



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 il Lazio

(Sezione Terza Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 3826 del 2012, proposto da:
BDO s.p.a. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli Avvocati Prof. Claudio Guccione e Luca Palatucci ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, Via Flaminia, n. 135;

contro

ISFOL Istituto per lo Sviluppo della Formazione Professionale dei Lavoratori in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato presso la cui sede in Roma, Via dei Portoghesi, n. 12 domicilia;

nei confronti di

Bompani Audit s.r.l. in persona del legale rappresentante p.t.,

rappresentata e difesa dagli Avvocati Alberto M. Bruni e Orsola Cortesini dello studio legale associato Morbidelli – Bruni – Righi e Traina presso la cui sede in Roma Via Giosuè Carducci, n. 4 domicilio;

per l'annullamento

della determina n. 42 del 29 marzo 2012 con la quale la direzione generale dell'ISFOL ha disposto l'aggiudicazione della gara per l'affidamento delle attività di certificazione delle convenzioni ISFOL – Commissione Europea relative all'implementazione del lifelong learning programme – programma settoriale Leonardo da Vinci Italia” in favore della controinteressata, nonché per quanto occorrer possa

della lettera ISFOL inviata il 3 aprile 2012 prot. 0004961

della lettera ISFOL del 12 gennaio 2012 prot. 0000666,

dei verbali di gara ed in particolare del verbale n. 1/2011 e del verbale 4/2011,

in via ancor più subordinata, in parte qua del bando di gara e del relativo disciplinare di gara, nonché di ogni altro atto, connesso, presupposto e consequenziale;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Isfol - Istituto Per Lo Sviluppo della Formazione Professionale dei Lavoratori e di Soc Bompani Audit Srl;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive

difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2012 il dott. Pierina Biancofiore;

Uditi altresì i difensori delle parti come da verbale di udienza, anche in relazione alla possibilità di decisione della causa mediante sentenza in forma semplificata;

RILEVATO che il presente giudizio può essere definito nel merito ai sensi degli articoli 60 e 74 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, previo accertamento della completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, e sentite sul punto le parti costituite;

RITENUTO in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato ai soggetti in epigrafe indicati in data 3 maggio 2012 e depositato il successivo 18 maggio 2012, la ricorrente espone di avere partecipato alla procedura aperta avente ad oggetto l'affidamento delle “attività di certificazione delle convenzioni ISFOL – Commissione Europea relative alla implementazione del lifelong learning programme – programma settoriale Leonardo da Vinci Italia”, classificandosi tuttavia seconda con punti 75,50 dietro la prima classificata nonché controinteressata che ha invece raggiunto punti 88,98.

Rappresenta che, non ritenendo corretto l'operato della Commissione di gara ha diffidato l'ISFOL a dare corretta

applicazione alle regole di gara, con specifico riferimento all'attribuzione del punteggio per l'offerta economica ed a procedere nuovamente alla formulazione della graduatoria per l'offerta economica e di quella successiva finale, ricevendo tuttavia in risposta la conferma dell'operato della Commissione di gara e la successiva aggiudicazione alla controinteressata.

Con diffida ex art. 243 bis del d.lgs. n. 163/2006 in data 24 aprile 2012 la BDO, avuto contezza della erroneità dei criteri di attribuzione dei punteggi per l'offerta economica, la ricorrente ha diffidato l'ISFOL a ritirare in autotutela l'aggiudicazione, ma, rimanendo sprovvista di ogni riscontro, l'interessata ha proposto il ricorso affidandolo alle seguenti censure:

1. Violazione del punto 12 lett. b) del disciplinare di gara e dell'art. 2, comma 1 del d.lgs. n. 163/2006 – incompetenza del RUP sulla modifica della lex specialis (violazione della disciplina sull'attribuzione dei punteggi fissata dalla lex specialis).
2. Violazione dell'art. 38, comma 1 lett. b), c) e m ter) del d.lgs. n. 163/2006; violazione del disciplinare di gara, eccesso di potere per contraddittorietà (omessa dichiarazione dei requisiti morali dei procuratori e di cessati).
3. In via ulteriormente subordinata rinnovazione della procedura per violazione del principio di par condicio, nonché occorrendo per eccesso di potere per illogicità manifesta.

Conclude con istanza di risarcimento del danno in forma specifica,

chiedendo l'aggiudicazione a suo favore o nel caso non sia ritenuta possibile siccome commisurato alle poste che saranno meglio oltre individuate. Chiede inoltre la sospensione dell'efficacia dell'aggiudicazione e l'accoglimento del ricorso in ogni sua parte.

Si sono costituiti l'Istituto e la controinteressata. Quest'ultima in particolare contestando ogni doglianza e rassegnando conclusioni opposte a quelle della ricorrente.

Alla Camera di Consiglio del 21 giugno 2012 il ricorso è stato trattenuto per la decisione in forma semplificata, avvertitene all'uopo le parti costituite.

DIRITTO

1. Il ricorso è infondato e va pertanto respinto.

Con esso l'interessata che ha partecipato alla gara meglio in narrativa descritta impugna l'aggiudicazione che la Commissione di gara presso l'ISFOL ha effettuato a favore della controinteressata la quale si è collocata al primo posto con punti 88,98, laddove la ricorrente si è collocata al secondo posto con punti 75,70 e la terza concorrente ha conseguito 65,10 punti.

2. Con la prima censura, secondo la ricostruzione dalla ricorrente operata, poiché il Capitolato speciale prevedeva per l'offerta economica max 60 punti e poi specificava per l'offerta valida col prezzo più basso 20 punti, alla controinteressata che aveva appunto presentato l'offerta economica più bassa dovevano essere attribuiti 20 punti, mentre, secondo la formula indicata nella legge di gara, le

sarebbero spettati punti 48 ed alla terza classificata, che sarebbe divenuta così seconda classificata, sarebbero spettati 38,4 punti, concludendo quindi per il suo collocamento al primo posto della graduatoria.

L'Interessata contesta la risposta che sul punto avrebbe offerto il RUP, laddove questi ha sostenuto che “non vi è prova che tale circostanza (...omissis) abbia di fatto condizionato in un senso o nell'altro la presentazione delle stesse offerte economiche”, in quanto tale constatazione le appare un tentativo di giustificare ex post l'operato della Commissione in sede di gara. In realtà ogni partecipante ha presentato la propria offerta economica sulla base del metodo di attribuzione dei punteggi reso pubblico con la pubblicazione del bando e poi non applicato in sede di gara.

Col secondo motivo la ricorrente oppone che la controinteressata non avrebbe presentato la dichiarazione sui requisiti morali di numerosi suoi legali rappresentanti ed in particolare sarebbe mancata per i procuratori speciali.

A ciò si aggiunga che la dichiarazione sui requisiti morali prevista dall'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 è mancata anche per i soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando.

Infine osserva che andrebbe comunque annullato il bando di gara a causa della sua non corretta formulazione, non essendo possibile che la gara rimanga aggiudicata alla controinteressata a seguito di una

disapplicazione dei criteri di aggiudicazione dei punteggi effettuata a buste aperte.

3. Le censure sono destituite di fondamento.

Il Capitolato – Disciplinare di gara al punto 12 – Criteri di aggiudicazione della gara, nel prevedere quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, al Punto B – Offerta economica stabiliva l'attribuzione di massimo 60 punti così disponendo:

- “per l'offerta valida con prezzo più basso 20 punti;
- per le altre offerte un punteggio inversamente proporzionale al prezzo, ossia calcolato con la seguente formula:

$$P=60 \times P_{\min} / P_{\text{off}}$$

dove:

P = punteggio da attribuire al singolo concorrente relativamente all'offerta economica;

P_{min} = prezzo relativo al concorrente che ha presentato la richiesta minima;

P_{off} = prezzo presentato dal concorrente in esame”.

Così stando la lettera della disposizione la ricorrente pretenderebbe quindi che la classifica in realtà dovrebbe divenire la seguente:

Bompani Audit = punti 20 (pari al punteggio da assegnare all'offerta valida con prezzo più basso);

BDO s.p.a. = punti 48 (risultanti dalla seguente operazione $60 \times 60.000 / 75.000 = 48$)

Mazars s.p.a = 38,4 punti (risultanti dalla seguente operazione

$60 \cdot 60.000 / 93.750 = 38,4$) che aggiunti ai punti già conseguiti per l'offerta tecnica avrebbero condotto alla seguente classifica:

BDO prima classificata = punti 75,70 (27,70+48)

Mazars seconda classificata = 65,10 (26,70+38,4)

Bompani Audit s.r.l. = 48,98 (28,98+20).

Cioè in sostanza secondo la tesi della ricorrente poiché era indicato in 20 il punteggio conseguibile per l'offerta più favorevole era quello il punteggio da prendere in considerazione per l'offerta valida col prezzo più basso mentre tutte le altre offerte, nel caso due, avrebbero dovuto essere calcolate secondo la formula sopra indicata.

La Commissione di gara ha attribuito il punteggio massimo di 60 alla controinteressata perché ha offerto il massimo ribasso di 52,00% ed ha graduato le altre due offerenti sulla base della formula che prendeva giustamente come parametro di raffronto il punteggio massimo, per graduare le altre due concorrenti in base al valore del rispettivo ribasso che per la ricorrente era del 40,00% e per la terza classificata era del 25,00%.

La prospettazione della società interessata pretenderebbe che, invece, alla candidata che aveva offerto il prezzo valido più vantaggioso per la stazione appaltante fosse assegnato il punteggio minimo, portando alla assurda conclusione che la graduatoria finale avrebbe visto come vincitrice una candidata, la ricorrente, la cui offerta economica non era la più vantaggiosa per la stazione appaltante.

Né corrisponde al vero che la violazione dei criteri di attribuzione dei

punteggi sarebbe intervenuta dopo l'apertura di tutte le buste, poiché essi risultavano dal Capitolato – Disciplinare e se è vero che, secondo quanto stabilito dall'art. 11 dello stesso, “la presentazione dell'offerta implica accettazione incondizionata delle disposizioni del presente disciplinare e capitolato” sicché potrebbe desumersi una violazione della legge di gara, accettata dalle controparti al momento di partecipare, è però anche vero che se la Commissione di gara avesse applicato il criterio come lo intende la ricorrente si sarebbe raggiunto il risultato di non aggiudicare la gara all'offerta economicamente più vantaggiosa, peraltro né sotto il profilo economico né sotto il profilo tecnico, dato che anche l'offerta tecnica della controinteressata è stata ritenuta meritevole della miglior valutazione da parte della Commissione: e cioè 28,98 punti contro i 27,70 punti spuntati dalla ricorrente.

La controinteressata peraltro rileva pure un profilo di inammissibilità della doglianza laddove quand'anche si adisse al calcolo esemplificato dalla ricorrente e si sostituisse al parametro di 60 il parametro di 20 punti, che è appunto indicato come il punteggio attribuibile all'offerta valida col minor ribasso, nella formula per il calcolo delle altre posizioni, allo scopo di rendere omogeneo il calcolo nei confronti di tutte le offerenti, ugualmente si avrebbe come risultato che la controinteressata si collocherebbe al primo posto, la ricorrente sempre al secondo posto e l'altra candidata ugualmente al terzo posto.

4. Ma non può essere condivisa neppure la censura di violazione dell'art. 38 comma 1, lett. b), c) e m ter del d.lgs. n. 163/2006, per essere mancata la dichiarazione sui requisiti morali anche dei procuratori speciali afferenti alla società controinteressata.

La doglianza è smentita dal tenore letterale del Disciplinare il quale prescriveva che i candidati dovessero rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, riportando poi pedissequamente la norma, nella sua versione modificata a cura del d.l. 13 maggio 2011, n. 70 e recante quindi la espressa previsione secondo cui “l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; i soci o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società” a nulla rilevando dunque che per i procuratori speciali indicati in ricorso la controinteressata non avesse prestato la dichiarazione di cui sopra.

Analogo ragionamento va effettuato per il requisito di cui alle lettere c) ed m ter) del comma 1 dell'art. 38/d.lgs. n. 163.

Il principio vigente in materia di requisiti generali stabiliti dall'art. 38 del Codice degli Appalti è quello della loro tassatività, come dimostrato dalla circostanza che quando il legislatore ha voluto

ricomprendere nella stesura originaria della norma altre categorie di personale che ricopra cariche nella società e nei cui confronti la candidata nella gara deve produrre la relativa dichiarazione sui requisiti morali l'ha effettuato con apposita norma di legge, nel caso appunto il d.l. n. 70 del 2011 convertito dalla legge 12 luglio 2011, n. 106.

Quest'ultima ha per l'appunto positivizzato il principio di tassatività delle cause di esclusione, stabilendo che queste sono solo quelle dettate dal Codice degli Appalti e del Regolamento di cui al d.P.R. n. 207 del 2010, come stabilito all'art. 46, comma 1 bis del d.lgs. n. 163/2006.

Conforme un orientamento giurisprudenziale sul principio: Consiglio di Stato, sezione V, 25 gennaio 2011, n. 513, TAR Basilicata, 22 aprile 2009, n. 131, TAR Liguria, sezione II, 11 luglio 2008, n. 1485.

Il precedente orientamento pure esistente e che tendeva ad ampliare la portata dell'articolo 38 fino a ricomprendervi i procuratori speciali, non è più compatibile con la norma di diritto positivo appena citata.

La controinteressata poi rappresenta che quand'anche si volesse ritenere che le dichiarazioni di cui alla norma in parola dovessero essere rese anche per i procuratori speciali ed in particolare per quello cessato dalla carica entro l'anno antecedente la data di pubblicazione del bando, ma questo non è consentito in base al principio di tassatività delle cause di esclusione, comunque produce in giudizio il certificato del casellario giudiziale anche per i detti

procuratori e dal quale nulla risulta in ordine a precedenti penali.

5. Le superiori considerazioni inducono a ritenere priva di fondamento anche la terza censura peraltro proposta in via subordinata e con la quale la ricorrente chiede l'annullamento del bando, in quanto in caso contrario si avrebbe l'assurda conseguenza che la gara rimarrebbe aggiudicata alla controinteressata a seguito della disapplicazione dei criteri di attribuzione dei punteggi effettuata a buste aperte.

E' stato dimostrato che se di stravolgimento dei criteri deve parlarsi è proprio in quello operato dalla ricorrente che porta al capovolgimento delle posizioni accertabili in base ad un calcolo matematico omogeneo laddove quello dell'interessata che mescola i 20 punti in realtà erroneamente attribuibili all'offerta economica con il massimo ribasso con quello di 60 per previsto dalla formula sopra indicata, laddove la Commissione di gara, avvedutasi della discrasia appare avere riportato appunto ad omogeneità le modalità di attribuzione del punteggio per l'offerta economica, come dimostrato pure dalla controinteressata.

6. Nella considerazione che il ricorso vada rigettato, non può neppure essere accolta la domanda risarcitoria, enunciata per le seguenti poste: danno emergente, pari ai costi sopportati per la partecipazione alla procedura di gara e pari ad Euro 3.000,00 con riserva di ulteriore specificazione e documentazione in corso di causa o da disporsi in via equitativa; lucro cessante comprensivo del (i)

mancato utile, nella misura del 10% dell'importo a base di gara; (ii) danno curricolare, nella misura del 5% dell'importo a base di gara alla luce dell'importanza curricolare della commessa; e (iii) danno all'immagine professionale dell'impresa, da determinarsi in via equitativa.

La domanda va respinta a causa del mancato assolvimento della cd. pregiudiziale amministrativa, che rende impraticabile per il giudice la verifica della sussistenza o meno degli altri elementi del danno e cioè l'elemento soggettivo ed il nesso di causa, secondo la cospicua giurisprudenza sulla materia. (tra le tante: TAR Friuli Venezia Giulia, 22 marzo 2012, n. 109, TAR Campania, Napoli, sezione VI, 5 marzo 2012, n. 1097, TAR Marche, 28 ottobre 2011, n. 813).

7. Per le superiori considerazioni il ricorso va respinto in tutte le sue domande.

8. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Bis) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente BDO s.p.a. al pagamento di Euro 2.000,00 per spese di giudizio ed onorari a favore di ISFOL - Istituto per lo Sviluppo della Formazione Professionale dei Lavoratori e al pagamento di Euro 2.000,00 a favore di Società Bompani Audit s.r.l.

per spese di giudizio ed onorari.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Evasio Speranza, Presidente

Paolo Restaino, Consigliere

Pierina Biancofiore, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/06/2012

IL SEGRETARIO

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