

In quali circostanze si può essere il rischio di una illegittima commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione e criteri oggettivi di aggiudicazione? i requisiti soggettivi di capacità tecnica possono essere inseriti tra gli elementi di valutazione dell'offerta se attengono direttamente all'oggetto dell'appalto?

Appare evidente come "le referenze attive sul tipo di servizio" attengano ai requisiti soggettivi del partecipante ad una gara, che hanno una loro legittima valutazione in sede di selezione dei partecipanti, ma che non possono, anche per evidenti ragioni di trasparenza, venire in considerazione per il punteggio da attribuire all'offerta, essendo spesso già noti: peraltro in giurisprudenza si rintracciano numerosi casi in cui le esperienze pregresse della ditta partecipante sono state considerate non valutabili ai fini dell'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica

Il Tar Lazio, Roma con la sentenza numero del 10530 del 27 ottobre 2007 ci insegna che:

<In particolare il Collegio ritiene fondato il primo profilo di gravame.

Infatti le regole di gara prevedevano la valutazione, ai fini dell'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica, di requisiti soggettivi del partecipante quali "le referenze attive sul tipo di servizio" (punto B.5 dell'offerta qualitativa) con attribuzione di un punteggio massimo di 16 su 40; per ognuno degli altri 6 elementi di valutazione dell'offerta erano previsti punteggi massimi di 3 o 6 punti.

Quindi le referenze attive avevano, secondo il bando, il peso di gran lunga maggiore nella valutazione dell'offerta qualitativa.

Orbene appare evidente come le referenze attengano ai requisiti soggettivi del partecipante ad una gara, che hanno una loro legittima valutazione in sede di selezione dei partecipanti, ma che non possono, anche per evidenti ragioni di trasparenza, venire in considerazione per il punteggio da attribuire all'offerta, essendo spesso già noti. Peraltro in giurisprudenza si rintracciano numerosi casi in cui le esperienze pregresse della ditta partecipante sono state considerate non valutabili ai fini dell'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica (TAR Lazio sez. III 19 settembre 2006 n.8823; 11 luglio 2006 n.5807; Cons. di St. sez. V 19 giugno 2006 n.3584 ; 20 marzo 2006 n.1446).

L'accoglimento del primo motivo comporta la caducazione dell'intera gara, con assorbimento degli ulteriori motivi di gravame.>

Vedi anche Consiglio di Stato con la decisione numero 3584 del 19 giugno 2006 :

< Nelle procedure concorsuali ad evidenza pubblica, mediante le quali si procede all'effettuazione di valutazioni tecnico-discrezionali, esigenze di imparzialità trasparenza e buon andamento della P.A. impongono alla Commissione di gara di procedere (qualora ciò sia necessario) alla fissazione dei criteri (o sub criteri) di valutazione delle offerte tecniche prima dell'apertura delle buste contenenti tali offerte: ma tutto ciò nulla ha a che vedere con l'accertamento dei requisiti di ammissione alla gara; accertamento che è preliminare rispetto ad ogni altra fase di gara, giacché si tratta di stabilire quali imprese potranno partecipare alla selezione

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 3584 del 19 giugno 2006 ci insegna che:

<ai sensi del D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157, vi è una netta distinzione tra i criteri soggettivi di pre-qualificazione e quelli oggettivi attinenti all'aggiudicazione vera e propria, che ha la sua ratio nella

necessità di separare i requisiti soggettivi di idoneità e partecipabilità alla gara da quelli oggettivi attinenti all'offerta ed all'aggiudicazione

Solo dopo aver accertato la sussistenza (o insussistenza) dei requisiti ed adottate le conseguenti determinazioni sull'ammissione (o esclusione), si apre la gara vera e propria che inizia proprio con la predeterminazione dei sub criteri, aventi ad oggetto esclusivamente la valutazione dell'offerta tecnica >

Ma vi è di più.

< Del resto la giurisprudenza ha ammesso l'integrazione e specificazione dei criteri purché assurga prima dell'apertura delle buste contenenti la documentazione illustrativa delle offerte tecniche (cfr. per tutte Cons. St., sez. V, 4 febbraio 2003, n. 533: “nel caso in cui, nell'ambito di una gara per l'affidamento di un servizio, la commissione di esperti, incaricata della valutazione delle offerte tecniche proceda a specificare ed integrare i criteri di massima stabiliti dal bando, dopo l'apertura delle buste contenenti la documentazione illustrativa delle predette offerte risultano violati i principi di segretezza e di imparzialità che devono informare le gare pubbliche”, e sez. V, 8 luglio 2002, n. 3790: “in una gara d'appalto pubblico, la commissione giudicatrice può introdurre elementi di specificazione ed integrazione dei criteri generali di valutazione delle offerte, già indicati nel bando di gara o nella lettera di invito, oppure fissare sottocriteri di adattamento di tali criteri o regole specifiche sulle modalità di valutazione, a condizione però che vi provveda prima dell'apertura delle buste recanti le offerte stesse”).>>

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA N.                    Reg.Sent.  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO Anno  
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO N. 4704 Reg.Ric.  
SEZIONE III quater Anno 2007

composta dai magistrati:

MARIO DI GIUSEPPE Presidente

CARLO TAGLIENTI Consigliere relatore

UMBERTO REALFONZO Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 4704 del 2007 proposto da ALFA TOURS s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Barbara Braggio, presso lo studio della quale risulta elettivamente domiciliata in Roma, via Casalotti n. 53;

CONTRO

L'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale INPS, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Pietro Collina, Gaetano De Ruvo, Francesca Ferrazzoli e Lidia Carcavallo dell'Avvocatura dell'ente, presso la quale è domiciliato in Roma, via della Frezza n. 17;

e nei confronti

della BETA Viaggi s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Liroso e Cinzia Guglielmello, elettivamente domiciliata presso lo studio Gianni, Origoni, Grippo & partners di Roma, via Quattro Fontane n. 20, anche ricorrente incidentale;

con intervento ad adjuvandum

della GAMMA International s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati, prof. Giorgio Recchia, Silvio Bozzi e Pietro Falletta, elettivamente domiciliata presso lo studio Recchia in Roma corso Trieste n. 88;

per l'annullamento

del bando di gara pubblicato sulla GUCE n. S189 del 4 ottobre 2006 e sulla GURI n. 235 del 9 ottobre 2006 relativo all'affidamento del servizio, di durata triennale, di prenotazione e fornitura di vouchers alberghieri e titoli di viaggio, limitatamente alla parte in cui prevede tra i sub elementi valutativi dell'offerta qualitativa le referenze attive sul tipo di servizio;

del capitolato d'appalto, nei limiti di cui sopra;

della nota dell'INPS 14 febbraio 2007 n. 729;

del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria del 19 aprile 2007 n. 895;

del verbale della seduta riservata di Commissione del 2 maggio 2007;

dei verbali della commissione aggiudicatrice;

del provvedimento di aggiudicazione provvisoria e definitiva alla BETA viaggi;

di ogni provvedimento connesso;

e, con i motivi aggiunti

della determinazione dell'INPS 16 aprile 2007 n. 90;

del verbale di gara n. 6 del 2 maggio 2007;

della determinazione INPS 9 maggio 2007 n. 122;

della determinazione INPS 16 maggio 2007 n. 125;

nonché per l'annullamento, con ricorso incidentale:

del verbale della seduta di Commissione del 16 novembre 2006, nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione dalla gara della ALFA tours, e della graduatoria finale, nella parte in cui è stata inserita la ALFA tours;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione resistente e quello della controinteressata;

visto il ricorso incidentale;

visto l'intervento ad adjuvandum;

Viste le memorie prodotte dalle parti;

vista la propria ordinanza collegiale n. 907 del 19 luglio 2007;

Visti gli atti tutti di causa;

Uditi, alla pubblica udienza del 17 ottobre 2007, con designazione del Cons. Carlo Taglienti relatore della causa, gli avv.ti come da verbale di udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

#### FATTO

Il ricorso in epigrafe della ALFA Tours s.p.a. ha impugnato gli atti della gara indetta dall'INPS per l'affidamento del servizio di prenotazione e fornitura di vouchers alberghieri e titoli di viaggio, di durata triennale, contestando in via principale il bando ed il capitolato di gara nella parte in cui prevede, tra i subelementi di valutazione dell'offerta qualitativa le "referenze attive sul tipo di servizio".

Ha dedotto:

- 1) la violazione dei principi generali sui criteri di aggiudicazione dei servizi pubblici di cui al D.leg.vo n. 163/06; dell'art. 83 c.1 stesso decreto in relazione alla clausola di bando di cui al punto IV.2.1: risultano inseriti tra i criteri di valutazione dell'offerta requisiti soggettivi dei partecipanti, operando così una illegittima commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione e criteri oggettivi di aggiudicazione;
- 2) eccesso di potere per sviamento, violazione del principio della par condicio, non discriminazione, imparzialità, correttezza e buon andamento ex art. 97 Cost: mancanza di collegamento tra criteri di aggiudicazione ed oggetto dell'appalto;
- 3) violazione dell'art. 42 c. 1 lett. a e comma 3 del D.leg.vo n. 163/06; eccesso di potere per sviamento, violazione dei principi della par condicio, non discriminazione, imparzialità e correttezza ex art. 97 Cost.: illegittima la richiesta dell'amministrazione di produrre copia autentica dei contratti stipulati con i referenti indicati nella domanda, prevedendo la legge o certificazioni delle amministrazioni referenti o autodichiarazioni;
- 4) violazione dell'art. 1 del capitolato in relazione alla richiesta di referenze sul tipo di servizio; irragionevolezza, erroneità manifesta, sviamento, violazione dei principi di par condicio, non discriminazione, imparzialità, correttezza e buon andamento ex art. 97 Cost: illegittimo appare il richiesto oggetto dei contratti stipulati con i referenti.

Si chiede quindi risarcimento del danno in forma specifica e, subordinatamente, per equivalente.

II^ Con ricorso incidentale l'aggiudicataria BETA Viaggi ha chiesto l'annullamento del verbale di commissione del 16 novembre 2006 nella parte in cui non ha escluso dalla gara la ricorrente.

Premesse le ragioni di pregiudizialità del ricorso incidentale rispetto al principale, deduce:

violazione delle disposizioni di cui ai punti III.2.1 e III.2.1.3 del bando di gara; violazione dei principi di integrazione documentale, della par condicio e dell'imparzialità: la ricorrente ha prodotto documentazione non conforme alle prescrizioni dl bando di gara, in ordine ai requisiti di capacità tecnica generale e speciale.

III. Con intervento ad adjuvandum si è costituita in giudizio la GAMMA International s.r.l., che aveva già proposto autonomo ricorso avverso la stessa procedura concorsuale; con tale atto ha evidenziato irregolarità procedurali e si è associata alla richiesta di annullamento degli atti di gara.

IV Con motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato gli atti conclusivi della gara evidenziandone la illegittimità derivata da quella degli atti già impugnati col ricorso introduttivo, del quale reitera le ragioni, ed aggiungendo l'ulteriore profilo di violazione dell'art. 44 comma 1 della direttiva 2004/18/CE; eccesso di potere per sviamento, violazione dei principi della par condicio, non discriminazione, imparzialità, correttezza e buon andamento ex art. 97 Cost, nel quale peraltro si reitera il motivo attinente alla commistione tra requisiti soggettivi di capacità tecnica e requisiti oggettivi dell'offerta.

V. Con memoria la controinteressata ha contestato le ragioni del gravame principale, eccependo preliminarmente l'inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione attiva nel caso di accoglimento del ricorso incidentale e per carenza d'interesse, non avendo la ALFA contestato che i contratti relativi alle referenze richieste avessero i requisiti richiesti dal bando, e mancando quindi gli eventuali requisiti di ammissione, ove le referenze venissero, in un nuovo bando, inserite tra i requisiti di capacità tecnica e di ammissione alla gara.

Nel merito ha sostenuto l'infondatezza del ricorso in quanto i requisiti soggettivi di capacità tecnica possono essere inseriti tra gli elementi di valutazione dell'offerta se attengono direttamente all'oggetto dell'appalto, cosa che si verifica nella fattispecie, considerate le caratteristiche di complessità e novità del servizio richiesto; che la richiesta dei contratti rispondeva a disposizioni di capitolato.

VI. Costitutosi l'INPS ha preliminarmente contestato la fondatezza del ricorso incidentale, ritenendo adeguata la documentazione prodotta dalla ricorrente in ordine ai requisiti soggettivi di ammissione alla gara e che le ulteriori richieste della Commissione devono ritenersi "ad abundantiam"; ha anche sostenuto l'inammissibilità del ricorso per carenza d'interesse in quanto la ALFA non avrebbe comunque i requisiti di ammissione alla gara, ove i requisiti tecnici soggettivi richiesti nell'offerta fossero, in un nuovo bando, richiesti per l'ammissibilità, e considerato che tali carenze non risultano contestate giudizialmente; nel merito ha sostenuto che ai requisiti soggettivi tecnici connessi all'offerta è stato comunque dato un valore non rilevante e che essi erano direttamente collegati con l'oggetto dell'offerta.

VII. Con ordinanza collegiale n.907 del 19 luglio 2007 è stata accolta l'istanza cautelare.

VIII. Con memoria la ricorrente ha replicato ai rilievi della controinteressata, sostenendo l'infondatezza del ricorso incidentale, per avere essa fornito la documentazione direttamente probante del possesso dei requisiti soggettivi richiesti, ed essendo irrilevante l'ulteriore richiesta della Commissione di integrazione documentale.

IX. Con memorie predisposte per l'udienza di discussione le parti hanno ribadito tesi e ragioni, insistendo amministrazione e controinteressata in particolare sui profili di inammissibilità del ricorso principale e dei motivi aggiunti per tardività.

Alla pubblica udienza del 17 ottobre 2007 le parti hanno concordemente spedito la causa in decisione.

## DIRITTO

Con il ricorso principale in epigrafe indicato una società di organizzazione di viaggi ha impugnato gli atti della gara indetta dall'INPS per l'affidamento triennale del servizio di prenotazione e fornitura di vouchers alberghieri e titoli di viaggio.

La società aggiudicataria ha presentato ricorso incidentale assumendo che la ricorrente non doveva essere ammessa alla gara.

1. Considerato che col ricorso incidentale si contesta la stessa legittimazione attiva della ricorrente, il suo esame precede quello del ricorso principale.

Il ricorso incidentale, ad avviso del Collegio, è infondato.

In base al bando di gara il possesso dei seguenti requisiti di capacità tecnica doveva essere provato con autocertificazione o dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà: a) possesso della licenza A di tour operator o di licenza B di tour operator ricettivista o dettagliante; b) possesso della concessione di biglietteria aerea IATA.

La ricorrente invece dell'autodichiarazione ha prodotto copia della licenza di tour operator (come risulta dal verbale di gara n.1 del 16 novembre 2006), nonché dichiarazione della IATA .

E' evidente come la documentazione direttamente probante il possesso dei requisiti soggettivi richiesti abbia una valenza superiore all'autodichiarazione o all'atto notorio, talchè apparirebbe assolutamente irragionevole escludere da una gara un partecipante per aver prodotto i certificati attestanti direttamente il possesso dei requisiti anzichè una prova indiretta quale l'autocertificazione o l'atto notorio. Irrilevante poi la richiesta della Commissione di documentazione integrativa.

2. Con il ricorso principale si contesta la procedura di gara, ed in particolare il bando ed il capitolato nella parte in cui vengono valutati nel punteggio da attribuire all'offerta tecnica requisiti soggettivi, da richiedersi esclusivamente per l'ammissibilità alla procedura.

2.1 Preliminarmente devono essere presi in esame i profili di inammissibilità sollevati da parte resistente e parte controinteressata.

Respinto il primo relativo al difetto di legittimazione, che poteva conseguire solo dall'accoglimento del ricorso incidentale, il Collegio prende in esame quello di carenza di interesse, formulato nel senso che, ove i requisiti soggettivi contestati, che non sono stati nel merito censurati, fossero comunque stati richiesti come requisiti di ammissione alla gara, la ricorrente non sarebbe stata ammessa.

Nemmeno tale eccezione può essere condivisa.

La ricorrente principale ha infatti un interesse sicuramente strumentale alla caducazione dell'intera procedura derivante dall'annullamento della clausola di bando contestata, in quanto la ripetizione della gara presenta una utilità potenziale all'aggiudicazione, che la situazione attuale invece esclude in radice.

Né appare ragionevole richiedere alla ricorrente la contestazione nel merito dell'applicazione di una clausola di bando della cui legittimità in radice si dubita; né, d'altra parte, in una eventuale rinnovazione

della procedura è certo sin d'ora che verranno richiesti gli stessi requisiti soggettivi qui oggetto di contestazione.

Irrilevante è poi l'eccezione di inammissibilità dei motivi aggiunti, considerato che, come di seguito si dirà, il Collegio ritiene fondato il primo motivo del ricorso principale, con il quale, comunque, veniva impugnata anche l'aggiudicazione definitiva.

Il ricorso principale deve pertanto valutarsi ammissibile.

2.2. Nel merito esso appare fondato.

In particolare il Collegio ritiene fondato il primo profilo di gravame.

Infatti le regole di gara prevedevano la valutazione, ai fini dell'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica, di requisiti soggettivi del partecipante quali "le referenze attive sul tipo di servizio" (punto B.5 dell'offerta qualitativa) con attribuzione di un punteggio massimo di 16 su 40; per ognuno degli altri 6 elementi di valutazione dell'offerta erano previsti punteggi massimi di 3 o 6 punti.

Quindi le referenze attive avevano, secondo il bando, il peso di gran lunga maggiore nella valutazione dell'offerta qualitativa.

Orbene appare evidente come le referenze attengano ai requisiti soggettivi del partecipante ad una gara, che hanno una loro legittima valutazione in sede di selezione dei partecipanti, ma che non possono, anche per evidenti ragioni di trasparenza, venire in considerazione per il punteggio da attribuire all'offerta, essendo spesso già noti. Peraltro in giurisprudenza si rintracciano numerosi casi in cui le esperienze pregresse della ditta partecipante sono state considerate non valutabili ai fini dell'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica (TAR Lazio sez. III 19 settembre 2006 n.8823; 11 luglio 2006 n.5807; Cons. di St. sez. V 19 giugno 2006 n.3584 ; 20 marzo 2006 n.1446).

L'accoglimento del primo motivo comporta la caducazione dell'intera gara, con assorbimento degli ulteriori motivi di gravame.

3. La domanda di risarcimento del danno non può essere accolta per mancanza del nesso di causalità.

La condanna al pagamento delle spese di giudizio segue la soccombenza; esse vengono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio sez.III quater, respinge il ricorso incidentale; accoglie il ricorso principale e per l'effetto annulla in parte qua il bando di gara; respinge la domanda di risarcimento danni.

Condanna l'amministrazione resistente e la controinteressata al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente, che liquida in complessivi euro 6.000,00, di cui € 2.000,00 per spese, da corrisponderci in parti uguali (€ 2.000,00 per onorari più € 1.000,00 per spese) da parte delle suddette soccombenti; compensa con l'interveniente.

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

Così deciso in Roma dal Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio – Sezione terza quater – nella camera di consiglio del 17 ottobre 2007 .

MARIO DI GIUSEPPE Presidente:

CARLO TAGLIENTI Relatore estensore:

10T