

Illegittima commistione tra requisiti di ammissione e criteri di valutazione delle offerte: una volta che un'impresa si è qualificata ed è stata ammessa a partecipare alla gara in quanto in possesso dei richiesti requisiti speciali (di capacità economica e finanziaria e tecnica), i suddetti requisiti, presi in esame al fine della verifica delle condizioni di ammissione, non possono essere oggetto di nuova valutazione ai fini dell'aggiudicazione della procedura avviata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa: andrebbero infatti minati di principi di libera prestazione di servizi, di concorrenza e quindi di par condicio.

Il Tar Lombardia, Sezione III di Milano, con la sentenza numero 1493 del 22 giugno 2006 ci insegna che:

< In materia di appalti di servizi la normativa applicabile – d.lgs. n. 157 del 1995 – è chiara nel fissare i requisiti di moralità e di capacità tecnica, economica e finanziaria necessari per partecipare alla gara. In particolare tali requisiti vengono fissati dagli artt. 12, 13 e 14 d.lgs. 157/95, ove si prevedono il requisito della capacità economica e finanziaria accertato, tra l'altro, mediante “dichiarazione concernente il fatturato globale dell'impresa e l'importo relativo ai servizi identici a quello oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi” (art. 13, comma 1, lett. c cit.) e il requisito della capacità tecnica verificato in relazione a “l'elenco dei principali servizi prestati negli ultimi tre anni con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi stessi” (art. 14, comma 1 lett. a d.lgs. 157 cit.).

Ma una volta che l'impresa si è qualificata ed è stata ammessa a partecipare alla gara i suddetti requisiti, presi in esame al fine della verifica delle condizioni di ammissione, non possono essere oggetto di nuova valutazione ai fini dell'aggiudicazione della procedura. Infatti l'art. 23 del del d.lgs. 157 del 1995 indica altri e diversi parametri attraverso i quali determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa, “quali, ad esempio, il merito tecnico, la qualità, le caratteristiche estetiche e funzionali, il servizio successivo alla vendita, l'assistenza tecnica, il termine di consegna o esecuzione, il prezzo” (art. 23, comma 1 lett. b cit.).

Se, diversamente opinando, si consentisse di valutare nuovamente anche in sede di aggiudicazione il fatturato degli ultimi anni e il numero delle commesse effettuate si realizzerebbe il risultato, certamente contrario ad un corretto svolgimento della concorrenza, che le imprese di minori dimensioni, o di più recente costituzione avrebbero scarse possibilità di entrare nel mercato dei servizi, risultando quasi sempre superate da quelle di maggiori dimensioni o che hanno maturato una più risalente esperienza nel settore.>

Ma vi è di più.

< la concreta portata di tali parametri di valutazione è stata fortemente distorta, così che gli stessi, invece di aver riguardo alle oggettive caratteristiche del servizio offerto, come deve essere in base alle richiamate disposizioni normative del d.lgs. 157/95, hanno finito per risolversi in giudizi di carattere soggettivo sull'impresa concorrente.

Ciò è di palese evidenza laddove la valutazione del “merito tecnico” si sostanzia nell'attribuire un punteggio rapportato ai pregressi servizi svolti, la valutazione della “capacità tecnica” abbia riguardo al numero dei dipendenti di cui i candidati hanno usufruito negli ultimi tre anni e il giudizio sulla “qualità”, in luogo di premiare le migliori condizioni di servizio, comporti punteggi rapportati alle certificazioni UNI EN ISO.

La censura in esame è dunque fondata, avendo la stazione appaltante, come sopra evidenziato, operato una illegittima commistione tra requisiti di ammissione e criteri di valutazione delle offerte, risultando conseguentemente illegittimo in parte qua il bando di gara e il CSA.>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione 3a ha pronunciato la seguente SENTENZA

sul ricorso n. 98/06 proposto da

contro

Comune di Carpiano, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Aldo Lopez ed elettivamente domiciliato presso il suo studio in Milano, Galleria San Carlo, n. 6;

e nei confronti di

** di G. ** & C. s.a.s., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del bando di gara per pubblico incanto indetto dal Comune di Carpiano per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico e servizi diversi, anni scolastici 2005/2006 e 2006/2007, unitamente al capitolato speciale d'appalto, entrambi approvati con determinazione 10.8.05, n. 102 del responsabile Area affari generali del Comune;

- della determinazione 15.9.2005, n. 126, nota alla ricorrente solo per estremi, con cui il responsabile Area affari generali del Comune di Carpiano ha provveduto alla nomina della Commissione giudicatrice;

- di tutti gli atti della Commissione giudicatrice, quali risultano dai verbali in data 4.10.05 nonché da successivo verbale, non noto alla ricorrente, di verifica delle giustificazioni offerte dalla ditta ** s.a.s. in merito alla riscontrata anomalia dell'offerta economica;

- della determinazione 8.11.2005 n. 397 del responsabile Area affari generali del Comune avente ad oggetto "Servizi di trasporto scolastico e trasporti diversi a.s. 2005/2006 e 2006/2007. Approvazione operazioni di aggiudicazione ed affidamento del servizio";

- di ogni altro atto presupposto, consequenziale o comunque connesso ai precedenti, anche non noto; e per la condanna

della resistente Amministrazione comunale al risarcimento del danno ingiusto subito da ** s.p.a.;

e sui motivi aggiunti proposti dalla ricorrente nei confronti delle altre parti

per l'annullamento

- del verbale della Commissione giudicatrice in data 13.10.2005, avente ad oggetto esame ed approvazione delle giustificazioni fornite dalla ditta aggiudicataria in merito alla riscontrata anomalia dell'offerta economica;

- di tutti gli atti della procedura di gara già impugnati con il ricorso introduttivo ed in particolare della determinazione 8.11.2005, n. 397 del responsabile Area affari generali del Comune di Carpiano, avente ad oggetto "Servizi di trasporto scolastico e trasporti diversi a.s. 2005/2006 e 2006/2007. Approvazione operazioni di aggiudicazione ed affidamento del servizio";

e per la condanna

della resistente Amministrazione comunale al risarcimento del danno ingiusto subito da ** s.p.a.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Carpiano;

Visti i motivi aggiunti proposti dalla ricorrente;

Viste le memorie difensive delle parti;

Uditi alla pubblica udienza del 31 maggio 2006, relatore il dr. Riccardo Giani, l'avv. A. Zonta, in sostituzione dell'avv. L. Losa, per la società ricorrente, e l'avv. A. Lopez per il Comune resistente;

Visti gli atti tutti della causa;

Ritenuto quanto segue in fatto e diritto:

FATTO

Con bando inviato alla G.U.C.E. in data 10 ottobre 2005 il Comune di Carpiano ha indetto una procedura di pubblico incanto per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico e trasporti diversi, relativamente agli anni 2005/2006 e 2006/2007.

Il bando di gara ha previsto l'aggiudicazione in favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art.23, primo comma lett.b), D.Lgs. n.157/95, così graduando i fattori di valutazione:

prezzo max punti 55;

merito tecnico max punti 15, individuando il capitolato d'appalto come unico elemento di valutazione l'importo totale dei servizi di trasporto scolastico effettuati dal concorrente nell'ultimo triennio;

capacità tecnica max punti 10, individuando il CSA quale elemento di valutazione il numero medio dei dipendenti dell'ultimo triennio;

qualità max punti 20, misurata, secondo quanto previsto dal CSA, sulla base del possesso della certificazione di qualità UNI EN ISO.

Hanno partecipato alla procedura tre concorrenti, compresa la ricorrente, e in esito alle operazioni di gara, è risultata aggiudicataria la **. di G. ** & C. s.a.s.

Con il ricorso in epigrafe, la **. s.p.a. ha impugnato gli atti di gara, deducendo le seguenti censure:

- I) Omessa applicazione e violazione delle norme in materia di affidamento degli appalti pubblici di servizi nei cc.dd. "settori esclusi" o "settori speciali": direttiva 93/38/CEE del 14.6.1993, d.lgs. 17.3.1995, n. 158, d.lgs. 19.11.1997, n. 422, L.R. Lombardia 29.10.1998, n. 22, D.G.R. Lombardia 27.12.2001 n. VII/7698. Erroneamente è stata applicata la normativa sugli appalti di servizi in luogo di quella relativa ai settori c.d. esclusi.

- II) Violazione e falsa applicazione di direttive comunitarie, di norme di legge e di regolamento: direttiva 92/50/CEE, d.lgs. 158/1995 artt. 15.22 e 24, d.lgs. 17.3.1995, n. 157 art. 12, 17 e 23. Eccesso di potere per violazione delle norme e dei principi in materia di procedure ad evidenza pubblica, con particolare riferimento alle gare da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Eccesso di potere per sviamento, irragionevolezza, illogicità e contraddittorietà. La suddetta normativa è stata violata dalla stazione appaltante attraverso la commistione tra elementi soggettivi, attinenti alla fase di qualificazione, e elementi oggettivi, da valutarsi in sede di gara vera e propria.

- III) Violazione e falsa applicazione di norme di legge. Eccesso di potere per violazione delle norme e dei principi in materia di procedure ad evidenza pubblica, con particolare riferimento alle gare da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Eccesso di potere per sviamento, irragionevolezza, illogicità e contraddittorietà. E' illegittima la previsione di punteggi predeterminati.

- IV) Violazione e falsa applicazione di norme di legge. Eccesso di potere per violazione delle norme e dei principi in materia di procedure ad evidenza pubblica, con particolare riferimento alle gare da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Violazione dei principi di imparzialità e buon andamento e del principio di par condicio dei concorrenti. Illegittimamente non sono state previste buste separate per offerta tecnica ed economica.

- V) Violazione di legge: d.lgs. 17.3.1995, n. 158 art. 24 e d.lgs. 17.3.1995, n. 157 art. 23. Eccesso di potere per violazione delle norme e dei principi in materia di evidenza pubblica: omessa specificazione dei criteri di valutazione delle offerte concorrenti.

- VI) Violazione e falsa applicazione di norme di legge. Eccesso di potere per violazione delle norme e dei principi in materia di procedure ad evidenza pubblica, con particolare riferimento alle gare da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Violazione dei principi di imparzialità e buon andamento e del principio di par condicio dei concorrenti. La Commissione di gara ha illegittimamente anticipato la valutazione dell'offerta economica rispetto all'esame dei profili tecnici.

- VII) Violazione di legge: legge 15.1.1992, n. 21 art. 8, legge 11.8.2003, n. 218 art. 5. Violazione della lex specialis di gara, del bando e del capitolato speciale. La società aggiudicataria non possiede tutti i requisiti per lo svolgimento del servizio appaltato.

- VIII) Violazione e falsa applicazione di norme di legge. Eccesso di potere per violazione delle norme e dei principi in materia di procedure ad evidenza pubblica, con particolare riferimento alle gare da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Violazione dei principi di

imparzialità e buon andamento e del principio di par condicio dei concorrenti. Non è stato correttamente svolto il procedimento di valutazione delle giustificazioni in materia di offerta anomale. Si è costituita in giudizio l'amministrazione comunale per resistere al ricorso. La parte resistente eccipisce anche la tardività delle censure riferite al bando e al CSA..

Con ordinanza n. 201/2006 la Sezione respingeva la domanda incidentale di sospensione.

Con motivi aggiunti la società ricorrente ha impugnato il verbale 13 ottobre 2005 della Commissione giudicatrice, formulando le seguenti censure:

- I) Violazione di legge: d.lgs. 17.3.1995 n. 158 art. 25 e d.lgs. 17.3.1995, n. 157 art. 25. Eccesso di potere per difetto di istruttoria. Manifesta irragionevolezza. Travisamento e sviamento.
- II) Violazione di legge: d.lgs. 17.3.1995 n. 158 art. 25 e d.lgs. 17.3.1995, n. 157 art. 25. Legge 7.8.1990, n. 241, art.3. Eccesso di potere per manifesta irragionevolezza. Travisamento e sviamento. Difetto assoluto di motivazione.

Le parti hanno presentato memorie nelle quali puntualizzano le rispettive posizioni.

Alla pubblica udienza del 31 maggio 2006, relatore il dr. Riccardo Giani, sentiti i difensori delle parti come da verbale, la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

Il Collegio deve preliminarmente esaminare l'eccezione di tardività avanzata dal Comune resistente con riferimento a quelle censure proposte nel ricorso che investono il bando di gara e che, ad avviso dell'Amministrazione, dovevano essere proposte nel termine decadenziale rapportato alla pubblicazione del bando medesimo.

L'eccezione di tardività è infondata.

Ritiene il Collegio, richiamando la fondamentale decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 2003, che l'onere dell'impugnazione immediata degli atti preliminari della gara sussista soltanto quando essi contengono prescrizioni che precludano la partecipazione alla procedura concorsuale ovvero in "quei limitati casi in cui gli oneri imposti all'interessato ai fini della partecipazione risultino manifestamente incomprensibili o implicanti oneri per la partecipazione del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della gara o della procedura concorsuale" (Cons. Stato, A.P., 1/2003 cit.). Al contrario non sussiste un onere di immediata impugnazione quando si tratti – come nella specie – di disposizioni destinate ad operare nella fase applicativa della valutazione delle offerte, ove allora la loro lesività dipende dalla effettiva applicazione da parte degli organi della procedura (cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 aprile 2006, n. 1753).

Con il primo motivo parte ricorrente censura l'operato della stazione appaltante per aver dato applicazione alla normativa sugli appalti di servizi anziché, come sarebbe stato necessario, a quella relativa ai c.d. settori esclusi.

La doglianza è infondata.

Il d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157 all'art. 3 prevede che gli appalti pubblici di servizi sono i contratti stipulati tra prestatore e Amministrazione aggiudicatrice aventi ad oggetto la prestazione dei servizi di cui agli allegati 1 e 2, nell'ambito dei quali troviamo i "servizi di trasporto terrestre" (allegato 1 n. 2), previsione nella quale rientra la fattispecie sottoposta a giudizio e cioè la procedura di affidamento da parte di un Comune del servizio di trasporto scolastico. Al contrario il d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158, relativo alle procedure di appalto nei settori esclusi, ha riguardo, con riferimento al settore dei trasporti, alla "gestione di reti di trasporto pubblico...per filovia o autobus il cui esercizio sia subordinato alle prescrizioni delle autorità competenti sui percorsi, sulle capacità di trasporto o sulla frequenza del servizio" (cfr. art. 5 d.lgs. 158/1995 cit.), con evidente riferimento alla ben diversa fattispecie del trasporto pubblico locale come servizio reso indistintamente alla collettività..

Con il secondo motivo parte ricorrente censura la commistione operata dalla stazione appaltante, nel predisporre i criteri di valutazione, tra elementi soggettivi, che dovrebbero essere rilevanti solo in sede di prequalificazione, ed elementi oggettivi, da valutarsi invece in sede di gara vera e propria.

La censura è fondata.

L'art. 16 del bando di gara prevede che l'appalto deve essere aggiudicato secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 23, comma 1, lett. b) del d.lgs. 157/1995, e indica, quali parametri di valutazione i seguenti elementi: prezzo, (massimo punti 55), merito tecnico (massimo punti 15), capacità tecnica (massimo punti 10), qualità (massimo punti 20). La stessa norma del bando rinvia poi al capitolato d'appalto. Quest'ultimo, al punto 3.2, prevede che in sede di attribuzione del punteggio dovranno essere valutati: per quanto riguarda il "merito tecnico" i servizi di trasporto scolastico effettuati dai concorrenti per le pubbliche Amministrazioni negli ultimi tre anni, per quanto riguarda la "capacità tecnica" il numero medio di dipendenti in forza negli ultimi tre anni, per quanto riguarda la "qualità" il possesso delle certificazioni UNI EN ISO da parte di ciascun concorrente.

Quanto esposto rileva in modo esplicito la illegittima commistione operata dalla stazione appaltante fra requisiti di qualificazione dei partecipanti e criteri di valutazione delle offerte ai fini dell'aggiudicazione, come censurato da parte ricorrente.

In materia di appalti di servizi la normativa applicabile – d.lgs. n. 157 del 1995 – è chiara nel fissare i requisiti di moralità e di capacità tecnica, economia e finanziaria necessari per partecipare alla gara. In particolare tali requisiti vengono fissati dagli artt. 12, 13 e 14 d.lgs. 157/95, ove si prevedono il requisito della capacità economica e finanziaria accertato, tra l'altro, mediante "dichiarazione concernente il fatturato globale dell'impresa e l'importo relativo ai servizi identici a quello oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi" (art. 13, comma 1, lett. c cit.) e il requisito della capacità tecnica verificato in relazione a "l'elenco dei principali servizi prestati negli ultimi tre anni con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi stessi" (art. 14, comma 1 lett. a d.lgs. 157 cit.).

Ma una volta che l'impresa si è qualificata ed è stata ammessa a partecipare alla gara i suddetti requisiti, presi in esame al fine della verifica delle condizioni di ammissione, non possono essere oggetto di nuova valutazione ai fini dell'aggiudicazione della procedura. Infatti l'art. 23 del del d.lgs. 157 del 1995 indica altri e diversi parametri attraverso i quali determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa, "quali, ad esempio, il merito tecnico, la qualità, le caratteristiche estetiche e funzionali, il servizio successivo alla vendita, l'assistenza tecnica, il termine di consegna o esecuzione, il prezzo" (art. 23, comma 1 lett. b cit.). Se, diversamente opinando, si consentisse di valutare nuovamente anche in sede di aggiudicazione il fatturato degli ultimi anni e il numero delle commesse effettuate si realizzerebbe il risultato, certamente contrario ad un corretto svolgimento della concorrenza, che "le imprese di minori dimensioni, o di più recente costituzione avrebbero scarse possibilità di entrare nel mercato dei servizi, risultando quasi sempre superate da quelle di maggiori dimensioni o che hanno maturato una più risalente esperienza nel settore" (TAR Puglia, Lecce, sez. II, 20 aprile 2006, n. 1981).

Invero nel bando di gara l'Amministrazione ha indicato elementi di valutazione conformi alle prescrizioni del richiamato art. 23 d.lgs. 157/1995, quali il "merito tecnico", la "capacità tecnica" e la "qualità". Tuttavia, come già evidenziato, in sede di CSA la concreta portata di tali parametri di valutazione è stata fortemente distorta, così che gli stessi, invece di aver riguardo alle oggettive caratteristiche del servizio offerto, come deve essere in base alle richiamate disposizioni normative del d.lgs. 157/95, hanno finito per risolversi in giudizi di carattere soggettivo sull'impresa concorrente. Ciò è di palese evidenza laddove la valutazione del "merito tecnico" si sostanzia nell'attribuire un punteggio rapportato ai pregressi servizi svolti, la valutazione della "capacità tecnica" abbia riguardo al numero dei dipendenti di cui i candidati hanno usufruito negli ultimi tre anni e il giudizio sulla "qualità", in luogo di premiare le migliori condizioni di servizio, comporti punteggi rapportati alle certificazioni UNI EN ISO.

La censura in esame è dunque fondata, avendo la stazione appaltante, come sopra evidenziato, operato una illegittima commistione tra requisiti di ammissione e criteri di valutazione delle offerte, risultando conseguentemente illegittimo in parte qua il bando di gara e il CSA.

Ritiene per altro il Collegio che l'accertato vizio infici in maniera radicale il criterio di valutazione fissato dall'Amministrazione aggiudicatrice, con la conseguenza che l'accoglimento del ricorso impone alla stessa Amministrazione di procedere alla predisposizione di nuovi criteri di valutazione delle offerte, depurati da contaminazioni con i criteri di ammissione, alla riparametrazione dei punteggi e quindi alla ripetizione della gara.

La portata radicale dell'accolto motivo comporta l'assorbimento delle restanti censure articolate nel ricorso principale e nei motivi aggiunti, trattandosi per altro di doglianze che attengono ad una fase successiva della procedura e che restano travolte dalla presente pronuncia di accoglimento (cfr. TAR Puglia, Lecce, 1981/2006 cit.)

Il ricorso merita quindi accoglimento, con annullamento degli atti di gara a partire dal bando e dal capitolato e conseguente soddisfacimento in forma specifica dell'interesse della ricorrente alla rinnovazione del procedimento.

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

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, terza Sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 98/06 così dispone:

- accoglie il ricorso in epigrafe e per l'effetto annulla i provvedimenti con esso impugnati ai sensi di cui in motivazione;

- condanna il Comune di Carpiano al pagamento delle spese di giudizio che liquida in €. 2.000,00 (duemila/00) oltre IVA e CAP.

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

Così deciso in Milano il 31 maggio 2006