

N. 03967/2010 REG.DEC.
N. 00365/2009 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 365 del 2009, proposto da:
Carbotermo S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Gabriele Pafundi, Arianna Sansone e Paolo Sansone, con domicilio eletto presso Gabriele Pafundi in Roma, V. Giulio Cesare, 14 Sc A/4;

contro

Comune di Seveso, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Italo Maggioni, e Alberto Marelli, con domicilio presso Consiglio di Stato, Segreteria, in Roma, p.za Capo di Ferro 13;

nei confronti di

Consorzio Alisei, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Stefano Gattamelata e Carlo

Merani, con domicilio eletto presso Stefano Gattamelata in Roma, via di Monte Fiore 22;

per la riforma

della sentenza del TAR LOMBARDIA - MILANO :Sezione I n. 03094/2008, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO GESTIONE CALORE.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 febbraio 2010 il Cons. Eugenio Mele e uditi per le parti gli avvocati Sansone e Gattamelata; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L' appello della Carbotermo S.p.A., si dirige contro la sentenza indicata in epigrafe, con la quale il Tribunale amministrativo regionale della Lombardia ha dichiarato inammissibile un ricorso proposto dalla medesima contro il provvedimento (e gli atti connessi) con cui veniva disposta nei confronti di altra impresa (Consorzio Alisei, con punti 79,424, contro punti 56,513 attribuiti alla appellante, sesta classificata) l' aggiudicazione della gara per l' affidamento della gestione del servizio calore nel Comune di Seveso. La gara era stata aggiudicata con il criterio dell' offerta economicamente pi?antaggiosa (con il metodo del confronto a

coppie.)

Rileva l' appellante che la sentenza appellata   inficiata da errore, in quanto la medesima societ  appellante, ancorch  classificatasi al sesto posto, aveva interesse alla rinnovazione della gara, avendo proposto specifiche censure che impingevano chiaramente nei confronti del procedimento amministrativo seguito, imponendone la rinnovazione..

La stessa formula i seguenti motivi di diritto:

Violazione e falsa applicazione dell' art. 100 del codice di procedura civile e dei principi giurisprudenziali in materia di interesse al ricorso e mancata considerazione delle censure proposte: in quanto l' appellante (ricorrente in primo grado) aveva formulato censure attinenti alla erronea composizione della commissione giudicatrice, la quale era partecipata dal segretario comunale, che non poteva certo qualificarsi come un esperto, alla mancanza di criteri di valutazione nel bando di gara, all' insufficienza della motivazione (espressa solo in soli termini numerici), all' erroneit  del criterio di attribuzione dei punteggi effettuata dalla commissione giudicatrice;

Violazione e falsa applicazione dell' art. 100 del codice di procedura civile e dei principi giurisprudenziali in materia di interesse al ricorso e mancata considerazione delle censure proposte; poich  la sentenza appellata, nel dichiarare il sopravvenuto difetto di interesse alla rinnovazione della gara, non ha tenuto conto che la intervenuta esecuzione, da parte della aggiudicataria, di interventi di

riqualificazione tecnologica degli impianti oggetto della gara costituiva esecuzione del tutto parziale e non escludeva comunque l'interesse alla rinnovazione della gara a fini risarcitori.

Ripropone, quindi, l'appellante, i motivi di primo grado, per l'effetto devolutivo dell'appello, e precisamente:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 97, comma 4, del d. l.vo n. 267 del 2000 e dell'art. 84, comma 2, del d. l.vo n. 163 del 2006, per aver fatto parte della commissione il segretario comunale, che non poteva considerarsi esperto;

Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990 e dell'art. 2, comma 1, del d. l.vo n. 163 del 2006, incongruit? e irragionevolezza, violazione dei principi di proporzionalit? non discriminazione e trasparenza, nonch? violazione del bando di gara per non contenere criteri pratici di valutazione delle offerte; per non essere stati previsti nel bando sub criteri, sub punteggi e sub pesi e illegittimit? del ricorso al metodo del confronto a coppie, oltre alla carenza di motivazione della commissione;

Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990 e dell'art. 2 del d. l.vo n. 163 del 2006, nonch? difetto di motivazione; per aver proceduto la commissione ad attribuire meri punteggi numerici, senza alcuna altra motivazione;

Violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del d. l.vo n. 163 del 2006, erroneit? dei presupposti e travisamento dei fatti, violazione dei principi di proporzionalit? ragionevolezza e contraddittoriet?

intrinseca; in quanto la formula prescelta per l'attribuzione del punteggio all'offerta economica diminuisce cospicuamente il valore da assegnare alle offerte medesime, rendendo il punteggio attribuibile alle offerte economiche puramente irrilevante;

Illegittimità derivata degli atti conseguenti alle operazioni della Commissione giudicatrice.

Si costituiscono in giudizio sia il Comune di Seveso che il controinteressato Consorzio Alisei, i quali resistono all'appello e ne domandano la reiezione.

La causa passa in decisione alla pubblica udienza del 16 febbraio 2010.

DIRITTO

L'appello appare infondato, con diversa motivazione rispetto a quella del giudice di prime cure.

Infatti, non può parlarsi di mancanza di interesse al ricorso di primo grado da parte dell'appellante, in quanto, come è evidente dalle censure proposte avanti al TAR e riproposte in questa sede, non è rilevante il fatto che la medesima si sia graduata all'ultimo posto, dal momento che le stesse censure sono dirette al rinnovamento dell'intera gara.

Ma, superata la inammissibilità dell'originario ricorso, lo stesso va considerato infondato nel merito.

Ed invero, il fatto che il segretario comunale abbia partecipato ai lavori della commissione di gara in qualità di componente, esperto

nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto (art.84 comma 2 della legge n.163/2006), non sembra nella specie assumere un rilievo invalidante.

Va in proposito considerato il comma 8 dello stesso articolo, a norma del quale (nel testo vigente pro tempore) i commissari diversi dal presidente sono anzitutto selezionati tra i funzionari delle stazioni appaltanti. .

Ora non sembra dubbio che il segretario comunale , ancorché dipendente dall'Agenzia autonoma per la gestione dell'albo dei segretari comunali e provinciali (quanto al rapporto di impiego), relativamente al rapporto di servizio svolga funzioni presso il Comune, di cui è quindi funzionario (cfr.art. 97 legge n.267/2000).

Deve poi ritenersi che tra tali funzioni sia configurabile anche quella di componente di una commissione di gara, stante la previsione dell'art.97 comma 4, lett.d) citato, in forza del quale il segretario comunale esercita ogni altra funzione attribuitagli dallo statuto o dai regolamenti, o comunque conferitagli dal sindaco .

Quanto alla sua competenza di settore, analoga a quella delle altre categorie citate all'art.84, comma 8, del d.lgs. n.163/2006, essa non impone l'appartenenza ad una delle categorie professionali citate nella seconda alinea di tale comma, ma demanda alla autorità che procede alla nomina di valutare la sussistenza del requisito di cui trattasi.

A tale fine occorre tenere presente che la commissione aggiudicatrice

La tenuta ad affrontare e risolvere problemi di varia natura, anche giuridici e amministrativi. Ne consegue, quindi, che, una volta assicurata (come nella specie non contestato) la prevalenza tecnica in seno alla commissione la stessa può ritenersi legittimamente composta anche ove nel suo ambito sia prevista la presenza di un esperto anzitutto in procedure amministrative, qual è il segretario comunale, non estraneo per alle problematiche tecniche connesse all'esercizio di funzioni comunali (cfr. art.97 comma 4 del d.lgs. n.267, a norma del quale il segretario sovrintende allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti e ne coordina l'attività?) La valutazione tecnica-professionale, sottostante alla nomina, comprende poi anche le esperienze comunque acquisite dall'interessato e allo stato degli atti non appare incongrua rispetto al curriculum del segretario comunale.

Infondato è anche il motivo relativo alla mancanza nel bando di criteri di specificazione in ordine all'attribuzione dei punteggi.

Vengono in rilievo i commi 1, 2 e 4 dell'art.83 del d.lgs.n.163/2006. secondo cui:

- 1. Quando il contratto è affidato con il criterio dell'offerta economicamente più antaggiosa, il bando di gara stabilisce i criteri di valutazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, quali, a titolo esemplificativo ...:*
- 2. Il bando di gara ovvero, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo, elencano i criteri di valutazione e precisano la ponderazione relativa*

attribuita a ciascuno di essi, e

4. Il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub - criteri e i sub - pesi o i sub - punteggi e . [La commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterra per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando] (periodo ora soppresso dalla lettera u del comma 1 dell' art. 1, D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152).

In proposito va osservato che negli atti recanti la disciplina di gara, venivano chiaramente individuati e descritti nei loro contenuti cinque elementi di valutazione della qualità del progetto, per un totale di 75 punti e con precisazione per ciascuno di essi del punteggio massimo attribuibile..

Il che appare sufficiente ad indirizzare la valutazione della Commissione di gara, tenuto conto che alla stregua dell' art.83, comma 2 d.lgs n.163/2006 la fissazione nel bando di sub criteri, sub pesi e sub punteggi nel bando è discrezionale e che il metodo di confronto a coppie consentiva l'attribuzione di un punteggio numerico per ognuno dei cinque elementi indicati nel bando.

Infondato dunque è, come affermato dalla giurisprudenza amministrativa (cfr.C.S., VI, n.7578/2006), anche il motivo che censura la valutazione dei progetti sulla base del solo punteggio numerico; nella specie questo, infatti, non è altro che la sintesi plastica e rappresentativa di una attenta valutazione delle singole

componenti dei vari progetti (secondo i parametri qualitativi indicati nel bando) e, in mancanza di una patente illogicità deve considerarsi metodo correttamente posto in essere.

Per il resto, il metodo del confronto a coppie e la valutazione riservata alle varie componenti del punteggio rappresenta una manifestazione della discrezionalità di scelta dell'Amministrazione e anche esso, se non illogico, non è soggetto a censure.

Infondata e comunque inammissibile è l'ultima censura, riproposta in appello, con la quale si deduce che la formula prescelta per l'attribuzione del punteggio all'offerta economica diminuisce cospicuamente il valore da assegnare alle offerte medesime, rendendo il punteggio attribuibile alle offerte economiche puramente irrilevante.

Osserva il Collegio che nel bando di gara relativamente al dato economico era previsto un punteggio da 0 a 25 punti, attribuibile, secondo la formula $P = P_i \times 25 / P_o$ (ove P è il punteggio da assegnare al concorrente; P_i il prezzo più basso offerto e P_o il prezzo offerto dal concorrente).

In questo quadro di riferimento l'assunto di parte appellante non viene adeguatamente dimostrato, né si vede come con un diverso criterio di valutazione della offerta economica l'appellante avrebbe potuto sopravanzare la aggiudicataria. In proposito, per quanto consta agli atti:

per l'offerta tecnica il Consorzio aveva ottenuto punti 57,918,

contro punti 31,513 della Carbotermo

per l'offerta economica al Consorzio erano stati attribuiti punti 17,506 contro punti 25,000 della Carbotermo (che aveva presentato l'offerta migliore);

la diversificazione del punteggio non appare illogica, se si considera che la prima aveva offerto un prezzo annuo di euro 366,544,000 e la seconda un prezzo annuo di euro 315.317,31;

quanto alla legittimità del criterio di calcolo del punteggio economico ogni ulteriore questione sembra inammissibile se si considera che la doglianza della Carbotermo non consentirebbe comunque di sopravanzare la aggiudicataria, stante la differenza di oltre 25 punti a favore di quest'ultima relativamente al punteggio tecnico.

L'appello va, conseguentemente, rigettato, con diversa motivazione, nel senso che il ricorso di primo grado va considerato infondato.

Pertanto, in considerazione della complessità della vicenda, le spese di giudizio del presente grado possono essere integralmente compensate fra le parti in lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sez. V), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo rigetta con diversa motivazione.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità

amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 febbraio 2010 con l'intervento dei Signori:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Consigliere

Filoreto D'Agostino, Consigliere

Marzio Branca, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/06/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione