



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 Emilia Romagna
sezione staccata di Parma (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 64 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da Simam S.p.a., ATI Simam S.p.a. - Akron S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avv.ti Carlo Sgrignuoli e Maria Cristina Alfieri, con domicilio eletto presso l'avv. Maria Cristina Alfieri, in Parma, via Farini 5;

contro

Il Comune di Casalgrande, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Coli, con domicilio eletto presso l'avv. Mario Ramis in Parma, B.Go G. Tommasini 20;

nei confronti di

Unieco Soc. Coop. e ATI con Furia S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensiva

della determinazione di aggiudicazione definitiva n. 829 del

30.12.2010, con la quale veniva aggiudicata la gara indetta con delibera di Giunta Comunale n. 118 del 27.08.2009 nonché del contratto eventualmente stipulato;

nonché per l'accertamento del diritto al risarcimento del danno sia patrimoniale che non patrimoniali anche nella forma del c.d. danno da perdita di chance e danno curriculare, condannando l'amministrazione alla somma che sarà ritenuta di giustizia, con riserva di quantificazione in corso di causa.

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatrice nell'udienza pubblica del giorno 25 gennaio 2012 la dott.ssa Emanuela Loria 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 società SIMAM, in proprio e in qualità di mandataria del Raggruppamento temporaneo con la società Akron, impugna la determinazione dirigenziale di aggiudicazione definitiva in data 30.12.2011, con la quale è stata aggiudicata la gara indetta dal Comune di Casalgrande per la esecuzione degli interventi di messa in sicurezza di emergenza dei suoli del sito denominato "ex cava

Canepari”, ai sensi del d.lgs. 152/2006, del d.lgs. 22/1997, in quanto applicabile, e del D.M. 471/1999.

L'importo complessivo posto a base di gara era di euro 6.159.687,00 di cui euro 6.139.687,00 soggetti a ribasso, essendo invariabile l'importo di euro 20.000, relativo agli oneri di sicurezza.

Il termine per la presentazione delle offerte era fissato per il giorno 08 giugno 2010.

Entro detto termine pervenivano al Comune di Casalgrande undici offerte.

Con la determina n. 299 del 10 giugno 2010 veniva nominata la Commissione di gara nelle persone del Responsabile del Settore Patrimonio e Lavori pubblici del Comune, che assumeva la carica di Presidente, del prof. Iginio Di Federico, professore ordinario di fisica tecnica industriale dell'Università di Ferrara e del dott. Andrea Orlando, Segretario Generale del Comune intimato.

Nella prima riunione della Commissione il prof. Iginio Di Federico comunicava di non essere più in ruolo quale docente universitario per essere andato in pensione.

Il Responsabile del Settore Patrimonio disponeva in data 06 agosto 2010 la sostituzione di due membri della Commissione di gara: in primo luogo, del prof. Di Federico, in quanto l'art. 84 comma 8 lett. b) del d.lgs. 163/2006 prevede che possono fare parte delle Commissioni giudicatrici, nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i professori universitari di ruolo. Il nuovo membro della Commissione è stato individuato

nella terna richiesta all'Ordine degli Ingegneri e degli Architetti della Provincia di Reggio Emilia, a seguito di sorteggio (i primi due sorteggiati hanno rinunciato e quindi è stato contattato il terzo, che invece ha accettato, l'ing. Alberto Bizzarri).

Per la complessità dell'intervento è stato quindi nominato un terzo componente nella persona dell'ing. Luana Polchi, dipendente del Comune di Casalgrande con la qualifica di Istruttore Direttivo Tecnico, che, secondo quanto indicato nell'atto di nomina, si è già occupata della messa in sicurezza di siti nazionali. L'ing. Polchi ha sostituito il Segretario Generale.

La procedura si è articolata in varie sedute, sia pubbliche che riservate, e si è conclusa con l'aggiudicazione provvisoria in favore del costituendo raggruppamento RTI Società Unieco /Furia s.r.l. disposta in data 07 dicembre 2010 per l'importo di euro 4.036.782,80 (al netto del ribasso d'asta del 34.251%) oltre ad euro 20.000,00 per un totale di euro 4.056.782,80.

L'aggiudicazione è stata comunicata ai partecipanti alla gara ai sensi dell'art. 79 d.lgs. 163/2006.

Con il ricorso, notificato al Comune resistente in data 08 febbraio 2011 e depositato in data 14 febbraio 2011, sono censurati gli atti impugnati per i seguenti motivi:

1. Eccesso di potere per mancanza di adeguate professionalità specifiche all'interno della commissione valutatrice: la disciplina dell'offerta economicamente più vantaggiosa implicherebbe la presenza nella commissione di "elevatissime professionalità tecniche",

la stazione appaltante avrebbe incaricato soggetti senza un'adeguata professionalità e competenza specifica in merito all'appalto. L'elevato punteggio, da attribuire discrezionalmente, sarebbe stato affidato a una commissione che difetta della necessaria esperienza e professionalità nei componenti della Commissione.

2. Violazione e mancata applicazione di legge insufficiente predeterminazione dei criteri di valutazione dell'offerta, arbitrarietà dell'operato della commissione, giudizio numerico insufficiente quale motivazione ex art. 3 legge 241/1990, violazione di legge ex art. 38 ss. d.lgs. 163/2006 per mancata fissazione ad opera della Commissione di gara dei c.d. "criteri motivazionali" nella misura necessaria a comprendere la valutazione numerica. L'art. 83 del Codice dei Contratti stabilisce che la Commissione fissa in via generale i criteri motivazionali ai quali si atterrà per attribuire a ciascun criterio e sub criterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando.

La commissione avrebbe assolto a tale onere solo in modo formalistico, come conferma il fatto che il giudizio finale si è limitato a una mera valutazione numerica.

La circostanza che si debbano fissare preventivamente dei criteri motivazionali induce a ritenere che successivamente debba essere definita la giustificazione della scelta conclusiva e della valutazione dell'offerta. Nel caso di specie, la Commissione non avrebbe adempiuto all'obbligo di motivare il punteggio numerico assegnato alle partecipanti in modo tale da rendere possibile il controllo delle

valutazioni effettuate dal seggio di gara.

3. Violazione del principio di proporzionalità amministrativa, eccessiva dequotazione e svalutazione della proposta progettuale dell'ATI ricorrente quale leader nazionale nel mercato di riferimento, omessa valutazione del *know how* aziendale delle medesime, travisamento istruttorio, motivazione insufficiente, irragionevolezza, illogicità. Il punteggio ottenuto dalla ricorrente sarebbe stato emesso in chiara violazione del principio di proporzionalità amministrativa, in quanto eccessivamente esiguo in relazione alle potenzialità delle due aziende in costituenda ATI.

Con la memoria in data 19 febbraio 2011 si è costituito in giudizio il Comune di Casalgrande, eccependo la irricevibilità del ricorso per decorso del termine ai sensi dell'art. 120, comma 5, del d.lgs. 02 luglio 2010 n. 104 nonché la sua infondatezza nel merito.

In data 23.02.2011 la ricorrente ha chiesto il rinvio della camera di consiglio al fine di notificare motivi aggiunti, rinvio che è stato accordato per il giorno 23.03.2011.

In data 14 marzo 2011 la ricorrente ha depositato motivi aggiunti all'esito dell'accesso ottenuto *medio tempore* alle offerte delle altre imprese partecipanti, motivi con i quali argomenta in ordine alla inadeguatezza sotto il profilo tecnico dell'offerta dell'aggiudicataria rispetto alla propria.

In data 18 marzo 2011 il Comune costituito ha replicato ai motivi aggiunti.

In data 23.03.2011 la ricorrente ha chiesto un nuovo rinvio della

camera di consiglio, accordato per il giorno 06.04.2011.

In data 04.04.2011 l'amministrazione ha nuovamente replicato ai motivi aggiunti nonché alla memoria della ricorrente già depositata "per la camera di consiglio del 23 marzo 2011".

Alla camera di consiglio del 06.04.2011 l'istanza di sospensiva contenuta sia nel ricorso che nei motivi aggiunti è stata respinta, con ordinanza n.106/2011.

In data 20 gennaio 2012 la ricorrente ha tardivamente depositato una memoria per la pubblica udienza, di cui è stata erroneamente indicata la data nell'intestazione della memoria stessa ("pubblica udienza del 27 gennaio 2012", anziché 25).

Alla pubblica udienza del 25.01.2012 la causa è stata trattenuta per la decisione di merito.

DIRITTO

Preliminarmente il Collegio ritiene di dovere affrontare la questione di tardività del ricorso sollevata dalla difesa dell'amministrazione.

L'eccezione fonda sulla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto alla ricorrente, effettuata in data 30.12.2010 a mezzo telefax, strumento di comunicazione che era stato espressamente autorizzato, ai sensi dell'art. 79, comma 5 bis, d.lgs. 163/2006, dal Raggruppamento Temporaneo d'Imprese Simam – Akron nella domanda di partecipazione alla gara.

Poiché la nota inviata dal Comune di Casalgrande indica sia gli estremi del provvedimento di aggiudicazione definitiva sia il nominativo dell'aggiudicatario, il termine per la proposizione del

ricorso decorrerebbe dalla data di ricevimento della nota stessa, avvenuto lo stesso 30.12.2010. D'altro canto, per quanto attiene alla notificazione del ricorso, il timbro di ricevimento da parte dell'Ufficiale Giudiziario risulta essere stato apposto in data 03.02.2011, l'Ufficiale Giudiziario risulta aver presentato il ricorso per la notificazione in data 03.02.2011 e il Comune risulta aver ricevuto il ricorso in data 08.02.2011.

Peraltro, già in data 03.01.2011, l'avvocato di parte ricorrente aveva inviato al Comune una diffida ai sensi dell'art. 243 bis del codice dei contratti, ricevuta dal Comune in data 04.01.2011.

Il Collegio, seguendo l'orientamento già assunto con la sentenza n. 97 del 2011 sul ric. 121/2009, reputa fondata l'eccezione di tardività, in quanto il chiaro tenore dell'articolo 79 comma 5 d.lgs. 163/2006 induce a ritenere che le amministrazioni sono tenute a comunicare d'ufficio, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, l'aggiudicazione definitiva. I soggetti destinatari di tale comunicazione sono, in primo luogo, il concorrente che segue nella graduatoria, tutti i candidati che hanno presentato un'offerta in gara, coloro che sono stati destinatari di un provvedimento di esclusione se hanno proposto impugnativa avverso tale atto o sono ancora in termini per farlo ovvero coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se ancora non vi è stata una pronuncia giurisdizionale di rigetto.

Invero, le informazioni più dettagliate di cui al comma 2, lett. c), dell'articolo 79 sono fornite su richiesta scritta dell'interessato.

Appare, pertanto, sufficientemente chiaro da tale ricostruzione che il momento da cui decorre il termine per l'impugnazione è quello della comunicazione obbligatoria di cui all'articolo 79 comma 5 e non quello di cui al comma 2.

Conseguentemente, nel caso di specie, avendo l'amministrazione comunicato, l'aggiudicazione definitiva ai sensi del comma 5 con la nota del 30.12.2010, è dalla data del suo ricevimento che decorre il termine per l'impugnativa.

Rispetto a tale momento il ricorso è fuori termine, in quanto il timbro dell'ufficiale giudiziario riporta la data del 03.02.2011 e quindi risulta notificato dopo il termine di trenta giorni dal ricevimento della nota della stazione appaltante. Peraltro, come più sopra rammentato, il legale della ricorrente aveva diffidato il Comune con la memoria in data 03 gennaio 2011, dando, in tal modo, compiuta dimostrazione di conoscere, già da tale data, l'effetto lesivo dell'aggiudicazione definitiva comunicata nei confronti della propria assistita.

2. Nonostante la tardività della proposizione del ricorso, giacché la ricorrente ha chiesto, oltre che l'annullamento dell'aggiudicazione e degli atti presupposti, anche il risarcimento dei danni, residua comunque l'interesse della ricorrente alla pronuncia sul risarcimento ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. 104/2010.

Nell'esaminare i motivi del ricorso principale, deve darsi la precedenza al motivo che il Collegio ritiene assorbente rispetto agli altri e che conduce a ritenere infondato il gravame.

Si tratta, in particolare, del motivo n. 2 del ricorso, con il quale la

ricorrente lamenta che la Commissione di gara non abbia fissato prima dell'apertura delle buste i criteri motivazionali a cui si sarebbe attenuta per attribuire a ciascun criterio e sub criterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando ai sensi dell'articolo 83 del codice dei contratti pubblici. La Commissione avrebbe assolto a tale onere solo in modo formalistico, limitandosi a una mera valutazione numerica.

Tale argomento è stato ampliato nella “memoria per la camera di consiglio del 23 marzo 2011”, nella quale la ricorrente rileva che la scelta del metodo c.d. aggregatore non elimina l'onere di motivazione. Attraverso tale mezzo, invero, si vuole dimostrare l'inadeguatezza, rispetto all'offerta (in tesi particolarmente qualificata, in considerazione dell'esperienza nel settore delle bonifiche e del trattamento dei rifiuti da parte della ricorrente), del punteggio tecnico attribuito a quella del raggruppamento ricorrente, che a fronte del punteggio massimo ottenuto per l'offerta economica (40 su 40), ha invece ottenuto una bassa quotazione per quanto concerne l'offerta tecnica (9).

Il motivo è infondato.

In ordine alla definizione dei criteri motivazionali da parte della Commissione di gara si rileva che la disposizione dell'ultimo periodo del comma 4 dell'art. 83 del d.lgs. 163/2006, cui si fa riferimento nel ricorso è stata soppressa ad opera del d.lgs. 152/2008 per cui la Commissione di gara non solo non è più chiamata, ma non può più intervenire nella determinazione dei parametri di valutazione in

quanto anche gli eventuali criteri motivazionali devono essere contenuti nel bando di gara.

Si rammenta, peraltro, che la modifica normativa è stata necessaria per rispondere ai rilievi comunitari che avevano riguardato la previgente versione del comma 4 dell'art. 83, ritenuto non conforme all'art. 53 della Direttiva 2004/18/CE.

L'articolo 83, comma 5, d.lgs. cit. stabilisce che le stazioni appaltanti, per attribuire il punteggio a ciascun elemento dell'offerta, devono utilizzare "metodologie tali da consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa. Dette metodologie sono stabilite dal regolamento distintamente per lavori, servizi e forniture". Per l'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la metodologia che deve essere individuata nel bando di gara è scelta tra quelle stabilite nel regolamento.

Il regolamento che si applica, *ratione temporis*, alla gara in questione è il d.P.R. n. 554/1999, che, all'allegato B, impone che il calcolo dell'offerta economicamente più vantaggiosa sia effettuato con il metodo aggregativo - compensatore o con altri individuati dalla letteratura scientifica.

Per quanto concerne il metodo aggregativo - compensatore, l'Allegato B del regolamento prevede che i coefficienti $V(a)_i$ della prestazione dell'offerta (a) rispetto al requisito (i), variabili tra zero e 1, siano determinati per ciò che attiene agli elementi di natura qualitativa attraverso "la media dei coefficienti, variabili tra zero ed

uno, calcolati dai singoli commissari mediante il «confronto a coppie», seguendo, a loro scelta, le linee guida di cui all'allegato A, oppure il criterio fondato sul calcolo dell'autovettore principale della matrice dei suddetti confronti a coppie; ovvero la media dei coefficienti, variabili tra zero ed uno, attribuiti discrezionalmente dai singoli commissari; ovvero un metodo di determinazione dei coefficienti, variabili tra zero ed uno, adottato autonomamente dalla commissione prima dell'apertura dei plichi.”

Il metodo del confronto a coppie è dettagliatamente descritto dall'Allegato A che è esclusivamente ad esso dedicato: “La determinazione dei coefficienti per la valutazione di ogni elemento qualitativo delle varie offerte è effettuata mediante impiego della tabella triangolare... La tabella contiene tante caselle quante sono le possibili combinazioni tra tutte le offerte prese a due a due. Ogni commissario valuta quale dei due elementi che formano ciascuna coppia sia da preferire. Inoltre, tenendo conto che la preferenza tra un elemento e l'altro può essere più o meno forte, attribuisce un punteggio che varia da 1 (parità), a 2 (preferenza minima), a 3 (preferenza piccola), a 4 (preferenza media), a 5 (preferenza grande), a 6 (preferenza massima). In caso di incertezza di valutazione sono attribuiti punteggi intermedi. In ciascuna casella viene collocata la lettera corrispondente all'elemento che è stato preferito con il relativo grado di preferenza. ed in caso di parità, vengono collocate nella casella le lettere dei due elementi in confronto, assegnando un punto ad entrambe. Una volta terminato il confronto delle coppie, si

sommano i punti attribuiti ad ogni offerta da parte di tutti i commissari. Tali somme provvisorie vengono trasformate in coefficienti definitivi, riportando ad uno la somma più alta e proporzionando a tale somma massima le somme provvisorie prima calcolate”.

Dall'esame della normativa di legge e regolamentare appare quindi chiaro che, ove la stazione appaltante, a mezzo della *lex specialis* di gara, scelga di utilizzare il metodo aggregativo - compensatore per calcolare l'offerta economicamente più vantaggiosa e, in particolare, il metodo del confronto a coppie, la Commissione di gara esprime la propria valutazione esclusivamente attraverso l'applicazione di tale metodo per l'attribuzione del punteggio, valutazione che non richiede, di per sé, l'estrinsecazione di ulteriori descrizioni e motivazioni.

Diverso è invece il caso in cui la legge di gara abbia optato per l'utilizzazione, sempre in relazione al metodo aggregativo - compensatore, del criterio della “media dei coefficienti, variabili tra zero ed uno, attribuiti discrezionalmente dai singoli commissari”. In tal caso, prevedendo tale criterio una maggiore discrezionalità di valutazione da parte della Commissione di gara, la disciplina vigente richiede una più specifica motivazione da parte della stessa.

Nel caso portato all'attenzione del Collegio, la legge di gara prevedeva che l'aggiudicazione fosse effettuata con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa e che fosse applicato il metodo aggregativo – compensatore con la formula di cui all'Allegato B del d.P.R. 554/1999 e con il procedimento del confronto a coppie di cui

all'allegato A del decreto medesimo.

La Parte III del disciplinare di gara descrive, dettagliatamente e per singole fasi, la metodologie che la Commissione di gara avrebbe dovuto seguire e a cui la Commissione di gara, per quanto si legge dai verbali delle sedute della gara, si è attenuta.

Nessuna motivazione era tenuta a dare la Commissione di gara a seguito dell'applicazione dei metodi e criteri suindicati.

Del resto è lo stesso disciplinare di gara ad avere stabilito gli elementi valutativi rispetto ai quali effettuare il confronto a coppie per cui, se la ricorrente avesse voluto contestare la genericità o l'inadeguatezza di tali elementi sui quali è stato poi effettuato il confronto ed è stato applicato il metodo aggregativo - compensatore da parte della Commissione, avrebbe dovuto impugnare tempestivamente la *lex specialis* di gara che peraltro non risulta impugnata né con il ricorso né con i motivi aggiunti.

La doglianza deve, pertanto, essere rigettata.

3. Quanto alle censure contenute nei motivi aggiunti che riguardano le offerte tecniche delle società che si sono classificate prima e seconda, esse sono inammissibili in quanto, entrando nel merito tecnico delle valutazioni sui singoli elementi delle offerte, non possono essere oggetto di sindacato da parte del giudice amministrativo che si sostituirebbe all'organo tecnico della stazione appaltante nel discernere la validità delle offerte in relazione alle prestazioni richieste dalla stazione appaltante.

4. Per quanto concerne il primo motivo di ricorso con il quale si

rilevava il difetto di competenze tecniche specifiche dei soggetti chiamati a fare parte della Commissione di gara, con la memoria del 18 marzo 2011 la stessa ricorrente afferma che la produzione documentale avversa “toglie rilevanza alle ipotesi di incompetenza nei confronti del prof. Bizzarri”; rimane invece, in piedi la censura con riguardo all’ing. Luana Polchi, il cui *curriculum* non dimostrerebbe alcuna competenza specifica in materia ambientale.

Il Collegio, dato atto del parziale venire meno del profilo di censura con riguardo al prof. Bizzarri per la stessa ammissione della ricorrente, rileva che il motivo appare destituito di fondamento anche per quanto concerne l’ing. Polchi, che, nella sua qualità di Istruttore Direttivo del Comune di Casalgrande, è già stata coordinatrice della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione, direzione dei lavori e contabilità di un intervento di messa in sicurezza d’emergenza del sito di interesse nazionale n. 11 nell’ambito dello stesso territorio comunale.

Non si ravvisano, pertanto, elementi che denuncino l’eccesso di potere per mancanza di professionalità specifiche all’interno della Commissione di gara.

6. Per le susesprese motivazioni, il ricorso, esaminato ai fini della deliberazione della domanda di risarcimento del danno per equivalente, risulta infondato.

7. Conseguentemente, alla luce della infondatezza dei profili sollevati con riguardo alla legittimità del procedimento di gara sia a mezzo del ricorso che dei motivi aggiunti, la domanda di risarcimento del danno

da perdita di *chances* e curriculare deve essere respinta, in disparte ogni considerazione in ordine alla genericità della stessa (per corroborare la quale non viene portato nessun elemento o indice che comprovi il danno subito).

8. Le spese di giudizio seguono la regola della soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, sezione staccata di Parma, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

- dichiara irricevibile per tardività la domanda di annullamento degli atti impugnati;
- respinge il ricorso principale e i motivi aggiunti;
- respinge la domanda di risarcimento del danno.

Condanna la soccombente al pagamento delle spese di giudizio che liquida in euro 5.000,00 (cinquemila/00) oltre ad oneri e accessori come per legge.

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

Così deciso, in Parma, nella camera di consiglio del giorno 25 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Mario Arosio, Presidente

Italo Caso, Consigliere

Emanuela Loria, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/02/2012

IL SEGRETARIO

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