



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 11227 del 2011, proposto da:
Società Lovers S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli Avv.ti Alessandra Amodio ed Alessandro
Ficco, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via Pasquale
II, 349;

contro

il Ministero della Giustizia, in persona del Ministro *pro tempore*,
costituito in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale
dello Stato, domiciliato per legge presso i suoi studi in Roma, via dei
Portoghesi, 12;

nei confronti di

Società S.T. Protect S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro
tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Brigida Troilo, con domicilio
eletto presso il suo studio in Roma, via Novenio Bucchi, 7;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

- della determina dirigenziale n. 0453736/11 del 30.11.2011, con cui si è determinato di non procedere all'aggiudicazione della gara per l'approvvigionamento di 35.000 uniformi operative per il personale di polizia penitenziaria, nonché della nota 0455365 datata 1.12.2011 con la quale è stata comunicata la suddetta determina direttoriale;
 - del verbale n. 10 del 10.11.2011 della commissione di valutazione, nella parte in cui è stata omessa la valutazione per tutti i concorrenti dei "tempi di consegna" e per la ricorrente di quelli comunicati alla pagina 5 del documento "Presentazione e descrizione tecnica";
- e per il risarcimento
del danno in forma specifica ed, in subordine, per equivalente, in termini di interesse negativo e di perdita di *chance*.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Giustizia e della Società S.T. Protect S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, comma 9, c.p.a.;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 23 febbraio 2012, la dott.ssa Rita Tricarico e udito l'Avv. Ficco per la Società ricorrente ed altresì, in sostituzione dell'Avv. Troilo, per la Società cointeressata, assente l'Avvocatura generale dello Stato, come specificato nel

verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con bando pubblicato sulla G.U.C.E. dell'8.7.2011 e sulla G.U.R.I. 5^a serie speciale del 13.7.2011, il Ministero della Giustizia – Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria ha indetto una gara europea a procedura ristretta per la fornitura di 35.000 uniformi operative per il personale di Polizia penitenziaria.

Il criterio di aggiudicazione scelto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con attribuzione di 20 punti per l'offerta economia e di 80 punti per l'offerta tecnica, di cui 10 per l'eventuale campione migliorativo e 3 per i tempi e modalità di consegna.

Nel bando, al punto VI.3), era contenuta la dichiarazione secondo la quale *“l'Amministrazione contraente si riserva (...) di non procedere all'aggiudicazione nel caso in cui nessuna delle offerte risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto contrattuale, in conformità a quanto previsto dall'art. 81, comma 3, del decreto legislativo 163/2006”*.

All'esito della fase di prequalifica sono stati selezionati i candidati ritenuti idonei, ai quali è stata inviata la relativa lettera di invito, tra cui le odierne Società ricorrente e cointeressata.

Nella suddetta lettera di invito si specificava che nessun compenso sarebbe spettato *“alle imprese concorrenti per la partecipazione alla gara anche nel caso in cui la stessa”* si fosse dovuta per qualsiasi motivo annullare o

non si fosse dovuto procedere *“ad aggiudicazione”*.

Nella seduta del 9.11.2011, giusta verbale n. 9, a conclusione dell'esame dell'offerta tecnica delle quattro ditte partecipanti, fatta eccezione per i tempi di consegna e per l'imballaggio, la Commissione ha avvertito *“il dovere di sottoporre alla stazione appaltante alcune considerazioni di carattere generale”*.

Essa ha evidenziato che il criterio di aggiudicazione prescelto dell'offerta economicamente più vantaggiosa sottende la volontà dell'Amministrazione di *“dare preminente importanza al profilo tecnico-qualitativo rispetto a quello economico”* e che inoltre *“dal rapporto di proporzionalità (...) tra il parametro della valutazione tecnica (punteggio massimo 80) e quello della valutazione economica (punteggio massimo 20) si desume agevolmente che la garanzia di un manufatto che possieda standard qualitativi di eccellenza (...) rappresenti la causa contrattuale”*.

Ha poi rilevato che *“nessuna delle ditte concorrenti ha presentato in offerta un campione migliorativo idoneo a soddisfare le esigenze che la stazione appaltante ha chiaramente indicato nelle specifiche tecniche”* e che tutte *“hanno presentato campioni ordinari (...) non (...) dotati (...) dei livelli di elevata qualità voluti dalla stazione appaltante”*.

Va considerato che la ricorrente e la controinteressata avevano conseguito, rispettivamente, 39 e 36 punti, mentre le altre due 31 e 22 punti.

Nella successiva seduta del 10.11.2011 (verbale n. 10) sono stati valutati i tempi di consegna, per i quali non è stato attribuito alcun punteggio alle ditte concorrenti. In particolare, per due di esse la

manca di assegnazione del medesimo era dovuta alla circostanza che il tempo indicato dalle stesse era di 150 e 172 giorni, mentre per le altre due, tra cui la ricorrente, dipendeva dal fatto che queste non l'avrebbero incluso nell'offerta tecnica; relativamente alla ricorrente, ciò è stato smentito anche *per tabulas* e tale tempo di consegna è stato ivi indicato nella misura di 149 giorni.

Per l'imballaggio solo alla Lovers S.r.l. è stato riconosciuto un precipuo punteggio, pari ad 1 punto.

Con determina direttoriale 30.11.2011, prot. GDAP-0453736-2011, è stato disposto *“di non procedere all'aggiudicazione della gara” de qua.*

Sono stati ivi richiamati il citato verbale della Commissione di gara n. 9 del 9.11.2011, nonché la nota del vice direttore dell'Ufficio “Contratti di lavori, forniture e servizi”, con cui questi ha rappresentato di non ritenere *“opportuno proseguire con le operazioni di valutazione, salvo diverso avviso del Vice Capo Dipartimento delegato”*, il quale invece, con annotazione in calce, ha espresso al riguardo parere favorevole, inoltre è stato menzionato l'art. 81, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006 ed è stato evidenziato che si è voluto *“prediligere l'aspetto qualitativo rispetto a quello del prezzo”*, in considerazione anche della proporzione tra detti elementi.

Con nota 1.12.2011, prot. GDAP-0455365-2011, è stata data comunicazione della suddetta determina direttoriale alla Società Lovers S.r.l.

Quest'ultima ha proposto il presente gravame avverso il provvedimento direttoriale e la relativa nota di comunicazione citati,

nonché il verbale n. 10, laddove non le è stato assegnato il punteggio di 3 punti per i tempi di consegna.

I motivi di doglianza dedotti sono i seguenti:

I) violazione dell'art. 81, comma 3, del d.lgs. 12.4.2006, n. 163, e dell'art. 283 del d.P.R. 5.10.2010, n. 207;

II) eccesso di potere per travisamento dei fatti, illogicità e contraddittorietà della motivazione, carente e/o inadeguata istruttoria – violazione dell'art. 3 della legge 7.8.1990, n. 241 – insussistenza dei presupposti previsti dall'art. 81, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006 – violazione dell'art. 83, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006 – mancata previsione di soglie di sbarramento – violazione della lex specialis;

III) violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006 – eccesso di potere in senso assoluto e relativo, per manifesta illogicità, travisamento dei fatti ed erronea valutazione delle risultanze documentali;

IV) violazione del principio di buon andamento e di imparzialità della P.A. ex art. 97 Cost. – violazione dei principi di correttezza e trasparenza ex art. 2 del d.lgs. n. 163/2006 – violazione dell'art. 1337 c.c. – lesione dell'affidamento.

I. Secondo l'art. 81, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006, solo all'esito della valutazione di tutti gli elementi delle offerte potrebbe valutarsi la non convenienza e la non idoneità delle stesse, mentre nella specie si sarebbe proceduto alla non aggiudicazione quando la Commissione non aveva ancora attribuito il punteggio per i tempi della consegna e non aveva ancora esaminato le offerte economiche.

II. La giurisprudenza condizionerebbe l'esercizio della facoltà di non aggiudicazione alla ricorrenza di tutti i presupposti di cui all'art. 81, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006, costituiti da quelli negativi - non convenienza e non idoneità dell'offerta - e positivi - l'interesse pubblico leso dall'aggiudicazione.

In particolare, sussisterebbe l'interesse pubblico all'aggiudicazione delle gara, atteso che le offerte sarebbero convenienti ed idonee.

Quanto all'idoneità, la ricorrente avrebbe conseguito circa il 62% del punteggio totale, avendo ottenuto 40 punti, ai quali aggiungersi i 3 punti per i tempi di consegna, mentre, in ordine alla convenienza, essa non sarebbe stata affatto valutata, non essendo state aperte le offerte economiche.

“L'affermazione secondo la quale le offerte non avrebbero raggiunto i livelli di elevata qualità voluti dalla S.A.” sarebbe “contraddittoria (con la lex specialis) e violativa dei principi di trasparenza, proporzionalità, buona fede, correttezza e pubblicità posti a fondamento delle procedure di gara”.

In nessuno dei documenti di gara, né nella *lex specialis*, né *ex post* nei documenti successivi, sarebbe stata, infatti, prefissata la cd. soglia di sbarramento, al di sotto della quale non procedere all'aggiudicazione.

La stazione appaltante si sarebbe *“limitata ad affermare, in maniera apodittica, che non sono stati raggiunti gli elevati livelli qualitativi voluti, senza specificare quali fossero detti livelli e quali esigenze di base fossero carenti”.*

In particolare, *“l'offerta della ricorrente non”* sarebbe *“carente di nessuna delle esigenze di base richieste dalla S.A.”*, avendo conseguito punteggi medio alti, se non di eccellenza.

D'altronde, la scelta del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa indicherebbe *“solo che tra le offerte presentate il range di punteggio a disposizione per l'elemento qualità è più ampio rispetto all'elemento prezzo e, quindi, assume un peso maggiore”*.

Al fine di non procedere all'aggiudicazione, sarebbe necessario rendere *“paleso il ragionamento seguito per giungere alla determinazione negativa”*, mentre in questo caso si determinerebbero disagi alla P.A., in quanto, per un verso, *“il personale della polizia penitenziaria non potrà disporre a breve dei manufatti”* e, per altro verso, *“tutte le offerte (ed in particolare quella di Lovers s.r.l.)”* risponderebbero *“ai livelli qualitativi di base richiesti dalla S.A.”*.

III. Nella seduta del 10.11.2011 di cui al verbale n. 10 la Commissione non ha attribuito il punteggio per i tempi e modalità di consegna, sostenendo che Lovers ed altra ditta non avrebbero indicato tale dato nell'offerta tecnica, ed ha rimandato la sua valutazione all'apertura delle buste recanti le offerte economiche, che presumibilmente le avrebbero contenute. In tal modo detto organo avrebbe violato il disposto di cui all'art. 283 del d.P.R. n. 207/2010, che impone l'apertura delle offerte economiche solo dopo il completamento della valutazione dell'offerta tecnica.

Inoltre la ricorrente avrebbe correttamente indicato i tempi di consegna nell'offerta tecnica, quantificandoli in 149 giorni, e perciò per tale elemento avrebbe dovuto ottenere ulteriori 3 punti.

Conseguentemente il verbale in parola dovrebbe essere annullato nella parte in cui è stata omessa la valutazione dei tempi di consegna.

IV. La condotta dell'Amministrazione sarebbe stata scorretta, in violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità della P.A., nonché di quelli di correttezza e trasparenza.

“La scelta di non proseguire la gara” travalicherebbe “i limiti del potere amministrativo, per assumere i contorni dell’arbitrio”.

Con il ricorso in esame è stata, altresì, avanzata domanda di risarcimento dei danni, in via principale, in forma specifica, attraverso la prosecuzione della gara dall'ultimo atto interrotto, con emendamento delle errori commessi, ed, in via subordinata, per equivalente, tenendo conto dell'interesse negativo (spese sostenute, quantificabili in € 5.500,00) e della perdita di chance, determinabile nel 10% del valore dell'appalto, in considerazione anche dell'elevata probabilità, per la ricorrente, di divenire aggiudicataria della fornitura. Si sono costituite in giudizio l'Amministrazione intimata e la Società cointeressata.

Quest'ultima ha aderito a tutte le deduzioni mosse dalla ricorrente nel presente ricorso.

Con ordinanza 13.1.2012, n. 120, adottata nella camera di consiglio del 12.1.2012, è stata rigettata la domanda cautelare, proposta in via incidentale, ed è stata fissata l'udienza pubblica del 23.2.2012 per la trattazione del merito.

Sia la Società ricorrente sia l'Amministrazione resistente hanno depositato memorie in vista della predetta pubblica udienza.

Tenuto conto anche dell'opposizione della prima al deposito tardivo della memoria defensionale da parte della seconda, se ne prescinde ai

fini della definizione del presente giudizio.

Nella pubblica udienza del 23.2.2012 il ricorso è stato introitato per la decisione.

DIRITTO

1 - Con il presente ricorso si censura la decisione dell'Amministrazione resistente di non procedere all'aggiudicazione della gara per la fornitura di 35.000 uniformi operative per il personale di Polizia penitenziaria e si chiede il risarcimento del danno, in via principale, in forma specifica, mediante ripresa della gara stessa, con emendamento dei suoi vizi ed in particolare della mancata valutazione di tutte le offerte tecniche nella parte concernente i tempi e le modalità di consegna, e, in via subordinata, per equivalente, in termini di interesse negativo, quale spese sostenute per la partecipazione, e di perdita di chance.

1.1 - Il ricorso non è fornito di fondamento per quanto di seguito sarà illustrato.

2 - Preliminarmente è opportuno richiamare il dettato dell'art. 81, comma 3, del d.lgs. 12.4.2006, n. 163, di cui si è fatta in concreto applicazione.

Detta disposizione prevede che *“le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto”*.

2.1 - Si rende in proposito necessario precisare che la “o” collocata tra “conveniente” ed “idonea” ha significato e valore disgiuntivo e non congiuntivo, il che comporta che, al fine di decidere nel senso della

non aggiudicazione, non si richiede che si presentino entrambe le condizioni: non convenienza e non idoneità delle offerte, essendo invece a tal fine sufficiente la sussistenza di una sola.

2.2 - È poi evidente che nel caso, come quello di specie, nel quale il criterio prescelto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa ed il rapporto tra l'offerta tecnica e quella economica è del tutto sproporzionato in favore della prima, risulta tanto più ragionevole la non aggiudicazione della gara quando non si ravvisi l'idoneità, evidentemente riferita all'offerta tecnica.

Bisogna in proposito ricordare che il punteggio complessivo massimo attribuibile di 100 punti era composto da soli 20 punti massimi per l'offerta economica e da ben 80 punti massimi, distinti nelle singole voci previamente individuate, per l'offerta tecnica.

È chiaro che l'interesse della stazione appaltante era essenzialmente rivolto verso l'offerta tecnica, assumendo quella economica valore del tutto residuale; in altre parole, la stessa mirava ad un prodotto di qualità, anche se non conveniente sotto il profilo economico.

Degli 80 punti complessivi attribuibili per l'offerta tecnica ben 10 erano previsti per il campione migliorativo, il quale assumeva, perciò, una certa rilevanza. Ciò detto, deve considerarsi che nessuna ditta aveva presentato un campione migliorativo giudicato idoneo, con conseguente mancato conseguimento di alcun punteggio al riguardo.

3 - Ne deriva che, benché non fosse stata esplicitata alcuna soglia di sbarramento, non raggiunta la quale non si sarebbe proceduto all'aggiudicazione, tuttavia non appare affatto irragionevole e violativa

della disposizione citata, nonché del principio di buon andamento della P.A. e di tutti i principi che devono presiedere alle procedure di gara la decisione della stazione appaltante di non procedere all'aggiudicazione della fornitura.

3.1 - D'altra parte, deve considerarsi che, come già evidenziato in narrativa, nel bando, al punto VI.3), era contenuta la dichiarazione secondo la quale *“l'Amministrazione contraente si riserva (...) di non procedere all'aggiudicazione nel caso in cui nessuna delle offerte risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto contrattuale, in conformità a quanto previsto dall'art. 81, comma 3, del decreto legislativo 163/2006”* e che inoltre nella lettera di invito si specificava che nessun compenso sarebbe spettato *“alle imprese concorrenti per la partecipazione alla gara anche nel caso in cui”* non si fosse dovuto procedere *“ad aggiudicazione”*.

Conseguentemente, pur in assenza di una precipua soglia di sbarramento, le ditte concorrenti erano state preavvertite di tale possibilità, naturalmente al ricorrere dei presupposti *ex lege*, possibilità che per ciò stesso non rimaneva un'ipotesi meramente teorica.

4 - Perciò, alla luce anche di quanto appena ricordato, le ditte partecipanti avrebbero potuto ed anzi dovuto ragionevolmente attendersi che, dato il punteggio per l'offerta tecnica conseguito da ciascuna di esse, l'Amministrazione non avrebbe aggiudicato la gara, non ritenendo alcuna idonea.

5 - Proprio nella rimarcata inidoneità si ravvisa anche l'interesse pubblico alla non aggiudicazione, di cui impropriamente in questa sede si lamenta l'assenza: stante il rilievo attribuito all'offerta tecnica,

tenuto conto anche della circostanza che nessuna delle partecipanti aveva proposto un campione migliorativo idoneo, e considerato il punteggio raggiunto dalle stesse, si palesa corretta la decisione qui censurata.

5.1 - Infatti deve tenersi presente che la stessa offerta tecnica della ricorrente, la quale inequivocabilmente risultava la migliore delle quattro presentate, raggiungeva il punteggio di 43 punti, computando il punteggio di 3 punti per i tempi della consegna non concretamente attribuito ma effettivamente spettante. Detto punteggio, essendo pari al 53,75% di quello massimo assegnabile di 80 punti, non ne raggiungeva la sufficienza, che avrebbe richiesto invece quello di 48 punti.

Né può aversi riguardo solo al punteggio attribuibile per il campione ordinario, che era di 70 punti al massimo, essendo comunque previsti 10 punti massimi per il campione migliorativo, chiaramente tutt'altro che irrilevanti per l'Amministrazione resistente.

Quest'ultima ha evidentemente fatto una scelta ex ante, ritenendo importante la presentazione e la valutazione di un campione migliorativo idoneo, ai fini della scelta della ditta cui affidare la fornitura delle uniformi.

Né può rapportarsi il punteggio conseguito per l'offerta tecnica a quello complessivo di 100 punti, comprensivo anche del punteggio massimo attribuibile per l'offerta economica.

Il rapporto va, infatti, eseguito tra dati uniformi e non già difformi, come pretenderebbe la Società ricorrente per difendere la qualità della

propria offerta tecnica e per censurare il comportamento della stazione appaltante.

6 - Questo e, in particolare, la decisione di non procedere all'aggiudicazione appare esente dai vizi qui dedotti.

7 - Pertanto non può essere accolta la domanda di risarcimento in forma specifica, che conseguirebbe all'annullamento del provvedimento direttoriale recante detta decisione.

8 - Le considerazioni suesposte inducono anche a non ravvisare la responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c., necessaria per accordare il risarcimento per equivalente, richiesto in via subordinata.

Infatti in primo luogo è il codice dei contratti ad attribuire la facoltà di non aggiudicazione alla stazione appaltante, il quale nella *lex specialis* aveva preavvertito della possibilità che l'avrebbe esercitata.

L'esercizio in concreto si è visto essere giustificato da un'effettiva inidoneità delle offerte tecniche proposte, stante la quale evidentemente, in considerazione anche della rilevanza attribuita *ex ante* all'offerta tecnica, non può sussistere l'interesse generale all'aggiudicazione.

9 - In conclusione il ricorso è infondato e deve essere rigettato.

10 – Per quanto concerne le spese di giudizio, i diritti e gli onorari di difesa, sussistono le ragioni per la loro integrale compensazione tra le parti, in considerazione della peculiarità della questione disaminata.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio – sezione I quater, definitivamente pronunciando, rigetta il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2012, con l'intervento dei Magistrati:

Elia Orciuolo, Presidente

Maria Ada Russo, Consigliere

Rita Tricarico, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/03/2012

IL SEGRETARIO

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