



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7276 del 2015, proposto da:
Cooperativa Sociale Servizio Psico Socio Sanitario Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Tommaso Di Nitto e Claudio Cataldi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Tommaso Di Nitto in Roma, Via Antonio Gramsci, 24;

contro

Roma Capitale, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Pier Ludovico Patriarca, domiciliata presso l'Avvocatura Capitolina in Roma, Via del Tempio di Giove, 21;

nei confronti di

Soc **Cooperativa** Azzurra 84 Onlus;

per l'annullamento

della nota di Roma Capitale prot. 34599 del 7 maggio 2015, con la quale l'amministrazione resistente ha comunicato alla ricorrente

l'aggiudicazione definitiva della gara a procedura aperta per il progetto "Genitori e figli: oltre il disagio" ad Azzurra '84;
della determinazione dirigenziale di Roma Capitale del 10 aprile 2015, con la quale l'amministrazione resistente ha aggiudicato definitivamente la gara ad Azzurra '84;
delle note di Roma Capitale del 10 aprile 2015 e del 16 marzo 2015;
di tutti i verbali della Commissione giudicatrice tenutesi nelle date del 19 gennaio 2015, dell'11 febbraio 2015, del 16 febbraio 2015, del 2 marzo 2015 e del 10 marzo 2015, nella parte in cui la Commissione ha ammesso alla gara Azzurra '84, ha valutato la relativa offerta e le ha aggiudicato provvisoriamente la gara stessa;
del bando di gara nella parte in cui ha stabilito il criterio di valutazione dell'offerta economica;
di ogni altro atto connesso, presupposto o conseguente nonché per il risarcimento in forma specifica del danno subito dalla **Cooperativa** ricorrente mediante subentro della stessa nell'aggiudicazione e nel contratto ed eventuale declaratoria di inefficacia del contratto laddove stipulato con Azzurra '84
nonché per l'accertamento del diritto della **Cooperativa** ricorrente ad accedere ai documenti amministrativi dell'offerta tecnica e alla documentazione prodotta a comprova dei requisiti dichiarati in sede di gara di Azzurra '84.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Roma Capitale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 ottobre 2015 il dott. Roberto Caponigro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Roma Capitale, con determinazione dirigenziale del 5 dicembre 2014, ha indetto la gara d'appalto a procedura aperta per l'affidamento del progetto di cui alla legge n. 285 del 1997 denominato "Genitori e figli: oltre il disagio", stabilendo quale criterio di aggiudicazione quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La stazione appaltante, con determinazione del 10 aprile 2015, ha aggiudicato definitivamente la gara ad Azzurra '84.

Di talché, la **Cooperativa** Sociale Psico Socio Sanitario Onlus, collocatasi al secondo posto in graduatoria, ha proposto il presente ricorso, articolato nei seguenti motivi di impugnativa:

Eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza. Violazione dell'art. 4, comma 2, lett. a), del DPCM 30 marzo 2004. Sulla illegittimità della formula matematica utilizzata per l'attribuzione del punteggio alle offerte economiche.

Il bando avrebbe illogicamente indicato una formula matematica che attribuisce un peso preponderante all'elemento prezzo sebbene la stazione appaltante, nella lex specialis di gara, avesse scelto di attribuire un maggior valore alla qualità dell'offerta tecnica (90 punti all'offerta tecnica e 10 punti all'offerta economica).

Roma Capitale, invece, sarebbe solita utilizzare una formula matematica che mette direttamente a raffronto non gli importi dei ribassi, ma

l'ammontare complessivo dei prezzi offerti; formula che, se applicata al caso di specie, avrebbe consentito alla **cooperativa** ricorrente di aggiudicarsi il servizio.

In definitiva, sarebbe illegittima l'utilizzazione di una formula matematica che renda il prezzo l'elemento decisivo per la scelta del contraente.

Eccesso di potere per difetto di istruttoria. Violazione della delibera del Consiglio Comunale di Roma Capitale 31 luglio 2000 n. 135. Violazione del principio della par condicio. Sulla incongruità dell'offerta economica presentata da Azzurra '84.

L'offerta economica presentata dalla controinteressata sarebbe incongrua sia per il numero di ore offerto per l'espletamento del servizio rispetto al numero di ore offerto dalla ricorrente sia per il mancato rispetto delle previsioni contenute nella delibera del Consiglio Comunale di Roma Capitale n. 135/2000.

Infatti, da un lato, Azzurra '84 avrebbe previsto di svolgere il servizio oggetto di gara per un numero complessivo di 901,6 ore inferiore rispetto a quello offerto dalla ricorrente (3.446,4 ore rispetto a 4.368 ore), dall'altro, la controinteressata avrebbe previsto un importo a copertura delle spese generali e di gestione inferiore al 10% dell'importo complessivo del prezzo di aggiudicazione dell'appalto che, ai sensi della delibera C. C. 135/2000, costituisce l'importo minimo che ogni operatore del settore deve prevedere in sede di offerta economica.

Sull'illegittimità del diniego opposto da Roma Capitale all'accesso all'offerta tecnica dell'aggiudicataria e sulla mancata ostensione della documentazione amministrativa e di quella a comprova dei requisiti

*dichiarati in sede di gara. Sul diritto della **Cooperativa** di accedere alla predetta documentazione.*

Il diniego con cui l'amministrazione resistente ha respinto la richiesta della **Cooperativa** di accedere al progetto tecnico dell'aggiudicataria sarebbe illegittimo in ragione delle norme di cui agli artt. 22 e seguenti della legge n. 241 del 1990.

La ricorrente ha altresì formulato domanda risarcitoria.

Roma Capitale, in rito, ha eccepito la tardività del ricorso laddove è stata dedotta l'illegittimità del bando nella parte in cui ha stabilito il criterio di valutazione dell'offerta economica. Nel merito, ha contestato la fondatezza delle censure dedotte concludendo per il rigetto del ricorso.

L'istanza cautelare è stata respinta con ordinanza di questa Sezione 2 luglio 2015, n. 2801 con la seguente motivazione:

“Considerato che, ad una prima delibazione, il ricorso non appare assistito da adeguato fumus boni iuris in quanto:

l'articolazione dei punteggi per l'offerta tecnica e per l'offerta economica, anche con riferimento alle modalità di calcolo previste per quest'ultima, non sembra connotata da manifesta illogicità;

l'incongruità dell'offerta presentata dall'interessata non è icu oculi percepibile anche in considerazione del fatto che il minor numero complessivo di ore previsto per lo svolgimento del servizio oggetto di gara era idoneo ad essere valutato in relazione alla qualità dell'offerta tecnica presentata”.

Le parti hanno depositato altre memorie a sostegno delle rispettive ragioni.

All'udienza pubblica del 7 ottobre 2015, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. L'eccezione di irricevibilità del ricorso per tardività laddove è stata dedotta l'illegittimità del bando nella parte in cui ha stabilito il criterio di valutazione dell'offerta economica è infondata.

Nelle gare d'appalto, sono clausole della *lex specialis* immediatamente lesive e, quindi, impugnabili autonomamente, senza attendere la loro concreta applicazione da parte della stazione appaltante, quelle che determinano una sicura preclusione all'ammissione alla gara di un operatore economico ovvero che precludano senz'altro all'operatore economico partecipante l'aggiudicazione della gara.

In altri termini, le clausole immediatamente lesive sono quelle che certamente, senza alcun margine di opinabilità, conducono all'esclusione del concorrente o dell'aspirante tale che versi in una situazione incompatibile con quella prevista, a pena di esclusione, dalla *lex specialis* ovvero che, in ragione di una determinata clausola della *lex specialis*, conducono senz'altro all'impossibilità per l'impresa partecipante di conseguire l'aggiudicazione.

Un onere di impugnazione immediata di clausole contenute negli atti di indizione della gara, inoltre, può sussistere qualora le relative clausole impediscano, indistintamente a tutti i concorrenti, una corretta e consapevole elaborazione dell'offerta.

Tale situazione si verifica, in particolare, qualora la legge di gara preveda disposizioni abnormi che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara, ovvero abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta o, ancora, condizioni negoziali che configurano il rapporto contrattuale in termini di eccessiva onerosità e obiettiva non convenienza ed imposizioni

di obblighi contra ius (cfr. TAR Lazio, I, 13 gennaio 2014, n. 351; TAR Liguria, II, 28 novembre 2013 n. 1449).

Viceversa, l'onere dell'immediata impugnazione del bando di gara va escluso nei riguardi delle clausole dotate solo di astratta e potenziale lesività, la cui idoneità a produrre un'effettiva lesione potrebbe essere valutata unicamente all'esito della procedura selettiva, ove negativo per l'interessato.

Pertanto, non sono immediatamente impugnabili le clausole relative all'individuazione del criterio di aggiudicazione, alle modalità di valutazione delle offerte e attribuzione dei punteggi e, in generale, alle modalità di svolgimento della gara, nonché alla composizione della Commissione giudicatrice.

In tali ipotesi, il termine per impugnare anche gli atti di gara, che eventualmente concretizzino la lesione della posizione giuridica dedotta in giudizio, non può che decorrere dalla conoscenza del provvedimento di aggiudicazione in favore di terzi.

Nel caso di specie, la ricorrente ha sostenuto l'illegittimità della clausola della lex specialis nella parte in cui ha stabilito il criterio di valutazione dell'offerta economica, sicché la lesività della previsione di gara nella sfera giuridica del concorrente, così come l'interesse alla eliminazione della stessa, non avrebbe potuto essere percepita con la pubblicazione del bando, atteso che la **Cooperativa** Servizio Psico Socio Sanitario avrebbe potuto essere comunque affidataria del servizio, ma è destinata ad attualizzarsi con l'aggiudicazione della gara a favore di un terzo concorrente.

2. Con riferimento all'illegittimità del diniego di ostensione dell'offerta tecnica presentata dalla controinteressata, il Collegio rileva che, avendo

l'amministrazione prodotto in giudizio la richiesta documentazione (allegato 17 della produzione di Roma Capitale), è venuta meno l'oggetto della doglianza.

3. Nel merito, il ricorso è infondato e va di conseguenza respinto.

3.1 Il bando di gara ha previsto, alla sezione IV.2, il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa da determinare con riferimento agli elementi tecnici, per un massimo di punti 90, ed all'offerta economica, per un massimo di punti 10.

In particolare, nell'ambito del punteggio tecnico, il bando ha previsto un punteggio massimo di 10 per "esperienza e capacità operativa organismo", un punteggio massimo di 20 per "risorse umane impiegate" ed un punteggio massimo di 60, con diversi sottocriteri, per "qualità della proposta"; il bando ha altresì previsto il criterio per la valutazione dell'offerta economica, attraverso una formula basata sul rapporto tra valore del ribasso offerto dal concorrente e valore del ribasso dell'offerta più conveniente.

La censura secondo cui il bando avrebbe illogicamente previsto, quale criterio di valutazione dell'offerta economica, una formula matematica che attribuisce un peso preponderante all'elemento prezzo sebbene la stazione appaltante, nella lex specialis di gara, avesse scelto di attribuire un maggior valore alla qualità dell'offerta tecnica (90 punti all'offerta tecnica e 10 punti all'offerta economica), è infondata.

Nel caso di specie, il punteggio attribuito all'offerta economica ha assunto un rilievo decisivo non già, come prospettato dalla ricorrente, per l'illogicità del criterio di valutazione, ma perché alla ricorrente ed alla controinteressata è stato attribuito per l'offerta tecnica un punteggio molto prossimo (67 alla controinteressata e 68 alla ricorrente).

In altri termini, i pesi attribuiti in sede di *lex specialis* all'offerta tecnica (max 90 punti) ed all'offerta economica (max 10 punti) non sono stati alterati, ma, in presenza di una minima differenza di punteggio attribuito per l'offerta tecnica, è risultato consequenzialmente determinante il punteggio attribuito per l'offerta economica, per cui non è stata l'utilizzazione di una determinata formula matematica l'elemento decisivo per la scelta del contraente, ma l'offerta economica si è rivelata decisiva a fronte di una sostanziale equivalenza delle offerte tecniche.

Inoltre, la mancata utilizzazione di una formula matematica che mette direttamente a raffronto non gli importi dei ribassi, ma l'ammontare complessivo dei prezzi offerti, che, se applicata al caso di specie, avrebbe consentito alla **Cooperativa** ricorrente di aggiudicarsi il servizio, rientra tra le scelte discrezionali della stazione appaltante caratterizzate da opinabilità e sindacabili solo se manifestamente irragionevoli, figura sintomatica dell'eccesso di potere non ravvisabile nella fattispecie.

3.3 La ricorrente ha sostenuto che l'offerta economica presentata dalla controinteressata sarebbe incongrua sia per il numero di ore offerto per l'espletamento del servizio rispetto al numero di ore offerto dalla ricorrente sia per il mancato rispetto delle previsioni contenute nella delibera del Consiglio Comunale di Roma Capitale n. 135/2000.

Le doglianze non sono persuasive.

3.3.1 La disciplina di gara non ha previsto un numero di ore minimo per l'ammissibilità dell'offerta.

La dedotta differenza tra numero di offerto dalla ricorrente e numero di ore offerto dalla controinteressata avrebbe potuto rilevare ai fini del punteggio attribuito all'offerta tecnica, in relazione, ad esempio, agli elementi "risorse umane impiegate" o "qualità della proposta".

La ricorrente, però, non ha formulato alcuna censura afferente ai punteggi attribuiti alle offerte tecniche.

3.3.2 La delibera del Consiglio Comunale di Roma Capitale n. 135 del 2000 ha formulato indirizzi per le gare d'appalto di servizi che, come correttamente rilevato dall'amministrazione nella propria memoria difensiva, acquisiscono rilievo in quanto recepite nella lex specialis di gara, il che, nel caso di specie, non è avvenuto.

Il bando e gli altri documenti di gara, infatti, non hanno previsto un importo a copertura delle spese generali e di gestione in misura non inferiore al 10% dell'importo complessivo del prezzo di aggiudicazione dell'appalto.

4. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e, liquidate complessivamente in euro 3.000,00 (tremila/00) – euro 1.000,00 (mille/00) già liquidate per la fase cautelare ed euro 2.000,00 (duemila/00) per il giudizio di merito – oltre oneri di legge, sono poste a carico della ricorrente ed a favore dell'amministrazione resistente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda, respinge il ricorso in epigrafe.

Condanna la **Cooperativa** ricorrente al pagamento delle spese di giudizio, liquidate complessivamente in euro 3.000,00 (tremila/00) – euro 1.000,00 (mille/00) già liquidate per la fase cautelare ed euro 2.000,00 (duemila/00) per il giudizio di merito – oltre oneri di legge, in favore dell'amministrazione resistente.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Filoreto D'Agostino, Presidente

Silvia Martino, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/11/2015

IL SEGRETARIO

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

www.salvisjuribus.it