pregressi assolutamente estranei a quest'ultima e tali tuttavia da assumere

un peso decisivo ai fini del risultato finale (cfr. TAR Lombardia, Brescia, n.392/2006).

Tali parametri, con evidenza, non premiano in alcun modo la qualità tecnica dell'offerta in sé, ma le caratteristiche soggettive dei partecipanti, finendo per privilegiare le aziende più forti sul mercato di riferimento e confinando in posizione di subalternità le imprese di minori dimensioni, costrette a subire, già prima della gara, in relazione ai parametri in questione, un distacco difficilmente compensabile con i punteggi conseguibili per gli altri criteri di giudizio, con conseguente lesione dell'interesse a partecipare al confronto concorrenziale su un piano di sostanziale parità e dello stesso interesse pubblico a selezionare l'offerta migliore, posto che il criterio del merito tecnico finisce per essere subordinato alla considerazione dell'ampiezza del fatturato pregresso o delle dimensioni aziendali.

IV.4) Che è quanto nella specie, come meglio evidenziato nel punto IV.2) che precede, si è verificato, posto che l'aggiudicazione in favore della controinteressata è dipesa, in maniera, più che preponderante, decisiva, dalla favorevole valutazione delle pregresse esperienze acquisite valutate quali autonomi e rilevanti parametri indicativi della qualità della proposta.

IV.5) Il motivo in esame è dunque fondato, conseguendone l'illegittimità del bando di gara che va, pertanto, annullato in parte de qua.

V. In conseguenza della prospettata, e, per quanto sopra detto, accertata, illegittimità del bando di gara in parte de qua, il consorzio ricorrente ha proposto contestuale domanda di risarcimento dei danni.

V.1) Deve in proposito rilevarsi che il ricorrente individua la lesione di cui chiede il ristoro (cfr. ricorso introduttivo) nella mancata attribuzione dell'appalto (“..nell'ipotesi in cui non fosse possibile il risarcimento in forma specifica, sin da ora si propone domanda di risarcimento dei danni derivanti dalla perdita di chance conseguente alla mancata acquisizione dell'appalto”, ed ancora “Sussistono...tutti i

presupposti sia del comportamento colposo dell'Amministrazione, sia del danno subito dalla ricorrente e sia infine il nesso di causalità tra il comportamento dell'Amministrazione ed il danno subito, ingiusto per la lesione dell'interesse legittimo alla aggiudicazione della gara e quindi all'esecuzione dell'appalto", cfr. ricorso introduttivo, pag.10).

V.2) Orbene, va anzitutto precisato che dall'annullamento in parte de qua del bando, così come disposto alla stregua del punto IV) che precede, non discende affatto automaticamente la aggiudicazione in favore del Consorzio ricorrente.

V.3) Va espressamente considerato, infatti, che la ritenuta illegittimità di due dei criteri di valutazione dell'offerta comporterebbe, di necessità, la integrazione del bando stesso, con fissazione di criteri di valutazione differenti ovvero di diversi pesi da attribuire ai criteri tuttora riconosciuti validi, non più possibile sia per l'intervenuta conoscenza delle offerte da parte della Commissione sia, in senso più dirimente, per il decorso temporale dell'appalto in questione, limitato alla gestione dei parcheggi pubblici dal 30 giugno al 10 settembre 2006.

Infatti, anche se l'art. 5 del Capitolato speciale d'appalto prevedeva che, al termine dell'appalto de quo, l'Amministrazione avrebbe avuto la possibilità di scegliere : "1) d'interrompere il rapporto senza alcun obbligo; 2) di acquistare i parcometri il cui valore dovrà essere determinato in funzione del valore di mercato; 3) di continuare la gestione per un massimo di 72 mesi con percentuale definitiva da fissare alla stipula della convenzione", nessuna delle parti in causa ha rappresentato gli esiti successivi dell'appalto de quo, le cui vicende non sono pertanto note.

Tutte circostanze che ostano, in astratto, alla possibilità di disporre un risarcimento in forma specifica nel senso prospettato dal ricorrente, con diretta attribuzione dell'appalto de quo.

V.4) Ma, sotto diverso ed ulteriore profilo, il Consorzio ricorrente non avrebbe potuto in ogni caso aggiudicarsi l'appalto, avendo conseguito un punteggio

comunque inferiore a quello conseguito da altra partecipante alla gara (cfr. verbale del 19 giugno 2006, da cui risultano i migliori punteggi attribuiti alla AIPA s.p.a., con riferimento ad entrambi i criteri residuati, per un totale di punti 65,56, rispetto ai 58.83 attribuiti al ricorrente e, depurati dai punteggi attribuiti in forza dei criteri ritenuti illegittimi, per un totale di punti 60 a fronte dei complessivi 50,42 attribuiti alla ricorrente).

Anche per tale profilo, il richiesto annullamento del bando non potrebbe giammai comportare l'attribuzione dell'appalto al ricorrente, tenuto conto che, al più, l'eventuale eliminazione dei due criteri di valutazione censurati (il fatturato e le referenze) piuttosto farebbe conseguire, salva e previa ulteriore diversa integrazione, l'aggiudicazione alla terza partecipante alla gara.

V.5) Il che fa conseguire l'infondatezza della domanda risarcitoria proposta.

VI. Il ricorso, per quanto precede, deve essere accolto limitatamente e nei sensi sopra esposti.

VII. Le spese possono, nondimeno, compensarsi, tenuto conto dell'esito della fase cautelare e delle complessive statuizioni, con espressa declaratoria di irripetibilità del contributo unificato versato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo regionale per l'Abruzzo – L'AQUILA, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie nei sensi e limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

Dichiara irripetibile il contributo unificato versato.

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 24 marzo 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Paolo Passoni, Consigliere

Maria Abbruzzese, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/04/2010

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

IL SEGRETARIO