



REPUBBLICA ITALIANA

Sent. n. 1719

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Anno 2007

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte – 2^a **R.g. n. 15**

Sezione – ha pronunciato la seguente

Anno 2007

SENTENZA

sul ricorso n. **15/2007**, proposto dalla Copra Ristorazione e Servizi Coop., in persona del Presidente e legale rappresentante pro tempore geom. Leopoldo Corti, con sede in Piacenza, alla via Bresciani n. 27, rappresentata e difesa dagli avv.ti Simona Rostagno e Adolfo Mario Balestreri ed elettivamente domiciliata in Torino, Corso Re Umberto n.77, presso lo studio della prima,

c o n t r o

il Comune di Cocconato, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Marco Venturino ed elettivamente domiciliato presso la Segreteria di questo Tribunale;

e nei confronti

della Marangoni s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede in Grinzane Cavour (CN), via Castello n. 12/A, non costituita in giudizio

per l'annullamento, previa sospensione nonché concessione di

decreto cautelare presidenziale “inaudita altera parte”

(i) del bando di gara relativo alla “procedura aperta per l'appalto del servizio di mensa scolastica presso la scuola

Materna, Elementare e Media di Cocconato (AT) in esecuzione della determinazione a contrattare del Dirigente/Responsabile del servizio n. 238 in data 13.11.2006”, datato 20 novembre 2006;

(ii) di tutti i verbali di gara, e segnatamente del verbale di aggiudicazione dell'appalto per cui è causa in favore della Società controinteressata, relativo alla seduta di gara tenutasi, a quanto è dato conoscere, in data 23 dicembre 2006, del quale non sono noti né gli estremi né l'esatto contenuto;

(iii) nonché di tutti gli atti ad essi presupposti, antecedenti, conseguenti e comunque connessi e/o richiamati “ob relationem”

nonchè per la condanna

della resistente Amministrazione al risarcimento del danno ingiustamente subito dalla Società ricorrente, ai sensi del “combinato disposto” degli artt. 34 e 35 del D.Lgs. n. 80 del 1998, come novellati dalla legge n. 205 del 2000;

Visto il ricorso e la relativa documentazione;

Visto il decreto del Presidente f.f. di questa Sezione n. 2 del 4 gennaio 2007;

Visti i motivi aggiunti notificati dalla società ricorrente;

Viste la memoria di costituzione del Comune di Cocconato e la relativa produzione documentale;

Viste le memorie depositate dalle parti;

Visti gli atti tutti della causa e le relative produzioni

documentali;

Relatore all'udienza pubblica del 28 marzo 2007 il
Referendario Ivo Correale;

Uditi l'avv. Brustia, su delega dell'avv. A.M. Balestreri, per la
società ricorrente, e l'avv. Mattioli, su delega dell'avv. M.
Venturino, per il Comune di Cocconato;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Il responsabile unico del procedimento del Comune di
Cocconato, emanava, in data 20 novembre 2006, il bando di
gara relativo ad una procedura aperta per l'appalto del servizio
di mensa scolastica presso la scuola Materna, Elementare e
Media dello stesso Comune, in esecuzione della determinazione
a contrattare del dirigente/responsabile del servizio n. 238 in
data 13 novembre 2006.

L'articolo 8 - Criteri di aggiudicazione - del detto bando,
prevedeva che *“L'aggiudicazione avverrà con il criterio
dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi
dell'articolo 83 del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, da valutarsi,
da parte della commissione giudicatrice...”*.

Il successivo articolo 9 - Svolgimento delle operazioni di gara-
prevedeva, tra l'altro, che *“A conclusione di questa fase di
verifica si riprendono le operazioni di gara e la commissione
giudicatrice, prima di procedere all'apertura delle buste
contenenti le offerte tecniche (Busta n.2), fissa i criteri*

motivazionali cui dovrà attenersi nell'attribuzione dei punteggi relativamente al merito tecnico del servizio, nel rispetto dei limiti massimi previsti dall'articolo 8 (criteri di aggiudicazione) del presente bando di gara...".

Partecipavano alla procedura due sole ditte e la commissione di gara si riuniva, per la prima seduta, in data 16 dicembre 2006.

Ammesse le due offerte, la commissione passava all'apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica - dichiarando ammesse alla gara le ditte partecipanti - e di quelli contenenti l'offerta economica.

Preso atto dei ribassi offerti e su una specifica contestazione del rappresentante della ditta COPRA ivi presente, la commissione di gara riteneva la necessità di richiedere alle partecipanti un'integrazione dell'offerta economica, con elenco dettagliato delle voci che concorrevano alla determinazione del costo/pasto e al conseguente ribasso offerto e aggiornava la procedura alla seduta del 23 dicembre 2006.

In tale seduta, giusta il relativo verbale n. 2, *“La Commissione prende atto che per la gara sono state inviate n. 2 integrazioni da parte delle ditte...E che tali integrazioni confermano che il prezzo praticato è comprensivo di tutte le spese a carico dell'azienda che concorrono alla quantificazione dello sconto praticato e lo confermano. MARANGONI S.R.L. ribasso pari € 0,34 a pasto. COPRA RISTORAZIONE E SERVIZI COOP. Ribasso pari a € 0,10 Risulta quindi aggiudicataria in via*

provvisoria della gara d'appalto la Ditta Marangoni S.r.l. - con sede in Grinzane Cavour – Via Castello n. 12/a” .

Con ricorso a questo Tribunale, notificato il 30 dicembre 2006, la Copra Ristorazione e Servizi coop. chiedeva, previo provvedimento presidenziale cautelare e sospensione, l'annullamento del Bando di gara, dei relativi verbali, in epigrafe indicati, e degli altri atti, pure in epigrafe menzionati, nonchè la condanna della amministrazione, pure in epigrafe specificata, per i seguenti motivi:

I. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83 D.Lgs. n. 163/06 e dei generali principi di imparzialità, trasparenza e ragionevolezza da parte del “combinato disposto” degli artt. 8 e 9 del bando di gara.

La società ricorrente evidenziava che il bando di gara, all'art. 8, prevedeva che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 83 del d.lgs. n. 163/06, da valutarsi da parte della commissione: tale norma stabilisce, al 1° comma, che *“Quando il contratto è affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il bando di gara stabilisce i criteri di valutazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, quali, a titolo esemplificativo: a) il prezzo; b) la qualità; c) il pregio tecnico; d) le caratteristiche estetiche e funzionali; e) le caratteristiche ambientali; f) il costo di utilizzazione e*

manutenzione; g) la redditività; h) il servizio successivo alla vendita; i) l'assistenza tecnica; l) la data di consegna, ovvero il termine di consegna o di esecuzione; m) l'impegno in materia di pezzi di ricambio; n) la sicurezza di approvvigionamento; o) in caso di concessioni, altresì la durata del contratto, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti”, al 2° comma, che “Il bando di gara, ovvero, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo, elencano i criteri di valutazione e precisano la ponderazione attribuita a ciascuno di essi ...”, e, al 3° comma, che “Le stazioni appaltanti, quando ritengano la ponderazione di cui al comma 2 impossibile per ragioni dimostrabili, indicano nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, o, in caso di dialogo competitivo, nel bando o nel documento descrittivo, l'ordine decrescente di importanza dei criteri”.

Era evidente, quindi, per la società ricorrente, che la norma di legge in questione imponeva all'amministrazione aggiudicatrice di individuare già nel bando i criteri di valutazione dell'offerta tecnica, al fine del rispetto del principio generale, operante comunque anche prima dell'entrata in vigore del “codice appalti”, di rendere percepibile l'”iter” logico seguito dalla commissione di gara nell'attribuzione di punteggi.

Nel caso di specie, l'art. 8 in questione, pur richiamando l'art.

83 cit., nulla aveva disposto in ordine agli elementi dell'offerta che sarebbero stati tenuti in considerazione e all'oscillazione dei relativi punteggi.

Era pur vero che il successivo art. 9 prevedeva che la commissione di gara, prima dell'apertura delle buste, avrebbe fissato i criteri motivazionali cui attenersi nell'attribuzione dei punteggi, relativamente al merito tecnico, nel rispetto dei limiti di cui all'art. 8, ma era altrettanto vero che nessuna preventiva predeterminazione di criteri di massima era stata fissata, di guisa che la commissione di gara avrebbe provveduto solo ad "offerte ricevute".

Era necessario, quindi, fissare sin dal bando di gara i criteri di valutazione dell'offerta tecnica e non poteva essere lasciata tale incombenza alla commissione giudicatrice.

La società ricorrente, poi, precisava che non poteva avere alcuna rilevanza l'osservazione che l'importo del servizio di gara era inferiore alla soglia comunitaria, con conseguente non necessità di applicare l'art. 83 cit., previsto solo per gli appalti "sopra-soglia", ai sensi degli artt. 121 e 124 d.lgs. n. 163/06 cit., atteso che l'amministrazione si era autovincolata in tal senso con la previsione di cui all'art. 8 del bando di gara.

II. Illegittimità derivata e/o caducazione in via automatica del provvedimento di aggiudicazione della gara.

Le censure di cui al primo motivo di ricorso, in quanto riferite ad un vizio genetico della legge concorsuale, si ripercuotevano

direttamente sulla conseguente aggiudicazione.

Con il decreto presidenziale indicato in epigrafe era rigettata la domanda cautelare di sospensione in via provvisoria del provvedimento impugnato.

In data 20 gennaio 2007 la società ricorrente, notificava motivi aggiunti, lamentando che la gara era stata aggiudicata, in realtà, in base non al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ma a quello del prezzo più basso, deducendo:

1. Violazione della lex specialis di gara in relazione all'art. 8 del bando di gara. Eccesso di potere sotto il profilo dell'illogicità manifesta.

La società ricorrente richiamando le censure già esposte con il ricorso, evidenziava che la commissione di gara aveva disatteso in maniera evidente la disciplina di gara, dando luogo ad una aggiudicazione al criterio del prezzo più basso, di cui all'art. 82 del d.lgs. n. 163/06, in luogo di quello all'offerta economicamente più vantaggiosa, di cui all'art. 83 d.lgs. cit., perché dall'esame dei verbali di gara emergeva che la commissione aveva solo "visionato" le offerte tecniche, senza minimamente dare conto delle valutazioni effettuate, ed aggiudicando il servizio unicamente sulla base del ribasso offerto.

Si costituiva in giudizio il Comune di Cocconato, rilevando l'infondatezza del ricorso.

Alla camera di consiglio del 14 febbraio 2007, già rinviata su

istanza di parte ricorrente dall'11 gennaio 2007, il difensore della società ricorrente rinviava al merito la trattazione della domanda cautelare.

In prossimità dell'udienza pubblica entrambe le parti costituite depositavano memorie ad ulteriore illustrazione delle proprie difese.

In particolare, con la memoria in data 14 marzo 2007, il comune di Cocconato eccepiva che “La sottrazione dell'appalto in oggetto alle disposizioni del Codice, sia per ragioni sia di materia che di valore, fa sì che appaia assai dubbia la giurisdizione del Giudice Amministrativo investito di una controversia avente ad oggetto norme al cui rispetto l'Ente non era tenuto a conformarsi, non avendo alcun rilievo che l'Ente abbia fatto riferimento nel disciplinare l'appalto, ad una procedura simile a quella del Codice vigente...”.

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il Collegio, preliminarmente, deve esaminare l'eccezione di difetto di giurisdizione, dedotta dal comune resistente.

Sul punto, si ritiene che nel caso di specie sia configurabile la giurisdizione di questo Tribunale.

In primo luogo il Collegio osserva che l'art. 6 della legge n. 205/2000 prevede che “Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o

forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale”.

E' evidente che tra i “soggetti comunque tenuti” alla applicazione dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale sono certamente i Comuni.

In più – osserva il Collegio – la giurisdizione del Giudice amministrativo è accertata non solo quando la normativa comunitaria o norme statali o regionali impongono di ricorrere a procedimenti di evidenza pubblica ma anche, come nel caso di specie – secondo quanto sarà approfondito in prosieguo – quando è la medesima amministrazione ad autovincolarsi al rispetto delle stesse.

Come più volte richiamato dalla società ricorrente, infatti, lo specifico bando di gara che rileva nella presente sede prevedeva, all'articolo 8, che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa , “...ai sensi dell'articolo 83 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163”, con ciò specificando che tale normativa statale, a sua volta emanata anche in recepimento della normativa comunitaria di cui alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, era ritenuta applicabile al caso di specie.

In più, il Collegio, rifacendosi alla recente evoluzione giurisprudenziale, che ritiene di condividere, evidenzia che non

è sufficiente che l'importo dell'appalto sia inferiore alla "soglia" comunitaria per negare la giurisdizione del Giudice amministrativo – come pare adombrare il Comune di Cocconato con il richiamo alla disciplina del d.lgs. n. 163/06 cit. che limiterebbe la sua applicazione solo ad alcune disposizioni, di cui agli artt. 65, 68 e 225, nel caso di importo di tale valore – perché tale conclusione non può essere condivisa quando l'amministrazione appaltante si avvale comunque di schemi procedurali di tipo pubblicistico, come è innegabilmente avvenuto nel caso di specie.

In più, il Collegio, come accennato, evidenzia quanto specificato dalla più recente giurisprudenza amministrativa, laddove è stato chiarito che per le pubbliche amministrazioni, quale indubbiamente può configurarsi il Comune resistente, l'obbligo di seguire le norme di evidenza pubblica – con correlato esercizio di potestà pubblicistiche – è regola generale, valevole anche per i contratti c.d. "sotto-soglia", i quali si contraddistinguono da quelli di importo superiore non per la sottrazione alle regole pubblicistiche di ordine generale ma soltanto per la limitata applicazione di specifiche norme di legge, ai sensi degli artt. 121 e 124 d.lgs. n. 163/06 cit.

Infatti, la normativa nazionale in materia di contabilità pubblica, di cui al r.d. n. 2440/1923 e al r.d. n. 827/1924, impone per ogni attività della pubblica amministrazione l'utilizzo di procedure concorsuali "aperte", nel senso più

ampio dell'espressione, che oggi è assorbito anche nelle regole comunitarie generalmente applicabili in ordine alla libertà di concorrenza, alla non discriminazione, alla libertà di stabilimento.

In più, anche quando un soggetto non è direttamente tenuto all'applicazione di una specifica disciplina per la scelta del contraente – ed è il caso delle “esenzioni” di cui ai ricordati artt. 121 e 124 d.lgs. n. 163/06 – il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, di cui principalmente agli artt. 43 e 55 del trattato C.E., nonché dei principi generali che governano la materia dei contratti pubblici, impone all'amministrazione procedente di operare con modalità che preservino la “par condicio” dei partecipanti in virtù di potestà pubblicistiche (Cons. Stato, sez. VI, 15.11.05 ; TAR Lazio, sez.I, 1.9.06, n. 7375).

Di converso, per completare l'esposizione, il Collegio evidenzia che la giurisdizione amministrativa debba essere negata solo nell'ipotesi – che non ricorre nel caso di specie – in cui l'amministrazione appaltante agisca, nella scelta del contraente, non facendo uso dei poteri autoritativi e pubblicistici riconosciuti ma attraverso l'autonomia negoziale consentita da specifiche norme.

Appare dunque irrilevante, in punto di giurisdizione nella presente sede, evidenziare se il valore dell'appalto superi o meno la soglia comunitaria, quando la medesima

amministrazione, avvalendosi dei poteri pubblicistici riconosciute, abbia deciso di ricorrere ad una procedura aperta per l'appalto di un servizio come quello in esame, soprattutto se la medesima amministrazione si sia autovincolata al rispetto della normativa statale in materia, come si desume agevolmente dalla lettura del bando di gara che richiama l'art. 83 d.lgs. n. 163/06.

Ciò posto, il Collegio passa ad esaminare il merito del gravame, ritenendo fondato quanto dedotto sia con il ricorso che con i motivi aggiunti.

Con l'unico motivo di ricorso – essendo orientato il secondo a censurare essenzialmente l'illegittimità derivata del provvedimento di aggiudicazione – la società ricorrente ha lamentato che il bando di gara non predeterminasse i criteri di valutazione dell'offerta, secondo quanto affermato nel relativo art. 8, che richiama il criterio di cui all'art. 83 d.lgs. n. 163/06, e nel successivo art. 9, che, a sua volta, richiama il rispetto dei limiti di cui al precedente art. 8 cit.

In effetti il Collegio rileva che l'art. 8 del bando introduceva un criterio di autovincolo dell'amministrazione perché precisava che *“L'aggiudicazione avverrà con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 83 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n.163, da valutarsi da parte della commissione giudicatrice”*: tale norma, prevede, al 1° comma, che *“Quando il contratto è affidato con il*

criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il bando di gara stabilisce i criteri di valutazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, quali, a titolo esemplificativo...” al 2° comma, che “Il bando di gara...elenca(no) i criteri di valutazione e precisa(no) la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia deve essere appropriato.”, al 3° comma, che “Le stazioni appaltanti, quando ritengono la ponderazione di cui al comma 2 impossibile per ragioni dimostrabili, indicano nel bando...l'ordine decrescente di importanza dei criteri.” ed, al 4° comma, che “Il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, one necessario, i sub pesi o i sub – punteggi...La commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando...”.

Lo stesso bando, nel successivo art. 9, prevedeva che la commissione di gara, prima di procedere all'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche “...fissa i criteri motivazionali cui dovrà attenersi nell'attribuzione dei punteggi relativamente al merito tecnico del servizio, nel

rispetto dei limiti massimi previsti dall'articolo 8 del presente bando di gara".

Già, sotto un primo profilo, quindi, si rileva che il bando di gara non appare legittimo, perché, da un lato, faceva esplicito riferimento all'art. 83 d.lgs. n. 163/06 - il quale prevede che la stessa legge di gara predetermini i criteri di valutazione dell'offerta tecnica in una gara con l'aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa - e, dall'altro, riconosceva alla commissione di gara il potere di predeterminare tali criteri, nei limiti, però, di quanto previsto dal medesimo articolo 8, che limiti non poneva.

In secondo luogo, il Collegio osserva che sicuramente, tanto ai sensi dell'articolo 8 del bando, che faceva riferimento all'art. 83 del d.lgs. n. 163/06, tanto ai sensi del successivo articolo 9, che imponeva alla commissione di gara di predeterminare i criteri motivazionali prima dell'esame delle offerte tecniche, la commissione di gara non si è attenuta a quanto descritto nella legge di gara.

Infatti, dalla lettura del verbale di gara del 16 dicembre 2006, risulta che si è proceduto ad aprire dapprima la busta n. 1 contenente la documentazione amministrativa della ditta Marangoni s.r.l. ma subito dopo, senza soluzione di continuità e senza - soprattutto - predeterminazione di alcun criterio, si è dato luogo all'apertura della busta contenente l'offerta tecnica, descrivendone anche il contenuto e ad uguale successione

temporale e procedimentale si è dato luogo per l'offerta della COPRA.

Nessuna predeterminazione di criteri, quindi, si è avuta prima dell'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica e ciò è confermato dallo stesso verbale di gara il quale, sempre nella seduta del 16 dicembre 2006, attesta che le ditte erano considerate ammesse ed evidenzia che subito dopo la commissione passava ad aprire anche le buste contenenti l'offerta economica delle concorrenti.

Solo in virtù dell'osservazione critica di un rappresentante della COPRA ivi presente, in ordine all'illustrazione delle voci di costo, la commissione di gara decideva di richiedere alla due ditte partecipanti un'integrazione dell'offerta "*...con elenco dettagliato delle voci che concorrono alla determinazione del costo/pasto ed il conseguente ribasso d'asta*".

Anche se, quindi, si ritenesse che la commissione avesse individuato i criteri di valutazione dell'offerta tecnica in un momento successivo al 16 dicembre 2006 ma prima della nuova seduta del 23 dicembre 2006, comunque sarebbe incorsa in una illegittimità, dato che è notorio il principio generale, riconosciuto da unanime giurisprudenza per le gara ad aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa,, per cui non è consentito determinare i criteri di valutazione delle offerte tecniche dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica, per evitare che la commissione di gara

possa essere influenzata dal valore economico riscontrato.

Comunque, anche dalla lettura del verbale del 23 dicembre 2006, non si evince tale conclusione né è presente alcun cenno ai criteri di valutazione su cui la commissione di gara si è basata nel giudicare le offerte tecniche, atteso che, da esso, si evince solamente che la commissione afferma, apoditticamente e per tutte le due giustificazioni presentate, senza neanche farne richiamo dettagliato, che “...*tali integrazioni confermano che il prezzo praticato è comprensivo di tutte le spese a carico dell’azienda che concorrono alla quantificazione dello sconto praticato e lo confermano*”, richiamando i ribassi offerti e aggiudicando provvisoriamente alla Marangoni s.r.l. il servizio.

Il Collegio, quindi, rileva che tanto nel bando di gara quanto nell’operato della commissione non è dato riscontrare sulla base di quali criteri, determinati prima della valutazione delle offerte tecniche, siano state valutate queste ultime, tenuto conto che il metodo di aggiudicazione era quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa e non del prezzo più basso.

Anzi, sembra proprio che la commissione di gara abbia confuso la fase di ammissione delle offerte, conseguente alla verifica della completezza della documentazione amministrativa, con quella della valutazione delle offerte stesse, dato che dal verbale sopra richiamato del 16 dicembre 2006 risulta che le ditte sono state dichiarate “ammesse” solo dopo l’apertura

della busta contenente l'offerta tecnica e non all'esito della verifica della completezza della documentazione amministrativa..

Né è possibile convenire con le difese del Comune di Cocconato, secondo cui al caso di specie, di servizi di ristorazione di cui all'Allegato B) II, d.lgs. n. 163/06, non si applicherebbe il disposto dell'art. 83 d.lgs. cit., in quanto appalto "sotto-soglia" per il quale il legislatore del "codice appalti" (art 20 d.lgs. cit.) ha previsto solo un'applicazione limitata della normativa, nello specifico degli artt. 65, 68 e 225.

Sul punto il Collegio non nega che nell'ipotesi di appalti "sotto-soglia" e di servizi di cui all'All. B), II, d.lgs. cit. il legislatore abbia limitato l'applicazione della normativa ivi contenuta secondo quanto disposto dal relativo art. 20 (sul principio generale, condivisibilmente, da ultimo, TAR Puglia-Le, sez.II, 30.3.07, n. 1333) ma, come detto in punto di giurisdizione, è stata l'amministrazione medesima, nell'ambito della discrezionalità riconosciuta, ad autovincolarsi con il richiamo di tale norma dell'art 83 cit. nel bando di gara ed a tale disposizione doveva attenersi.

Né è condivisibile quanto sostenuto dal Comune resistente in ordine al richiamo al precedente art. 8 – contenente a sua volta il richiamo all'art. 83 cit. – ad opera del successivo art. 9 del bando, inteso quale mero "evidente rifiuto, peraltro

immediatamente visibile e non rilevato né contestato dalla ricorrente” (p. 5, memoria di costituzione del Comune resistente), che non aveva inciso sulla “par condicio” dei concorrenti, atteso che nel caso di specie non è in contestazione la “par condicio” in questione bensì il mancato rispetto di specifiche norme di legge che imponevano la predeterminazione di criteri di valutazione delle offerte tecniche.

In più, l’affermazione che tale disposizione della legge di gara è un mero “refuso”, non appare corroborata da alcun principio di prova, potendo altrimenti qualunque amministrazione, in rilevata illegittimità di una norma della legge di gara, invocare, a posteriori, l’esistenza di un “refuso” per giustificare la sua mancata osservanza.

Né è sostenibile quanto ulteriormente illustrato nella sua prima memoria dal Comune resistente, secondo cui “...al di là di improprietà lessicali o di errori di file (quante vittime del meccanismo copia-incolla registra la scrittura con computer!), non vi siano reali vizi nella procedura...”, atteso che tale affermazione, lungi dal costituire un’esimente, si sostanzia in un’aggravante del comportamento dell’amministrazione comunale che avrebbe dovuto usare, semmai, l’ordinaria diligenza nel redigere un atto importante quale una legge di gara, soprattutto se a conoscenza delle “insidie” del meccanismo del “copia-incolla” dei moderni computers.

Da ultimo, sul punto, il Collegio rileva che se il “refuso” cui faceva riferimento il Comune resistente era tale ed era “immediatamente visibile”, non si comprende come mai esso non si sia avvalso della potestà di autotutela, revocando il bando e pubblicandone uno emendato dal suddetto refuse o, quantomeno, correggendolo.

In realtà, la legge di gara deve essere interpretata per come letteralmente si presenta, per cui il primo motivo di ricorso è fondato per quanto illustrato ed assorbe anche il secondo motivo, basato su illegittimità derivata.

Fondato è anche il motivo aggiunto proposto dalla società ricorrente, la quale rilevava, dalla lettura dei verbali di gara, che, in realtà, il servizio è stato aggiudicato non con il metodo dell’offerta economicamente più vantaggiosa ma con quello del prezzo più basso, attualmente regolato dall’art. 82 d.lgs. n. 163/06.

In effetti, facendo rimando al contenuto dei verbali di gara sopra riportato, si rileva che in essi non vi è traccia di una qualche valutazione che abbia portato la commissione di gara ad attribuire un punteggio per l’offerta tecnica, come pure necessiterebbe farsi nell’ipotesi di aggiudicazione con il metodo dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Infatti, sia nel verbale del 16 dicembre 2006 sia in quello del 23 dicembre 2006 si evince che l’attenzione della commissione giudicatrice si sia soffermata unicamente sui ribassi offerti.

A parte la considerazione sull'assenza di predeterminazione dei criteri di valutazione delle offerte tecniche prima dell'apertura delle relative buste, come evidenziata in precedenza, nei suddetti verbali non vi è traccia dell'iter logico seguito dalla commissione di gara nel valutare le offerte tecniche né del punteggio attribuito ad esse.

Se ne deduce, quindi, che il servizio sia stato affidato all'offerta più bassa, non bastando a considerare come legittimo criterio di valutazione quanto affermato nel verbale del 23 dicembre 2006, secondo cui entrambe le integrazioni offerte *"...confermano che il prezzo praticato è comprensivo di tutte le spese a carico dell'azienda che concorrono alla quantificazione dello sconto praticato e lo confermano"*, dato che non è indicato minimamente in base a quali parametri la commissione di gara sia giunta a tale conclusione.

Né è condivisibile quanto affermato sul punto dal Comune di Cocconato, secondo cui la valutazione tecnica doveva limitarsi alla verifica delle cinque dichiarazioni richieste di conformità alle specifiche tecniche riportate, di cui all'art. 6 del bando di gara, atteso che tali dichiarazioni erano di generica disponibilità e non integravano requisiti tecnici propri e necessari nelle gare ad aggiudicazione del metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, metodo prescelto dalla stessa amministrazione aggiudicatrice.

Inoltre, il Collegio non può che richiamare quanto già dedotto

in ordine al contenuto dell'art. 9 del medesimo bando di gara, che faceva comunque riferimento alla necessità per la commissione aggiudicatrice, dopo le operazioni di ammissione alla gara e *“...prima di procedere all'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche”* di fissare *“...i criteri motivazionali cui dovrà attenersi nell'attribuzione dei punteggi relativamente al merito tecnico del servizio, nel rispetto dei limiti massimi previsti dall'articolo 8 del presente bando di gara”*, con ciò confermando che era necessaria un'attività discrezionale della commissione nella valutazione delle offerte tecniche, che non poteva essere limitata alla mera verifica della presenza delle cinque generiche dichiarazioni di disponibilità di cui al precedente art. 6 del medesimo bando.

Tale conclusione, poi, sembra confermata anche da quanto affermato nella sua seconda memoria dal Comune resistente, secondo cui *“...qualunque predeterminazione di criteri operata nel bando non avrebbe potuto comportare esito di gara diverso”*, con ciò confermando che predeterminazione di criteri non c'è stata, in violazione del bando, e che la valutazione unica è stata quella sul prezzo offerto, in violazione del criterio di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa, che non può prescindere dalla valutazione del profilo tecnico della stessa.

Alla luce di quanto dedotto, quindi, il ricorso deve essere accolto in relazione alla domanda di annullamento ivi

contenuta.

Alla domanda di annullamento, però, la società ricorrente accompagnava anche una domanda di risarcimento del danno, tanto nel ricorso quanto nei motivi aggiunti.

Con essa, la COPRA chiedeva in via principale la reintegrazione in forma specifica o, in caso di impossibilità, il risarcimento per equivalente in relazione alla perdita del margine di utile presunto che sarebbe potuto derivare all'esponente Società nel caso di gestione del servizio.

Il Collegio rileva che, su tale ultimo profilo, la domanda non può essere accolta, atteso che dall'accoglimento del ricorso, in relazione al "petitum" e al bene della vita correlato, la posizione giuridica soggettiva sia soddisfatta, in forma di risarcimento specifico, con l'annullamento della gara e con i conseguenti provvedimenti che l'amministrazione comunale dovrà adottare per una nuova indizione.

Dall'accoglimento del ricorso, sotto il profilo di annullamento dedotto, infatti, non ne deriva l'automatica conclusione che il servizio dovesse essere affidato alla società ricorrente – come, per ipotesi, nel caso di necessaria esclusione dell'offerta dell'aggiudicataria – ma unicamente la conseguenza di una ripetizione della gara, il cui esito non può essere previsto certo nella presente sede.

E' stato infatti ribadito che la ripetizione delle operazioni di gara d'appalto, successiva all'annullamento giurisdizionale

della procedura selettiva per vizio radicale del bando, pone il concorrente nelle condizioni di partecipare alla competizione, ormai emendata dai vizi di legittimità rilevati dal giudice amministrativo; pertanto, è inibito al Tribunale di condannare l'amministrazione a risarcire i danni per la lesione di una posizione di vantaggio cui aspirava la ditta partecipante, in quanto quest'ultima è esclusivamente titolare di una posizione di interesse strumentale alla rinnovazione della stessa (TAR Campania-Na, sez. I, 11.12.06, n. 10488).

Per quanto dedotto, quindi, il ricorso deve essere accolto nei limiti ora descritti.

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

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte-2^a Sezione:

- 1) accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati;
- 2) rigetta la domanda risarcitoria;
- 3) condanna il Comune di Cocconato a corrispondere alla società ricorrente le spese del giudizio, pari ad euro 2.000,00.

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

Così deciso in Torino, alla camera di consiglio del 28 marzo 2007, con l'intervento dei signori magistrati:

Giuseppe Calvo

Presidente

Ivo Correale

Referendario, estensore

Emanuela Loria

Referendario

Il Presidente

L'Estensore



Il Direttore Segreteria II Sezione

Depositata in Segreteria a sensi di
Legge il 16 aprile 2007
Il Direttore Segreteria II Sezione