

N. 00913/2011 REG.PROV.COLL.
N. 01320/2010 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 Lombardia
sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1320 del 2010, proposto da:
CARTOTECNICA PINOCCHIO COOPERATIVA SOCIALE
ONLUS, rappresentata e difesa dall'avv. Dario Meini, con domicilio
eletto presso il medesimo legale in Brescia, borgo Wührer 81;

contro

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA, rappresentata e
difesa dall'avv. Avvocatura Distrettuale dello Stato, con domicilio in
Brescia, via S. Caterina 6;

nei confronti di

L'ARCA COOPERATIVA SOCIALE, non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

- del decreto del rettore n. 1481 dell'8 ottobre 2010, con il quale è
stato aggiudicato alla controinteressata il servizio di portierato,

vigilanza, custodia e piccole manutenzioni presso le residenze del CEDISU per il periodo dal 1 gennaio 2011 al 31 dicembre 2013;

- della nota del responsabile unico del procedimento dell'11 ottobre 2010, con la quale è stata comunicata l'aggiudicazione definitiva a favore della controinteressata;

- dei verbali di gara;

con declaratoria di inefficacia dell'eventuale contratto medio tempore stipulato;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi di Brescia;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 aprile 2011 il dott. Mauro Pedron;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato sulla GUUE dell'11 maggio 2010 l'Università degli Studi di Brescia ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio triennale (1 gennaio 2011 – 31 dicembre 2013) di portierato, vigilanza, custodia e piccole manutenzioni presso le residenze del Centro di Servizio di Ateneo

per la Gestione del Diritto allo Studio Universitario (CEDISU). Il valore stimato del servizio era pari a € 612.000 Iva esclusa. La partecipazione alla gara era riservata alle imprese sociali (Dlgs. 24 marzo 2006 n. 155) e alle cooperative sociali di tipo B (legge 8 novembre 1991 n. 381) nonché ai loro consorzi e raggruppamenti.

2. Per l'affidamento è stato scelto il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 83 del Dlgs. 12 aprile 2006 n. 163. Il totale di 100 punti è ripartito tra l'offerta tecnica e l'offerta economica con un rapporto di 55 a 45.

3. Ai fini dell'attribuzione del punteggio relativo all'offerta tecnica il capitolato speciale (art. 4) prevede due criteri: (a) proposta qualitativa e organizzativa del servizio, con un massimo di 37 punti; (b) qualità del progetto personalizzato relativo alle persone svantaggiate da inserire nello svolgimento dell'attività, con un massimo di 18 punti. Il primo criterio è suddiviso in quattro sottocriteri: (a-1) modalità di espletamento del servizio; (a-2) modalità organizzative; (a-3) modalità di controllo sulla qualità delle prestazioni erogate; (a-4) progetto di formazione in itinere del personale. Anche il secondo criterio si articola in quattro sottocriteri: (b-1) modalità di gestione del processo di inserimento lavorativo delle persone svantaggiate; (b-2) modelli e criteri del progetto personalizzato e attività che saranno svolte dalle persone inserite; (b-3) modalità di raccordo con i servizi sociali; (b-4) capacità di utilizzazione del volontariato. A ciascun sottocriterio è associato un punteggio massimo.

4. Hanno partecipato alla gara cinque imprese, tra cui la ricorrente Cartotecnica Pinocchio soc. coop. sociale Onlus e la controinteressata L'Arca coop. sociale.
5. I plichi contenenti le offerte sono stati aperti nella riunione della commissione di gara tenutasi il 7 luglio 2010 alle ore 10.00 (verbale n. 1). Precisamente sono stati aperte le buste con la documentazione amministrativa, ai fini della valutazione dei requisiti di ammissibilità, mentre è stata rinviata a una seconda fase l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica e l'offerta economica.
6. Con un unico verbale la commissione di gara ha riassunto le operazioni svolte in quattro riunioni tra le ore 14.00 del 7 luglio 2010 e le ore 15.00 del 13 luglio 2010 (verbale n. 2). Dopo aver premesso che le buste contenenti la documentazione delle ditte partecipanti erano custodite in un armadio chiuso a chiave nel Settore Affari Generali, la commissione di gara ha stabilito di ripartire il punteggio dei sottocriteri attribuendo il punteggio massimo all'offerta con il miglior grado di qualità rispetto alle altre e un punteggio sufficiente all'offerta con un grado di qualità limitato alle strette previsioni del capitolato speciale. Il punteggio sufficiente è calcolato nei 6/10 di quello massimo di ciascun sottocriterio. Le offerte con un grado di qualità compreso tra il massimo e la sufficienza ricevono un punteggio intermedio in funzione della distanza da questi due estremi.
7. Subito dopo aver fissato questa metodologia la commissione di

gara ha esaminato le offerte tecniche ammesse. Al termine di questa fase la ricorrente e la controinteressata si sono collocate al primo posto provvisorio, ciascuna con 53 punti.

8. Una volta eseguito l'esame delle offerte economiche (verbale n. 3) la situazione di parità si è sbloccata a favore della controinteressata, che ha ricevuto 45 punti contro i 43,61 della ricorrente. La graduatoria finale ha quindi visto la controinteressata prevalere sulla ricorrente per 98 punti contro 96,61.

9. Tanto l'offerta della controinteressata quanto quella della ricorrente sono risultate anomale ai sensi dell'art. 88 comma 2 del Dlgs. 163/2006 perché sia i punti relativi al prezzo sia la somma dei punti relativi alla qualità sono superiori ai 4/5 dei corrispondenti punteggi massimi previsti dal bando. Dopo aver espletato la fase di verifica (verbale n. 4) la commissione di gara ha provvisoriamente aggiudicato il servizio alla controinteressata, avendo trovato affidabile l'offerta.

10. Su questo presupposto il rettore con decreto n. 1481 dell'8 ottobre 2010 ha definitivamente aggiudicato il servizio alla controinteressata. Con nota del responsabile unico del procedimento dell'11 ottobre 2010 la notizia dell'aggiudicazione definitiva è stata comunicata alla ricorrente.

11. Contro i suddetti provvedimenti e contro i verbali di gara la ricorrente ha presentato impugnazione con atto notificato il 10 novembre 2010 e depositato il 19 novembre 2010. Oltre

all'annullamento degli atti impugnati è stata chiesta la declaratoria di inefficacia dell'eventuale contratto medio tempore stipulato e la dichiarazione della necessità di rinnovare gli atti della procedura di gara. Le censure possono essere sintetizzate come segue:

(i) violazione dell'art. 83 comma 4 del Dlgs. 163/2006, in quanto attraverso la metodologia di ripartizione dei punteggi la commissione di gara avrebbe introdotto dei criteri motivazionali integrando di fatto le regole della procedura, con l'aggravante che i plichi erano già stati aperti (e quindi si conoscevano le imprese partecipanti) e forse erano state aperte anche le buste contenenti le offerte tecniche;

(ii) violazione dei principi di trasparenza e imparzialità, in quanto il verbale n. 2 sarebbe privo di elementi essenziali (individuazione delle varie riunioni, composizione della commissione in ciascuna riunione, specificazione se la fissazione della metodologia sia anteriore o successiva all'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche).

12. L'Università si è costituita in giudizio chiedendo la reiezione del ricorso. Questo TAR con ordinanza cautelare n. 925 del 17 dicembre 2010 ha accolto la domanda di sospensione dei provvedimenti impugnati e ha inibito la sottoscrizione del contratto.

13. Sulle questioni proposte nel ricorso si possono svolgere le seguenti considerazioni:

(a) il quadro generale è dato dalla normativa comunitaria di cui alla Dir. 31 marzo 2004 n. 2004/18/CE. In particolare il considerando n. 39, nell'imporre il principio di trasparenza tanto nelle procedure

aperte quanto nelle procedure ristrette e negoziate, puntualizza che “[i]n vista di tale trasparenza le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere tenute a indicare, fin dall'avvio del confronto competitivo, i criteri di selezione cui si atterranno”. Il considerando n. 46 afferma che “[s]petta quindi alle amministrazioni aggiudicatrici indicare i criteri di aggiudicazione nonché la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di tali criteri e questo in tempo utile affinché gli offerenti ne siano a conoscenza quando preparano le loro offerte”. La medesima norma precisa che la ponderazione preventiva può essere derogata solo in situazioni particolari e a causa della complessità dell'appalto. Norme di dettaglio sono poi contenute negli art. 53 e 54 e nell'allegato VII;

(b) la giurisprudenza comunitaria formatasi sulla previgente Dir. 18 giugno 1992 n. 92/50/CEE (v. in particolare l'art. 36 par. 2) ha stabilito che dopo la presentazione delle offerte non possono essere effettuati interventi sulle regole di gara, né per individuare sottocriteri né per fissare coefficienti di ponderazione (v. C.Giust. Sez. I 24 gennaio 2008 C-532/06 Lianakis, punti 36-38 e 44). Tuttavia è stata riconosciuta conforme al diritto comunitario la prassi delle commissioni di gara di effettuare la ponderazione dei sottocriteri di un criterio stabilito precedentemente, purché (1) non siano modificati i criteri di aggiudicazione definiti nel bando e nel capitolato speciale, (2) non siano introdotti elementi che avrebbero potuto influenzare la preparazione delle offerte, (3) non si producano

effetti discriminatori nei confronti di uno dei concorrenti (v. C.Giust. Sez. II 24 novembre 2005 C-331/04 ATI EAC, punto 32);

(c) la giurisprudenza nazionale (v. CS Sez. V 13 luglio 2010 n. 4502) ha ricondotto all'eccezione ammessa dalla sentenza ATI EAC la fissazione da parte della commissione di gara, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, di criteri motivazionali allo scopo di attribuire a ciascun criterio e sottocriterio il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando. Tale facoltà era espressamente prevista e regolata dalla versione iniziale dell'art. 83 comma 4 del Dlgs. 163/2006;

(d) il periodo della suddetta norma che rimetteva alla commissione di gara la fissazione dei criteri motivazionali è stato però soppresso dall'art. 1 comma 1 lett. u) del Dlgs. 11 settembre 2008 n. 152. Tale abrogazione non comporta conflitti con il diritto comunitario, in quanto gli Stati membri possono certamente introdurre più elevati livelli di trasparenza nell'aggiudicazione degli appalti. Il legislatore nazionale ha scelto in definitiva di adeguarsi pienamente alle indicazioni della Dir. 2004/18/CE eliminando la zona grigia dei criteri motivazionali e i conseguenti rischi di alterazione in via interpretativa delle regole di gara;

(e) a questo punto è necessaria una particolare attenzione da parte delle commissioni di gara, perché senza la giustificazione dei criteri motivazionali qualunque precisazione delle regole fissate nel bando e nel capitolato speciale potrebbe essere facilmente intesa come

manipolativa;

(f) dunque se il bando e il capitolato speciale non sono dettagliati (e stabiliscono un ampio intervallo nei punteggi a disposizione per ciascun criterio o sottocriterio) è necessario percorrere la via della motivazione dettagliata di ogni singola attribuzione di punteggio. Tale operazione a sua volta non è priva di rischi (specie se vengono utilizzate spiegazioni inaccurate che potrebbero far sospettare pregiudizi o travisamenti) ma è certamente apprezzabile sotto il profilo della chiarezza ed evita censure dirette di arbitrarietà;

(g) nel caso in esame l'equilibrio normativo appena descritto non sembra rispettato. La commissione di gara ha infatti elaborato una metodologia di ripartizione del punteggio che ricade nella categoria dei criteri motivazionali. Occorre precisare che questo fatto non determina automaticamente l'illegittimità delle valutazioni. In realtà i criteri motivazionali possono essere variamente formulati, e talvolta sono il mero riflesso di canoni di valutazione comunemente accettati sul piano tecnico all'interno di un determinato settore. Quando poi i criteri motivazionali si accompagnano, come avviene nell'appalto in questione, a un'approfondita motivazione per ciascuna delle varie componenti dell'offerta, è necessaria molta cautela per stabilire se realmente vi sia stata una modifica a posteriori delle regole di gara;

(h) pur con queste precisazioni si ritiene che la scelta di affiancare alla motivazione una metodologia di ripartizione del punteggio abbia provocato una simile modifica. La metodologia (v. sopra al punto 6)

è formalmente neutrale, perché si basa su concetti di uso comune (punteggio massimo, punteggio sufficiente), ma risulta sostanzialmente innovativa, in quanto concentra di fatto la maggior parte dei punti nella parte alta dell'intervallo (ossia da 6/10 a 10/10 del punteggio massimo) appiattendolo le valutazioni riferite all'offerta tecnica ed enfatizzando specularmente il peso dell'offerta economica;

(i) è vero che nella gara in questione vi sono stati anche giudizi di netta insufficienza (ad esempio il voto zero riportato da uno dei concorrenti per il criterio b-1) ma l'effetto complessivo non cambia, perché la possibilità di penalizzare severamente le offerte del tutto inadeguate non implica sul piano logico che si debbano differenziare soltanto di pochi punti le offerte che superano la soglia qualitativa minima. Le offerte totalmente inadeguate (rispetto ai vari sottocriteri) sono state in effetti correttamente penalizzate, ma la commissione di gara si è riservata un punteggio troppo limitato per distinguere tra loro le offerte buone e soprattutto quelle eccellenti. Se su un punteggio massimo di 15 punti per un singolo sottocriterio la soglia di sufficienza è collocata a 9 viene evidentemente introdotto un parametro nuovo e rilevante, che come tale doveva essere conosciuto già al momento della preparazione delle offerte in modo che i concorrenti potessero fare ogni utile considerazione (in particolare decidere se convenisse puntare sulla qualità o se non fosse preferibile piuttosto concentrare gli sforzi maggiori sull'offerta economica);

(j) il fatto che la predetta metodologia sia stata elaborata successivamente all'apertura dei plichi è una circostanza che non ha rilievo autonomo rispetto al profilo di illegittimità appena descritto ma connota comunque in senso negativo l'operato della commissione di gara. Dal verbale n. 2 si può desumere che non erano ancora state aperte le offerte tecniche e quelle economiche, tuttavia erano ormai noti i nomi dei concorrenti ammessi alla gara. Ne esce quindi oggettivamente indebolita l'immagine di terzietà e distacco che deve connotare ogni passaggio della procedura;

(k) una semplice irregolarità appare invece la verbalizzazione in un unico atto di più riunioni della commissione di gara (v. TAR Lazio Sez. II 1 marzo 2011 n. 1906; TAR Brescia Sez. I 15 novembre 2007 n. 1175). In effetti il solo vincolo per la verbalizzazione è quello della prossimità temporale rispetto alle operazioni verbalizzate, garanzia normalmente sufficiente contro la dispersione delle informazioni e i rischi di manipolazioni. Nello specifico tale vincolo è stato rispettato.

14. In conclusione il ricorso deve essere accolto, con il conseguente annullamento degli atti impugnati. Poiché per effetto della presente pronuncia gli atti della gara diventano inutilizzabili, l'Università è tenuta ad assegnare il servizio tramite una nuova procedura. La complessità di alcune questioni consente la parziale compensazione delle spese, che per l'intero giudizio, compresa la fase cautelare, sono liquidate in € 2.000 oltre agli oneri di legge.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso e conseguentemente annulla gli atti impugnati.

Condanna l'amministrazione resistente a versare alla ricorrente, a titolo di spese di giudizio (parzialmente compensate), l'importo di € 2.000 oltre agli oneri di legge.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 13 aprile 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 22/06/2011

IL SEGRETARIO

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

