

Publicato il 16/11/2017

N. 05427/2017 REG.PROV.COLL.
N. 03857/2017 REG.RIC.

 logo

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 della Campania

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3857 del 2017, proposto da:
Thermofrigor Sud S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Rispoli, con domicilio
eletto presso il suo studio in Napoli, piazza Trieste e Trento 48;

contro

Cnr - Consiglio Nazionale Ricerche, in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura
Distrettuale dello Stato Napoli, domiciliata in Napoli, via Armando
Diaz, 11;

nei confronti di

Srl Ets, rappresentato e difeso dall'avvocato Dario Scognamillo, con
domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, Centro Direzionale
Napoli Is A/7;

per l'annullamento

a) del provvedimento di aggiudicazione definitiva del 5.6.2017 del C.N.R. Area di Ricerca Napoli 1, in favore della controinteressata, ricevuto dalla Thermofrigor Sud con pec del 10.08.2017, della procedura negoziata art.36, comma 2, lettera b, D.Lgs. n. 50/2016 per l'affidamento dell'esecuzione del Servizio e delle forniture occorrenti per la manutenzione Impianti Elettrici e Termomeccanici negli uffici, nell'area della Ricerca di Napoli1, sita in Via P. Castellino n° 111 - Napoli (CIG: 70492687F9) in favore della Società E.T.S. S.r.l. ;

b) dei verbali delle operazioni di gara del 23.5.2017, del 29.5.2017 e del 1.6.2017, di approvazione della graduatoria finale contenente la sommatoria del punteggio offerta tecnica, e del punteggio della offerta economica, (ricevuti anch'essi via p.e.c. in data 10.8.2017);

c) della nota prot.n.0000401 del 12/09/2017 del C.N.R. ricevuta a mezzo pec in data 13/9/2017 di rigetto della istanza di autotutela avanzata dalla Società Thermofrigor in data 21.08.2017 con p.e.c. in pari data;

d) di ogni altro atto e provvedimento agli stessi preordinato, connesso, collegato conseguente, anche non conosciuto dalla ricorrente, nella misura in cui risulti lesivo della sua posizione giuridica;

nonché per l'accertamento

del diritto della Thermofrigor al conseguimento dell'aggiudicazione e del contratto della gara de qua, previa declaratoria d'inefficacia del contratto medio tempore eventualmente stipulato tra il CNR e la società ETS aggiudicataria, ovvero ed in subordine, del diritto della Thermofrigor al risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Cnr - Consiglio Nazionale Ricerche e di Srl Ets;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 novembre 2017 la dott.ssa Anna Pappalardo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in epigrafe la ditta Thermofrigor sud impugna il provvedimento di aggiudicazione definitiva del 5 giugno 2017 a firma del Presidente del Consiglio nazionale delle ricerche area ricerca Napoli 1, alle comunicato con PEC del 10 agosto 2017, in relazione alla procedura negoziata indetta ai sensi dell'articolo 36 comma 3 decreto Lgs n. 50 del 2016, per l'affidamento del servizio e delle forniture occorrenti per la manutenzione degli impianti elettrici e termomeccanici degli uffici, laboratori e spazi comuni nell'area di ricerca Napoli 1 alla via Pietro Castellino numero 111, aggiudicazione disposta in favore della società controinteressata.

Impugna altresì il verbale delle operazioni di gara del 23 maggio 2017 e seguenti , in particolare per quanto riguarda il punteggio attribuito all'offerta economica, nonché la nota del 12 settembre 2017 di rigetto dell'istanza di autotutela e chiede l' accertamento del proprio diritto al conseguimento dell'aggiudicazione del contratto previa declaratoria di inefficacia del contratto nelle more stipulato con la

controinteressata. In subordine avanza istanza di risarcimento del danno in forma generica.

Esponde la ricorrente di avere partecipato alla procedura di gara in oggetto, presentando rituale domanda di partecipazione corredata dalla richiesta documentazione, e di non aver avuto alcuna notizia della procedura di gara ,sì che si vedeva costretta ad inoltrare istanza di accesso il 9 giugno 2017, avendo appreso solo dal sito del MEPA la dicitura “stipulata” con riferimento alla gara di interesse, senza che però ne risultasse pubblicato l'esito.

Premette che l'istanza di accesso non era stata evasa dal Consiglio nazionale delle ricerche, nonostante il sollecito avvenuto il 28 giugno 2017, e che conseguentemente era stata costretta a proporre ricorso giurisdizionale ai fini dell'accesso a questo Tribunale, iscritto al numero di RG 3268/17 , tuttora pendente; aggiunge che solo successivamente alla notifica del detto ricorso la stazione appaltante pubblicava sul sito MEPA la graduatoria finale della procedura svolta ; con posta elettronica del 10 agosto 2017 allegava solo una parte degli atti richiesti con l'istanza di accesso. Sulla scorta degli atti resi accessibili essa ricorrente inviava il 21 agosto 2017 una raccomandata al Consiglio nazionale delle ricerche , chiedendo l'esercizio del potere dell'autotutela, avendo riscontrato illegittimità nell' attribuzione del punteggio per l'offerta economica alla ditta risultata prima classificata.

Aggiunge di aver ottenuto solo il 13 settembre 2017 la documentazione presentata dalla ditta aggiudicataria e che infine con nota del 12 settembre 2017 veniva respinta l'istanza di autotutela, pertanto essa presenta il seguente ricorso affidato ai motivi di:

Violazione dell'articolo 95 decreto lgs. 50/2016, dell'articolo 120 del d.p.r. 207 del 2010, degli articoli 15 , 16 e17 del disciplinare di gara, violazione del giusto procedimento ed eccesso di potere sotto vari profili , nonché difetto di motivazione e di istruttoria.

Si lamenta l'illegittima determinazione del punteggio relativo all'offerta economica attribuito alla società controinteressata, in quanto il metodo dell'interpolazione lineare previsto dal capitolato di gara era stato erroneamente applicato con indebita approssimazione del coefficiente derivante dalla formula matematica previsto dal disciplinare. Essendo stato il coefficiente approssimato per eccesso con valutazione solo delle prime due cifre decimali, l'offerta economica era stata moltiplicata per 0,46, in luogo dell'esatto decimale di 0,456431441 in tal modo determinando l'attribuzione per tale voce alla ditta ETS del punteggio di 11,5 in luogo di quello debito di 11,40 con un incremento di punteggio di 0,10.

L'applicazione dell'esatto conteggio avrebbe invece condotto a vedere come prima graduata la propria offerta ,tenendo conto della sommatoria dei punteggi per l'offerta tecnica e per quella economica, per cui chiede il risarcimento in forma specifica mediante declaratoria di inefficacia del contratto di appalto eventualmente sottoscritto, con accertamento del diritto all'immediato subentro nel servizio. In subordine richiede il diritto al risarcimento dei danni per equivalente, sussistendone tutti i presupposti.

L'istanza cautelare è stata accolta alla camera di consiglio dell'11 ottobre 2017, con ordinanza depositata il 12 ottobre 2017 n.1560.

Successivamente si sono costituiti il Consiglio nazionale delle ricerche e la società contro interessata, deducendo l'infondatezza nel merito della domanda ed insistendo per il rigetto del ricorso.

Quanto alla richiesta di subentro nel contratto il Consiglio nazionale delle ricerche rileva che si tratta di un servizio e forniture della durata di un anno, afferente attività delicate per cui cambiare operatore , anche in mancanza di esigenze imperative, comporterebbe gravi conseguenze sul funzionamento dei macchinari e sulle attività di ricerca condotte . Deduce che la ditta aggiudicataria, qualificata come parte contrattuale dal 12 giugno 2017, ha già provveduto ad attuare parte delle azioni migliorative proposte nel progetto tecnico presentato. Con riferimento alle questioni di risarcimento per equivalente contesta in toto quanto indicato dal ricorrente ritenendo la domanda del tutto infondata e comunque sfornita di prova.

Su analoghe posizioni è attestata la difesa della controinteressata, che in particolare si oppone alla richiesta di subentro nell'aggiudicazione deducendo che dalla stessa deriverebbero danni ad un aggiudicatario incolpevole . Asserisce a riguardo di avere già dato inizio all'esecuzione del contratto nel mese di giugno, di avere presentato 4 stati di avanzamento lavori e di avere prestato cauzione definitiva prima della consegna dei lavori, di aver assunto personale, circostanze tutte che renderebbero impossibile un subentro della ricorrente nella prosecuzione del contratto.

Alla pubblica udienza del 8 novembre 2017 il ricorso è stato ritenuto in decisione

DIRITTO

La domanda di parte ricorrente è fondata e va accolta.

Colgono infatti nel segno le censure dedotte di violazione e falsa applicazione dell'articolo 95 decreto legislativo numero 50 del 2016, nonché degli articoli 15, 16 e 17 del disciplinare relativo al punteggio da attribuire all'offerta economica. Invero l'articolo 16, ai fini della

valutazione del punteggio relativo all'elemento prezzo , indica una formula matematica che costituisce sostanzialmente l'applicazione del metodo dell'interpolazione lineare , corretto mediante l'introduzione del prezzo soglia PS.

Detta formula prevede, per l'ipotesi delle offerte che risultino superiori al prezzo soglia, l'applicazione di una formula matematica per la determinazione del coefficiente attribuito, variabile da zero a uno, da moltiplicare per il massimo di 25 punti assegnabili alla voce dell'elemento prezzo.

Orbene detto coefficiente, avendo parte controinteressata ed aggiudicataria presentato un'offerta economica superiore a quella del prezzo soglia, a differenza della odierna ricorrente, andava calcolato attraverso una formula indicata nel disciplinare, e altresì riportata a pagina 8 del ricorso, il cui risultato determina un coefficiente con più decimali. La stazione appaltante nella determinazione del detto coefficiente ha arrotondato il risultato alla seconda cifra decimale con arrotondamento per eccesso e pertanto ha moltiplicato il punteggio massimo di $25 \times 0,46$ anziché per l'esatto coefficiente 0,45643136.

Ciò ha determinato una differenza sia pur minima nell'attribuzione del punteggio economico , che risulta assegnato alla aggiudicataria in punti 11,5 in luogo di punti 11,41 cui avrebbe condotto l'applicazione del coefficiente senza troncamento delle cifre decimali. Tale scarto, ancorché minimo, ha determinato la classificazione della ditta ETS come prima graduata, tenendo conto della sommatoria del punteggio dell'offerta tecnica e dell'offerta economica. In caso invece di applicazione del coefficiente esatto l'aggiudicataria sarebbe slittata al secondo posto con punti 86,41 totali ,in luogo dei punti 86,46

riportati dall'odierna ricorrente, come risulta dai conteggi riportati in ricorso e non oggetto di contestazione specifica sul punto..

In punto di determinazione del coefficiente , osserva il Collegio che le censure spiegate in ricorso sono suscettibili di favorevole valutazione, dal momento che non convince la tesi difensiva del Consiglio nazionale delle ricerche in base alla quale l'arrotondamento dei coefficienti alla seconda cifra decimale sarebbe stato contemplato in più punti della lex specialis della procedura. Invero i punti cui fa riferimento la stazione appaltante nella propria memoria difensiva sono l'articolo 13 che è relativo alle modalità di presentazione del ribasso e che dunque non ha riguardo alla applicazione della formula matematica per la determinazione del coefficiente.

Non si contesta che la percentuale di ribasso ,secondo quanto disposto dall'articolo 13 , è presa in considerazione fino alla terza cifra decimale, e che in ogni caso nessuna delle tre ditte partecipanti ha presentato ribassi con cifre superiori alla seconda, tuttavia tale elemento è ininfluenza ai fini della diversa struttura e funzione del coefficiente adoperato nella formula matematica dell'interpolazione lineare.

. Neppure convince il richiamo all'articolo 16 u.c. del disciplinare di gara laddove prevede che il punteggio complessivo di ogni singola offerta tecnica sarà arrotondato alla seconda cifra decimale, dal momento che anche tale disposizione si riferisce al punteggio complessivo del parziale, ma non al coefficiente. Egualmente l'articolo 16 comma 1 del disciplinare che presiede alla determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nel fare riferimento al metodo aggregativo compensatore, indica la somma dei due diversi punteggi -quello dell'offerta tecnica e

dell'offerta economica- e fa riferimento ad un coefficiente risultante per l'offerta del concorrente rispetto al i-esimo criterio o sub criterio di valutazione variabile tra zero e uno.

Sotto tale aspetto la stazione appaltante deduce una sorta di incongruità nelle contestazioni della ricorrente, nella parte in cui si sono appuntate avverso la sola offerta economica e non quella tecnica , pur essendo la relativa formula incentrata su analoga approssimazione alla seconda cifra decimale.

In proposito osserva il Collegio che i punteggi attribuiti all'offerta tecnica non sono in contestazione e non hanno formato oggetto neppure di ricorso incidentale da parte della odierna controinteressata; peraltro dalla relativa analisi evincibile da quanto disposto nel verbale numero 2 della commissione di gara, non appare *ictu oculi* un significativo arrotondamento delle cifre decimali, o comunque tale arrotondamento non è venuto in evidenza ai fini di squilibri nella valutazione delle offerte, dal momento che il calcolo del coefficiente è stato effettuato allo stesso modo per tutti concorrenti.

In contrario, la valutazione dell'offerta economica prevedeva in concreto un calcolo differenziato, avendo la sola odierna aggiudicataria presentato un prezzo superiore al prezzo soglia e quindi come tale essendo la valutazione della sua offerta da moltiplicare non per il coefficiente intero 1 applicato agli altri due concorrenti ,ma per il coefficiente decimale calcolato secondo il metodo dell'interpolazione lineare.

In ogni caso né la stazione appaltante né la controinteressata dimostrano che una diversa applicazione del parametro per l'offerta tecnica avrebbe modificato l'attribuzione dei punti assegnati a tale

voce, per cui su tale aspetto da un lato deve ritenersi raggiunta la prova di resistenza e dall'altro va rilevato che si tratta di aspetto non più discutibile nella presente sede .

Dunque, la censura riferita alla erroneità del calcolo del coefficiente moltiplicatore dell'offerta economica in favore dell'attuale aggiudicatario , coglie nel segno.

Invero al fattore riduttivo dei 25 punti, da applicare solo all'aggiudicatario (che aveva presentato l'unica offerta superiore al prezzo soglia) , non poteva essere attribuito un arrotondamento con il taglio della terza cifra significativa, trattandosi di un parametro intermedio. In proposito quindi la commissione avrebbe dovuto mantenere le ulteriori cifre significative, non disponendo nulla al riguardo la *lex specialis* del disciplinare di gara.

La giurisprudenza citata dalla difesa della stazione appaltante ha peraltro riguardo alla legittimità dell'arrotondamento per quanto riguarda le medie delle offerte, ma non i coefficienti intermedi che evidentemente -costituendo parte dell'applicazione di una più complessa formula matematica- sono suscettibili di alterare significativamente il risultato finale qualora subiscano un non previsto troncamento delle cifre decimali.

La giurisprudenza del giudice di appello rileva in proposito che, qualora si presentino dei coefficienti, i calcoli con i quozienti possono essere falsati dal troncamento dei decimali (cfr. Consiglio di Stato sezione VI, 7 novembre 2006 n. 6561, 2 marzo 2011 n 1299, ove si afferma che ai fini del troncamento dei coefficienti il bando di gara deve contenere un'esplicita previsione del numero dei decimali e delle modalità di arrotondamento).

In tal senso depone anche il parere ANAC numero 79 del 2013 e quello precedente della AVCP numero 244 del 2007. Se è quindi vero che la stazione appaltante ha libertà di scelta nella determinazione del criterio di calcolo del punteggio da attribuire alle offerte (Consiglio di Stato 21 ottobre 2011 n 5637, n 5735 del 2014), è altrettanto vero che una volta prescelta la formula matematica , nell' applicare la stessa deve attenervisi rigorosamente in particolare per quanto riguarda l'applicazione dei coefficienti intermedi.

La corretta applicazione degli stessi, come dimostrato dal ricalcolo delle offerte contenuto a pagina 9,10 e 11 del ricorso che deve intendersi integralmente recepito perché fondato su validi criteri di computo e non oggetto di contestazione specifica da parte dei resistenti, avrebbe condotto alla aggiudicazione della gara all'odierna ricorrente, in quanto dalla sommatoria del punteggio tecnico e del punteggio dell'offerta economica la stessa avrebbe riportato il punteggio di 86,46 ,laddove il punteggio rettificato della odierna aggiudicataria scende a punti 86,41.

Ne discende l'annullamento dell'aggiudicazione, con diritto all'attribuzione della stessa in favore della odierna ricorrente.

Quanto al subentro nel contratto osserva il Collegio che la stazione appaltante non ha fornito elementi in ordine alla stipula dello stesso, limitandosi ad indicare nella memoria difensiva che con la aggiudicataria vi è rapporto contrattuale dal 12 giugno 2017-cfr in tal senso pagina 10 della memoria difensiva- ma senza fornire alcun elemento di prova come sarebbe stato suo onere, essendo detto elemento nella sua piena disponibilità .

Invero, tra i documenti depositati con la costituzione dal CNR unitamente alla memoria del 26 ottobre 2017 vi è una conferma

dell'ordine di esecuzione del servizio ai sensi dell'art. 93 comma 2 parte III regolamento di amministrazione, contabilità e finanza dell'ente, recante firma digitale del presidente dell'ente del 9.6.2017.

La ditta controinteressata ha depositato in allegato alla memoria di costituzione (doc. 6) un atto del 12.6.2017 intitolato "Contratto" e di seguito consegna dei lavori ex art. 153 DPR 207/2010, firmato dal responsabile del procedimento per il CNR e dal direttore dei lavori della ditta aggiudicataria.

La impropria qualificazione del documento quale contratto deriva anche dalla qualità del soggetto che per il CNR lo ha sottoscritto, essendosi nella sostanza in presenza di un mero verbale di affidamento dei lavori.

Ciò non osta alla richiesta di risarcimento in forma specifica da parte dell'odierna ricorrente. Invero le circostanze dedotte dalle parti resistenti non sono idonee ad inficiare il diritto della legittima aggiudicataria al subentro nell'aggiudicazione nel contratto ove stipulato, alle condizioni di legge

Le criticità di natura tecnico operativa solo genericamente allegate ma non dimostrate sia dalla stazione appaltante che dall'aggiudicataria non possono essere prese in considerazione in quanto non sono tali da determinare l'esclusione del subentro nel servizio con esecuzione in forma specifica, dovendo naturalmente il subentro essere effettuato con gli accorgimenti del caso.

Parte ricorrente ha espressamente richiesto la tutela in forma specifica, ai sensi dell'art. 124 c.p.a., con conseguente aggiudicazione dell'appalto e stipula del contratto, previa necessaria declaratoria di inefficacia del contratto stipulato con l'illegittimo aggiudicatario, ai sensi degli art. 121, comma 1, e 122 c.p.a.

L'art. 122 c.p.a. riconosce al giudice amministrativo, che annulla l'aggiudicazione, il potere di stabilire, nei casi di minor gravità dei vizi riscontrati, se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità, per il ricorrente, di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi stessi, dello stato di «esecuzione del contratto» e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta.

Ora nel caso di specie nessun contratto risulta stipulato tra il CNR e la ditta aggiudicataria, per quanto sopra rilevato, sicché nessuno degli elementi valutativi, tra quelli previsti dall'art. 122 c.p.a., impedisce, in questa sede, di disporre il subentro.

Non costituiscono circostanze ostative all'aggiudicazione dell'appalto, infatti, né la durata annuale dell'appalto, posto che, appunto, non è stato stipulato, a tutt'oggi, alcun contratto dal quale far decorrere la durata de iure del servizio stesso, né la natura stessa dell'appalto, avente ad oggetto servizi, nel quale «classicamente un appaltatore può sostituirsi all'altro nella esecuzione delle prestazioni di capitolato senza particolari disfunzioni» (Cons. St., sez. III, 19 dicembre 2011, n. 6338).

Al riguardo quelle obiettate dalla stazione appaltante sono circostanze solo allegare, ma non dimostrate in alcun modo, e comunque non si presentano tali da non poter essere superate disponendo opportuni accorgimenti nel subentro del rapporto.

Non osta nemmeno all'applicazione dell'art. 122 c.p.a. la circostanza che i servizi oggetto dell'appalto siano stati affidati dal 12 giugno 2017.

Diversamente ragionando, del resto, il ricorrente vittorioso vedrebbe frustrato il proprio interesse principale ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del contratto tutte le volte in cui l'Amministrazione disponga l'affidamento nei confronti dell'aggiudicatario, senza che a detto affidamento segua la stipula del contratto, come è avvenuto in questo caso.

Si tratterebbe di circostanza paradossale che, oltre a coonestare prassi illegittime da parte delle Amministrazioni (affidamento di fatto del servizio all'aggiudicatario, in via di urgenza, senza successiva stipula del contratto o con stipula di questo a servizio quasi svolto), sarebbe contraria ad una tutela giurisdizionale piena ed effettiva, pure riconosciuta dall'art. 124 c.p.a. al ricorrente vittorioso in via di principio, salvi i limiti e i temperamenti degli artt. 121 e 122 c.p.a.

Ai sensi dell'art. 122 c.p.a. nulla osta, pertanto, a che il contratto di durata annuale, ad oggi non concluso, sia stipulato con la odierna ricorrente che provvederà all'esecuzione dei servizi, oggetto di appalto, con piena soddisfazione del suo interesse, principale, ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, interesse manifestato, incontestabilmente.

Infine la possibilità nel caso di specie di subentrare nel contratto, deriva dalla circostanza che pacificamente il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara, trattandosi della applicazione di una formula matematica che conduce alla immediata e diretta modifica della graduatoria, senza alcuna valutazione ulteriore di carattere discrezionale.

In conclusione, per le ragioni e con le precisazioni sopra esposte, il ricorso va accolto e per l'effetto, deve essere accolta la domanda di tutela in forma specifica con conseguente assorbimento della

domanda subordinata volta ad ottenere il risarcimento del danno per equivalente.

Le spese, liquidate in dispositivo (e da ritenersi comprensive di quanto già liquidato in sede cautelare) , debbono seguire il criterio della soccombenza nei confronti dell'Ente resistente e possono essere compensate con la controinteressata, che non ha concorso a dar luogo alla illegittimità riscontrata .

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto dispone l'annullamento della aggiudicazione in favore della controinteressata e il subentro della odierna ricorrente nell'affidamento del servizio, previa sottoscrizione del contratto alle condizioni dalla stessa offerte.

Condanna il CNR ut supra rapp.to e difeso alla rifusione della spese di lite in favore della ricorrente liquidate in complessivi Euro 3000,00 nonché del contributo unificato, dichiarando le spese integralmente compensate nei confronti della controinteressata.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 8 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente, Estensore

Umberto Maiello, Consigliere

Luca Cestaro, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Anna Pappalardo

IL SEGRETARIO