Consiglio di Stato, sez, VI, 11 settembre 2008, n. 4348

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto da SOCIETA' SAN ROSSORE.IT SCRL, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Giancarlo Altavilla con domicilio eletto in Roma Lungotevere Flaminio n. 46 pal. IV, presso lo studio Grez;

contro

PARCO REGIONALE MIGLIARINO, SAN ROSSORE, MASSACIUCCOLI, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avv. Carmelo D'Antone con domicilio eletto in Roma Lungotevere Flaminio 46 pal. IV, presso lo studio Grez;

e nei confronti di

SOCIETA' COOPERATIVA PISANA SERVIZI AUSILIARI, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Dino Buoncristiani e dall'Avv. Riccardo Mariotti con domicilio eletto in Roma via di Torre Argentina 47, presso lo studio del secondo;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione II, n. 2357/2007;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle parti appellate;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 6 giugno 2008 relatore il Consigliere Roberto Chieppa.

Uditi l'avv. Raggi per delega dell'avv. Altavilla, l'avv. Manzi per delega dell'avv. D'Antone, l'avv. Mariotti per delega dell'avv. Buoncristiani;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O E D I R I T T O

1. In data 10 novembre 2006 il direttore del Parco Regionale di Migliarino, San Rossore e Massaciuccoli indiceva una gara per l'affidamento in concessione, con il metodo della licitazione privata, della gestione ad uso foresteria di due immobili denominati: Foresteria Verde e Casale La Sterpaia, nella tenuta di S. Rossore, per anni 9, secondo il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa (art. 83 D. Lgs. n. 163/2006); ai sensi dell'art. 7 del Capitolato tecnico, erano previsti 40 punti al progetto tecnico (da attribuire secondo i sottoparametri specificati sul capitolato) e 60 punti per l'offerta economica, per la quale il canone annuo a base d'asta era indicato in €. 54.000,00.

Nella seduta del 6 dicembre 2006, la Commissione approvava la graduatoria, nella quale la società S. Rossore.it si posizionava al primo posto con un totale di punti 88,48, mentre la Engineering Service si classificava al 2° posto con punti 69,98 e la CO.PI.S.A. al 3° posto con punti 69,73.

A seguito della nota di contestazione trasmessa dalla CO.PI.S.A., in data 11 dicembre 2006 la Commissione confermava l'attribuzione del maggior punteggio alla S.Rossore.it (p. 92,03), mentre la CO.PI.S.A. passava al 2° posto in graduatoria (con p. 88,59) e la Engineering Service si classificata al 3° posto (con p. 86,52).

Con determinazione 12 dicembre 2006 n. 992 il Direttore dell'Ente Parco, approvati i verbali della Commissione di gara, aggiudicava alla ditta S.Rossore.it la concessione del servizio di gestione degli immobili in questione ad uso foresteria per anni 9.

La CO.PI.S.A. proponeva ricorso, seguito poi da motivi aggiunti, davanti al Tar per la Toscana avverso l'aggiudicazione, che veniva impugnata con ricorso incidentale anche dalla stessa aggiudicataria S.Rossore nella parte in cui era stato sostituito al sistema di valutazione delle offerte utilizzato nella seduta del 6 dicembre 2006 quello prospettato dalla ricorrente principale.

Con determinazione 14 maggio 2007, n. 399, l'Ente Parco procedeva all'annullamento d'ufficio della determinazione di aggiudicazione 15.02.2007 n. 106 e confermava le prime valutazioni già effettuate nella seduta del 6 dicembre 2006, riaggiudicando l'appalto alla S.Rossore.it.

Avverso tale riaggiudicazione la CO.PI.S.A proponeva motivi aggiunti, chiedendone l'annullamento.

Con sentenza n. 2357/2007 il Tar per la Toscana accoglieva il ricorso con riguardo al secondo atto di motivi aggiunti e dichiarava improcedibile il ricorso incidentale proposto dalla San Rossore.

In particolare, il giudice di primo grado riteneva:

- di dichiarare l'atto introduttivo ed il primo atto di motivi aggiunti, rispettivamente, l'uno inammissibile e l'altro improcedibile per carenza d'interesse poiché proposti avverso la determinazione 12.12.2006 n. 992 di aggiudicazione solo provvisoria (il primo) e la determinazione 15.02.2007 n. 106 (il secondo) di aggiudicazione definitiva a favore della S.Rossore.it, poi superata (a seguito di annullamento d'ufficio) dalla successiva determinazione di riaggiudicazione sempre alla S.Rossore.it del 14 maggio 2007 n. 399;

- di prescindere dall'esame delle eccezioni di tardiva impugnazione, in parte qua, del bando di gara e della lettera d'invito poiché l'impugnativa degli stessi è stata proposta in via soltanto sussidiaria ("ove escludenti" – tra l'altro - l'applicazione degli artt. 42 e 51 del D. Leg.vo n. 163/2006), mentre nel caso specifico andava esclusa la sussistenza del (prospettato) presupposto "per quanto occorra" relativo all'art. 7 del Capitolato;

- di dichiarare improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse anche il ricorso incidentale presentato dalla società aggiudicataria contro la determinazione n. 106 del 15.02.2007 (di aggiudicazione definitiva) in quanto, nel costo del giudizio, la stazione appaltante ha proceduto alla riaggiudicazione in data 14 maggio 2007, quando, anche in accoglimento delle censure formulate nel ricorso incidentale, ha annullato d'ufficio la precedente aggiudicazione 12.12.2006 n. 992;

- di accogliere l'impugnativa con riguardo alle censure con cui la ricorrente contesta il metodo di calcolo del punteggio per l'offerta economica, in quanto non rispettoso delle prescrizioni dettate dalla lex specialis di gara, che farebbe chiaro riferimento alla "offerta maggiore", e non all'incremento maggiore, e la cui corretta applicazione avrebbe comportato l'attribuzione a suo favore di punti 55,36 per l'offerta economica e, quindi, la collocazione al primo posto della graduatoria, e l'aggiudicazione della gara con punti complessivi 88,59, mentre la S.Rossore.it si sarebbe classificata soltanto al 2° posto con punti 88,48 e la Engeneering Service al 3° posto con punti 79,85.

- di accogliere anche le censure relative alla violazione dell'art. 7 della legge n. 241/90 e di difetto di istruttoria e violazione del giusto procedimento con riguardo all'incompletezza dell'offerta presentata dalla San Rossore;

- di respingere la domanda di risarcimento del danno, "poiché la pretesa della ricorrente principale all'affidamento della concessione del servizio trova soddisfazione nello stesso annullamento dell'impugnata riaggiudicazione con il conseguente obbligo della

stazione appaltante di adottare un nuovo provvedimento conclusivo della procedura di gara".

La società San Rossore.it e l'Ente Parco proponevano rispettivamente ricorso in appello principale ed incidentale avverso la suddetta decisione per analoghi motivi che saranno di seguito esaminati.

La CO.PI.S.A. si costituiva in giudizio, chiedendo la reiezione dei ricorsi.

Con ordinanza n. 6110/2007 questa Sezione accoglieva la domanda di sospensione dell'efficacia dell'impugnata sentenza, ritenendo comunque che l'appello dovesse trovare compiuta valutazione in sede di merito.

All'odierna udienza la causa veniva trattenuta in decisione.

2. Il principale oggetto dei ricorsi in appello principale ed incidentale è costituito dalla questione del criterio di calcolo del punteggio da attribuire alle offerte economiche delle tre imprese che hanno partecipato alla gara in esame.

Si ricorda che per la migliore offerta economica era stabilito un punteggio massimo di punti 60 e che il canone base annuo della concessione del servizio era fissato in €. 54.000,00; per valutare l'offerta economica, nella seduta del 6 dicembre 2006, la Commissione di gara ha preso in considerazione soltanto l'incremento offerto da ogni partecipante al canone base annuo, per cui, dopo aver attribuito 60 punti alla S.Rossore.it (che aveva offerto un incremento del 46,3%), in proporzione ha attribuito punti 45,48 alla Engeneering Service e punti 32,39 alla CO.PI.S.A.

Gli appellanti contestano la statuizione del Tar, che ha ritenuto – come già detto – che sulla base delle prescrizioni dettate dalla lex specialis di gara si doveva fare riferimento alla "offerta maggiore", e non all'incremento maggiore.

Non contestano che l'applicazione del criterio, invocato dalla ricorrente di primo grado, avrebbe condotto all'aggiudicazione della gara alla stessa con punti complessivi 88,59, mentre la S.Rossore.it si sarebbe classificata soltanto al 2° posto con punti 88,48 e la Engeneering Service al 3° posto con punti 79,85.

Gli appelli sono privi di fondamento.

L'art. 7 del capitolato di gara prevede che l'aggiudicazione del servizio avvenga i sensi dell'art. 83 del D. Lgs. n. 163/2006.

La stessa disposizione non è del tutto chiara con riguardo al criterio di valutazione dell'offerta, indicando tra i parametri generali di valutazione il maggior rialzo del canone annuo di concessione, ma precisando immediatamente dopo, con specifico riferimento all'offerta economica, che il punteggio massimo spetta all'offerta maggiore e che alle altre offerte spetta un punteggio proporzionale allo scostamento percentuale dall'offerta migliore.

Deve ritenersi che tale ultima previsione prevalga, in quanto inserita al punto 1., inerente appunto il criterio di assegnazione del punteggio per l'offerta economica.

Anche ammettendo che l'art. 83, comma 5, del D. Lgs. n. 163/2006 lasci libertà alle stazioni appaltanti di stabilire il criterio di valutazione dell'offerta economica, in conformità con quanto previsto dal considerando 46 della Dir. n. 2004/18/CE, va rilevato che in una gara in cui il prezzo a base d'asta non è elevato (54.000,00 Euro) risulta più ragionevole un metodo di calcolo del punteggio per l'offerta economica che non comporti una posizione eccessivamente recessiva della valutazione del progetto tecnico.

Come dimostrato dagli esempi illustrati dalla ricorrente di primo grado, il metodo utilizzato dalla commissione comporta rilevanti differenze di punteggio a fronte di non rilevanti differenze di prezzo

ed, in presenza di una disposizione di non chiara lettura, è preferibile optare per una interpretazione che conduce ad un criterio di valutazione più ragionevole e maggiormente conforme alle richiamate norme di legge, oltre che al dato testuale del punto 1 del citato art. 7.

Deve, quindi, essere confermata sul punto la sentenza di primo grado, anche con riguardo alla irrilevanza dell'impugnazione delle disposizioni della lex specialis, in quanto l'accoglimento del ricorso è stato correttamente fondato sull'interpretazione di tali previsioni, e non sulla loro illegittimità.

3. Resta assorbita ogni altra questione, in quanto, con riferimento a quelle prospettate dalle appellanti, la conferma della prima statuizione del Tar le priva di ogni interesse alla contestazione degli ulteriori profili e, con riguardo a quelle dedotte dalla ricorrente di primo grado con le proprie memorie, le precedenti considerazioni risultano pienamente satisfattive senza alcuna necessità di esame dei motivi assorbiti o delle eccezioni sollevate.

4. In conclusione, gli appelli devono essere respinti.

Tenuto conto della peculiarità della vicenda, ricorrono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge il ricorso in appello principale e il ricorso in appello incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, il 6-6-2008 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI -, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Claudio Varrone	Presidente
Paolo Buonvino	Consigliere
Domenico Cafini	Consigliere
Roberto Chieppa	Consigliere Est.
Francesco Bellomo	Consigliere

Presidente
C. Varrone

Consigliere **Segretario**

R. Chieppa G. Simonini