

È in contrasto con i principi derivanti dall'ordinamento comunitario fissare dei sub punteggi dopo che sono pervenute all'amministrazione le offerte dei concorrenti e senza una previa fissazione in sede di bando o avviso di gara

E ciò non può nemmeno avvenire al fine di ovviare all'obbligo di specificare la motivazione relativa all'attribuzione dei punteggi con i criteri (pur generici indicati nel bando di gara).

La Commissione europea con comunicazione del 4 febbraio 2008 ha rilevato che "L'articolo 83, par. 4, del Codice, applicabile anche agli appalti soggetti alla direttiva 2004/17/CE in virtù del rinvio contenuto nell'articolo 230, prevede che, prima dell'apertura delle offerte, la commissione giudicatrice fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e sub-criterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti nel bando. La Commissione rileva che le direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE esigono che i criteri di aggiudicazione dell'appalto, nonché la ponderazione relativa di tali criteri ovvero il loro ordine di importanza, siano indicati nel bando o nei documenti di gara. Al fine di garantire il rispetto del principio di parità di trattamento di cui le regole delle direttive sono espressione, infatti, tutti i criteri che saranno utilizzati per l'aggiudicazione dell'appalto devono essere messi a disposizione dei concorrenti prima che essi formulino le loro offerte, in modo da permettere loro di tenerne conto. La previsione della possibilità di fissare dei criteri "motivazionali" dei punti attribuiti alle offerte che non erano previsti nei documenti di gara sembra contrario al principio di parità di trattamento fissato dalle direttive".

La parte ricorrente si duole della irrazionale attribuzione dei punteggi che non sarebbe sorretta da idonea motivazione e contesta, altresì, la determinazione del sub punteggio da parte della commissione giudicatrice allorché erano già pervenute all'amministrazione (sebbene non ancora aperti) i plichi contenenti le offerte dei due concorrenti: qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Merita accoglimento il secondo motivo di censura con il quale si lamenta violazione dell'articolo 5 del disciplinare di gara nonché dell'articolo 86 del decreto legislativo 12 dicembre 2006 numero 163 e violazione dei principi di imparzialità, trasparenza e correttezza; eccesso di potere per difetto di motivazione. _Va rilevato in primo luogo che per costante giurisprudenza, il punteggio numerico può essere considerato sufficiente a motivare gli elementi dell'offerta economicamente più vantaggiosa soltanto nell'ipotesi in cui il bando di gara abbia espressamente predefinito specifici, obiettivi e puntuali criteri di valutazione, visto che tale criterio di aggiudicazione svincola l'amministrazione da una valutazione meccanica, attribuendole un potere fortemente discrezionale. _Tale esigenza risponde al principio di correttezza dell'azione amministrativa, ineludibile per tutte le procedure di evidenza pubblica, a garanzia dell'imparziale svolgimento di tali procedimenti ed al fine di consentire la verifica dell'operato dell'Amministrazione sia da parte del privato interessato, che del Giudice Amministrativo, al quale deve essere permesso di poter ricostruire l'iter logico seguito dalla stazione appaltante. _ Questo Tribunale facendo applicazione dei principi derivanti dall'Ordinamento comunitario, affermati nella predetta sentenza della Corte europea, ha ritenuto che illegittimamente la Commissione giudicatrice integra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica (progetto tecnico operativo e articolazione staff tecnico) individuando sub criteri e sub punteggi che, in violazione della norma di cui all'art. 83, comma 1, d.lg. n. 163 del 2006 (Codice dei contratti pubblici), avrebbero dovuto essere indicati nel capitolato d'oneri; è inibito, infatti, alle Commissioni giudicatrici di enucleare sub voci per l'attribuzione di punteggi indicati dal bando o dalla lettera di invito solo con riguardo a macro voci generiche; l'importanza relativa delle sottovoci deve, infatti, essere rese note ai potenziali concorrenti già al momento della produzione delle loro offerte, al fine di evitare il pericolo che la commissione possa orientare a proprio piacimento ed a posteriori l'attribuzione di tale determinante punteggio e, quindi, all'esito della gara dopo averne conosciuto gli effettivi concorrenti

Merita di essere segnalata la sentenza numero 1153 del 18 giugno 2009, emessa dal Tar Sicilia, Catania ed in particolare il seguente passaggio:

< Va richiamata a tal proposito la giurisprudenza della Corte di giustizia europea (Sez. I, 24 gennaio 2008 n. C-532/06) secondo la quale un'amministrazione aggiudicatrice non può applicare regole di ponderazione o sottocriteri per i criteri di aggiudicazione che non abbia preventivamente portato a conoscenza degli offerenti, dal momento che l'art. 36, n. 2, della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992 92/50/CEE, che coordina le procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE, letto alla luce del principio di parità di trattamento degli operatori economici e dell'obbligo di trasparenza che ne discende, osta a che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione, l'amministrazione aggiudicatrice determini in un momento successivo coefficienti di ponderazione e sottocriteri per i criteri di aggiudicazione menzionati nel capitolato d'onere o nel bando di gara. La Direttiva 31/03/2004 n. 18, all'art. 53 che disciplina i criteri di aggiudicazione dell'appalto" dispone che "1. Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali relative alla remunerazione di servizi specifici, i criteri sui quali si basano le amministrazioni aggiudicatrici per aggiudicare gli appalti pubblici sono: quando l'appalto è aggiudicato all'offerta economicamente più vantaggiosa dal punto di vista dell'amministrazione aggiudicatrice, diversi criteri collegati all'oggetto dell'appalto pubblico in questione, quali, ad esempio, la qualità, il prezzo, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, le caratteristiche ambientali, il costo d'utilizzazione, la redditività, il servizio successivo alla vendita e l'assistenza tecnica, la data di consegna e il termine di consegna o di esecuzione; Fatte salve le disposizioni del terzo comma, nel caso previsto al paragrafo 1, lettera a), l'amministrazione aggiudicatrice precisa, nel bando di gara o nel capitolato d'onere o, in caso di dialogo competitivo, nel documento descrittivo, la ponderazione relativa che attribuisce a ciascuno dei criteri scelti per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa. La ponderazione può essere espressa prevedendo una forcella in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere appropriato. L'amministrazione aggiudicatrice, qualora ritenga impossibile la ponderazione per ragioni dimostrabili, indica nel bando di gara o nel capitolato d'onere o, in caso di dialogo competitivo, nel documento descrittivo l'ordine decrescente d'importanza dei criteri".

Si legge nella predetta sentenza "35 Inoltre, dall'art. 36, n. 2, della direttiva 92/50 risulta che, qualora l'appalto sia aggiudicato all'offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico, le amministrazioni enunciano, nel capitolato d'onere o nel bando di gara, i criteri d'aggiudicazione di cui esse prevedono l'applicazione, possibilmente nell'ordine decrescente dell'importanza loro attribuita.

"36 Secondo la giurisprudenza, quest'ultima disposizione, letta alla luce del principio di parità di trattamento degli operatori economici, di cui all'art. 3, n. 2, della direttiva 92/50 e dell'obbligo di trasparenza che ne discende, richiede che tutti gli elementi presi in considerazione dall'autorità aggiudicatrice per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa e la loro importanza relativa siano noti ai potenziali offerenti al momento in cui presentano le loro offerte (v., in tal senso, in materia di appalti pubblici nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni, sentenza 25 aprile 1996, causa C-87/94, Commissione/Belgio, Racc. pag. 1-2043, punto 88; in materia di appalti pubblici di lavori, sentenza 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau e a., Racc. pag. 1-11617, punto 98, e, in materia di appalti pubblici di servizi, sentenza 24 novembre 2005, causa C-331/04, ATI EAC e Viaggi di Maio e a., Racc. pag. 1-10109, punto 24).

"37 Infatti, i potenziali offerenti devono essere messi in condizione di conoscere, al momento della presentazione delle loro offerte, l'esistenza e la portata di tali elementi (v., in tal senso, in materia di appalti pubblici di servizi, citate sentenze Concordia Bus Finland, punto 62, e ATI EAC e Viaggi di Maio e a., punto 23).

"38 Pertanto, un'amministrazione aggiudicatrice non può applicare regole di ponderazione o sottocriteri per i criteri di aggiudicazione che non abbia preventivamente portato a conoscenza degli offerenti (v., per analogia, in merito agli appalti di lavori pubblici, sentenza Universale-Bau e a., cit., punto 99).

“39 Tale interpretazione è confermata dall'obiettivo della direttiva 92/50 che è diretto ad eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e delle merci ed a proteggere, quindi, gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici di un altro Stato membro (v., in tal senso, in particolare, sentenza 3 ottobre 2000, causa C-380/98, University of Cambridge, Racc. pag. 1-8035, punto 16).

“40 A tal fine, gli offerenti devono essere posti su un piano di parità durante l'intera procedura, il che comporta che i criteri e le condizioni che si applicano a ciascuna gara debbano costituire oggetto di un'adeguata pubblicità da parte delle amministrazioni aggiudicatrici (v., in tal senso, per quanto riguarda gli appalti di lavori pubblici, citate sentenze Beentjes, punto 21, e SIAC Construction, punto 34, nonché, per quanto riguarda gli appalti pubblici di servizi, sentenza ATI EAC e Viaggi di Malo e a., cit., punto 22)”.

“42 Nella causa da cui è scaturita tale sentenza, sia i criteri di aggiudicazione e i loro coefficienti di ponderazione, sia i sottocriteri per tali criteri di aggiudicazione erano stati in effetti stabiliti preventivamente e pubblicati nel capitolato d'onori. Tuttavia, l'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi aveva determinato successivamente, poco prima dell'apertura delle buste, taluni coefficienti di ponderazione per i sottocriteri.

“43 La Corte ha giudicato in tale sentenza che l'art. 36, n. 2, della direttiva 92/50 non osta a tale *modus procedendi*, purché ricorrano tre condizioni molto specifiche, cioè purché esso:

“- non modifichi i criteri di aggiudicazione dell'appalto definiti nel capitolato d'onori o nel bando di gara;

“- non contenga elementi che, se fossero stati noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione;

“- non sia stato adottato tenendo conto di elementi che possono avere un effetto discriminatorio nei confronti di uno dei concorrenti (v., in tal senso, sentenza ATI EAC e Viaggi di Maio e a., cit., punto 32).

“45 In considerazione di quanto precedentemente esposto, occorre quindi risolvere la questione proposta dichiarando che l'art. 36, n. 2, della direttiva 92/50, letto alla luce del principio di parità di trattamento degli operatori economici e dell'obbligo di trasparenza che ne discende, osta a che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione, l'amministrazione aggiudicatrice determini in un momento successivo coefficienti di ponderazione e sottocriteri per i criteri di aggiudicazione menzionati nel capitolato d'onori o nel bando di gara”.>

A cura di Sonia LAzzini

N. 01155/2009 REG.SEN.
N. 00390/2009 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 390 del 2009, proposto da: F.Lli ALFA Sas di Luigi ALFA, rappresentato e difeso dagli avv. Giorgia Motta, Andrea Scuderi, con domicilio eletto presso Andrea Scuderi in Catania, via V. Giuffrida, 37;

contro

Azienda Ospedaliero Universitaria Policlinico "Gaspare Rodolico" di Catania, rappresentato e difeso dall'avv. Fiorella Russo, con domicilio eletto presso Fiorella Russo in Catania, via Oliveto Scammacca, 23/C; Assessorato Regionale della Sanita' della Regione Siciliana, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distr.le Catania, domiciliata per legge in Catania, via Vecchia Ognina, 149;

nei confronti di

Cooperativa Sociale BETA, rappresentato e difeso dall'avv. Nicolo' D'Alessandro, con domicilio eletto presso Nicolo' D'Alessandro in Catania, piazza Lanza, 18/A;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- dei verbali di gara relativi alla procedura aperta per l'affidamento del servizio di controllo della viabilità interna e delle aree di sosta dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico "Gaspare Rodolico" di Catania, del 9 luglio 2008;
- dei verbali del 2, 4 e 10 settembre con i quali sono stati attribuiti i punteggi di qualità alle ditte partecipanti alla gara;
- del verbale n. 2 del 23 settembre 2008;
- del verbale n. 3 del 18 novembre 2008;
- del verbale redatto il 17 ottobre dalla Commissione giudicatrice;
- della nota dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico prot. n. 37309 del 28 novembre 2008 di comunicazione dell'esito di gara;
- della deliberazione del Commissario Straordinario dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico "Gaspare Rodolico" di Catania del 16 dicembre 2008 n. 863;

- di ogni altro atto e/o provvedimento, precedente o successivo, comunque connesso, presupposto e/o consequenziale...

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliero Universitaria Policlinico "Gaspare Rodolico" di Catania;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Cooperativa Sociale BETA;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Assessorato Regionale della Sanita' della Regione Siciliana;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 05/05/2009 il dott. Vincenzo Salamone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso si chiede l'annullamento:

dei verbali di gara relativi alla procedura aperta per l'affidamento del servizio di controllo della viabilità interna e delle aree di sosta dell'Azienda Ospedaliero-Universitaria Po 'clinico " G. Rodolico" di Catania, del 9 luglio 2008, con la quale la Cooperativa Sociale BETA viene ammessa alla gara;

dei verbali del 2, 4 e 10 settembre con i quali sono stati attribuiti i punteggi qualità alle ditte partecipanti alla gara; del verbale n. 2 del 23 settembre 2008 con cui è stato attribuito il punteggio prezzo ed il punteggio totale qualità - prezzo;

del verbale numero 3 del 18 novembre 2008 di aggiudicazione provvisoria del servizio alla cooperativa BETA;

del verbale redatto dalla Commissione giudicatrice, con cui sono state respinte le contestazioni della ditta ricorrente sulla mancata esclusione della cooperativa sociale BETA e sulla errata attribuzione dei punteggi ad entrambe le ditte

concorrenti (trasmesso dal Presidente della Commissione medesima con nota prot. n. 35945 del 17 novembre 2008);

della nota gell'Azienda Ospedaliero Universitaria Policlinico prot. n. 37309 del 28.1.2008 di comunicazione dell'esito di gara;

della deliberazione del Commissario Straordinario dell'Azienda Ospedaliero-Universitaria Policlinico " Gaspare Rodolico" di Catania del 16.12.2008 n. 863 di approvazione degli atti di gara e di aggiudicazione de servizio alla cooperativa sociale Eco- Toursit per la somma complessiva annua di C 106.272,00 compresa IVA".

Agli atti impugnati si muovono le seguenti censure:

1 - violazione dell'articolo 3.4 del disciplinare di gara; violazione dell'articolo 97 della Costituzione; eccesso di potere per violazione dei principi di parità di trattamento; violazione dell'articolo 17 come 132 della legge numero 127 del 1997, con la quale si lamenta la mancata esclusione della parte controinteressata dalla gara in quanto priva del requisito di svolgimento di attività simile quella oggetto dell'appalto;

2 - violazione dell'articolo 5 del disciplinare di gara nonché dell'articolo 86 del decreto legislativo 12 dicembre 2006 numero 163 e violazione dei principi di imparzialità, trasparenza e correttezza; eccesso di potere per difetto di motivazione.

Si costituivano il giudizio le amministrazioni resistenti e la parte controinteressata le quali chiedevano il rigetto del ricorso.

Alla pubblica udienza del 5 maggio 2009 la causa passata in decisione.

DIRITTO

1 - Il ricorso è fondato.

Va premesso che con Delibera del Direttore Generale n. 18 del 28.02.2008, l'Azienda policlinico di Catania ha indetto una gara per pubblico incanto in applicazione del D. Lgs. n. 163/06, recante il Codice Unico dei Contratti Pubblici, per l'affidamento del servizio di controllo e gestione delle aree di sosta interne e della viabilità ad esse connessa, utilizzando il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 83 comma 2° lett. a) del citato Codice dei Contratti, valutata in base ai due parametri di: qualità (punti 50/100) e prezzo (punti 50/100).

L'Allegato Tecnico (art. 1, 1.1 e 1.2.), cui rinviano sia il Bando (punto. 11.2.1) che il Capitolato d'Oneri (art. 1.1) individua e definisce l'oggetto dell'appalto in relazione all'attività di "controllo della viabilità interna dell'Azienda nei rispetto della segnaletica interna esistente relativamente alla sosta" nonché nel "controllo delle aree predisposte per la sosta, indicate dall'apposita segnaletica, sia di quelle destinate alla sosta a pagamento che di quelle destinate alla sosta per il personale dipendente e gli studenti. Il controllo consiste nel verificare che i veicoli parcheggiati nelle aree di sosta gratuita espongano l'apposito permesso rilasciato dall'ente appaltante, mentre quelli parcheggiati nelle aree a pagamento espongano il regolare tagliando di avvenuto pagamento con riscossione delle tariffe convenute...nonché con possibilità di contestazione e di elevazione ed incasso della penale prevista nei successivi articoli, per le infrazioni alle modalità di parcheggio".

Il successivo art. 2 (punti 2.1 , 2.2., 2.3. e 2.4), recante le modalità di espletamento del servizio, al fine di garantire il rispetto delle regole di sosta, recate e rese note dal manuale di sosta, la cui predisposizione e diffusione è imposta all'aggiudicataria dall'ad. 14.11 del Capitolato d'Oneri, da parte degli utenti, prevede l'applicazione di una "penale" sia alle vetture che sostino negli stalli senza esporre il tagliando di pagamento ovvero il permesso rilasciato dall'Azienda per i dipendenti; sia alle vetture che sostino in modo irregolare creando intralcio alla viabilità interna.

Tale disposizione è ulteriormente integrata dalla prevista possibilità, in seno all'art. 14.12. del Capitolato d'oneri, per il personale dell'impresa, nel caso di vetture poste in particolari condizioni di intralcio alla viabilità interna, di "richiedere interventi di mezzi speciali per la rimozione di tali vetture avvalendosi di ditte esterne ritenute abilitate".

A fronte dell'oggetto dell'appalto come sopra individuato, il bando di gara richiedeva, quale requisito di partecipazione il "certificato attestante l'iscrizione al registro delle imprese presso la C.C.I.A.A. dal quale si evinca che l'impresa è iscritta per categoria analoga o simile al settore oggetto dell'appalto ed esercita l'attività".

L'art. 5 del Disciplinare di Gara, intitolato "svolgimento della gara e modalità di aggiudicazione", al punto 5.12. prevede la trasmissione, da parte del Presidente del Seggio di Gara, della documentazione qualitativa presentata dalle ditte ammesse alla Commissione Giudicatrice deputata alla valutazione dell'offerta qualità, attraverso l'attribuzione di punteggi qualità calcolati secondo la formula algebrica ivi riportata, in cui detta Commissione, deve fissare autonomamente, prima dell'apertura dei plichi delle offerte tecniche, il valore del coefficiente della prestazione offerta in misura variabile tra zero e uno, in relazione ai seguenti requisiti e rispettivi punteggi complessivi:

Progetto per l'esecuzione del servizio - peso 30;

Sistemi di distribuzione dei tagliandi per la sosta a pagamento proposti - peso 10;

Modalità di pagamento - peso 5;

Proposte migliorative del servizio - peso 5.

Il successivo punto 5.15 prevede che la gara sarà aggiudicata, a lotto unico, a quella ditta che avrà presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa e cioè a; quella che avrà raggiunto il punteggio più alto sommando il punteggio prezzo a quello qualità.

Il Seggio di gara ha constatato (verbale del 9.7.2008), che erano pervenute due offerte, quella della ditta ricorrente e quella della BETA, riscontrando, altresì per entrambe la regolarità della documentazione prodotta in ordine ai requisiti di partecipazione ed ammettendole quindi alla gara.

In seno al medesimo verbale veniva quindi disposta la trasmissione delle offerte qualità alla Commissione Giudicatrice ai sensi dell'art. 5 del Disciplinare di Gara.

Detta Commissione, nell'ambito dei criteri di massima e relativi pesi prestabiliti dal bando e dal disciplinare di gara, fissava ulteriori sub-punteggi e, mediante l'utilizzo di una formula per l'attribuzione dei suddetti sub-punteggi, (cfr. verbale del 2.09.2008) e procedeva alla attribuzione degli stessi all'offerta qualità delle due ditte concorrenti (cfr. verbale del 10.09.2008), attribuendo complessivi punti 40,5 alla Eco-Tourist e complessivi punti 31,5 alla F.lli ALFA s.a.s..

Con successivo verbale del 18.11.2008, previa valutazione dell'offerta-prezzo con attribuzione del relativo punteggio, il Seggio di Gara ha ritenuto economicamente più vantaggiosa l'offerta della BETA alla quale assegnava complessivi punti 88,15/100, mentre assegnava punti 81,5/100 alla F.lli ALFA s.a.s., aggiudicandole la gara.

2 – Ciò premesso rileva il Collegio che non merita accoglimento il primo motivo di censura con il quale si contesta l'ammissione gara della parte controinteressata .

Oggetto dell'appalto, al fine di correlarvi la valutazione del possesso dei requisiti di partecipazione in relazione alla categoria merceologica dell'attività esercitata, era, come si desume dal bando e dal disciplinare di gara (nonché dall'allegato tecnico e dal capitolato d'onere; fonti tutte integrate nella definizione ed individuazione dell'oggetto dell'appalto, cfr. Consiglio di Stato, Sez. V,, 20.11.2007, n. 36), non tanto il traffico veicolare, ovvero la viabilità interna all'Azienda, bensì la corretta

gestione delle aree di sosta e della viabilità in quanto connessa a dette aree di sosta, nell'ottica di una migliore fruizione da parte degli utenti.

La viabilità inerisce al servizio di gestione delle aree di parcheggio nella parte in cui venga intralciata da uno scorretto utilizzo dell'area di sosta, e quindi da una scorretta gestione ed organizzazione delle aree di parcheggio.

A fronte di ciò è evidente come il requisito di partecipazione, riguardante il certificato attestante l'iscrizione al registro delle imprese presso la C.C.I.A.A. dal quale si evinca che l'impresa è iscritta per categoria analoga o simile al settore oggetto dell'appalto ed esercita l'attività, è soddisfatto dall'ampio significato della dicitura in seno al certificato camerale prodotto dalla BETA relativa all'attività di "organizzazione realizzazione e gestione di aree pubbliche e private destinate al parcheggio e alla sosta; di aree a strisce blu".

Pertanto, l'ammissione alla gara della parte controinteressata appare immune dai vizi denunciati dalla parte ricorrente.

3 – Merita, invece, accoglimento il secondo motivo di censura con il quale si lamenta violazione dell'articolo 5 del disciplinare di gara nonché dell'articolo 86 del decreto legislativo 12 dicembre 2006 numero 163 e violazione dei principi di imparzialità, trasparenza e correttezza; eccesso di potere per difetto di motivazione.

La parte ricorrente si duole della irrazionale attribuzione dei punteggi che non sarebbe sorretta da idonea motivazione e contesta, altresì, la determinazione dei sub punteggi da parte della commissione giudicatrice allorquando erano già pervenute all'amministrazione (sebbene non ancora aperti) i plichi contenenti le offerte dei due concorrenti.

La circostanza non è contestata tra le parti.

L'art. 5 del Disciplinare di Gara, intitolato "svolgimento della gara e modalità di aggiudicazione", al punto 5.12. prevede la trasmissione, da parte del Presidente del Seggio di Gara, della documentazione qualitativa presentata dalle ditte ammesse alla Commissione Giudicatrice deputata alla valutazione dell'offerta qualità, attraverso l'attribuzione di punteggi qualità calcolati secondo la formula algebrica ivi riportata, in cui detta Commissione, deve fissare autonomamente, prima dell'apertura dei plichi delle offerte tecniche, il valore del coefficiente della prestazione offerta in misura variabile tra zero e uno, in relazione ai seguenti requisiti e rispettivi punteggi complessivi:

Progetto per l'esecuzione del servizio - peso 30;

Sistemi di distribuzione dei tagliandi per la sosta a pagamento proposti - peso 10;

Modalità di pagamento - peso 5;

Proposte migliorative del servizio - peso 5.

Il successivo punto 5.15 prevede che la gara sarà aggiudicata, a lotto unico, a quella ditta che avrà presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa e cioè a; quella che avrà raggiunto il punteggio più alto, sommando il punteggio prezzo a quello qualità.

Il Seggio di gara ha constatato (verbale del 9.7.2008), che erano pervenute due offerte, quella della ditta ricorrente e quella della BETA, riscontrando, altresì per entrambe la regolarità della documentazione prodotta in ordine ai requisiti di partecipazione ed ammettendole quindi alla gara.

In seno al medesimo verbale veniva, quindi, disposta la trasmissione delle offerte qualità alla Commissione Giudicatrice ai sensi dell'art. 5 del Disciplinare di Gara.

Detta Commissione, nell'ambito dei criteri di massima e relativi pesi prestabiliti dal bando e dal disciplinare di gara, fissava ulteriori sub punteggi e, mediante l'utilizzo di una formula per l'attribuzione dei suddetti sub-punteggi, (cfr. verbale del 2.09.2008) e procedeva alla attribuzione degli stessi all'offerta qualità delle due ditte concorrenti (cfr. verbale del 10.09.2008), attribuendo complessivi punti 40,5 alla Eco-Tourist e complessivi punti 31,5 alla F.lli ALFA s.a.s..

Con successivo verbale del 18.11.2008, previa valutazione dell'offerta-prezzo con attribuzione del relativo punteggio, il Seggio di Gara ha ritenuto economicamente più vantaggiosa l'offerta della BETA alla quale assegnava complessivi punti 88,15/100, mentre assegnava punti 81,5/100 alla F.lli ALFA s.a.s., aggiudicandole la gara.

Nel verbale della commissione giudicatrice del 9 luglio 2008 si legge:

“Ai sensi del punto 5.12 i requisiti e pesi oggetto di valutazione sono i seguenti: - Progetto per l'esecuzione del servizio peso 30

- Sistemi di distribuzione dei tagliandi per la sosta a pagamento peso 10

- Modalità di pagamento peso 5

- Proposte migliorative del servizio peso 5

A questo punto sono stati analizzati i criteri per l'attribuzione del punteggio qualità, fissando autonomamente, prima dell'apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica, le modalità di determinazione del valore del coefficiente della prestazione offerta, variabile tra zero e uno.

La somma dei punteggi permetterà di differenziare le due offerte.

Per quanto sopra i criteri sono stati così suddivisi: PROGETTO (30)

0.5 — n. persone [0.05 x persona (max 0.5)]

0.1 — tecnologia rilevazione viabilità

0.2 — modalità risoluzione problemi viabilità

0.1 — innovazione

0.1 — mezzi a disposizione

SISTEMI DI DISTRIBUZIONE (10) 0.2 — solo ingressi

0.2 — convenzione con terzi

0.4 — distribuzione dipendenti

0.2 — dispenser

MODALITA' DI PAGAMENTO (5)

0.3 — a riduzione tariffaria 0.2 — tolleranza

0.2 — sistemi alternativi 0.3 — abbonamenti

PROPOSTA MIGLIORATIVA (5)

La Commissione valuterà la proposta migliorativa con particolare riguardo all'orientamento all'utenza, alla facilità di accesso alla struttura ed al miglioramento del controllo della viabilità”.

Va rilevato in primo luogo che per costante giurisprudenza, il punteggio numerico può essere considerato sufficiente a motivare gli elementi dell'offerta economicamente più vantaggiosa soltanto nell'ipotesi in cui il bando di gara abbia espressamente predefinito specifici, obiettivi e puntuali criteri di valutazione, visto che tale criterio di aggiudicazione svincola l'amministrazione da una valutazione meccanica, attribuendole un potere fortemente discrezionale.

Tale esigenza risponde al principio di correttezza dell'azione amministrativa, ineludibile per tutte le procedure di evidenza pubblica, a garanzia dell'imparziale svolgimento di tali procedimenti ed al fine di consentire la verifica dell'operato dell'Amministrazione sia da parte del privato interessato, che del Giudice Amministrativo, al quale deve essere permesso di poter ricostruire l'iter logico seguito dalla stazione appaltante (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 6 maggio 2003, n. 2379; Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2004, n. 3471, Sez. V, 31/8/2007 n. 4543).

A ciò va aggiunto che è in contrasto con i principi derivanti dall'ordinamento comunitario fissare dei sub punteggi dopo che sono pervenute all'amministrazione le offerte dei concorrenti e senza una previa fissazione in sede di bando o avviso di gara.

E ciò non può nemmeno avvenire al fine di ovviare all'obbligo di specificare la motivazione relativa all'attribuzione dei punteggi con i criteri (pur generici indicati nel bando di gara).

Va richiamata a tal proposito la giurisprudenza della Corte di giustizia europea (Sez. I, 24 gennaio 2008 n. C-532/06) secondo la quale un'amministrazione aggiudicatrice non può applicare regole di ponderazione o sottocriteri per i criteri di aggiudicazione che non abbia preventivamente portato a conoscenza degli offerenti, dal momento che l'art. 36, n. 2, della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE, letto alla luce del principio di parità di trattamento degli operatori economici e dell'obbligo di trasparenza che ne discende, osta a che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione, l'amministrazione aggiudicatrice determini in un momento successivo coefficienti di ponderazione e sottocriteri per i criteri di aggiudicazione menzionati nel capitolato d'onere o nel bando di gara.

La Direttiva 31/03/2004 n. 18, all'art. 53 che disciplina i criteri di aggiudicazione dell'appalto" dispone che "1. Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali relative alla remunerazione di servizi specifici, i criteri sui quali si basano le amministrazioni aggiudicatrici per aggiudicare gli appalti pubblici sono: quando l'appalto è aggiudicato all'offerta economicamente più vantaggiosa dal punto di vista dell'amministrazione aggiudicatrice, diversi criteri collegati all'oggetto dell'appalto pubblico in questione, quali, ad esempio, la qualità, il prezzo, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, le caratteristiche ambientali, il costo d'utilizzazione, la redditività, il servizio successivo alla vendita e l'assistenza tecnica, la data di consegna e il termine di consegna o di esecuzione; Fatte salve le disposizioni del terzo comma, nel caso previsto al paragrafo 1, lettera a), l'amministrazione aggiudicatrice precisa, nel bando di gara o nel

capitolato d'oneri o, in caso di dialogo competitivo, nel documento descrittivo, la ponderazione relativa che attribuisce a ciascuno dei criteri scelti per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa. La ponderazione può essere espressa prevedendo una forcella in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere appropriato. L'amministrazione aggiudicatrice, qualora ritenga impossibile la ponderazione per ragioni dimostrabili, indica nel bando di gara o nel capitolato d'oneri o, in caso di dialogo competitivo, nel documento descrittivo l'ordine decrescente d'importanza dei criteri”.

Si legge nella predetta sentenza “35 Inoltre, dall'art. 36, n. 2, della direttiva 92/50 risulta che, qualora l'appalto sia aggiudicato all'offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico, le amministrazioni enunciano, nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, i criteri d'aggiudicazione di cui esse prevedono l'applicazione, possibilmente nell'ordine decrescente dell'importanza loro attribuita.

“36 Secondo la giurisprudenza, quest'ultima disposizione, letta alla luce del principio di parità di trattamento degli operatori economici, di cui all'art. 3, n. 2, della direttiva 92/50 e dell'obbligo di trasparenza che ne discende, richiede che tutti gli elementi presi in considerazione dall'autorità aggiudicatrice per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa e la loro importanza relativa siano noti ai potenziali offerenti al momento in cui presentano le loro offerte (v., in tal senso, in materia di appalti pubblici nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni, sentenza 25 aprile 1996, causa C-87/94, Commissione/Belgio, Racc. pag. 1-2043, punto 88; in materia di appalti pubblici di lavori, sentenza 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau e a., Racc. pag. 1-11617, punto 98, e, in materia di appalti pubblici di servizi, sentenza 24 novembre 2005, causa C-331/04, ATI EAC e Viaggi di Maio e a., Racc. pag. 1-10109, punto 24).

“37 Infatti, i potenziali offerenti devono essere messi in condizione di conoscere, al momento della presentazione delle loro offerte, l'esistenza e la portata di tali elementi (v., in tal senso, in materia di appalti pubblici di servizi, citate sentenze Concordia Bus Finland, punto 62, e ATI EAC e Viaggi di Maio e a., punto 23).

“38 Pertanto, un'amministrazione aggiudicatrice non può applicare regole di ponderazione o sottocriteri per i criteri di aggiudicazione che non abbia preventivamente portato a conoscenza degli offerenti (v., per analogia, in merito agli appalti di lavori pubblici, sentenza Universale-Bau e a., cit., punto 99).

“39 Tale interpretazione è confermata dall'obiettivo della direttiva 92/50 che è diretto ad eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e delle merci ed a proteggere, quindi, gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici di

un altro Stato membro (v., in tal senso, in particolare, sentenza 3 ottobre 2000, causa C-380/98, University of Cambridge, Racc. pag. 1-8035, punto 16).

“40 A tal fine, gli offerenti devono essere posti su un piano di parità durante l'intera procedura, il che comporta che i criteri e le condizioni che si applicano a ciascuna gara debbano costituire oggetto di un'adeguata pubblicità da parte delle amministrazioni aggiudicatrici (v., in tal senso, per quanto riguarda gli appalti di lavori pubblici, citate sentenze Beentjes, punto 21, e SIAC Construction, punto 34, nonché, per quanto riguarda gli appalti pubblici di servizi, sentenza ATI EAC e Viaggi di Malo e a., cit., punto 22)”.

“42 Nella causa da cui è scaturita tale sentenza, sia i criteri di aggiudicazione e i loro coefficienti di ponderazione, sia i sottocriteri per tali criteri di aggiudicazione erano stati in effetti stabiliti preventivamente e pubblicati nel capitolato d'oneri. Tuttavia, l'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi aveva determinato successivamente, poco prima dell'apertura delle buste, taluni coefficienti di ponderazione per i sottocriteri.

“43 La Corte ha giudicato in tale sentenza che l'art. 36, n. 2, della direttiva 92/50 non osta a tale *modus procedendi*, purché ricorrano tre condizioni molto specifiche, cioè purché esso:

“- non modifichi i criteri di aggiudicazione dell'appalto definiti nel capitolato d'oneri o nel bando di gara;

“- non contenga elementi che, se fossero stati noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione;

“- non sia stato adottato tenendo conto di elementi che possono avere un effetto discriminatorio nei confronti di uno dei concorrenti (v., in tal senso, sentenza ATI EAC e Viaggi di Maio e a., cit., punto 32).

“45 In considerazione di quanto precedentemente esposto, occorre quindi risolvere la questione proposta dichiarando che l'art. 36, n. 2, della direttiva 92/50, letto alla luce del principio di parità di trattamento degli operatori economici e dell'obbligo di trasparenza che ne discende, osta a che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione, l'amministrazione aggiudicatrice determini in un momento successivo coefficienti di ponderazione e sottocriteri per i criteri di aggiudicazione menzionati nel capitolato d'oneri o nel bando di gara”.

La Commissione europea con comunicazione del 4 febbraio 2008 ha rilevato che “L'articolo 83, par. 4, del Codice, applicabile anche agli appalti soggetti alla direttiva 2004/17/CE in virtù del rinvio contenuto nell'articolo 230, prevede che,

prima dell'apertura delle offerte, la commissione giudicatrice fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e sub-criterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti nel bando. La Commissione rileva che le direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE esigono che i criteri di aggiudicazione dell'appalto, nonché la ponderazione relativa di tali criteri ovvero il loro ordine di importanza, siano indicati nel bando o nei documenti di gara. Al fine di garantire il rispetto del principio di parità di trattamento di cui le regole delle direttive sono espressione, infatti, tutti i criteri che saranno utilizzati per l'aggiudicazione dell'appalto devono essere messi a disposizione dei concorrenti prima che essi formulino le loro offerte, in modo da permettere loro di tenerne conto. La previsione della possibilità di fissare dei criteri "motivazionali" dei punti attribuiti alle offerte che non erano previsti nei documenti di gara sembra contrario al principio di parità di trattamento fissato dalle direttive”.

Questo Tribunale facendo applicazione dei principi derivanti dall'Ordinamento comunitario, affermati nella predetta sentenza della Corte europea, ha ritenuto che illegittimamente la Commissione giudicatrice integra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica (progetto tecnico operativo e articolazione staff tecnico) individuando sub criteri e sub punteggi che, in violazione della norma di cui all'art. 83, comma 1, d.lg. n. 163 del 2006 (Codice dei contratti pubblici), avrebbero dovuto essere indicati nel capitolato d'oneri; è inibito, infatti, alle Commissioni giudicatrici di enucleare sub voci per l'attribuzione di punteggi indicati dal bando o dalla lettera di invito solo con riguardo a macro voci generiche; l'importanza relativa delle sottovoci deve, infatti, essere rese nota ai potenziali concorrenti già al momento della produzione delle loro offerte, al fine di evitare il pericolo che la commissione possa orientare a proprio piacimento ed a posteriori l'attribuzione di tale determinante punteggio e, quindi, all'esito della gara dopo averne conosciuto gli effettivi concorrenti (T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 5 agosto 2008 , n. 1496).

4 – Il ricorso va, pertanto, accolto e gli atti impugnati vanno, conseguentemente annullati.

Sussistono, comunque, i giusti motivi, tenuto conto della complessità e novità delle questioni trattate, per compensare interamente tra le parti spese ed onorari del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione staccata di Catania sez. int. 3[^], definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso di cui in epigrafe e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Compensa interamente tra le parti spese ed onorari del giudizio.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 05/05/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Vincenzo Salamone, Consigliere, Estensore

Dauno Trebastoni, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/06/2009

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

IL SEGRETARIO