



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 Seconda Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10178 del 2009, proposto da:
Soc Siram Spa, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dall'avv. Massimiliano Brugnoletti, con
domicilio eletto presso Massimiliano Brugnoletti in Roma, via
Antonio Bertoloni, 26/B;

contro

Ministero Per i Beni e Le Attivita' Culturali, in persona del Ministro
in carica, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale
Dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Ditta Luigi Amatucci, , in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dall'avv. Giuliano Boschetti, con domicilio
eletto presso Giuliano Boschetti in Ostia Lido, via delle Baleniere,

98;

Soc Controlsecurity Sistemi di Sicurezza Srl, in persona del legale rappresentante p.t., non costituitosi in giudizio;

per l'annullamento

-del provvedimento del 29 settembre 2009, con cui il ministero dei beni culturali ha aggiudicato la gara per la manutenzione ordinaria degli impianti del museo nazionale romano all'impresa amatucci luigi, comunicato con missiva del 30 settembre 2009;

- dei verbali di gara n. 1 del 19 giugno 2009, n. 2 del 22 giugno 2009 e n. 3 del 25 giugno 2009;

- del verbale di gara n. 6 del 27 luglio 2009;

- del verbale di gara n. 7 dell'11 settembre 2009;

- del verbale di gara n. 8 del 16 settembre 2009;

- del bando di gara in parte qua;

del provvedimento di rettifica dei criteri di valutazione delle offerte tecniche;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero Per i Beni e Le Attivita' Culturali e di Luigi Amatucci;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 maggio 2012 il dott. Floriana Rizzetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in esame, la Società ricorrente, premesso di aver partecipato alla procedura aperta per l'affidamento triennale del servizio di manutenzione ordinaria degli impianti tecnologici del "Museo Nazionale Romano" - da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, bandito dal Ministero dei Beni e Attività Culturali in data 25.3.2009, con importo a base di gara di €. 192.540,00 (di cui 5.776,20 oneri per la sicurezza) per ogni anno per un totale pari a €. 577.620,00 + IVA 20%, e di essersi collocata al terzo posto in graduatoria (76,733 punti di cui 30,875 per l'offerta tecnica e 45,858 per l'economica) dopo l'aggiudicataria Ditta Amatucci Luigi srl (78,831 punti di cui 31,554 per l'offerta tecnica e 47,277 per l'economica) e la Controlsecurity-Sistemi di Sicurezza (78,296 punti di cui 22,131 per l'offerta tecnica e 56,135 per l'economica), impugna gli atti indicati in epigrafe, contestando l'operato della Commissione di gara sotto diversi profili (omessa esclusione delle offerte presentate dalle predette per mancata fornitura delle giustificazioni preventive e mancata indicazione degli oneri di sicurezza, ed ancor più a monte, per aver illegittimamente introdotto sub-criteri di valutazione, aver operato una commistione tra criteri di valutazione delle offerte e dei requisiti di partecipazione).

Si è costituita in giudizio l'amministrazione intimata, con memoria

scritta contro deducendo alle censure mosse da parte ricorrente.

Si è costituita in giudizio la società Amatucci, con memoria scritta eccependo l'inammissibilità del ricorso e chiedendone il rigetto in quanto infondato nel merito.

Non si è costituita in giudizio la controinteressata società Controlsecurity-Sistemi di Sicurezza, ritualmente intimata.

Con ordinanza n. 5973 del 17.12.2009 l'istanza di sospensiva è stata respinta.

In vista dell'udienza per la trattazione del merito del gravame tutte le parti costituite hanno presentato articolati scritti difensivi.

All'udienza del 31.5.2012 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

In via preliminare, va disattesa l'eccezione di tardività sollevata dalla contro interessata.

Innanzitutto, va ricordato che i rilievi formulati, da parte del rappresentante della ditta interessata, sulla legittimità delle determinazioni assunti dalla Commissione in sede di gara non valga a far decorrere i termini di impugnativa.

Né l'impugnativa può ritenersi intempestiva per mancata impugnazione delle clausole del bando oggetto di censura con il ricorso in esame, in quanto tale onere sorge solo in relazione alle clausole concernenti i requisiti soggettivi dei soggetti interessati, che ne precludano la partecipazione alla gara, nonché le clausole che impongono oneri incomprensibili o manifestamente sproporzionati,

oppure introducenti criteri selettivi inapplicabili o di criteri di valutazione incongrui e fonte d'incertezza e di imprevedibili effetti distorsivi sul contenuto dell'offerta; circostanza quest'ultima che non si è verificata nella fattispecie, in quanto il bando indicava chiaramente gli oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso e quindi le offerte economiche presentate erano chiare e determinate nel riferirsi alle sole voci suscettibili di ribasso.

Va del pari disattesa l'ulteriore eccezione di inammissibilità relativa al difetto di interesse della ricorrente a contestare la gara in questione in mancanza di espressa richiesta di subentro anche parziale nel contratto e/o di risarcimento del danno.

Non può infatti negarsi l'interesse della ricorrente a coltivare l'impugnativa al fine di proporre, a seguito di eventuale favorevole accoglimento del ricorso ed in presenza di tutti gli altri presupposti, l'azione risarcitoria entro il termine quinquennale di prescrizione decorrente dal passaggio in giudicato della sentenza di annullamento. Si può pertanto passare ad esaminare il merito del gravame.

Con il primo motivo lamenta, innanzitutto, la mancata esclusione delle contro interessate per inosservanza dell'obbligo, imposto dagli artt. 86 e 87 del d.lgs. n. 163/2005, di esplicitare nella propria offerta gli oneri di sicurezza.

L'art. 87, comma 4 del codice dei contratti pubblici, nella versione applicabile *ratione temporis*, stabiliva che i costi relativi alla sicurezza "devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui

rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture" il precedente art. 86 co 3 bis - introdotto dall'art. 1 co. 909 della legge n. 296 del 27.12.2007 – poi modificato dall'art. 8 dalla legge 3.8.2007 n. 123- che ha riprodotto letteralmente l'art. 1 co 1 della l. n. 327 del 7.11.2000 - dispone altresì che "nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte (...)gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei `servizi o delle forniture".

In sede di prima applicazione dell'art. 86, comma 3-bis sono insorti complessi problemi interpretativi rappresentati all'Autorità di Vigilanza dei contratti pubblici, in particolare al fine di stabilire “se i costi della sicurezza non assoggettabili a ribasso siano soltanto quelli relativi alle misure preventive e protettive necessarie ad eliminare o ridurre al minimo i rischi di interferenza oppure siano tutti i costi riguardanti l'applicazione delle misure di sicurezza, ivi compresi quelli a carico dell'impresa connessi ai rischi relativi alle proprie attività”, questione che è stata risolta nel senso che “è necessario considerare che le modifiche all'art. 86 del Codice dei contratti pubblici si collocano nell'ambito dei “criteri di valutazione delle offerte anormalmente basse”, come recita espressamente la titolazione della disposizione citata. In quest'ottica, il legislatore ha

chiesto alla stazione appaltante di valutare, nella verifica della congruità delle offerte, che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza. Quest'ultimo costo, pertanto, deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, servizi e forniture. D'altro canto anche l'art. 87, comma 4, allo stesso riguardo del Codice dei contratti pubblici precisa che "Nella valutazione dell'anomalia la stazione appaltante tiene conto dei costi relativi alla sicurezza, che devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e caratteristiche dei servizi e delle forniture" (...). Infine, occorre rilevare che i rischi dell'attività svolta da ciascuna impresa sono noti alla stessa in maniera puntuale, mentre non è possibile per la stazione appaltante conoscere le diverse realtà organizzative delle imprese che si aggiudicheranno il servizio o la fornitura, realtà cui sono strettamente connessi i rischi delle relative attività (Determinazione n.3/2008 del 5.3.2008 sicurezza nell'esecuzione degli appalti relativi a servizi e forniture).

Sicché nella soluzione delle relative controversie è sempre stata richiamata la distinzione tra oneri di sicurezza finalizzati all'eliminazione dei rischi da interferenze quantificati dalla stazione appaltante nel DUVRI ed indicati nel bando separatamente dall'importo dell'appalto con preclusione di ogni facoltà di ribasso (trattandosi di costi necessari, finalizzati con tutta evidenza alla

massima tutela del bene costituzionalmente rilevante dell'integrità dei lavoratori) ed “oneri di sicurezza aziendali” (cioè costi per la sicurezza connessi ai rischi specifici propri delle imprese appaltatrici e da queste solo conosciuti) che l'impresa concorrente deve indicare nella propria offerta e sui quali è invece possibile il confronto concorrenziale in quanto costi specifici connessi con le specifiche modalità di organizzazione dell'attività di impresa, che la stazione appaltante deve valutare sotto il profilo della congruità rispetto all'entità ed alle caratteristiche del lavoro, servizio o fornitura.

Come chiarito dal Tar Sardegna, sez. I, n. 1047 del 26.6.2009 in un contenzioso concernente l'esclusione dalla gara della soc. SIRAM per violazione dell'obbligo di indicare in sede di offerta i costi relativi alla sicurezza “dalla lettura della disposizione in esame emergono, in particolare, due diversi effetti giuridici, i quali si dirigono, il primo, nei confronti dei concorrenti che intendano partecipare alle procedure di gara, imponendo loro di presentare l'offerta economica segnalando espressamente quali sono gli oneri economici che ritengono di dover sopportare al fine di adempiere esattamente agli obblighi di sicurezza sul lavoro. Il secondo effetto si verifica nei confronti dell'amministrazione appaltante, che è tenuta a valutare la congruità dell'importo destinato ai costi per la sicurezza”. In altri termini l'art. 86 co 3 bis da un lato impone alla PA, nel momento in cui predispone il bando di effettuare una valutazione di congruità del valore economico posto a base d'asta per evitare che essa sottovaluti

i costi in parola e determini la presentazione di offerte incongrue, dall'altro impone nel momento della verifica della congruità delle offerte presentate di assicurare che l'impresa abbia previsto un ammontare adeguato con sufficiente margine per coprire i costi in parola e per evitare che i margini di profitto siano ricavati a discapito di tali oneri ed in tale prospettiva impone alle imprese concorrenti di specificare in sede di offerta economica i costi che l'azienda ritiene di subire tenuto conto della sua specifica organizzazione del lavoro.

Tuttavia, se da un lato è innegabile che in base al combinato disposto delle due norme i concorrenti sono tenuti nel formulare l'offerta ad indicare specificamente i costi per la sicurezza - al duplice fine di assicurare la consapevole formulazione dell'offerta con riguardo ad un aspetto nevralgico e di consentire alla stazione appaltante la valutazione della congruità dell'importo destinato ai costi per la sicurezza - dall'altro lato, non essendovi ex lege alcuna comminatoria di esclusione, non si può ritenere che la violazione di tale obbligo sia sanzionata con l'automatica esclusione, in assenza di una espressa previsione in tal senso nel bando di gara.

Una simile conclusione infatti non trova fondamento né sul piano dell'interpretazione letterale, non essendo l'adempimento in parola prescritto a pena di esclusione da nessuna delle norme citate, né sul piano della collocazione sistematica della disposizione in parola, inserita nell'ambito dei "criteri di valutazione delle offerte anormalmente basse" - anziché nella più appropriata sede della

disciplina del contenuto essenziale delle offerte che sarebbe stata prescelta ove invece il legislatore avesse inteso introdurre l'automatismo esclusivo in questione - nè nella stessa ratio della norma in esame che è quella "di consentire alla stazione appaltante di verificarne la congruità e l'attendibilità" dell'offerta sotto il profilo della garanzia della sicurezza dell'esecuzione dell'appalto. Se questa è la finalità perseguita dalla norma in esame, allora non si può che aderire a quell'orientamento che avverte che di tale prescrizione non può farsene applicazione formalistica, ipotizzando meccanismi di esclusione automatica delle offerte formulate in modo difforme, dato che i costi per la sicurezza da rischio specifico (o aziendali) costituiscono una componente dell'offerta economica che deve essere apprezzata anche sotto il profilo dell'idoneità delle spese previste per la sicurezza in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta che costituisce appunto il momento procedimentale più adeguato per valutarne l'effettiva congruità. Con la conseguenza che la mancata indicazione dei costi di sicurezza aziendali non può essere ritenuta come causa automatica di esclusione - salvo ovviamente che il bando non lo preveda espressamente - potendo questa essere disposta solo se l'impresa non fornisce convincenti spiegazioni al riguardo (TAR Puglia, Lecce, Sez. III n. 2398/2008; TAR Calabria, Sez. II, 7.4.2010 n. 429; T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I, 9.6.2009 n. 1201; 21.2.2008 n. 138) considerato peraltro che queste sono meglio apprezzabili nella verifica, in contraddittorio con l'imprenditore interessato, delle

specifiche modalità organizzative del servizio, delle attrezzature e del loro utilizzo da parte dei lavoratori, che rendono più concreto ed effettivo l'istituto in parola (ad.es.un conto è assicurare la pulizia di parti alte di un macchinario mediante l'utilizzo di persone su scale ed imbracature ed un conto effettuare la stessa operazione utilizzando un robotino). Altrimenti ragionando, e cioè ipotizzando la possibilità di esclusione automatica dell'offerta priva di tale indicazioni, anche in assenza di espressa comminatoria che trovi fonte nella legge o nella *lex specialis*, si finirebbe per violare il principio della tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 38 del Codice nonché gli stessi principi ispiratori della normativa comunitaria in materia, contraria ai meccanismi di esclusione automatica delle offerte.

In tal senso, d'altronde, s'è pronunciata di recente la predetta Autorità di Vigilanza evidenziando che “nel silenzio normativo l'esclusione dalla gara, che è sanzione gravissima, dovrebbe scaturire dalla violazione di una clausola del bando o della lettera di invito corredata proprio dalla sanzione dell'esclusione, sembra preferibile (...) propendere per quell'orientamento giurisprudenziale che nega la possibilità di una automatica esclusione dalla gara dell'impresa che ometta l'indicazione nell'offerta economica dei costi della sicurezza sull'assunto che “l'art. 87, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006 non dispone espressamente l'esclusione dalla gara di appalto in caso di mancata indicazione in sede di offerta dei costi relativi alla sicurezza;

pertanto la previsione di cui al citato art. 87, comma 4, deve essere considerata come un criterio da seguire per la valutazione della congruità dell'offerta, in sostanza vietando all'impresa di dimostrare la remuneratività e l'attendibilità del ribasso effettuato contraendo gli oneri della sicurezza". La disposizione sopra richiamata si limita a disporre, infatti, che "...nella valutazione dell'anomalia dell'offerta la stazione appaltante tiene conto dei costi relativi alla sicurezza che devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture". La circostanza poi che tali costi debbano essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui, lascia intendere che tale specificazione sia subordinata alla esistenza degli stessi. Pertanto, nel caso in cui tali costi dovessero essere, a parere dell'impresa, inesistenti, questa ben potrebbe decidere di astenersi dal fornire un'indicazione inutile dichiarando che i costi relativi alla sicurezza sono pari a zero, a meno che naturalmente il bando non richieda ugualmente tale indicazione. A conferma di quanto sopra interviene altresì la considerazione sul nuovo procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte di cui all'art. 88, comma 1, del codice, sostituito dall'art. 4-quater, comma 1, lettera d), della legge 102 del 2009, secondo cui le giustificazioni delle voci di prezzo non devono più figurare nell'offerta (come avveniva nel previgente sistema), ma devono essere espressamente richieste dalla stazione appaltante. Ciò significa che la ditta in contestazione, nell'ambito del subprocedimento di verifica

dell'anomalia delle offerte, avrebbe potuto/dovuto, se richiesto dalla stessa stazione appaltante, presentare le proprie giustificazioni in ordine ai costi della sicurezza, esplicitando che nel caso di specie essi sono pari a zero” (Parere n.27 del 08/03/2012).

Né può essere trascurato, al riguardo, che l'indicazione dei costi aziendali per la sicurezza non consente, come nel caso della verifica del rispetto dei minimi salariali, alla stazione appaltante di verificare immediatamente e direttamente il rispetto di norme inderogabili a tutela di fondamentali interessi dei lavoratori, bensì solo il livello dei costi delle relative attività, che è cosa ben diversa. Va inoltre segnalato il rischio al riguardo ben evidenziato dagli operatori di settore, che, specie in assenza di parametri cui ancorare tale verifica, l'estrema discrezionalità della stazione appaltante, anziché perseguire l'obiettivo di un effettivo miglioramento delle condizioni di lavoro, finisca con il determinare “l'eventuale sopravvalutazione del costo del personale da parte del fornitore, scorporato dalla base di gara, pone il rischio di produrre un arbitrario e ingiustificato incremento della spesa pubblica” (Audizione presso l'Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici della FIASO – Federazione Italiana Aziende Sanitarie e Ospedaliere del 29.9.2011).

È appena il caso di precisare che l'orientamento giurisprudenziale invocato dalla ricorrente si è formato in relazione a casi in cui l'amministrazione appaltante non aveva indicato nel bando di gara gli oneri di sicurezza connessi alla esecuzione dell'appalto,

determinando incertezza sull'effettiva garanzia dei livelli di sicurezza dei lavoratori perseguiti mediante l'imposizione di tale onere (T.A.R. Liguria, sez. II, 11 luglio 2008 , n. 1485; T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 05 dicembre 2008 , n. 5755, ove espressamente viene chiarito che “se invece il costo per la sicurezza non è individuato dall'amministrazione aggiudicatrice quale specifica componente del costo del lavoro è necessario che il relativo importo venga scorporato dalle offerte dei singoli concorrenti e sottoposto a verifica per valutare se sia congruo rispetto alle esigenze di tutela dei lavoratori; nonché Tar Sardegna, sez. I, n. 1047 del 26.6.2009 confermata da C.d.S., sez. V, 23 luglio 2010, n. 4849, ove si sottolinea che “in assenza della preventiva fissazione del costo per la sicurezza da parte dell'amministrazione aggiudicatrice quale specifica componente del costo del lavoro, è necessario che il relativo importo venga scorporato dalle offerte dei singoli concorrenti e sottoposto a verifica per valutare se sia congruo rispetto alle esigenze di tutela dei lavoratori”; nonché di recente, Cons.st. Sez. III, n.5421 del 3.10.2011; cfr. Cons.st. Sez. III, n. 6677 del 20.12.2011 e n. 212 del 19.1.2012 in cui l'esclusione automatica delle offerte carenti di tale indicazioni era espressamente prevista dal bando gara) e quindi non sono applicabili alla fattispecie in esame in cui, a differenza dei casi da questi presi in esame, è lo stesso bando di gara ad individuare i costi per la sicurezza (quantificati nella misura di €. 5.776,30 al punto 1 sotto la voce “oneri per la sicurezza”) senza prevedere alcuna

indicazione aggiuntiva da parte dei concorrenti e tantomeno a pena di esclusione.

Uguale sorte merita l'ulteriore doglianza dedotta con il primo mezzo di gravame ove si lamenta la mancata esclusione delle controinteressate per inosservanza dell'obbligo di corredare l'offerta sin dalla sua presentazione delle giustificazioni preventive imposto dall'art. 86 co. 5 del d.lgs. n. 163/2006.

La doglianza va respinta alla stregua dell'orientamento giurisprudenziale che ha chiarito che le giustificazioni preventive, avendo come unico scopo quello di accelerare e semplificare il procedimento consentendone alla stazione appaltante una valutazione contestuale dell'insieme delle offerte, non assurgono a requisito di partecipazione alla gara sicchè tale omissione non comporta l'esclusione dalla procedura selettiva, venendo in rilievo la mancata documentazione solo in via eventuale nella fase successiva a quella di verifica dell'anomalia e se ed in quanto l'offerta risulti sospetta (cfr. Cons. st., Sez. VI n. 493 del 31.1.03; nonché di recente, tra tante TAR Piemonte, Sez. I, 15.1.2010 n. 226; TAR Campania, sez. I, 16.12.2010 n. 27519; nonché da ultimo TAR Lazio Sez. III ter n. 7808 del 7.10.2011); peraltro tale previsione è stata eliminata ad opera dell'art. 4 quater co. 1 lett. b) del DL 78 del 1.7.09 conv. in legge n. 102 del 3.8.09, successivamente alla pubblicazione del bando, proprio sulla base della riconosciuta inefficacia vista la cautela delle imprese a rivelare tecniche organizzative e modalità di

lavoro innovative se non a fronte di un'alta probabilità di affidamento dell'appalto.

Né tale adempimento, nella fattispecie in esame, era stato imposto dalla normativa di gara a pena di esclusione, non essendo tale comminatoria prevista né in sede di determinazione delle modalità di presentazione delle offerte, né evincibile dal richiamo, al punto n. 15 del bando (tutela della privacy ed accesso agli atti) alla possibilità delle concorrenti di fornire specifiche informazioni in aggiunta all'offerta ed alle giustificazioni a corredo dell'offerta economica.

Si passa ad esaminare gli ulteriori mezzi di gravame, dedotti in via graduata, volti ad invalidare l'intera gara.

Con il secondo motivo si denuncia l'illegittima "commistione" tra i requisiti di partecipazione alla gara e criteri di valutazione perpetrata dall'Amministrazione.

Sull'ammissibilità di tale censura si richiama quanto detto prima in merito all'impugnabilità immediata delle sole clausole escludenti, esorbitanti o impedenti la formulazione adeguata dell'offerta, dovendosi respingere l'eccezione al riguardo formulata dall'Avvocatura erariale.

Quanto al merito, il Collegio ritiene che l'operato dell'amministrazione sia immune dai vizi contestati. Questa, nel momento in cui ha previsto, all'art. 11 lett A) punto 1 del bando, quale elemento di valutazione, elementi di natura soggettiva, quali i soggetti responsabili della prestazione del servizio e del controllo di

qualità, titoli e la qualificazione di tecnici e dirigenti, ha riprodotto elementi che avrebbero già costituito oggetto di valutazione nella fase di ammissione dei concorrenti alla gara, che verrebbero pertanto doppiamente presi in considerazione anche nella fase di valutazione delle offerte tecniche in violazione dei principi di derivazione comunitaria di libera concorrenza e di apertura del mercato, conferendo un indebito vantaggio alle imprese di maggiori dimensioni (Corte di Giustizia, Sez. I, 24 gennaio 2008, proc. n. C-532/06; 19 giugno 2003, C-315/01; Consiglio Stato, Sez. V, 14 ottobre 2008 n. 4971; 4 marzo 2008, n. 912; 8 marzo 2006, n. 1194).

La separazione tra requisiti di partecipazione e i criteri di valutazione costituisce principio generale che tuttavia va valutato alla luce delle specifiche esigenze dell'Amministrazione, potendo darsi casi in cui la distinzione in parola assuma profili meno netti "stante la potenziale idoneità dei profili di organizzazione soggettiva a riverberarsi sull'affidabilità e sull'efficienza dell'offerta e, quindi, della prestazione" (Vedi, tra tante, di recente T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII, 10 febbraio 2011, n. 825; Consiglio di Stato, Sez. V, 28 agosto 2009 n. 5105).

Tale distinguo, ad avviso del Collegio, deve essere operato anche nella fattispecie in esame in cui la valutazione dei titoli e delle esperienze pregresse in servizi analoghi già espletati si giustifica con le specifiche esigenze che debbono essere soddisfatte mediante la prestazione del servizio in questione trattandosi di attività di

manutenzione di impianti insistenti in ambienti meritevoli di elevata protezione in considerazione dei beni infungibili, di altissimo pregio ed estremamente vulnerabili, ivi conservati. Ne consegue che la *lex specialis* non ha operato un'indebita confusione tra requisiti soggettivi ed elementi di valutazione, ma ha solo valorizzato alcuni elementi soggettivi che hanno diretta incidenza sull'espletamento dell'attività appaltata.

Quanto infine alle restanti doglianze, dedotte con il terzo motivo, relativamente ai criteri di valutazione ed alle operazioni di valutazione delle offerte presentate va innanzitutto respinta l'eccezione d'inammissibilità prospettata dalla resistente – che al riguardo evidenzia la mancanza di interesse della società ricorrente a contestare che l'attribuzione dei sub punteggi come fissati dalla Commissione sia stata decisiva per l'esito della gara, in quanto essa agisce al dichiarato fine di travolgere l'intera procedura per far valere le sue chances di aggiudicazione in sede di rinnovazione della procedura di gara.

Nel merito le doglianze vanno comunque disattese.

Innanzitutto, per quanto attiene alla lamentata genericità dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica, va richiamato il limite del sindacato che al riguardo può essere condotto in questa sede,

In tale ambito il Collegio ritiene che i criteri previsti nel bando, nonostante la carenza formale rilevata dal ricorrente, non risultano generici ed indeterminati, in quanto comunque il bando – nella

versione rettificata in data 8.5.2009 - è stato sufficientemente chiaro nel prevedere quali elementi di valutazione su cui la Commissione dovesse basare il proprio giudizio, indicando al punto 1 quelli riconducibili al "merito tecnico organizzativo" (qualificazione professionale degli operatori impiegati nello svolgimento del servizio e nel controllo di qualità, risorse umane e mezzi utilizzati), attinenti all'affidabilità ed alla capacità del soggetto incaricato di svolgere la prestazione, di cui le pregresse esperienze e gli specifici titoli professionali costituiscono idonei indicatori, ed al punto 2 (ex 4) quelli riconducibili alla "qualità dell'offerta" (intesa in termini di caratteristiche migliorative del servizio rispetto ai requisiti minimi stabiliti nel capitolato speciale finalizzate al controllo di qualità dello stesso ed alla prevenzione dei guasti), che attengono alle modalità di ottimizzazione dello svolgimento dell'attività di manutenzione in questione rispetto a quelle indicate nel capitolato speciale d'appalto.

Stessa sorte merita la doglianza in cui si denuncia la surrettizia introduzione di sub criteri di valutazione da parte della Commissione valutatrice in violazione dell'art. 83 co.4 d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 – che a seguito delle modifiche apportate dal d.lgs 11 settembre 2008 n. 152 rimette esclusivamente al bando di gara la fissazione dei criteri e dei subcriteri di valutazione dell'offerta – dei principi di pubblicità, trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici imposti dalla normativa comunitaria (Corte di Giustizia sentenza 24.1.2008 n. C-532/06, secondo la quale: "L'art. 36, n. 2, della

direttiva del Consiglio 18 giugno 1992 92/50/CEE osta a che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione, l'amministrazione aggiudicatrice determini in un momento successivo coefficienti di ponderazione e sottocriteri per i criteri di aggiudicazione menzionati nel capitolato d'oneri o nel bando di gara").

Il Collegio ritiene che nella fattispecie non possa addebitarsi alla Commissione di aver esercitato il contestato potere integrativo dei criteri di valutazione indicati nella lex specialis di gara, essendosi la stessa limitata a riprodurre quanto già previsto nel bando. Infatti questa, nella seduta del 27.7.2009 (verbale n. 6), si è limitata a richiamare i parametri predefiniti nel bando senza introdurre nuovi e diversi criteri di giudizio, che avrebbero potuto orientare la composizione delle offerte dei concorrenti. In effetti al punto 1, la Commissione ha semplicemente esplicitato quanto già implicitamente previsto nel bando, richiamando gli elementi di valutazione indicati dall'art. 11 lett A) punto 1, ai quali è attribuito pari peso, senza apportare quelle alterazioni paventate dalla ricorrente e nel rispetto sostanziale dei principi comunitari sopra richiamati (cfr. Corte di Giustizia, sentenza Sez. II, 24 novembre 2005 in causa C-331/04 che indica le "condizioni negative di legittimità" dell'ammissibilità di una determinazione o riformulazione dei criteri di valutazione a condizione che non vengano modificati i criteri di aggiudicazione dell'appalto definiti nel capitolato d'oneri o nel bando di gara; che non siano introdotti elementi che, se fossero

stati noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione; che non introduca elementi che possono avere un effetto discriminatorio nei confronti di uno dei concorrenti; non smentita dalla successiva dopo la presentazione delle offerte e dopo l'apertura delle domande di manifestazione di interesse).

Nessun addebito pertanto può esser mosso alla Commissione per aver operato una graduazione del punteggio delle figure professionali utilizzate indicando un punteggio maggiore per la laurea (3,5 punti) rispetto al diploma (2,5) in quanto il diverso rilievo attribuito alla diversa importanza dei titoli di studio non costituisce un nuovo ed autonomo sub-criterio non previsto dalla lex specialis ma semplicemente la specificazione, in funzione di obiettivizzazione del giudizio al fine di graduare i punteggi, del diverso rilievo dei titoli professionali già sancito dall'art. 11 lett A) punto 1, che appunto imponeva di tener conto dei titoli posseduti dai tecnici e dirigenti impiegati nel servizio in questione. Ne consegue che la commissione non ha esorbitato dai limiti connotati alle proprie funzioni in quanto si è limitata, nel rispetto dei parametri fissati dal bando, a tradurre mediante l'assegnazione di punteggi, la diversa rilevanza dei titoli già da questo sancita.

Quanto al punto 4, invece, la censura appare in conferente in quanto la commissione di gara, si limita a riprodurre integralmente la previsione del bando, aggiungendo la dicitura "da valutare

discrezionalmente in funzione delle esigenze del Committente” (verbale n. 6 della seduta del 27.7.2009), dicitura che è priva di qualunque valore innovativo, in quanto non fa che ribadire l'ovvio potere-dovere della Commissione valutatrice di effettuare valutazioni di carattere non vincolato e che costituiscono espressione di cd. discrezionalità tecnica.

Gli atti impugnati risultano perciò immuni dalle censure dedotte e di conseguenza il ricorso va respinto; va conseguentemente rigettata anche la connessa domanda risarcitoria.

Sussistono tuttavia, alla luce degli oscillamenti interpretativi, per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio ivi compresi diritti ed onorari.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Quater) respinge 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 31 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere

Floriana Rizzetto, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/06/2012

IL SEGRETARIO

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