

giovedì 6 dicembre, 2012

**NOTA**

La sentenza in rassegna ritiene legittima – in un appalto di servizi di gestione di asili nido comunali – la decisione della commissione giudicatrice di utilizzare quale criterio per l'attribuzione dei punteggi – nel silenzio della *lex specialis* di gara - il **metodo aggregativo compensatore**.

\* \* \*

**N. 02755/2012 REG.PROV.COLL.**

**N. 01851/2011 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia**

**sezione staccata di Catania (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1851 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da: Società Cooperativa Sociale C.A.S., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale mandante del costituendo raggruppamento RTI Coop, sociale, Coop. Nuova Presenza, Coop C.A.S., rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Catalioto, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giuseppe Mingiardi in Catania, via G. D'Annunzio, 39/A;

***contro***

Comune di Messina, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Mariangela Ferrara, con la quale è domiciliato eletto presso la Segreteria del Tribunale, in Catania, Via Milano n.42;

***nei confronti di***

Coop. di Solidarietà Sociale La Garderie, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Amenta, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Salvatore Nicolosi in Catania, piazza Ariosto N. 13;

### *per l'annullamento*

quanto al ricorso introduttivo:

- a) di tutti gli atti riguardanti la gara per l'affidamento del servizio di gestione di "tre asili nido comunali ubicati rispettivamente a: F.do Basile, via S. Pancrazio, "L'Angolo del cucciolo", Torrente S. Licandro "S. Licandro" e "Camaro";
- b) del bando di gara e relativo capitolato d'oneri;
- c) delle determinazioni dirigenziali di attivazione della procedura di gara;
- d) di tutti i verbali di gara redatti dalla commissione e dei verbali del 24 e 30 marzo 2011;
- e) eventuale contratto, qualora stipulato con l'aggiudicataria;
- f) di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale;

*quanto al ricorso per motivi aggiunti:*

- della determina dirigenziale n. 119 del 20 aprile 2011 pubblicata da 7 al 21 maggio 2011, con la quale è stata approvata l'aggiudicazione della gara de qua alla contro interessata.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Messina e della Coop. di Solidarieta' Sociale La Garderie;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 novembre 2012 il Cons. dott. Gabriella Guzzardi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

La ditta ricorrente, quale mandataria del costituendo R.T.I. con la mandante Cooperativa Azione Sociale, ha partecipato alla gara pubblica indetta dal Comune di Messina con bando del 4 febbraio 2011 per l'affidamento del servizio di gestione di tre asili nido comunali, mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, da valutare secondo i criteri di valutazione specificati nell'allegato 2 al bando ove era previsto il punteggio massimo di punti 60 per il progetto e di punti 40 per il prezzo, secondo i parametri fissati nello stesso allegato.

Nella seduta del 24 marzo la Commissione di gara decideva di utilizzare per l'attribuzione del punteggio il criterio aggregativo compensatore attribuendo ad ogni singolo elemento formulato dai concorrenti, relativo all'allegato 2 del bando, la media dei punteggi nel range da 0 a 1 espresso da ciascun componente la commissione.

All'esito della gara l'ATI ricorrente si collocava al secondo posto con il punteggio di 57,09, mentre la controinteressata si rendeva aggiudicataria con il punteggio di 59,74. Con determina dirigenziale n. 119 del 20 aprile 2011, mediante l'approvazione dei relativi verbali, l'aggiudicazione diveniva definitiva.

Avverso gli atti predetti viene proposto il ricorso introduttivo suffragato dalle seguenti censure:

1) Violazione, erronea e falsa applicazione dell'art. 83, c.5 del D. L.vo n. 163/2006 e della determina dell'Autorità di Vigilanza n.4/2009. Violazione del punto 13) lett. B) del bando di gara. Violazione della par condicio e dei principi di trasparenza e concorrenza.

Sostiene parte ricorrente la illegittimità del ricorso al criterio aggregativo- compensatore da parte della Commissione di gara, senza che nei documenti di gara sia specificato con quale dei tre sistemi specificati nell'allegato B del DPR n. 544/1999, ancora vigente fino all'entrata in vigore del nuovo regolamento, si sarebbe dovuto procedere all'attribuzione dei punteggi. La Commissione avrebbe così operato una illegittima integrazione dei criteri previsti nella lex specialis di gara.

2) Illegittima formulazione dei criteri di valutazione delle offerte tecniche per violazione dell'art. 83 del D. L.vo 163/2006. Violazione della par condicio e dei principi di trasparenza e concorrenza.

La formulazione dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica contenuta nel bando sarebbe illegittima perché non definisce i sub criteri, i sub pesi o i sub punteggi, necessari ad assicurare che la definizione dei punteggi avvenga in un momento antecedente la redazione delle offerte da parte degli offerenti, assicurando così il rispetto del fondamentale principio di trasparenza che deve sostenere tutta la procedura di gara, lasciando così spazio alla commissione che avrebbe di fatto integrato i criteri prefissati.

3) Eccesso di potere sotto il profilo dell'impossibilità dello svolgimento del servizio, oggetto del bando, presso una delle tre strutture individuate, vale a dire quella di Camaro.

Dopo lo svolgimento della gara, l'ATI ricorrente avrebbe appreso che in detta struttura il servizio non si sarebbe potuto effettuare perché lo stabile è inidoneo sotto il profilo della sicurezza.

Tale circostanza, che si assume nota alla stazione appaltante già al momento dell'indizione della gara, avrebbe ripercussione sui requisiti soggettivi di partecipazione, di talché la ricorrente Società Cooperativa Sociale C.A.S., avrebbe potuto decidere di partecipare da sola e non i ATI, data la necessaria conseguente riduzione della base d'asta sulla quale computare i criteri soggettivi di partecipazione.

Con motivi aggiunti depositati in data 13 giugno 2011, parte ricorrente impugna l'aggiudicazione definitiva, di cui alla determina dirigenziale n. 119 del 20 aprile 2011, frattanto intervenuta, reiterando le censure contenute nel ricorso introduttivo.

La controinteressata Cooperativa di Solidarietà Sociale La Garderie, aggiudicataria della gara in questione, si costituisce in giudizio ed eccepisce la irricevibilità del ricorso introduttivo e di quello per motivi aggiunti in quanto tardivi poiché dal verbale della seduta del 30 marzo 2011, in cui la Commissione ha attribuito i punteggi alle singole cooperative partecipanti risultanti dall'applicazione dei contestati criteri di valutazione delle offerte, era presente la signora Cesareo Emilia con delega del rappresentante legale della cooperativa mandataria del raggruppamento ricorrente.

Nel merito eccepisce la infondatezza del ricorso poiché non troverebbe applicazione, nel caso di specie ove si verte nell'ipotesi di appalto di servizi di cui all'allegato II B del codice appalti, l'art. 83 del c. appalti, ai sensi dell'art. 20 dello stesso D. L.vo.

Sotto altro aspetto la commissione di gara non avrebbe violato le disposizioni del bando introducendo nuovi e diversi parametri di valutazione, in quanto ha solo specificato i sub criteri al fine di pervenire all'attribuzione dei punteggi secondo quanto stabilito dalla lex specialis di gara. Anche la stazione appaltante, costituita in giudizio, ha eccepito la infondatezza del ricorso e, con memoria depositata in data 07/11/12, ha rilevato la genericità delle difese formulate dalla ricorrente in merito alla sollevata eccezione. Con memoria depositata in data 18 ottobre 2012 parte ricorrente ha ribadito le proprie posizioni.

Alla Camera di Consiglio del 22 giugno 2011 è stata rigettata la domanda cautelare proposta con il ricorso introduttivo, convalidando il *decisum* presidenziale.

Alla Pubblica Udienza del 21 novembre 2011, la causa è stata trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

Il Collegio omette di soffermarsi sulla eccezione di irricevibilità *ex adverso* proposta, data la palese improcedibilità del ricorso introduttivo proposto avverso l'aggiudicazione provvisoria della gara de qua, la cui aggiudicazione definitiva è stata impugnata con il ricorso per motivi aggiunti sul quale si radica ormai ogni concreto interesse della parte.

Il Collegio procede quindi all'esame delle censure adottate (in via re iterativa) con quest'ultimo.

Si rileva, *in primis*, che la procedura di gara di cui si tratta ha per oggetto l'affidamento del servizio di gestione di n. 3 asili nido, rientrando, incontestatamente tra i servizi di cui all'allegato IIB del Codice degli appalti; a tale procedura, quindi, ai sensi dell'art. 20 del medesimo codice non è applicabile l'art. 83 che impone al bando di gara di stabilire i criteri di valutazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, quando il contratto è affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e di specificare ex ante i sub criteri di valutazione.

Vero è che anche per contratti di cui qui si parla deve essere garantito il rispetto dei fondamentali principi di par condicio, di trasparenza e di correttezza dell'azione amministrativa cui deve comunque essere informata l'attività della P.A., ma tali principi qui non risultano compromessi in considerazione del fatto che il bando di gara, all'allegato 2, ha specificato i criteri di valutazione delle offerte prevedendo che al progetto presentato dai partecipanti possa essere attribuito un punteggio massimo di 60 punti, così suddivisi: A) Modalità organizzative, max punti 25, B) Verifica max punti 5, C) rapporti con le famiglie, max punti 5, D) prestazioni integrative max punti 5 per l'offerta di ampliamento orario di apertura dalle 16 e fino alle 18 e, per attrezzature aggiuntive funzionali dell'asilo, max punti 20. All'elemento prezzo veniva stabilita l'attribuibilità del punteggio massimo di punti 40.

Nell'ambito del dettagliato quadro di attribuzione dei punteggi fissato nel bando, la Commissione di gara, nella seduta riservata del 24 marzo 2011 ha deciso di utilizzare il metodo "aggregativo-compensatore" attribuendo ad ogni singolo elemento formulato dai concorrenti e di cui all'allegato 2, un valore ricompreso nel range da zero a uno, che ciascun componente la commissione è chiamato ad esprimere. Così facendo la Commissione non ha introdotto nuovi parametri di valutazione rispetto a quelli previsti dal bando, essendosi limitata ad effettuare una scelta operativa

per l'attribuzione dei punteggi stessi con riferimento alle singole voci dell'offerta come precisate nella *lex specialis*, al fine di pervenire alla individuazione del punteggio da attribuire ad ogni singola offerta e tra queste scegliere la migliore.

Poiché, come prima evidenziato, per la gara de qua non è obbligatoriamente applicabile l'art. 83 del cod, contratti (a tenore del quale, comma 5, le stazioni appaltanti devono utilizzare metodologie tali da consentire l'individuazione dell'offerta più vantaggiosa con un unico parametro numerico finale, metodologie che andranno stabilite da apposito regolamento, nelle more dell'introduzione del quale rimangono applicative le metodologie contenute nel DPR 554/99), non costituisce motivo di illegittimità dell'operato della stazione appaltante l'aver fatto ricorso al criterio aggregativo-compensatore, fuori dalle rigide prescrizioni contenute nella norma (di cui – si ripete – è esclusa l'applicazione automatica ai contratti aventi ad oggetto servizi inclusi nella tabella IIB, come quello a mano).

In altri termini, sul presupposto che il bando di gara ha specificatamente individuato le voci dell'offerta ed i punteggi attribuibili a ciascuna di esse, fino al prefissato massimo punteggio (punti 60), ed ha poi indicato nel massimo i punteggi attribuibili in relazione a ciascun individuato elemento dell'offerta tecnica, la commissione di gara ha meramente individuato una metodologia (tra quelle previste dal legislatore per ricondurre ad un unico parametro numerico finale l'offerta economicamente più vantaggiosa) per l'attribuzione di tali punteggi, secondo la valutazione che di ciascuno degli elementi dettagliatamente prefissati nel bando, ciascun componente la commissione è chiamato ad effettuare; così adempiendo all'obbligo di fissare ex ante le ragioni sottese all'attribuzione concreta dei punteggi e predeterminando l'iter motivazionale da seguire alla luce dei criteri prestabiliti dalla *lex specialis*, senza introdurre parametri di valutazione nuovi e ulteriori rispetto a quelli già prefissati, nel rispetto degli ineludibili principi di imparzialità e trasparenza.

Del resto, a confutazione della seconda censura di ricorso, il Collegio rileva che nell'allegato 2 del bando di gara sono stati dettagliatamente indicati i criteri di valutazione mediante una suddivisione in sub criteri, sub pesi e sub punteggi, con riferimento a ciascuna specifica componente dell'offerta per a quale è stato fissato il limite massimo di punteggio attribuibile, nell'ambito di quello complessivo di 60 punti assegnato alla offerta tecnica, così da rendere intellegibile ai concorrenti la valutazione finale della loro offerta, con riferimento a ciascuna delle sue componenti, garantendo il rispetto di trasparenza e di parità di trattamento tra tutti i partecipanti (in termini C. Stato, sez. V, sent. n. 5276 del 15/10/2012).

Vero è che con sent. n. 1071/11 di questa sezione del Tar Catania è stato affermato il principio della non integrabilità del sistema della valutazione delle offerte, al fine di non violare le norme interne ed di rango comunitario nel rispetto delle quali un'amministrazione aggiudicatrice non può applicare regole di ponderazione o sottocriteri per i criteri di aggiudicazione che non abbia preventivamente portato a conoscenza degli offerenti; ma come già ripetutamente evidenziato, nel caso a mano si esula dalla portata di applicazione dell'art. 83 del cod, appalti, che, come affermato dal C. di Stato con sent. n. 2189 del 12 maggio 2008, “porta all'estremo la limitazione della discrezionalità della Commissione nella specificazione dei criteri, escludendone ogni facoltà di integrare il bando, e quindi facendo obbligo a quest'ultimo [cioè al bando] di prevedere e specificare gli eventuali sottocriteri”.

Infondata è infine l'ultima censura con la quale si deduce la illegittimità dell'ammontare a base d'asta indicato nel bando, sul presupposto che il servizio oggetto di appalto non può trovare immediata esplicazione con riferimento ad uno dei tre siti indicati.

Come contro dedotto dalla stazione appaltante nella memoria di costituzione depositata in data 20 giugno 2011, e in parte qua non confutato *ex adverso*, il Comune si è avvalso della facoltà di esecuzione anticipata del servizio, anche prima della conclusione del contratto, solo con riferimento a due strutture, riservandosi di consegnare la terza struttura appena eseguiti i necessari lavori nei locali della sede dell'asilo di Camaro, consegna che è poi intervenuta, come si desume dalla documentazione prodotta dalla difesa del comune intimato attestante che la contro interessata aggiudicataria della gara svolge il servizio oggetto di appalto dal mese di maggio 2011, allegata agli atti di gara.

Conclusivamente il ricorso principale va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, mentre il ricorso per motivi aggiunti va rigettato, rilevata la infondatezza di tutte le censure che lo sostengono.

Le spese seguono la soccombenza, nella misura che si liquida in dispositivo

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando, dichiara improcedibile il ricorso principale e rigetta il ricorso per motivi aggiunti.

Condanna parte ricorrente alle spese di giudizio che si liquidano in Euro Mille\00, oltre contributo unificato ed accessori di legge, a favore di ciascuna delle due parti convenute in giudizio.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Gabriella Guzzardi, Consigliere, Estensore

Pancrazio Maria Savasta, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/11/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)