



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5134 del 2012, proposto da:

Adapta - Processi Industriali per l'Igiene e la Sterilizzazione Spa (già Lavin Spa), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Patrizio Leozappa e Fabio Cangiano, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Leozappa in Roma, via G.Antonelli, 15

contro

Ambi.en.te. Spa – Ambiente, Energia e Territorio, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Francesca Petullà, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Cremona, 21;

nei confronti di

Alsco Italia Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Caterina Solimini e Roberto Colagrande, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, viale Liegi, 35/b;

per l'annullamento

dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto avente ad oggetto il "servizio di noleggio, lavaggio, manutenzione, fornitura e logistica di indumenti da lavoro e di dispositivi di protezione individuale ad alta visibilita' per un periodo di 36 mesi" in favore della società Alsco Italia Srl;

delle operazioni e delle determinazioni di cui ai verbali di gara relativi alle sedute pubbliche del 13 marzo 2012, del 12 aprile 2012 e del 24 aprile 2012 nonché relativi alle sedute riservate del 12 aprile 2012, del 13 aprile 2012, del 16 aprile 2012, del 17 aprile 2012 e del 18 aprile 2012;

di ogni altro atto presupposto, consequenziale e comunque connesso

per quanto di ragione ed ove occorra

dell'art. 13, co. 2, del bando di gara, relativo all'apertura e valutazione dei plichi contenenti l'offerta tecnica ed i campioni, per quanto erroneamente interpretato ed applicato dalla Commissione di gara;

dell'art. 4 del capitolato d'appalto, per quanto erroneamente interpretato ed applicato dalla Commissione di gara;

dell'art. 6 del capitolato d'appalto, per quanto erroneamente interpretato ed applicato dalla Commissione di gara con conseguente dichiarazione

di inefficacia del contratto eventualmente *medio tempore* stipulato, ai sensi degli artt. 121 e 122 del codice del processo amministrativo e cumulativa comminatoria delle sanzioni di cui al successivo art. 123

con condanna

al risarcimento del danno subito dalla ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ambi.en.te. Spa e di Alsco Italia Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 ottobre 2012 il dott. Roberto Caponigro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

La Società Ambi.en.te. Ambiente – Energia – Territorio Spa ha indetto una procedura ristretta accelerata per l'affidamento, per la durata di 36 mesi, del “servizio di noleggio, lavaggio, manutenzione, fornitura e logistica di indumenti da lavoro e di dispositivi di protezione individuale ad alta visibilità”.

La *lex specialis* ha previsto che l'appalto fosse aggiudicato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa con l'attribuzione di un punteggio massimo di 100 punti, di cui massimo 30 punti per punteggio economico e massimo 70 punti per punteggio tecnico.

Con provvedimento del 15 maggio 2012, la stazione appaltante ha comunicato l'aggiudicazione definitiva dell'appalto alla Alsco Italia Srl, specificando che la realizzazione dell'appalto sarebbe stata eseguita in via d'urgenza, anticipatamente rispetto alla stipula del contratto in quanto ricorrono le eccezioni contemplate dall'art. 11, co. 9, d.lgs. n. 163 del 2006 e s.m.i. e più precisamente perché rientrante tra le categorie di cui al comma 2 punto a) dell'art. 302 del d.P.R. n. 207 del 2010.

In particolare, la controinteressata ha ottenuto un punteggio complessivo di 92,64 (64,70 per l'offerta tecnica e 27,94 per l'offerta economica), mentre l'odierna ricorrente, all'epoca Lavin, è giunta seconda con un punteggio complessivo di 89,87 (59,87 per l'offerta tecnica e 30 per l'offerta economica).

Il ricorso è articolato nei seguenti motivi:

Violazione dell'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione dei principi di segretezza delle offerte, di trasparenza, di buon andamento, di imparzialità, di adeguatezza, nonché di par condicio competitorum per mancata adozione delle cautele obbligatorie per la conservazione dei plichi. Violazione del principio di concentrazione e continuità nella fase di valutazione delle offerte tecniche. Sviamento di potere. Violazione dell'art. 97 Cost.

Nei verbali non ci sarebbe menzione delle modalità di conservazione dei plichi contenenti la documentazione, se gli stessi siano stati sigillati, a chi siano stati affidati e dove siano stati riposti.

Le sedute di una commissione di gara, al fine di assicurare imparzialità, pubblicità, trasparenza e speditezza dell'azione amministrativa, dovrebbero ispirarsi al principio di concentrazione e continuità, mentre tra la seduta di apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche e quella di apertura delle buste contenenti l'offerta economica sarebbe trascorso un intervallo eccessivamente lungo.

In definitiva, la commissione di gara avrebbe eluso l'obbligo di predisporre tutte le cautele necessarie al fine di tutelare l'integrità e la conservazione dei plichi ed avrebbe violato il principio di concentrazione e continuità nella fase di valutazione delle offerte.

Violazione dell'art. 83, co. 1 e 4, d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione dell'art. 120, co. 1, nonché dell'art. 283 d.P.R. n. 207 del 2010. Violazione dell'art. 4 del capitolato d'appalto. Violazione dei principi di trasparenza, di buon andamento, di imparzialità, di adeguatezza, nonché di par condicio competitorum. Difetto di motivazione. Eccesso

di potere per illogicità, irragionevolezza e ingiustizia manifesta. Sviamento di potere. Violazione dell'art. 97 Cost.
La sistematica introduzione da parte della Commissione di gara di nuovi sub criteri di valutazione delle offerte tecniche dei concorrenti, per ciascuno dei criteri di valutazione previsti dall'art. 4 del capitolato d'appalto, costituirebbe violazione dell'art. 83, co. 4, d.lgs. n. 163 del 2006.

Violazione dell'art. 84 d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione dell'art. 2, co. 1 e 3, d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione dell'art. 3 l. n. 241 del 1990. Violazione dei principi di trasparenza, di buon andamento, di imparzialità, di adeguatezza, nonché di par condicio competitorum. Difetto di motivazione. Eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza e ingiustizia manifesta. Sviamento. Violazione dell'art. 97 Cost.

La commissione di gara non solo avrebbe introdotto un illegittimo sub criterio valutativo, ma ne avrebbe altresì demandato il giudizio a tre non meglio identificati dipendenti.

Violazione dell'art. 84 d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione del principio di unicità ed immutabilità della composizione del seggio di gara. Violazione dei principi di trasparenza, di buon andamento, di imparzialità e di adeguatezza. Difetto di motivazione. Sviamento. Violazione dell'art. 97 Cost.

La Commissione di gara sarebbe stata illegittimamente mutata tra la seduta di gara del 13 marzo 2012, nella quale sono stati aperti i plichi contenenti la documentazione amministrativa, e quelle successive, a partire dal 12 aprile 2012.

La ricorrente ha concluso chiedendo che sia dichiarata l'inefficacia del contratto ove *medio tempore* stipulato, ai sensi degli artt. 121 e 122 del codice del processo amministrativo, con cumulativa comminatoria delle sanzioni di cui al successivo art. 123 e con ogni conseguente statuizione in ordine al risarcimento del danno subito dalla ricorrente.

La stazione appaltante - nell'evidenziare che il servizio oggetto della procedura impugnata ha avuto inizio in via d'urgenza, in data 9 maggio 2012, per la sussistenza delle situazioni eccezionali di cui all'art. 11, co. 9, d.lgs. n. 163 del 2006 e s.m.i. nonché perché rientrante tra le categorie di cui al secondo comma, punto a), dell'art. 302 d.P.R. n. 207 del 2010 - ha prospettato in rito le seguenti eccezioni: inammissibilità del ricorso per la mancata impugnativa del bando di gara; irricevibilità del ricorso perché tardivo e non preceduto dalla informativa di cui all'art. 243 bis d.lgs. n. 163 del 2006 nonché improcedibilità (*rectius*: inammissibilità) del ricorso in quanto la ricorrente non lamenterebbe una violazione diretta della sua posizione, non rivendicando l'aggiudicazione per sé, ma avanzando una semplice richiesta di annullamento dell'aggiudicazione e dei relativi verbali.

Nel merito, unitamente alla controinteressata AlSCO Italia Srl, la stazione appaltante ha contestato la fondatezza delle censure dedotte concludendo per il rigetto del ricorso.

L'istanza cautelare è stata accolta con ordinanza n. 2775 del 2012, con decisione assunta da questa Sezione nella camera di consiglio del 25 luglio 2012.

All'udienza pubblica del 10 ottobre 2012, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Le eccezioni in rito formulate dalla stazione appaltante non possono essere condivise.

In proposito, è sufficiente osservare che:

le doglianze proposte dalla ricorrente afferiscono all'attività espletata dalla commissione di gara e non riguardano specificamente clausole della *lex specialis* della gara o, comunque, non concernono clausole immediatamente lesive, sicché non sussisteva alcun onere di impugnare il bando o di impugnare lo stesso in via autonoma ed a prescindere dall'aggiudicazione della gara;

il ricorso è stato tempestivamente proposto entro il termine perentorio decorrente dalla conoscenza del provvedimento lesivo costituito dall'aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata;

l'omissione della comunicazione di cui all'art. 243 *bis*, co. 1, d.lgs. n. 163 del 2006 – informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale – non rileva affatto ai fini della ricevibilità o ammissibilità del ricorso, mentre, in ragione del quinto comma dello stesso articolo, costituisce comportamento valutabile ai fini della decisione sulle spese di giudizio nonché ai sensi dell'art. 1227 del codice civile;

la ricorrente, pur non deducendo in giudizio un "interesse finale", vale a dire un interesse volto al conseguimento diretto dell'aggiudicazione, è sicuramente titolare di un "interesse strumentale", vale a dire di un interesse legittimo volto a conseguire una nuova *chance* per ottenere il bene della vita agognato attraverso la rinnovazione della gara.

Nel merito, il ricorso è fondato e va di conseguenza accolto.

In particolare, assorbite le ulteriori censure, è meritevole di accoglimento il motivo d'impugnativa con cui è stata dedotta la violazione dell'art. 83, co. 4 d.lgs. n. 163 del 2006.

L'art. 83, co. 4, del codice dei contratti pubblici, stabilisce che il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi.

Di talché, il legislatore ha effettuato una scelta che trova giustificazione nell'esigenza di ridurre gli apprezzamenti soggettivi della commissione giudicatrice, garantendo in tal modo l'imparzialità delle valutazioni nell'essenziale tutela della *par condicio* tra i concorrenti, i quali sono messi tutti in condizione di formulare un'offerta che consenta di concorrere effettivamente all'aggiudicazione (*ex multis*: Cons. St., IV, 12 giugno 2012, n. 3445; Cons. St., III, 1 febbraio 2012, n. 514).

Il codice dei contratti pubblici, quindi, ha chiarito sin dalla sua originaria stesura che l'eventuale articolazione dei criteri valutativi previsti dal bando in sub-criteri, cui assegnare sub-pesi o sub-punteggi, deve essere stabilita dalla stazione appaltante ed indicata nel bando, mentre non può essere stabilita dalla commissione di gara dopo la presentazione delle offerte, sia pure prima della loro apertura.

D'altra parte, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. I, con sentenza 24 gennaio 2008 n. C. 532/06, ha evidenziato che gli offerenti devono essere posti su un piano di parità durante l'intera procedura, il che comporta che i criteri e le condizioni che si applicano a ciascuna gara debbano costituire oggetto di un'adeguata pubblicità da parte delle amministrazioni aggiudicatrici.

Infatti, ha dichiarato che l'art. 36, co. 2, della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992 92/50/CEE, letto alla luce del principio di parità di trattamento degli operatori economici e dell'obbligo di trasparenza che ne discende, osta a che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione, l'amministrazione aggiudicatrice determini in un momento successivo coefficienti di ponderazione e sottocriteri per i criteri di aggiudicazione menzionati nel capitolato d'oneri o nel bando di gara.

Peraltro - atteso che l'ultimo periodo dell'art. 83, co. 4, aveva previsto il potere/dovere della commissione giudicatrice di fissare in via generale, prima dell'apertura delle buste, i criteri motivazionali cui attenersi per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando – la Commissione Europea, con lettera di contestazione del 30 gennaio 2008, ha rilevato che la previsione della possibilità di fissare i criteri motivazionali dei punti attribuiti alle offerte che non era previsto nei documenti di gara sembra contrario al principio di parità di trattamento fissato dalle direttive 2004/19/CE e 2004/17/CE e ciò in quanto, al fine di garantire il rispetto del principio di parità di trattamento, tutti i criteri che saranno utilizzati per l'aggiudicazione dell'appalto devono essere messi a disposizione dei concorrenti prima che essi formulino le proprie offerte, in modo da permettere loro di tenerne conto.

Di talché, il d.lgs n. 152 del 2008, c.d. terzo correttivo al codice dei contratti pubblici, ha provveduto ad abrogare l'ultimo periodo dell'art. 83, co. 4, d.lgs. n. 163 del 200, vale a dire, come detto, il potere/dovere della commissione giudicatrice di fissare i criteri motivazionali prima dell'apertura delle buste.

Nella fattispecie in esame l'Ambiente – Energia – Territorio Spa ha bandito una gara d'appalto avente ad oggetto l'affidamento del servizio di noleggio, lavaggio, manutenzione, fornitura e logistica di indumenti da lavoro e di dispositivi di protezione individuale ad alta visibilità per un periodo di 36 mesi.

L'importo a base d'asta, IVA esclusa, è stato fissato nel triennio complessivamente in € 624.000,00 (seicentoventiquattromila/00) ed il criterio di aggiudicazione è stato individuato nell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'art. 4 del capitolato d'appalto ha previsto che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta a favore del concorrente proponente l'offerta economicamente più vantaggiosa, mediante l'attribuzione di un punteggio massimo di 100 punti assegnati sulla base dei seguenti criteri e sottocriteri: punteggio economico 30; punteggio tecnico 70, di cui 16 per caratteristiche tecniche, 5 per rilevazione taglie, 14 per organizzazione servizio, 9 per sistema di controllo movimentazione capi, 12 per modalità di lavaggio e 14 per migliorie tecniche.

Dal verbale della seduta riservata in data 12 aprile 2012, emerge che la commissione ha stabilito di suddividere il massimo punteggio assegnabile per le caratteristiche tecniche (16 punti) in tre componenti: valutazione della foggia dei capi (5 punti); valutazione espressa dal *panel* dei destinatari dei capi (10 punti); valutazione per presenza rapporti di prova emessi da organismi accreditati (1 punto).

Il Collegio rileva che già tale articolazione - illegittima per altro verso in quanto fa riferimento ad una valutazione espressa da un *panel* dei destinatari dei capi non identificabile e del tutto sconosciuto alla *lex specialis* di gara - concreta la evidente fissazione di sub criteri, con relativi sub punteggi, che sarebbero eventualmente dovuti essere stabiliti dal bando per consentire la conoscenza ai concorrenti prima della formulazione delle offerte.

Analogamente, dal verbale della seduta riservata del 16 aprile 2012, emerge che sub criteri e sub punteggi sono stati previsti sia per il criterio di rilevazione delle taglie, articolato in 7 sub criteri e relativi sub punteggi, sia per il criterio dell'organizzazione del servizio.

Dal verbale della seduta riservata del 17 aprile 2012 emerge ancora che sub criteri e sub punteggi sono stati previsti per i criteri del sistema di controllo della movimentazione dei capi e delle modalità di lavaggio e, infine, dal verbale della seduta riservata del 18 aprile 2012 emergono sub criteri e sub punteggi per il criterio delle migliorie tecniche (in particolare: migliorie della foggia dei capi, *max* 6 punti; migliorie tessili dei capi, *max* 6 punti e migliorie del servizio, *max* 2 punti).

La fondatezza della censura con cui la ricorrente ha dedotto la violazione dell'art. 83, co. 4, d.lgs. n. 163 del 2006 in ragione della articolazione, da parte della commissione di gara, dei criteri stabiliti in sede di *lex specialis* per l'attribuzione del punteggio relativo all'offerta tecnica in una molteplicità di sub criteri con relativi sub punteggi determina, assorbite le altre censure, la fondatezza del ricorso e, per l'effetto, l'annullamento degli atti di gara.

D'altra parte, anche ove volesse ritenersi, il che non è, che la commissione giudicatrice si sia limitata a fissare i criteri motivazionali per attribuire a ciascun criterio e sub criterio di valutazione il punteggio, la relativa attività sarebbe comunque illegittima perché, come più volte evidenziato, il potere/dovere della commissione di fissare i criteri motivazionali è stato abrogato con d.lgs. n. 152 del 2008.

L'art. 122 del codice del processo amministrativo stabilisce che, fuori dai casi indicati dall'art. 121, co. 1, e dall'art. 123, co. 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda sia stata proposta.

Il Collegio - in ragione di quanto evidenziato dalla stazione appaltante circa l'impossibilità di continuare a

svolgere il servizio di raccolta rifiuti in caso di sospensione del servizio di noleggio degli indumenti e tenuto conto che alla presente sentenza di annullamento segue l'obbligo per la stazione appaltante di rinnovare la gara *inter partes* – ritiene che il contratto eventualmente stipulato tra la stazione appaltante e la controinteressata debba essere dichiarato inefficace o comunque, ove il contratto non sia stato stipulato, la prestazione da parte della controinteressata debba avere termine al momento in cui la stazione appaltante provveda all'aggiudicazione definitiva della nuova gara, alla quale potranno partecipare solo la ricorrente e la controinteressata attesa l'efficacia soggettiva del giudicato, che dovrà improrogabilmente avvenire entro e non oltre il 31 dicembre 2012, termine decorso il quale il contratto eventualmente stipulato diverrà inefficace o comunque la prestazione non potrà più essere legittimamente eseguita.

La domanda di risarcimento dei danni per equivalente patrimoniale deve essere conseguentemente disattesa in quanto l'interesse legittimo strumentale dedotto in giudizio dalla ricorrente, vale dire la *chance* di conseguire l'aggiudicazione, è integralmente soddisfatta dalla rinnovazione della gara che la stazione appaltante è tenuta ad espletare in esecuzione della presente sentenza.

Le spese del giudizio di merito seguono la soccombenza e, considerato anche che la ricorrente non ha provveduto ad inoltrare l'informativa di cui all'art. 243 *bis* d.lgs. n. 163 del 2006, sono liquidate complessivamente in € 3.000,00 (tremila/00) e sono poste a favore della ricorrente ed a carico, per € 2.000/00 (duemila/00), della stazione appaltante e, per 1.000/00 (mille/00), della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda Ter, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla gli atti di gara e dispone le misure di cui in motivazione.

Liquida le spese del giudizio di merito complessivamente in € 3.000,00 (tremila/00) e pone le stesse a favore della ricorrente ed a carico, per € 2.000/00 (duemila/00), della stazione appaltante e, per 1.000/00 (mille/00), della controinteressata.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Germana Panzironi, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/10/2012

IL SEGRETARIO

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

