

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 17/06/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29700-ad-avviso-della-sezione-con-la-predetta-determinazione-la-commissione-di-gara-ha-effettivamente-introdotto-parametri-di-valutazione-ulteriori-rispetto-a-quelli-stabiliti-dalla-lex-specialis-di-ga>

Autore: Lazzini Sonia

**Ad avviso della Sezione con la predetta determinazione la commissione di gara ha effettivamente introdotto parametri di valutazione ulteriori rispetto a quelli stabiliti dalla lex specialis di gara**

**C.St. 15.02.2010 n. 810**

**Ad avviso della Sezione con la predetta determinazione la commissione di gara ha effettivamente introdotto parametri di valutazione ulteriori rispetto a quelli stabiliti dalla lex specialis di gara.**

Invero, quanto agli elementi di cui al punto a) del merito tecnico, laddove il capitolato d'oneri prevedeva la valutazione del "curriculum professionale del personale e del coordinatore a cui sarà affidato lo svolgimento del servizio con l'indicazione della qualifica, del livello e dell'esperienza maturata", la commissione ha introdotto la autonoma valutazione di un elemento specifico, quale il titolo di studio, non previsto e di cui evidentemente i concorrenti non hanno tenuto conto nella formulazione delle offerte

Anche prima della soppressione, da parte dell'articolo 1 del decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152, dell'ultimo periodo del quarto comma dell'articolo 83 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, che consentiva alle commissioni di gara di fissare, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, i criteri motivazionali per l'attribuzione a ciascun criterio o sottocriterio di valutazione il punteggio tra il minimo ed il massimo indicati nel bando), invero la giurisprudenza ha avuto modo di ritenere legittimo l'operato della Commissione giudicatrice che, prima dell'apertura delle buste, avesse specificato in sub – criteri i punteggi da assegnare con i criteri principali prefissati dal bando ovvero avesse anche integrato questi ultimi ovvero ancora avesse fissato gli opportuni ed adeguati criteri per la modulazione del punteggio da assegnare ad ogni singolo elemento nei limiti del punteggio massimo stabilito nei documenti di gara, tuttavia con l'unico fondamentale ed imprescindibile limite costituito dal divieto di introdurre nuovi e diversi parametri di valutazione (C.d.S., sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555; sez. IV, 22 marzo 2007, n. 1389).

Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale le disposizioni contenute nella lex specialis di gara non vincolano soltanto i concorrenti, ma anche la stessa amministrazione che non può sottrarsi alla loro puntuale applicazione, salva la facoltà di annullare o ritirare il bando nell'esercizio del potere di autotutela.

L'adito Tribunale ha accolto il ricorso ed ha annullato gli atti della procedura di gara, a partire dal verbale n. 4 del 26 agosto 2008 della commissione di gara.

I primi giudici hanno infatti ritenuto fondato il secondo motivo di censura, rilevando che la commissione di gara, nel fissare i criteri motivazionali, ai sensi dell'articolo 83, comma 4, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, aveva effettivamente introdotto, oltre a quelli già previsti nel bando, ulteriori sottocriteri di valutazione delle offerte, che, se conosciuti dai concorrenti, avrebbero potuto incidere sulla stessa formulazione delle offerte, non ostando a ciò la previsione dell'articolo 20 del codice degli appalti, secondo cui agli appalti aventi ad oggetti servizi sociali sono applicabili solo le disposizioni di cui articoli 65, 68 e 225 del codice stesso, dovendo in ogni caso trovare applicazione i principi generali di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e predeterminatezza dei criteri selettivi, alla stregua di quanto previsto dall'articolo 2 del citato codice dei contratti; inoltre, sempre secondo i primi giudici, era anche fondato il motivo di censura con cui era stata lamentata la omessa lettura in seduta pubblica dei punteggi attribuiti dalla commissione alle offerte tecniche.

. LAZIODISU con atto di appello notificato il 9 gennaio 2009 ha lamentato l'assoluta erroneità della prefata sentenza e ne ha chiesto la riforma, negando innanzitutto che la commissione di gara avesse integrato i criteri di valutazione delle offerte previsti nel bando di gara, essendosi essa limitata a predeterminare il proprio iter motivazionale proprio sulla scorta dei criteri di valutazione fissati nel bando di gara, come emergeva dal sereno raffronto tra le disposizioni contenute nell'articolo 12 del capitolato d'oneri e quanto risultava dal verbale di gara del 26 agosto 2008: in particolare, secondo l'amministrazione appellante, nella valutazione del curriculum professionale del personale coordinatore (previsto dal capitolato d'oneri) ben si poteva tener conto del "titolo di studio, della qualifica e

dell'esperienza lavorativa maturata nell'ambito dell'assistenza ai disabili e di ogni altro elemento curriculare che possa essere utile alla valutazione", come stabilito nei contestati criteri motivazionali.

In ogni caso, secondo l'amministrazione appellante, l'introduzione da parte della commissione di gara dei ricordati criteri motivazionali non determinava alcuna illegittimità, sia perché in tema di aggiudicazione di servizi sociale trovavano applicazione, ai sensi dell'articolo 20 del Codice degli appalti, soltanto le disposizioni di cui ai successivi articoli 68, 65 e 225, sia perché i criteri motivazionali erano espressamente previsti dall'articolo 83, comma 4, del Codice degli appalti, nel testo in vigore al momento dell'indizione della gara, così che anche il richiamo operato dai primi giudici alla giurisprudenza della Corte di Giustizia non era appropriato; ciò senza contare che l'argomento, secondo cui la conoscenza degli ulteriori elementi di valutazione (introdotti dalla commissione di gara) avrebbe potuto incidere sulla formulazione delle offerte, consentendo alle ricorrenti di ottenere eventualmente un maggior punteggio, era del tutto apodittica, non condivisibile e comunque irrilevante, atteso che lo scarto tra le due offerte era di due punti, il punteggio massimo attribuibile al merito tecnico era di 27 punti e l'A.T.I. formata dalla ricorrenti aveva conseguito 26 punti, così che anche conseguendo il massimo punteggio non si sarebbe mai resa aggiudicataria dell'appalto in questione.

Infine l'amministrazione appellante ha evidenziato che, in punto di fatto, non vi era stata la omessa lettura nella pubblica seduta dei punteggi attribuiti dalla commissione alle offerte tecniche, essendo invece solo mancata la verbalizzazione di tale adempimento, come risultava dalle dichiarazioni di alcuni partecipanti alla seduta pubblica (cosa che integrava una mera irregolarità e non già un'illegittimità della procedura), ribadendo peraltro che i criteri motivazionali era stati fissati prima dell'apertura delle offerte tecniche ed anzi prima di prendere in consegna i plichi pervenuti, come si evinceva dal verbale del 26 agosto 2008.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo di appello del Consiglio di Stato?

LAZIODISU e CONTROINTERESSATA 2000 hanno innanzitutto sostenuto che, diversamente da quanto erroneamente ritenuto dai primi giudici, la commissione di gara con il verbale di gara n. 4 del 26 agosto 2008 non aveva introdotto nuovi ed ulteriori criteri di valutazione delle offerte, essendosi esclusivamente limitata a predeterminare l'iter motivazionale delle proprie valutazioni sulla scorta dei criteri fissati nel bando di gara.

La tesi non merita accoglimento.

I.2.1. L'articolo 12 del capitolato d'oneri stabiliva che l'appalto di cui si discute sarebbe stato aggiudicato, ai sensi dell'articolo 83 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con riferimento agli elementi del merito tecnico e del prezzo; in particolare, il "merito tecnico" sarebbe stato valutato sulla base della relazione - progetto in materia di risorse umane utilizzate per l'espletamento del servizio, miglorie ed integrazioni attività, attività di tempo libero e di trasporto, con l'attribuzione di un punteggio massimo di 60 punti, suddiviso nel seguente modo: a) curriculum professionale del personale e del coordinatore a cui sarà affidato lo svolgimento del servizio con l'indicazione della qualifica, del livello e dell'esperienza maturata: punti 27; b) organizzazione, programmazione e coordinamento degli interventi richiesti: punti 20; c) modalità di esecuzione dei servizi con eventuali innovazioni per il miglioramento delle condizioni minime del capitolato tecnico: punti 13.

La commissione di gara, come si ricava dalla lettura del verbale n. 4 del 26 agosto 2008, per procedere alla valutazione del merito tecnico delle offerte, stabiliva di assegnare i punteggi tenendo conto: 1) quanto al punto a), del titolo di studio, della qualifica e del livello di esperienza maturata nell'ambito dell'assistenza ai disabili e di ogni altro elemento utile ai fini della valutazione; 2) quanto al punto b), della descrizione delle modalità che la società intendeva seguire nell'organizzazione dei servizi offerti, nella gestione delle emergenze, nella programmazione e nel coordinamento del servizio; 3) quanto al punto c), delle miglorie che oggettivamente possono essere vantaggiose per l'amministrazione appaltante.

I.2.2. Ad avviso della Sezione con la predetta determinazione la commissione di gara ha effettivamente introdotto parametri di valutazione ulteriori rispetto a quelli stabiliti dalla lex specialis di gara.

Invero, quanto agli elementi di cui al punto a) del merito tecnico, laddove il capitolato d'oneri prevedeva la valutazione del "curriculum professionale del personale e del coordinatore a cui sarà affidato lo svolgimento del servizio con l'indicazione della qualifica, del livello e dell'esperienza maturata", la commissione ha introdotto la autonoma valutazione di un elemento specifico, quale il titolo di studio, non previsto e di cui evidentemente i concorrenti non hanno tenuto conto nella formulazione delle offerte.

Anche a voler ammettere, come hanno sostenuto le parti appellanti, che di per sé il titolo di studio rientrasse già nell'ambito di valutazione del curriculum, la commissione di gara ha inteso attribuire un valore decisivo al titolo di studio, non già quale elemento del curriculum, ma quale elemento autonomo e decisivo, facendo peraltro coincidere addirittura il curriculum con il titolo di studio: ciò si ricava agevolmente dal fatto che tutti gli altri elementi indicati dalla commissione come oggetto di valutazione, quali la qualifica ed il titolo di studio, oltre che l'esperienza maturata, coincidono con quelli contenuti nel punto a) del "merito tecnico" indicati dal capitolato d'oneri.

Il titolo di studio, quindi, secondo la ragionevole intenzione della commissione di gara, costituiva da solo un elemento capace di orientare l'attribuzione del punteggio alle offerte tecniche presentate dai concorrenti.

Anche quanto agli elementi di valutazione cui al punto b) del predetto merito tecnico la commissione di gara ha introdotto ulteriori elementi di valutazione, facendo riferimento alla specifica "gestione delle emergenze", che, pur potendo ragionevolmente farsi rientrare nella più generale categoria della "organizzazione, programmazione e coordinamento degli interventi richiesti", ne costituisce tuttavia una autonoma e determinante specificazione, idonea di per sé a giustificare l'attribuzione di un punteggio più elevato all'offerta presentata che la preveda, proprio in ragione dello specifico interesse dell'amministrazione appaltante alla risoluzione di tale problematica.

Non può pertanto sostenersi che la commissione di gara con la determinazione assunta col verbale di gara n. 4 del 26 agosto 2008 si sia limitata a fissare criteri motivazionali di valutazione delle offerte da esaminare: i criteri motivazionali possono essere considerati invero degli strumenti logico – argomentativi finalizzati a rendere manifesto e trasparente l'iter logico – giuridico seguito per l'attribuzione di un punteggio numerico, laddove nel caso di specie la commissione ha quanto meno specificato alcuni degli elementi di valutazione delle offerte, estrapolandoli dall'ambito generale di considerazione che ne aveva fatto il bando, attribuendo ad essi un valore autonomo, separato e decisivo ai fini dell'attribuzione del punteggio di merito, integrando così ed ampliando autonomamente gli effettivi elementi di valutazione rispetto a quanto effettivamente previsto dalla lex specialis.

Merita di essere segnalata la decisione numero 810 del 15 febbraio 2010 emessa dal Consiglio di Stato ed in particolare il seguente passaggio:

< Le appellanti, a sostegno dell'inesistenza o quanto meno della irrilevanza della delineata illegittimità, hanno anche sostenuto che, poiché la gara bandita aveva riguardo ad un appalto di servizi sociali, non trovano applicazioni le norme stabilite dal codice dei contratti, come espressamente previsto dall'articolo 20, eccezion fatta per gli articoli 68, 65 e 225 che non vengono in questione nella presente controversia.

Anche tale tesi è priva di fondamento giuridico.

Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale le disposizioni contenute nella lex specialis di gara non vincolano soltanto i concorrenti, ma anche la stessa amministrazione che non può sottrarsi alla loro puntuale applicazione, salva la facoltà di annullare o ritirare il bando nell'esercizio del potere di autotutela.

Pertanto, nel caso di specie, una volta fissato espressamente il principio (nel bando di gara e nel capitolato d'oneri) che l'appalto sarebbe stato aggiudicato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'articolo 83 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, l'amministrazione non può sottrarsi alle conseguenze che derivano proprio dalla erronea ed illegittima applicazione di quella disposizione, invocando che tale disposizione non si applicava alla gara in esame: è bensì vero che l'amministrazione non era obbligata ad applicare tale normativa, ma una volta che si è determinata ad applicarle, indicandole espressamente nella lex specialis, si è autolimitata in tal senso e non può sciogliersi da tale vincolo (salvo, si ripete, l'annullamento o il ritiro del bando).

Peraltro, la Sezione deve osservare che proprio l'articolo 27 del codice dei contratti stabilisce che l'affidamento dei contratti pubblici, aventi ad oggetto servizi esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione delle disposizioni contenute nel codice stesso, deve avvenire pur sempre nel rispetto, tra l'altro, dei fondamentali principi di imparzialità, parità di trattamento e trasparenza: nel caso in esame, anche a voler escludere l'applicabilità dell'articolo 83 del codice dei contratti, non vi è dubbio che il ricordato operato della commissione, introducendo elementi di valutazione delle offerte ulteriori e diversi da quelli previsti nella lex specialis di gara, ha violato i fondamentali principi di par condicio e trasparenza, così che esso appare in ogni caso illegittimo.>

a cura di Sonia LAzzini

**N. 00810/2010 REG.DEC.**  
**N. 00409/2009 REG.RIC.**  
**N. 00591/2009 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 Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**DECISIONE**

Sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 409 del 2009, proposto da:

LAZIODISU, Agenzia Diritto Studi Universitari nel Lazio – in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall’Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici è elettivamente domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

***contro***

CONTROINTERESSATA DUE – OPERATORI SANITARI ASSOCIATI – soc. coop. Sociale Onlus e COOPERATIVA SANTI PIETRO E PAOLO PATRONI DI ROMA, ognuna in persona del proprio rispettivo legale rappresentante in carica, entrambe rappresentate e difese dall’avv. Giovanni Pesce, con domicilio eletto presso l’avv. Giovanni Pesce in Roma, via XX Settembre, n. 1;

***nei confronti di***

CONTROINTERESSATA 2000 SOCIETA’ COOPERATIVA SOCIALE, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Beatrice Belli e Antonio Carullo, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, c.so V. Emanuele II, n. 18;

Sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 591 del 2009, proposto da:

CONTROINTERESSATA 2000 SOCIETA' COOPERATIVA SOCIALE, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Beatrice Belli e Antonio Carullo, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, c.so V. Emanuele II, n. 18;

***contro***

CONTROINTERESSATA DUE – OPERATORI SANITARI ASSOCIATI – soc. coop. Sociale Onlus e COOPERATIVA SANTI PIETRO E PAOLO PATRONI DI ROMA, ognuna in persona del proprio rispettivo legale rappresentante in carica, entrambe rappresentate e difese dall'avv. Giovanni Pesce, con domicilio eletto presso l'avv. Giovanni Pesce in Roma, via XX Settembre, n. 1;

***nei confronti di***

LAZIODISU, Agenzia Diritto Studi Universitari nel Lazio – in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici è elettivamente domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

***entrambi per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio – Roma, sez. I ter, n. 10955 del 3 dicembre 2008, resa tra le parti, concernente APPALTO DI SERVIZI ASSISTENZIALI PER STUDENTI DISABILI GRAVI.

Visti i ricorsi in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in entrambi i gradi di giudizio della CONTROINTERESSATA DUE – Operatori Sanitari Associati – Soc. Coop. sociale onlus e della Coop. Santi Pietro e Paolo Patroni di Roma, della

Controinteressata 2000, Soc. coop. sociale, nel ricorso NRG. 409/09 e di Laziodisu nel ricorso NRG. 591/09;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 ottobre 2009 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti l'avvocato dello Stato Elefante, l'avv. G. Pesce e avv. B. Belli;

Visto il dispositivo di decisione n. 724 del 4 novembre 2009;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con determinazione direttoriale n. 544 del 28 aprile 2008 l'Agenzia per il Diritto agli studi universitari del Lazio (d'ora in avanti, LAZIODISU) indiceva una procedura aperta per l'affidamento biennale, con possibilità di rinnovo per identico periodo, dei servizi assistenziali rivolti in favore di studenti universitari disabili gravi de "La Sapienza", decorrenti presumibilmente dal 1° ottobre 2008, per un importo presunto relativo ad una durata contrattuale di ventiquattro mesi di €. 3.537.600,00, IVA esclusa al 4%, da espletarsi ai sensi del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'articolo 83 del citato decreto legislativo, approvando altresì il bando di gara, il capitolato speciale, il disciplinare di gara, lo schema per le dichiarazioni sostitutive, lo schema per la compilazione delle offerte e lo schema contrattuale.

Nel bando di gara (alla sez. IV) veniva confermato, quale criterio di aggiudicazione, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in base ai criteri indicati nel capitolato d'oneri, nell'invito a presentare offerte o negoziare oppure nelle specifiche; nel capitolato d'oneri (all'art. 12) veniva ribadito che l'appalto sarebbe stato aggiudicato, ai sensi dell'articolo 83 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n.



163, a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con riferimento agli elementi del merito tecnico e del prezzo (che venivano puntualmente specificati).

La CONTROINTERESSATA DUE – Operatori Sanitari Associati – Soc. Coop. Sociale Onlus e la Cooperativa Santi Pietro e Paolo Patroni di Roma, che avevano partecipato alla gara quale A.T.I., classificandosi al secondo posto della graduatoria di merito, con punti 97, chiedevano al Tribunale amministrativo regionale del Lazio l'annullamento della intera procedura di gara, del provvedimento, asseritamente ignoto, di aggiudicazione dell'appalto alla società Cooperativa Controinteressata 2000 e dei verbali di gara, con particolare riguardo al verbale n. 4 del 26 agosto 2008, con il quale la commissione di gara aveva elaborato i criteri motivazionali per l'assegnazione dei punteggi relativi al merito tecnico.

Deducendo “I. Vizio della procedura – Violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del D. Lgs. 163/2006, e delle norme che governano l'aggiudicazione degli appalti con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – Violazione del principio di trasparenza e pubblicità delle sedute” (primo motivo); “II. Sotto distinto profilo – Violazione e falsa applicazione dell'art 83 del d. lgs. 163/2006, e delle norme comunitarie che governano l'aggiudicazione degli appalti con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa” (secondo motivo) e “III. Con riferimento al provvedimento di aggiudicazione: illegittimità derivata degli atti conseguenti per illegittimità degli atti presupposti” (terzo motivo), le ricorrenti lamentavano innanzitutto l'illegittimità dell'operato della commissione di gara per aver inopinatamente fissato i criteri motivazionali solo dopo aver conosciuto gli effettivi partecipanti alla gara; per aver omesso di dare lettura in seduta pubblica del punteggio assegnato alle offerte tecniche, malgrado la precisa prescrizione del disciplinare di gara ed in violazione del principio generale che impone la pubblicità delle sedute della commissione di gara per tutte le attività in grado di alterare i canoni fondamentali della par condicio e della trasparenza delle gare pubbliche e

per aver disposto l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica in seduta riservata invece che in seduta pubblica; altrettanto illegittimamente, poi, la commissione di gara aveva introdotto criteri motivazionali delle offerte, alterando i criteri di valutazione del merito tecnico enunciati dal capitolato d'oneri.

Con motivi aggiunti notificati il 14 novembre 2008 le ricorrenti formulavano nei confronti del già impugnato provvedimento di aggiudicazione altri due motivi di censura, rubricati, il primo "Con riferimento all'ammissione alla gara della Controinteressata: violazione del bando di gara e degli artt. 1 e 8 del Capitolato d'oneri; eccesso di potere per errore nei presupposti" e il secondo "Con riferimento alla attribuzione del punteggio per il merito tecnico: manifesta illogicità e travisamento dei fatti; violazione degli artt. 8 e 12 del capitolato d'oneri", deducendo, in sintesi, per un verso, che sulla scorta della documentazione prodotta la Controinteressata 2000, aggiudicataria dell'appalto, non possedeva i requisiti economici, finanziari e tecnico organizzativi richiesti dal bando a pena di esclusione per la partecipazione alla gara e, per altro verso, che la commissione di gara aveva ingiustamente sopravvalutato gli elementi del merito tecnico dell'offerta della aggiudicataria, sottovalutando gli stessi elementi attinenti al merito tecnico della loro offerta.

L'adito Tribunale, nella resistenza di LAZIODISU e della Coop. sociale Controinteressata 2000, con la sentenza segnata in epigrafe, assunta nella camera di consiglio fissata per la decisione sull'istanza cautelare ai sensi dell'articolo 9 della legge 21 luglio 2000, n. 205, ha accolto il ricorso ed ha annullato gli atti della procedura di gara, a partire dal verbale n. 4 del 26 agosto 2008 della commissione di gara.

I primi giudici hanno infatti ritenuto fondato il secondo motivo di censura, rilevando che la commissione di gara, nel fissare i criteri motivazionali, ai sensi dell'articolo 83, comma 4, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, aveva

effettivamente introdotto, oltre a quelli già previsti nel bando, ulteriori sottocriteri di valutazione delle offerte, che, se conosciuti dai concorrenti, avrebbero potuto incidere sulla stessa formulazione delle offerte, non ostando a ciò la previsione dell'articolo 20 del codice degli appalti, secondo cui agli appalti aventi ad oggetti servizi sociali sono applicabili solo le disposizioni di cui articoli 65, 68 e 225 del codice stesso, dovendo in ogni caso trovare applicazione i principi generali di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e predeterminatezza dei criteri selettivi, alla stregua di quanto previsto dall'articolo 2 del citato codice dei contratti; inoltre, sempre secondo i primi giudici, era anche fondato il motivo di censura con cui era stata lamentata la omessa lettura in seduta pubblica dei punteggi attribuiti dalla commissione alle offerte tecniche.

LAZIODISU con atto di appello notificato il 9 gennaio 2009 ha lamentato l'assoluta erroneità della prefata sentenza e ne ha chiesto la riforma, negando innanzitutto che la commissione di gara avesse integrato i criteri di valutazione delle offerte previsti nel bando di gara, essendosi essa limitata a predeterminare il proprio iter motivazionale proprio sulla scorta dei criteri di valutazione fissati nel bando di gara, come emergeva dal sereno raffronto tra le disposizioni contenute nell'articolo 12 del capitolato d'oneri e quanto risultava dal verbale di gara del 26 agosto 2008: in particolare, secondo l'amministrazione appellante, nella valutazione del curriculum professionale del personale coordinatore (previsto dal capitolato d'oneri) ben si poteva tener conto del "titolo di studio, della qualifica e dell'esperienza lavorativa maturata nell'ambito dell'assistenza ai disabili e di ogni altro elemento curriculare che possa essere utile alla valutazione", come stabilito nei contestati criteri motivazionali.

In ogni caso, secondo l'amministrazione appellante, l'introduzione da parte della commissione di gara dei ricordati criteri motivazionali non determinava alcuna

illegittimità, sia perché in tema di aggiudicazione di servizi sociale trovavano applicazione, ai sensi dell'articolo 20 del Codice degli appalti, soltanto le disposizioni di cui ai successivi articoli 68, 65 e 225, sia perché i criteri motivazionali erano espressamente previsti dall'articolo 83, comma 4, del Codice degli appalti, nel testo in vigore al momento dell'indizione della gara, così che anche il richiamo operato dai primi giudici alla giurisprudenza della Corte di Giustizia non era appropriato; ciò senza contare che l'argomento, secondo cui la conoscenza degli ulteriori elementi di valutazione (introdotti dalla commissione di gara) avrebbe potuto incidere sulla formulazione delle offerte, consentendo alle ricorrenti di ottenere eventualmente un maggior punteggio, era del tutto apodittica, non condivisibile e comunque irrilevante, atteso che lo scarto tra le due offerte era di due punti, il punteggio massimo attribuibile al merito tecnico era di 27 punti e l'A.T.I. formata dalla ricorrenti aveva conseguito 26 punti, così che anche conseguendo il massimo punteggio non si sarebbe mai resa aggiudicataria dell'appalto in questione.

Infine l'amministrazione appellante ha evidenziato che, in punto di fatto, non vi era stata la omessa lettura nella pubblica seduta dei punteggi attribuiti dalla commissione alle offerte tecniche, essendo invece solo mancata la verbalizzazione di tale adempimento, come risultava dalle dichiarazioni di alcuni partecipanti alla seduta pubblica (cosa che integrava una mera irregolarità e non già un'illegittimità della procedura), ribadendo peraltro che i criteri motivazionali era stati fissati prima dell'apertura delle offerte tecniche ed anzi prima di prendere in consegna i plichi pervenuti, come si evinceva dal verbale del 26 agosto 2008.

Si sono costituite in giudizio la CONTROINTERESSATA DUE – Operatori Sanitari Associati – Soc. coop. sociale onlus e la Coop. Santi Pietro e Paolo Patroni di Roma, chiedendo il rigetto del gravame e riproponendo i motivi di censura spiegati in primo grado, non esaminati per assorbimento.

Si è costituita in giudizio anche la Controinteressata 2000 – Società Cooperativa Sociale, aderendo in sostanza ai motivi di appello proposti da LAZIODISU e chiedendone l'accoglimento.

Il ricorso è stato iscritto al NRG. 409 del 2009.

Anche CONTROINTERESSATA 2000 ha chiesto la riforma della ricordata sentenza articolando sostanzialmente le stesse censure sollevate da LAZIODISU.

La CONTROINTERESSATA DUE – Operatori Sanitari Associati – Soc. coop. sociale onlus e la Coop. Santi Pietro e Paolo Patroni di Roma si sono costituiti anche in questo giudizio, insistendo nelle richieste spiegate nell'altro giudizio.

LAZIODISU, aderendo al gravame proposto da CONTROINTERESSATA 2000, ne ha chiesto l'accoglimento.

Il ricorso è stato iscritto al NRG. 591 dell'anno 2009.

Con ordinanza n. 933 del 17 febbraio 2009, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato, riuniti gli appelli, ha accolto le istanze cautelari, sulla scorta della considerazione che le questioni al centro del contendere richiedevano l'esame approfondito proprio della sede di merito, che d'altra parte il principale motivo accolto dai primi giudici non dava luogo alla diretta aggiudicazione del contratto alla cooperativa appellata, ma imponeva la rinnovazione parziale della procedura e che, a fronte di un interesse meramente strumentale dell'appellata, integralmente ristorabile sul piano patrimoniale, si presentava prevalente – nel bilanciamento degli interessi funzionale alla decisione cautelare – quello pubblico alla prosecuzione del servizio già in corso di svolgimento.

Le parti hanno ampiamente illustrato le proprie rispettive tesi difensive con apposite memorie.

All'udienza del 27 ottobre 2009 le cause sono state introitate per la decisione.

DIRITTO

I. Gli appelli proposti da LAZIODISU e da CONTROINTERESSATA 2000 che, essendo rivolti avverso la stessa sentenza, devono essere riuniti, sono infondati.

I.1. Possono essere esaminati congiuntamente i singoli motivi di gravame spiegati con gli appelli in esame, essendo sostanzialmente identici.

I.2. LAZIODISU e CONTROINTERESSATA 2000 hanno innanzitutto sostenuto che, diversamente da quanto erroneamente ritenuto dai primi giudici, la commissione di gara con il verbale di gara n. 4 del 26 agosto 2008 non aveva introdotto nuovi ed ulteriori criteri di valutazione delle offerte, essendosi esclusivamente limitata a predeterminare l'iter motivazionale delle proprie valutazioni sulla scorta dei criteri fissati nel bando di gara.

La tesi non merita accoglimento.

I.2.1. L'articolo 12 del capitolato d'oneri stabiliva che l'appalto di cui si discute sarebbe stato aggiudicato, ai sensi dell'articolo 83 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con riferimento agli elementi del merito tecnico e del prezzo; in particolare, il "merito tecnico" sarebbe stato valutato sulla base della relazione - progetto in materia di risorse umane utilizzate per l'espletamento del servizio, miglorie ed integrazioni attività, attività di tempo libero e di trasporto, con l'attribuzione di un punteggio massimo di 60 punti, suddiviso nel seguente modo: a) curriculum professionale del personale e del coordinatore a cui sarà affidato lo svolgimento del servizio con l'indicazione della qualifica, del livello e dell'esperienza maturata: punti 27; b) organizzazione, programmazione e coordinamento degli interventi richiesti: punti 20; c) modalità di esecuzione dei servizi con eventuali innovazioni per il miglioramento delle condizioni minime del capitolato tecnico: punti 13.

La commissione di gara, come si ricava dalla lettura del verbale n. 4 del 26 agosto 2008, per procedere alla valutazione del merito tecnico delle offerte, stabiliva di assegnare i punteggi tenendo conto: 1) quanto al punto a), del titolo di studio, della

qualifica e del livello di esperienza maturata nell'ambito dell'assistenza ai disabili e di ogni altro elemento utile ai fini della valutazione; 2) quanto al punto b), della descrizione delle modalità che la società intendeva seguire nell'organizzazione dei servizi offerti, nella gestione delle emergenze, nella programmazione e nel coordinamento del servizio; 3) quanto al punto c), delle migliorie che oggettivamente possono essere vantaggiose per l'amministrazione appaltante.

I.2.2. Ad avviso della Sezione con la predetta determinazione la commissione di gara ha effettivamente introdotto parametri di valutazione ulteriori rispetto a quelli stabiliti dalla lex specialis di gara.

Invero, quanto agli elementi di cui al punto a) del merito tecnico, laddove il capitolato d'oneri prevedeva la valutazione del "curriculum professionale del personale e del coordinatore a cui sarà affidato lo svolgimento del servizio con l'indicazione della qualifica, del livello e dell'esperienza maturata", la commissione ha introdotto la autonoma valutazione di un elemento specifico, quale il titolo di studio, non previsto e di cui evidentemente i concorrenti non hanno tenuto conto nella formulazione delle offerte.

Anche a voler ammettere, come hanno sostenuto le parti appellanti, che di per sé il titolo di studio rientrasse già nell'ambito di valutazione del curriculum, la commissione di gara ha inteso attribuire un valore decisivo al titolo di studio, non già quale elemento del curriculum, ma quale elemento autonomo e decisivo, facendo peraltro coincidere addirittura il curriculum con il titolo di studio: ciò si ricava agevolmente dal fatto che tutti gli altri elementi indicati dalla commissione come oggetto di valutazione, quali la qualifica ed il titolo di studio, oltre che l'esperienza maturata, coincidono con quelli contenuti nel punto a) del "merito tecnico" indicati dal capitolato d'oneri.

Il titolo di studio, quindi, secondo la ragionevole intenzione della commissione di gara, costituiva da solo un elemento capace di orientare l'attribuzione del punteggio alle offerte tecniche presentate dai concorrenti.

Anche quanto agli elementi di valutazione cui al punto b) del predetto merito tecnico la commissione di gara ha introdotto ulteriori elementi di valutazione, facendo riferimento alla specifica "gestione delle emergenze", che, pur potendo ragionevolmente farsi rientrare nella più generale categoria della "organizzazione, programmazione e coordinamento degli interventi richiesti", ne costituisce tuttavia una autonoma e determinante specificazione, idonea di per sé a giustificare l'attribuzione di un punteggio più elevato all'offerta presentata che la preveda, proprio in ragione dello specifico interesse dell'amministrazione appaltante alla risoluzione di tale problematica.

Non può pertanto sostenersi che la commissione di gara con la determinazione assunta col verbale di gara n. 4 del 26 agosto 2008 si sia limitata a fissare criteri motivazionali di valutazione delle offerte da esaminare: i criteri motivazionali possono essere considerati invero degli strumenti logico – argomentativi finalizzati a rendere manifesto e trasparente l'iter logico – giuridico seguito per l'attribuzione di un punteggio numerico, laddove nel caso di specie la commissione ha quanto meno specificato alcuni degli elementi di valutazione delle offerte, estrapolandoli dall'ambito generale di considerazione che ne aveva fatto il bando, attribuendo ad essi un valore autonomo, separato e decisivo ai fini dell'attribuzione del punteggio di merito, integrando così ed ampliando autonomamente gli effettivi elementi di valutazione rispetto a quanto effettivamente previsto dalla *lex specialis*.

Anche prima della soppressione, da parte dell'articolo 1 del decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152, dell'ultimo periodo del quarto comma dell'articolo 83 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, che consentiva alle commissioni di gara di fissare, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, i criteri



motivazionali per l'attribuzione a ciascun criterio o sottocriterio di valutazione il punteggio tra il minimo ed il massimo indicati nel bando), invero la giurisprudenza ha avuto modo di ritenere legittimo l'operato della Commissione giudicatrice che, prima dell'apertura delle buste, avesse specificato in sub – criteri i punteggi da assegnare con i criteri principali prefissati dal bando ovvero avesse anche integrato questi ultimi ovvero ancora avesse fissato gli opportuni ed adeguati criteri per la modulazione del punteggio da assegnare ad ogni singolo elemento nei limiti del punteggio massimo stabilito nei documenti di gara, tuttavia con l'unico fondamentale ed imprescindibile limite costituito dal divieto di introdurre nuovi e diversi parametri di valutazione (C.d.S., sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555; sez. IV, 22 marzo 2007, n. 1389).

I.3. Le appellanti, a sostegno dell'inesistenza o quanto meno della irrilevanza della delineata illegittimità, hanno anche sostenuto che, poiché la gara bandita aveva riguardo ad un appalto di servizi sociali, non trovano applicazioni le norme stabilite dal codice dei contratti, come espressamente previsto dall'articolo 20, eccezion fatta per gli articoli 68, 65 e 225 che non vengono in questione nella presente controversia.

Anche tale tesi è priva di fondamento giuridico.

Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale le disposizioni contenute nella lex specialis di gara non vincolano soltanto i concorrenti, ma anche la stessa amministrazione che non può sottrarsi alla loro puntuale applicazione, salva la facoltà di annullare o ritirare il bando nell'esercizio del potere di autotutela.

Pertanto, nel caso di specie, una volta fissato espressamente il principio (nel bando di gara e nel capitolato d'onori) che l'appalto sarebbe stato aggiudicato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'articolo 83 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, l'amministrazione non può sottrarsi alle conseguenze che derivano proprio dalla erronea ed illegittima applicazione di

quella disposizione, invocando che tale disposizione non si applicava alla gara in esame: è bensì vero che l'amministrazione non era obbligata ad applicare tale normativa, ma una volta che si è determinata ad applicarle, indicandole espressamente nella lex specialis, si è autolimitata in tal senso e non può sciogliersi da tale vincolo (salvo, si ripete, l'annullamento o il ritiro del bando).

Peraltro, la Sezione deve osservare che proprio l'articolo 27 del codice dei contratti stabilisce che l'affidamento dei contratti pubblici, aventi ad oggetto servizi esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione delle disposizioni contenute nel codice stesso, deve avvenire pur sempre nel rispetto, tra l'altro, dei fondamentali principi di imparzialità, parità di trattamento e trasparenza: nel caso in esame, anche a voler escludere l'applicabilità dell'articolo 83 del codice dei contratti, non vi è dubbio che il ricordato operato della commissione, introducendo elementi di valutazione delle offerte ulteriori e diversi da quelli previsti nella lex specialis di gara, ha violato i fondamentali principi di par condicio e trasparenza, così che esso appare in ogni caso illegittimo.

I.4. Per completezza la Sezione ritiene di dover osservare che non è fondata neppure la timida eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio, formulata dalle appellanti sul rilievo che la conoscenza da parte della ricorrente degli ulteriori elementi di valutazione (introdotti dalla commissione di gara) non avrebbe mai potuto incidere sulla formulazione delle offerte, consentendo di ottenere eventualmente un maggior punteggio, atteso che lo scarto tra l'offerta della ricorrente e quella dell'aggiudicataria era di due punti, mentre il punteggio massimo attribuibile al merito tecnico era di 27 punti e l'A.T.I. ricorrente aveva conseguito 26 punti, così che anche conseguendo il massimo punteggio non si sarebbe mai resa aggiudicataria dell'appalto in questione.

Al riguardo, anche a voler prescindere dalla peraltro decisiva considerazione che è oggetto di contestazione in definitiva proprio la valutazione del merito tecnico

delle offerte ed il punteggio attribuito dalla commissione, il che rende erroneo ogni argomento che presupponga immodificabile e definitivamente corretto il punteggio già attribuito (nel caso in esame 26 punti su 27 disponibili, ad entrambe le offerte in discussione), la Sezione deve rilevare che il punteggio finale della valutazione delle offerte era costituito dalla somma dei punteggi attribuiti al merito tecnico ed al prezzo e che pertanto la differenza tra l'offerta della aggiudicataria e quella delle ricorrenti in primo grado era di soli 0,35 punti.

Non vi può essere pertanto alcun dubbio sull'interesse a ricorrere dell'A.T.I. CONTROINTERESSATA DUE – Operatori Sanitari Associati – Soc. Coop. Sociale Onlus e Cooperativa Santi Pietro e Paolo Patroni di Roma.

I.5. I giudici di primo grado hanno ritenuto fondato anche il motivo di gravame con cui era stata denunciata la omessa lettura nella pubblica seduta dei punteggi attribuiti dalla commissione alle offerte tecniche, in violazione della prescrizione contenuta nell'ultimo periodo dell'articolo 5 del disciplinare di gara.

Le appellanti hanno tuttavia sostenuto che tale omissione non riguardava il fatto in sé (cioè la effettiva omessa lettura dei punteggi attribuiti), quanto piuttosto la omessa verbalizzazione dell'operazione, così che in realtà si era in presenza di una mera irregolarità: a prova di ciò sono state depositate da LAZIODISU le dichiarazioni rese dai legali rappresentanti della Controinteressata 2000 e della Medical Service Assistance (documenti, per espressa dichiarazione di LAZIODISU, acquisiti successivamente alla decisione impugnata), rilevandosi che nessuno dei rappresentati delle concorrenti, presenti alla seduta pubblica dell'11 settembre 2008, aveva eccepito l'omessa lettura dei punteggi già attribuiti).

Anche tali argomentazioni sono prive di fondamento giuridico.

Invero, posto che, com'è pacifico tra le parti, la stessa *lex specialis* (in particolare l'ultimo periodo dell'articolo 5 del disciplinare di gara) imponeva, evidentemente in attuazione degli irrinunciabili principi di trasparenza e di imparzialità, che in seduta

pubblica, prima dell'apertura delle buste contenenti l'offerta economica, sarebbero stati comunicati alle parti i punteggi assegnati per il merito tecnico, manca qualsiasi prova non solo dell'avvenuta comunicazione, ma anche che essa vi sia stata e che ne sia stata soltanto omessa la verbalizzazione.

Invero, anche a voler prescindere dalla stessa ammissibilità da parte di un'amministrazione appaltante di porre in discussione la veridicità del contenuto di un atto pubblico da essa stessa formato (nel caso di specie il verbale di gara), la Sezione è dell'avviso che le mere dichiarazioni di parte prodotte, peraltro non coeve all'atto stesso, non sono idonee a smentire (o a integrare) il contenuto del verbale stesso, non provenendo esse tra l'altro dalla stessa parte che ha sollevato l'esistenza del vizio.

In ogni caso, anche ammesso che si fosse trattato di una semplice omissione, l'eventuale infondatezza del relativo motivo di ricorso sostenuto in primo grado, non è di per sé sufficiente ad escluderne la fondatezza in relazione al primo motivo e a evitare il giudizio di illegittimità dell'operato della commissione di gara con riferimento alla introduzione degli ulteriori elementi di valutazione dell'offerta di cui al verbale n. 4 del 26 agosto 2008.

II. In conclusione gli appelli devono essere respinti

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sugli appelli proposti da LAZIODISU (NRG. 409/09) e da CONTROINTERESSATA 2000 Società Cooperativa Sociale (NRG. 591/09) avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. I ter, n. 10955 del 3 dicembre 2008, così provvede:

- riunisce gli appelli e li rigetta;

- condanna solidalmente gli appellanti al pagamento in favore delle appellate OSA – Operatori Sanitari Associati – soc. coop. sociale onlus e Coop. Santi Pietro e Paolo Patroni di Roma delle spese del presente grado di giudizio che si liquidano complessivamente in €. 7.000,00 (settemila euro), 3.500,00 per ognuna di esse, oltre I.V.A. e C.A.P.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 ottobre 2009 con l'intervento dei Signori:

Stefano Baccharini, Presidente

Cesare Lamberti, Consigliere

Marzio Branca, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Giancarlo Montedoro, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/02/2010

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

Il Dirigente della Sezione