

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza
ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1528 del 2011, proposto da:

Cooperativa Sociale il Girasole a r.l. Onlus, rappresentata e difesa dagli avv.ti Alessandra Cursi e Giovanni Carlo Pellegrino, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Lecce, via Augusto Imperatore, 16;

contro

Comune di San Pietro Vernotico, rappresentato e difeso dall'avv. Guido Massari, ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Massimo Quarta in Lecce, via Giovanni Guerrieri, 1/A;

nei confronti di

Simona Cleopazzo, non costituita;

per l'annullamento

- della nota 28 luglio 2011 prot. n. 14187, con cui è stata comunicata alla ricorrente l'aggiudicazione alla S.c.a.r.l. Coop. Centro Studi Kairos della gara per l'affidamento, per il periodo di tre anni, della gestione del laboratorio teatrale da istituirsi nei locali dell'ex asilo nido di via Cuneo di S. Pietro in Vernotico;

- della determinazione dirigenziale 25 luglio 2011 n. 404, di approvazione dei verbali di gara;

- dei verbali di gara 2 – 10 e 18 maggio – 5 e 21 luglio 2011 di aggiudicazione provvisoria della gara;

- di ogni altro atto ad essi connesso, presupposto e/o consequenziale;

nonché per il risarcimento del danno in forma specifica e la declaratoria di inefficacia del contratto, ove nelle more stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di San Pietro Vernotico;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2011 il Cons. Rosaria Trizzino e uditi l'avv. Cursi per la ricorrente e l'avv. Massari per la p.a.;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con deliberazione dirigenziale 28 marzo 2011 n. 731, il Comune di San Pietro in Vernotico bandiva una gara per l'appalto del servizio relativo alla gestione del laboratorio teatrale da istituirsi nei locali dell'ex asilo nido comunale.

La ricorrente, seconda classificata dopo la Scarl Centro Studi Kairos (aggiudicataria), con il ricorso in oggetto – preceduto da preavviso di ricorso ex articolo 243 bis del Codice dei Contratti rimasto senza esito - impugna l'aggiudicazione della gara e tutti gli atti della procedura concorsuale deducendo i seguenti motivi:

A) in relazione alla mancata esclusione della Scarl Centro Studi Kairos, la violazione del bando di gara, del principio della par condicio, l'erronea applicazione dell'articolo 6 della legge 7 agosto 1990 n. 241.

In particolare la ricorrente rileva che la Scarl Centro Studi Kairos doveva essere esclusa per non aver fornito – in violazione delle clausole del bando che ne prevedevano espressamente l'esclusione - alcuna indicazione in ordine all'esistenza o meno della figura del Direttore tecnico.

Contesta, altresì, il comportamento della Commissione giudicatrice che, in virtù del principio del favor participationis, nella seduta del 10 maggio 2011 deliberava di ammettere la Kairos, risultando dal certificato camerale (prodotto dalla stessa Kairos) che la Cooperativa era priva della figura del direttore tecnico.

B) con riferimento alla valutazione della propria offerta economica, la violazione del bando per perplessità, irragionevolezza e la violazione dell'Allegato G del D.p.r. 207 del 2010.

Sostiene invero la ricorrente che il bando di gara assegnava il massimo punteggio (pt. 15) al "prezzo di contratto più basso" e che la Commissione giudicatrice, modificando arbitrariamente il bando, avrebbe erroneamente assegnato alla sua offerta economica (che non prevedeva alcun ribasso rispetto al prezzo posto a base della gara) un punteggio pari a 0 punti e non già il punteggio di pt. 14,59 risultante dalla formula $Pi = 15 * Pr_{min} / Pr_i$ prevista dal bando.

2. – Si è costituito in giudizio il Comune di San Pietro in Vernotico, contestando le pretese della ricorrente e chiedendo la reiezione del ricorso e dell'istanza incidentale di sospensione.

3. – Nella Camera di Consiglio del 10 novembre 2011, fissata per la trattazione dell'istanza di sospensione, il ricorso veniva trattenuto in decisione ai sensi dell'articolo 60 del cod. proc. amm.

4. – In merito al motivo di cui al punto A) il Collegio ritiene di aderire all'orientamento giurisprudenziale che postula l'effettuazione di una doverosa valutazione sostanzialistica della sussistenza delle cause ostative, atteso che se il primo comma dell'art. 38 del D. Lgs n. 163/2006 ricollega l'esclusione dalla gara al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti indicati, il secondo comma non prevede analoga sanzione per l'ipotesi della mancata o non perspicua dichiarazione.

Tale orientamento è oggi confermato dal comma 1-bis dell'articolo 46 del Codice, introdotto dall'articolo 4, comma 2, n. 2, lettera d), del d.l. n. 70/2011, convertito in legge n. 106/2011, in base al quale: "La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle".

In base a tale norma, in definitiva, è oggi possibile comminare l'esclusione da una gara solo ove vi sia incertezza in ordine alla provenienza della domanda, al suo contenuto o alla sigillazione dei plichi e che ogni altra ragione di non partecipazione agli incanti non può essere prevista, a pena di nullità della disposizione del bando o della lettera d'invito (cfr. in tal senso e da ultimo T.A.R. Liguria, sez. II, 22 settembre 2011, n. 1396, e T.A.R. Veneto, sez. I, 13 settembre 2011, n. 1376);

Ora, poiché tra le predette cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure concorsuali, non sembra rientrare anche la mancata specificazione dell'inesistenza della figura del direttore tecnico, sembra evidente che la Stazione appaltante non avrebbe potuto escludere la ricorrente dalla gara, ma, avrebbe dovuto – come in effetti ha fatto - invitarla ad integrare la documentazione mancante.

In tal caso, infatti, da un lato, l'esclusione sarebbe stata in contrasto con gli obblighi di non aggravamento procedimentale sanciti dall'art. 18 della l. n. 241 del 1990 e, dall'altro, la carenza della espressa specificazione dell'inesistenza della figura del direttore tecnico non integra una delle cause legali tassative che legittimano l'esclusione da gare di appalto, ex art. 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici.

Nella specie, infatti, la Cooperativa Kairos è risultata in possesso di tutti i requisiti richiesti e la "lex specialis" e la contestata omissione non produce alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla

norma, né comporta per il concorrente alcun vantaggio in termini competitivi (cfr. Consiglio di Stato, VI, 22 febbraio 2010, n. 1017).

4.1 – Alla stregua delle suesposte considerazioni il motivo in esame deve, pertanto, essere respinto.

5. - Passando ora all'esame del secondo motivo (punto B), rivolto avverso il punteggio attribuito all'offerta economica della ricorrente, il Collegio deve rilevare quanto segue:

a) La formula prescelta dal bando di gara in base alla quale i punteggi da assegnare alle offerte economiche riflettono in proporzione il distacco tra l'offerta economicamente più vantaggiosa e le altre mediante la moltiplicazione del punteggio massimo attribuibile per il quoziente che si ottiene dividendo l'offerta più favorevole per quella di volta in volta esaminata, è rispettosa dei criteri di logicità e coerenza nella valutazione previsti nell'articolo 83, comma 5, Codice contratti e nell'allegato P del D.p.r. n. 207 del 2010 in base al quale “ Il calcolo dell'offerta economicamente più vantaggiosa può essere effettuato utilizzando a scelta della stazione appaltante uno dei seguenti metodi indicati nel bando di gara o nella lettera di invito [.....] b) per quanto riguarda gli elementi di valutazione di natura quantitativa quali, a titolo meramente esemplificativo, il prezzo e il termine di consegna o di esecuzione, attraverso la seguente formula [.....]”.

b) Nello specifico il bando di gara prevedeva quale criterio di aggiudicazione della gara il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa da determinare per quanto riguarda l'offerta economica secondo la seguente formula: $P = 15 * Pr_{min} / Pr_i$ (in cui P è il punteggio da assegnare all'offerta in considerazione, Pr_{min} è il prezzo più basso e Pr_i è il prezzo offerto formulato dal concorrente).

c) Trattasi all'evidenza di formula matematica tendente ad attribuire un punteggio proporzionale al prezzo offerto dai concorrenti che costituisce strumento idoneo a temperare da un lato, la par condicio tra essi, e dall'altro, l'interesse della stazione appaltante alla scelta dell'offerta migliore.

d) Ora una corretta e coerente applicazione di tale formula non avrebbe portato, mai, a far assegnare 0 punti all'offerta della ricorrente di importo pari al prezzo posto a base di gara, ma il punteggio di pt. 14,59, come risulta dalla prima valutazione della Commissione.

5.1 – Tanto basta a ritenere la fondatezza del motivo all'esame.

6. - Ciò posto il Collegio deve conclusivamente rilevare che sulla base del punteggio come sopra determinato per l'offerta economica, la ricorrente consegue il primo posto in graduatoria.

Conseguentemente va ritenuta l'illegittimità dell'aggiudicazione in favore della Scarl Kairos, seconda classificata .

6.1 – In accoglimento dell'istanza risarcitoria formulata dalla ricorrente va riconosciuto il diritto della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione della gara di che trattasi e dichiarato inefficace il contratto eventualmente stipulato fra il Comune e la Scarl Kairos.

7. – Nei termini e nei sensi sopra indicati il ricorso va pertanto accolto.

Peraltro sussistono giusti motivi per compensare integralmente fra le parti le spese e competenze del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini e nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente, Estensore

Ettore Manca, Consigliere

Patrizia Moro, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE