

Sul divieto di integrare o specificare i criteri generali di valutazione delle offerte indicati nel bando di gara o nella lettera d'invito ovvero di introdurre sottocriteri di adattamento dei criteri generali prima dell'apertura delle buste.

Nel procedimento di aggiudicazione di un pubblico appalto la commissione di gara può introdurre elementi di specificazione ed integrazione dei criteri generali di valutazione delle offerte indicati nel bando di gara o nella lettera d'invito, ovvero sottocriteri di adattamento dei criteri generali o regole specifiche sulle modalità di valutazione, solo quando vi provveda prima dell'apertura delle buste recanti le offerte dei partecipanti. Il mancato rispetto di tale principio inficia l'intera procedura di gara a partire dalla formulazione dei criteri integrativi da parte della commissione giudicatrice, con conseguente diritto del soggetto illegittimamente escluso dalla gara al risarcimento del danno sotto forma di perdita di chance, intesa come privazione della probabilità di divenire aggiudicatario dell'appalto.

Materia: appalti / bando di gara

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

decisione

sul ricorso in appello n. 6091/2003, proposto dalla *Metano Nord, S.p.A.*, in persona dell'amministratore delegato e legale rappresentante p.t., Sig. Marco Barzaghi e dalla *Condotte Nord, S.p.A.*, in persona del consigliere delegato e legale rappresentante p.t., Sig. Marco Barzaghi, rappresentate e difese dagli Avv.ti Paolo Vaiano, Cesare Ribolzi, Giovanni Cocco e Roberto Invernizzi ed elettivamente domiciliate presso il primo, in Roma, Lungo Tevere Marzio, n. 3,

CONTRO

il Comune di Tavernerio, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli Avv.ti Angelo Clarizia e Luciano Quarta, ed elettivamente domiciliato presso il primo in Roma, Via Principessa Clotilde, n. 2, *CO.GAS, S.p.A.*, in persona del legale rappresentante p.t., non costituita, *Cons. Coop. - Consorzio fra Cooperative di Produzione e Lavoro*, in persona del legale rappresentante p.t., non costituito, *Acsm Como, S.p.A.*, in persona del legale rappresentante p.t., non costituito,

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, Sezione III, dell'8.4.2003, n. 992;

Visti gli atti tutti di causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 16.12.2003, il Consigliere Claudio Marchitello;

Uditi gli avv.ti Cocco e Clarizia, come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Le Società *Metano Nord, S.p.A.*, (*Condotte Nord, S.p.A.* dall'inizio del 2003), che ha gestito dal 1998, con successive proroghe, il servizio di distribuzione del gas metano nel Comune di Tavernerio, ha impugnato con ricorso straordinario al Capo dello Stato la deliberazione consiliare del 7.2.2002, n.

1483, e il provvedimento dirigenziale del 22.2.2002, con i quali il Comune, a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. 23.5.2000, n. 164, ha deliberato di affidare la gestione del servizio mediante pubblica gara e ha approvato il relativo bando.

Successivamente, con ricorso al T.A.R. della Lombardia, la Società Metano Nord ha impugnato gli atti della gara indetta dal Comune, alla quale ha preso parte classificandosi al terzo posto, l'aggiudicazione del servizio alla Co.Gas., S.p.A., e l'intimazione comunale alla riconsegna degli impianti.

La società ricorrente, che ha proposto in primo grado anche motivi aggiunti con due atti successivi, con l'annullamento degli atti di gara, ha chiesto anche il risarcimento dei danni.

Il Comune di Tavernerio si è costituito in primo grado opponendosi all'accoglimento del ricorso.

Non si sono costituite in giudizio, invece, la società CO.GAS, S.p.A., aggiudicataria della gara, il Cons. Coop. - Consorzio fra Cooperative di Produzione e Lavoro, e la Acsm Como, S.p.A., altre partecipanti alla gara.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, Sezione III, con la sentenza dell'8.4.2003, n. 992, ha respinto il ricorso.

La Società Metano Nord e la società Condotte Nord hanno appellato la sentenza deducendone la erroneità e domandandone la riforma.

Resiste all'appello il Comune di Tavernerio, che chiede la conferma della sentenza appellata.

All'udienza del 19.10.2004, il ricorso in appello è stato ritenuto per la decisione.

DIRITTO

1. - La Metano Nord, S.p.A. e la Condotte Nord, S.p.A., società derivate dalla Metano Nord, S.p.A., appellano la sentenza dell'8.4.2003, n. 992, con la quale la III Sezione del T.A.R. della Lombardia ha respinto il ricorso proposto in primo grado dalla sola Metano Nord per l'annullamento degli atti della gara indetta dal Comune di Tavernerio per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas metano sul territorio comunale e dell'aggiudicazione dell'appalto alla Società Co.Gas., S.p.A.

2. - In via preliminare va precisato, ai fini di delimitare l'ambito del giudizio di appello e la connessa domanda di risarcimento del danno riproposta dalle società appellanti, che la Metano Nord ha impugnato, con ricorso straordinario al Capo dello Stato, la deliberazione consiliare del 7.2.2002, n. 1483, e il provvedimento dirigenziale del 22.2.2002. Con tali provvedimenti, il Comune di Tavernerio, a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. 23.5.2000, n. 164, ha stabilito di porre fine alla gestione del servizio di distribuzione del gas metano affidato in regime di proroga contrattuale alla Metano Nord e di affidarlo mediante una procedura ad evidenza pubblica, approvando il relativo bando.

Il T.A.R., con la pronuncia appellata, ha affermato che le censure di invalidità derivata degli atti della procedura concorsuale dalla illegittimità degli atti di indizione della gara non potevano essere valutate, non essendo stato ancora deciso il ricorso straordinario al Capo dello Stato.

La situazione di fatto allo stato non è mutata e, quindi, tale profilo della sentenza è da confermare.

Del pari, va confermata la statuizione di inammissibilità delle censure rivolte ai provvedimenti di indizione della gara che hanno dato origine alla procedura i cui atti sono stati impugnati nel presente giudizio, dal momento che la deliberazione consiliare del 7.2.2002, n. 1483, e il provvedimento dirigenziale del 22.2.2002, non sono stati impugnati con il ricorso originario né hanno formato oggetto di trasposizione del ricorso straordinario.

3. - Ciò premesso, nell'esame delle censure dirette a confutare la legittimità degli atti della procedura di gara, si rivelano fondate quelle dedotte dalle società appellanti con il secondo motivo di appello relative alla illegittima formulazione dei criteri di valutazione delle offerte da parte della commissione giudicatrice.

E' sufficiente a dimostrarlo l'esame di una sola di esse, stante la natura assorbente di ciascuna di tali censure a rendere invalida l'intera procedura.

Il disciplinare di gara, tra i criteri per l'aggiudicazione stabilisce, alla lettera b), l'assegnazione di 30 punti in relazione alle "dichiarazioni di cui alle lettere m) ed n) della dichiarazione n. 3 della busta "Documentazione amministrativa".

La commissione giudicatrice, sebbene avesse già aperto le buste contenenti la documentazione amministrativa ai fini dell'ammissione delle imprese partecipanti alla gara e, quindi, contenenti anche le

dichiarazioni di cui alle lettere m) e n) alle quali fa riferimento il disciplinare di gara, ha stabilito che nella valutazione delle offerte "verranno considerati con maggior favore quei concorrenti che avranno dimostrato di avere un'organizzazione ed una politica aziendale orientate a favorire la qualità e rapidità degli interventi di assistenza e manutenzione e la sicurezza".

Orbene, come esattamente hanno osservato le società appellanti, i dati desumibili dalle dichiarazioni di cui alle lettere m) e n) della documentazione amministrativa, sono proprio quelli che permettono di applicare il nuovo criterio, che mira a differenziare il previsto punteggio di 30 punti, stabilendo che dovesse essere preferita l'impresa che, per la sua organizzazione, in personale e in mezzi, assicurasse l'esecuzione delle prestazioni richieste con più rapidità e sicurezza.

I dati desumibili dalle dichiarazioni di cui alle lettere m) ed n), invero, contrariamente a quanto si afferma nella pronuncia appellata, non concernono unicamente il dato numerico del personale e la dotazione di beni di ciascuna impresa concorrente, ma descrivono anche l'organizzazione aziendale.

Le appellanti rilevano al riguardo, senza alcuna contestazione da parte del Comune resistente, che, all'atto della formulazione del predetto criterio, era già nota alla commissione giudicatrice, in quanto rilevabile dalla documentazione amministrativa, la descrizione del "servizio di reperibilità e di pronto intervento" con schede illustrative del servizio, delle "modalità di gestione e di organizzazione del servizio e degli interventi di manutenzione programmata", "della struttura tecnico-organizzativa" delle imprese concorrenti.

La commissione giudicatrice, quindi, ha forgiato un criterio preferenziale fondato sulla stima della organizzazione aziendale, non previsto dal bando di gara e, quindi, del tutto nuovo, nonostante i suoi componenti avessero già preso conoscenza dalla documentazione amministrativa di dati conoscitivi relativi proprio alla strutturazione e al funzionamento delle imprese concorrenti.

Non è per nulla condivisibile, pertanto, l'affermazione dei primi giudici secondo sarebbe stato introdotto soltanto un subcriterio privo di sostanziale contenuto innovativo non idoneo, pertanto, ad orientare la valutazione della commissione giudicatrice in senso difforme dalla normativa di gara.

Il secondo motivo d'appello, nella censura esaminata, va, dunque, riconosciuto fondato alla stregua del principio giurisprudenziale, di costante affermazione, secondo il quale nel procedimento di aggiudicazione di un pubblico appalto la commissione di gara può introdurre elementi di specificazione ed integrazione dei criteri generali di valutazione delle offerte indicati nel bando di gara o nella lettera d'invito, ovvero sottocriteri di adattamento dei criteri generali o regole specifiche sulle modalità di valutazione, solo quando vi provveda prima dell'apertura delle buste recanti le offerte dei partecipanti (cfr., tra altre, V, 4.2.2003, n. 533; 23.7.2002, n. 4022; 26 gennaio 2001 n. 264; 13 aprile 1999 n. 412; VI, 20 dicembre 1999, n. 2117).

Il principio è applicabile anche al caso in esame, in cui, con l'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa, sono diventati noti, indipendentemente da una effettiva conoscenza da parte dei componenti la commissione giudicatrice, dati relativi alla organizzazione e al funzionamento delle imprese concorrenti. Si tratta di dati fondamentali dell'offerta tecnica che, sebbene inseriti nelle buste contenenti la documentazione amministrativa, rappresentano, come si è già rilevato, elementi valutativi di fondamentale rilevanza per l'applicazione del criterio preferenziale introdotto ex novo dalla commissione giudicatrice (specie nella relazione descrittiva del funzionamento aziendale).

Il vizio, secondo la giurisprudenza richiamata, è tale da inficiare l'intera procedura di gara, a partire dalla formulazione dei criteri integrativi da parte della commissione giudicatrice, ed ha carattere assorbente ai fini dell'accoglimento dell'appello e della riforma della sentenza appellata.

Ne consegue l'annullamento degli atti impugnati in primo grado, con esonero per la Sezione dall'esame degli ulteriori mezzi d'impugnativa dedotti dalle società appellanti, relativi ai successivi atti della procedura di gara, ivi compresi quelli relativi alla formulazione dell'altro criterio integrativo di cui alla lettera o) del disciplinare di gara, anch'esso formulato su dichiarazioni desumibili dalla documentazione amministrativa, e le censure inerenti le valutazioni dei profili tecnici delle offerte delle altre imprese concorrenti.

Da quanto precede emerge anche la fondatezza sostanziale della domanda di risarcimento del danno proposta in primo grado e reiterata in appello dalle società appellanti, risultando evidente che dal comportamento della commissione giudicatrice, contrario ai doveri di imparzialità, di correttezza e di

buona amministrazione sia stato causato alle stesse un danno. La pretesa risarcitoria, peraltro, è nella specie configurabile solo come perdita di chance, vale a dire come privazione della probabilità per le società appellanti di divenire aggiudicatarie dell'appalto.

Le deduzioni prospettate con i successivi motivi di appello per sostenere che le altre imprese concorrenti e, in particolare, l'aggiudicataria avrebbero dovuto essere estromesse dalla procedura, di tal che le società appellanti sarebbero restate aggiudicatarie della gara, conferibile anche nel caso di una sola concorrente, sono dirette a confutare profili dell'operato della commissione giudicatrice insindacabili dal giudice amministrativo. Questi, invero, secondo principi pacifici in giurisprudenza, non può valutare se la commissione giudicatrice di una gara di appalto abbia erroneamente considerato alcuni elementi dell'offerta, concernenti aspetti tecnici di questa, in quanto gli è istituzionalmente precluso qualsiasi compito di nuova valutazione degli apprezzamenti operati dalla commissione di gara nell'ambito dell'esercizio del suo potere discrezionale, salvo il caso in cui tali apprezzamenti si rivelino evidentemente viziati da travisamento dei fatti o nel loro iter logico, evenienze, queste, che non ricorrono nella fattispecie in esame (V, 12.10.2004, n. 6566; 11.10.2002, n. 5497; VI, 4.11.2002, n. 6004; IV, 24.2.2000, V, 2.5.1996, n. 500).

Ciò stante, la Sezione ritiene che possa rimettersi allo stesso Comune di Tavernerio, in applicazione dell'art. 35, secondo comma, del D.Lgs. 31.3.1998, n. 80, come introdotto dall'art. 7, secondo comma, della legge 21.7.2000, n. 205, la quantificazione della somma di denaro ritenuta congrua a ristorare il danno subito dalle società appellanti.

Il Comune di Tavernerio procederà, quindi, giusta la norma ora citata, a proporre tale somma alle società appellanti nel termine di 60 (sessanta) giorni dalla notificazione della presente decisione.

Le Società appellanti, in caso di dissenso sulla entità della somma offerta dal Comune, potranno eventualmente azionare il ricorso ex art. 27, primo comma, numero 4), del T.U. 26 giugno 1924, n. 1054, per chiedere la determinazione giudiziale della predetta somma.

Le spese dei due gradi del giudizio sussistendo giusti motivi, possono compensarsi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione, accoglie l'appello in epigrafe e, in riforma della sentenza appellata, annulla gli atti impugnati in primo grado con condanna del Comune di Tavernerio al risarcimento dei danni nei termini di cui in motivazione.

Compensa le spese dei due gradi del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso, in Roma, in Camera di Consiglio, il 19.10.2004, con l'intervento dei signori:

Raffaele Iannotta	Presidente
Raffaele Carboni	Consigliere
Chiarenza Millemaggi Cogliani	Consigliere
Paolo Buonvino	Consigliere
Claudio Marchitiello	Consigliere estensore

L'ESTENSORE
F.to Claudio Marchitiello
IL SEGRETARIO
F.to Rosi Graziano

IL PRESIDENTE
F.to Raffaele Iannotta

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
L'8 marzo 2005
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)
IL DIRIGENTE
F.to Antonio Natale

(da www.dirittodeiservizipubblici.it)