

Gli elementi riconducibili ai requisiti soggettivi dei concorrenti (quali le pregresse esperienze nella erogazione di servizi l'espletamento di servizi accessori, esistenza di rapporti non conflittuali tra la ditta accorrente ed i propri dipendenti)). e non alla natura ed all'oggetto dell'affidamento non possono essere inclusi nella valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa_ illegittimo comportamento di una Commissione di gara con conseguente annullamento della procedura e rinnovo della stessa < poiché non il bando, ma la commissione tecnica ha provveduto ad individuare i sub criteri per l'assegnazione dei punteggi relativi all'indicatore di qualità>

Costituisce principio generale in materia di procedimenti di evidenza pubblica quello della distinzione tra requisiti di partecipazione ed elementi di valutazione dell'offerta, con la conseguenza che la disciplina di gara non può legittimamente prevedere l'assegnazione del punteggio per aspetti che non concernono la qualità della prestazione e segnatamente per le caratteristiche economiche e tecniche che connotano l'impresa in generale_ anche prima della novella dell'articolo 83 del codice dei contratti, era possibile che la commissione giudicatrice non solo individuasse un criterio motivazionale a specificazione di indicatori contenuti nella lex specialis per l'assegnazione del punteggio, ma ha introducesse un nuovo criterio qualitativamente distinto da quelli previsti dalla lex specialis di gara, in ciò contravvenendo la disposizione contenuta nell'art. 83 del Codice degli Appalti che riserva tale facoltà al bando di gara.?

E' fondato il motivo del ricorso con cui la ricorrente assume l'illegittimità del bando in quanto all'art. 10 sarebbero stati inseriti, tra i criteri di attribuzione del punteggio, alcuni elementi riconducibili ai requisiti soggettivi dei concorrenti e non alla natura ed all'oggetto dell'affidamento, quali il livello di qualificazione operativa della ditta (punto 3), il livello di qualificazione professionale della ditta accorrente (punto 5) e livello di qualificazione etico – aziendale (punto 6), assegnando un illegittimo rilievo a elementi che non riguardano il valore intrinseco dell'offerta._ prima della novella del 2008, l'art. 83 prevedeva la preventiva fissazione di detti criteri motivazionali da parte della commissione giudicatrice. Quindi, la commissione di gara, che ha operato prima dell'entrata in vigore della riferita novella, ben poteva legittimamente procedere, in ossequio ai principi di imparzialità e par condicio, alla definizione preventiva dei criteri di riferimento per l'attribuzione dei punteggi prima dell'apertura delle buste e, cioè, nell'assoluta inconsapevolezza del loro contenuto e nell'obiettiva impossibilità di essere in qualche modo condizionata dalla preventiva conoscenza di elementi rilevanti ai fini della valutazione delle offerte; ciò anche al fine di autolimitare il proprio potere di apprezzamento e chiarire le ragioni dell'attribuzione di ciascun punteggio entro i limiti previsti._ **Al fine di assegnare l'esatta interpretazione alla norma contenuta nella proposizione stralciata dall'intervenuta modifica legislativa, occorre precisare, però, che i criteri di aggiudicazione della gara devono essere indicati nel bando e non possono essere introdotti, come ulteriori, dalla commissione giudicatrice, alla quale era rimessa unicamente la facoltà di specificare i criteri di giudizio già fissati nella suddetta legge di gara, in modo da rendere più chiare e trasparenti le ragioni della ripartizione del punteggio tra le offerte presentate dai concorrenti.**

Il Tar Puglia, Bari con la sentenza numero 2669 del 27 novembre 2008, in tema di appalto da affidare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ci insegna che:

< Nel caso in esame, la lex specialis di gara ha previsto l'assegnazione di punti per quelli che si rivelano più propriamente requisiti di capacità tecnica del soggetto partecipante, quali le pregresse esperienze nella erogazione di servizi di gestione di rifiuti (punto 3), l'espletamento di servizi accessori di gestione rifiuti da documentare tramite iscrizione ad albi nazionali di imprese che effettuano tale attività (punto 5), esistenza di rapporti non conflittuali tra la ditta accorrente ed i propri dipendenti (punto 6). Tali aspetti, invero, non attengono al c.d. merito tecnico (art. 83 del D.Lgs. 163/2006) bensì riguardano la capacità tecnica e professionale e l'organizzazione aziendale della società partecipante.

Ne consegue che così come formulato il bando di gara deve ritenersi illegittimo in parte qua e quindi come tale meritevole di annullamento.>

Ma ancor più significativo è questo passaggio:

<5. E' ancora fondato il motivo del ricorso proposto dalla società GAMMA Servizi Generali con il quale si censura la fissazione da parte della commissione giudicatrice dei tre subcriteri di giudizio individuati nella seduta di gara del 3 luglio 2007 relativi all'indicatore di qualità denominato "validità e sostenibilità del progetto sotto l'aspetto tecnico – organizzativo" non previsti dal bando di gara e che, mediante il punteggio assegnato al sistema della raccolta domiciliare (25 punti) ha finito per avvantaggiare la società BETA, poi risultata aggiudicataria provvisoria e definitiva.

L'art. 83 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 dispone al quarto comma che "Il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub - criteri e i sub - pesi o i sub - punteggi. Ove la stazione appaltante non sia in grado di stabilirli tramite la propria organizzazione, provvede a nominare uno o più esperti con il decreto o la determina a contrarre, affidando ad essi l'incarico di redigere i criteri, i pesi, i punteggi e le relative specificazioni, che verranno indicati nel bando di gara". L'art. 1, primo comma lett. u) del D.Lgs. 11 settembre 2008 n. 152 (recante ulteriori disposizioni correttive e integrative del Codice degli Appalti) ha soppresso l'ultima proposizione contenuta nella predetta disposizione secondo cui "La commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando".

In proposito, è noto che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa può presentare criteri sufficientemente ampi per l'attribuzione dei punteggi di gara e non presuppone inderogabilmente una puntualizzazione dei criteri di valutazione delle offerte a tal punto dettagliati da predeterminare in maniera rigida e stringente il giudizio sulle singole voci, quasi a trasformarsi, anche con riferimento alla valutazione del merito tecnico, in un criterio automatico di selezione, essendo tuttavia necessario che vi sia un'adeguata motivazione circa l'iter logico seguito per giungere alla determinazione conclusiva del punteggio.

Per queste ragioni, prima della novella del 2008, l'art. 83 prevedeva la preventiva fissazione di detti criteri motivazionali da parte della commissione giudicatrice. Quindi, la commissione di gara, che ha operato prima dell'entrata in vigore della riferita novella, ben poteva legittimamente procedere, in ossequio ai principi di imparzialità e par condicio, alla definizione preventiva dei criteri di riferimento per l'attribuzione dei punteggi prima dell'apertura delle buste e, cioè, nell'assoluta inconsapevolezza del loro contenuto e nell'obiettiva impossibilità di essere in qualche modo condizionata dalla preventiva conoscenza di elementi rilevanti ai fini della valutazione delle offerte (cfr.. Consiglio di Stato, Sez. V,

decisione 12 giugno 2007 n. 3136); ciò anche al fine di autolimitare il proprio potere di apprezzamento e chiarire le ragioni dell'attribuzione di ciascun punteggio entro i limiti previsti.

Al fine di assegnare l'esatta interpretazione alla norma contenuta nella proposizione stralciata dall'intervenuta modifica legislativa, occorre precisare, però, che i criteri di aggiudicazione della gara devono essere indicati nel bando e non possono essere introdotti, come ulteriori, dalla commissione giudicatrice, alla quale era rimessa unicamente la facoltà di specificare i criteri di giudizio già fissati nella suddetta legge di gara, in modo da rendere più chiare e trasparenti le ragioni della ripartizione del punteggio tra le offerte presentate dai concorrenti.

Nel caso in esame, tale regola è stata viceversa disattesa, poiché non il bando, ma la commissione tecnica ha provveduto ad individuare i sub criteri per l'assegnazione dei punteggi relativi all'indicatore di qualità indicato come "validità e sostenibilità del progetto sotto l'aspetto tecnico – organizzativo", prevedendo in particolare che dei 45 punti assegnabili, ben 25 fossero attribuiti in riferimento all'organizzazione delle diverse tipologie di servizi con particolare riferimento alle raccolte c.d. "porta a porta". L'effetto pratico di tale specificazione è quello di assegnare un peso preponderante (con un punteggio superiore al 50% dei punti stanziati per il criterio in esame e che nel caso in esame ha inciso in misura considerevole sulla formazione della graduatoria di gara) al servizio di raccolta domiciliare mentre, come osservato dal ricorrente, diverse disposizioni del capitolato speciale (es. artt. 21, 23, 24 e 28) fanno esclusivo riferimento alla raccolta tramite contenitori.

Pertanto, la commissione giudicatrice non ha solo individuato un criterio motivazionale a specificazione di indicatori contenuti nella lex specialis per l'assegnazione del punteggio, ma ha introdotto un nuovo criterio qualitativamente distinto da quelli previsti dalla lex specialis di gara, in ciò contravvenendo la disposizione contenuta nell'art. 83 del Codice degli Appalti che riserva tale facoltà al bando di gara.

Sulla base delle esposte considerazioni, la fissazione dei menzionati subcriteri di giudizio da parte della Commissione giudicatrice si appalesa illegittima, con conseguente accoglimento del gravame ed annullamento degli atti impugnati, fatte salve le successive determinazioni dell'Amministrazione sulla rinnovazione ab initio della gara e in senso conformativo ai principi fin qui esposti.>

Si legga da ultimissimo

Appalto da affidare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa: prima del 17 ottobre 2008 era illegittima la posteriorità della fissazione dei sottocriteri rispetto all'apertura delle buste contenenti le offerte, ora tutti i parametri devono essere esplicitati nella lex specialis di gara: condannata la Stazione appaltante a risarcire la perdita di chance

Anche nel testo dell'articolo 83, comma 4, anteriore alle modifiche apportate dal decreto legislativo 152/2008, non sarebbe stato possibile fissare i criteri motivazionali per l'attribuzione dei punteggi dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dopo aver aperto le buste contenenti le offerte tecniche (dal 17 ottobre 2008:viene soppressa, in quanto contraria al principio di parità di trattamento fissato dalle direttive, la disposizione _art. 83 comma 4 ultimo paragrafo_ che prevede che la commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissi in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando_ricosciuto il risarcimento del danno per la perdita di chance

Emerge dunque al di là di ogni ragionevole dubbio che i plichi contenenti le offerte tecniche erano stati già aperti al momento della trasmissione di queste ultime alla commissione tecnica. Deve pertanto inevitabilmente concludersi che la determinazione dei criteri motivazionali, ad opera della stessa commissione tecnica nella seduta (riservata) del 2 ottobre 2007, è intervenuta in violazione di quanto previsto dall'art. 83 co. 4 D.Lgs. n. 163/06, secondo cui – nel testo anteriore alle modifiche apportate dal recentissimo D.Lgs. n. 152/08 – la fissazione dei criteri motivazionali per l'attribuzione a ciascun criterio e subcriterio di valutazione di un punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando deve precedere l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche. La disposizione normativa, peraltro, non fa che positivizzare un'affermazione costantemente ribadita in giurisprudenza, e la cui "ratio" risiede nel rilievo che anche la sola possibilità della conoscenza delle caratteristiche dell'offerta prima che ne siano specificati i criteri di valutazione mette in pericolo la garanzia dell'imparzialità dell'operato dell'organo valutativo, comportando il rischio che i criteri stessi siano plasmati ed adattati alle offerte in modo che ne sortisca un effetto potenzialmente premiante nei confronti di una di esse. Quanto alla domanda risarcitoria spiegata dalla ricorrente, osserva il collegio che l'annullamento dell'aggiudicazione assorbe allo stato il lucro cessante dovuto alla perdita degli utili futuri conseguente al mancato affidamento del servizio, salve le successive determinazioni dell'amministrazione resistente, le quali potrebbero in ipotesi dare luogo al consolidarsi della lesione degli interessi pretensivi ad oggi pienamente soddisfatti con la pronuncia caducatoria (si pensi, a titolo esemplificativo, all'eventualità della mancata riedizione della gara). Considerazioni diverse valgono invece per il periodo compreso tra la data della stipula del contratto di appalto da parte dell'aggiudicataria (16 gennaio 2008) e la pronuncia della presente sentenza. Relativamente a tale lasso di tempo, durante il quale il servizio ha avuto esecuzione, deve peraltro escludersi che il pregiudizio patito coincida con l'utile ritraibile dal servizio, non essendovi alcun elemento di prova per affermare che, **ove la procedura fosse stata condotta regolarmente, la ricorrente sarebbe risultata vincitrice; piuttosto, ciò di cui la ricorrente si è vista privata in via definitiva è la "chance" di ottenere l'affidamento**, posizione giuridica la cui compromissione si sostanzia in una voce di **danno emergente che consiste nella perdita dell'occasione favorevole acquisita al patrimonio dell'interessata per il solo fatto di essere stata ammessa alla gara e, perciò, di poter ambire all'affidamento a parità di condizioni con gli altri concorrenti**.

Merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla sentenza numero 2684 del 18 novembre 2008, emessa dal Tar Toscana, Firenze

< Dai verbali in atti risulta che, nella prima seduta (pubblica) del 27 settembre 2007, il Presidente del seggio di gara, nell'illustrare le modalità di svolgimento della seduta, chiarì che avrebbe provveduto all'apertura delle buste contrassegnate dai numeri 1 e 2 per la verifica della documentazione amministrativa e per la verifica della presenza della documentazione tecnica; il medesimo verbale attesta quindi che il Presidente, aperti i plichi ed esaminata la documentazione prodotta dalle imprese concorrenti ai fini dell'ammissione alla gara, dispose la trasmissione della documentazione tecnica alla commissione incaricata delle relative valutazioni. La conferma dell'avvenuta apertura delle buste con le offerte tecniche si trae poi dalla richiesta di chiarimenti rivolta al Presidente di gara da certo sig. Fabiani, nella seduta del 27 settembre, in merito alla sorte dei progetti redatti in numero di pagine superiore a quello previsto dal disciplinare, richiesta non altrimenti spiegabile se non con la contestuale disponibilità della documentazione tecnica presentata dalle imprese offerenti; ma anche dalla circostanza che, nei verbali delle sedute successivamente tenute dalla commissione tecnica, non sono mai documentate operazioni di apertura delle buste contenenti i progetti di volta in volta esaminati. D'altro canto, l'apertura delle buste nella seduta pubblica è coerente con i principi generali di pubblicità della gara e di imparzialità della pubblica amministrazione, che impongono di garantire a tutti i concorrenti la

possibilità di assistere direttamente alla verifica dell'integrità dei documenti e all'identificazione del loro contenuto.

Emerge dunque al di là di ogni ragionevole dubbio che i plichi contenenti le offerte tecniche erano stati già aperti al momento della trasmissione di queste ultime alla commissione tecnica. Deve pertanto inevitabilmente concludersi che la determinazione dei criteri motivazionali, ad opera della stessa commissione tecnica nella seduta (riservata) del 2 ottobre 2007, è intervenuta in violazione di quanto previsto dall'art. 83 co. 4 D.Lgs. n. 163/06, secondo cui – nel testo anteriore alle modifiche apportate dal recentissimo D.Lgs. n. 152/08 – la fissazione dei criteri motivazionali per l'attribuzione a ciascun criterio e subcriterio di valutazione di un punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando deve precedere l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche. La disposizione normativa, peraltro, non fa che positivizzare un'affermazione costantemente ribadita in giurisprudenza, e la cui "ratio" risiede nel rilievo che anche la sola possibilità della conoscenza delle caratteristiche dell'offerta prima che ne siano specificati i criteri di valutazione mette in pericolo la garanzia dell'imparzialità dell'operato dell'organo valutativo, comportando il rischio che i criteri stessi siano plasmati ed adattati alle offerte in modo che ne sortisca un effetto potenzialmente premiante nei confronti di una di esse (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 25 settembre 2007, n. 4956).>

Si legga anche . Cons Stato, sez. VI, 25 settembre 2007, n. 4956

< In ordine al primo aspetto, l'analisi del tenore dei due sopra riportati verbali del 28 e del 29 dicembre consente di ricavare che la predeterminazione dei "pesi" in base ai quali valutare i quattro elementi è stata effettuata dopo che il Commissario, aperte le buste dinanzi al notaio, aveva potuto prendere conoscenza degli specifici contenuti delle offerte tecniche ed economiche. Donde la violazione del principio affermato dal consolidato indirizzo giurisprudenziale che consente la specificazione dei criteri di valutazione con la determinazione dei relativi valori ponderali solo in una fase necessariamente anteriore al momento dell'apertura delle buste. Infatti, anche la sola possibilità della conoscenza dell'entità dell'offerta economica e delle caratteristiche di quella tecnica mette in pericolo la garanzia dell'imparzialità dell'operato dell'organo valutativo, comportando il rischio che i criteri siano plasmati ed adattati alle offerte in modo che ne sortisca un effetto potenzialmente premiante nei confronti di una di esse. Nel caso in esame, in particolare, la conoscibilità delle cinque, diverse, offerte tecniche ed economiche consentiva, in linea astratta, di assumere per i singoli elementi di valutazione una determinata misura percentuale in luogo di altra, in modo che nella combinazione delle rispettive valutazioni e risultasse attribuito un miglior punteggio complessivo ad un offerente anziché ad un altro. Non induce ad una valutazione positiva della condotta del Commissario l'insistito accento delle parti appellanti sulla circostanza che detti parametri rileverebbero quali meri canoni motivazionali della scelta in ordine all'attribuzione dei punteggi. L'esame della prima citata documentazione mette infatti in evidenza che con detta tabella l'organo procedente, lungi dall'aver fornito un sostrato motivazionale alle proprie valutazioni, si è auto-assoggettato a seguire determinati criteri di valutazione, mediante l'elaborazione dei pesi, in un'epoca successiva alla conoscenza integrale delle offerte. Detta operazione integra quindi fissazione tardiva di un autovincolo valutativo senza potere essere derubricata a semplice sostrato motivazionale o traduzione matematica dell'importanza attribuita dal Commissario ai diversi elementi dell'offerta.>

E per quanto concerne il risarcimento del danno?

< Quanto alla domanda risarcitoria spiegata dalla ricorrente, osserva il collegio che l'annullamento dell'aggiudicazione assorbe allo stato il lucro cessante dovuto alla perdita degli utili futuri conseguente al mancato affidamento del servizio, salve le successive determinazioni dell'amministrazione resistente, le

quali potrebbero in ipotesi dare luogo al consolidarsi della lesione degli interessi pretensivi ad oggi pienamente soddisfatti con la pronuncia caducatoria (si pensi, a titolo esemplificativo, all'eventualità della mancata riedizione della gara).

Considerazioni diverse valgono invece per il periodo compreso tra la data della stipula del contratto di appalto da parte dell'aggiudicataria (16 gennaio 2008) e la pronuncia della presente sentenza. Relativamente a tale lasso di tempo, durante il quale il servizio ha avuto esecuzione, deve peraltro escludersi che il pregiudizio patito coincida con l'utile ritraibile dal servizio, non essendovi alcun elemento di prova per affermare che, ove la procedura fosse stata condotta regolarmente, la Consorzio ALFA sarebbe risultata vincitrice; piuttosto, ciò di cui la ricorrente si è vista privata in via definitiva è la "chance" di ottenere l'affidamento, posizione giuridica la cui compromissione si sostanzia in una voce di danno emergente che consiste nella perdita dell'occasione favorevole acquisita al patrimonio dell'interessata per il solo fatto di essere stata ammessa alla gara e, perciò, di poter ambire all'affidamento a parità di condizioni con gli altri concorrenti.

3.4. Ai fini della quantificazione del pregiudizio effettivamente occorso nella fattispecie, da condursi in via equitativa per la oggettiva difficoltà di raggiungere la dimostrazione del valore patrimoniale di un'entità astratta, il collegio ritiene di utilizzare quale base di partenza l'ammontare degli utili conseguibili dall'affidamento del servizio, computati in ragione del 10% dell'importo a base d'asta, secondo il criterio presuntivo diffusamente adoperato dalla giurisprudenza. Tale importo, pari ad euro 160.500,00 per l'intera durata triennale del servizio, deve essere poi decurtato della metà, in assenza di prova che – nel periodo considerato – l'impresa ricorrente abbia tenuto fermi mezzi e maestranze distogliendoli da altri servizi (fra le molte, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514).

L'importo così ottenuto (euro 80.250,00), deve essere ancora diviso per i tre anni di durata del servizio, in modo da ottenere l'ammontare dell'utile presuntivo annuo, che risulta pari ad euro 26.750,00, e che – per la natura stessa della situazione giuridica lesa – va ulteriormente ridotto in proporzione alle concrete possibilità che il Consorzio ALFA conseguisse l'aggiudicazione. E poiché, come dianzi accennato, gli scarni elementi allegati a sostegno della domanda risarcitoria non consentono di ritenere né che la ricorrente avesse un elevato grado di probabilità di aggiudicarsi il servizio, ma neppure che in concreto essa potesse vantare migliori probabilità degli altri concorrenti, non rimane che presumere eguali le probabilità di vittoria di ciascuna partecipante. Per l'effetto, l'ammontare dell'utile annuo presuntivo deve essere diviso per il numero delle imprese ammesse alla gara, esclusa l'aggiudicataria provvisoria la cui offerta non ha superato il giudizio di anomalia. Essendo dodici le imprese in corsa per l'aggiudicazione definitiva (tredici meno il raggruppamento BETA), l'importo dovuto alla ricorrente a titolo di risarcimento danni può dunque essere equitativamente stabilito in euro 2.500,00 comprensivi di rivalutazione monetaria ed interessi, somma ricavata, lo si ripete, a partire dal parametro dell'utile presunto di un anno di servizio (è di circa un anno la durata del servizio prestato dalla controinteressata BETABIS)>

A cura di Sonia LAzzini
REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 173 del 2008, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
ALFA Ecologia s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Luca Alberto Clarizio, presso cui ha eletto domicilio in Bari, via Vito Nicola De Nicolò, 7;

contro

Comune di Lesina, rappresentato e difeso dall'avv. Vito Aurelio Pappalepore, presso cui ha eletto domicilio in Bari, via Pizzoli, 8;

nei confronti di

Società Cooperativa BETA a r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Enrico Follieri e Ilde Follieri, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Fabrizio Lofoco in Bari, via Pasquale Fiore, 14;

e con l'intervento di

e

sul ricorso numero di registro generale 1048 del 2008, proposto da:
GAMMA Servizi Generali s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Raffaele Irmici, con domicilio eletto lo studio dell'avv. Antonio Distaso in Bari, C.so Vittorio Emanuele, 60;

contro

Comune di Lesina, rappresentato e difeso dall'avv. Vito Aurelio Pappalepore, presso cui ha eletto domicilio in Bari, via Pizzoli, 8;

nei confronti di

Società Cooperativa BETA a r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Enrico Follieri e Ilde Follieri, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Fabrizio Lofoco in Bari, via Pasquale Fiore, 14;
e ALFA Ecologia s.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

A) quanto al ricorso n. 173 del 2008:

I) con il ricorso introduttivo:

- della determinazione di aggiudicazione provvisoria dell'appalto per l'affidamento del servizio di igiene urbana in favore della società BETA Società cooperativa a r.l., assunta (a seguito della rimodulazione della graduatoria finale) nella seduta di gara del 27.11.2007;
- delle determinazioni di annullamento dell'esclusione della predetta società BETA (già disposta nella seduta del 6.11.2007) e di riammissione in gara della medesima società, di cui al verbale del 20.11.2007;
- degli ulteriori atti del procedimento di gara, ivi compresi la graduatoria finale, come rimodulata nella seduta del 27.11.2007 nonché il provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore della società BETA e il contratto di appalto;

II) con i motivi aggiunti:

- della determinazione n. 430 del 12.6.2008 recante l'aggiudicazione definitiva in favore della società cooperativa BETA;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente;

B) quanto al ricorso n. 1048 del 2008:

- del bando di gara del Comune di Lesina pubblicato sulla G.U. della Repubblica Italiana n. 26 del 2.3.2007, per l'appalto dei servizi di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani ed assimilati e servizi connessi per anni 9 (nove);
- del capitolato speciale collegato al bando di gara suddetto;
- di tutti i verbali di gara, dal n. 1 al n. 16, come indicati nella determinazione dirigenziale n. 430/08, e, segnatamente, dei verbali n. 3 in data 3.7.2007, di fissazione dei subcriteri; n. 15-bis del 20.11.2007, di annullamento della esclusione di BETA s.c.a r.l. (già disposta nella seduta del 6.11.2007) e di riammissione in gara della stessa ditta concorrente; n. 16 del 27.11.2007, di aggiudicazione provvisoria della gara alla società cooperativa BETA a r.l. e delle successive note di comunicazione;
- della “comunicazione, archiviazione procedimento di autotutela”, prot. n. 9736 del 12.6.2008 a firma del Responsabile del procedimento;
- della determinazione del Capo Settore Sesto del Comune di Lesina, R.U.P., n. 430 in data 12.6.2008, di aggiudicazione definitiva della gara alla società cooperativa BETA a r.l.;
- della nota di comunicazione del Capo Settore Sesto del Comune di Lesina, R.U.P., n. 10359 in data 23.6.2008;
- ove occorra, della Delibera della G.C. n. 263 in data 29.8.2006;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente;

nonché per la condanna della resistente Amministrazione al risarcimento del danno in forma specifica, ovvero per equivalente economico;

Visti i ricorsi ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Lesina e della società cooperativa BETA a r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il Referendario Gianluca Di Vita;

Uditi nell'udienza pubblica del giorno 1 ottobre 2008 i difensori delle parti come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con i ricorsi in esame le società ALFA Ecologia s.r.l. e GAMMA servizi generali s.r.l. impugnano i provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva in favore della BETA società cooperativa a r.l. e gli altri atti indicati in epigrafe, relativi alla gara d'appalto indetta dal Comune di Lesina per l'affidamento dei "servizi di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani ed assimilati connessi" della durata di nove anni, condotta secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e con importo annuo di Euro 900.000,00 (oltre IVA).

In particolare, con il primo dei ricorsi in esame, iscritto al numero di registro generale 173 del 2008, la ALFA Ecologia s.r.l., collocatasi al secondo posto nella graduatoria della gara d'appalto, deduce in sintesi i seguenti motivi di diritto:

- 1) violazione dell'art. 4 del Capitolato speciale d'appalto e del principio di par condicio tra i concorrenti ed eccesso di potere;
- 2) violazione dell'art. 38 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163; violazione degli artt. 4 e 9 del bando di gara ed eccesso di potere.

Il Tribunale ha accolto la domanda incidentale di sospensione dei provvedimenti impugnati con ordinanza del 20 febbraio 2008, in seguito riformata dal Consiglio di Stato con ordinanza del 13 maggio 2008.

Con motivi aggiunti ritualmente notificati e depositati il 22 luglio e il 6 agosto 2008, la società ALFA Ecologia s.r.l. ha inoltre impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva per i medesimi motivi di diritto articolati con il gravame principale.

Resistono in giudizio il Comune di Lesina e la BETA società cooperativa a r.l., replicando nel merito alle censure di parte ricorrente e chiedendone il rigetto. La società controinteressata propone inoltre ricorso incidentale avverso la mancata esclusione della società ALFA Ecologia.

Con il secondo dei ricorsi in epigrafe, iscritto al numero di registro generale 1048 del 2008, la società GAMMA Servizi Generali s.r.l., terza graduata nella gara d'appalto, avanza le domande specificate in epigrafe, deducendo in sintesi:

- 1) violazione e falsa applicazione dell'art. 83 D.Lgs. 163/2006, degli artt. 3 e 10 del bando di gara e degli artt. 18 e 20 del capitolato speciale, violazione del principio della par condicio tra i concorrenti ed eccesso di potere;
- 2) violazione e falsa applicazione dell'art. 83 D.Lgs. 163/2006 in relazione all'art. 10 del bando di gara;
- 3) violazione dell'art. 48 D.Lgs. 163/2006;
- 4) violazione dell'art. 10 bis L. 7 agosto 1990 n. 241; violazione dei principi generali in materia di autotutela della Pubblica Amministrazione;
- 5) violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del D.Lgs. 163/2006 e dell'art. 4 del capitolato speciale di appalto;
- 6) violazione e falsa applicazione degli artt. 1406 e seguenti del codice civile e del capitolato speciale di appalto;
- 7) violazione e falsa applicazione dell'art. 4 del bando di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 46 del D.Lgs. 163/2006;
- 8) violazione e falsa applicazione dell'art. 11 del D.Lgs. 163/2006; eccesso di potere.

Si è costituito in giudizio il Comune di Lesina, che eccepisce la irricevibilità per tardività del ricorso laddove rivolto a censurare la lex specialis di gara e ne chiede, comunque, la reiezione in quanto infondato nel merito.

Resiste altresì in giudizio la società cooperativa BETA, che conclude per il rigetto del ricorso.

Alla pubblica udienza del 1 ottobre 2008 le cause sono state trattenute in decisione.

DIRITTO

Attesa la loro evidente connessione soggettiva ed oggettiva, i ricorsi in esame vengono riuniti per essere decisi con un'unica sentenza.

1. Occorre premettere brevi cenni in fatto al fine di inquadrare compiutamente l'oggetto del giudizio.

Il Comune di Lesina ha indetto una gara di appalto per l'affidamento dei servizi di raccolta e trasporto di rifiuti solidi urbani ed assimilati e di igiene urbana con durata di nove anni ed importo annuo di Euro 900.000,00 (oltre IVA).

Per l'aggiudicazione è stato previsto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa con attribuzione di un punteggio massimo pari a 100 ripartito come segue:

A) per il “progetto tecnico – organizzativo e qualificazione della ditta accorrente”, massimo 60 punti assegnati secondo sei criteri di giudizio denominati “indicatori di qualità” di seguito specificati:

- 1) validità e sostenibilità del progetto sotto l’aspetto tecnico – organizzativo (45 punti);
- 2) validità e sostenibilità tecnico – organizzativa dei servizi aggiuntivi offerti (5 punti);
- 3) livello di qualificazione operativa della ditta (4 punti);
- 4) validità dell’analisi dell’impatto ambientale relazionata al progetto proposto (3,5 punti);
- 5) livello di qualificazione professionale della ditta (1,5 punti);
- 6) livello di qualificazione etico – aziendale (1 punto);

B) per l’offerta economica è stato infine previsto un punteggio massimo di 40 punti.

Alla seduta di gara del 20 giugno 2007 venivano ammesse alla procedura cinque società (Multi Servizi Ecologici, ALFA Ecologia, BETA soc. coop. a r.l., Ecolife s.r.l., GAMMA Servizi Generali s.r.l.) e nella successiva riunione del 3 luglio 2007 la commissione giudicatrice, limitatamente al primo indicatore di qualità “validità e sostenibilità del progetto sotto l’aspetto tecnico – organizzativo (45 punti)”, riteneva di determinare i sub criteri di giudizio con cui sarebbero stati attribuiti i punteggi per la valutazione delle offerte tecniche “in ragione delle caratteristiche tipologiche e prestazionali delle soluzioni offerte, al fine di consentire ai singoli componenti della Commissione di esprimere le proprie valutazioni”. Pertanto, si decideva di suddividere detto indicatore in tre sub criteri:

- 1) sub criterio 1.1: organizzazione delle diverse tipologie di servizi con particolare riferimento alle raccolte domiciliari ed al miglioramento qualitativo e quantitativo delle raccolte differenziate di rifiuti, anche in riferimento agli obiettivi previsti dal D.Lgs. 3 aprile 2006 n. 152 (25 punti);
- 2) sub criterio 1.2: livelli differenziati di qualità di servizi per fabbisogni stagionali, con riferimento alle significative variazioni di flusso, anche con riferimento alle zone balneari ed alle infrastrutture turistiche presenti sul territorio (10 punti);
- 3) sub criterio 1.3: soluzioni tecniche innovative per il miglioramento dei servizi nelle aree del centro storico a maggiore criticità e nelle aree maggiormente sensibili per gli aspetti di tutela ambientale, ivi comprese le aree costiere lagunari che lambiscono il centro urbano di Lesina (10 punti).

Non venivano viceversa individuati sub criteri di giudizio per gli altri cinque indicatori di qualità, ritenendo che non necessitassero di ulteriore specificazione.

Nel corso della seduta di gara del 12 ottobre 2007, la Commissione giudicatrice attribuiva i punteggi relativi alla componente tecnica, sommando quelli concernenti i sub criteri menzionati e, quindi, gli altri criteri di giudizio. Alla società BETA veniva assegnato un punteggio pari a 23 per il primo sub criterio relativo al servizio di raccolta c.d. “porta a porta” (che concorreva al punteggio di 44,5 per il primo criterio di giudizio), totalizzando un punteggio complessivo di 52 per il progetto tecnico – organizzativo, collocandosi in prima posizione. Seguivano in graduatoria la ALFA Ecologia con 40 punti e, quindi, la GAMMA con 36 punti (successivamente rettificati a 37,5 nel corso della seduta di gara del 20 novembre 2007).

Occorreva quindi procedere alla fase successiva della valutazione dell’offerta economica. In proposito, l’art. 4 del capitolato speciale d’appalto (clausola compromissoria espressa) richiedeva a pena di

esclusione dalla procedura che i concorrenti dovessero prestare “sin dall’offerta ed in forma esplicita (...) il proprio consenso, con rinuncia a qualsivoglia eccezione, alla cessione diretta del contratto a favore dell’Autorità di gestione dei rifiuti solidi urbani del bacino ‘Foggia 1’ e/o l’eventuale cessione del contratto medesimo a favore di altro costituendo soggetto dotato di personalità giuridica” indicato dalla medesima Autorità.

Nella seduta di gara del 6 novembre 2007, la commissione giudicatrice disponeva l’esclusione della società BETA non avendo riscontrato nell’offerta economica della stessa la citata dichiarazione di consenso.

Nella medesima seduta si procedeva quindi all’attribuzione dei punteggi finali, individuando quale offerta economicamente più vantaggiosa quella presentata dalla ALFA Ecologia (con 80 punti) alla quale l’appalto veniva aggiudicato in via provvisoria, risultando seconda graduata la GAMMA Servizi Generali s.r.l. (con 75,18 punti, successivamente rettificati in complessivi 76,68 punti alla seduta del 27 novembre 2007).

Tuttavia, nella successiva seduta di gara del 20 novembre 2007, accogliendo l’istanza di annullamento del citato provvedimento di esclusione, la commissione giudicatrice riammetteva alla gara la società BETA rilevando che, benché non avesse reso la menzionata dichiarazione di assenso alla cessione del contratto, questa aveva accettato integralmente ed incondizionatamente tutte le clausole del capitolato speciale di appalto (ivi comprese quelle concernenti la cessione del contratto all’Autorità di gestione).

Nella seduta di gara del 27 novembre 2007, veniva infine aggiudicato l’appalto in via provvisoria alla società BETA alla quale venivano riconosciuti un totale di 91,26 punti (dei quali, come si è detto, 23 punti riguardano il sub criterio di giudizio relativo al servizio di raccolta domiciliare).

Avverso il provvedimento di aggiudicazione insorgono le società ALFA Ecologia e GAMMA Servizi Generali (collocatesi rispettivamente al secondo e terzo posto in graduatoria) con i ricorsi in esame.

In particolare, con il ricorso iscritto al numero di registro generale 173 del 2008, la ALFA Ecologia deduce:

1) violazione dell’art. 4 del Capitolato speciale d’appalto e del principio di par condicio tra i concorrenti ed eccesso di potere: la società controinteressata andava esclusa dalla gara per non aver reso la dichiarazione di consenso alla cessione diretta del contratto d’appalto in favore dell’Autorità di gestione dei rifiuti solidi urbani del bacino “Foggia 1”, richiesta dalla lex specialis a pena di esclusione dalla gara;

2) violazione dell’art. 38 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163; violazione degli artt. 4 e 9 del bando di gara; eccesso di potere: si censura la mancata esclusione della società cooperativa BETA non avendo quest’ultima prodotto la dichiarazione attestante la sussistenza dei requisiti di ordine generale di cui all’art. 38 del D.Lgs. 163/2006 con riferimento al direttore tecnico.

La società controinteressata, a sua volta, propone ricorso incidentale avverso la mancata esclusione della ALFA Ecologia deducendo la violazione dell’art. 17 della L. 12 marzo 1999 n. 68, non avendo la ricorrente autocertificato in sede di partecipazione alla gara l’ottemperanza alla vigente normativa che disciplina il diritto al lavoro dei soggetti disabili.

Viceversa, la società GAMMA Servizi Generali affida il gravame iscritto al n. 1048 del 2008 ai seguenti motivi di diritto:

1) violazione e falsa applicazione dell’art. 83 D.Lgs. 163/2006, degli artt. 3 e 10 del bando di gara e degli artt. 18 e 20 del capitolato speciale, violazione del principio della par condicio tra i concorrenti; eccesso

di potere: la Commissione di gara ha illegittimamente adottato ulteriori sub criteri di giudizio non contemplati dalla lex specialis di gara;

2) violazione e falsa applicazione dell'art. 83 D.Lgs. 163/2006 in relazione all'art. 10 del bando di gara; violazione della par condicio tra i concorrenti ed eccesso di potere: la stazione appaltante ha illegittimamente introdotto nel bando di gara, tra i criteri di attribuzione del punteggio, alcuni elementi riconducibili ai requisiti soggettivi dei concorrenti e che non attengono all'oggetto dell'affidamento;

3) violazione dell'art. 48 D.Lgs. 163/2006; violazione del principio della par condicio tra i concorrenti ed eccesso di potere: si censura il mancato esercizio del potere di verifica del possesso dei requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnico – organizzativi della società aggiudicatrice;

4) violazione dell'art. 10 bis L. 7 agosto 1990 n. 241; violazione dei principi generali in materia di autotutela della Pubblica Amministrazione; violazione dell'art. 83 D.Lgs. 163/2006, violazione della par condicio tra i partecipanti alla gara ed eccesso di potere: si deduce l'illegittimità del provvedimento di archiviazione del procedimento avviato su iniziativa della società ricorrente, volto ad ottenere l'annullamento degli atti di gara, per mancata comunicazione del preavviso di rigetto;

5) violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del D.Lgs. 163/2006, dell'art. 1406 del codice civile, dell'art. 4 del capitolato speciale di appalto; violazione della par condicio dei concorrenti ed eccesso di potere: l'aggiudicazione definitiva della gara di appalto si appalesa illegittima in quanto adottata in esecuzione dell'ordinanza cautelare del Consiglio di Stato che ha riformato quella adottata dal T.A.R. Puglia;

6) violazione e falsa applicazione degli artt. 1406 e seguenti del codice civile; violazione dell'art. 4 del capitolato speciale di appalto; violazione del principio della par condicio dei concorrenti ed eccesso di potere: si censura la mancata esclusione della società BETA per non aver reso la dichiarazione di consenso alla cessione diretta del contratto d'appalto in favore dell'Autorità di gestione dei rifiuti solidi urbani del bacino "Foggia 1", richiesta dalla lex specialis a pena di esclusione dalla gara;

7) violazione e falsa applicazione dell'art. 4 del bando di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 46 del D.Lgs. 163/2006; violazione della par condicio dei concorrenti ed eccesso di potere: la ALFA Ecologia s.r.l., risultata seconda graduata, andava esclusa dalla gara per mancata asseverazione dei requisiti di capacità economica e finanziaria;

8) violazione e falsa applicazione dell'art. 11 del D.Lgs. 163/2006, violazione dei principi generali in tema di affidamento dei contratti pubblici ed eccesso di potere: il Comune di Lesina ha illegittimamente affidato alla società controinteressata il servizio oggetto della gara in violazione delle richiamate disposizioni che vietano l'esecuzione del contratto prima che lo stesso divenga efficace.

2. Tanto premesso, il Collegio ritiene di esaminare preliminarmente il ricorso iscritto al numero di registro generale n. 1048 del 2008 con cui la società GAMMA Servizi Generali s.r.l., tra l'altro, impugna il bando di gara (con una doglianza che si pone a monte rispetto alle censure articolate nel suo ricorso dalla ALFA che riguardano l'ammissione alla gara della società BETA) e la mancata esclusione della stessa ALFA Ecologia, sollevando una questione pregiudiziale che, ove fondata, determinerebbe l'insussistenza dell'interesse ad agire della seconda graduata con la conseguente inammissibilità per difetto di interesse del distinto ricorso n. 173 del 2008.

In rito, sono infondate le eccezioni sollevate dal Comune di Lesina: quella di inammissibilità, in quanto genericamente formulata, e quella di irricevibilità per tardività delle censure avanzate contro la lex specialis di gara, in quanto l'interesse all'impugnazione del bando di gara e del capitolato speciale d'appalto, ove non contengano clausole ostative alla partecipazione alla procedura o comunque

immediatamente pregiudizievoli, sorge per la ricorrente con l'emanazione degli atti applicativi concretamente lesivi che, nel caso in esame, sono costituiti dai provvedimenti conclusivi della gara e dalla relativa aggiudicazione rispetto ai quali il ricorso è senz'altro tempestivo.

Nel merito, vanno prima trattate in ordine logico le censure dedotte dalla GAMMA avverso il bando (motivo di ricorso n. 2), quella concernente la fase di ammissione alla gara per la mancata esclusione della società ALFA Ecologia (motivo n. 7) e, quindi, quella relativa alla fissazione di subcriteri di giudizio del progetto tecnico – organizzativo (motivo n. 1).

Difatti, gli altri motivi di ricorso dedotti dalla GAMMA attengono alla successiva fase dell'offerta economica (motivo n. 6), alla verifica dei requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnico – organizzativa (motivo n. 3), all'aggiudicazione (motivo n. 5) e alle fasi successive e di esecuzione (motivi n. 4 e 8).

3. E' fondato il motivo del ricorso con cui la società GAMMA assume l'illegittimità del bando in quanto all'art. 10 sarebbero stati inseriti, tra i criteri di attribuzione del punteggio, alcuni elementi riconducibili ai requisiti soggettivi dei concorrenti e non alla natura ed all'oggetto dell'affidamento, quali il livello di qualificazione operativa della ditta (punto 3), il livello di qualificazione professionale della ditta accorrente (punto 5) e livello di qualificazione etico – aziendale (punto 6), assegnando un illegittimo rilievo a elementi che non riguardano il valore intrinseco dell'offerta.

Difatti, costituisce principio generale in materia di procedimenti di evidenza pubblica quello della distinzione tra requisiti di partecipazione ed elementi di valutazione dell'offerta, con la conseguenza che la disciplina di gara non può legittimamente prevedere l'assegnazione del punteggio per aspetti che non concernono la qualità della prestazione e segnatamente per le caratteristiche economiche e tecniche che connotano l'impresa in generale.

Nel caso in esame, la lex specialis di gara ha previsto l'assegnazione di punti per quelli che si rivelano più propriamente requisiti di capacità tecnica del soggetto partecipante, quali le pregresse esperienze nella erogazione di servizi di gestione di rifiuti (punto 3), l'espletamento di servizi accessori di gestione rifiuti da documentare tramite iscrizione ad albi nazionali di imprese che effettuano tale attività (punto 5), esistenza di rapporti non conflittuali tra la ditta accorrente ed i propri dipendenti (punto 6). Tali aspetti, invero, non attengono al c.d. merito tecnico (art. 83 del D.Lgs. 163/2006) bensì riguardano la capacità tecnica e professionale e l'organizzazione aziendale della società partecipante.

Ne consegue che così come formulato il bando di gara deve ritenersi illegittimo in parte qua e quindi come tale meritevole di annullamento.

4. Passando alla successiva fase di ammissione alla gara, si appalesa parimenti fondata la censura formulata da parte ricorrente avverso la mancata esclusione della società ALFA Ecologia che non avrebbe adeguatamente comprovato il possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria mediante la produzione di idonee referenze bancarie richieste dalla lex specialis di gara.

Sul punto, l'art. 4 del bando di gara richiede che il concorrente presenti, tra l'altro, "non meno di n. 2 referenze di Istituti Bancari che attestino, nel loro complesso, la presenza di linee di credito pari al 50% dell'importo annuo posto a base di gara e nelle quali si dichiarino, inoltre, che l'impresa ha sempre fatto fronte ai suoi impegni con regolarità e continuità".

Contravvenendo alle specifiche prescrizioni di gara, in luogo di dichiarazioni bancarie attestanti espressamente linee di credito per euro 450.000,00 (pari appunto al 50% dell'importo annuale dell'appalto), la ALFA Ecologia ha viceversa prodotto:

- una nota della Banca di Roma, filiale n. 8 di Bari datata 16 marzo 2007 che attesta sia il possesso di “adeguata capacità economico – finanziaria per far fronte a quanto richiesto dal Comune di Lesina” sia la disponibilità di linee di credito pari a Euro 250.000,00 per scoperto di conto corrente e nella quale si dichiara che la società in questione ha sempre fatto fronte ai propri impegni con regolarità e puntualità;

- una missiva della Banca di Credito Cooperativo di Conversano del 13 marzo 2007 in cui si rappresenta che la ALFA Ecologia “dispone di adeguata capacità economica – finanziaria per l’esecuzione dei lavori che intende assumere” e che la stessa ha sempre fatto fronte ai propri impegni con regolarità e puntualità, essendo dotata infine di “linee di credito sufficienti a soddisfare l’importo di gara indicato in oggetto”.

Dalle predette dichiarazioni non emerge espressamente il possesso da parte della ALFA Ecologia di linee di credito per l’importo richiesto dal bando, risultando esplicitato tale importo solo nella attestazione della Banca di Roma e, per una cifra inferiore a quanto richiesto dalla lex specialis. Era quindi necessario che l’altra dichiarazione dell’Istituto di credito specificasse la differenza di importo tale da raggiungere la somma indicata nel bando (Euro 200.000,00), mentre la dichiarazione della Banca di Credito Cooperativo di Conversano appare generica e non rispondente a quanto richiesto dal bando di gara.

Ne deriva che, non avendo soddisfatto uno dei requisiti di ammissione prescritti dalla lex specialis di gara, la ALFA Ecologia andava esclusa dalla procedura. Ne consegue l’inammissibilità per carenza di interesse del ricorso principale iscritto al numero di registro generale 173 del 2008 e dei successivi motivi aggiunti, non potendo tale società, attesa l’insussistenza di requisiti di ammissione, ritrarre alcuna utilità dall’accoglimento delle proprie censure. Cade altresì l’impugnazione proposta in via incidentale dalla società BETA per effetto del principio “accessorium sequitur principale”.

5. E’ ancora fondato il motivo del ricorso proposto dalla società GAMMA Servizi Generali con il quale si censura la fissazione da parte della commissione giudicatrice dei tre subcriteri di giudizio individuati nella seduta di gara del 3 luglio 2007 relativi all’indicatore di qualità denominato “validità e sostenibilità del progetto sotto l’aspetto tecnico – organizzativo” non previsti dal bando di gara e che, mediante il punteggio assegnato al sistema della raccolta domiciliare (25 punti) ha finito per avvantaggiare la società BETA, poi risultata aggiudicataria provvisoria e definitiva.

L’art. 83 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 dispone al quarto comma che “Il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub - criteri e i sub - pesi o i sub - punteggi. Ove la stazione appaltante non sia in grado di stabilirli tramite la propria organizzazione, provvede a nominare uno o più esperti con il decreto o la determina a contrarre, affidando ad essi l’incarico di redigere i criteri, i pesi, i punteggi e le relative specificazioni, che verranno indicati nel bando di gara”. L’art. 1, primo comma lett. u) del D.Lgs. 11 settembre 2008 n. 152 (recante ulteriori disposizioni correttive e integrative del Codice degli Appalti) ha soppresso l’ultima proposizione contenuta nella predetta disposizione secondo cui “La commissione giudicatrice, prima dell’apertura delle buste contenenti le offerte, fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando”.

In proposito, è noto che il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa può presentare criteri sufficientemente ampi per l’attribuzione dei punteggi di gara e non presuppone inderogabilmente una puntualizzazione dei criteri di valutazione delle offerte a tal punto dettagliati da predeterminare in maniera rigida e stringente il giudizio sulle singole voci, quasi a trasformarsi, anche con riferimento alla valutazione del merito tecnico, in un criterio automatico di selezione, essendo tuttavia necessario che vi sia un’adeguata motivazione circa l’iter logico seguito per giungere alla determinazione conclusiva del punteggio.

Per queste ragioni, prima della novella del 2008, l'art. 83 prevedeva la preventiva fissazione di detti criteri motivazionali da parte della commissione giudicatrice. Quindi, la commissione di gara, che ha operato prima dell'entrata in vigore della riferita novella, ben poteva legittimamente procedere, in ossequio ai principi di imparzialità e par condicio, alla definizione preventiva dei criteri di riferimento per l'attribuzione dei punteggi prima dell'apertura delle buste e, cioè, nell'assoluta inconsapevolezza del loro contenuto e nell'obiettiva impossibilità di essere in qualche modo condizionata dalla preventiva conoscenza di elementi rilevanti ai fini della valutazione delle offerte (cfr.. Consiglio di Stato, Sez. V, decisione 12 giugno 2007 n. 3136); ciò anche al fine di autolimitare il proprio potere di apprezzamento e chiarire le ragioni dell'attribuzione di ciascun punteggio entro i limiti previsti.

Al fine di assegnare l'esatta interpretazione alla norma contenuta nella proposizione stralciata dall'intervenuta modifica legislativa, occorre precisare, però, che i criteri di aggiudicazione della gara devono essere indicati nel bando e non possono essere introdotti, come ulteriori, dalla commissione giudicatrice, alla quale era rimessa unicamente la facoltà di specificare i criteri di giudizio già fissati nella suddetta legge di gara, in modo da rendere più chiare e trasparenti le ragioni della ripartizione del punteggio tra le offerte presentate dai concorrenti.

Nel caso in esame, tale regola è stata viceversa disattesa, poiché non il bando, ma la commissione tecnica ha provveduto ad individuare i sub criteri per l'assegnazione dei punteggi relativi all'indicatore di qualità indicato come "validità e sostenibilità del progetto sotto l'aspetto tecnico – organizzativo", prevedendo in particolare che dei 45 punti assegnabili, ben 25 fossero attribuiti in riferimento all'organizzazione delle diverse tipologie di servizi con particolare riferimento alle raccolte c.d. "porta a porta". L'effetto pratico di tale specificazione è quello di assegnare un peso preponderante (con un punteggio superiore al 50% dei punti stanziati per il criterio in esame e che nel caso in esame ha inciso in misura considerevole sulla formazione della graduatoria di gara) al servizio di raccolta domiciliare mentre, come osservato dal ricorrente, diverse disposizioni del capitolato speciale (es. artt. 21, 23, 24 e 28) fanno esclusivo riferimento alla raccolta tramite contenitori.

Pertanto, la commissione giudicatrice non ha solo individuato un criterio motivazionale a specificazione di indicatori contenuti nella *lex specialis* per l'assegnazione del punteggio, ma ha introdotto un nuovo criterio qualitativamente distinto da quelli previsti dalla *lex specialis* di gara, in ciò contravvenendo la disposizione contenuta nell'art. 83 del Codice degli Appalti che riserva tale facoltà al bando di gara.

Sulla base delle esposte considerazioni, la fissazione dei menzionati subcriteri di giudizio da parte della Commissione giudicatrice si appalesa illegittima, con conseguente accoglimento del gravame ed annullamento degli atti impugnati, fatte salve le successive determinazioni dell'Amministrazione sulla rinnovazione ab initio della gara e in senso conformativo ai principi fin qui esposti.

Restano assorbiti gli ulteriori motivi del ricorso.

Quanto, infine, alla richiesta di risarcimento del danno in forma specifica e per equivalente, avanzata dalla società GAMMA nell'atto introduttivo del presente giudizio, la stessa non può essere accolta considerato che l'annullamento dell'aggiudicazione e la conseguente rinnovazione della gara appaiono soddisfattivi dell'interesse della ricorrente, come dedotto nel gravame, volto ad ottenere l'aggiudicazione della gara (che non può essere disposta tenuto conto della natura delle censure articolare che, in quanto fondate, comportano la ripetizione della procedura) o, comunque, la rinnovazione della stessa.

6. Le spese processuali, in considerazione della complessità delle questioni dedotte in giudizio, possono essere integralmente compensate tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Prima Sezione, definitivamente pronunciando in ordine ai ricorsi indicati in epigrafe, previa loro riunione, così provvede:

1) accoglie il ricorso R.G. 1048 del 2008 proposto dalla GAMMA Servizi Generali s.r.l. e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati; respinge la richiesta di risarcimento dei danni;

2) dichiara inammissibile il ricorso n. 173 del 2008 proposto dalla società ALFA Ecologia s.r.l.; dichiara altresì inammissibile il ricorso incidentale proposto dalla Società Cooperativa BETA a r.l..

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nelle camere di consiglio dei giorni 1 e 29 ottobre 2008 con l'intervento dei Magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Giuseppina Adamo, Consigliere

Gianluca Di Vita, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/11/2008

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

IL SEGRETARIO