

N. 00476/2016 REG.PROV.COLL.

N. 02471/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2471 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Splendor s.n.c. di Palmieri Giuseppe & C., rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Battista Di Matteo, legalmente
domiciliata in Salerno, presso la Segreteria del T.A.R.;

contro

Comune di Pontecagnano Faiano, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Roberto Maffia,
legalmente domiciliato in Salerno, presso la Segreteria del T.A.R.;

nei confronti di

Ecoteam s.r.l.;

per l'annullamento

del disciplinare di gara e del capitolato speciale di appalto concernente il servizio di pulizia della Casa Comunale, nella parte in cui prevede l'esclusione dei concorrenti che non abbiano raggiunto la "soglia minima di sbarramento" di 35 punti per l'offerta tecnica, dei verbali di gara, con i quali è stata disposta l'esclusione della ricorrente dalla gara e sono stati attribuiti 31,79 punti per l'offerta tecnica dalla stessa presentata, della determina n. 928 del 12.8.2015, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva a favore della Ecoteam s.r.l., di ogni atto connesso e presupposto, nonché per l'accertamento del diritto della ricorrente all'aggiudicazione della gara e per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno, in forma specifica o in subordine per equivalente

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Pontecagnano Faiano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 febbraio 2016 il dott. Ezio Fedullo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Rilevato che la parte ricorrente contesta la legittimità della clausola della *lex specialis* secondo cui “ai sensi dell’art. 83, comma 2, del Codice, saranno esclusi dalla gara e, pertanto, non si procederà all’apertura della loro offerta economica, i concorrenti che avranno ottenuto un punteggio complessivo per l’offerta tecnica (determinato a seguito della riparametrazione) inferiore alla soglia minima di punti 35 (soglia di sbarramento)”, allegando che la previsione della suddetta “soglia di sbarramento” esula dai poteri della stazione appaltante e che comunque essa si rivela superiore al limite del 50% del punteggio massimo che la giurisprudenza ha individuato come compatibile con i principi di *par condicio* e di finalizzazione della gara alla selezione della migliore offerta;

Evidenziato che, con riferimento ad una analoga fattispecie, in cui la “soglia di sbarramento” per le offerte tecniche era stata fissata dalla stazione appaltante a 50 punti su di un massimo di 70, la giurisprudenza ha così recentemente statuito (cfr. T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, n. 368 del 23 aprile 2015):

- l’art. 83 comma 2 del D.lgs 163/06 (criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa) stabilisce che “il bando di gara ovvero, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo, elencano i criteri di valutazione e precisano 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”;

- la succitata espressa previsione della possibilità da parte della stazione appaltante di fissare una soglia di sbarramento nella valutazione dell’offerta rende, in primo luogo, infondata le teorizzata violazione dell’art. 46 comma 1 bis della stessa legge;

- parimenti infondata è la dedotta illegittimità della determinazione di tale soglia nel valore pari a 50/70 del punteggio per l’offerta tecnica;

- sul punto, la giurisprudenza, ha avuto occasione di spiegare che “la “ratio legis” dell’art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006 va individuata nell’esigenza, strettamente inerente al criterio selettivo dell’offerta economicamente più vantaggiosa, di garantire il migliore livello qualitativo delle offerte presentate, con conseguente valutazione negativa di quelle offerte che, pur potendo apparire convenienti sotto il profilo economico, possano, però, essere *a priori* riconosciute come non conformi rispetto a determinati *standard* minimi già individuati, sul piano più generale, dalla “lex specialis”, allo scopo di evitare il rischio di prestazioni inadeguate e di offerte, nel complesso, inaffidabili;

- è, dunque, riconosciuta all’amministrazione una facoltà discrezionale in ordine alla determinazione dei fattori di incidenza dei singoli elementi per la scelta dell’offerta economicamente più vantaggiosa, che ha proprio la finalità di consentire la ponderazione di diversi elementi dell’offerta stessa, da indicare in ordine decrescente di importanza, con attribuzione di un *range* di punteggi, che può assegnare preminente importanza ad uno di essi, ad esempio al merito tecnico piuttosto che alla mera convenienza economica, in relazione all’oggetto dell’appalto e nel pieno rispetto del principio di concorrenzialità;

- la scelta in concreto esercitata dall’amministrazione limitata alla prefigurazione di una sorta di soglia di sbarramento legittima, tenuto anche conto del principio generale codificato dall’art. 83 comma 3, d.lg. n. 163 del 2006, non risulta né abnorme né irragionevole” (cfr. T.A.R. Lazio Roma sez. III 17 marzo 2014 n. 2947);

- inoltre, con specifico riferimento alla determinazione della soglia di sbarramento, è stato affermato che “nelle gare con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, la predeterminazione di una soglia qualitativa minima di sbarramento (nella specie fissata a 45 punti sui 65 complessivamente disponibili per la qualità), lungi dal pregiudicare una partecipazione qualificata, esprime una scelta della stazione appaltante di privilegiare offerte particolarmente apprezzabili che non può dirsi manifestamente irragionevole” (T.A.R. Toscana sez. I 4 maggio 2012 n. 863);

Evidenziato che le conclusioni raggiunte dal giudice di primo grado sono state condivise e ribadite dal giudice di appello (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 5468 del 10 novembre 2015), che, nel respingere l’impugnazione proposta avverso la sentenza suindicata, si è espresso nei termini seguenti:

- l’art. 83, comma 2, d.lgs n. 163 del 2006, nel riferirsi alle gare impiegate sul criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, stabilisce quanto segue: “Il bando di gara ... elenca(no) i criteri di valutazione e precisa(no) 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”;

- l’Amministrazione ha introdotto nella *lex specialis* la clausola oggetto di scrutinio, nell’esercizio di uno specifico potere attribuitole dalla legge: sicché la presente controversia si sostanzia, in pratica, nella verifica dell’appropriatezza - richiesta dalla disposizione testé trascritta - della scelta discrezionale così compiuta;

- va rilevato come la definizione dei criteri da seguire nelle procedure di gara per la valutazione delle offerte dei concorrenti sia rimessa all'apprezzamento discrezionale delle stazioni appaltanti;
- l'Amministrazione dispone, infatti, di ampi margini di discrezionalità nella determinazione non solo dei criteri da porre quale riferimento per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma anche delle relative formule matematiche (cfr. ad es. C.d.S., V, 12 giugno 2013, n. 3239; 22 gennaio 2015, n. 257; 18 giugno 2015, n. 3105);
- secondo il modulo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in particolare, la selezione del contraente deriva dal congiunto apprezzamento tecnico-discrezionale dei vari elementi che compongono le offerte secondo parametri di valutazione e ponderazione predeterminati dalla Stazione appaltante in funzione delle esigenze da soddisfare con lo specifico contratto, pur se con il vincolo che i criteri prescelti siano coerenti con le prestazioni che formano oggetto dell'appalto e pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto (cfr. l'art. 83 cit., comma 1);
- come riflesso di quanto esposto, il sindacato giurisdizionale nei confronti delle scelte amministrative operate in materia, tipica espressione di discrezionalità tecnico-amministrativa, è consentito unicamente nei casi di abnormità, sviamento o manifesta illogicità (V, 12 giugno 2013, n. 3239; 8 aprile 2014, n. 1668; 22 gennaio 2015, n. 257);
- questa impostazione rileva, naturalmente, anche nell'eventualità che la Stazione appaltante decida di avvalersi dello 'strumento' della "soglia di sbarramento", scelta che potrebbe pertanto essere censurata solo in presenza di macroscopiche irrazionalità, di incongruenze o di palesi abnormità (cfr., ad es., V, 18 novembre 2011, n. 6084);
- la *ratio* di questo 'strumento' si ricollega all'esigenza specifica di addivenire, ai fini della singola, particolare procedura contrattuale, ad un livello qualitativo delle offerte particolarmente elevato, sì da comportare l'esclusione di quelle che, pur magari astrattamente convenienti sul piano economico, non raggiungano però sul versante qualitativo lo standard che l'Amministrazione si prefigge;
- infondata è la critica secondo la quale la soglia in contestazione, postulando il raggiungimento di un punteggio di valore tecnico almeno pari a 50/70, e pertanto ben superiore a un livello di semplice sufficienza, sarebbe eccessivamente elevata;
- la norma di legge, difatti, si limita, come si è visto, a disporre che debba essere "appropriato" lo scarto tra la soglia e il punteggio massimo relativo all'elemento cui la soglia stessa si riferisce;
- la giurisprudenza, in proposito, ha ammesso la censurabilità di una previsione di soglia che sia prossima al punteggio massimo (C.d.S., V, 18 novembre 2011, n. 6084): il Collegio ritiene però di escludere che una soglia fissata in corrispondenza del 71,42 % del massimo assegnabile all'offerta tecnica, come nel caso concreto, integri la condizione patologica appena detta;
- per quanto, infatti, una soglia simile sia sensibilmente superiore a un livello di astratta sufficienza, essa è comunque lontana dal massimo punteggio attribuibile: e la giurisprudenza in sede applicativa si è già espressa, del resto, per la possibile fissazione anche di valori del genere quali livelli di soglia, allorché ha reputato legittimi sbarramenti fissati, rispettivamente, a punti 28 su 40, pari a un valore del 70 % (VI, 16 febbraio 2010, n. 849), e a punti 45 su 60, pari al 75 % (V, 18 aprile 2012, n. 2253), facendo notare l'adeguatezza di simili soglie, finalizzate "al risultato di escludere offerte tecniche che non raggiungano un giudizio qualitativo che superi la mera sufficienza" (sentenza n. 849/2010 cit.);
- infine, va escluso che la clausola di sbarramento in contestazione abbia potuto snaturare la procedura dando luogo, con la sua elevatezza, a uno sbilanciamento a favore dell'elemento qualitativo, e a discapito di quello economico, incompatibile con l'impostazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006: come questo Consiglio ha già avuto modo di osservare, "la legge non impone di valutare sempre e comunque, sotto il profilo del prezzo, un'offerta che sia qualitativamente scarsa, ben potendo consentirsi alle stazioni appaltanti di non valutare offerte qualitativamente non apprezzabili, anche se convenienti sul piano economico" (sentenza n. 849/2010 cit.);
- il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non comporta, infatti, che anche un'offerta rivelatasi qualitativamente insoddisfacente debba essere ineluttabilmente valutata anche sotto l'aspetto economico, in quanto questa materia soggiace alla disciplina stabilita a monte della procedura dall'Amministrazione, nelle cui facoltà discrezionali rientra la determinazione dei fattori d'incidenza dei singoli elementi dell'offerta, con il loro correlativo dosaggio in relazione alle esigenze da soddisfare, nel rispetto del principio della parità di trattamento (VI, 22 novembre 2006 n. 6835; V, 3 marzo 2004, n. 1040);

Ritenuta infine l'infondatezza della censura intesa a lamentare l'illegittimità del punteggio attribuito all'offerta tecnica della ricorrente la quale, svolgendo attualmente il servizio *de quo*, offrirebbe ogni garanzia di affidabilità, non avendo mai dato luogo a contestazioni di sorta;

Considerato infatti che la valutazione delle offerte tecniche è ancorata dalla *lex specialis* a determinati criteri di valutazione, la cui correttezza applicativa non è suscettibile di essere inficiata dalla generica deduzione del corretto pregresso svolgimento del servizio da parte della ricorrente, secondo gli *standards* qualitativi posti a fondamento della precedente aggiudicazione a suo favore del servizio di cui si tratta;

Ritenuto in conclusione che sia il ricorso che i motivi aggiunti debbano essere respinti, siccome infondati;

Ritenuto di statuire la compensazione delle spese di giudizio, attesa la peculiarità dell'oggetto della controversia;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Sezione staccata di Salerno, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 2471/2015, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Amedeo Urbano, Presidente

Giovanni Sabato, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/03/2016

IL SEGRETARIO

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