

Servizi gratuiti complementari: non è censurabile ex se la circostanza che una lettera d'invito abbia facultato gli istituti partecipanti a presentare un progetto tecnico con offerta di servizi ulteriori rispetto a quelli previsti nel capitolato d'appalto, definiti espressamente come "complementari" o "aggiuntivi", "senza oneri aggiuntivi" rispetto al prezzo a base di gara, a condizione che venga rispettato il limite dato dalla necessità che detti servizi, per così dire, accessori non snaturino l'oggetto della gara acquisendo un valore preponderante in seno ai criteri di valutazione

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 5192 del 7 settembre 2006 ci offre un importante spunto di riflessione sui limiti che le Amministrazioni Pubbliche hanno nel valutare i servizi accessori delle offerte tecniche presentate dalle partecipanti ad una procedura con l'aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa:

<Ora, la Sezione non reputa censurabile ex se la circostanza che la lettera d'invito abbia facultato gli istituti partecipanti a presentare un progetto tecnico con offerta di servizi ulteriori rispetto a quelli previsti nel capitolato d'appalto, definiti espressamente come "complementari" o "aggiuntivi", "senza oneri aggiuntivi" rispetto al prezzo a base di gara.

La giurisprudenza del Consiglio in tema di clausole di sponsorizzazione negli appalti aventi ad oggetto i servizi di tesoreria ha infatti chiarito che la discrezionalità della p.a. nel confezionamento dei bandi di gara consente anche la predisposizione di criteri di valutazione tesi a stimolare prestazioni non remunerate che soddisfino l'interesse pubblico secondo un modulo coerente con i profili di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa.

E tanto, a condizione che venga rispettato il limite dato dalla necessità che detti servizi, per così dire, accessori non snaturino l'oggetto della gara acquisendo un valore preponderante in seno ai criteri di valutazione (Cons. Stato, Adunanza Plenaria, decisione n. 6/2002). >

Attenzione quindi:

Ebbene la Sezione, in accoglimento dell'assorbente censura spiegata dalla parte appellante, reputa per l'appunto, che detto limite sia stato valicato nella specie.

Ed infatti non è chi non veda come una gara avente ad oggetto un appalto oneroso di servizi venga fatalmente snaturata dall'inserzione di una clausola che attribuisca valore nettamente preponderante a servizi gratuiti complementari indicati con una genericità tale da incentivare la presentazione di offerte non strettamente inerenti all'oggetto principale della gara.

L'innesto di tale criterio di valutazione finisce infatti, da un lato, per disincentivare il confronto competitivo sulla qualità dei servizi onerosi sui quali primariamente dovrebbe incentrarsi la competizione in una gara avente ad oggetto un servizio da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente vantaggiosa; e per altro verso, **attesa la genericità della clausola di che trattasi, per spostare il baricentro del confronto su prestazioni che, se non estranee, risultano marginali rispetto all'oggetto principale della procedura di gara.** >

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 9897/2005 proposto da *- S.P.A. rappresentata e difesa dall'avv. Nicolò De Marco con domicilio eletto in Roma via Cassiodoro n. 1/A, presso l'avv. Sandro De Marco (studio avv. Uva);

contro

ACQUEDOTTO PUGLIESE S.P.A., non costituita;

e nei confronti di

SOCIETA' ** S.R.L. rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Fasano con domicilio eletto in Roma via Mantegazza n. 24, presso il Cavalier Luigi Gardin;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia sede di Bari Sez. I n. 3712/2005;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società intimata;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 31 marzo 2006 relatore il Consigliere Francesco Caringella. Uditi gli avv.ti Fasano e De Marco;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

1. Con il ricorso di primo grado, la società Istituti di vigilanza riuniti d'Italia – ** S.p.A. (d'ora in poi denominata ** S.p.A.), in persona del legale rappresentante pro-tempore, ha impugnato la procedura negoziata per l'affidamento triennale del servizio di vigilanza e custodia dei propri immobili ubicati in Bari e Modugno, indetta dall'Acquedotto Pugliese s.p.a. (d'ora in poi AP), culminata nell'aggiudicazione in favore della ** s.r.l.

Il Tribunale ha respinto il ricorso.

L'Istituto appella contestando gli argomenti a sostegno del decisum. Resiste la società aggiudicataria.

Le parti hanno affidato al deposito di memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive.

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

2. Giova rammentare in punto di fatto che :

- la lettera d'invito n. 13393/GPP di protocollo del 3 dicembre 2003 (integrata, per profili che qui non rilevano, con nota n. 168/GPP di protocollo del 12 gennaio 2004), dopo aver fissato il prezzo orario unitario a base di gara (pari a € 19,97, corrispondente al prezzo di tariffa prefettizia per i servizi di vigilanza fissa), ha facultizzato le imprese di vigilanza concorrenti e a proporre (par. 8) "...servizi complementari, indicati a carattere generale nel successivo paragrafo e che verranno messi a disposizione di questa Società senza oneri aggiuntivi e che costituiranno, unitamente al compenso orario richiesto, elemento di ulteriore valutazione per l'affidamento dell'incarico";

- precisato quindi (par. 9) il criterio di aggiudicazione in quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la lettera d'invito ha fissato due elementi di valutazione, con i seguenti relativi pesi ponderali:

"1) servizi complementari offerti a titolo gratuito peso ponderale 70

2) prezzo offerto (tariffa oraria) peso ponderale 30"

- specificati i criteri di attribuzione del punteggio per l'elemento prezzo (compendiato nella formula: $P_p = P_{min} / P_{off} \times 30$), è stata altresì stabilita la scomposizione del punteggio per i servizi complementari, distinti in "servizi di potenziamento della sicurezza degli immobili" (con peso massimo assegnabile di 50) e "altri servizi offerti di interesse di AQP" (con peso massimo assegnabile di 30);

- in sede di gara la commissione giudicatrice (verbale del 27 gennaio 2004) ha poi graduato i giudizi sui servizi complementari nella gamma di "insufficiente, scarso, medio, buono e ottimo", ragguagliando a ciascuno un punteggio;

- in esito alla valutazione dei progetti tecnici, le quattro imprese ammesse sono risultate così graduate:

** S.r.l. p. 65,13/70

** S.p.A. p. 40,38/70

Aldo Tarricone Investigazioni S.r.l. p. 0,50/70

Metro Giorno e Notte S.r.l. p. 00,00/70

(la concorrente non ha presentato alcun progetto tecnico);

- in funzione della formula matematica, poi, quanto all'elemento prezzo le imprese hanno riportato i seguenti punteggi:

** S.r.l. p. 30,00/30

** Investigazioni S.r.l. p. 30,00/30

*** S.r.l. p. 30,00/30

** S.p.A. p. 28,45/30

in ragione della circostanza che le prime tre imprese avevano proposto lo stesso costo orario (pari a € 17,97) corrispondente alla massima riduzione (pari al 10%) sul costo orario stabilito dalla tariffa prefettizia (pari, come detto, a € 19,97) mentre la ** S.p.A. aveva offerto un costo orario pari a € 18,95;

- aggregati i punteggi per i due elementi ne è risultata la seguente graduatoria:

** S.r.l. p. 95,13/100

** S.p.A. p. 68,83/100

*** Investigazioni S.r.l. p. 30,50/100

*** S.r.l. p. 30,00/100

- la gara è stata quindi aggiudicata alla ** S.r.l. con determinazione dirigenziale n. 49DF/cp del 1° marzo 2004 verso "...un importo complessivo presunto di € 1.416.754,80, spalmato sul monte ore triennale di 78.840/h";

- il relativo contratto è stato poi stipulato in forma pubblica amministrativa il 17 marzo 2004 e il servizio ha avuto inizio.

3. Il Collegio reputa non fondati i motivi di gravame con i quali l'appellante persegue l'obiettivo di ottenere l'aggiudicazione della gara previa esclusione dell'impresa aggiudicataria. Alle censure che contestano all'aggiudicataria la violazione delle tariffe di legalità in sede di offerta di servizi complementari gratuiti si deve infatti opporre, per un verso, che la giurisprudenza del Consiglio è, in modo condivisibile, orientata in prevalenza nel senso di non annettere valenza rigorosamente vincolante a dette tariffe ai fini della valutazione dell'ammissibilità delle offerte economiche in sede di gara; sotto altro profilo, che la causa della presentazione di dette offerte è da rinvenire nella quanto meno ambigua formulazione della *lex specialis* che annette valenza preponderante ai servizi gratuiti complementari stimolando il confronto competitivo in particolare su dette prestazioni, fatalmente connesse o coincidenti con quelle interessate dalle tariffe. E tanto a prescindere dall'effettiva pertinenza del richiamo alle tariffe quanto meno dubbia nel caso ad esempio del servizio di auto blindata, compreso nel servizio di trasporto.

Del pari, alla doglianza volta a stigmatizzare l'estraneità delle offerte rispetto al servizio di vigilanza *stricto sensu* inteso, si deve replicare in via assorbente che i servizi complementari offerti sono comunque riconducibili in senso estensivo all'oggetto della gara e che, in ogni caso, la causa di detta pretesa eccentricità si annida nella nebulosità della richiamata clausola relativa ai servizi complementari, che nella sua genericità non circoscrive in modo adeguato l'oggetto ed i caratteri delle prestazioni gratuite oggetto di stimolazione da parte della stazione appaltante.

Il cuore della controversia si incentra allora sulla legittimità della citata clausola che ha attribuito un peso ponderale pari a ben 70 punti su 100 per la valutazione dei servizi complementari a titolo gratuito, in contrasto con il loro carattere di accessorietà.

Ora, la Sezione non reputa censurabile *ex se* la circostanza che la lettera d'invito abbia facultato gli istituti partecipanti a presentare un progetto tecnico con offerta di servizi ulteriori rispetto a quelli previsti nel capitolato d'appalto, definiti espressamente come "complementari" o "aggiuntivi", "senza oneri aggiuntivi" rispetto al prezzo a base di gara. La giurisprudenza del Consiglio in tema di clausole di sponsorizzazione negli appalti aventi ad oggetto i servizi di tesoreria ha infatti chiarito che la discrezionalità della p.a. nel confezionamento dei bandi di gara consente anche la predisposizione di criteri di valutazione tesi a stimolare prestazioni non remunerate che soddisfino l'interesse pubblico secondo un modulo coerente con i profili di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa. E tanto, a condizione che venga rispettato il limite dato dalla necessità che detti servizi, per così dire,

accessori non snaturino l'oggetto della gara acquisendo un valore preponderante in seno ai criteri di valutazione (Cons. Stato, Adunanza Plenaria, decisione n. 6/2002).

Ebbene la Sezione, in accoglimento dell'assorbente censura spiegata dalla parte appellante, reputa per l'appunto, che detto limite sia stato valicato nella specie. Ed infatti non è chi non veda come una gara avente ad oggetto un appalto oneroso di servizi venga fatalmente snaturata dall'inserzione di una clausola che attribuisca valore nettamente preponderante a servizi gratuiti complementari indicati con una genericità tale da incentivare la presentazione di offerte non strettamente inerenti all'oggetto principale della gara. L'innesto di tale criterio di valutazione finisce infatti, da un lato, per disincentivare il confronto competitivo sulla qualità dei servizi onerosi sui quali primariamente dovrebbe incentrarsi la competizione in una gara avente ad oggetto un servizio da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente vantaggiosa; e per altro verso, attesa la genericità della clausola di che trattasi, per spostare il baricentro del confronto su prestazioni che, se non estranee, risultano marginali rispetto all'oggetto principale della procedura di gara. Si consideri poi che, vertendosi in materia di servizi soggetti a tariffa (pur se non rigidamente vincolante), il confronto economico sul prezzo delle prestazioni principali non poteva essere effettivo. Per conseguenza la rinuncia a valorizzare il profilo qualitativo dei servizi principali, per privilegiare nebulosi servizi complementari, ha completamente azzerato la rilevanza delle prestazioni essenziali mentre ha dato rilevanza ai servizi accessori.

L'applicazione dei principi elaborati dalla decisione 6/2002 dell'Adunanza Plenaria al caso di specie porta pertanto a considerare fondata la censura che tocca non già il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come affermato dal Primo Giudice, ma la razionalità dell'articolazione interna dei punteggi tra le singole voci. E' poi infondata l'eccezione di difetto di interesse basata sulla prova di resistenza posto che l'annullamento della clausola e la riarticolazione dei criteri porta ad una riformulazione delle offerte in un esito non è ricostruibile in base al dato storico delle offerte effettivamente presentate.

4. L'annullamento della gara, obbligando in sede conformativa la stazione appaltante alla riedizione della procedura emendata dai vizi colti in precedenza, conduce in definitiva al risarcimento in forma specifica della chance lesa, in guisa da escludere la ricorrenza di un profilo di danno da risarcire per equivalente, del quale manca peraltro adeguata prova.

5. In conclusione il ricorso in epigrafe deve essere accolto nei termini fin qui specificati.

Le spese seguono la soccombenza nei termini specificati in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie l'appello e, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado e annulla gli atti della procedura.

Condanna l'Acquedotto Pugliese S.p.A. al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio in favore della parte ricorrente, che liquida nella misura di 10.000,00 (diecimila/00) euro.

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

Così deciso in Roma, il 31 marzo 2006 dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez.VI
DEPOSITATA IN SEGRETERIA - il.07/09/2006.