

**N. 06619/2010 REG.SEN.
N. 01037/2010 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 Toscana

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1037 del 2010, proposto dal Consorzio Centro Servizi, in persona del legale rappresentante pro tempore, sig. Claudio Pennatini, rappresentato e difeso dagli avv.ti Anna Maria Gullo e Leonardo Lascialfari e con domicilio eletto presso il loro studio, in Firenze, via Masaccio n. 17

contro

Ministero per i Beni e le Attività Culturali ed Opificio delle Pietre Dure di Firenze, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi ex lege dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Firenze e domiciliati presso gli Uffici della stessa, in Firenze, via degli Arazzieri n. 4

nei confronti di

Cooperativa Lavoratori Ausiliari del Traffico, non costituita in

giudizio

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia e previa emissione di misure cautelari inaudita

alter parte,

- della nota dell'Opificio delle Pietre Dure di Firenze prot. n. 2485 del 28 maggio 2010, recante comunicazione di aggiudicazione alla Cooperativa Lavoratori Ausiliari del Traffico – LAT della gara per l'affidamento del servizio di pulizia per l'anno 2010;
 - del verbale del 28 maggio 2010, concernente la riunione, in sede di autotutela, della Commissione giudicatrice successiva all'aggiudicazione al Consorzio ricorrente della gara per l'affidamento del servizio di pulizia per l'anno 2010;
 - del verbale della seduta della Commissione giudicatrice del 25 maggio 2010;
 - di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale, tra cui tutti gli atti successivi alla data della lamentata esclusione (28 maggio 2010)
- e per la condanna
al risarcimento del danno in forma specifica.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti la domanda di emissione di misure cautelari inaudita altera parte ed il decreto presidenziale n. 551/2010 del 25 giugno 2010, con cui la suddetta domanda è stata respinta;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati,

presentata in via incidentale dal Consorzio ricorrente;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero per i Beni e le Attività Culturali e dell'Opificio delle Pietre Dure di Firenze;
Vista la documentazione depositata dalla difesa erariale;
Vista l'ordinanza n. 588/2010 del 7 luglio 2010, con cui è stata accolta la domanda di sospensione degli atti impugnati;
Visti tutti gli atti della causa;
Nominato relatore nell'udienza pubblica del 12 ottobre 2010 il dott. Pietro De Berardinis;
Uditi i difensori presenti delle parti costituite, come da verbale;
Visti gli artt. 74 e 120 del d.lgs. n. 104/2010, recante il codice del processo amministrativo;
Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue

FATTO

Il Consorzio Centro Servizi espone di essere stato invitato a partecipare alla gara informale indetta dall'Opificio delle Pietre Dure di Firenze per l'affidamento del servizio di pulizie, da svolgere negli immobili dell'appaltante per il periodo 1° giugno 2010 – 31 maggio 2011.

Il criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Tra gli elementi di valutazione la lettera di invito prevedeva il costo orario, per il quale il punteggio massimo attribuibile era di n. 12 punti.

L'esponente decideva di partecipare alla gara e presentava la propria offerta.

Nella seduta del 25 maggio 2010 la Commissione giudicatrice decideva di prendere a riferimento il costo medio orario a livello provinciale del personale esercente servizi di pulizie, come individuato dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali – Direzione Generale della tutela delle condizioni di lavoro. La Commissione decideva di graduare il punteggio per il costo orario, assegnando il più alto all'impresa che avesse offerto un costo orario coincidente o prossimo a quello determinato dal Ministero del Lavoro e punteggi più bassi, a scalare, alle imprese che avessero offerto costi inferiori (giacché ritenuti sintomo di un servizio scadente) ed a quelle che avessero offerto costi superiori (in quanto troppo onerosi per l'Amministrazione).

In esito alla valutazione, il servizio veniva aggiudicato all'esponente. Successivamente, tuttavia, la Commissione, tornata a riunirsi, si accorgeva di avere attribuito all'esponente, per il parametro del costo orario, un punteggio più alto (12 punti) rispetto a quello spettantegli (8 punti). A correzione della precedente determinazione, la gara veniva, pertanto, aggiudicata alla Cooperativa Lavoratori Ausiliari del Traffico.

Avverso i verbali di gara, nonché avverso la nota dell'Opificio delle Pietre Dure prot. n. 2485 del 28 maggio 2010 – recante la comunicazione di aggiudicazione della gara in favore della

Cooperativa Lavoratori Ausiliari del Traffico – è insorto il Consorzio esponente, impugnandoli con il ricorso in epigrafe e chiedendone l'annullamento, previa sospensione e previa pronuncia di misure cautelari provvisorie.

A supporto del gravame ha dedotto le censure di:

- violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 163/2006, violazione della lex specialis di gara (punto 5 della lettera di invito), violazione dei principi di legalità e trasparenza, del principio di buona amministrazione ex art. 97 Cost., dei principi in materia di procedure ad evidenza pubblica e del principio della massima partecipazione alle procedure di scelta del contraente della P.A., per avere la Commissione giudicatrice creato ex novo un criterio di valutazione non indicato nella lex specialis di gara che, ove conosciuto, avrebbe determinato l'esponente a modulare diversamente la propria offerta;
- violazione della lex specialis di gara (punto 5 della lettera di invito), violazione dei principi di legalità e trasparenza e del principio di buona amministrazione ex art. 97 Cost., eccesso di potere per perplessità, contraddittorietà, incertezza assoluta, irrazionalità, illogicità, violazione dei principi in materia di procedure ad evidenza pubblica e del principio della massima partecipazione alle procedure di scelta del contraente della P.A., violazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 163/2006, in quanto la tabella di attribuzione del punteggio creata dalla Commissione, ingiustamente, non premierebbe con il punteggio massimo le imprese che riescono ad offrire un costo

orario inferiore a parità sia di qualifica del personale impiegato, sia del servizio di pulizia da svolgere e perché la Commissione avrebbe violato il principio che impone di favorire la massima partecipazione alle gare in presenza di clausole ambigue della *lex specialis*.

Il Consorzio ricorrente ha presentato, inoltre, domanda di risarcimento in forma specifica mediante affidamento del servizio a proprio favore.

Con decreto presidenziale n. 551/2010 del 25 giugno 2010 è stata respinta l'istanza di adozione di misure cautelari provvisorie.

Si è costituito in giudizio il Ministero per i Beni e le Attività Culturali – Opificio delle Pietre Dure di Firenze, depositando un rapporto sui fatti di causa corredato della pertinente documentazione.

Nella Camera di consiglio del 6 luglio 2010 il Collegio, considerata la sussistenza del *fumus boni juris*, per avere la Commissione giudicatrice, nella fissazione dei punteggi connessi al criterio del costo orario, esorbitato dai poteri ad essa attribuiti dall'ordinamento, con ordinanza n. 588/2010 ha accolto l'istanza incidentale di sospensione.

All'udienza del 12 ottobre 2010 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il ricorrente ha impugnato gli atti (verbali di gara, comunicazione dell'aggiudicazione) concernenti la procedura di affidamento del servizio di pulizia da effettuarsi negli immobili dell'Opificio delle

Pietre Dure di Firenze per il periodo 1° giugno 2010 – 31 maggio 2011.

Nel gravame si lamenta, anzitutto, che la Commissione giudicatrice ha violato l'art. 83 del d.lgs. n. 163/2006, valendosi del potere di integrazione dei criteri previsti dalla *lex specialis* – in particolare, del criterio relativo al costo orario, di cui al parag. 5, punto 1, della lettera di invito – in modo tale che se il criterio in esame, per come integrato dalla Commissione, fosse stato conosciuto per tempo dal Consorzio ricorrente, l'avrebbe indotto a modulare diversamente la propria offerta.

Nel dettaglio, la Commissione ha attribuito il punteggio massimo previsto dalla *lex specialis* per il criterio in parola (12 punti) alle offerte recanti un costo orario il più possibile vicino al costo medio orario del lavoro per il personale delle imprese esercenti servizi di pulizia a livello provinciale (pari ad € 15,71), di cui al decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali del 25 febbraio 2009, pubblicato nel Supplemento Ordinario n. 38 alla G.U. n. 72 del 27 marzo 2009. La Commissione ha infatti deciso di attribuire n. 12 punti alle offerte recanti un'indicazione del costo orario tra 15,00 e 15,71, assegnando punteggi inferiori alle offerte che avessero presentato un costo orario più basso, nonché a quelle che avessero indicato un costo più alto (rispettivamente, a seconda dello scarto dal parametro stabilito nel decreto ministeriale, 8, 4 e 0 punti per le offerte con costo più basso, e 6, 3 e 0 punti per quelle con costo più

alto).

Il ricorrente osserva che si sarebbe ben guardata dall'offrire un costo medio orario più basso (pari ad € 14,74) se avesse saputo che, offrendolo più alto (ossia compreso all'interno dello scarto tra € 15,00 ed € 15,71), avrebbe ottenuto un punteggio maggiore, così aggiudicandosi la gara.

Con ulteriore doglianza, contesta la ragionevolezza della graduazione dei punteggi effettuata dalla Commissione, sottolineando che la scelta di attribuire un punteggio più basso alle imprese che, alle medesime condizioni, riescono a contenere il costo orario, con evidente vantaggio economico per la P.A., sarebbe del tutto incomprensibile, non premiando (anzi penalizzando) le imprese che riescono legittimamente ad offrire un costo orario inferiore a parità di qualifica del personale impiegato e del servizio di pulizia da svolgere. La soluzione ragionevole sarebbe stata, invece, quella di attribuire il punteggio massimo a tutte le imprese che fossero riuscite a contenere il costo orario entro il limite di € 15,71, ovviamente nel rispetto della normativa giuslavoristica.

In ogni caso, la Commissione giudicatrice, nell'integrare il criterio del costo orario di cui al par. 5, punto 1, della lettera di invito, non avrebbe tenuto conto dell'ambiguità di siffatta clausola della lettera di invito e, perciò, avrebbe violato il principio che impone, in presenza di clausole ambigue della *lex specialis*, di adottare l'interpretazione delle clausole stesse che favorisca la partecipazione alla pubblica gara

del maggior numero possibile di concorrenti (“favor participationis”). Invece, la graduazione dei punteggi operata dalla Commissione ostacolerebbe la partecipazione delle imprese che, nella legittima convinzione di ottenere un punteggio maggiore, hanno proposto un costo orario della manodopera più contenuto.

Le censure ora esposte devono essere condivise, nei termini di seguito riportati.

Invero, costituisce principio generale quello per cui, nelle gare di appalto da aggiudicarsi secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, la Commissione giudicatrice può integrare e specificare i criteri previsti dalla *lex specialis*, fissando dei sub-criteri, a condizione che una simile specificazione non contrasti né con il principio di trasparenza, né con l’altro fondamentale principio teso a garantire la par condicio tra i concorrenti, non essendo ammessa l’alterazione degli elementi di valutazione, con riguardo ai quali i concorrenti hanno potuto predisporre la propria offerta (cfr. T.A.R. Liguria, Genova, Sez. II, 3 febbraio 2010, n. 233).

Sulla questione dell’ammissibilità, per la Commissione di gara, di integrare e specificare i criteri previsti dalla *lex specialis*, si è espressa recentemente anche la Corte di Giustizia CE (con sentenza della Sez. II, 24 novembre 2005, in C-331/04). Ha precisato, in particolare, la Corte che:

a) i criteri di aggiudicazione definiti da un’Amministrazione aggiudicatrice devono essere collegati all’oggetto dell’appalto, non

devono conferire a detta Amministrazione una libertà incondizionata di scelta, devono essere espressamente menzionati nel capitolato d'oneri o nel bando di gara e devono rispettare, in particolare, i principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza;

b) il principio di parità di trattamento, che corrisponde all'essenza stessa delle direttive in materia di appalti pubblici, sta ad indicare che i concorrenti devono trovarsi su un piano di parità nel momento in cui essi preparano le loro offerte (oltre che in quello in cui le offerte stesse sono valutate);

c) pertanto, devono essere espressamente menzionati nel capitolato d'oneri o nel bando di gara tutti i criteri presi in considerazione, ove possibile nell'ordine decrescente dell'importanza che è ad essi attribuita, affinché gli imprenditori siano messi in grado di conoscerne l'esistenza e la portata;

d) sempre per garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, occorre che tutti gli elementi presi in considerazione dall'Amministrazione aggiudicatrice al fine di identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa (e, ove possibile, la loro importanza relativa), siano noti ai potenziali concorrenti al momento della preparazione delle loro offerte.

Da siffatte enunciazioni di principio i giudici comunitari hanno tratto la regola per cui è compatibile con il diritto comunitario l'attribuzione alla Commissione di gara del potere (prima dell'apertura dei plichi) di integrare e specificare i criteri di

aggiudicazione, individuando eventualmente sub-voci e sub-punteggi. Il diritto comunitario non osta, dunque, in linea di principio a che la Commissione di gara attribuisca un peso relativo ai sub-elementi di un criterio di aggiudicazione precedentemente stabilito, effettuando una ripartizione tra questi ultimi del numero di punti previsto per detto criterio dall'Amministrazione aggiudicatrice nella *lex specialis*. Ciò, tuttavia, a condizione che la decisione della Commissione di gara:

- 1) non vada a modificare i criteri di aggiudicazione dell'appalto definiti nella *lex specialis*;
- 2) non sia stata adottata tenendo conto di elementi che possono avere un effetto di discriminazione nei confronti di uno dei concorrenti;
- 3) soprattutto (per quanto qui interessa) non contenga elementi che, se conosciuti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione.

I principi in discorso sono stati recepiti dal Legislatore nazionale, il quale, all'art. 83, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006 ha previsto che deve essere il bando di gara ad individuare i sotto-criteri, i sotto-pesi e i sotto-punteggi. Ha osservato sul punto la giurisprudenza che detta disposizione non è altro che la codificazione del principio cardine delle procedure concorsuali, per cui negli appalti pubblici da aggiudicarsi attraverso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con riferimento alla ponderazione degli elementi di

valutazione individuati dall'Amministrazione aggiudicatrice nel disciplinare di gara, le decisioni adottate dalla Commissione di gara sono illegittime se modificano i criteri definiti nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, o se contengono elementi che, ove fossero stati noti prima della redazione delle offerte, avrebbero potuto influenzarne la preparazione (T.A.R. Liguria, Genova, Sez. II, 25 giugno 2009, n. 1538).

Orbene, è evidente come nel caso di specie i principi suddetti – ed in particolare quello indicato più sopra al n. 3 – non sono stati rispettati, per avere la Commissione di gara, in sede di ripartizione tra i sub-criteri del punteggio complessivo stabilito per un criterio di valutazione delle offerte indicato dalla *lex specialis*, adottato una decisione tenendo conto di elementi che, qualora fossero stati noti al Consorzio ricorrente al momento della preparazione della sua offerta, avrebbero certamente influito sul contenuto dell'offerta stessa, portando ad una diversa modulazione di questa.

In proposito il Collegio ritiene che il ricorrente, nel predisporre la propria offerta, abbia cercato di indicare il costo orario più basso che gli fosse possibile – compatibilmente con l'osservanza della disciplina giuslavoristica – potendo del tutto ragionevolmente pensare che in questo modo avrebbe ottenuto il punteggio più alto, in virtù del risparmio procurato all'Amministrazione. È evidente che tutt'altra sarebbe stata la scelta del ricorrente se avesse potuto sapere che, indicando un costo orario (compreso nell'arco tra € 15,00 ed € 15,71)

superiore a quello da esso effettivamente proposto (€ 14,74), avrebbe ottenuto un punteggio maggiore: il che, senza la previa conoscenza della decisione della Commissione, non era ragionevolmente preventivabile, tenuto conto della maggiore spesa che in questo modo ne è derivata all'Amministrazione.

Non sono convincenti le giustificazioni avanzate in proposito nel rapporto dell'Opificio delle Pietre Dure, per cui la Commissione avrebbe legittimamente esercitato i suoi poteri di specificazione dei sub-criteri di valutazione, specificando il criterio del costo orario sulla base di una valutazione che rientrerebbe nella sfera di discrezionalità tipica della P.A.: da quanto ora esposto si deduce, invece, la violazione da parte dell'Amministrazione intimata dei principi comunitari di parità di trattamento e trasparenza. Donde la fondatezza del primo motivo di ricorso.

È del pari fondato il secondo motivo, sotto il profilo dell'irragionevolezza della scelta discrezionale operata dalla P.A.: ed invero, a fronte di un risparmio di spesa per l'Amministrazione, non si riesce a capire in che modo il costo orario indicato dal ricorrente (€ 14,74) possa essere significativo di un servizio più scadente rispetto al servizio fornito da un'impresa che avesse, ipoteticamente, indicato un costo orario di € 15,00 e, per giunta, con una differenza così marcata da giustificare, su un totale di 12 punti attribuibili per quel criterio di valutazione, l'assegnazione di ben 4 punti in meno (8, in luogo di 12), cioè di un terzo del punteggio massimo. Donde la

fondatezza anche della doglianza di eccesso di potere per irrazionalità ed illogicità di cui al predetto secondo motivo.

In definitiva, il ricorso è fondato, quanto alla domanda di annullamento, e deve essere accolto, con conseguente annullamento degli atti con esso impugnati.

Deve essere, invece, respinta la domanda di risarcimento in forma specifica tramite aggiudicazione del servizio al Consorzio ricorrente, giacché nel caso di specie dall'annullamento degli atti gravati non deriva l'aggiudicazione del contratto al ricorrente stesso, ma semplicemente l'esigenza di una ripetizione eventuale della gara (così T.A.R. Liguria, Sez. II, 13 dicembre 2004, n. 1708 per il caso dell'annullamento del bando di gara, cui può paragonarsi la vicenda in esame, dove l'annullamento del verbale della Commissione di gara nel quale erano stati fissati i sub-criteri e ripartiti i punteggi impedisce di procedere alla valutazione delle offerte).

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo nei confronti dell'Amministrazione resistente, mentre vengono compensate nei confronti della controinteressata, non costituita in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda), così definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti con esso impugnati.

Respinge la domanda di risarcimento del danno in forma specifica.

Condanna l'Amministrazione resistente al pagamento, in favore del Consorzio ricorrente, di spese ed onorari di causa, che liquida in misura forfettaria in complessivi € 2.000,00 (duemila/00), più gli accessori di legge, compensandoli, invece, nei confronti della controinteressata.

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

Così deciso in Firenze, nella Camera di consiglio del giorno 12 ottobre 2010, con l'intervento dei magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere

Pietro De Berardinis, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/11/2010

IL SEGRETARIO

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