

Publicato il 11/10/2021

N. 02205/2021 REG.PROV.COLL.
N. 01473/2021 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 per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1473 del 2021, proposto da Progetto A Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Enrico Di Ienno e Lucia Licata, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Induno Olona, non costituito in giudizio;

nei confronti

Cooperativa Sociale Eureka! Soc. Coop. a R.L. e Marta Società Cooperativa Sociale Onlus, non costituite in giudizio;

per l'annullamento

a) della Determinazione n. 213 del 12 agosto 2021 di aggiudicazione dell'appalto per la gestione di servizi diversi in ambito educativo e scolastico presso le scuole dell'infanzia, primarie e secondarie – periodo anni scolastici 2021/2022, 2022/2023 e 2023/2024 – mediante procedura negoziata ex art. 63 D.Lgs. n. 50/2016, disposta in favore della Eureka! Coop. Soc. a r.l.;

- b) del processo verbale n. 4 del 15 luglio;
- c) del provvedimento prot. n. 0009730 VII.01/3 del 06 agosto 2021 di rigetto dell'istanza di annullamento in autotutela;
- d) del provvedimento prot. n. 0009999.VII.01/3 del 13 agosto 2021 di parziale diniego all'accesso agli atti; nonché per quanto occorrer possa:
- e) della Determinazione n. 147 del 07 giugno 2021;
- f) della Lettera di invito e del Capitolato Speciale d'appalto;
- g) del Report della procedura di gara; oltre ogni altro atto annesso, connesso, precedente e/o consequenziale ancorché non conosciuto, e per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto ex art. 122 c.p.a. ove nelle more stipulato; e per l'accertamento e la condanna: all'ostensione completa degli atti non concessi con l'adozione di tutte le misure ritenute più opportune a tutela del diritto della Ricorrente; al risarcimento dei danni patiti e patendi in via prioritaria in forma specifica attraverso l'aggiudicazione della gara e la stipula del relativo contratto, con richiesta fin da ora di eventuale subentro; in via subordinata, nell'impossibilità di reintegrazione in forma specifica, al risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2021 il dott. Giovanni Zucchini e trattenuta la causa in decisione come specificato nel verbale;

Visto l'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Induno Olona (VA) indiceva una procedura negoziata per l'affidamento della gestione dei servizi scolastici integrativi, da assegnarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con assegnazione di 70 punti massimi all'offerta qualitativa e di 30 punti massimi a quella economica.

La gara sarebbe stata svolta con modalità telematiche, utilizzando la piattaforma della Regione Lombardia denominata Sintel.

Al termine della procedura risultava aggiudicataria la Cooperativa Sociale Eureka!, mentre al terzo posto si collocava la Cooperativa Sociale “Progetto A”.

Quest’ultima proponeva il ricorso in epigrafe, con domanda di sospensiva e con istanza di accesso ex art. 116 del c.p.a.

All’udienza cautelare del 7.10.2021 il Presidente dava avviso della possibilità di una sentenza in forma semplificata e la causa era trattenuta in decisione.

Alla medesima udienza era chiamata per la decisione l’istanza ex art. 116 del c.p.a.

2. Il ricorso appare fondato, per le ragioni che seguono.

2.1 La lettera di invito (cfr. il doc. 6 della ricorrente, pag. 5) prevede, per l’attribuzione del punteggio al criterio del prezzo (massimo 30 punti), l’assegnazione di 30 punti alla ditta che avrà offerto il prezzo più basso, mentre ai restanti operatori il punteggio sarà attribuito mediante l’applicazione di una formula matematica per la quale il punteggio da assegnare (X) sarà pari al rapporto fra il prodotto fra il prezzo più basso (Pi) ed il coefficiente C pari a 30 (costituente il dividendo) ed il prezzo offerto PO, costituente il divisore, quindi $X = (P_i * C) / P_O$.

La commissione di gara, nella seduta del 15.7.2021 (cfr. il doc. 2 della ricorrente, verbale n. 4/2021), evidenziava come il criterio matematico di cui sopra non corrispondeva a quello invece utilizzato nella piattaforma Sintel.

A questo punto, ipotizzando un errore nella lettera di invito, la commissione assegnava il punteggio tecnico non utilizzando la formula della legge di gara, ma impiegando un differente criterio previsto dalla piattaforma, che teneva conto non del prezzo offerto bensì del valore percentuale al ribasso e quindi $PE \text{ (punteggio)} = P_{E_{max}} \text{ (punteggio massimo assegnabile)} * (S_o - \text{percentuale offerta dal singolo} / S_{max} - \text{percentuale più alta offerta in gara})$.

2.2 La condotta della commissione, poi confermata dall'Amministrazione che ha respinto l'istanza di autotutela avanzata dall'esponente (cfr. il doc. 3 di quest'ultima), appare illegittima.

Infatti, a fronte della limpida dizione della lettera di invito – che individua una chiara formula per l'assegnazione del punteggio economico – la commissione ha di fatto disapplicato la lettera di invito stessa, sostituendo il criterio previsto da quest'ultima con un differente criterio, tale da snaturare l'esito della gara.

Appare assodato in giurisprudenza che la stazione appaltante deve, per evidenti esigenze di parità di trattamento dei concorrenti, rispettare scrupolosamente tutte le prescrizioni della *lex specialis*, non essendo certo possibile una modifica delle medesime in corso di gara, neppure per rimediare ad eventuali errori compiuti nella redazione degli atti della procedura (cfr. da ultimo, fra le tante, Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza n. 3180/2021).

2.3 A ciò si aggiunga, fermo restando quanto sopra esposto, che le ragioni addotte dalla commissione per disapplicare la lettera di invito appaiono inconferenti.

In particolare non può attribuirsi rilievo dirimente alla circostanza che la piattaforma Sintel non conterrebbe il criterio previsto dalla lettera di invito, posto che Sintel è una piattaforma telematica a disposizione delle stazioni appaltanti lombarde ma non è pensabile che le formule di punteggio in essa contenute possano vincolare l'appaltante a disapplicare la legge di gara.

Parimenti irrilevante è la circostanza che a pag. 3 della lettera di invito sia imposto ai concorrenti di indicare il ribasso percentuale unico sull'importo posto a base di gara, giacché questo non toglie certo efficacia alla formula di attribuzione del punteggio economico sopra indicata.

La motivazione adottata dalla commissione, inoltre, appare perplessa, posto che la commissione stessa si limita ad "ipotizzare" (cfr. il doc. 2 della ricorrente, pag. 7), un "refuso" nella lettera di invito.

Orbene, il concetto di “refuso” è quello di un mero errore materiale dovuto alla svista di un compilatore (in analogia con l’art. 1430 del codice civile sull’errore di calcolo), ma non può sostenersi che la scelta di una precisa formula matematica di attribuzione di punteggio costituisca un semplice errore materiale, come tale facilmente riconoscibile con l’ordinaria diligenza ed emendabile da chiunque (sulla rilevanza e sui limiti degli errori materiali nelle gare pubbliche si veda, fra le più recenti, TAR Lazio, Sezione II-*bis*, sentenza n. 9448/2021).

In conclusione, deve ribadirsi che, anche in caso di eventuali errori nella legge di gara, la commissione non ha alcun potere di modifica o di disapplicazione della stessa, dovendo semmai sospendere la procedura per porre la questione al Responsabile del Procedimento, per l’esercizio dei poteri riconosciutigli dalla legge (cfr. l’art. 31 del D.Lgs. n. 50/2016).

Si conferma di conseguenza l’accoglimento del ricorso, con assorbimento di ogni altra censura e con annullamento degli atti impugnati in via principale (provvedimento di aggiudicazione e diniego di autotutela) e salve le successive determinazioni dell’Autorità Amministrativa.

3. Alla luce della suindicata decisione di accoglimento, l’istanza ex art. 116 c.p.a. deve essere dichiarata improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse all’impugnazione.

4. Le spese di causa sono poste a carico della stazione appaltante (Comune di Induno Olona) e sono liquidate come da dispositivo, mentre sussistono giusti motivi per compensarle nei confronti delle parti controinteressate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Dichiara improcedibile l’istanza ex art. 116 del c.p.a.

Condanna il Comune di Induno Olona al pagamento delle spese di lite, che liquida in euro 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge (IVA, CPA e

spese generali nella misura del 15%) ed onere del contributo unificato ai sensi di legge (art. 13 comma 6*bis*1 del DPR n. 115/2002).

Compensa per il resto.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Katiuscia Papi, Referendario

L'ESTENSORE
Giovanni Zucchini

IL PRESIDENTE
Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO