

TAR Lazio, Sez. III quater, 9/1/2009 n. 82

Sull'illegittimità di una *lex specialis* che, pur richiamando il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nulla preveda in ordine alle modalità di concreta attribuzione dei sub criteri e sub punteggi.

Nelle gare pubbliche indette con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa la necessità di stabilire ulteriori sub-criteri, sub-pesi o sub-punteggi deve essere valutata di volta in volta in relazione all'analiticità dei criteri principali, all'idoneità di questi ad assicurare il rispetto del principio di trasparenza e ai poteri integrativi riconosciuti alla Commissione giudicatrice. A detta Commissione è quindi inibito integrare i criteri di valutazione dell'offerta tecnica (individuando sub criteri e sub punteggi, che devono invece essere indicati nel capitolato d'onere); l'importanza relativa delle sottovoci deve, infatti, essere rese nota ai potenziali concorrenti già al momento della produzione delle loro offerte, al fine di evitare il pericolo che la Commissione possa orientare a proprio piacimento ed a posteriori l'attribuzione di tale determinante punteggio e, quindi, all'esito della gara dopo averne conosciuto gli effettivi concorrenti. La violazione di detta regola innovativa posta dall'art. 83 del Codice dei contratti (D.Lgs. n. 163 del 2006) può infatti astrattamente contrastare con il principio della *par condicio*, nella misura in cui altera gli elementi di valutazione in relazione ai quali tutti i concorrenti hanno potuto predisporre la propria offerta tecnica.

A tanto consegue l'illegittimità di una *lex specialis* che, pur richiamando il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nulla preveda in ordine alle modalità di concreta attribuzione dei sub criteri e sub punteggi, nell'ipotesi che la loro fissazione sia necessaria o prevista dalla normativa di gara.

Materia: appalti / disciplina

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO  
SEZIONE TERZA QUATER

composto dai signori Magistrati:

Consigliere Mario DI GIUSEPPE - Presidente

Consigliere Antonio AMICUZZI - Componente, relatore

Consigliere Carlo TAGLIENTI - Componente

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 6513 del 2008 proposto da TICKETONE s.p.a., con sede in Milano, in persona dell'Amministratore Delegato pro tempore, in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda A.T.I. con AROUND THE SHOW s.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Guido Bardelli, Luigi Colombo e Andrea Manzi, unitamente ai quali è elettivamente domiciliato presso il terzo, in Roma, alla Via Gonfalonieri n. 5;

CONTRO

la FONDAZIONE "ACCADEMIA NAZIONALE di SANTA CECILIA", in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Raffaele Izzo, Guido Cerruti e Raffaella di Tarsia di Belmonte, unitamente ai quali è elettivamente domiciliato presso il secondo, in Roma, al Viale Liegi n. 34;

e nei confronti

di LIS, LOTTOMATICA ITALIA SERVIZI s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Carlo Mirabile, unitamente al quale è elettivamente domiciliato in Roma, al Largo Messico n. 7;

per l'annullamento

del provvedimento con il quale la Fondazione "Accademia Nazionale di Santa Cecilia", a seguito dell'espletamento di una procedura ad evidenza pubblica, ha definitivamente aggiudicato alla LIS, Lottomatica Italia Servizi s.p.a. il servizio di biglietteria automatizzato, con fornitura del materiale, dei mezzi e del personale necessari;

nonché, per quanto occorrer possa, del procedimento di aggiudicazione provvisoria a detta LIS; dei verbali della Commissione di Gara, ivi comprese le determinazioni in ordine all'ammissione alla gara della controinteressata e alla valutazione dell'anomalia;

del bando di gara pubblicato nel supplemento n. 177/2007 alla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea del 14.9.2007/;

del disciplinare di gara;

degli atti presupposti, consequenziali e connessi;

infine per la condanna della Fondazione intimata ai sensi dell'art. 35 del D. Lgs. n. 80 del 1998, come sostituito dall'art. 7 della L. n. 205 del 2000, al risarcimento dei danni in forma specifica, con annullamento e dichiarazione di inefficacia, o di nullità, del contratto d'appalto eventualmente stipulato con la LIS, Lottomatica Italia Servizi s.p.a., ovvero per equivalente monetario (da quantificarsi con riferimento sia alla perdita della remunerazione che alle spese sostenute, oltre che al danno derivante dalla impossibilità di inserire l'appalto tra i requisiti di esperienza specifica dell'impresa).

Nonché, a seguito di ricorso incidentale della LIS, Lottomatica Italia Servizi s.p.a., del verbale della Commissione Giudicatrice (e del provvedimento di ammissione in esso contenuto) del 10.5.2008, nella parte in cui, constatata la completezza e regolarità della documentazione trasmessa rispetto agli atti di gara, ha ammesso la A.T.I. ricorrente alla gara, nonché dell'atto con il quale il Presidente di essa Commissione, nel comunicare le decisioni finali della stessa, ha ribadito detta ammissione;

di tutti i verbali successivi della medesima Commissione, relativamente alla posizione della s.p.a. TicketOne;

degli atti presupposti, connessi collegati e presupposti;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Fondazione "Accademia Nazionale di Santa Cecilia";

Visto l'atto di costituzione e ricorso incidentale della Lottomatica Italia Servizi s.p.a.;

Visti i motivi aggiunti al ricorso principale proposti dalla TicketOne s.p.a.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Vista la propria ordinanza 9/10 luglio 2008, n. 3452;

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi, alla pubblica udienza del 17.12.2008, con designazione del Consigliere Antonio Amicuzzi relatore della causa, i procuratori delle parti comparsi come da verbale d'udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato il 26.6.2008, depositato il 27.6.2008, la s.p.a. TicketOne, con sede in Milano, deduce di aver partecipato, come capogruppo della costituenda A.T.I. con la s.r.l. Around the Show, alla procedura aperta, da aggiudicarsi alla offerta economicamente più vantaggiosa, indetta dalla Accademia Nazionale di Santa Cecilia con bando pubblicato sul Supplemento n. 177/2007 della G.U.C.E. in data 14.9.2007, per l'affidamento del servizio di biglietteria automatizzato per gli eventi organizzati dalla Fondazione, per la durata di tre anni.

Con l'atto introduttivo del giudizio, premesso che la gara è stata aggiudicata alla s.p.a. LIS Lottomatica Italia Servizi (che era stata ammessa con riserva per mancato rinvenimento, nella busta contenente i vari plichi ed in quella contenente la documentazione amministrativa, della garanzia richiesta dal

Disciplinare, documento poi rinvenuto nella offerta economica) sono stati impugnati gli atti in epigrafe indicati, deducendo i seguenti motivi:

1.- Violazione dell'art. 83 del D. Lgs. n. 163 del 2006. Violazione della par condicio e dei principi di trasparenza e concorrenza.

I criteri di valutazione delle offerte tecniche sono stati illegittimamente formulati, atteso che la voce di valutazione delle caratteristiche e funzionalità del servizio offerta comportava l'attribuzione di un punteggio massimo di trenta punti e, mentre il bando nulla prescriveva al riguardo, il disciplinare si limitava a prevedere che tale profilo avrebbe dovuto essere valutato utilizzando come sub criteri gli elementi costitutivi del servizio individuati singolarmente dal concorrente, come indicativamente riportato al punto 2, che elencava in via esemplificativa e non esaustiva le caratteristiche specifiche del servizio in questione.

Tanto avrebbe comportato violazione dell'art. 83 del D. Lgs. n. 163 del 2006, che prevede che il bando, per ciascun criterio di valutazione prescelto, prevede, ove necessario, i sub criteri e i sub pesi o sub punteggi, nonché che la Commissione giudicatrice, prima della apertura delle buste contenenti le offerte, deve fissare in via generale i criteri motivazionali cui attenersi per attribuire a ciascun criterio e sub criterio di valutazione il punteggio tra il minimo ed il massimo.

Nel caso che occupa la *lex specialis* non avrebbe fornito alcun criterio o sub criterio valutativo, essendosi limitata a manifestare espressioni tautologiche rimandanti ai caratteri del servizio offerto, rimessi alla discrezione del concorrente, nonché ad indicare un mero punteggio numerico da assegnare all'elemento qualitativo.

Identiche censure sono state formulate in relazione al criterio di valutazione della voce "punti vendita", riguardo alla quale il Disciplinare si limita ad indicare che sarebbe stata valutata la consistenza e la potenzialità dei punti vendita, diretta ed on line del concorrente, con sola indicazione dei profili di merito da considerare.

2.- Violazione dell'art. 75 del D. Lgs. n. 163 del 2006. Violazione della *lex specialis*, "come in esposizione". Eccesso di potere per difetto di istruttoria. Violazione della par condicio e dei principi di trasparenza e concorrenza.

E' stata consentita la partecipazione alla gara della controinteressata, nonostante che essa avesse inserito la cauzione, costituita ex art. 75 del D. Lgs. n. 163 del 2006, nella busta contenente la offerta economica invece che in quella contenente i vari plichi, pur non essendo ciò previsto dal disciplinare di gara (che ne prevedeva la inclusione nel "plico offerta"), come, peraltro, confermato dalla Accademia, a seguito di richiesta di chiarimenti, e dovuto per il principio di par condicio (dovendo essere separato il momento valutativo della documentazione amministrativa da quello della offerta economica) che prevale su quello del favor participationis.

3.- Violazione della par condicio. Eccesso di potere per difetto di istruttoria.

La controinteressata avrebbe offerto un prezzo pari a zero in corrispondenza del prezzo orario del personale per le 1500 ore aggiuntive previste dalla *lex specialis*, pur non prevedendo questa tale possibilità.

Con atto depositato l'8.7.2008 si è costituita in giudizio, ed ha inteso proporre ricorso incidentale, la s.p.a. Lottomatica Italia Servizi - L.I.S., che ha sostenuto la infondatezza del ricorso (perché i verbali della Commissione non conterrebbero alcun sub criterio e perché la fideiussione della L.I.S. ben poteva essere inserita nella busta contenente la offerta economica) e la illegittimità della ammissione della ricorrente principale alla gara di cui trattasi, deducendo il seguente motivo:

1.- Violazione dell'art. 4 del Disciplinare di gara.

Detta disposizione stabiliva che ciascuno dei soggetti con poteri di rappresentanza delle società concorrenti avrebbe dovuto rendere una dichiarazione circa l'insussistenza delle condizioni di cui all'art. 38, lettere b) e c), del D. Lgs. n. 163 del 2006. Per la ricorrente principale era tenuto a rendere detta dichiarazione anche il Presidente Klaus Shulemberg, perché dotato di poteri di firma, mentre tale dichiarazione non risulterebbe in atti.

A tanto conseguirebbe la inammissibilità del ricorso principale per carenza di interesse.

Con memoria depositata il 7.7.2008 si è costituita in giudizio la Fondazione "Accademia Nazionale di Santa Cecilia" che ha dedotto la infondatezza del primo motivo di ricorso, sia in quanto la *lex specialis* conteneva gli elementi che sarebbero stati presi in considerazione con riferimento alle voci di valutazione, sia perché dal verbale del 5.5.2008 risulterebbe che la Commissione avrebbe esaminato solo le voci contenute nella *lex specialis* (senza utilizzare sub criteri non indicati nel Disciplinare), sia perché il punto B del Disciplinare non era affatto generico (essendo la voce caratteristiche del servizio articolata in quattro distinte sottovoci, ognuna delle quali, a sua volta, ulteriormente specificata in complessivi ventitre sub parametri), come pure il punto C. Inoltre ha eccepito la tardività ed ha dedotto la infondatezza del secondo motivo di ricorso perché la *lex specialis* non prevedeva l'esclusione del concorrente in caso di errore nella inclusione della busta in cui la cauzione doveva essere inserita, nonché ha dedotto la infondatezza del terzo motivo di gravame, sia perché il bando non vietava l'indicazione del prezzo zero per alcuna voce e sia perché la stessa ricorrente avrebbe indicato tale valore per alcune voci della propria offerta.

Con memoria depositata l'8.7.2008 la s.p.a. Lottomatica Italia Servizi - L.I.S. (evidenziato che la Commissione aveva utilizzato come sottocriteri esclusivamente quelli dettagliatamente enucleati al punto 2 del Disciplinare e che, comunque, la ricorrente non potrebbe conseguire dall'eventuale accoglimento del primo motivo di ricorso l'aggiudicazione della gara) ha ribadito tesi e richieste.

Con ordinanza 9/10 luglio 2008, n. 5452 il Tribunale ha accolto la istanza di emanazione di misure cautelari.

Con atto notificato il 22.9.2008, depositato il 23.9.2008, parte ricorrente ha dedotto i seguenti motivi aggiunti:

1.- Violazione dell'art. 83 del D. Lgs. n. 163 del 2006 e della par condicio. Violazione dei principi di trasparenza e concorrenza.

La valutazione effettuata dalla Commissione giudicatrice, che pure ha rispettato il divieto di elaborare sub criteri integrativi delle previsioni della *lex specialis*, sarebbe apodittica, atteso che non darebbe contezza della ponderazione delle varie voci che compongono i criteri, esaminate ai fini della attribuzione del medesimo punteggio, con violazione della par condicio, a causa della mancata menzione di tutti i criteri e relativi pesi ponderali nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, invece prescritta dalla norma in epigrafe indicata.

2.- Difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento e violazione della *lex specialis*. Illogicità. Le valutazioni operate dalla Commissione con riferimento ai cinque macro criteri tecnici di aggiudicazione indicati nel Disciplinare di gara sarebbero affette da incongruenze ed omissioni.

3.- Violazione degli artt. 87 e 88 del D. Lgs. n. 163 del 2006. Difetto di istruttoria e di motivazione. Travisamento, violazione della *lex specialis* ed illogicità.

La valutazione dei contenuti della relazione giustificativa della offerta economica della controinteressata sarebbe viziata da difetto di istruttoria, non essendo stato effettuato alcun riferimento ai costi di gestione ed essendo incongruente la relazione con riferimento al costo del personale.

4.- Violazione dell'art. 49 del D. Lgs. n. 163 del 2006. Violazione della *lex specialis*. Difetto di istruttoria e travisamento.

La controinteressata, per l'espletamento del servizio oggetto dell'appalto, ha fatto ricorso alle risorse di altro soggetto appartenente al medesimo gruppo societario, così violando la normativa nazionale in tema di avalimento (non essendo stati osservati gli adempimenti previsti dalla norma sopra epigrafata), come pure la normativa di gara che vietava il subappalto.

5.- Violazione dell'art. 84 del D. Lgs. n. 163 del 2006.

Non risulterebbe dimostrato il possesso in capo ai Commissari dei requisiti di competenza tecnica e di professionalità fissati dalla norma in epigrafe indicata, in particolare con riferimento a due componenti esperti esterni.

6.- Violazione dei principi di continuità e concentrazione delle operazioni di gara. Violazione dell'art. 97 della Costituzione. Violazione della par condicio.

Non sarebbe stato rispettato l'onere di continuità e concentrazione delle operazioni di gara, stante il lasso di tempo trascorso tra la prima e la seconda seduta di gara.

Con memoria depositata il 2.10.2008 parte ricorrente, premesso che sussiste interesse strumentale all'accoglimento del ricorso (essendo state formulate censure avverso il procedimento di gara ab origine, che, in caso di accoglimento, renderebbero superflua la disamina del ricorso incidentale), ha ribadito tesi e richieste.

Con memoria depositata l'11.12.2008 la s.p.a. Lottomatica Italia Servizi - L.I.S. ha sostenuto che il ricorso incidentale dalla stessa presentato era finalizzato a contestare a monte il diritto della ricorrente principale a partecipare alla gara, che costituirebbe l'indispensabile presupposto legittimante che radica nella ricorrente l'interesse ad impugnare l'aggiudicazione, sicché, essendo il ricorso incidentale fondato, verrebbe meno l'interesse alla aggiudicazione che rende tempestiva l'impugnativa degli atti presupposti (tra cui la documentazione di gara), che sarebbero stati immediatamente lesivi a prescindere dall'interesse alla aggiudicazione (venuto meno) ed autonomamente impugnabili, con conseguente tardività della impugnazione del bando di gara. Con l'atto sopra citato detta società ha inoltre ribadito tesi e richieste ed eccepito la inammissibilità e dedotto la infondatezza dei motivi aggiunti.

Con memoria depositata l'11.12.2008 parte ricorrente, richiamata la decisione dell'A. P. del Consiglio di stato n. 11 del 2008, ha ribadito la sussistenza di interesse strumentale all'accoglimento del ricorso, nonché tesi e richieste.

Con memoria depositata l'11.12.2008 la Fondazione resistente, premesso che gli elementi indicati nel bando non erano sub criteri in senso tecnico, ma mere specifiche descrittive, inserite per permettere ai concorrenti una migliore predisposizione dell'offerta, e che l'indicazione di sub criteri o sub pesi non era prevista dal bando, né è imposta dalla legge o dalla interpretazione giurisprudenziale, ha eccepito la insussistenza di interesse strumentale all'accoglimento del ricorso principale (perché se il primo motivo di gravame riguarda il bando sarebbe tardivo e, se riguarda l'operato della Commissione, sarebbe paralizzato dal ricorso incidentale) ed ha dedotto la infondatezza del ricorso e dei motivi aggiunti, concludendo per la reiezione.

Alla pubblica udienza del 17.12.2008 il ricorso è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti, come da verbale di causa agli atti del giudizio.

## DIRITTO

1.- Con il ricorso in esame la società in epigrafe indicata deduce di aver partecipato, come capogruppo della costituenda A.T.I. con la s.r.l. Around the Show, alla procedura aperta, da aggiudicarsi alla offerta economicamente più vantaggiosa, indetta dalla Fondazione "Accademia Nazionale di Santa Cecilia", con bando pubblicato sul Supplemento n. 177/2007 della G.U.C.E. in data 14.9.2007, per l'affidamento del servizio di biglietteria automatizzato per gli eventi organizzati dalla Fondazione, per la durata di tre anni.

Con l'atto introduttivo del giudizio, premesso che la gara è stata aggiudicata alla s.p.a. LIS Lottomatica Italia Servizi, sono stati impugnati il provvedimento con il quale detta Fondazione ha definitivamente aggiudicato alla L.I.S., Lottomatica Italia Servizi s.p.a. il servizio suddetto, nonché, per quanto occorrer possa, il procedimento di aggiudicazione provvisoria a detta L.I.S., i verbali della Commissione di gara (ivi comprese le determinazioni in ordine all'ammissione alla gara della controinteressata e alla valutazione dell'anomalia), il bando di gara, il Disciplinare di gara e gli atti presupposti, consequenziali e connessi. Infine è stata chiesta la condanna della Fondazione intimata ai sensi dell'art. 35 del D. Lgs. n.

80 del 1998, come sostituito dall'art. 7 della L. n. 205 del 2000, al risarcimento dei danni in forma specifica con annullamento e dichiarazione di inefficacia, o di nullità, del contratto d'appalto eventualmente stipulato con la LIS, Lottomatica Italia Servizi s.p.a., ovvero per equivalente monetario (da quantificarsi con riferimento sia alla perdita della remunerazione che alle spese sostenute, oltre che al danno derivante dalla impossibilità di inserire l'appalto tra i requisiti di esperienza specifica dell'impresa).

Con ricorso incidentale proposto dalla controinteressata sono stati impugnati il verbale della Commissione Giudicatrice (ed il provvedimento di ammissione in esso contenuto) del 10.5.2008 (nella parte in cui, constatata la completezza e regolarità della documentazione trasmessa, ha ammesso la A.T.I. ricorrente alla gara), nonché l'atto con il quale il Presidente di essa Commissione, nel comunicare le decisioni finali della stessa, ha ribadito detta ammissione; infine sono stati impugnati tutti i verbali successivi della medesima Commissione, relativamente alla posizione della s.p.a. TicketOne, e gli atti presupposti, connessi collegati e presupposti.

2.- Innanzi tutto il Collegio deve stabilire quale sia l'ordine di esame di detti atti processuali, stanti le opposte conseguenze da tanto derivanti.

La s.p.a. Lottomatica Italia Servizi - L.I.S. sostiene che alla fondatezza del ricorso incidentale da essa proposto conseguirebbe la inammissibilità del ricorso principale per carenza di interesse; ciò in quanto esso ricorso incidentale è finalizzato a contestare a monte il diritto della ricorrente principale a partecipare alla gara (che costituirebbe l'indispensabile presupposto legittimante che radica nella ricorrente l'interesse ad impugnare l'aggiudicazione), sicché, essendo il ricorso incidentale fondato, verrebbe meno l'interesse alla aggiudicazione che rende tempestiva l'impugnativa degli atti presupposti (tra cui la documentazione di gara), che, comunque, sarebbero stati immediatamente lesivi a prescindere dall'interesse alla aggiudicazione (venuto meno) ed autonomamente impugnabili, con conseguente tardività della impugnazione del bando di gara.

Anche la Fondazione resistente ha eccepito la insussistenza di interesse strumentale all'accoglimento del ricorso principale (perché se il primo motivo di gravame riguarda il bando è tardivo e, se riguarda l'operato della Commissione, è paralizzato dal ricorso incidentale).

Al riguardo parte ricorrente, richiamata la decisione dell'A. P. del Consiglio di Stato n. 11 del 2008, ha ribadito la sussistenza di interesse strumentale all'accoglimento del ricorso.

Osserva in proposito il Collegio innanzi tutto che l'ordinamento processuale amministrativo non detta alcuna disposizione né pone criteri generali circa l'ordine di esame dei ricorsi principali e di quelli incidentali congiuntamente trattati, con la conseguenza che la relativa scelta è lasciata al prudente apprezzamento discrezionale del Giudice adito, censurabile unicamente sotto il profilo dell'irragionevolezza (Consiglio Stato, sez. V, 07 aprile 2006, n. 1877).

Principio generale in tema di valutazione delle impugnazioni incidentali è che quest'ultima può aver luogo solo dopo lo scrutinio di fondatezza del ricorso principale, perché è solo questa e non la mera proposizione del ricorso stesso a far sorgere l'interesse della parte all'esame della censura incidentale. L'esame del ricorso incidentale deve invece precedere l'esame del ricorso principale nel caso che formi oggetto di censura la stessa ammissione della ricorrente principale alla gara. Infatti, se in quest'ordine il gravame incidentale è accolto, quello principale diviene inammissibile per difetto di legittimazione all'impugnazione in capo all'impresa originaria ricorrente. (T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 23 aprile 2008, n. 3415).

Nel caso venga proposto in giudizio ricorso incidentale che, se accolto, determinerebbe l'inammissibilità del ricorso principale, di regola esso deve quindi essere esaminato per primo, salvo nei casi in cui, comunque, residui al ricorrente principale un interesse, sia pure strumentale, di veder accolto il proprio gravame anche nell'ipotesi di fondatezza di quello incidentale.

In quest'ultima ipotesi, infatti, il Giudice è tenuto a dare la precedenza alle questioni sollevate dal ricorrente principale che abbiano priorità logica su quelle sollevate dal ricorrente incidentale, in quanto incidano sull'esistenza dell'interesse a ricorrere di questo, perché - pur profilandosi come questioni di

merito - producono effetti sull'esistenza di una condizione dell'azione e, quindi, su una questione di rito (Cons. Stato, Sezione V, 7 aprile 2006, n. 1877).

Ritiene il Collegio che nel caso in discussione anche l'eventuale accoglimento del ricorso incidentale non farebbe venir meno l'interesse dell'istante in via principale.

Invero quando, come nel caso che occupa, sono soltanto due i concorrenti ammessi al procedimento di scelta del contraente, l'eventuale esclusione di uno di essi, determinata dall'accoglimento di uno dei contrapposti gravami, non fa venir meno l'interesse dell'altro all'esame del primo motivo del ricorso proposto, che, se accolto, determinerebbe la rinnovazione dell'intera procedura, con un'ulteriore chance di aggiudicazione, dal momento che si potrebbero rimuovere, nella nuova offerta, le illegittimità riscontrate in quella originaria (Consiglio Stato A. P., 10 novembre 2008, n. 11; T.A.R. Friuli Venezia Giulia Trieste, 31 luglio 2006, n. 514).

Se l'accoglimento del ricorso principale comporta l'obbligo di rinnovare l'iter procedimentale, il ricorso incidentale va dunque, conseguentemente, dichiarato inammissibile per carenza di interesse, non derivando alla parte che ha impugnato in via incidentale, direttamente e immediatamente, alcun concreto beneficio (T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 14 gennaio 2002, n. 250).

Il Collegio non condivide, inoltre, la eccezione delle controparti costituite, consistente nella sostanziale osservazione che, la fondatezza del ricorso incidentale comporterebbe il venir meno dell'interesse alla aggiudicazione che rende tempestiva l'impugnativa degli atti presupposti (tra cui la documentazione di gara), immediatamente lesivi a prescindere dall'interesse alla aggiudicazione (venuto meno) ed autonomamente impugnabili, con conseguente tardività della impugnazione del bando di gara.

Solo l'impresa partecipante ad una gara per pubblici appalti che contesti l'illegittimità delle prescrizioni del bando per la scelta del contraente e da tanto faccia discendere in via immediata e diretta l'illegittimità dell'aggiudicazione, oltreché il pregiudizio sofferto (Consiglio Stato, sez. V, 08 luglio 2002, n. 3791), ha l'onere di impugnare tempestivamente tali disposizioni, in quanto immediatamente ed effettivamente lesive, senza attendere la conclusione del procedimento di gara. L'onere di immediata impugnazione del bando di gara riguarda invero le sole clausole che concernono i requisiti soggettivi di partecipazione dei soggetti interessati, che risultino esattamente e storicamente identificate, preesistenti alla gara stessa, non condizionate dal suo svolgimento e, perciò, in condizioni di ledere immediatamente e direttamente l'interesse sostanziale del soggetto che ha chiesto di partecipare alla procedura, perché connotate da carattere impeditivo della partecipazione, nonché quelle che impongono oneri incomprensibili o manifestamente sproporzionati, come tali immediatamente ostativi alla partecipazione alla gara.

Ogni diversa questione riguardante l'assunta illegittimità della procedura di gara, anche in relazione all'applicazione di clausole che variamente riducano la discrezionalità della Pubblica amministrazione, può e deve essere dunque proposta unitamente alla impugnazione degli atti che di esse fanno diretta applicazione (posto che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento, ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato), ovvero all'atto dell'impugnazione del provvedimento di esclusione o dell'aggiudicazione del contratto o di altro provvedimento che segni comunque, per l'interessato, un arresto procedimentale.

Nel caso di specie sussisteva quindi per la ricorrente l'onere di impugnare immediatamente, a pena di inammissibilità, solo le clausole della *lex specialis* di gara che impedivano in maniera certa e assoluta la partecipazione alla procedura di gara o di formulare un'offerta plausibile e formalmente ammissibile (T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 07 aprile 2008, n. 642).

Poiché la censura formulata con il primo motivo di ricorso non impediva a priori la partecipazione alla gara della ricorrente o di formulare una offerta ammissibile, deve ritenersi che essa abbia tempestivamente impugnato, unitamente all'atto di aggiudicazione, la mancata indicazione nella normativa di gara dei criteri di assegnazione per ciascun criterio di valutazione prescelto dei sub criteri e dei sub pesi o sub punteggi.

In conclusione, nel caso che occupa, in cui alla gara in esame erano state ammesse unicamente la ricorrente principale e la ricorrente incidentale, le quali, con i loro gravami, avevano contestato, reciprocamente, le rispettive ammissioni alla procedura, la ricorrente principale (ancorché il ricorso

incidentale fosse stato ravvisato fondato) ha, tuttavia, interesse all'esame e definizione nel merito del proprio ricorso, con il primo dei motivi posti a base del quale ha lamentato la illegittima formulazione dei criteri di valutazione delle offerte tecniche, per violazione dell'art. 83 del D. Lgs. n. 163 del 2006 (che prevede che il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub criteri e i sub pesi o sub punteggi).

L'eventuale accoglimento di detto motivo del ricorso principale comporterebbe l'annullamento dell'intera procedura concorsuale, con l'obbligo dell'Amministrazione di rinnovarla, consentendo alla ricorrente principale, in sede di rinnovo della procedura, di parteciparvi, emendando il rilevante vizio dedotto dal ricorrente incidentale.

In tale situazione, questo Giudice è, quindi, tenuto ad esaminare preliminarmente il ricorso principale anche nell'ipotesi che sia fondato il ricorso incidentale, conservando, comunque, la Società che lo aveva proposto l'interesse strumentale alla sua definizione in senso favorevole (Consiglio Stato, sez. V, 07 aprile 2006, n. 1877) e, sempre in detta ipotesi, a dichiarare inammissibile per carenza di interesse il ricorso incidentale.

3.- Con il primo motivo di ricorso è stata dedotta la violazione dell'art. 83 del D. Lgs. n. 163 del 2006, nonché della par condicio e dei principi di trasparenza e concorrenza. I criteri di valutazione delle offerte tecniche sarebbero stati, secondo parte ricorrente, illegittimamente formulati, atteso che la voce di valutazione delle caratteristiche e funzionalità del servizio offerto comportava l'attribuzione di un punteggio massimo di trenta punti e, mentre il bando nulla prescriveva al riguardo, il disciplinare si limitava a prevedere che tale profilo avrebbe dovuto essere valutato utilizzando come sub criteri gli elementi costitutivi del servizio individuati singolarmente dal concorrente, come indicativamente riportato al punto 2, che elencava in via esemplificativa e non esaustiva le caratteristiche specifiche del servizio in questione. Tanto avrebbe comportato violazione dell'art. 83 del D. Lgs. n. 163 del 2006, che prevede che il bando, per ciascun criterio di valutazione prescelto, prevede, ove necessario, i sub criteri e i sub pesi o sub punteggi, nonché che la Commissione giudicatrice, prima della apertura delle buste contenenti le offerte, deve fissare in via generale i criteri motivazionali cui attenersi per attribuire a ciascun criterio e sub criterio di valutazione il punteggio tra il minimo ed il massimo. Nel caso che occupa la *lex specialis* non avrebbe fornito alcun criterio o sub criterio valutativo, essendosi limitata a manifestare espressioni tautologiche rimandanti ai caratteri del servizio offerto, rimessi alla discrezione del concorrente, nonché ad indicare un mero punteggio numerico da assegnare all'elemento qualitativo.

Identiche censure sono state formulate in relazione al criterio di valutazione della voce "punti vendita", riguardo alla quale il Disciplinare si limita ad indicare che sarebbe stata valutata la consistenza e la potenzialità dei punti vendita, diretta ed on line del concorrente, con sola indicazione dei profili di merito da considerare.

Osserva in proposito il Collegio che l'art. 83, IV c., del decreto legislativo n. 163 del 2006, nella versione antecedente alla emanazione dell'articolo 1, comma 1, lettera u), del D. Lgs. 11 settembre 2008, n. 152, prevedeva che "Il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub - criteri e i sub - pesi o i sub - punteggi. Ove la stazione appaltante non sia in grado di stabilirli tramite la propria organizzazione, provvede a nominare uno o più esperti con il decreto o la determina a contrarre, affidando ad essi l'incarico di redigere i criteri, i pesi, i punteggi e le relative specificazioni, che verranno indicati nel bando di gara. La commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando".

Detta disposizione sembra portare all'estremo la limitazione della discrezionalità della Commissione nella specificazione dei criteri di valutazione delle offerte, escludendone ogni facoltà di integrare il bando, e quindi facendo obbligo a quest'ultimo di prevedere e specificare compiutamente ed esaustivamente gli eventuali sottocriteri.

Nelle gare pubbliche indette con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa la necessità di stabilire ulteriori sub-criteri, sub-pesi o sub-punteggi deve essere quindi valutata di volta in volta in



relazione all'analiticità dei criteri principali, all'idoneità di questi ad assicurare il rispetto del principio di trasparenza e ai poteri integrativi riconosciuti alla Commissione giudicatrice.

A detta Commissione è quindi inibito integrare i criteri di valutazione dell'offerta tecnica (individuando sub criteri e sub punteggi, che devono invece essere indicati nel capitolato d'onere); l'importanza relativa delle sottovoci deve, infatti, essere rese note ai potenziali concorrenti già al momento della produzione delle loro offerte, al fine di evitare il pericolo che la Commissione possa orientare a proprio piacimento ed a posteriori l'attribuzione di tale determinante punteggio e, quindi, all'esito della gara dopo averne conosciuto gli effettivi concorrenti.

La violazione di detta regola innovativa posta dall'art. 83 del Codice dei contratti può infatti astrattamente contrastare con il principio della par condicio, nella misura in cui altera gli elementi di valutazione in relazione ai quali tutti i concorrenti hanno potuto predisporre la propria offerta tecnica (T.A.R. Piemonte Torino, sez. II, 02 luglio 2008, n. 1445).

A tanto consegue l'illegittimità di una *lex specialis* che, pur richiamando il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nulla preveda in ordine alle modalità di concreta attribuzione dei sub criteri e sub punteggi, nell'ipotesi che la loro fissazione sia necessaria o prevista dalla normativa di gara.

È stato invero ritenuto illegittimo quel bando di gara di un appalto da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa il quale prevede il potere della Commissione giudicatrice di suddividere i criteri in dettagliati sottopunteggi, atteso che tale potere, sia pur ammesso nella disciplina ante codice, è precluso dalle disposizioni innovative dell'art. 83 sopra citato, il quale prevede che sia il bando a individuare i sub-criteri, i sub-pesi ed i sub-punteggi, eliminando in proposito ogni margine di discrezionalità in capo alla Commissione giudicatrice (T.A.R. Toscana, sez. II, 01 luglio 2008, n. 1710).

Nel caso che occupa il bando di gara, al punto III.2.3), con riferimento alla capacità tecnica, prevedeva che "informazioni e formalità necessarie per valutare la conformità ai requisiti: vedi disciplinare di gara. Livelli minimi di capacità eventualmente richiesti: vedi disciplinare di gara".

Il punto 3.B. del Disciplinare di gara stabiliva, con riguardo alle caratteristiche e funzionalità del servizio offerto, che "Sarà valutato tale profilo utilizzando come sub criteri gli elementi costitutivi del servizio che dovranno essere singolarmente individuati dal concorrente, così come indicativamente riportati al precedente punto 2 del bando. Punteggio massimo 30 punti".

Il punto 3.C. di detto Disciplinare, relativo ai punti vendita, stabiliva che "Si valuterà la consistenza e la potenzialità dei punti vendita diretta e on-line del concorrente. Saranno considerati profili di merito anche la contrattualizzazione diretta, senza intermediari, dei punti vendita esterni e la gestione diretta del servizio on-line. Ai fini della riconoscibilità di tale punteggio i punti vendita offerti dovranno essere in attività da almeno un anno dalla data del presente bando di gara. Si rappresenta che l'attuale servizio prevede il collegamento con più di 500 (cinquecento) punti vendita in Italia esterni all'Auditorium, dei quali almeno 1 (uno) per ciascuna Provincia e più di 70 (settanta) nella sola Provincia di Roma. Punteggio massimo 20 punti".

Tanto esclude la possibilità di condividere la tesi, formulata dalla Fondazione resistente con la memoria depositata l'11.12.2008, che gli elementi indicati nel bando non fossero criteri in senso tecnico, ma mere specifiche descrittive, e che, comunque, l'indicazione dei sub criteri o di sub pesi "non è comunque prevista nel bando di gara e non è imposta dalla legge, né dall'interpretazione giurisprudenziale", anche perché l'art. 83 del D. Lgs. n. 163 del 2006 contiene al riguardo l'inciso "ove necessario", sicché, quando l'oggetto dell'affidamento è un servizio complesso, come nel caso di specie, la possibilità di anticipare il dettaglio dei criteri di valutazione e dei pesi sarebbe consentita solo nel caso che il giudizio sia oggettivamente predeterminabile per ogni singola componente dell'offerta (con spazio circoscritto per le valutazioni tecniche) e limitata dall'opportunità che siano i concorrenti a proporre soluzioni organizzative e tecniche.

Nel caso che occupa, invero, era lo stesso Disciplinare di gara che prevedeva, al punto 3.B., con riguardo alle caratteristiche e funzionalità del servizio offerto, che sarebbe stato valutato tale profilo, utilizzando come sub criteri gli elementi costitutivi del servizio singolarmente individuati dai

concorrenti, nonché l'attribuzione di un punteggio massimo di 30 punti al riguardo, sicché era la stessa legge della gara a qualificare quelli prefissati come veri e propri sub criteri ed a prevederne (quindi ritenendoli predeterminabili) la fissazione - peraltro necessaria (nonché agevolmente attuabile) per effettuare una oggettiva graduazione dei concreti punteggi attribuibili -, facendo tuttavia generico riferimento agli elementi costitutivi del servizio ma senza poi concretamente fissarli.

Quanto al successivo punto 3.C. di detto Disciplinare, relativo ai punti vendita, ritiene il Collegio che, pur essendo stata prevista la valutazione della consistenza e della potenzialità dei punti vendita diretta e on-line (mediante considerazione, quali profili di merito, anche della contrattualizzazione diretta dei punti vendita esterni e della gestione diretta del servizio on-line), è stata poi solo stabilita la generica attribuzione al riguardo di un punteggio massimo di 20 punti, pur essendo chiaro che, per la indispensabile preventiva predeterminazione della graduazione di tale punteggio, fosse necessaria (e possibile) la adozione di specifici sub criteri.

Il Disciplinare di gara indicava, in conclusione, gli elementi che avrebbero dovuto essere oggetto di valutazione e di considerazione con riguardo alle varie voci, nonché il punteggio massimo al riguardo attribuibile, ma non i necessari e obiettivamente pre individuabili sub criteri di graduazione dei punteggi inferiori al massimo.

E' quindi evidente che né il bando, né il disciplinare di gara contenevano la esaustiva indicazione dei criteri, pesi, punteggi e relative specificazioni relativi a dette voci, prevista dall'art. 83, IV c., del decreto legislativo n. 163 del 2006, pur avendone espressamente stabilita la necessità della predeterminazione, essendo solo indicato, per le voci relative alla valutazione delle caratteristiche e funzionalità del servizio offerto, nonché dei punti vendita, generici criteri generali e la attribuzione dei punteggi massimi, rispettivamente di trenta e venti punti.

In tale parte, la normativa di gara è stata quindi adottata in violazione di detta norma, nonché dei principi di logicità e di rispetto della par condicio e quindi della imparzialità di giudizio da parte della Commissione giudicatrice (non essendo stati i concorrenti posti in condizione di formulare le loro offerte con perspicua rispondenza a sub criteri, anticipati e necessari, ma non concretamente fissati, e la Commissione fornita di strumenti predeterminati di valutazione) e va annullata.

4.- A seguito del, parziale, accoglimento del motivo del ricorso principale, che comporta la rinnovazione dell'intera procedura concorsuale, vanno dichiarati assorbiti gli ulteriori motivi di ricorso ed i motivi aggiunti.

5.- Con il gravame è stato anche chiesta la condanna della Fondazione intimata ai sensi dell'art. 35 del D. Lgs. n. 80 del 1998, come sostituito dall'art. 7 della L. n. 205 del 2000, al risarcimento dei danni in forma specifica con annullamento e dichiarazione di inefficacia o di nullità del contratto d'appalto eventualmente stipulato con la LIS, Lottomatica Italia Servizi s.p.a., ovvero per equivalente monetario (da quantificarsi con riferimento sia alla perdita della remunerazione che alle spese sostenute, oltre che al danno derivante dalla impossibilità di inserire l'appalto tra i requisiti di esperienza specifica dell'impresa).

Con riferimento a detta richiesta rileva il Collegio che, ai fini della liquidazione dei danni, deve applicarsi il principio di cui all'art. 1223 del c.c., per il quale sono risarcibili i danni derivanti in via immediata e diretta dalla condotta illecita e il risarcimento del danno a carico della P.A. non può ritenersi come un semplice effetto automatico dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento impugnato, richiedendo esso, invece, la presenza di una verifica positiva degli specifici requisiti (lesione della posizione giuridica soggettiva tutelata, accertamento dell'imputabilità dell'evento dannoso alla responsabilità dell'amministrazione, esistenza di un danno patrimoniale ingiusto, nesso causale tra l'illecito compiuto e il danno patrimoniale ingiusto, nesso causale tra l'illecito compiuto e il danno subito). Il ricorso giurisdizionale è, infatti, diretto naturalmente a conseguire la riparazione integrale della concreta situazione pregiudicata, cosicché il ricorso all'azione risarcitoria è possibile soltanto quando - nonostante l'annullamento dell'atto e la nuova attività amministrativa volta all'adozione di

altro atto che soddisfi l'interesse del privato - sussistano ancora conseguenze pregiudizievoli in capo all'interessato.

Va inoltre osservato che il rinnovo della gara, con la possibilità effettiva di partecipazione dell'impresa ricorrente, costituisce risarcimento in forma specifica della chance di successo: ne consegue che non spetta il risarcimento del danno per equivalente ove l'accoglimento del ricorso intervenga in tempo utile a restituire in forma specifica all'impresa interessata la chance di partecipare alla gara da rinnovare, consentendo quindi il soddisfacimento diretto e pieno dell'interesse fatto valere.

Qualora siano annullati gli atti del procedimento di gara per l'affidamento di un appalto pubblico, con necessità di rinnovo delle operazioni di gara da parte della P.A., il concorrente vittorioso nel giudizio amministrativo ottiene il soddisfacimento diretto e pieno dell'interesse fatto valere e ciò costituisce risarcimento del danno in forma specifica della chance di aggiudicazione, a causa dell'effetto caducatorio e conformativo che discende dal giudicato amministrativo di annullamento dell'aggiudicazione a favore di altro concorrente; non spetta, quindi, il risarcimento del danno per equivalente, fatta eccezione per il danno da ritardo, sempre che, al termine della gara rinnovata, egli risulti vincitore (Cassazione civile, sez. I, 17 luglio 2007, n. 15947).

Nel caso che occupa l'azione di risarcimento danni per equivalente monetario spiegata dal ricorrente non può, quindi, essere accolta perché l'annullamento tempestivo dell'aggiudicazione, e degli atti prodromici della procedura di evidenza, hanno restituito al ricorrente la possibilità di partecipazione ad una nuova procedura selettiva emendata dai vizi rilevati dal Giudice Amministrativo.

Quando, come nel caso di specie, l'annullamento giurisdizionale degli atti assurge ad integrale risarcimento in forma specifica, legittimando così il ricorrente a giocarsi le proprie chance di aggiudicazione in una nuova procedura di evidenza pubblica conforme a legge, non residua, invero, alcun danno risarcibile per equivalente monetario, giacché proprio la restitutio in integrum realizzata dalla pronuncia demolitoria assume valenza pienamente satisfattiva dell'interesse azionato dal danneggiato (T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 20 aprile 2006, n. 2883).

La domanda di risarcimento danni per equivalente formulata in ricorso va quindi respinta, essendo stata sostanzialmente soddisfatta, con l'accoglimento del primo motivo di ricorso, quella in forma specifica. È inoltre da dichiarare inammissibile la domanda di annullamento e dichiarazione di inefficacia o di nullità del contratto d'appalto eventualmente stipulato con la LIS, Lottomatica Italia Servizi s.p.a., in quanto tale autonoma azione di accertamento rientra nella giurisdizione del giudice civile (T.A.R. Toscana Firenze, sez. II, 18 giugno 2008, n. 1637) perché ad esso spetta la giurisdizione sulla domanda volta ad ottenere tanto la dichiarazione di nullità quanto quella di inefficacia o l'annullamento del contratto di appalto, a seguito dell'annullamento della delibera di scelta dell'altro contraente, adottata all'esito di una procedura ad evidenza pubblica (Cassazione civile, sez. un., 18 luglio 2008, n. 19805).

6.- Il ricorso incidentale, a seguito dell'accoglimento del motivo del ricorso principale comportante la rinnovazione della intera procedura, va, per le considerazioni in precedenza espresse al riguardo, dichiarato inammissibile per carenza di interesse.

Aggiungasi che dalle copie, allo stato in atti, della "memoria di costituzione e ricorso incidentale" proposto dalla s.p.a. Lottomatica Italia Servizi - L.I.S., che pur contengono in calce le relate predisposte per la notifica, non si evince idonea prova della avvenuta notifica dell'atto, mancando le relative attestazioni, né risulta depositato un originale del ricorso incidentale, portante l'annotazione dell'avvenuta presentazione di altro originale presso l'Ufficio Unico notifiche, sicché (non risultando espressamente neppure dagli atti difensivi delle controparti l'avvenuta notifica e non essendo utile al riguardo la rinuncia a tutti i termini a difesa relativamente al ricorso incidentale formulata nel corso dell'udienza in camera di consiglio del 9.7.2008), ai sensi dell'art. 22, della L. 6 dicembre 1971 n. 1034 e dell'art. 37, del R.D. 26 giugno 1924 n. 1054, il ricorso incidentale sarebbe comunque da considerare inammissibile.

6.- In conclusione il ricorso principale deve essere accolto in parte ed i provvedimenti impugnati annullati nei limiti e nei termini sopra indicati; gli ulteriori motivi di gravame ed i motivi aggiunti al

ricorso vanno dichiarati assorbiti. La richiesta di risarcimento danni per equivalente formulata dal ricorrente principale deve essere respinta; la richiesta di annullamento e dichiarazione di inefficacia o di nullità del contratto d'appalto eventualmente stipulato con la LIS, Lottomatica Italia Servizi s.p.a. va dichiarata inammissibile. Il ricorso incidentale presentato dalla controinteressata va dichiarato inammissibile.

7.- Le spese del giudizio, nei confronti della LIS, Lottomatica Italia Servizi s.p.a., stante la particolarità della fattispecie, possono essere compensate tra le parti.  
Consegue alla soccombenza della Fondazione "Accademia Nazionale di Santa Cecilia" la condanna al pagamento delle complessive spese di giudizio, liquidate nella misura in dispositivo fissata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio - Sezione terza quater - accoglie in parte il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati nei limiti e nei termini indicati in motivazione; inoltre dichiara assorbiti i motivi aggiunti al ricorso, respinge la richiesta di risarcimento danni per equivalente formulata dal ricorrente, dichiara inammissibile la domanda di annullamento e dichiarazione di inefficacia o di nullità del contratto d'appalto, eventualmente stipulato con la LIS, Lottomatica Italia Servizi s.p.a., e dichiara inammissibile il ricorso incidentale.  
Spese compensate nei confronti della LIS, Lottomatica Italia Servizi s.p.a..  
Condanna la Fondazione "Accademia Nazionale di Santa Cecilia" al pagamento, in favore della ricorrente s.p.a. TicketOne, degli onorari, diritti e spese del presente giudizio, liquidati nella complessiva somma di € 3.000,00 (tremila/00), di cui € 2.000,00 (duemila/00) per spese, oltre ad I.V.A. e C.P.A..  
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dalla pubblica amministrazione.  
Così deciso in Roma, dal Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio - Sezione III quater -, nella camera di consiglio del 17.12.2008, con l'intervento dei signori Magistrati elencati in epigrafe.

Consigliere Mario DI GIUSEPPE  
Consigliere Antonio AMICUZZI

Presidente  
Estensore

Depositata in segreteria  
Il 09 gennaio 2009

( da [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it) )