

N. 07272/2011 REG.PROV.COLL.
N. 01191/2007 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1191 del 2007, proposto da:

“CONSORZIO A.GE.CO.-Ambrosiana General Contractor”, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Pesce, presso il cui studio è elettivamente domiciliato in Roma, Via XX Settembre, n. 1;

contro

ROMA CAPITALE (già COMUNE DI ROMA), in persona del Sindaco pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Graziosi dell'Avvocatura comunale, presso la cui sede è elettivamente domiciliata in Roma, Via del Tempio di Giove, n. 21;

nei confronti di

“CONSORZIO IRAS-Product & service-Imprese Romane Allestimenti e Servizi”, in persona del rappresentante legale pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Massimiliano Ardenti, presso il cui studio è elettivamente domiciliato in Roma, Via Luigi Pigorini, n. 6;

per l'annullamento, previo sospensione dell'efficacia

- degli atti tutti della procedura di gara indetta dal Comune di Roma per l'aggiudicazione del servizio di deposito e custodia di tutto il materiale elettorale in locale/i idoneo/i fornito/i dalla ditta aggiudicataria, montaggio e smontaggio degli impianti elettorali da posizionare sul territorio comunale, per l'affissione di manifesti, in occasione delle consultazioni elettorali, consegna e ritiro di tutto il materiale occorrente per l'allestimento dei seggi elettorali e delle postazioni per la ricezione dati, per il periodo 1° luglio 2008 (o comunque dalla data di effettivo inizio del servizio) al 31 dicembre 2010 ed in specie:

- del verbale di gara n. 4, seduta del 15 giugno 2006, dal quale si evince che la commissione ha adottato una griglia di sotto-criteri di valutazione dell'offerta tecnica (allegato A), parcellizzando in un numero elevato di voci e sotto-voci i parametri indicati nel bando;

- del capitolato speciale d'appalto, anche con riferimento all'art. 10, qualora interpretato nel senso di consentire alla commissione di gara l'operazione di parcellizzazione dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica compiuta dalla commissione di gara nel corso della suddetta seduta del 15 giugno 2006;

- del documento "A" e del documento "B" di data ignota, entrambi carenti di sottoscrizione dell'intero collegio dei commissari tecnici e consistenti ciascuno in una distinta e autonoma valutazione dell'offerta tecnica delle imprese concorrenti;

- del verbale di aggiudicazione della licitazione privata (rep. 9629 del 16 novembre 2006) con la quale il Comune di Roma ha deliberato l'approvazione degli atti di gara e ha dichiarato primo classificato il Consorzio IRAS Product & Services-Romana Allestimento e Servizi, senza rilevare la sussistenza di due distinti ed autonomi verbali di valutazione dell'offerta tecnica (documento "A" e documento "B");

- del provvedimento di data e estremi ignoti con cui il Comune di Roma ha definitivamente aggiudicato il servizio al Consorzio IRAS Product &

Services-Romana Allestimento e Servizi;

- del contratto di appalto di data e estremi ignoti stipulato tra il Comune di Roma e il Consorzio IRAS Product & Services-Romana Allestimento e Servizi per lo svolgimento del servizio di cui al bando;

- di ogni altro atto presupposto, consequenziale o comunque connesso a quelli impugnati.

nonché, per effetto di ricorso recante motivi aggiunti dell'erronea applicazione dell'istituto dell'avvalimento e per la condanna

dell'Amministrazione intimata al risarcimento del danno ingiusto patito in ragione dell'illegittimo affidamento dell'appalto.

Visti il ricorso principale e quello recante motivi aggiunti con i relativi allegati;

Vista la costituzione in giudizio dell'Amministrazione comunale intimata e i documenti prodotti;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società controinteressata e gli atti prodotti;

Vista l'ordinanza n. 1659 del 5 aprile 2007, con la quale questo Tribunale ha respinto l'istanza cautelare proposta dalla parte ricorrente nonché le ordinanze istruttorie nn. 217 del 2007 e 39 del 2008;

Esaminate le ulteriori memorie con i documenti prodotti;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 aprile 2011 il dott. Stefano Toschei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con il ricorso meglio indicato in epigrafe il Consorzio A.GE.CO.-Ambrosiana General Contractor (d'ora in poi, per brevità,

CONSORZIO AGECO) ha impugnato – sia con ricorso principale che con ricorso recante motivi aggiunti - tutti gli atti della licitazione privata bandita dal Comune di Roma nel novembre 2005 per l'affidamento, in global service, del servizio di deposito e custodia di tutto il materiale elettorale in locale/i idoneo/i fornito/i dalla ditta aggiudicataria, montaggio e smontaggio degli impianti elettorali da posizionare sul territorio comunale, per l'affissione di manifesti, in occasione delle consultazioni elettorali, consegna e ritiro di tutto il materiale occorrente per l'allestimento dei seggi elettorali e delle postazioni per la ricezione dati, per il periodo 1° luglio 2008 (o comunque dalla data di effettivo inizio del servizio) al 31 dicembre 2010 (così recita il bando). Con i suindicati mezzi di gravame il consorzio ricorrente ha voluto anche impugnare gli atti conclusivi della procedura, ivi compresa l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto, intervenuti in favore dell'odierno controinteressato Consorzio IRAS Product & Services-Romana Allestimento e Servizi (d'ora in avanti, per brevità, CONSORZIO IRAS), oltre a proporre esplicita domanda, con il ricorso recante motivi aggiunti, perché sia riconosciuta la responsabilità del Comune di Roma nella causazione dei danni patiti e di conseguenza venga condannato a risarcirli in favore del ridetto consorzio ricorrente.

Nello specifico il CONSORZIO AGECO ritiene che tutta la procedura selettiva svolta, compresa la lex specialis di gara e gli atti che ne hanno caratterizzato lo sviluppo siano affetti dai seguenti vizi:

- 1) violazione del principio di pubblicità e trasparenza, in quanto la commissione, per quel che si evince dalla lettura del verbale n. 4 del 15 giugno 2006 “ha proceduto alla apertura delle buste contenenti le offerte tecniche in seduta riservata” (così, testualmente, a pag. 10 del ricorso introduttivo) e ciò in aperto contrasto con il principio, che discende da norme costituzionali, comunitarie e dell'ordinamento settoriale nazionale, secondo il quale “le stazioni appaltanti sono tenute al rispetto delle

disposizioni normative volte a garantire la parità di accesso degli operatori economici alle procedure selettive per l'aggiudicazione di lavori, servizi e forniture, nonché nel perseguimento dell'interesse pubblico" (così, testualmente, a pag. 11 del ricorso introduttivo);

2) violazione del principio discendente dall'art. 23, comma 1, lett. b) del decreto legislativo 17 marzo 1995 n. 157 e del principio della par condicio tra tutti i concorrenti, in quanto la commissione di gara ha introdotto nuovi sub-pesi, sub-criteri e sub-punteggi, rispetto a quelli indicati nella lex specialis di gara, di valutazione delle offerte presentate dai concorrenti, dando luogo, peraltro, ad una vera e propria frammentazione di elementi valutativi a cagione del "numero esorbitante di sotto-voci" (così, testualmente, a pag. 14 del ricorso introduttivo), per come può evincersi dalla lettura della griglia di valutazione adottata nella seduta del 16 luglio 2006, addirittura inadeguata rispetto alla previsione dell'art. 10 del bando che, pure, consentiva alla commissione di integrare i criteri di valutazione delle offerte;

3) violazione del principio del collegio perfetto, atteso che "negli atti di gara non vi è traccia di una vera e propria deliberazione di valutazione ascrivibile alla commissione tecnica, ed invero, non vi è neppure evidenza dello svolgimento delle apposite sedute" (così, testualmente, a pag. 20 del ricorso introduttivo);

4) illegittimità derivata con riguardo agli atti di affidamento dell'appalto, giacché le sopra rilevate anomalie non hanno impedito agli Uffici procedenti di aggiudicare la gara al consorzio oggi controinteressato né costoro hanno evidenziato che nel corso della procedura si era verificata una "spaccatura" di giudizio "in seno alla commissione tecnica" (così, testualmente, a pag. 21 del ricorso introduttivo) per come invece sarebbe dovuto accadere.

Oltre alle illegittimità sopra rilevate, il consorzio ricorrente proponeva

ulteriori motivi di doglianza affidati ad atto giudiziale recante motivi aggiunti attraverso i quali, dopo aver conosciuto ulteriore documentazione per effetto di accesso documentale, contestava l'omessa puntuale verifica dei requisiti di partecipazione in capo al CONSORZIO IRAS affermando, sotto un primo profilo, che quest'ultimo ha fatto applicazione dell'istituto dell'avvalimento, pur non essendo ancora stato normativamente introdotto nel settore degli appalti pubblici (fatto che è avvenuto, seppur parzialmente, con l'entrata in vigore del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, non applicabile *ratione temporis* alla procedura in questione perché bandita prima della sua entrata in vigore) e, sotto altro profilo che il consorzio controinteressato non ha rispettato le regole di gara in quanto ciascuna impresa consorziata avrebbe dovuto presentare le dichiarazioni prescritte dal bando in ordine al possesso dei requisiti c.d. di ordine generale.

Con il ricorso recante motivi aggiunti il CONSORZIO AGECO proponeva, altresì, domanda per il risarcimento dei danni subiti.

2. – Si è costituito in giudizio il Comune di Roma (ora Roma Capitale) contestando analiticamente le avverse prospettazioni e chiedendo, sul presupposto della legittimità del provvedimento impugnato e del corretto comportamento assunto dagli Uffici nella specie, la reiezione del gravame.

3. – Si è altresì costituito in giudizio il CONSORZIO IRAS contestando analiticamente le avverse affermazioni e specificando che correttamente esso ha partecipato alla gara rendendo le dichiarazioni per come prescritto dal bando.

4. - Con ordinanza n. 1659 del 5 aprile 2007, questo Tribunale ha respinto l'istanza cautelare proposta dalla parte ricorrente e successivamente con le ordinanze istruttorie nn. 217 del 2007 e 39 del 2008 il Comune resistente è stato invitato a produrre in giudizio tutta la documentazione inerente lo svolgimento della licitazione in questione.

Le parti hanno depositato ulteriori memorie confermando le già rassegnate

conclusioni.

Mantenuta riservata la decisione all'udienza pubblica del 21 aprile 2011, la riserva è stata sciolta nella Camera di consiglio dell'8 giugno 2011..

5. – Il Collegio ritiene necessario anteporre una preliminare considerazione di metodo onde chiarire quali traiettorie interpretative verranno utilizzate per segnare la linea della valutazione che condurrà alla decisione della controversia qui in esame.

In via di fatto si evidenziano tre elementi di sicuro rilievo ai fini della individuazione del corretto modo di approcciarsi allo scrutinio giudiziale del qui presente contenzioso:

- a) il bando della licitazione in questione risale alla determinazione del dirigente del Dipartimento XIII del Comune di Roma n. 1083 del 25 novembre 2005;
- b) la selezione è stata aggiudicata in favore del CONSORZIO IRAS con la determinazione n. 1309 del 29 dicembre 2006;
- c) il bando prevedeva che la data di scadenza dell'appalto di servizi da affidarsi avrebbe coinciso con la data del 31 dicembre 2010.

Ciò evidenzia, quindi, che:

A) per un verso, alla data fissata per la celebrazione dell'udienza di merito del presente ricorso, 21 aprile 2011, residua in capo alla parte ricorrente l'interesse a conoscere della fondatezza o meno del gravame proposto ai soli fini della coltivazione della domanda risarcitoria, pure spiegata tempestivamente (non essendo all'epoca ancora in vigore l'art. 30 c.p.a.) dal consorzio ricorrente;

B) per altro verso, il Collegio non può che porre a base dello scrutinio e della valutazione delle censure dedotte dal consorzio ricorrente la normativa e gli orientamenti giurisprudenziali, di essa interpretativi, cristallizzati alla data di proposizione del ricorso, senza poter tenere in alcuna considerazione i sopravvenuti interventi normativi e

giurisprudenziali.

Sotto tale ultimo profilo non può sottacersi che una attualizzazione delle specifiche disposizioni normative di settore vigenti all'epoca dei fatti, il cui rispetto applicativo derivante dalla proiezione dei principi generali che in quel periodo dominavano il settore degli appalti pubblici viene invocato dal consorzio ricorrente nell'ambito del presente giudizio determinerebbe una giuridicamente inaccettabile elusione del principio di garanzia della posizione del ricorrente, nei cui confronti non può assumere rilievo pregiudizievole il trascorrere del tempo e, quindi, la decisione del contenzioso a distanza di quattro anni dall'avvio della contesa giudiziale.

Analogamente, la necessità di storicizzare la verifica circa la fondatezza del ricorso proposto si impone anche nei confronti dell'Amministrazione resistente e della parte controinteressata, le cui controdeduzioni vanno esaminate sulla scorta di quanto si è sopra chiarito. Basti pensare che, limitandosi al solo profilo dell'interpretazione del giudice amministrativo delle disposizioni del settore qui in esame, questa condiziona (o, almeno, dovrebbe condizionare) il comportamento degli Uffici, al cui vaglio essi debbono riferire la compatibilità e sostenibilità giuridica delle scelte adottate prima di esternalarle comunicando i relativi provvedimenti agli interessati. Tanto ciò è (o, almeno, dovrebbe essere) vero che l'art. 26, comma 2, c.p.a. riconduce alla mancata operazione di verifica da parte degli Uffici, in ordine alla sostenibilità giuridica del provvedimento assunto dall'Amministrazione (e che ha provocato un inutile contenzioso giudiziale) rispetto alla giurisprudenza consolidata, una ragione per aggravare l'entità delle spese di giudizio alle quali sarebbe condannata l'Amministrazione in caso di soccombenza. Si percepisce facilmente, dunque, come l'applicazione al caso esaminato dal giudice amministrativo, a notevole distanza di tempo dall'avvio del contenzioso, degli orientamenti giurisprudenziali consolidati al momento in cui si assume la decisione del processo, costituirebbe una

(quanto meno) improvvida operazione tenuto conto della velocità attraverso la quale l'evoluzione di quegli orientamenti si realizza, soprattutto nel settore degli appalti pubblici e della necessità per tutti gli operatori del settore di avere il tempo per adeguarsi ad essa.

Pertanto, né l'evoluzione del quadro normativo di riferimento, attraverso la integrazione, la sostituzione o la modificazione delle disposizioni la cui corretta applicazione da parte dell'Amministrazione precedente viene invocata in questa sede dal CONSORZIO AGECO né, tantomeno, l'imprevedibile (probabilmente ed all'epoca dei fatti, per chi ha vissuto le tappe di improvvisa accelerazione che hanno caratterizzato il tracciato di trasformazione del qui indagato terreno di attività della Pubblica amministrazione, incisivamente segnato dagli impulsi comunitari) evoluzione giurisprudenziale degli ultimi anni in materia di appalti pubblici, che ha decisamente rivoluzionato il modo di intendere la c.d. procedura ad evidenza pubblica da parte del plesso giurisdizionale amministrativo, grazie anche ai continui interventi delle Corti europee, possono condizionare la valutazione da parte di questo Collegio circa la fondatezza o meno del proposto ricorso.

In altri termini, onde evitare di percorrere un cammino valutativo che potrebbe condurre ad una decisione patologicamente caratterizzata da profili di denegata o improvvida giustizia (con riferimento a tutte le parti coinvolte nel presente giudizio), la prospettiva di osservazione della res controversa che deve essere assunta dal Collegio e, conseguentemente, il parametro di stima da utilizzarsi nel prosieguo, allo scopo di apprezzare la solidità delle prospettazioni censorie illustrate dal consorzio ricorrente nei due atti di impugnazione dei provvedimenti ritenuti illegittimi, debbono necessariamente essere indirizzati verso un calibrato scrutinio della vicenda storicamente e figurativamente ricondotto al periodo in cui ha avuto avvio il presente giudizio, senza che esso venga condizionato dalla su richiamata

evoluzione normo-giurisprudenziale del settore dell'affidamento delle commesse pubbliche.

6. - Siffatta operazione è comunque resa più agevole dalla piena condivisione, che il Collegio esprime in via preliminare, delle ragioni che hanno indotto la Sezione, nella fase cautelare, a respingere l'istanza di adozione di misure anticipatorie della tutela della propria posizione soggettiva avanzata dal CONSORZIO AGECO.

La già richiamata ordinanza n. 1659 del 5 aprile 2007, con la quale, per l'appunto, è stata respinta l'istanza cautelare formulata dal consorzio ricorrente, reca una (necessariamente) sintetica ma incisiva e completa motivazione di chiarimento circa le ragioni che indussero la Sezione a non accogliere la ridetta istanza, curando di specificare, pressoché con riferimento a ciascuna delle censure dedotte dalla parte ricorrente, la causa ostativa al riconoscimento della presenza del c.d. fumus boni iuris con riferimento al gravame proposto.

Il contenuto di tale decisione – che, lo si ripete, il Collegio condivide pienamente anche all'esito di una più meditata operazione valutativa confacente alla fase processuale di merito – può dunque costituire la radice dello sviluppo esplorativo delle singole questioni proposte in chiave dubitativa dal consorzio ricorrente.

7. – Il primo profilo di censura attiene alla contestata violazione del principio di trasparenza delle operazioni di gara provocata dal comportamento assunto dalla commissione, per quel che si legge nel verbale n. 4 del 15 giugno 2006

Il Comune di Roma nelle sue controdeduzioni non contesta quanto affermato in via di fatto dal CONSORZIO AGECO, ribadendo quanto risulta dalla documentazione prodotta in giudizio e cioè che “nell'esperimento del 10.05.2006 il seggio di gara ha aperto alla presenza del pubblico le buste con le due offerte pervenute nei termini e, verificato il

possesso del requisiti (...) i plichi delle offerte tecniche sono stati restituiti al XIII Dipartimento per lo scrutinio, conservando chiusi quelli contenenti l'offerta economica per la successiva fase di gara" (così, testualmente, a pag. 2 della memoria prodotta dalla difesa comunale).

Al riguardo la giurisprudenza amministrativa ha affermato che i principi di pubblicità e trasparenza delle sedute della commissione di gara non sono assoluti, ma derogabili dalla *lex specialis*, la quale, ove si tratti di gara svolta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ben può prevedere la valutazione in seduta riservata dell'offerta tecnica: l'obbligo di pubblicità delle sedute delle commissioni di gara riguarda esclusivamente la fase dell'apertura dei plichi contenenti la documentazione e l'offerta economica dei partecipanti, e non anche la fase di apertura e valutazione delle offerte tecniche mentre il rispetto del principio di pubblicità si rende doveroso solo nei casi in cui le attività che devono essere svolte dal seggio di gara implicino la adozione di decisioni suscettibili di riverberarsi sulla partecipazione o meno dei concorrenti alla procedura e tale non è l'apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica che può realizzarsi nella medesima seduta di valutazione dell'offerta stessa e, quindi, in sede riservata (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 14 ottobre 2009 n. 6311 e 11 maggio 2007 n. 2355. Sul punto si coglie subito l'occasione per ribadire che, verosimilmente, l'orientamento attualmente più condivisibile è quello volto a considerare necessario che la fase di apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica sia svolta pubblicamente allo scopo di verificare la completezza della documentazione presente in ciascuna busta, confermandosi la necessità della sede riservata per la sola valutazione di tali elementi tecnici dell'offerta e ricavandosi, peraltro, la necessità di tale sequenza procedurale dalle previsioni contenute nel D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, recante il regolamento di attuazione al Codice dei contratti pubblici, segnatamente gli artt. 120 e 121 per i lavori e gli artt. 282 e 283 per i servizi le forniture: ma

si è detto che tali più recenti disposizioni, in uno con gli orientamenti giurisprudenziali recenti che ne hanno palesemente ispirato l'introduzione, costituiscono approdi cronologicamente successivi al periodo in cui la commissione ha operato e quindi inapplicabili al caso qui in via di scrutinio).

Oltretutto, nel caso in esame può facilmente riscontrarsi, ancora in via documentale, che il bando non ha esplicitamente previsto l'obbligo della apertura in seduta pubblica anche della busta contenente l'offerta tecnica, verosimilmente perché questa – secondo le indicazioni operative prescritte dal disciplinare - non conteneva alcun documento previsto a pena di esclusione ma solo documenti tecnici.

In conclusione l'aver affidato alla commissione, peraltro istituita presso il Dipartimento "committente" del Comune di Roma e quindi in una diversa struttura organizzativa rispetto a quella che ha aperto i plichi e le buste contenenti la documentazione c.d. amministrativa, la effettuazione delle operazioni materiali di dissigillatura della busta contenente l'offerta tecnica e di valutazione del relativo contenuto, attraverso la attribuzione dei relativi punteggi, non riguardando la ammissione dei soggetti interessati alla gara, non integra un comportamento suscettibile di ledere alcuna norma esplicita di legge (vigente all'epoca dei fatti) né alcun principio di tutela della concorrenza o di trasparenza e comunque è avvenuto conformemente alle prescrizioni di gara contenute nel bando e nel disciplinare.

7. – Il secondo punto di doglianza verte sull'operazione, effettuata dalla commissione, di integrazione dei criteri di valutazione delle offerte, per come indicati nella lex specialis di gara, arricchendoli (ma ad avviso del CONSORZIO AGECO realizzando una illegittima operazione di frammentazione) con più specifici sub-criteri e sub-pesi (inutili e fuorvianti, ad avviso del consorzio ricorrente), cui ancorare il giudizio valutativo delle offerte presentate.

Al contrario la difesa comunale evidenzia, non senza aver prima rilevato la complessità dell'appalto che andava affidandosi in ragione della peculiarità e molteplicità delle azioni richieste per eseguirlo alla ditta che ne sarebbe stata aggiudicataria, come la commissione, per poter svolgere il gravoso compito affidatole e con riferimento al quale sono state necessarie ben 17 sedute, ha dovuto opportunamente redigere "un documento di 25 pagine intitolato criteri e sub-criteri di valutazione per l'attribuzione del punteggio tecnico" (così, testualmente, a pag. 3 della memoria del Comune resistente). Orbene anche in questo caso deve essere evidenziato che, successivamente rispetto al periodo in cui si è svolta la gara in esame, si è assistito ad un incisiva modifica normativa nel settore degli appalti pubblici, trainata dall'evoluzione della giurisprudenza comunitaria, in merito al momento in cui debbono essere definiti tutti i criteri, sub-pesi e sub-punteggi di valutazione delle offerte presentate in occasione delle gare da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'attuale assetto normativo impone che, nelle procedure di aggiudicazione con il criterio testé indicato, tutti gli elementi di valutazione delle offerte debbano essere necessariamente predefiniti nella lex specialis di gara e non integrabili successivamente ad opera della commissione preposta alla valutazione dell'offerta tecnica.

Dispone, infatti, l'art. 83 del Codice dei contratti pubblici (nella versione che esita dall'intervento integrativo prodotto dal decreto legislativo 11 settembre 2008 n. 152) - rubricato "Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa" - che quando il contratto è affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il bando di gara stabilisce i criteri di valutazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, quali, a titolo esemplificativo: a) il prezzo; b) la qualità; c) il pregio tecnico; d) le caratteristiche estetiche e funzionali; e) le caratteristiche ambientali e il contenimento dei consumi energetici e delle

risorse ambientali dell'opera o del prodotto; f) il costo di utilizzazione e manutenzione; g) la redditività; h) il servizio successivo alla vendita; i) l'assistenza tecnica; l) la data di consegna ovvero il termine di consegna o di esecuzione; m) l'impegno in materia di pezzi di ricambio; n) la sicurezza di approvvigionamento.

La norma in esame, inoltre, prescrive che il medesimo bando di gara elenchi i criteri di valutazione e precisi la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia deve essere appropriato. Ed ancora, ai sensi del quarto comma dell'art. 83 di cui trattasi, il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub - criteri e i sub - pesi o i sub - punteggi (ove poi 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).

Nel passato lo stesso Codice dei contratti pubblici, facendo proprio l'orientamento giurisprudenziale dominante nel periodo al quale si deve fare riferimento nell'esame del presente contenzioso, con disposizione poi soppressa dalla lettera u) del comma 1 dell'art. 1, del citato decreto legislativo n. 152 del 2008, ammetteva che la commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fosse autorizzata a fissare in via generale i canoni motivazionali cui attenersi per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando.

8. - Ciò posto, osserva il Collegio come nel passato (e, certamente, prima dell'entrata in vigore del Codice dei contratti, non applicabile *ratione temporis* alla presente fattispecie, rispetto alla quale il riferimento

normativo va individuato nel testo del decreto legislativo n. 157 del 1995, segnatamente l'art. 23, abrogato come il resto del testo contenuto nel ridetto decreto a far data dal 1° luglio 2006, a mente del combinato disposto degli artt. 256 e 257 del succitato Codice) si era consolidato il principio secondo il quale eventuali specificazioni o integrazioni dei criteri di valutazione indicati dal bando di gara o dalla lettera d'invito ben potevano essere configurati dalle commissioni giudicatrici, seppure soltanto prima della apertura delle buste relative alle offerte e ciò indipendentemente dalla circostanza che i componenti la commissione avessero concretamente preso conoscenza delle offerte stesse (tra le molte: Cons. Stato, Sez. V, 19 aprile 2005 n. 1791 e 20 gennaio 2004 n. 155 nonché T.A.R. Marche, 15 marzo 2005 n. 241).

Di conseguenza, si affermava come la commissione giudicatrice di una gara pubblica poteva legittimamente introdurre elementi di specificazione dei criteri generali stabiliti dal bando di gara o dalla lettera di invito per la valutazione delle offerte, attraverso la previsione di sottovoci rispetto alle categorie principali già definite, ove ciò si fosse reso necessario per una più esatta valutazione delle offerte medesime e sempre a condizione che a tale determinazione di sottocriteri di valutazioni si fosse addivenuti prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 4 febbraio 2003 n. 533, 23 luglio 2002 n. 4022, 26 gennaio 2001 n. 264, 13 aprile 1999 n. 412 e Sez. VI, 20 dicembre 1999 n. 2117 nonché T.A.R. Toscana, Sez. II, 17 settembre 2003 n. 5107, TAR Marche, 16 giugno 2003 n. 607 e TRGA, Bolzano, 12 febbraio 2003 n. 48).

Va segnalato come tale orientamento sia stato sottoposto a rivisitazione in seguito all'entrata in vigore del richiamato art. 83 del Codice dei contratti pubblici (cfr., in particolare, in tal senso, T.A.R. Lazio, II Sezione, 15 settembre 2008 n. 8328).

Come ha osservato la giurisprudenza della Sezione da ultimo citata, la

disposizione di cui al quarto comma dell'articolo 83 sembra portare all'estremo la limitazione della discrezionalità della Commissione nella specificazione dei criteri, escludendone ogni facoltà di integrare il bando, e quindi facendo obbligo a quest'ultimo di prevedere e specificare gli eventuali sottocriteri (ne consegue, ad esempio, l'illegittimità di una *lex specialis* che, pur richiamando il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nulla preveda in ordine agli elementi dell'offerta da considerare ed all'attribuzione dei punteggi).

In sintesi e conclusivamente può affermarsi che l'esigenza di non lasciare spazi di discrezionalità valutativa ai commissari, quando l'appalto è affidato al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è affrontata oggi dall'art. 83 del Codice dei contratti pubblici e dalla giurisprudenza di settore che, fin dalla formulazione del bando di gara, impone che questo stabilisca i criteri di valutazione dell'offerta, precisando anche la ponderazione e cioè il valore o la rilevanza relativa attribuita a ciascuno di essi, anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui la soglia si riferisce deve essere adeguato. La norma impone ancora che sia sempre il bando a prevedere, ove necessario, per ciascun criterio di valutazione prescelto, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi.

La direzione verso la quale giurisprudenza e legislatore si sono mossi è stata, dunque, quella di restringere al massimo, per quanto possibile, gli spazi di libertà valutativa delle offerte da giudicare con il metodo del criterio economicamente più vantaggioso.

9. - Ben diversa, tuttavia e come si è sopra riferito, era la situazione in epoca anteriore all'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici: infatti, anche dopo l'intervento della Corte di Giustizia UE (sez. II, 24 novembre 2005, in causa C-331/04) che aveva fortemente limitato la discrezionalità delle commissioni di gara in *subiecta materia*, era tutt'altro che da escludere

in assoluto siffatta facoltà di integrazione del bando.

In particolare, detta “potestà” (tale doveva considerarsi, perverso) incontrava il limite dell'impossibilità di introdurre nuovi criteri di valutazione ovvero nuove modalità di computo dei punteggi, e più in generale il divieto di condotte discriminatorie o comunque idonee ad alterare il confronto tra i concorrenti in gara.

Nel caso di specie, la intervenuta fissazione, ad opera della commissione e prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche (nonché di quelle economiche) presentate dai concorrenti, dei singoli criteri di valutazione deve ritenersi legittima, avuto riguardo alla articolazione interna di questi ed al relativo dettaglio degli elementi oggetto di valutazione.

Va peraltro tenuto conto della circostanza che, nonostante i dubbi mossi sul punto dal CONSORZIO AGECO, i documenti “A” e “B” nei quali è possibile leggere e riscontrare lo sviluppo valutativo dei sub-pesi, sub-criteri, sub-punteggi introdotti dalla commissione e riferibile ai singoli giudizi operati dai commissari sulle proposte tecniche avanzate dai concorrenti, si manifestano completi in tutti i loro elementi e perfettamente corrispondenti alle linee guida di giudizio tracciate nei verbali da 1 a 4 e nell'allegato recante, per l'appunto, i criteri e sub-criteri integrativi delle prescrizioni del bando.

Sul punto deve poi rammentarsi quel consolidato principio, egualmente riferibile al periodo in cui si sono verificati i fatti qui oggetto di esame nonché a quello attuale, secondo il quale il giudizio di discrezionalità tecnica reso dalla commissione di gara in sede di valutazione delle offerte, essendo connotato dalla complessità delle discipline specialistiche di riferimento e dall'opinabilità dell'esito della valutazione, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo laddove non vengano in rilievo indici sintomatici del non corretto esercizio del potere sotto i profili del difetto di motivazione, dell'illogicità manifesta e dell'erroneità dei

presupposti di fatto (cfr., ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 19 novembre 2009 n. 7259, 16 febbraio 2009 n. 837 e Sez. IV, 8 giugno 2007 n. 3103)

Nello stesso tempo deve rammentarsi che è jus receptum (cfr., ad esempio, il precedente della Sezione espresso nella sentenza 8 marzo 2010 n. 3520 che nel prosieguo viene riprodotta per ampi stralci) che, per quanto assistita da lata discrezionalità tecnica, la valutazione del seggio di gara non sfugge allo scrutinio del giudice amministrativo circa la manifesta irragionevolezza o l'evidente arbitrarietà. Se è vero, infatti, che a ciascuna proposta offerta il seggio di gara deve assegnare uno specifico punteggio numerico, di per sé tale dato non è sufficiente, dovendo essere preceduto (a buste chiuse) dalla necessaria e precisa predefinizione dei criteri di valutazioni. Sicché è ben vero che il punteggio si risolve e concreta la motivazione - nel senso, quindi, che evidenzia il livello di gradimento della commissione sulla proposta -, a condizione, però, che la stazione appaltante abbia inteso stabilire le voci da valutare, il loro peso nell'ambito d'una procedura da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nonché quanti punti il seggio medesimo avrebbe avuto a disposizione. La ragione è evidente: siffatto criterio svincola la commissione da un giudizio meramente meccanico ed aritmetico, accentuando piuttosto, donde la predetta discrezionalità tecnica, quello sulla qualità dell'offerta e della convenienza complessiva di essa in base, però, a parametri certi, definiti e sufficientemente dettagliati sì da guidare l'impresa nel confezionamento dell'offerta ed il seggio di gara a valutarla in modo non arbitrario.

Nel caso di specie si riscontra, dall'esame documentale, come l'intervento della commissione, nell'inserire elementi di valutazione integrativa al fine di specificar meglio i criteri indicati nel bando (potendolo normativamente fare all'epoca, per quel che si è sopra riferito), peraltro consentito dalla norma contenuta nell'art. 10 del capitolato speciale d'appalto (come lealmente osservato dal consorzio ricorrente a pag. 18 del ricorso

introduttivo), fu quanto mai opportuno, di talché l'operazione valutativa si è manifestata attraverso puntuali espressioni di giudizio che non evidenziano alcuna incongruenza, contraddittorietà od illogicità manifeste che il giudice amministrativo possa o debba rilevare *ictu oculi*, per come gli è consentito di fare. D'altronde, sotto il profilo della stretta contestazione in termini di asserita incoerenza od illogicità del giudizio emesso dalla commissione, non si rinviene alcuna prospettata censura da parte del CONSORZIO AGECO (per come rilevato dalla stessa difesa comunale a pag. 3 della memoria).

Le suesposte osservazioni inducono il Collegio a ritenere infondato il secondo motivo di gravame anche sotto l'ulteriore profilo incentrato sull'asserito difetto di motivazione.

10. – Il CONSORZIO AGECO, con il quarto motivo di impugnazione, contesta sì l'operato della commissione tecnica ma, in questo caso, sotto il profilo del mancato rispetto del principio della collegialità nelle decisioni assunte dai componenti.

Ricorda il consorzio ricorrente che la commissione di gara costituisce un collegio perfetto e quindi le decisioni debbono essere assunte alla presenza e con il voto di tutti i componenti. Di tale collegialità non vi sarebbe traccia nella documentazione di gara.

Può agevolmente constatarsi dalla lettura della documentazione prodotta dall'Amministrazione resistente che, al contrario di quanto sostenuto dal CONSORZIO AGECO, i verbali descrittivi e rappresentativi delle operazioni di valutazione delle offerte svolte dalla commissione sono stati sottoscritti dai tre componenti dello stesso organo interno dell'Amministrazione procedente. Nel caso di specie poi, i componenti della commissione hanno ritenuto di predisporre due distinti atti (definiti documento "A" e documento "B") volti a raccogliere i giudizi espressi dai predetti componenti rappresentando anche i profili di differente

valutazione (c.d. scostamenti) rispetto ad alcuni elementi delle offerte esaminate.

Tale modo di operare, poi confluito nel momento collegiale raccolto nel verbale di riferimento e, tramite la sottoscrizione da parte di tutti i commissari, lungi dal poter essere contestato da questo giudice amministrativo, non mostrando sintomi di illogicità ovvero di irrazionalità, testimonia piuttosto l'impegno in termini di trasparenza assunto dai componenti della commissione a fronte di un mandato valutativo particolarmente gravoso, tenuto conto della poliedricità delle attività fatte oggetto dell'appalto da affidarsi e, conseguentemente, della necessariamente complessa struttura delle offerte presentate, onde raggiungere un giudizio che fosse il più intellegibile possibile, seppur caratterizzato da elementi di elevato tecnicismo.

Anche su tale sviluppo dei fatti il CONSORZIO AGECO mostra di voler lealmente ammettere che, comunque, la commissione ebbe ad operare "due valutazioni, ciascuna sottoscritta da parte dei componenti della commissione, anche se entrambe hanno ad oggetto la valutazione delle offerte tecniche in gara" (così, testualmente, a pag. 21 del ricorso principale), pur se nello stesso tempo detto consorzio contesta che tale modus operandi sia rappresentativo di una scelta valutativa effettivamente operata collegialmente. D'altronde e come si è già sottolineato nella sede cautelare, l'aver deciso la commissione di operare in plenum eppure nello stesso tempo di non svilire le diverse opinioni dei componenti, consentendo loro di redigere distinti elaborati di maggioranza e di minoranza, costituisce comportamento corretto e tutt'altro che contraddittorio.

La sostenuta (dalla parte ricorrente) distonia comportamentale (figurativamente intesa) emergente nell'operato della commissione rispetto all'undefettibile obbligo di osservanza del principio della collegialità, per

quanto si è anche sopra rappresentato, non è dato di rinvenirsi nella lettura della documentazione posta all'attenzione del Collegio, sicché anche tale motivo di censura non può ritenersi fondato.

11. – Residua l'indagine in merito al complesso motivo proposto con il ricorso recante motivi aggiunti.

Sostiene il CONSORZIO AGECO che il CONSORZIO IRAS, risultato aggiudicatario definitivo della gara, avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura in quanto ha utilizzato impropriamente l'istituto dell'avvalimento.

Nello specifico il consorzio ricorrente sottolinea che:

1) l'istituto dell'avvalimento è stato introdotto con il Codice dei contratti pubblici e quindi non poteva trovare applicazione con riferimento alla procedura in esame il cui avvio si è realizzato antecedentemente rispetto al 1° luglio 2006;

2) in ogni caso il CONSORZIO IRAS non avrebbe depositato le prescritte certificazioni e dichiarazioni riferite alle consorziate (Eco Service S.r.l. e Ifer S.r.l.) delle cui risorse il consorzio intendeva avvalersi, attestanti il possesso dei requisiti generali e quelli di capacità tecnica.

Per quanto attiene al primo dei due profili di doglianza su elencati preme rammentare come la giurisprudenza contemporanea all'epoca in cui i fatti qui in esame si sono verificati ammetteva l'applicazione dell'istituto di origine comunitaria dell'avvalimento, proprio con riferimento agli appalti di servizi.

Con una qui rilevante decisione in merito all'istituto di cui sopra il Consiglio di Stato (Sez. V, 28 settembre 2005 n. 5194), con riguardo ad una gara regolata - come la presente - dal decreto legislativo n. 157 del 1995 (in quel caso, per l'affidamento pluriennale del servizio di gestione e manutenzione degli impianti di pubblica illuminazione) ebbe ad affermare che:

- a) l'art. 31, n. 3, della direttiva c.d. servizi 92/50/CEE (ma uguale previsione è contenuta nell'art. 26 della direttiva c.d. lavori, n. 93/37/CE), permette al prestatore di provare la capacità economico-finanziaria richiesta mediante qualsiasi documento che l'Amministrazione aggiudicatrice ritenga appropriato;
- b) allo stesso modo, per ciò che attiene alla capacità tecnica, l'art. 32, n. 2, lett. c), della direttiva c.d. servizi (e, del pari, l'art. 27 della direttiva c.d. lavori) prevede espressamente la possibilità di provarla mediante l'indicazione dei tecnici o degli organismi tecnici, siano essi o meno parte integrante dell'impresa concorrente, di cui la stessa disporrà per l'esecuzione dell'appalto. Pertanto, un operatore che non soddisfi da solo i requisiti minimi prescritti per partecipare alla procedura di aggiudicazione, ben può far valere, a tali fini, le capacità di terzi cui conti di ricorrere in caso di aggiudicazione;
- c) tali conclusioni sono state avvalorate, nel tempo, dalle sentenze della Corte di giustizia CE (causa C-389/92 Ballast Nedam Groep I, C-5/97 Ballast Nedam Groep II, C-176/98), che hanno interpretato le norme anzidette nel senso che consentono, per la valutazione dei criteri cui deve soddisfare un imprenditore all'atto dell'esame di una domanda di abilitazione presentata da una persona giuridica dominante di un gruppo, di tenere conto delle società che appartengono a tale gruppo, purché la persona giuridica di cui è causa provi di avere effettivamente a disposizione i mezzi di dette società, necessari per l'esecuzione degli appalti (più recentemente tali principi sono stati normati dal legislatore comunitario con la direttiva 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi che, agli articoli 47 e 48, prevede che un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità - economico-finanziarie e/o tecniche - di altri soggetti, a prescindere dalla natura

giuridica dei suoi legami con questi ultimi, purché dimostri di disporre dei mezzi necessari a tal fine);

d) se è vero, dunque, che la giurisprudenza comunitaria in tema di avvalimento si è sviluppata avendo a riferimento fattispecie in cui la società madre partecipava direttamente alla gara, non di meno essa ha affermato un principio di più vasta portata, in virtù del quale è da ritenere che "un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi" (articoli 47 e 48 della direttiva 2000/18/CE relativa a "lavori, servizi e forniture"; norme analoghe sono contenute nella direttiva 2004/17/CE relativa ai settori speciali).

La giurisprudenza amministrativa, d'altronde, si era già espressa nel senso sopra illustrato sottolineando come (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 17 settembre 2003 n. 5287) dovesse tenersi in considerazione, ai fini dell'applicazione al settore dell'affidamento di un appalto di servizi dell'istituto comunitario sopra illustrato, quanto affermato dalla giurisprudenza comunitaria (cfr. Corte giust. CE 2 dicembre 1999, n. 176/98) nel segnalare che la direttiva del consiglio 18 giugno 1992 n. 92/50/Cee, in tema di appalti di servizi, va interpretata nel senso che consente a un prestatore, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione a una gara d'appalto di servizi, di far riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che il partecipante ha con essi, a condizione che il soggetto interessato sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti.

Le precisazioni sopra riferite valgono ancor più, vista la peculiare natura del soggetto partecipante alla gara, per i consorzi, con la conseguenza che sotto il primo profilo il motivo di gravame introdotto con il ricorso recante motivi aggiunti non può ritenersi fondato.

12. – Ad un non diverso esito si giunge, questa volta sulla scorta della

produzione documentale da ultimo svolta dalla difesa comunale, in merito all'esame del secondo profilo di doglianza illustrato dal CONSORZIO AGECO nel ricorso recante motivi aggiunti.

Emerge, infatti, dalla lettura della documentazione depositata dalla difesa del Comune di Roma in vista dell'udienza fissata per la discussione del merito della controversi che le consorziate del CONSORZIO IRAS hanno prodotto tutte le certificazioni e le dichiarazioni sostitutive rese necessarie dalle indicazioni contenute nella lex specialis di gara.

Conseguentemente anche tale ultimo profilo di doglianza qui scrutinato non coglie nel segno.

13. – In virtù di quanto sopra e per effetto dell'accertata infondatezza dei motivi di censura dedotti con il ricorso principale e con il ricorso recante motivi aggiunti, i gravami proposti dal consorzio ricorrente debbono essere respinti, coinvolgendo inevitabilmente la domanda risarcitoria.

In ragione del principio della soccombenza, ai sensi dell'art. 91 c.p.c., per come richiamato dall'art. 26, comma 1, c.p.a., le spese di giudizio vanno imputate a carico del consorzio ricorrente, stimando equo ad avviso del Collegio liquidarle nella misura complessiva di € 6.000,00 (euro seimila/00), ripartite per la metà tra le parti resistenti, come da dispositivo.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna il Consorzio A.GE.CO.-Ambrosiana General Contractor, in persona del rappresentante legale pro tempore, a rifondere le spese del presente giudizio in favore di Roma Capitale (già Comune di Roma), in persona del Sindaco pro tempore ed in favore del Consorzio IRAS Product & Services-Romana Allestimento e Servizi, in persona del rappresentante legale pro tempore, che liquida in complessivi € 6.000,00 (euro seimila/00), oltre accessori come per legge, ripartiti in complessivi € 3.000,00 (euro

tremila/00), oltre accessori come per legge, a favore di ciascuna delle due parti resistenti.

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

Così deciso in Roma nelle Camere di consiglio del 21 aprile 2011 e dell'8 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Tosti, Presidente

Carlo Modica de Mohac, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/09/2011

IL SEGRETARIO

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