

Nessuna aggiudicazione di concessione se l'unico partecipante alla gara non ha superato la c.d. "soglia di sbarramento" prevista dal Disciplinare di gara

di Alessandro Tacente

Data di pubblicazione: 5-7-2022

La società partecipante ad una gara per la concessione, tramite project financing, avente ad oggetto ampliamento di un cimitero, nonché la gestione di due cimiteri, non è titolare di alcun diritto all'aggiudicazione se non supera la soglia di sbarramento prevista dal Disciplinare e non si colloca utilmente in graduatoria

La controversia attiene alla determina con cui una Centrale Unica di Committenza (CUC) ha deciso di non procedere all'aggiudicazione della gara, tramite *project financing*, avente ad oggetto l'ampliamento di un cimitero e la gestione di due cimiteri esistenti, in ragione del mancato raggiungimento della soglia minima di qualità della componente tecnica della società ricorrente.

Il Disciplinare prevedeva per l'offerta tecnica una soglia di sbarramento, intesa come minimo standard qualitativo, applicabile anche nel caso di un solo concorrente: soglia minima nella fattispecie non raggiunta.

Quanto alla valutazione delle offerte tecniche effettuata dalla Commissione, l'adito giudice conferma l'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale i giudizi espressi e l'attribuzione di punteggi, resi a fronte dei criteri valutativi previsti dal bando di gara, costituisce un apprezzamento connotato da chiara discrezionalità tecnica, insindacabile, salvo che sia affetta da manifesta illogicità (Cons. Stato, sez. III, 09/03/2022, n.1699).

Conseguentemente, il mancato raggiungimento dello standard minimo qualitativo ha comportato l'esclusione dalla gara senza poter fare ricorso alla riparametrazione la quale, nella fase di attribuzione del punteggio, è un'operazione rispondente alla differente esigenza di garantire l'equilibrio tra punteggio tecnico e punteggio economico con relativa comparazione (cfr. Cons. Stato, III, n.4280 del 2017 ed anche TAR Lazio, III quater, n. 9155 del 2020).

Infatti, secondo le Linee Guida ANAC n. 2 a proposito dell'offerta economicamente più vantaggiosa ..: "quando il coefficiente ovvero il punteggio massimo ottenuto per un determinato criterio dall'offerta migliore non raggiunge il valore 1, si procede alla riparametrazione dividendo il coefficiente di ciascuna offerta per il coefficiente massimo attribuito per quel criterio. Allo stesso modo, è possibile procedere qualora si faccia riferimento al punteggio ottenuto anziché al coefficiente". La riparametrazione quindi consiste, di fatto, in un'operazione matematica che permette di riallineare i punteggi a quelli previsti per

l'elemento di partenza.

La Centrale di committenza, approvati gli atti di gara, ha preso atto dell'impossibilità di procedere all'aggiudicazione per mancanza di offerte valide.

LEGGI LA SENTENZA

Pubblicato il 18/06/2022

N. 00255/2022 REG.PROV.COLL.

N. 00054/2022 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 54 del 2022, proposto da Ares Costruzioni Generali spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Vinti e Luca Massatani, con domicilio digitale PEC dai Registri di Giustizia;

contro

Centrale Unica di Committenza (CUC) dei Comuni di San Giovanni Teatino, Torrevicchia Teatina e Miglianico, non costituita in giudizio;
Comune di San Giovanni Teatino, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo Brunetti, Carlo Costantini ed Elio Leonetti, con domicilio digitale PEC dai Registri di Giustizia;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

della determina n.37 del 21 gennaio 2022, di non procedere all'aggiudicazione della gara per la concessione, tramite project financing, avente ad oggetto l'ampliamento del cimitero in località Sambuceto e la gestione dei due cimiteri esistenti, in ragione del mancato raggiungimento della soglia minima di qualità da parte della componente tecnica dell'offerta della ricorrente, unica pervenuta,

per l'accertamento

del diritto all'aggiudicazione con stipula del conseguente contratto,

in subordine per la condanna

dell'Amministrazione al risarcimento del danno per equivalente,

per l'accertamento

del silenzio-inadempimento dell'Amministrazione sull'istanza del 26 gennaio 2022, volta alla riammissione alla gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di San Giovanni Teatino;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 maggio 2022 il dott. Silvio Lomazzi e uditi per le parti i difensori Luca Massatani, Carlo Costantini ed Elio Leonetti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Con bando del 30 dicembre 2019, la CUC dei Comuni di San Giovanni Teatino, Torrevecchia Teatina e Miglianico indiceva la gara, nell'interesse del Comune di San Giovanni Teatino, per la concessione di 25 anni di durata, tramite project financing, da assegnarsi mediante criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, avente ad oggetto l'ampliamento del cimitero in località Sambuceto e la gestione dei 2 cimiteri esistenti, ex art.183, comma 15 del D.Lgs. n.50 del 2016.

La Commissione di gara, nel verbale n.6 del 1° ottobre 2021, riportava che per l'offerta tecnica era prevista, ex §21 del Disciplinare, una soglia di sbarramento di punti 40 (soglia minima di qualità), applicabile anche nel caso di un solo concorrente; che il punteggio conseguito da

Ares Costruzioni Generali spa, unica partecipante alla procedura, era di 34,60, dunque inferiore a detta soglia; che non poteva essere considerata a detti fini la riparametrazione, rispondente al differente scopo di comparare il punteggio della componente tecnica dell'offerta con quello della componente economica; che quindi la concorrente andava esclusa dalle successive fasi della gara.

Con determina n.37 del 21 gennaio 2022 il Comune di San Giovanni Teatino approvava gli atti di gara e decideva quindi di non procedere all'aggiudicazione per mancanza di offerte valide ricevute.

La Società impugnava allora detto provvedimento, censurandolo per violazione del §21 del Disciplinare, degli artt.95, 183 del D.Lgs. n.50 del 2016, per incompetenza nonché per eccesso di potere sotto il profilo del difetto di presupposti e di istruttoria, dell'errore, dell'ingiustizia, dello sviamento.

La ricorrente in particolare ha fatto presente che vi era stata una violazione dell'autovincolo da parte della stazione appaltante, che la Commissione non poteva modificare la lex specialis di gara, che era stata mutata la disciplina di gara dopo l'apertura della busta contenente l'offerta tecnica.

L'interessata ha sostenuto inoltre che l'operazione di riparametrazione rientrava nella fase di attribuzione del punteggio; che detta riparametrazione, per i subcriteri B1, B2, B4, B5, B6, doveva essere effettuata al fine di garantire la corretta attribuzione dei punteggi; che in ogni caso, con riferimento alla maggior parte dei subcriteri, i punteggi risultavano superiori alla sufficienza; che quindi, a seguito della riparametrazione, spettava alla ricorrente, per l'offerta tecnica, il punteggio di 70.

La Società ha segnalato altresì che il proprio progetto, in veste di promotore, era già stato valutato positivamente; che inoltre i singoli commissari avevano assegnato punteggi identici; che i punteggi erano poi in contraddizione con i giudizi; che in relazione al subcriterio B5.1 erano stati indicati 2 impianti da 6 KW in luogo di un impianto da 12 KW, riscontrandosi in tal modo in ogni caso la miglioria ivi prevista; che la concessione doveva comunque essere aggiudicata alla ricorrente, come soggetto promotore; che se del caso doveva essere sanzionato il silenzio-inadempimento dell'Amministrazione sull'istanza di annullamento in autotutela.

Veniva in ultimo richiesta l'aggiudicazione con la conseguente stipula del contratto e, in subordine, la condanna del Soggetto pubblico al risarcimento del danno per equivalente.

Il Comune di San Giovanni Teatino si costituiva in giudizio per la reiezione del gravame, illustrandone con successiva memoria l'infondatezza nel merito.

Con ordinanza n.41 del 2022 il Tribunale respingeva la domanda cautelare presentata dalla ricorrente.

Con memoria la Società ribadiva i propri assunti.

Seguivano le repliche dell'Amministrazione.

Nell'udienza del 27 maggio 2022 la causa veniva discussa e quindi trattenuta in decisione.

Il ricorso appare destituito di fondamento e dunque da respingere.

Invero è necessario evidenziare al riguardo che, in base al §21 del Disciplinare (cfr. all.13 al ricorso), per la valutazione dell'offerta erano previsti, come valori massimi, punti 70 per la componente tecnica, punti 20 per la componente economica, punti 10 per la componente tempo; che il punteggio dell'offerta tecnica era ripartito per criteri e subcriteri; che la sommatoria dei punteggi di ciascun criterio costituiva il punteggio finale dell'offerta tecnica; che non venivano ritenute idonee, al termine del calcolo del punteggio dell'offerta tecnica, le offerte al di sotto di punti 40 (soglia minima di qualità), quale limite per la sufficienza qualitativa dell'offerta, con conseguente esclusione dalla gara; che detto sbarramento operava anche in presenza di un'unica offerta ammessa a valutazione; che, prima di eseguire la somma dei punteggi tra offerta tecnica, economica e tempo, al fine di non alterare i rapporti stabiliti nel bando di gara tra i pesi dei criteri di valutazione aventi natura qualitativa (offerta tecnica) e quelli aventi natura quantitativa (offerta economica e offerta tempo), si procedeva alla riparametrazione del punteggio tecnico complessivo; che tale riparametrazione veniva effettuata assegnando il coefficiente pari a uno alla migliore offerta tecnica e riparametrando le altre in proporzione lineare.

Discende quindi dalla piana lettura della lex specialis di gara che il raffronto del punteggio attribuito alla componente tecnica dell'offerta con la soglia minima di sbarramento fissata nella lex specialis, al fine di vagliare la qualità dell'offerta medesima, andava effettuato, come correttamente avvenuto, prima della prevista riparametrazione (cfr. già TAR Abruzzo-Pescara, ord. n.41 del 2022); che l'operazione della riparametrazione è estranea a detto raffronto proprio perchè risponde ad altra e differente esigenza, ovvero al fine di garantire l'equilibrio tra punteggio tecnico e punteggio economico e relativa comparazione (cfr. Cons. Stato, III, n.4280 del 2017 ed anche TAR Lazio, III quater, n.9155 del 2020).

Ne consegue pertanto che non vi era stato alcun mutamento della lex specialis di gara dopo l'apertura della busta contenente l'offerta tecnica, che la Commissione di gara non aveva operato alcuna modifica in tal senso e che non vi era stata alcuna violazione dell'autovincolo da parte della stazione appaltante.

Va aggiunto quindi che l'operazione di riparametrazione non rientrava nella fase di attribuzione del punteggio al fine di vagliare la sufficienza qualitativa dell'offerta; che il punteggio, con riferimento ai subcriteri B1, B2, B4, B5, B6, era correttamente attribuito; che l'eventuale sufficienza conseguita con riferimento alla maggior parte dei subcriteri non poteva assumere rilievo a fronte del mancato superamento della soglia di sbarramento fissata nel complesso a punti 40, soglia peraltro non contestata nel merito dalla ricorrente; che dunque, per quanto surriportato, non poteva l'offerta tecnica della ricorrente, unica presentata, essere riparametrata al punteggio massimo previsto di 70; che del resto, diversamente argomentando, con un'unica offerta, anticipare l'operazione di riparametrazione avrebbe condotto all'effetto di assegnare il punteggio massimo di 70 a qualsivoglia proposta, indipendentemente dal suo

tasso qualitativo.

Occorre altresì rilevare che non era sufficiente la previa valutazione positiva riportata dal progetto presentato dalla ricorrente come soggetto promotore, giacché tale valutazione serviva per porre il progetto a base della gara e non anche per ciò solo ad aggiudicare la medesima, potendo tra l'altro per lo stesso progetto essere richieste varianti e migliorie, ex art.183 del D.Lgs. n.50 del 2016; che la circostanza del medesimo punteggio reso dai singoli commissari non rappresenta di per sé un indice di illegittimità, potendo la stessa essere il frutto del fisiologico confronto dialettico che si svolge in seno all'Organo collegiale valutativo (cfr. in termini Cons. Stato, III, n.8295 del 2020); che, raffrontando la griglia di conversione di cui al §21 del Disciplinare (giudizio-coefficiente-parametri valutativi) con i punteggi e i giudizi assegnati in concreto all'offerta (cfr. verbali di gara nn.3, 4, 5, all.6, 7, 8 al ricorso), detti punteggi appaiono del tutto in linea con i corrispondenti giudizi resi e dunque per nulla in contraddizione tra di loro; che è in ogni caso ininfluenza la valutazione della componente tecnica dell'offerta con riferimento isolatamente al subcriterio B5.1, considerando che in relazione allo stesso veniva assegnato il punteggio di 0,20 (cfr. verbale n.5) ed era previsto il punteggio massimo di 1, ex §21 del Disciplinare, che tra il punteggio complessivo assegnato di punti 34,60 e la soglia di sbarramento di punti 40 intercorrevano punti 5,40, che dunque non risulta superata la cosiddetta prova di resistenza (cfr. sul principio, tra le altre, TAR Veneto, III, n.602 del 2021); che la ricorrente, quale soggetto promotore, non vantava in ogni caso un diritto all'aggiudicazione, giacché, presupposto per esercitare il proprio diritto di prelazione di cui all'art.183, comma 15 del D.Lgs. n.50 del 2016 è che la sua offerta sia stata integralmente valutata e si sia quindi utilmente posizionato in graduatoria, anche se non in prima posizione (cfr. TAR Campania, I, n.611 del 2020, TAR Valle d'Aosta n.26 del 2019), ciò che non è avvenuto nel caso di specie, con valutazione arrestatasi alla componente tecnica dell'offerta, per mancato superamento della soglia di sbarramento; che in ultimo nessun silenzio-inadempimento può essere accertato a carico dell'Amministrazione sull'istanza di annullamento in autotutela, dal momento che il potere di autotutela è discrezionale, che dunque l'Amministrazione non è vincolata ad esercitarlo e sulla stessa non ricade alcun corrispondente obbligo (cfr., tra le altre, TAR Lazio, II, n.11309 del 2021, I, n.9422 del 2021).

Ne consegue che la determina n.37 del 21 gennaio 2022 impugnata risulta esente dalle censure dedotte.

Ne discende inoltre, stante l'infondatezza nel merito dell'impugnativa, l'infondatezza delle domande volte all'aggiudicazione della gara con la conseguente stipula del relativo contratto e, in subordine, di condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno conseguente, quindi da respingere.

Le spese di giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, respinge il ricorso n.54/2022 indicato in epigrafe.

Condanna la parte ricorrente al pagamento in favore dell'Amministrazione resistente delle

spese di giudizio, che liquida in €2.000,00 (Duemila/00) oltre ad accessori di legge.

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 27 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Passoni, Presidente

Massimiliano Balloriani, Consigliere

Silvio Lomazzi, Consigliere, Estensore