

Diventa inammissibile, per carenza di interesse, una doglianza volta ad appurare la legittimità dell'assunzione delle esperienze pregresse dei concorrenti come elemento di valutazione del merito tecnico, qualora la presenza di una tale clausola non sia comunque decisiva ai fini della gara (lo scarto tra il primo e il secondo è superiore al punteggio attribuito alla voce di valutazione controversa)

Il Tar Campania, Napoli con la sentenza numero 4735 del 5 maggio 2007, in tema di appalti di servizi da affidare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, merita di essere segnalato per alcuni importanti principi in essa contenuti:

<Allorché per l'aggiudicazione della gara sia stato prescelto il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, rientra nella discrezionalità della stazione appaltante la determinazione della incidenza del prezzo nella valutazione dell'offerta, senza che esista un peso minimo predeterminato per tale elemento e purché la natura propria del criterio, postulante la ricerca di un equilibrio tra prezzo e qualità necessariamente correlato alla specificità di ciascun affidamento, non venga tradita riconoscendosi sostanziale assoluta preminenza al c.d. merito tecnico.>

relativamente alla questione concerne la legittimità dell'assunzione delle esperienze pregresse dei concorrenti come elemento di valutazione del merito tecnico, nella particolare fattispecie, così sancisce l'adito giudice amministrativo:

<Preliminarmente, tuttavia, occorre rilevare come la presenza di tale clausola non sia risultata decisiva ai fini della gara; il punteggio complessivo finale della ricorrente, pari a 87,03 punti, si discosta, infatti, da quello conseguito dall'aggiudicataria punti 92,58) per uno scarto di 5,55 punti, superiore al massimo punteggio attribuibile (ed attribuito) per la voce in contestazione ("certificazioni per lavori analoghi")>

e quindi:

**Ne consegue che la censura non supera la prova di resistenza.**

a cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, sezione I, composto dai signori magistrati:

Antonio Guida	Presidente
Fabio Donadono	Consigliere
Francesco Guarracino	Referendario rel.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 3635/06 e successivi motivi aggiunti, proposto dalla \*\* Servizi s.p.a., in persona dell'amministratore unico Romolo \*\*, rappresentata e difesa dall'avv. Raffaele Izzo, col quale elettivamente domicilia presso l'avv. Chiara Marrama in Napoli, Corso Vittorio Emanuele n. 70

CONTRO

il Comune di Napoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso, congiuntamente e disgiuntamente, dagli avvocati Giuseppe Tarallo, Barbara Accattatis Chalons d'Oranges, Antonio Andreottola, Eleonora Carpentieri, Bruno Crimaldi, Annalisa Cuomo, Anna

Ivana Furnari, Giacomo Pizza, Anna Pulcini, Bruno Ricci e Gabriele Romano, con i quali elettivamente domicilia in Napoli, Piazza Municipio P.zzo S. Giacomo presso l'Avvocatura Municipale

e nei confronti di

- \*\* s.p.a., in persona dell'amministratore delegato e legale rappresentante pro tempore dott. \*, rappresentata e difesa dagli avvocati Bruno Becchi, Loredana Grillo e Enrico Soprano ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Napoli, via Melisurgo n. 4;

- \*\* s.r.l., in persona del procuratore speciale ing. Franco \*, giusta procura speciale per notar Massimo Mezzanotte di Milano del 20 luglio 2004, rep. 162409 progr. 18269, rappresentata e difesa dall'avv. Valentino Vulpetti ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Carla Maria Iaccarino in Napoli, via S.Pasquale a Chiaia n. 55

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- dell'aggiudicazione provvisoria del primo lotto (Zona Ovest di Napoli) disposta in favore dell'impresa \*\* s.p.a. e, se ed in quanto adottato, del provvedimento di aggiudicazione definitiva;

- dei verbali della Commissione aggiudicatrice;

- del capitolato speciale di appalto;

- del bando di gara avente ad oggetto l'affidamento del servizio per la gestione totale quinquennale (conduzione, fornitura combustibile, manutenzione ordinaria) e manutenzione straordinaria per ripristino funzionale degli impianti termici a servizio degli edifici scolastici e varie dipendenze comunali ricadenti nel primo lotto (zona Ovest di Napoli); nonché adeguamento ed aggiornamento tecnologico dei suddetti impianti e per l'esecuzione dei lavori necessari ad assicurare e mantenere nel tempo, con le modalità indicate dal D.p.r. 412/93, le condizioni di confort negli edifici interessati;

- della deliberazione con cui è stato deciso di indire la gara ed approvato il predetto bando;

- di ogni altro atto comunque presupposto, connesso o collegato con quelli impugnati

quanto ai primi motivi aggiunti:

- della determinazione n. 34 del 25.11.2004, registrata all'indice generale in data 30.11.2004 al n. 2124, come modificata dalle determinazioni n. 39 del 15.12.2004, 44 del 23.12.2004, 4 del 28.2.2005 e 7 del 12.4.2005, con cui è stato deciso di indire la gara ed approvato il capitolato speciale di appalto;

quanto ai secondi motivi aggiunti:

- della determinazione dirigenziale n. 16 del 12.6.2006 con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della gara.

Visto il ricorso ed i successivi motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'amministrazione intimata, della \*\* s.p.a. e della \*\* Italia s.r.l.;

Viste le memorie depositate dalle parti a sostegno delle rispettive ragioni;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore il referendario avv. Francesco Guarracino;

Uditi alla pubblica udienza del 7 marzo 2007 gli avvocati presenti come da verbale di udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

**FATTO**

Con bando pubblicato il 30 aprile 2004 il Comune di Napoli indiceva una gara di appalto, da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento quinquennale del servizio di gestione globale (conduzione, fornitura combustibile, manutenzione ordinaria) e di manutenzione straordinaria per ripristino funzionale degli impianti termici a servizio degli edifici scolastici e di varie dipendenze comunali, nonché di adeguamento ed aggiornamento tecnologico dei suddetti impianti e l'esecuzione dei lavori necessari ad assicurare e mantenere nel tempo, con le modalità indicate dal D.p.r. 412/93, le condizioni di confort negli edifici interessati.

L'appalto era diviso in tre lotti (I lotto: zona ovest di Napoli; II lotto: zona centro-sud di Napoli, III lotto: zona centro-est di Napoli).

Per il lotto I concorreva la \*\* Servizi s.p.a., la quale, all'esito della gara, si collocava al secondo posto in graduatoria, dietro la \*\* s.p.a.

Con ricorso ritualmente notificato e depositato, la \*\* Servizi ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione provvisoria in favore della \*\* s.p.a., con gli atti presupposti (verbali di gara, bando e capitolato, delibera di indizione della gara e di approvazione del bando), onde ottenerne l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia.

Con un unico complesso motivo di gravame, rubricato "violazione dell'art. 97 Cost. Violazione e falsa applicazione dell'art. 23 del D.Lgs. n. 157/95. Violazione dei principi in materia di attribuzione del punteggio alla voce "prezzo". Eccesso di potere per irrazionalità. Sviamento", la società ricorrente ha sostenuto che:

- la formula adoperata per l'attribuzione del punteggio per l'offerta economica sarebbe stata irragionevole ed incongrua, non consentendo di assegnare i 50 punti disponibili per l'offerta economica (su 100 complessivi) in maniera direttamente proporzionale al prezzo offerto ed essendo tale da svilire e quasi azzerare le differenze di prezzo, cosicché la commissione di gara sarebbe stata in grado di determinare l'esito della gara già solo con l'assegnazione del punteggio tecnico;

- l'attribuzione di 5 punti prevista per certificati per lavori analoghi, non attenendo gli stessi al merito tecnico dell'offerta, ma requisiti soggettivi dei concorrenti, avrebbe violato il divieto di commistione tra requisiti di prequalificazione ed elementi di valutazione.

Si sono costituiti in giudizio con separati atti per resistere al ricorso il Comune di Napoli e la \*\* s.p.a.

Con motivi aggiunti notificati il 3-4 luglio e depositati il 7 luglio 2006, la ricorrente, riproposti integralmente i motivi del ricorso introduttivo, ha contestato vizi autonomi delle operazioni della commissione tecnica, lamentando l'omessa verbalizzazione delle operazioni delle sedute riservate di valutazione dell'offerta tecnica e la circostanza che alle stesse avrebbero atteso soltanto due dei componenti della commissione, deducendo mancata predeterminazione dei criteri di massima per la valutazione comparativa dei concorrenti e difettosa motivazione in ordine a taluni elementi del servizio e, infine, sostenendo che l'applicazione di una diversa formula, quale quella di cui all'all. B del d.p.r. 554/99, avrebbe determinato l'aggiudicazione in suo favore.

Costituitasi in giudizio anche la \*\* Italia s.r.l., altra concorrente alla gara parimenti intimata, le due società hanno replicato con memorie.

Con ulteriori motivi aggiunti, notificati il 27 settembre 2006 e depositati il 2 ottobre, la ricorrente ha altresì impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva, per le doglianze già esposte.

La ricorrente ha depositato memoria illustrativa il 20 ottobre 2006, cui il Comune ha replicato con memoria del 24 ottobre 2006.

Alla camera di consiglio del 25 ottobre 2006 la domanda cautelare è stata abbinata al merito.

In vista dell'udienza di discussione sono state depositate memorie.

Alla pubblica udienza del 7 marzo 2007 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Vanno preliminarmente esaminate le questioni di rito sollevate dal Comune e dalla \*\* Italia s.r.l. Non merita seguito l'eccezione, proposta dalla difesa del Comune, di tardività dell'impugnazione del bando e del capitolato speciale di appalto, atteso che la lesività delle clausole impuginate, non avendo le stesse efficacia escludente, si è in concreto manifestata solo all'atto dell'aggiudicazione della gara alla società controinteressata.

La \*\* Italia, nella memoria depositata il 1 marzo 2007, ha invece sostenuto la carenza di interesse della ditta \*\* al ricorso, in quanto la sua offerta sarebbe stata anomala e pertanto da escludere dalla gara.

L'eccezione, in realtà intesa a far valere una causa di esclusione della ricorrente non rilevata dalla commissione di gara, avrebbe dovuto costituire oggetto, per tale ragione, di rituale ricorso incidentale, che, tuttavia, non è stato proposto; in ogni caso, essa è infondata, la soggezione

dell'offerta alla procedura di verifica di anomalia ex art. 25 d.lgs. 157/95 non comportando necessariamente ed indefettibilmente l'esclusione dalla gara, che invece ne costituisce esito solo in caso di apprezzamento negativo delle giustificazioni prodotte dalla impresa interessata.

2. Venendo all'esame del merito, la ricorrente censura innanzitutto il criterio previsto dalla lex specialis per l'attribuzione del punteggio previsto per la offerta economica, che violerebbe l'art. 23 del d.lgs. 157/95, sotto il cui impero si è svolta la gara de qua.

In base all'art. 10.2 del capitolato speciale di appalto, la gara doveva essere aggiudicata col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ed il punteggio disponibile era da ripartirsi nel seguente modo: 50 punti max per il prezzo totale offerto; 20 punti max per il giudizio tecnico – qualitativo sul “progetto di gestione degli impianti termici e di condizionamento”; 20 punti max per il giudizio tecnico – qualitativo sul progetto lavori; 5 punti max per le certificazioni per lavori analoghi; 5 punti max per il ribasso percentuale offerto sull'elenco prezzi allegato al c.s.a.

In particolare, alla lettera A il predetto art. 10.2 stabiliva che “alla ditta che ha offerto il prezzo più basso verranno attribuiti 50 punti. Il punteggio da assegnare alle altre ditte verrà calcolato con la seguente formula:

$$P_n = P_{max} - (15 \times Q_n - Q_0) / Q_n$$

dove:

$P_n$  = punteggio massimo da assegnare all'impresa “n”;

$P_{max}$  = punteggio massimo pari a 50 punti;

$Q_0$  = prezzo complessivo del quinquennio, espresso in Euro, offerto dalla ditta che ha praticato il prezzo

più basso;

$Q_n$  = prezzo complessivo del quinquennio, espresso in Euro, offerto dalla ditta “n”

Da ciò derivava che in relazione al fattore prezzo lo scarto massimo tra la ditta offerente il prezzo totale più basso e la ditta offerente il prezzo totale più alto non potesse essere superiore a 15 punti.

La ricorrente ritiene il criterio indicato illogico e contraddittorio, in quanto lo stesso avrebbe quasi azzerato la differenza di punteggio per prezzi diversi, annullando in pratica l'incidenza dell'elemento di valutazione del prezzo offerto e facendo sì che la gara venisse in sostanza aggiudicata solo sulle valutazioni di merito tecnico; l'appiattimento del punteggio spettante per l'offerta economica (punti 50) sarebbe stato tale da svuotare del tutto di contenuto il parametro economico, giacché la formula adoperata avrebbe comportato inevitabilmente l'assegnazione all'offerta con il minor ribasso di un punteggio pari a 46,99, con uno scarto reale non superiore a punti 3,099.

Secondo l'amministrazione, invece, la predetta formula matematica sarebbe stata frutto della legittima scelta della stazione appaltante di dare peso preminente all'elemento tecnico dell'offerta, nell'esercizio della sua discrezionalità nell'individuazione del corretto rapporto prezzo-qualità in relazione al servizio da affidare, riconosciuto dall'art. 23, co. 6, del d.lgs. 157/95 alle amministrazioni aggiudicatrici.

Sostengono, inoltre, le ditte intimato che nella clausola del capitolato l'astratta enunciazione del punteggio formava un unicum con la formula per il relativo calcolo, con contestuale specificazione e integrazione del suddetto valore: l'effettiva incidenza del prezzo sarebbe stata pienamente desumibile dalla contestuale previsione del punteggio e della relativa formula applicativa, inidonea perciò a generare nei concorrenti un'errata percezione del criterio di valutazione utilizzato.

Le difese colgono nel segno.

Allorché per l'aggiudicazione della gara sia stato prescelto il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, rientra nella discrezionalità della stazione appaltante la determinazione della incidenza del prezzo nella valutazione dell'offerta, senza che esista un peso minimo predeterminato per tale elemento e purché la natura propria del criterio, postulante la ricerca di un equilibrio tra

prezzo e qualità necessariamente correlato alla specificità di ciascun affidamento, non venga tradita riconoscendosi sostanziale assoluta preminenza al c.d. merito tecnico.

Nel caso di specie, l'amministrazione ha fatto corretto esercizio di questa sua facoltà nell'art. 10.2 del capitolato d'appalto, bilanciando il peso di ciascun elemento di valutazione in modo da attribuire una importanza maggiore al giudizio tecnico-qualitativo rispetto al prezzo totale offerto. Sul piano della corretta esegesi della clausola della *lex specialis*, occorre rilevare che il capitolato speciale non affermava affatto che il punteggio da attribuire all'elemento del prezzo sarebbe stato compreso tra un minimo di zero ed un massimo di cinquanta punti o che la valutazione di tale fattore (*rectius*, lo scarto tra i prezzi offerti) avrebbe avuto un peso specifico determinante per l'aggiudicazione della gara; l'art. 10.2, difatti, si è limitato ad affermare che alla ditta che avrebbe offerto il prezzo più basso sarebbero stati attribuiti 50 punti e che il punteggio da assegnare alle altre ditte sarebbe stato calcolato con formula tale che lo scarto di punteggio tra il migliore e il peggior prezzo non sarebbe potuto essere superiore a 15 punti. Nulla autorizza ad attribuire a questa od a quella parte dell'art. 10.2 del capitolato una preminenza logica o giuridica, mentre piuttosto è vero che la clausola non può che essere letta ed interpretata nella sua interezza e che dalla stessa, così intesa, emerge in maniera chiara ed indubitabile la scelta dell'amministrazione di attribuire per il fattore prezzo un punteggio oscillante tra un minimo di 35 punti ad un massimo di 50 punti, con un differenziale di 15 punti (cui vanno aggiunti gli ulteriori 5 punti attribuibili per la voce economica "ribasso percentuale offerto sull'elenco prezzi", di cui alla lett. E dell'art. 10.2 del c.s.a.), senza incorrere in vizi di illogicità, contraddizione od irrazionalità, né, per quanto si è detto, nella violazione dell'art. 23 del d.lgs. 157/95.

3. Sotto un diverso profilo, l'art. 10.2 del capitolato viene censurato col ricorso introduttivo nella parte in cui (lettera D) attribuiva un punteggio massimo di 5 punti in base alle certificazioni per lavori analoghi eseguiti nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando.

La questione concerne la legittimità dell'assunzione delle esperienze pregresse dei concorrenti come elemento di valutazione del merito tecnico.

Preliminarmente, tuttavia, occorre rilevare come la presenza di tale clausola non sia risultata decisiva ai fini della gara; il punteggio complessivo finale della ricorrente, pari a 87,03 punti, si discosta, infatti, da quello conseguito dall'aggiudicataria \*\* (punti 92,58) per uno scarto di 5,55 punti, superiore al massimo punteggio attribuibile (ed attribuito) per la voce in contestazione ("certificazioni per lavori analoghi").

Ne consegue che la censura non supera la prova di resistenza.

Da ciò l'inammissibilità della doglianza per carenza di interesse.

4. Coi due atti di motivi aggiunti, d'identico contenuto, la ricorrente censura inoltre l'operato della commissione di gara, lamentando che le attività espletate durante le sedute riservate, finalizzate alla valutazione dell'offerta tecnica delle concorrenti al primo lotto, non sarebbero state verbalizzate, che le relative operazioni non sarebbero state condotte dal plenum della commissione ma soltanto da due commissari e che nulla sarebbe stato attestato circa il momento di apertura delle offerte tecniche, la cadenza del procedimento valutativo seguito per l'attribuzione dei punteggi, la composizione della commissione durante le sedute riservate e le modalità di conservazione dei plichi.

Va respinta l'eccezione d'inammissibilità della censura per carenza di interesse sollevata dalla \*\* nella memoria del 28 luglio 2006, poiché la doglianza è retta dall'interesse strumentale della ricorrente alla ripetizione della gara.

Nel merito, la doglianza si appalesa infondata.

Per quanto concerne, in primo luogo, la verbalizzazione delle attività condotte nel corso delle sedute riservate, in assenza di specifica previsione che diversamente imponga, è possibile procedere ad una documentazione successiva e sintetica delle operazioni compiute, purché tale da consentire la ricostruzione delle attività svolte ed il controllo sulle stesse.

Ciò è quanto accaduto nella specie, essendosi dato sintetico conto nel verbale della seduta riservata del 29 marzo 2006 delle conclusioni istruttorie raggiunte nel corso delle precedenti sedute riservate,

elencate in un prospetto contenente l'indicazione della data di ciascuna e dell'oggetto dell'attività in ognuna svolta, il quale è stato allegato al verbale medesimo insieme a due dettagliati prospetti di confronto per le sottovoci di merito tecnico C1 e C2.

Per quanto riguarda la dedotta violazione del principio di collegialità in relazione al fatto che l'esame dei progetti tecnici sarebbe stato compiuto soltanto da due dei commissari di gara, il vizio denunciato non sussiste. Se è vero, infatti, che le commissioni delle gare di appalto costituiscono collegio perfetto, è, altresì, vero che il principio di collegialità non può dirsi violato allorché venga affidato ad una sottocommissione l'espletamento di attività di tipo istruttorio e preparatorio, preservando pur sempre alla commissione nel suo plenum la valutazione conclusiva dell'offerta e l'attribuzione del relativo punteggio. Ciò è quanto avvenuto nel caso in esame, poiché, come risulta dal verbale della seduta di gara del 29 marzo 2006, le valutazioni effettuate dai due componenti tecnici della commissione sono state portate all'attenzione del plenum del collegio, che pur potendosi senz'altro discostare, ha ritenuto di farle proprie: disvelandosi, nella collegialità di quest'ultima valutazione, la natura meramente strumentale e preparatoria delle operazioni compiute in precedenza.

Circa il momento di apertura delle offerte tecniche, l'apertura della busta B contenente l'offerta tecnica è attestata per la \*\* a pag. 7 del verbale di gara del 12 settembre 2005 e per la concorrente \*\* Italia e per l'odierna ricorrente rispettivamente alle pagg. 4 e 5 del verbale del 15 settembre 2005, dandosi altresì conto dell'avvenuta risigillatura dei plichi stessi.

Per quanto concerne, infine, la circostanza che non sarebbero state indicate le modalità di conservazione dei plichi, in disparte il fatto che nei due verbali appena ricordati si dà atto che le buste con le offerte economiche sarebbero state custodite "in apposito blindato", va rammentato che la mancata indicazione nei verbali di gara delle modalità di custodia dei plichi e degli strumenti utilizzati per garantire la segretezza delle offerte non costituisce di per sé motivo di illegittimità del verbale e della complessiva attività posta in essere dalla commissione di gara, dovendo invece aversi riguardo al fatto che in concreto non si sia verificata l'alterazione della documentazione (C.d.S., IV, 5 ottobre 2005, n. 5360).

5. Vanno, infine, esaminate le ulteriori censure, contenute nei motivi aggiunti, sull'adeguatezza della motivazione a supporto della valutazione comparativa dei concorrenti, denunciando l'assenza della predeterminazione di criteri di massima, e sul punteggio attribuito per la voce "certificazioni per lavori analoghi".

Sulla prima questione, va detto che i criteri ai quali la commissione di gara si sarebbe dovuta attenere nel confronto tra le offerte pervenute sono indicati nell'art. 10.2 del capitolato speciale di appalto e che la motivazione dei giudizi espressi risulta congruamente palesata a pag. 3 s. del verbale del 29 marzo 2006 e nei dettagliati prospetti comparativi allegati, concernenti ogni singolo intervento, cosicché la doglianza non può essere accolta.

La seconda questione, riguardando l'applicazione della clausola di cui alla lettera D dell'art. 10.2 del capitolato, che, per quanto si è detto al precedente § 3, non ha in concreto inciso in maniera determinante sull'esito della gara, è per tale motivo inammissibile.

6. Per le ragioni esposte il ricorso deve essere respinto.

7. Sussistono giustificati motivi per la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Sezione I, respinge il ricorso. -----

Spese compensate.-----

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

Così deciso in Napoli, nella camera di consiglio del 7 marzo 2007.

Presidente \_\_\_\_\_

Estensore \_\_\_\_\_

