

REPUBBLICA ITALIANA

N.1428/04REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 6397 e 6494 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta
ha pronunciato la seguente

ANNO 2003

DECISIONE

1) **Sul ricorso in appello n. 6397/2003**, proposto da BORINI
COSTR. SPA IN PR. E Q.LE CAPOGRUPPO A.T.I., ATI-
BOGETTO IMPIANTI-TECNELIT-VIVALDI E CARDINO
rappresentate e difese dagli avv. ALESSANDRO
PALLOTTINO, FULVIO MOIZO, GIORGIO SANTILLI con
domicilio eletto in Roma VIA OSLAVIA 14 presso
ALESSANDRO PALLOTTINO

contro

SECAP S.P.A. rappresentato e difeso dall'avv. FRANCESCO
PAOLO VIDETTA con domicilio eletto in Roma VIA L.
MANTEGAZZA 24 presso LUIGI GARDIN;

- AEM - AZIENDA ENERGETICA METROPOLITANA S.P.A.
rappresentato e difeso dagli avv. ANDREA COMBA, MARCO
PIZZETTI, MARIO CONTALDI e MARIO E. COMBA con
domicilio eletto in Roma VIA PIERLUIGI DA PALESTRINA,
63 presso MARIO CONTALDI;

2) **sul ricorso in appello n. 6494/2003**, proposto da A.E.M.
TORINO SPA,-AZ. ENERGETICA METROPOLITANA
TORINO SPA rappresentata e difesa dagli avv. ANDREA

COMBA, MARCO PIZZETTI, MARIO COMBA e MARIO CONTALDI con domicilio eletto in Roma VIA PIERLUIGI DA PALESTRINA,63 presso MARIO CONTALDI

contro

SECAP SPA rappresentata e difesa dall'avv.to FRANCESCO PAOLO VIDETTA con domicilio eletto in Roma VIA L. MANTEGAZZA 24 presso LUIGI GARDIN;

e nei confronti di

BORINI COSTRUZIONI SPA rappresentata e difesa dagli avv. ALESSANDRO PALLOTTINO, FULVIO MOIZO e GIORGIO SANTILLI con domicilio eletto in Roma VIA OSLAVIA N. 12 presso ALESSANDRO PALLOTTINO;

per la riforma

della sentenza del **TAR PIEMONTE - TORINO: Sezione II n. 731/2003**, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE GARA PER SERVIZI DI MANUTENZIONE E PULIZIA PAL. DI GIUSTIZIA;

Visti gli atti di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di: SECAP S.P.A., AEM - AZIENDA ENERGETICA METROPOLITANA S.P.A. e BORINI COSTRUZIONI SPA;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art.23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971,

n.1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n.205;

Alla pubblica udienza del 13 Gennaio 2004 , relatore il Consigliere Aniello Cerreto ed uditi, altresì, gli avvocati A. Pallottino ,P. F. Videtta, M. Pizzetti ;

Visto il dispositivo di decisione n.14 del 14.1.2004;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto:

FATTO

Con il primo appello, la società Borini ha fatto presente che si trattava dell'affidamento dell'appalto dei servizi di manutenzione delle infrastrutture edili e dei servizi di pulizia del Palazzo di giustizia di Torino mediante procedura negoziata senza pubblicazione di un bando con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, esperita dalla società AEM; che in una prima fase erano stati attribuiti i punteggi per l'aspetto tecnico ed economico e poi in una seconda fase, limitatamente alle due concorrenti che avevano conseguito il più alto punteggio (Borini e SECAP), veniva richiesto un miglioramento dell'offerta economica; che la Borini confermava il suo precedente ribasso, mentre la SECAP migliorava la sua offerta, che però risultava complessivamente meno conveniente rispetto a quella della Borini, cui veniva aggiudicato l'appalto; che la SECAP proponeva ricorso al TAR Piemonte, che con la sentenza in epigrafe lo accoglieva, ritenendo illegittima la mancata esclusione della Borini nella seconda fase per non aver migliorato

l'offerta iniziale, con assorbimento delle altre censure.

Ha dedotto quanto segue

-il TAR aveva ritenuto essenziale la presentazione di un'offerta migliorativa nella seconda fase, ma ciò non corrispondeva alla disciplina di gara la quale prevedeva la presentazione di un'offerta già nella prima fase, con l'indicazione di un ribasso rispetto alla base indicata nella lettera di invito, per cui la seconda fase, anche se finalizzata ad ottenere un miglioramento dei prezzi proposti, era comunque diretta a conseguire l'offerta economicamente più vantaggiosa;

-non era corretto ricostruire la fattispecie come se la gara dovesse svolgersi solo nella seconda fase, mentre le due fasi costituivano momenti dell'unica trattativa;

-non era pertinente il richiamo del TAR alle gare con aggiudicazione alla migliore offerta al ribasso, nelle quali non è prevista una seconda fase di negoziazione, atteso che l'invito migliorare l'offerta già presentata non equivale all'invito a presentare per la prima volta l'offerta;

-nella seconda fase la Borini non era tenuta ad un ulteriore ribasso, che era previsto sul prezzo base e non sulla propria offerta, con la quale era stato già operato il massimo ribasso compatibile.

Con il secondo appello, la società AEM di Torino ha dedotto doglianze analoghe. Ha precisato in particolare che alla

procedura negoziata erano state invitate solo imprese già prequalificate e che la procedura di gara era stata articolata in due fasi, con la presentazione di un offerta al ribasso nella prima fase, eventualmente migliorata nella seconda fase; che nella normativa di gara non era prevista l'esclusione dell'impresa che avesse omesso di migliorare ulteriormente l'offerta nella seconda fase; che aderendo all'interpretazione fornita dal TAR l'appalto verrebbe aggiudicato secondo l'offerta meno vantaggiosa.

Costituitosi in giudizio la SECAP ha proposto appello incidentale, precisando di avere interesse alla riforma della sentenza in epigrafe nella parte in cui aveva respinto la domanda di annullamento del contratto stipulato tra Borini ed AEM per mancanza di qualsiasi allegazione, il che era erroneo atteso che l'annullamento dell'aggiudicazione non poteva che comportare l'annullamento, la nullità o l'inefficacia del contratto stipulato. HA quindi riproposto le censure avanzate in 1° grado e ritenute assorbite dal TAR e precisamente:

-il comportamento di AEM, che le aveva negato la documentazione relativa al Regolamento ad uso della commissione per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (doc.6 prodotto in giudizio, che non era stato inviato ai partecipanti alla gara) aveva violato il diritto di accesso, al fine di ritardare la conoscenza del modus operandi della Commissione e consolidare la situazione di fatto, costringendola a proporre

motivi aggiunti;

-soltanto nel documento 6 comparivano i quantitativi minimi da indicare nell'offerta ed i tassativi criteri della relativa valutazione, che invece dovevano essere resi pubblici anche se si trattava di una trattativa privata;

-d'altra parte, tali criteri erano illogici ed incoerenti per le seguenti ragioni:

Con riferimento alle attrezzature

-non era prevista alcuna gradualità di punteggio, con attribuzione di tre punti o niente;

-era stato richiesto ai concorrenti di precisare l'anno di immatricolazione e la dotazione di marchio CE, nonché la somma investita per attrezzature, ma poi non ne era stato tenuto conto;

Con riferimento ai prodotti chimici utilizzati

-anche per tale categoria mancava la gradualità del punteggio ed inoltre il relativo criterio non era stato divulgato;

-il relativo punteggio per la dichiarazione di far uso di almeno il 25% di prodotti ecologici, considerando tali quelli biodegradabili al 100% , non era stato assegnato ad alcuno , ma di tale giustificazione non vi era traccia negli atti di gara e poi il bando di gara parlava di prodotti ecologici e non di biodegradabilità al 100%;

Congruità dell'offerta economica

-lo schema di presentazione dell'offerta faceva riferimento ad un'esistente tabella edita dall'unione industriale di Torino, per cui evidentemente occorreva aver riguardo alle tabelle provinciali mentre la Commissione aveva tenuto presente il non significativo dato medio di base di euro 13.19 risultante dalla tabella nazionale;

-nel caso in cui si dovesse ritenere la normativa di gara riferibile alla tabella nazionale ne conseguirebbe l'illegittimità della relativa prescrizione, dovendosi aver riguardo alla tabella locale nel cui ambito doveva essere eseguito l'appalto, considerando anche il trattamento integrativo di euro 0,06, con un costo del lavoratore di 2° livello ad almeno euro 13,25;

-l'attribuzione di tre punti a favore della Borini per investimento netto annuo macchinari ed attrezzature era illegittima in quanto era stato da essa previsto in investimento di euro 41.615 , mentre la SECAP ne aveva previsto più del doppio (96.000) senza ricevere alcun punteggio in modo immotivato;

-relativamente alla voce ecologia la Commissione aveva attribuito punti zero a tutte le partecipanti senza tener conto che la Palmar, facente parte della GSI a sua volta inserita nell'ATI SECAP, era in possesso della certificazione UNI EN ISO 14001:1996 relativamente al proprio sistema ambientale..

La società AEM ha replicato all'appello incidentale rilevando quanto segue:

- non sussisteva l'obbligo di divulgare le modalità di applicazione dei vari punteggi per i vari elementi tecnici dell'offerta, una volta esternati i diversi elementi di valutazione delle offerte e relativi pesi;
- non erano stati forniti elementi da cui desumere eventuali favoritismi in ordine alla mancata divulgazione di tali modalità;
- erano fuori luogo le doglianze relative ad una presunta violazione del diritto di accesso, non avendo la SECAP attivato lo speciale procedimento previsto al riguardo;
- per la lamentata mancata gradualità del punteggio attribuibile alle attrezzature non si era tenuto che faceva parte della voce attrezzature e prodotti utilizzati, con 3 punti alle attrezzature ed 1 punto per i prodotti, né si poteva pretendere un'ulteriore gradualità;
- la richiesta di indicazione dell'anno di immatricolazione e del marchio CE era stata effettuata al fine di stabilire se i macchinari proposti potevano essere effettivamente considerato in sede di valutazione del progetto tecnico;
- l'indicazione della somma investita per attrezzature atteneva al criterio di ammissibilità dell'offerta economica;
- la censura relativa alla valutazione dei prodotti utilizzati atteneva al merito e comunque il punteggio in discussione era di un solo punto per cui non poteva modificare l'esito della gara;
- la normativa di gara non faceva riferimento alla tabella

provinciale FISE ma a quella nazionale redatta dal Ministero del lavoro ed in ogni caso non poteva tenersi conto dell'accordo integrativo territoriale dovendosi valutare la congruità dell'offerta ai fini della fissazione di un valore medio di giusta retribuzione per le maestranze impiegate, ai sensi dell'art. 1 L. n.327/2000;

-l'attribuzione di punti 3 per macchinari a favore della Borini era corretta in quanto l'importo annuo per investimento non era previsto per l'attribuzione del relativo punteggio;

-l'attribuzione del punteggio per ecologia non doveva prendere in considerazione eventuali certificati di qualità ambientale.

Ulteriore replica all'appello incidentale è stata effettuata anche dalla società Borini, evidenziando in particolare che la tabella provinciale invocata dalla SECAP, con un valore finale orario di euro 13.32, si riferiva a quella allegata al decreto del Ministro del lavoro del 19.7.2002 (pubblicata successivamente), che però era successiva alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte, cui occorreva aver riguardo.

Con memoria conclusiva, la SECAP ha insistito per il rigetto degli appelli principali e per l'accoglimento di quello incidentale.

Alla pubblica udienza del 13.1.2004, i ricorsi sono passati in decisione.

DIRITTO

1.Con sentenza TAR Piemonte, sez. II, n.731 è stato accolto (in

parte) il ricorso proposto da SECAP avverso l'aggiudicazione (e relativi atti di gara) a favore dell'ATI Borini dell'appalto dei servizi di manutenzione delle infrastrutture edili e dei servizi di pulizia del Palazzo di giustizia di Torino mediante procedura negoziata senza pubblicazione di un bando con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di cui alla lettera di invito della società AEM di Torino in data 21.6.2002.

Avverso detta sentenza hanno proposto autonomo appello principale sia la società AEM di Torino che l'ATI Borini.

La società SECAP ha a sua volta proposto appello incidentale nella parte in cui il TAR aveva respinto la domanda di annullamento del contratto stipulato tra Borini ed AEM per mancanza di qualsiasi allegazione, con la riproposizione delle censure ritenute assorbite in primo grado.

2.Gli appelli principali vanno riuniti ai fini di un'unica decisione in quanto rivolti avverso la stessa sentenza.

3.Essi sono fondati.

3.1.Il TAR ha accolto il ricorso della SECAP, ritenendo illegittima la mancata esclusione della Borini per non aver migliorato l'offerta iniziale nella seconda fase della procedura negoziata, miglioramento che invece sarebbe stato essenziale secondo la disciplina di gara. Ha al riguardo richiamato la decisione di questa Sezione n.763 del 30.6.1997, secondo cui nel caso in cui il bando di gara stabilisce che l'appalto sarà

aggiudicato sulla base della migliore offerta in ribasso, l'offerta deve indicare una percentuale sia pure minima di ribasso, con la conseguenza che è nulla l'offerta il cui ribasso è pari allo 0,000.

3.2. Il Collegio non ha motivi per discostarsi dal suddetto orientamento, peraltro confermato anche recentemente da questo Consiglio, sez. VI, n.4779 del 20.9.2002, ma nella specie non ne ricorrevano i presupposti, come evidenziato dagli appellanti.

Occorre considerare che il menzionato orientamento è strettamente legato ad una gara con aggiudicazione alla migliore offerta in ribasso che si esaurisce in un'unica fase e tiene conto esclusivamente dell'aspetto economico (ribasso offerto, che deve essere necessariamente proposto), mentre nel caso in esame vi erano due fasi e aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tenendo in considerazione non solo gli aspetti economici ma anche quelli tecnici. In particolare, per la partecipazione alla gara, era prevista già nella prima fase, oltre la presentazione del progetto tecnico, la formulazione di un'offerta economica con l'indicazione del ribasso proposto. Veniva quindi formulata una prima graduatoria, tenendo conto dei punteggi conseguiti da ciascuna impresa per gli aspetti tecnici ed economici. Successivamente veniva avviata la seconda fase di negoziazione mediante richiesta di offerte economiche migliorative alle prime tre classificate e riformulazione della graduatoria.

Evidentemente, la presentazione di un'offerta economica migliorativa nella seconda fase, che era di prosecuzione rispetto alla prima e non una nuova gara, era eventuale, essendo già intervenuta nella prima fase un'offerta al ribasso, tanto più che era prevista anche una verifica di congruità dell'offerta secondo determinati parametri, per cui il ribasso non poteva oltrepassare determinati limiti.

In ogni caso, la disciplina di gara non prevedeva l'esclusione dalla gara per mancata presentazione di un'offerta migliorativa nella seconda fase, o comunque non era chiara l'essenzialità del miglioramento in tale fase, per cui nel dubbio la Commissione di gara aveva correttamente consentito alla Borini la prosecuzione della gara, nonostante che non avesse migliorato la sua offerta nella seconda fase.

4. L'appello incidentale è infondato.

4.1. Non possono incidere sulla legittimità della procedura di gara le censure con le quali la SECAP lamenta la violazione da parte della Stazione appaltante del diritto di accesso o del ritardo con il quale tale accesso le sarebbe stato consentito, costringendola alla proposizione di motivi aggiunti.

Trattasi di un diritto tutelato autonomamente ai sensi dell'art. 25, comma 5°, L. 7.8.1990 n.241, eventualmente azionabile anche in pendenza di ricorso ai sensi dell'art.21, comma 2°, L.6.12.1971 n.1034, come sostituito dall'art. 1 L. 21.7.2000 n.205, ma la sua

violazione non cagiona di per sé alcuna illegittimità sugli atti del relativo procedimento, salvo l'eventuale dovere da parte dell'Amministrazione di depositare in giudizio gli atti e documenti utili alla definizione della controversia o, in mancanza, del giudice di acquisirli anche d'ufficio e l'eventuale differimento dei termini di impugnativa e/o di proposizione di motivi aggiunti, aspetti questi che nella fattispecie non vengono in considerazione.

4.2. Neppure può condividersi la successiva doglianza con la quale la SECAP lamenta la mancata conoscenza del Regolamento ad uso della commissione per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che a suo avviso avrebbe potuto orientarla nella formulazione dell'offerta.

E' sufficiente far presente che alle Ditte invitate alla gara era stato trasmesso lo schema per la presentazione dell'offerta, nel quale erano indicati gli elementi economici e tecnici, e relativi pesi, che sarebbero stati tenuti presenti per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Le modalità concrete con cui la Commissione di gara avrebbe dovuto procedere alla valutazione di tali elementi, stabilite appunto nel menzionato Regolamento, erano prescrizioni interne che non necessariamente dovevano essere preventivamente divulgate.

Una volta ritenuto che non vi era un dovere per la Stazione

appaltante di rendere pubblico detto Regolamento, ne discende l'infondatezza dell'ulteriore rilievo secondo cui trattandosi di criteri elaborati dalla Stazione appaltante ed imposti alla Commissione, essi dovevano essere comunque resi pubblici ad evitare il sospetto di favoritismi, non essendo stata denunciato nella specie che ciò sia avvenuto.

4.3. Il criterio sulla cui base alle attrezzature (numero di macchinari) veniva attribuito il punteggio di tre solo se previste in un numero maggiore ad un certo minimo non può ritenersi illogico in quanto tendente ad assicurare la presenza di un certo numero di macchinari per lo svolgimento in modo adeguato del servizio, mentre un numero inferiore al minimo comunque avrebbe comportato un servizio inadeguato a giudizio dell'Amministrazione e perciò coerentemente in quest'ultimo caso non veniva assegnato alcun punteggio.

4.4. Come precisato dalla Stazione appaltante la richiesta di indicazione dell'anno di immatricolazione e del marchio CE era stata effettuata al fine di stabilire se i macchinari proposti potevano essere effettivamente considerati in sede di valutazione del progetto tecnico, il che non appare irragionevole.

4.5. L'attribuzione di tre punti alla Borini per attrezzature non era avvenuto per la somma investita per attrezzature, la quale peraltro atteneva al calcolo relativo alla congruità dell'offerta economica, come precisato dalla Stazione appaltante.

4.6. Il problema della tabella FISE di riferimento per la valutazione della congruità dell'offerta economica è mal posto dalla SECAP, in quanto richiama a proprio favore una tabella provinciale, con un valore finale orario di euro 13.32, che riproduceva quella allegata al decreto del Ministro del lavoro del 19.7.2002 (pubblicata successivamente), che però era successiva alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte (12.7.2002), cui occorreva aver riguardo secondo la normativa di gara. Ne discende anche l'inammissibilità della censura avverso la normativa di gara per aver fatto riferimento alla tabella nazionale e non a quella provinciale.

4.7. La censura relativa alla valutazione dei prodotti utilizzati atteneva al merito e comunque il punteggio in discussione era di un solo punto per cui non poteva modificare l'esito della gara, essendo la differenza di punteggio a favore della Borini superiore a 4 punti.

5. Per quanto considerato vanno accolti gli appelli principali, mentre va respinto l'appello incidentale.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sez. V) previa riunione, accoglie gli appelli principali e respinge l'appello incidentale e per l'effetto, in riforma della sentenza del TAR,

respinge il ricorso originario.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 13.1.2004, con l'intervento dei signori:

Agostino Elefante	Pres.
Rosalia Bellavia	Cons.
Giuseppe Farina	Cons.
Claudio Marchitiello	Cons.
Aniello Cerreto	Cons. rel. est

L'ESTENSORE

f.to Aniello Cerreto

IL PRESIDENTE

f.to Agostino Elefante

IL SEGRETARIO

f.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18 marzo 2004

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

IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale