

I limiti del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni discrezionali della p.a. in una gara pubblica e l'impugnazione tempestiva del disciplinare di gara.

di Giovanni Corbyons

Data di pubblicazione: 8-3-2017

1) Al giudice amministrativo non è consentito un controllo sulle valutazioni discrezionali della p.a. che superi il limitato perimetro dei vizi della motivazione e della razionalità.

2) Nella valutazione delle offerte tecniche l'esercizio della discrezionalità non appare inficiato da alcuna macroscopica falla logica.

3) L'incongruenza del criterio di valutazione delle offerte economiche deve essere contestato tempestivamente mediante impugnativa del disciplinare e non successivamente all'espletamento della gara.

4) La contestazione dell'incongruenza del criterio di valutazione delle offerte economiche da parte del ricorrente è inammissibile, in quanto investe una scelta rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante.

(1)(2)(4) Conformi : Cons. Stato, Sez. V n. 1331/2016 ; Sez. V n. 4440/2015; Sez. III n.5597/2015; TAR Puglia Lecce, Sez. II n. 1826/2016 ; TAR Lombardia Milano, Sez. IV n. 2262/2016 ; TAR Toscana , Sez. III n. 1425/2016 ; TAR Toscana, Sez I n. 528/2015

(3) Conformi : Consiglio di Stato, sez. VI ; 8 febbraio 2016, n. 510 ; sez. V. 18 giugno 2015, n. 3104 ; sez. III, 2 febbraio 2015, n. 491; T.A.R. Lecce, (Puglia), sez. III, 23/10/2012, n. 1702 ; T.A.R. Bologna, (Emilia-Romagna), sez. I, 12/05/2014, n. 500

Guida alla lettura

La sentenza in commento affronta il tema dei limiti del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni discrezionali della stazione appaltante in una gara pubblica.

Al riguardo il Tar Bologna richiama l'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale al giudice amministrativo non è consentito un controllo sulle valutazioni discrezionali della p.a. che superi il limitato perimetro dei vizi della motivazione e della razionalità. La contestazione di un giudizio tecnico dell'amministrazione, deve essere tesa a dimostrare la pretestuosità e l'irrazionalità

dello stesso: non è infatti sufficiente lamentare la semplice non condivisibilità del giudizio.

Nel caso di specie, il ricorrente lamentava come pur in presenza di identiche valutazioni in merito alle offerte tecniche, fosse stato assegnato un punteggio maggiore alla controinteressata.

Il Collegio al riguardo, osservava - secondo quanto rilevato dalla lettura delle motivazioni della stazione appaltante - che l'esercizio della discrezionalità non appariva inficiato da alcuna macroscopica falla logica, pertanto il motivo eccepito andava respinto.

Il ricorrente lamentava altresì l'incongruenza, rispetto al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del criterio di valutazione delle offerte economiche secondo la formula di cui all'Allegato P del DPR n. 207/2010.

Il Tar Bologna riteneva la censura inammissibile poichè trattandosi di una scelta effettuata dalla legge di gara, l'incongruenza si sarebbe dovuta immediatamente contestare mediante l'impugnativa del disciplinare e non successivamente all'espletamento della gara. L'incongruenza lamentata costituirebbe dunque un vizio suscettibile di travolgere l'intera gara e quindi da ritenere immediatamente lesivo.

Il Collegio dichiarava altresì l'inammissibilità della suesposta censura anche sotto il profilo della discrezionalità tecnica della stazione appaltante.

La scelta dei criteri di valutazione delle offerte economiche, conclude la sentenza in commento, rientra pienamente nell'ambito discrezionale dell'amministrazione, non essendo possibile sostituirla con criteri propugnati dal ricorrente idonei nel caso concreto a far conseguire allo stesso l'aggiudicazione della gara.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 759 del 2016, proposto da:
SEACOOOP Società Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante in carica,
rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Manservigi, con domicilio eletto presso il suo studio in Bologna, via Santo Stefano 16;

contro

Unione dei Comuni Savena - Idice, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Benedetto Graziosi e Giacomo Graziosi, il primo anche domiciliatario in Bologna, via dei Mille 7/2;

Comune di Ozzano dell'Emilia, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Benedetto Graziosi e Giacomo Graziosi, il primo anche domiciliatario in Bologna, via dei Mille 7/2;

nei confronti di

Cooperativa Sociale Società DOLCE, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Rossi, anche domiciliatario in Bologna, p.zza S. Martino 1;

per l'annullamento

– della determinazione del Responsabile Area Tecnica e Responsabile del Procedimento dell'Unione dei Comuni Savena — Idice n. 212 del 24 agosto 2016, con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva a favore della Cooperativa Sociale Società DOLCE della "*Procedura aperta per l'affidamento della gestione dei servizi educativi integrativi diversi del Comune di Ozzano dell'Emilia per gli anni scolastici 2016/2017, 2017/2018, 2018/2019 e 2019/2020— CIG 6722365F13*";

– di ogni determinazione presupposta agli indicati provvedimenti, ancorché non conosciuta, ivi includendo tutti i verbali della predetta procedura aperta e, in particolare, quello n. 3 relativo alle sedute del 26 luglio, 29 luglio e 2 agosto 2016;

in parte qua

– dell'art. 8 del Disciplinare di gara della "*Procedura aperta per l'affidamento della gestione dei servizi educativi integrativi diversi del Comune di Ozzano dell'Emilia per gli anni scolastici 2016/2017, 2017/2018, 2018/2019 e 2019/2020 — CIG 6722365F13*", nella parte in cui ha stabilito il criterio attraverso cui attribuire il punteggio alle altre offerte economiche rispetto a quella con il ribasso percentuale maggiore sulla base di gara;

nonché

– per l'accertamento del diritto della ricorrente di accedere a tutta l'offerta tecnica della Cooperativa Sociale Società DOLCE, ai sensi dell'art. 116 del codice del processo amministrativo;

nonché

– per l'accertamento del diritto della ricorrente di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto in parola e, quindi, di subentrare nel relativo contratto, previa declaratoria di inefficacia di quello tra il

Comune di Ozzano dell'Emilia con la Cooperativa Sociale Società DOLCE, ove *medio tempore* stipulato;

– per la declaratoria di inefficacia del predetto contratto;

nonché, in via subordinata,

per l'accertamento del diritto della ricorrente ad ottenere il risarcimento del danno per equivalente nella misura che ci si riserva di quantificare in corso di giudizio, oltre ad interessi e rivalutazione, con conseguente condanna delle amministrazioni resistenti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Unione dei Comuni Savena – Idice, del Comune di Ozzano dell'Emilia e della Cooperativa Sociale Società DOLCE;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 gennaio 2017 la dott.ssa Rosalia Maria Rita Messina e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in epigrafe la SEACCOOP impugna gli atti precisati in epigrafe, che attengono alla procedura aperta per l'affidamento della gestione dei servizi educativi integrativi diversi nel Comune di Ozzano nell'Emilia (si tratta di un unico lotto per la gestione di servizi, tra l'altro, di pre e post scuola, attività integrative pomeridiane, integrazione alunni disabili, sostegno alla genitorialità, per un importo complessivo dell'appalto a corpo di € 1.884.453,28, I.V.A. esclusa). La durata del servizio abbraccia gli anni scolastici 2016/2017, 2017/2018, 2018/2019 e 2019/2020. La funzione di stazione appaltante unica è stata svolta dall'Unione dei Comuni Savena — Idice. Criterio di aggiudicazione stabilito dalla legge di gara è quello dell'offerta più vantaggiosa.

Il servizio è stato aggiudicato alla cooperativa controinteressata DOLCE, la quale ha conseguito il punteggio di 79,50, mentre SEACCOOP ha conseguito il punteggio di 78,33.

Insorge SEACCOOP contestando l'esito della gara.

Resistono al ricorso l'Unione dei Comuni di Savena – Idice, il Comune di Ozzano dell'Emilia

e la controinteressata.

Alla pubblica udienza del 31 gennaio 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Con il primo motivo di ricorso si contestano le operazioni valutative della Commissione di gara e si deducono le censure di eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza, travisamento di fatto, contraddittorietà, difetto di motivazione.

Dopo aver premesso di aver riportato il miglior punteggio nella valutazione dei progetti tecnici, SEACOOOP lamenta che diverse illegittimità hanno inficiato le operazioni successive producendo il risultato finale (secondo la ricorrente erroneo) favorevole alla cooperativa DOLCE.

Alcuni aspetti della valutazione sarebbero irrazionali e illogici, oltre che viziati da travisamento di fatto.

In particolare, in relazione al criterio B 2 a)1, pur in presenza di una valutazione delle proposte tecniche della cooperativa DOLCE e di SEACOOOP che si assume essere identiche, quest'ultima ha avuto l'attribuzione di un punteggio inferiore per 2,5 punti.

È sufficiente confrontare le due valutazioni per rilevare che in realtà nessuna illogicità e irrazionalità, nessun travisamento si ravvisano nella valutazione di *ottimo* attribuita alla controinteressata e di *buono* attribuita alla ricorrente, in quanto le due valutazioni non sono identiche. Per la proposta della società DOLCE leggiamo: «*Ben definita la giornata-tipo ed in generale la proposta educativa, con attenzione a tutte le fasce di età; interventi di esperti esterni per la proposta di attività specifiche; uscite brevi e lunghe con definizione delle destinazioni; ben illustrato il ruolo del coordinamento*»; per la proposta della SEACOOOP il giudizio è: «*Ben definita la giornata-tipo ed in generale la proposta educativa, con attenzione a tutte le fasce di età; presenza di esperti esterni per la conduzione di attività specifiche; proposta di uscite con mete territoriali; presente e descritto il coordinamento.*»

Non occorre spendere molte parole – dovendosi redigere ogni provvedimento giurisdizionale secondo il principio di sinteticità di cui all'art. 3/2 c.p.a. – per rendersi conto della compatibilità del giudizio di *ottimo* per la prima e del giudizio di *buono* per la seconda, in cui il coordinamento è solo *presente e descritto* e non già *ben illustrato*. Ed è agevole sinteticamente ricordare che al giudice amministrativo non è consentito un controllo sulle valutazioni discrezionali della p.a. che superi il limitato perimetro dei vizi della motivazione e della razionalità.

Non ha miglior sorte l'altra contestazione della ricorrente, che, a proposito del criterio B 3 b), lamenta che a valutazioni sintetiche dei due progetti corrispondono giudizi e punteggi identici. In particolare, si tratta del giudizio di *buono* attribuito per questo criterio sia al progetto della cooperativa DOLCE sia al progetto della SEACOOOP. Infatti, il giudizio di *buono* assegnato per questo criterio al progetto della Società DOLCE viene così motivato: «*Previsti scambi quotidiani con famiglie ed all'interno di incontri istituzionali o di incontri specifici sui servizi; partecipazione degli educatori alla programmazione scolastica; più generica la descrizione dei*

rapporti con altre realtà territoriali», sia al progetto di SEACOOOP con la motivazione «Previsti rapporti con le famiglie anche all'interno di occasioni istituzionali oppure con colloqui individuali, partecipazione degli educatori alla stesura della programmazione educativa, adeguata la collaborazione con le realtà territoriali. »

La lettura spassionata delle due motivazioni permette di rilevare che limiti e aspetti positivi dei due progetti si bilanciano e che l'esercizio della discrezionalità non appare inficiato da alcuna macroscopica falla logica. Altrettanto va detto in relazione al criterio B 2 b, per il quale le due proposte ottengono il medesimo giudizio di *sufficiente*, a fronte di giudizi sostanzialmente equivalenti: *«Adeguata la descrizione del rapporto con le famiglie; non presente la relazione con l'Ente, le istituzioni scolastiche e le associazioni/agenzie territoriali»* (DOLCE) e *«Adeguata la descrizione del rapporto con le famiglie; carente la parte di relazione con l'Ente, le istituzioni scolastiche e le associazioni/agenzie territoriali»* (SEACOOOP).

Il motivo in esame va, per le esposte ragioni, respinto.

3. Con il secondo motivo di ricorso, dedotto in via subordinata al mancato accoglimento del primo motivo, si deduce l'incongruenza – rispetto al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di cui all'art. 95/3 del d. lgs. n. 50/2016, con attribuzione di 80 punti, sui 100 complessivi, all'offerta tecnica – del criterio di valutazione delle offerte economiche secondo la formula di cui all'Allegato P del DPR n. 207/2010.

È stata eccepita, sia da parte controinteressata sia dall'amministrazione, l'inammissibilità della doglianza in questione. Osservano le parti resistenti che, trattandosi di una scelta effettuata nella legge di gara, l'incongruenza si sarebbe dovuta tempestivamente contestare mediante impugnativa del disciplinare nella parte dell'art. 8 di esso in cui si prevede che *«verrà calcolato il ribasso percentuale medio offerto, in base alla seguente formula»* e non successivamente all'espletamento della gara; l'incongruenza asserita da parte ricorrente costituirebbe un vizio suscettibile di travolgere l'intera gara e quindi da ritenere immediatamente lesivo.

L'eccezione è meritevole di accoglimento.

Poiché parte ricorrente assume che l'applicazione del metodo di riparametrazione contestato produce effetti distorsivi, essa non avrebbe dovuto attendere l'espletamento della gara, in quanto se davvero nel metodo in questione fossero insiti tali effetti ciò dovrebbe addirittura compromettere la possibilità di fare un'offerta ponderata.

In ogni caso, la censura è inammissibile sotto altro profilo (pure accennato dalle parti resistenti).

La contestazione investe una scelta rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante. A siffatta scelta non è possibile sostituire un criterio propugnato dal ricorrente, il quale sostiene che gli effetti a suo dire irrazionali prodotti dall'applicazione della formula di cui al più volte richiamato Allegato P si sarebbero evitati con l'applicazione del criterio della proporzionalità inversa. È evidente che non possono trovare adesione le contestazioni, svolte quando il

procedimento si è concluso, intese a sostituire i criteri di valutazione in concreto utilizzati in conformità alla legge di gara con criteri idonei a far conseguire a chi agisce in giudizio il risultato dell'aggiudicazione.

4. Alla luce delle considerazioni esposte nei precedenti paragrafi il ricorso va in parte respinto e in parte dichiarato inammissibile.

Non possono essere accolte le domande ulteriori (dichiarazione di inefficacia del contratto – nelle more concluso tra la stazione appaltante e la cooperativa DOLCE – e risarcimento in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente), in mancanza di alcun danno ingiusto verificatosi nella sfera economico – giuridica della SEACOOOP.

L'istanza di accesso ex art. 116/2 c.p.a. va parimenti respinta in quanto nessun interesse giuridicamente tutelato va riconosciuto alla SEACOOOP a conoscere integralmente l'offerta tecnica della cooperativa DOLCE, la quale ha opposto all'istanza in questione la propria legittima esigenza di tutelare il segreto commerciale.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) in parte respinge il ricorso in epigrafe e in parte lo dichiara inammissibile per le ragioni esposte in motivazione.

Pone le spese di lite a carico della SEACOOOP liquidandole, in favore delle parti resistenti, in € 22.000,00, oltre accessori di legge, in ragione di € 6.000,00 per ciascuna delle amministrazioni resistenti e di € 10.000,00 per la controinteressata.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 31 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Rosalia Maria Rita Messina, Consigliere, Estensore

Maria Ada Russo, Consigliere