

Pubblicato il 13/06/2019

N. 01565/2019 REG.PROV.COLL.

N. 02384/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2384 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da OMISSIS S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Adele Saito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Ragusa, via Dante, n. 11;

contro

Fondazione Teatro Massimo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Massimiliano Mangano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via Nunzio Morello, n. 40;

nei confronti

OMISSIS S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Luigi Borgia, Michele Dell'Arte e Carmela Marino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento, pubblicato sul sito della Fondazione in data 22.10.2018, con cui è stata comunicata l'aggiudicazione del servizio di portierato e connessi servizi di vigilanza e antincendio alla Società OMISSIS s.r.l.;

- nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale.

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da OMISSIS S.R.L. il 28 dicembre 2018:

- del provvedimento “appunti secretati” del 11.7.2018;
- nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale.

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da OMISSIS S.R.L. il 14 gennaio 2019 :

- del provvedimento “appunti secretati” del 11.7.2018;
- nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Fondazione Teatro Massimo e della OMISSIS S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 aprile 2019 il dott. Calogero Commandatore e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

A. Con ricorso depositato il 27 novembre 2018 e notificato all'amministrazione resistente e all'impresa contro-interessata il 20 novembre 2018 (notifiche perfezionate il 26 novembre 2018 alla Fondazione Teatro Massimo e il 4 dicembre 2018 alla OMISSIS S.r.l.), la OMISSIS S.r.l. ha premesso:

- di avere partecipato alla procedura aperta, indetta dal Sovrintendente con determina n. 122/S del 24.4.2018, per l'affidamento del Servizio di portierato e connessi servizi di vigilanza e antincendio della Fondazione Teatro Massimo;
- che nel disciplinare di gara era stato previsto, quale criterio di aggiudicazione, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo;
- di avere riportato, all'esito della procedura di valutazione delle offerte, il punteggio complessivo di n. 79,10 punti di cui n. 56,75 punti per l'offerta tecnica e n. 22,35 punti per l'offerta economica, a fronte di un punteggio complessivo assegnato alla società OMISSIS s.r.l. di n. 82,95 punti di cui n. 52,95 punti per l'offerta tecnica e n. 30,00 punti per l'offerta economica;

- che, nonostante gli inviti rivolti alla stazione appaltante per il ricalcolo dei suddetti punteggi alla luce dell'art. 16.3 del disciplinare di gara, la Fondazione il 22 ottobre 2018 ha pubblicato l'avviso di aggiudicazione definitiva;

- di avere formulato, in data 24 ottobre 2018, istanza di accesso agli atti avente a oggetto tutta la documentazione amministrativa, tecnica ed economica (ivi comprese le giustificazioni) presentata dall'aggiudicataria;

- di avere ottenuto il 31 ottobre 2018 parziale accesso a tale documentazione essendo stati oscurati "parte delle informazioni relative all'offerta tecnica all'offerta economica e ai giustificativi".

Ciò premesso, la ricorrente ha impugnato il provvedimento in oggetto articolando i seguenti motivi di ricorso:

1. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 41 CDFUE E 97 COST: VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI BUON ANDAMENTO, DOVEROSITÀ, EFFICACIA, EFFICIENZA, RESPONSABILITÀ DELL'AMMINISTRAZIONE. VIOLAZIONE DELL'ART. 16.3 DEL DISCIPLINARE DI GARA. ECCESSO DI POTERE PER TRAVISAMENTO DEI FATTI SOTTO IL PROFILO DELL'ERRONEITÀ, DEL DIFETTO DEI PRESUPPOSTI E DELLA MOTIVAZIONE, CONTRADDITTORIETÀ E ILLOGICITÀ, IRRAGIONEVOLEZZA E INGIUSTIZIA GRAVE E MANIFESTA.

Con tale motivo di censura la società ricorrente lamenta, in sintesi, la violazione dell'art. 16.3 del disciplinare di gare che, relativamente ai criteri di aggiudicazione, così recita: "*per quanto riguarda gli elementi tecnici di natura qualitativa viene attribuito un punteggio massimo di 70 punti:*

I coefficienti $V(a)_i$ saranno determinati attraverso la media dei coefficienti attribuiti discrezionalmente dai singoli commissari ovvero i singoli commissari attribuiranno per ogni sub-criterio oggetto di valutazione, un coefficiente variabile tra 0-1 sulla base della seguente

tabella:

Giudizio Valore del Coefficiente

Ottimo 1

Buono 0,8

Sufficiente 0,6

Mediocre 0,4

Insufficiente 0,2

La Commissione calcola la media aritmetica dei coefficienti attribuiti dai singoli commissari all'offerta in relazione al sub-criterio in esame, al fine di ottenere il coefficiente medio da applicare al medesimo.

La Commissione, terminata l'attribuzione dei coefficienti per quanto attiene agli elementi tecnici di natura qualitativa, procederà, in relazione a ciascuna offerta, all'attribuzione dei punteggi per ogni singolo criterio secondo la sopra indicata formula".

Nella prospettazione della ricorrente, invece, la Commissione di gara avrebbe attribuito a tutti i concorrenti dei coefficienti intermedi non previsti in tabella, ovvero: 0,7, 0,75, 0,85, 0,90 che su scala a 100 equivalgono rispettivamente a 70, 75, 85, 90.

Afferma la ricorrente che, ove la stazione appaltante avesse correttamente applicato i criteri di aggiudicazione previsti per il disciplinare, avrebbe ottenuto un punteggio maggiore, allegando delle tabelle da cui emergerebbe il differente calcolo.

In ogni caso, la ricorrente lamenta l'illegittima integrazione dei criteri del bando da parte della Commissione.

2. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 24 COST. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 22 E SS. DELLA L. N. 241 DEL 1990 E S.M.I. E DELL'ART. 11 DELLA L.R. 30 APRILE 1991, N.10 E DEL D.P.R. 12 APRILE 2006, N. 184.

Con questo motivo di ricorso la società ricorrente si duole della mancata ostensione di tutti i documenti richiesti con l'istanza di accesso.

Ciò esposto, la società ricorrente ha chiesto a questo Tribunale la tutela cautelare e l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva.

A.1 Si è costituita in giudizio il 14 dicembre 2018 l'amministrazione resistente che ha depositato dei documenti, tra i quali vi sono anche i documenti richiesti dalla società ricorrente.

A.2 Si è costituita in giudizio anche l'impresa contro-interessata.

A.3 In ragione delle nuove produzioni documentali, all'udienza camerale del 18 dicembre 2018, parte ricorrente ha chiesto la cancellazione della causa dal ruolo dei procedimenti cautelari onde proporre motivi aggiunti articolati con ricorso regolarmente notificato.

D. All'esito dell'udienza camerale del 29 gennaio 2019, il Collegio, con ordinanza n. 187/2019, pubblicata il 31 gennaio 2019, ha respinto l'istanza cautelare, compensando le spese di fase, con la seguente motivazione: *"- la domanda cautelare non appare assistita dal necessario fumus boni iuris giacché, anche in ragione delle difese spiegate dall'amministrazione resistente con la memoria del 26 gennaio 2019, i ricalcoli del punteggio dell'offerta tecnica effettuati nel ricorso introduttivo, allo stato, non prospettano un inequivoco esito favorevole per l'impresa ricorrente;*

- in ragione di tali valutazioni, il Collegio nutre seri dubbi sulla sussistenza dell'interesse ad agire della ricorrente ex art. 100 c.p.c."

Avverso tale ordinanza è stato proposto gravame rigettato dal C.G.A.R.S. con la seguente motivazione *"Rilevato che il contratto è già stato sottoscritto e che il merito dinanzi al Tar è fissato ad aprile 2019;*

Ritenuto che, al cospetto di tale dinamica procedimentale e processuale, l'appello qui proposto non presenti elementi di evidente o comunque manifesta fondatezza quanto alla pretesa all'aggiudicazione invocata da parte appellante, tenuto conto dell'operato della Commissione giudicatrice" (ord. n. 184/2019, depositata il 22 marzo 2019).

E. In vista dell'udienza pubblica le parti hanno depositato le memorie ex art. 73, comma 1, c.p.a.; all'udienza del 9 aprile 2019, presenti i difensori delle parti e dopo la discussione, la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

F. Preliminarmente deve rigettarsi l'eccezione di inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti sollevata dalla difesa dell'amministrazione resistente con la memoria del 26 gennaio 2019 giacché, all'evidenza, proposti, alla luce della produzione documentale versata in atti dall'amministrazione resistente, al fine di addurre nuove ragioni a sostegno delle censure già articolate con il ricorso introduttivo in puntuale osservanza del disposto dell'art. 43, comma 1, c.p.a.

G. Nel merito, il ricorso, integrato con motivi aggiunti, è infondato e deve essere rigettato.

H. Con il primo motivo di ricorso, come già evidenziato, il ricorrente prospetta l'illegittimità dell'utilizzo da parte della stazione appaltante di coefficienti intermedi rispetto a quelli previsti dal disciplinare di gara.

Innanzitutto, deve evidenziarsi come non sia dimostrato che l'attribuzione dei predetti coefficienti abbia inficiato il risultato della gara, legittimando il dubbio espresso da questo Collegio in ordine all'interesse ad agire della ricorrente in sede di pronuncia cautelare.

E, invero, nelle ricostruzioni dei possibili esiti della gara rappresentati dalla ricorrente nelle tabelle inserite nel ricorso introduttivo si opera un ricalcolo dei punteggi corretti operando degli arrotondamenti sempre in eccesso per la OMISSIS e in difetto per l'impresa contro-interessata.

Analizzando, ad esempio, la tabella n. 2 (pag. 9 del ricorso introduttivo) emerge come in alcune voci il punteggio di "85" venga immotivatamente arrotondato a "100" per la OMISSIS e ricondotto a "80" per calcolare il punteggio della controinteressata.

Deve, inoltre, evidenziarsi come non sia assolutamente spiegato il motivo per il quale il punteggio di "90", che si pone indiscutibilmente nella mediana dei valori interi indicati nel disciplinare, venga in ogni caso arrotondato per eccesso computando così automaticamente un punteggio di "100" e non di "80".

La tabella n. 2, così come ricostruita dalla ricorrente, si fonda su un assunto indimostrato, ossia che tutti i punteggi pari a "90 punti", ove la Commissione non avesse applicato i parametri intermedi, sarebbero stati arrotondati indiscriminatamente a "100 punti".

Allo stesso modo, anche la tabella n. 3, si fonda su tale assunto indimostrato, ulteriormente inficiato da alcune riduzioni in danno della contro-interessata di difficile comprensione anche alla luce del criterio suggerito dalla ricorrente (riduzioni da "85 punti" a "60 punti" o da "60 punti" a "40 punti").

Pur persistendo tali profili di dubbia ammissibilità del ricorso per difetto d'interesse della ricorrente, giacché la stessa, non avendo richiesto la riedizione della gara, non ha sufficientemente allegato e comprovato le concrete *chances* di aggiudicazione, il Collegio ritiene che il ricorso possa essere rigettato nel merito.

Deve, infatti, rilevarsi come il testo del disciplinare di gara non vieti l'attribuzione di punteggi intermedi, sicché deve ritenersi ammissibile, ai fini di una valutazione più puntuale, utilizzare una

scala di valori più articolata: modalità da ritenersi consentita nell'esercizio della discrezionalità tecnica e, ove non espressamente vietata, suggerita dal rispetto del principio di proporzionalità di matrice euro-unitaria (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 31 luglio 2017, n. 3824).

Ne consegue, pertanto, il rigetto del motivo di censura afferente alla lamentata illegittimità dei parametri adottati dalla Commissione di gara in seno agli appunti secretati adottati l'11 luglio 2018 costituenti mera specificazione e non integrazione dei criteri di gara (Cons. Stato, Sez. V, 14 settembre 2017, n. 4344).

Mera specificazione della metodologia di calcolo del punteggio e non integrativa del bando che, anche alla luce della giurisprudenza citata dalla società ricorrente (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 21 ottobre 2015, n. 4812) deve ritenersi ammessa, come nel caso che ci occupa, dopo l'apertura delle buste, ma prima dell'esame delle offerte tecniche.

In ogni caso, anche ove dovesse accogliersi l'opzione interpretativa prospettata dalla ricorrente, deve richiamarsi la giurisprudenza del Consiglio di Stato che ha sul punto evidenziato come l'attribuzione di punteggi intermedi, a fronte di disciplinari di gara in cui sono previsti punteggi fissi, sia ammissibile laddove venga motivata la ragione di tale scelta (cfr. § 20 sentenza Cons. Stato, Sez. V, 12 giugno 2017, n. 2809).

Vizio di motivazione che, ove ipotizzabile, non ha formato comunque motivo di puntuale censura da parte della società ricorrente né con il ricorso introduttivo né con il successivo ricorso per motivi aggiunti.

I. In conclusione, il ricorso introduttivo, integrato con i motivi aggiunti, deve essere rigettato.

L. Le spese di giudizio, liquidate nella misura indicata in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio che si liquidano, in favore di ciascuna controparte, in euro 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre al rimborso delle spese forfetarie ex art. 2, comma 2, del d.m. n. 55/2014, della C.P.A. e dell'I.V.A., come per legge, se dovute.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 9 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

Maria Cristina Quiligotti, Presidente

Anna Pignataro, Consigliere

Calogero Commandatore, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Calogero Commandatore

IL PRESIDENTE
Maria Cristina Quiligotti

IL SEGRETARIO