

Publicato il 27/03/2023

N. 00702/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00395/2023 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 395 del 2023, proposto da Le Macchine Celibi Soc. Coop., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Marco Dugato, Maria Gaia Cavallari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Avellino, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Ferdinando Belmonte, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Mediatech Società Cooperativa A R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Vetrano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- dell'aggiudicazione definitiva del servizio di supporto alla gestione dei servizi della biblioteca "S. e G. Capone" della Provincia di Avellino per 12

mesi, disposta a seguito di procedura aperta con modalità telematica sul MEPA CIG 9497841A55 n. reg. Avviso di affissione 222 del 26 gennaio 2023, trasmessa alla ricorrente il 31 gennaio 2023 prot. 4195;

- dei verbali di gara n. 1, 2 e 3 della commissione giudicatrice relativi all'attribuzione dei punteggi tecnici ed economici;
- delle schede di attribuzione dei punteggi dell'offerta economica;
- di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale ai provvedimenti impugnati, ancorché non conosciuti dalla ricorrente, nonché per l'accertamento e la dichiarazione del diritto della ricorrente alla stipulazione del contratto conseguentemente disponendo l'aggiudicazione in favore di questa e la stipulazione del relativo contratto d'appalto, fatta salva la dichiarazione ex art. 122 c.p.a. di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con la controinteressata in pendenza del gravame, e di cui non è pervenuta comunicazione ai sensi di legge, in ragione della richiesta di subentro che qui ritualmente si propone;

ovvero in subordine per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno per tantundem, con conseguente declaratoria dei criteri in base ai quali la stazione appaltante dovrà formulare una proposta di pagamento per il risarcimento per tantundem del danno che emergerà in sede di causa ed in ulteriore subordine per l'annullamento del Disciplinare di gara, nella parte in cui (articolo 10) stabilisce, con riferimento alla sola offerta economica, che il punteggio calcolato secondo la formula indicata a pagina 5 del disciplinare è attribuito “nel caso in cui pervenga all'Amministrazione un numero di offerte valide superiore a 2 (due)” nonché, per quanto occorrer possa, della Determinazione dirigenziale n. 2278 del 18 novembre 2022, come integrata con determinazione di riapertura dei termini di gara n. 2471 del 7 dicembre 2022 ed approvazione della lex specialis e conseguentemente dell'aggiudicazione definitiva del servizio di supporto alla gestione dei servizi della biblioteca “S. e G. Capone” della Provincia di Avellino per 12 mesi, disposta a seguito di procedura aperta con modalità telematica sul MEPA

CIG 9497841A55 n. reg. Avviso di affissione 222 del 26 gennaio 2023, trasmessa alla ricorrente il 31 gennaio 2023 prot. 4195, nonché per la riedizione della procedura di gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia di Avellino e di Mediatech Società Cooperativa A R.L.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 2023 il dott. Pierangelo Sorrentino e uditi per le parti i difensori PERONGINI SERGIO (su delega degli avvocati Dugato e Cavallari), BELMONTE FERDINANDO, VETRANO GIUSEPPE.;

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

Rilevato che:

- la ricorrente Le Macchine celibi soc. coop. ha impugnato l'aggiudicazione del servizio di supporto alla gestione dei servizi della biblioteca S. e G. Capone della Provincia di Avellino, chiedendo, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con la controinteressata, di poter subentrare nel relativo rapporto ovvero, in subordine, la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno per *tantundem* ovvero, in ulteriore subordine, l'annullamento del disciplinare di gara e, per l'effetto, la riedizione della procedura evidenziale;

- secondo quanto dedotto dalla ricorrente:

a) sarebbe irragionevole, illogico, contraddittorio e contrario ai principi sanciti dal codice dei contratti l'operato della stazione appaltante che, sull'offerta economica ha seguito il metodo del confronto a coppie, mentre su quella tecnica lo ha escluso, adducendo in entrambi i casi la medesima motivazione in sé contraddittoria "le offerte pervenute sono soltanto due";

b) il giudizio della commissione risulterebbe altresì viziato, in via autonoma, sotto il profilo della carenza di motivazione e di trasparenza sul metodo

seguito nel confronto a coppie, non potendosi evincere, relativamente ai punteggi dell'offerta economica, i parametri seguiti per la loro attribuzione né, dai verbali delle operazioni di gara, la motivazione sottesa all'attribuzione numerica;

c) in via subordinata, laddove l'operato della stazione appaltante fosse ritenuto conforme a quanto prescritto dalle regole della procedura, andrebbe giocoforza riconosciuta l'illegittimità - per contrasto con l'art. 95 del d.lgs. 50/2016 - della legge di gara e, in particolare, del disciplinare, segnatamente dell'art. 10 (*“criteri e modalità dell'aggiudicazione”*), a norma del quale, relativamente all'offerta economica, valutabile *“massimo 20 punti”* (su 100), *“Sarà attribuito il punteggio massimo all'offerta con il prezzo più basso, il suddetto prezzo costituisce il parametro di riferimento per la valutazione delle restanti offerte. Pertanto, nel caso in cui pervenga all'amministrazione un numero di offerte valide superiore a 2 (due), la commissione attribuirà a ciascuna offerta economica un punteggio proporzionale a tutte le offerte, calcolandolo mediante l'applicazione della seguente formula [...]”*.

L'assegnazione, in conformità alla suindicata regola del disciplinare, deduce parte ricorrente, nel caso di due offerte, di 20 punti all'offerta economica migliore e di 0 punti all'offerta con il minor ribasso, determinerebbe, in sostanza, l'illegittima trasformazione dell'aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa, espressamente prevista dalle regole di gara, in un'aggiudicazione al massimo ribasso. Siffatto meccanismo di assegnazione del punteggio per l'offerta economica, inoltre, confliggerebbe apertamente con la prevista centralità dell'offerta tecnica, per la quale la legge di gara ha previsto un punteggio massimo di 80/100, rendendo di fatto l'offerta economica l'unica capace di determinare l'aggiudicatario.

- costituitesi in giudizio, la Provincia di Avellino e l'aggiudicataria Mediatech soc. coop. a r.l., hanno entrambe chiesto la reiezione del ricorso, siccome infondato, rivendicando la conformità dell'attribuzione dei punteggi alle regole di gara, e all'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016, non essendosi verificato, nella

gara *de qua*, il presupposto per l'attribuzione del punteggio proporzionale per l'offerta economica, costituito dalla presenza di almeno 3 offerte valide.

Ritenuto che:

- la controversia, come da avviso dato alla camera di consiglio del 22 marzo 2023, si presti a essere definita con sentenza in forma semplificata, sussistendo tutti i presupposti richiesti dall'art. 60 c.p.a.;
- è fondato il terzo motivo di ricorso (*sub c*), attesa l'illegittimità della disposizione del disciplinare che regola le modalità di attribuzione del punteggio per l'offerta economica (art. 10), di cui ha fatto applicazione la Commissione di gara (con conseguente infondatezza delle censure sollevate *sub a e b*, essendosi l'organo valutativo attenuto, diversamente da quanto affermato dalla ricorrente, alle regole della *lex specialis*);
- per costante giurisprudenza, infatti, sebbene si riconosca che la scelta operata dall'amministrazione appaltante, in una procedura di aggiudicazione, come nella specie, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relativamente ai criteri di valutazione delle offerte, sia espressione dell'ampia discrezionalità attribuita dalla legge per meglio perseguire l'interesse pubblico, nondimeno non si dubita della sindacabilità di detta scelta in sede di giurisdizione di legittimità “*allorché sia macroscopicamente illogica, irragionevole ed irrazionale ed i criteri non siano trasparenti ed intellegibili*” (Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 2021, n. 7053);
- nel caso di specie appare irragionevole la radicale diversità del meccanismo di attribuzione del punteggio per l'offerta economica in dipendenza del numero di offerenti, soggetto a ponderazione, cioè, ove gli offerenti siano più di due, secondo la formula di cui all'art. 10 del disciplinare e, invece, assegnato secondo un criterio assoluto di tipo *win/lose* (o 20 punti, cioè il massimo, oppure 0), nel caso in cui le offerte siano due soltanto;
- l'aberrante effetto che ne deriva, infatti, è quello di far dipendere l'esito della gara, in buona sostanza, dal numero di offerenti, considerato, nel caso di due offerte economiche, che il relativo criterio di attribuzione del punteggio,

nell'escludere un collegamento proporzionale tra l'entità del ribasso e i punti assegnati, conduce a un'estrema valorizzazione delle due offerte economiche (anche, in ipotesi, ove i due ribassi si differenziassero per pochissimi punti percentuali) e alla formazione di un divario di punti (pari a 20) in concreto assai difficilmente controbilanciabile dalle differenze di punteggio derivanti dalla valutazione della componente qualitativa dell'offerta, che invece risulta centrale in caso di tre (o più) offerte, attesa la graduazione ponderale dei ribassi di prezzo proposti;

- nel caso di due offerte, e solo in tal caso, l'operatività dell'art. 10 del disciplinare implica, di fatto, il sostanziale annullamento del margine di rilevanza dell'apprezzamento del merito tecnico dell'offerta, determinando il rovesciamento, in concreto, sul piano, cioè, dei risultati applicativi, del rapporto di forza tra elemento tecnico ed elemento economico, attesa l'irrecuperabilità – in violazione di quanto previsto dalla *lex specialis* che nell'assegnare 80 punti su 100 postula la preponderanza del dato qualitativo su quello economico – di un divario di venti punti conseguente alla valutazione delle offerte economiche;

- l'anzidetta marginalizzazione della componente qualitativa dell'offerta (nel caso di due sole offerte in gara), determina, quindi, lo snaturamento del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e confligge, pertanto, con la norma di cui all'art. 95, comma 10 bis, "*che impone alla stazione appaltante di assicurare l'effettiva individuazione del migliore rapporto qualità/prezzo, valorizzando gli elementi qualitativi dell'offerta al fine di garantire un confronto concorrenziale effettivo sul merito tecnico dell'offerta*" (Cons. di Stato, Sez. V, 20/10/2021, n. 7053; T.A.R. Roma, sez. II, 17 maggio 2022, n. 6267);

- da quanto sopra sinteticamente osservato discende l'illegittimità della disposizione contenuta nell'art. 10 del disciplinare sul criterio di attribuzione del punteggio per l'offerta economica, siccome intrinsecamente irragionevole e in conflitto con la norma di cui all'art. 95, comma 10 bis, del d.lgs. n. 50/2016;

- il ricorso deve essere conseguentemente accolto imponendosi, per l'effetto, la riedizione dell'intera procedura di gara, non essendo evidentemente possibile "salvare" alcun atto della procedura, ivi compresa la presentazione delle offerte e il sub-procedimento di ammissione alla competizione, non potendo né l'originaria né una nuova Commissione reiterare le operazioni dopo che le offerte tecniche ed economiche sono state non solo conosciute, ma addirittura oggetto di valutazione, atteso che la rinnovazione del segmento di gara che ha formato oggetto di annullamento giudiziale (o in autotutela) è consentita solo se non sia violato il principio di segretezza delle offerte (T.A.R. Bologna, sez. II, 11/11/2020, n.723; T.A.R. Salerno, sez. I, 8/4/2019 n. 563; T.A.R. Catanzaro, sez. I, 22/10/2019 n. 1754);
- non può evidentemente essere accolta la domanda di subentro nel contratto, ovvero di ristoro del danno per *tantundem*, avanzata in via prioritaria da parte della società ricorrente, non avendo quest'ultima possibilità alcuna, alla luce del vizio riscontrato, di conseguire l'aggiudicazione, in quanto la ravvisata illegittimità comporta unicamente l'obbligo di rinnovare la selezione sulla base di una emendata formulazione della *lex specialis* nella parte concernente il criterio di valutazione dell'offerta economica;
- le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti e con gli effetti indicati in motivazione e annulla, per l'effetto, gli atti impugnati.

Condanna la Provincia di Avellino e Mediatech società cooperativa a r.l. alla refusione, in favore della ricorrente Macchine celibi soc. coop., ciascuno nella misura di un mezzo, delle spese e competenze di giudizio, che si liquidano in complessivi euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori, come per legge.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 2023

con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Pierangelo Sorrentino, Primo Referendario, Estensore

Raffaele Esposito, Referendario

L'ESTENSORE
Pierangelo Sorrentino

IL PRESIDENTE
Leonardo Pasanisi

IL SEGRETARIO