

Tribunale Amministrativo Regionale Piemonte sez. I 21/12/2009 n. 3718
Edilizia e urbanistica - Appalti pubblici - Offerta economica più vantaggiosa

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1323 del 2008, proposto da:
Coop. Animazione Valdocco-Soc. Coop. Sociale Impresa Sociale O.N.L.U.S., Società Coop.
Sociale Vedogiovane, rappresentati e difesi dall'avv. Roberto Carapelle, con domicilio eletto
presso Roberto Carapelle in Torino, via San Pio V, 20;

contro

C.I.S.S.-Consorzio Intercomunale Servizi Socio-Assistenziali Zona Cusio-Omegna, rappresentato e
difeso dall'avv. Paolo Scaparone, con domicilio eletto presso Paolo Scaparone in Torino, via S.
Francesco D'Assisi, 14;

nei confronti di

Società Coop.Sociale Universiis, rappresentata e difesa dagli avv. Enrico Fedozzi, Francesco
Borsetta, Gian Franco Giacchetti, con domicilio eletto presso l'avv. Gian Franco Giacchetti in
Torino, corso Matteotti, 36;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- in parte qua dell'art. del Disciplinare di gara relativo all'appalto indetto dal Consorzio
intercomunale dei servizi socio assistenziali zona Cusio - Omegna con determinazione n. 98 del
05/05/2008, mediante procedura aperta - pubblico incanto - della gestione Servizi inerenti il
settore socio assistenziale per il periodo settembre 2008 - agosto 2011;

- della determinazione del Direttore del Consorzio intercomunale dei servizi socio assistenziali
zona Cusio - Omegna n. 142 del 10/07/2008, comunicata con nota prot. 2866/BA/ae del
13/08/2008, con la quale si è determinato di approvare i verbali redatti dalla Commissione di
gara riferiti alle sedute del 23/06/08, 01/07/08 e 09/07/08, nonché di aggiudicare
definitivamente alla Società Cooperativa Sociale UNIVERSIIS di Udine, via Cividina, 41/a, la gara
di appalto per l'affidamento della gestione del servizio di assistenza domiciliare e dei servizi e
delle prestazioni a favore dei minori, delle persone disabili e delle loro famiglie, come previsti
dalla L.R. 1/2004, per il triennio settembre 2008 - agosto 2011, nonché di tutti gli atti ad esso
provvedimento presupposti, connessi e consequenziali e comunque lesivi degli interessi della
ricorrente, ed in particolare dei predetti verbali redatti dalla Commissione di gara riferiti alle
sedute del 23/06/08/, 01/07/08 e 09/07/08, nonché

- per il risarcimento dei danni ingiustamente subiti dalla ricorrente, ai sensi degli artt. 33 e ss. del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come sostituiti dall'art. 7 della L. 21 luglio 2000, n. 205..

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di C.I.S.S.-Consorzio Intercomunale Servizi Socio-Assistenziali Zona Cusio-Omegna;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Societa' Coop.Sociale Universiis;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 03/12/2009 il Referendario Avv. Alfonso Graziano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Col gravame in epigrafe la Cooperativa ricorrente impugna il disciplinare di gara, in parte qua, per l'affidamento di servizi socio assistenziali per il periodo settembre 2008 - agosto 20011 per un importo a base d'asta di 2.031.000 euro circa.

Il criterio di aggiudicazione prescelto era l'offerta economicamente più vantaggiosa, articolata in 40 punti per la componente economica e 60 per quella qualitativa dell'offerta.

La ricorrente ha ottenuto punti 21,333 contro i 40 conseguiti dalla aggiudicataria controinteressata.

E' contestata l'applicazione della formula aritmetica definita al punto 7.2. del disciplinare, perché prevede come divisore il prezzo massimo offerto anziché quello proposto dalla impresa considerata, contemplato invece dal D.P.R. n. 117/1999 richiamato dall'art. 83 del Codice dei contratti in quanto compatibile con il Codice stesso.

Il terzo motivo lamenta invece eccesso di potere per irragionevolezza, contraddittorietà ed illogicità e violazione dell'art. 12 del bando, da parte dell'art. 7.2. del disciplinare, assumendo la ricorrente che l'applicazione pedissequa del colà definito criterio aritmetico finisce per privilegiare irragionevolmente la componente economica dell'offerta anziché quella tecnico qualitativa, per la quale l'art. 12 del bando prevede l'assegnazione di ben 60 punti, così formulando una valutazione di preminenza di detta componente, la quale invece dequota in applicazione del metodo aritmetico.

2.1. Si è costituita l'Amministrazione con atto del 31.10.2008 e memoria del 19.11.2008 e la controinteressata con memoria del 17.11.2008.

Alla Camera di Consiglio del 20.11.2008 la Sezione con l'Ordinanza 957 del 24.11.2008 delibava l'infondatezza del gravame stante l'inapplicabilità dell'invocato art 83 del codice, richiamato solo per analogia dal bando di gara, ai servizi socio assistenziali esclusi dal raggio di applicazione del codice in quanto inseriti all'All. B.

2.2. Pervenuto alla pubblica Udienda del 3.12.2009, per il rinvio della precedente a causa di malattia del Relatore, il ricorso veniva spedito in decisione.

3.1. Deve il Collegio, ferma restando la valutazione di infondatezza dei primi due motivi di gravame, già sufficientemente motivata nella suindicata Ordinanza cautelare che va qui confermata sul punto, pervenire ad una decisione di accoglimento della domanda, ritenendo fondato il terzo, negletto, motivo di ricorso.

Orbene, intanto vanno disattese le eccezioni di inammissibilità/nullità del ricorso, sollevate dalle controparti della ricorrente sul rilievo della pretesa omessa menzione nella procura ad litem delle generalità e qualità del conferente.

L'eccezione non è fondata.

Invero, è stratificato in giurisprudenza, specie in quella della S.C. l'insegnamento secondo cui non costituisce ragione di nullità della procura l'omessa indicazione nel corpo della stessa della qualità e delle generalità del soggetto rilasciante, laddove le stesse siano chiaramente indicate nell'epigrafe dell'atto cui il mandato defensionale accede (Cassazione civile, Sez. lav., 27 maggio 2005, n. 11302; Tribunale di Trani, 5 marzo 2008, n. 33, le quali affermano la nullità solo ove qualità e generalità difettino anche nell'epigrafe dell'atto). Si è deciso addirittura che la nullità per omessa indicazione di qualità e generalità del conferente è sanata se in corso di giudizio vengano poi indicate dette qualità (Corte appello Torino, 05 febbraio 2002).

Nella specie, invero, l'epigrafe del ricorso è chiara nel delineare la qualità e le generalità esatte del legale rappresentante P. Petrucci, che ha conferito la procura.

3.2. La medesima sorte riserva la Sezione all'eccezione di inammissibilità o tardività del gravame, che avrebbe dovuto essere notificato nel termine decadenziale decorrente dalla pubblicazione del bando, stante la pretesa lesività delle clausole recanti il meccanismo di attribuzione del punteggio alle offerte.

L'eccezione non ha pregio.

La Sezione ha già attinto il principio per il quale sono soggette all'onere di immediata impugnazione solo quelle clausole che importano arresto procedimentale per il ricorrente, poiché comminano l'esclusione per impossidenza di determinati requisiti di partecipazione ovvero definiscono oneri partecipativi formali talmente gravosi da rendere impossibile la confezione dell'offerta nel tempo utile richiesto dalla lex specialis (T.A.R. Piemonte n. 1885 del 9.9.2008). Viceversa sfuggono all'onere di tempestiva impugnazione le clausole del bando che pur profilandosi a priori illegittime, manifestano la loro lesività solo ex post, ossia per via della concreta applicazione che di esse faccia l'organo di gara, solo allora emergendo la loro portata lesiva che sola fa sorgere l'attualità dell'interesse al ricorso.

Il principio è stato efficacemente ribadito dal Consiglio dopo il noto arresto dell'Adunanza Plenaria n. 1/2003, e da ultimo scolpito dalla recente decisione della Sesta Sezione, che ha statuito come solo "in base al concreto atteggiarsi delle singole offerte -elemento questo non conoscibile ex ante - e in base alla concomitante attribuzione del punteggio per l'offerta tecnica, l'applicazione della clausola poteva condurre al risultato lesivo per il ricorrente" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 3.6.2009, n. 3404)

Nel caso all'esame, a ben guardare, la clausola contestata, ossia l'art. 7.2. del disciplinare, assume attitudine pregiudizievole solo ex post, per via del concreto atteggiarsi delle offerte. Solo infatti a seguito dell'attribuzione alla controinteressata del massimo punteggio per il prezzo (40 p.) invero, si è profilata la pretesa illogicità del meccanismo attributivo del punteggio complessivo. Ma se la controinteressata avesse offerto un prezzo leggermente inferiore a quello proposto non avrebbe potuto la ricorrente lamentare il denunciato irragionevole effetto.

Ne consegue che la lesività della norma di gara rimonta non già all'epoca della sua confezione nella *lex specialis*, dovendo essere invece differita al momento in cui di essa la commissione ha fatto applicazione.

E con riguardo a tale momento, ossia all'aggiudicazione, il ricorso è patentemente tempestivo.

L'eccezione in scrutinio va quindi respinta.

4.1. Può ora il Collegio approdare allo scrutinio del merito dell'azione prendendo in esame, come anticipato, solo il terzo ed ultimo motivo di ricorso, confermandosi la valutazione di inapplicabilità all'appalto all'esame, dell'art. 83 del Codice dei contratti, stante l'inclusione del servizio oggetto della contestata gara nell'All. B al Codice e la soggezione ai soli principi generali indicati all'art. 27, correttamente osservati nella vicenda che occupa.

Ebbene, con il terzo motivo lamenta la Cooperativa Valdocco eccesso di potere per irragionevolezza, contraddittorietà ed illogicità e violazione dell'art. 12 del bando, da parte dell'art. 7.2. del disciplinare, assumendo la ricorrente che l'applicazione pedissequa del colà definito criterio aritmetico finisce per privilegiare irragionevolmente la componente economica dell'offerta anziché quella tecnico qualitativa, per la quale l'art. 12 del bando prevede l'assegnazione di ben 60 punti così formulando una valutazione di preminenza di detta componente, la quale invece dequota in applicazione del metodo aritmetico.

La censura si profila persuasiva e merita di essere accolta.

Invero, pone in luce al riguardo il Collegio che in applicazione della formula contemplata al par. 7.2. del disciplinare consegue il seguente conteggio. La formula è ribasso della ditta considerata ribasso offerto X 40/ ribasso massimo, per cui il ribasso della controinteressata, pari a 0,15 va moltiplicato per 40. Ergo si ottiene 6, che diviso per il ribasso massimo che è quello della controinteressata ossia 0,15, porta al punteggio di 40.

Seguendo la medesima operazione relativamente alla ricorrente, partendo dal suo ribasso, di 0,08 e moltiplicandolo per 40 si ottiene 3,2, che va diviso per il massimo ribasso presentato il sede di gara, ossia 0,15, ottenendosi il punteggio di 22,333 periodico.

4.2. Ebbene, la differenza del punteggio complessivo tra la controinteressata e la ricorrente è pari a 18,667, all'incirca il 40% in più, a fronte, peraltro, di una minima differenza di ribasso pari a soli 0,07 punti e a fronte del dato che la ricorrente aveva conseguito il punteggio più alto tra tutte le partecipanti per la componente tecnico - qualitativa della sua offerta.

Ne consegue che lo spread di oltre 18 punti appena illustrato, che discende dalla pedissequa applicazione della formula aritmetica definita all'impugnato art. 7.2. del disciplinare, è frutto di una conseguenza aberrante ed impatta fatalmente con la preminenza annessa dal bando di gara al merito tecnico delle offerte, per il quale era prevista l'attribuzione di ben 60 punti contro i 40 riconoscibili per la componente economica. Il che ha una sua ragion d'essere e una plausibile logica in considerazione della peculiarità dell'oggetto dell'appalto, inerente servizi socio assistenziali, per i quali, all'evidenza, rileva più la qualità della prestazione che non il suo costo economico.

Si assiste, quindi, a un sostanziale disequilibrio e ad una vistosa sproporzione tra merito tecnico e prezzo, a detrimento del primo. Illogicità non consentita dall'ordinamento degli appalti.

Appare pertanto fondata la censura di irragionevolezza ed illogicità mossa contro il descritto sistema di computo del punteggio finale.

Ma è pure assistita da persuasività la censura di contraddittorietà tra siffatto *modus operandi* et iudicandi e la regola definita all'art. 12 del bando, il quale, come detto, privilegia il merito tecnico, consentendo di riconoscere per esso ben 60 punti a fronte dei 40 riconosciuti all'aspetto economico delle offerte.

Palese è pertanto l'eccesso di potere per contraddittorietà, opportunamente dedotto dalla ricorrente.

4.3. Ritiene pertanto la Sezione di dover affermare il principio secondo il quale nelle gare al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, improntato alla ricerca di un costante equilibrio, ispirato a criteri di ragionevolezza, tra l'elemento economico e la componente qualitativa delle offerte, ove la P.A. si auto vincoli nel bando di gara annettendo preminente rilievo al merito tecnico, non può poi adoperare formule aritmetiche ed automatiche la cui applicazione conduca al contraddittorio risultato di privilegiare l'elemento prezzo, pena l'infrazione dei canoni di ragionevolezza, proporzione e coerenza interna.

4.4. Soccorre in proposito la giurisprudenza che ha affrontato il delicato tema dei rapporti tra prezzo e qualità nell'offerta economicamente più vantaggiosa. Si è al riguardo statuito che "l'Amministrazione aggiudicatrice può scegliere gli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nel rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non discriminazione". (Consiglio di Stato, Sez. V, 11 gennaio 2006, n. 28).

Ermeneusi di recente confermata dal TAR centrale che ha precisato che "nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non è illegittima la valutazione dell'elemento prezzo con criterio matematico che quindi prescinde dalla discrezionalità della commissione, a patto che esso sia reso trasparente ed intellegibile e che sia caratterizzato dalla proporzionalità". (T.A.R. Lazio - Roma, sez. III, 13 maggio 2009, n. 5196). Tesi peraltro già tratteggiata dal TAR Campania, secondo il quale "quando si utilizza il criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa il punteggio da attribuire all'elemento prezzo e all'elemento tempo di esecuzione si connota per essere automatico, in quanto viene attribuito sulla base di criteri meramente matematici che prescindono dall'apprezzamento discrezionale della Commissione, una volta reso trasparente ed intellegibile il criterio e deve essere caratterizzato dalla proporzionalità". (T.A.R. Sicilia - Catania, sez. III, 05 ottobre 2007, n. 1597).

4.5. Né per altro verso, è consentito cogliere negli atti generali di gara l'esplicitazione delle ragioni giustificative di siffatte anomalie valutative, non illustrando la P.A. il perché poteva apparire più conveniente e comprensibile giungere a opposti risultati rispetto a quelli prospettabili in applicazione del canone di prevalenza del merito tecnico definito all'art. 12 del bando di gara.

Si prospetta pertanto persuasivo anche il profilo di censura puntualizzato sul difetto di motivazione parimenti dedotto con il terzo motivo in scrutinio.

In definitiva, il motivo in analisi è fondato e va accolto, conseguendone l'annullamento del contestato art. 7.2. del disciplinare e per esso, di tutta l'attività valutativa posta in essere dalla Commissione, con correlativo travolgimento dell'aggiudicazione provvisoria e definitiva medio tempore intervenuta.

Consegue alla decisione demolitoria anche che l'amministrazione dovrà ritirare in via di autotutela il suo consenso prestato alla stipula del pedissequo contratto di appalto, per difetto di legittimazione dell'organo pubblico intervenuto nel negozio, difetto discendente dal travolgimento dell'aggiudicazione.

Parimenti discende l'ulteriore effetto che, essendosi la ricorrente posizionata al secondo posto nella graduatoria finale di merito, l'Amministrazione dovrà rideterminarsi pronunciando l'aggiudicazione del servizio a favore della Cooperativa Animazione Valdocco.

Qualora la P.A. non presti esecuzione alla presente decisione la ricorrente potrà adire nuovamente questo TAR mediante il rimedio dell'ottemperanza, onde conseguire mediante la nomina di un commissario ad acta il risultato della caducazione del contratto e dell'aggiudicazione alla stessa ricorrente.

Le spese di lite possono essere integralmente compensate tra le costituite parti in ragione della delicatezza delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte - Prima Sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Compensa integralmente tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 03/12/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Alfonso Graziano, Referendario, Estensore

Paola Malanetto, Referendario

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/12/2009

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

IL SEGRETARIO