

N. 01268/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00052/2003 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 Lombardia
sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 52 del 2003, proposto da:
MAD DI FEDERICO FERRARI & C. SAS - ora MAD SRL,
rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Lombardi, con domicilio eletto
presso il medesimo legale in Brescia, via Gramsci 30;

contro

COMUNE DI ORZINUOVI, rappresentato e difeso dall'avv. Elena
De Ambrogio, con domicilio eletto presso il medesimo legale in
Brescia, via Tosio 11;

nei confronti di

ELLEPI SERVICE DI LUISA PONTIGGIA & C. SNC,
rappresentata e difesa dall'avv. Mauro Ballerini, con domicilio eletto
presso il medesimo legale in Brescia, viale Stazione 37;

per l'annullamento

- del verbale del 31 ottobre 2002, in base al quale la controinteressata risulta vincitrice della gara riguardante l'appalto per la gestione automatizzata del trattamento giuridico-economico del personale comunale relativamente al periodo 1 gennaio 2003 - 31 dicembre 2006;

- della determinazione del responsabile dell'Area Servizi Generali n. 87 dell'8 novembre 2002, con la quale l'appalto è stato aggiudicato alla controinteressata;

con domanda di risarcimento danni;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Orzinuovi e di Ellepi Service di Luisa Pontiggia & C. snc;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 maggio 2011 il dott. Mauro Pedron;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente MAD di Federico Ferrari & C. sas (poi divenuta MAD srl) ha partecipato con altre due imprese alla gara informale indetta dal Comune di Orzinuovi per l'affidamento del servizio riguardante la gestione automatizzata del trattamento

giuridico-economico del personale comunale relativamente al periodo 1 gennaio 2003 - 31 dicembre 2006.

2. Il capitolato speciale indicava quale sistema di aggiudicazione il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In particolare 65 punti erano riservati alla qualità del servizio (completezza dell'offerta, puntuale realizzazione delle indicazioni del capitolato speciale, tempi di consegna degli elaborati, consulenza fiscale e previdenziale, opzioni migliorative), e 35 punti erano riservati al prezzo secondo la formula $35 \cdot x/y$ (dove x indica il prezzo più basso e y il prezzo dell'offerta esaminata).

3. La commissione di gara nella seduta del 31 ottobre 2002 ha dichiarato aggiudicataria provvisoria la controinteressata Ellepi Service di Luisa Pontiggia & C. con 89,92 punti. Al secondo posto si è classificata la ditta Interazione srl con 85,57 punti. La ricorrente si è classificata terza con 83,46 punti. Precisamente rispetto alla controinteressata e alla seconda classificata la ricorrente vince sotto il profilo del prezzo (35 punti contro rispettivamente 28,92 e 32,67) ma è staccata sotto il profilo della qualità (48,46 punti contro rispettivamente 61 e 52,90). Con determinazione del responsabile dell'Area Servizi Generali n. 87 dell'8 novembre 2002 l'appalto è stato aggiudicato in via definitiva alla controinteressata.

4. Contro il verbale di gara e contro la suddetta determinazione la ricorrente ha presentato impugnazione con atto notificato il 9 gennaio 2003 e depositato il 15 gennaio 2003. Le censure (integrate

da motivi aggiunti notificati il 3 febbraio 2003 e depositati l'11 febbraio 2003) possono essere sintetizzate come segue: (i) violazione degli art. 3 e 7 del capitolato speciale, in quanto le altre due imprese partecipanti alla gara non avrebbero presentato un'offerta relativa al trattamento giuridico-previdenziale, limitandosi al solo aspetto economico; (ii) violazione dei medesimi punti del capitolato speciale, in quanto per calcolare il costo delle elaborazioni previdenziali degli altri concorrenti la commissione di gara avrebbe utilizzato un criterio originariamente non previsto; (iii) perplessità dell'offerta della controinteressata, in quanto basata su due opzioni tra loro alternative; (iv) erronea applicazione dei sottocriteri qualitativi. In definitiva la ricorrente sostiene che sarebbe stata penalizzata proprio l'offerta migliore, la propria, l'unica che l'amministrazione avrebbe dovuto prendere in considerazione. Pertanto oltre all'annullamento degli atti impugnati è stato chiesto il risarcimento del danno da mancata aggiudicazione.

5. Il Comune e la controinteressata si sono costituiti in giudizio chiedendo la reiezione del ricorso.

6. Sulle questioni che riguardano la controversia si possono svolgere le seguenti considerazioni:

(a) in via preliminare si osserva che il ricorso è ammissibile, sia (come è evidente) nella parte in cui chiede l'esclusione degli altri due concorrenti a causa della produzione di un'offerta parziale, sia sotto il più delicato profilo della prova di resistenza circa l'esito della gara

una volta corretta l'attribuzione dei punteggi (in giurisprudenza tale prova è considerata necessaria: v. CS Sez. VI 5 ottobre 2010 n. 7300). È vero che nello specifico non è allegato un prospetto di calcolo con il punteggio che la ricorrente ritiene di poter recuperare, ma la portata delle censure (che mirano da un lato ad allargare il solco con gli altri concorrenti per quanto riguarda il punteggio collegato al prezzo e dall'altro a ridimensionare radicalmente la valutazione di qualità) è sufficiente a dimostrare che l'eventuale accoglimento avrebbe come conseguenza altamente probabile la riscrittura della graduatoria in senso favorevole alla ricorrente. Ai fini della prova di resistenza questa rappresentazione dell'interesse al ricorso appare adeguata. Da questo punto in avanti può iniziare l'esame di merito;

(b) la censura riguardante la violazione formale degli art. 3 e 7 del capitolato speciale, fondata sull'asserzione che le altre due imprese partecipanti alla gara avrebbero presentato un'offerta soltanto parziale (ossia priva della disponibilità a seguire le pratiche giuridico-previdenziali), non appare condivisibile. Dalla lettura delle offerte (v. doc. 7 e 8 del Comune) emerge sia la piena consapevolezza dell'oggetto del capitolato speciale sia la volontà di seguire tutti gli aspetti della gestione del personale (economici, giuridici, previdenziali);

(c) più complesso il profilo sostanziale di questa censura, che lamenta la rielaborazione delle offerte degli altri concorrenti da parte

della commissione di gara. In effetti, mentre la ricorrente ha quantificato complessivamente il costo relativo alle pratiche giuridico-previdenziali distinguendolo dal costo della gestione del trattamento economico, gli altri concorrenti (con maggiore aderenza agli schemi dell'art. 7 del capitolato speciale) hanno indicato i costi unitari delle singole operazioni di gestione previdenziale (domanda di riscatto e ricongiunzione, calcolo indennità di fine servizio, pratica completa di pensione, ecc.). La commissione di gara, evidentemente per rendere comparabili le offerte, ha deciso di trasformare i costi unitari in costi assoluti moltiplicando i relativi importi per il numero medio di operazioni degli ultimi tre anni. È vero che quest'ultimo parametro non era stato indicato in precedenza, ma si tratta un dato oggettivo che ragionevolmente poteva essere utilizzato per questo scopo, essendo prevalente l'interesse a rendere omogenee le varie offerte;

(d) del resto una simile soluzione appare preferibile rispetto a quella che si imporrebbe altrimenti, ossia l'esclusione dell'offerta che segue uno schema espositivo originale (in questo caso l'offerta della ricorrente, che non riporta i costi unitari relativi alle pratiche previdenziali);

(e) allo stesso modo non appare criticabile il fatto che la commissione di gara abbia integrato le voci mancanti dell'offerta della controinteressata (gestione del trattamento economico della commissione CEM e della commissione concorso). In realtà non si

tratta di un'integrazione vera e propria, in quanto la commissione si è limitata ad applicare a queste voci il costo unitario (€ 5,16 + IVA) indicato dalla controinteressata per le pratiche relative agli assessori e ai consiglieri. La decisione è corretta per l'analogia esistente tra le situazioni dei suddetti soggetti. Il risultato è peraltro nell'interesse della ricorrente, in quanto la pesatura di queste voci ha aumentato il prezzo assoluto dell'offerta della controinteressata e di conseguenza (applicando la formula del capitolato speciale) ha incrementato la distanza rispetto al punteggio della ricorrente;

(f) vi è poi la scelta della controinteressata di inserire nella propria offerta due opzioni tra loro alternative. Questa modalità di compilazione suscita in effetti delle perplessità, perché potrebbe provocare fraintendimenti ed errori nella commissione di gara. Tuttavia (in applicazione del principio *utile per inutile non vitiatur*) è preferibile ritenere che l'offerta con varianti possa costituire causa di esclusione solo se rende incomprensibile la volontà dell'offerente o se altera in qualche modo la *par condicio* tra i concorrenti. Nello specifico questi rischi non sussistono, in quanto l'offerta illustra adeguatamente le voci di costo unitario indicate dal capitolato speciale, e in sostanza l'alternativa consiste in alcuni pacchetti di prestazioni a prezzo fisso. Dunque la commissione di gara ha potuto facilmente concentrarsi sull'offerta base, quella redatta in conformità al capitolato speciale, ignorando le varianti. In questo modo è stato mantenuto lo schema fissato originariamente dall'amministrazione e

l'offerta è rimasta confrontabile con quelle dei concorrenti;

(g) per quanto riguarda i sottocriteri qualitativi non sembra vi sia stata un'applicazione erronea a favore degli altri concorrenti. Correttamente è stato attribuito a tutti lo stesso punteggio per la completezza dell'offerta e per l'offerta di consulenza fiscale e previdenziale, trattandosi di elementi indicati in pari misura dai concorrenti. Sui tempi di consegna delle pratiche la ricorrente è stata giustamente penalizzata, in quanto ha indicato un intervallo maggiore (8 giorni, contro i 5 della controinteressata e i 6 della seconda classificata). Anche relativamente alle opzioni migliorative il maggior punteggio attribuito alla controinteressata non appare ingiustificato. Quest'ultima ha formulato delle proposte che seppure strettamente attinenti all'oggetto dell'appalto non si possono qualificare come semplice trasposizione degli obblighi contrattuali elencati dall'art. 4 del capitolato speciale: si tratta al contrario di utili specificazioni (prospetti e statistiche aggiuntive) che servono a dare un quadro più completo della situazione giuridico-economica del personale. Sono piuttosto le comunicazioni agli enti previdenziali proposte dalla ricorrente a rientrare nella gestione ordinaria;

(h) infine, non è chiaro (in assenza di una motivazione al riguardo) perché la ricorrente abbia ottenuto 14 punti (contro i 15 degli altri concorrenti) per la voce relativa alla puntuale realizzazione delle previsioni del capitolato. Tuttavia la differenza di un solo punto non è sufficiente a rovesciare il risultato della gara.

7. In conclusione il ricorso deve essere respinto, sia nella parte impugnatoria sia relativamente alla domanda di risarcimento. La complessità di alcune questioni consente l'integrale compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando, respinge il ricorso. Spese integralmente compensate.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 18 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Primo Referendario, Estensore

Stefano Tenca, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/08/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)