

T.A.R. Veneto, Sezione Prima, 1 febbraio 2018, n. 105

Si coglie l'occasione per commentare quanto il decreto correttivo, come noto, ha introdotto all'articolo 95 del Codice; si tratta di due innovazioni relative al criterio dell'offerta secondo il miglior rapporto qualità/prezzo:

- il comma 10-bis *«La stazione appaltante, al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici. A tal fine la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento»;*
- il comma 14-bis *«In caso di appalti aggiudicati con il criterio di cui al comma 3, le stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta».*

Quanto alla prima innovazione, si tratta di una disposizione intrinsecamente illogica. Aver determinato un limite al punteggio economico (1) indifferenziato per qualunque appalto, indipendentemente dall'importo, dalla tipologia e soprattutto prescindendo dallo "spazio di manovra" consentito all'offerta tecnica non ha alcun senso. Peraltro non si comprende tale limite obbligatorio, per i lavori, a partire da 2.000.000 di euro, quando sotto tale soglia è ammesso il criterio del solo prezzo (che non è altro che un'offerta economicamente più vantaggiosa con attribuzione di 100 punti all'elemento prezzo) motivando nel senso che l'appalto avviene sulla base del progetto esecutivo il cui contenuto ... garantisce la rispondenza dell'opera ai requisiti di qualità predeterminati e il rispetto dei tempi e dei costi previsti (combinato disposto art. 59, comma 1 e art. 95, comma 4, lettera a)). Ma tutti gli appalti di lavori avvengono sulla base del progetto esecutivo, per cui la motivazione alla suddetta distinzione appare quantomeno stravagante. A maggior ragione quando il prezzo viene poi manipolato affievolendone l'incidenza con le formule bilineari suggerite da ANAC.

Nemmeno si condivide la conclusione di AGCOM (bollettino n. 32 del 21 agosto 2017, atti AS1422) che critica il limite del 30% partendo da argomentazioni corrette ma suggerendo semplicemente la sua elevazione al 50%. Il problema non è la percentuale, ma la soppressione generalizzata di qualunque "libertà" e "autonomia" nello stabilire il peso della componente economica che, nella ricerca del corretto equilibrio tra offerta tecnica e offerta economica non può che essere rimesso alla stazione appaltante che deve

valutare caso per caso, appalto per appalto, in funzione delle specificità del contratto e del perimetro entro il quale i concorrenti possono offrire varianti migliorative (2) o miglioramenti al progetto posto a base si gara.

Il corollario elementare è che all'offerta tecnica sono attribuiti almeno 70 punti; con la conseguenza che per individuare gli elementi di valutazione tecnica è necessario ricorrere alla fantasia e all'arrampicamento sui vetri. Conclusione: al 90 per cento le gare bandite e aggiudicate con il criterio del rapporto qualità/prezzo sono una finzione giuridica nel migliore dei casi, nel peggiore sono una vera e propria farsa. Alzi la mano chi può sostenere siano una cosa seria.

Per un approfondimento sul punto si rinvia ad altra occasione.

(1) la formulazione di "punteggio economico" è ambigua; al punteggio economico potrebbero essere ricondotti anche elementi diversi dal mero prezzo, quali i costi del ciclo di vita e, nelle concessioni, i canoni, i contributi, la rivalutazione, le tariffe, il valore di riscatto ecc.

(2) varianti che, pur potendo essere richieste ai sensi dell'art. 95, comma 14, sono sostanzialmente impraticabili a fronte di un progetto esecutivo a base di gara, o a fronte di capitolati prestazionali che prevedono sin dall'origine lavori, servizi o forniture ad un livello di definizione e di soddisfazione da non essere suscettibili di miglioramenti e, a maggior ragione, di varianti.

Quanto alla seconda innovazione, oggetto della pronuncia di T.A.R. Veneto, sembra il frutto della legge del pendolo. Troppe stazioni appaltanti nel recente passato hanno preteso che i concorrenti offrissero lavori aggiuntivi rispetto al progetto posto a base di gara (dagli impianti fotovoltaici, ai piazzali esterni, agli impianti omessi in tutto o in parte nel progetto ecc.). In sostanza si tendeva a comprimere al massimo il ribasso sul prezzo (con sconti minimi) trasferendo il sacrificio economico risparmiato ai concorrenti in relazione all'elemento prezzo sulla realizzazione di opere aggiuntive. Alla base di tali comportamenti arbitrari non vi era malafede, ma solo la necessità di completare progetti obbligatoriamente monchi per carenza di risorse e/o di evitare la restituzione di finanziamenti non utilizzati e non più utilizzabili (3); condizioni che dipendevano dall'obbligo, altrettanto illogico, di porre a base di gara progetti preventivati con prezzi unitari "ufficiali" ricavati da listini pubblici notoriamente fuori mercato e sovrastimati, tanto che nelle gare ordinarie producevano sempre sconti a due cifre. Quindi l'obbligo di impegnare risorse sproporzionate allo scopo con la pratica impossibilità di riutilizzare i risparmi ottenuti in gara hanno costretto le amministrazioni a ricorrere agli *escamotages* sopra sintetizzati. In disparte i casi patologici, si era pur sempre nell'ambito di un malinteso e ingenuo "pubblico interesse".

Come in tutte le cose si è poi esagerato in troppi casi, fino a richiedere un prodotto contrattuale “diverso” da quello posto a base di gara, con alti lamenti degli operatori economici (che avrebbero ben altro di cui lamentarsi). Ad ovviare alle esagerazioni bastavano il buon senso e i normali rimedi giurisdizionali. Il legislatore invece ha ritenuto di porvi rimedio con una disposizione tagliata con l'accetta, contribuendo a ridurre all'osso lo spazio per l'offerta tecnica visto in precedenza, e ponendo ulteriori difficoltà all'interprete; infatti non è così facile distinguere tra “opere aggiuntive” e “miglioramenti” e, perché no, “opere sostitutive”. (4) Così dopo che la giurisprudenza amministrativa ha impiegato gli ultimi anni per tracciare un confine tra “varianti” e “miglioramenti” sarà coinvolta nella definizione di opere aggiuntive.

(3) complice un cervellotico sistema contabile introdotto negli enti locali che ha reso impegni ed erogazioni un labirinto inestricabile

4) uno strato aggiuntivo di isolante o un isolante sostitutivo sono “opera aggiuntiva”? Sono opere aggiuntive, quindi vietate, l'introduzione di un montascale per disabili, di un quadro elettrico supplementare, di una telecamera in più, di una fioriera o di un lampione nel parcheggio?

Venendo al merito della sentenza citata all'inizio e riportata nel seguito, essa rileva sotto un particolare profilo rispondendo alla domanda se il comma 14-bis costituisca un principio applicabile a tutte le gare o sia applicabile solo alle gare per l'appalto di lavori.

La prima tesi, sostenuta anche da alcuni osservatori, tende ad estendere la disposizione a tutte le tipologie di appalto, quindi anche a servizi e forniture; a un primo esame tale lettura non appare illogica: le opere aggiuntive, al pari dei servizi aggiuntivi o delle forniture aggiuntive, potrebbero in astratto alterare l'oggetto dell'appalto. Ma all'estensione dell'ambito di applicazione motivata da una presunta analogia, osta la diversità ontologica tra i “lavori” e i “servizi e forniture”, appartenendo solo ai primi i concetti di “opere” (aggiuntive) e di “progetto esecutivo” (posto a base di gara). La formulazione letterale della norma, non pare ammettere altre interpretazioni o richiedere particolari sforzi ermeneutici (articolo 12, primo comma, delle pre-leggi), porta quindi a concludere, condividendo l'arresto del collegio veneto, che la limitazione di cui al comma 14-bis dell'articolo 95 del Codice, sia applicabile esclusivamente agli appalti di lavori.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 954 del 2017, proposto da:

Provincia di Verona Turismo S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli avvocati ...;

contro

Comune di Verona, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli
avvocati ...

Società Cooperativa Culture, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dall'avvocato ...

per l'annullamento:

- della determinazione dirigenziale del Dirigente Area Cultura e Turismo del Comune di Verona n. 3326 del 06.06.2017, nonché dei relativi allegati ed in particolare del capitolato di gara ...
- della determinazione dirigenziale del Dirigente Area Cultura e Turismo del Comune di Verona n. 4045 del 11.07.2017, comunicata in pari data, di aggiudicazione alla ditta Società Cooperativa Culture di Venezia – Mestre della procedura negoziata di cui sopra;

- nonché, occorrendo, del pregresso avviso pubblico esplorativo e dei relativi allegati in data 12.05.2017, per manifestazioni d'interesse a partecipare alla procedura per l'affidamento, con procedura negoziata ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera b) del d. lgs. n. 50 del 18.04.2016, del servizio ...
- di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o comunque connesso;
- nonché per la condanna della citata stazione appaltante al risarcimento di tutti i danni subiti dalla ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio ...

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 gennaio 2018 il dott. Nicola Fenicia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

In data 12 maggio 2017 veniva pubblicato sul portale del Comune di Verona l'avviso pubblico esplorativo al fine di raccogliere manifestazioni di interesse ad essere invitati alla procedura volta all'affidamento del servizio di gestione dell'ufficio informazione e accoglienza turistica (IAT).

Con determinazione del Dirigente Area Cultura e Turismo n. 3326/2017 veniva approvata l'indizione della procedura negoziata con i relativi atti di gara.

Con determinazione n. 4045 in data 11 luglio 2017 la gara veniva aggiudicata a Cooperativa Culture s.c.a.r.l. .

Provincia di Verona Turismo s.r.l. - società *in house* della Provincia - risultata ultima classificata su quattro partecipanti - con il presente ricorso impugna tutti gli atti di gara, asserendo l'esistenza di vizi radicali della procedura competitiva che ne imporrebbero la rinnovazione integrale.

In particolare, con il primo motivo la ricorrente denuncia la violazione dell'articolo 95, comma 14-*bis*, del d.lgs 50/2016, ai sensi del quale "*in caso di*

appalti aggiudicati con il criterio di cui al comma 3, le stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta".

Tale illegittimità viene ravvisata nella seguente circostanza.

Nell'ambito della documentazione di gara approvata con la deliberazione n. 3326 in data 6 giugno 2017, è presente la tabella "Criteri e Punteggi" quale allegato 5 della lettera di invito. Nella tabella sono stati inseriti, unitamente ad altri criteri non oggetto di impugnazione, i seguenti criteri e punteggi:

- a) un massimo di 12 punti per il potenziamento dell'orario di apertura del servizio di un'ora in più al giorno su base mensile;
- b) un massimo di 1 punto per l'incremento di produzione di mappe da tavolo del centro storico di Verona;
- c) un massimo di 1 punto per l'incremento della produzione di *brochure* contenenti cenni storici sulla città di Verona ed un itinerario di base della città medesima;
- d) un massimo di 1 punto per l'incremento della produzione di mappe del territorio provinciale.

Secondo la ricorrente il divieto di cui al comma 14-*bis* dell'art. 95 risulterebbe violato, a seguito della predisposizione da parte della stazione appaltante della sopra riportata griglia di valutazione della componente tecnica delle offerte, venendo indebitamente attribuiti punteggi a prestazioni aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto a base di gara.

Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente deduce l'illegittimità dell'aggiudicazione in quanto con essa la stazione appaltante, richiedendo le prestazioni di servizi nel periodo settembre 2017 - marzo 2018, anziché, come previsto dalla *lex specialis*, nel periodo luglio 2017 - gennaio 2018, avrebbe inammissibilmente mutato l'oggetto del contratto.

La ricorrente ha quindi concluso per l'annullamento degli atti impugnati, e per la condanna del Comune al risarcimento dei danni subiti per effetto della perdita di

chance di divenire affidataria del servizio in questione.

Si sono costituiti il Comune di Verona e la controinteressata Cooperativa Culture argomentando in ordine all'infondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto.

Con ordinanza emessa all'esito dell'udienza in camera di consiglio del 6 settembre 2017 è stata respinta la domanda cautelare.

All'udienza del 24 gennaio 2018, in vista della quale le parti hanno depositato memorie conclusive e di replica, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso non può essere accolto per le ragioni già accennate in sede di sommaria cognizione e che ora si passa ad approfondire.

1. In primo luogo, il richiamo al comma 14-*bis* (aggiunto dal d.lgs. n. 56/2017 all'art. 95 D.lgs. n. 50/2016), a giudizio della Sezione non sembra appropriato, apparendo la norma coniata con precipuo riferimento agli affidamenti di lavori, come risulta dal letterale richiamo ad "opere aggiuntive" rispetto a quanto previsto nel "progetto esecutivo" a base d'asta, e viceversa difficilmente applicabile agli appalti di servizi, in relazione ai quali non è di regola predicabile l'offerta di "opere aggiuntive", o l'esistenza di un "progetto esecutivo" posto a base d'asta.

In ogni caso, l'applicazione analogica della norma in esame al campo degli appalti di servizi dovrebbe comportare la sua riformulazione interpretativa nel senso che *"le stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di servizi aggiuntivi rispetto a quanto previsto nel progetto a base d'asta"*.

Rimanendo ferma la *ratio* della norma, a sua volta espressione di un'esigenza già in precedenza segnalata dalla giurisprudenza (ma sempre nel campo degli appalti di lavori, cfr. Cons. St., V sez., n. 1601/2015), di evitare che il singolo operatore possa alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla *lex specialis* con proposte che si traducano in una diversa ideazione del contratto in senso alternativo rispetto a quanto voluto dalla P.A.. E ciò al fine ultimo di garantire che il confronto competitivo degli operatori ruoti, in condizioni di parità, attorno ad un ben definito oggetto contrattuale.

Dunque, ciò che potrebbe essere vietato dall'ipotizzata estensione applicativa dell'art. 95, comma 14-*bis* al settore degli appalti di servizi, sarebbe la possibilità di valorizzare l'introduzione ad opera dei singoli concorrenti di tipologie di prestazioni diverse ed ulteriori rispetto a quelle richieste e indicate nel capitolato speciale.

Tuttavia, nel caso di specie, con la determina d'indizione della gara in questione non vengono attribuiti punteggi per servizi aggiuntivi rispetto a quelli previsti dal capitolato speciale di gara, ma solo in relazione al miglioramento e all'implementazione degli stessi servizi oggetto di gara.

In particolare: con riferimento al punto a), il *“potenziamento di un'ora in più al giorno dell'orario di apertura su base mensile”*, di portata marginale rispetto al monte ore complessivo (mediamente di 8/10 ore giornaliere), certamente non altera i caratteri essenziali del servizio con riferimento all'orario di apertura al pubblico del servizio come previsto dall'art 3 del Capitolato Speciale; ugualmente, con riferimento al punto b), l'incremento di produzione di *“mappe da tavolo del centro storico Verona”*, che comporta l'attribuzione come massimo di un solo punto, non altera i caratteri essenziali del servizio con riferimento alla previsione di cui all'art. 3 comma 4 lettera b punto 1 del Capitolato che già prevede la *“produzione e distribuzione di 300.000 mappe da tavolo in tre lingue”*; ed ancora, con riferimento al punto c), l'incremento di *“produzione di brochure contenenti cenni storici sulla città di Verona e un itinerario di base”* che comporta l'attribuzione come massimo di un solo punto, non altera i caratteri essenziali del servizio con riferimento alla previsione di cui all'art. 3 comma 4 lettera b punto 2 del Capitolato, che prevede la *“produzione e distribuzione di n. 40.000 brochure contenenti cenni storici sulla città di Verona e un itinerario di base in almeno 6 lingue”*; infine, con riferimento al punto d), l'incremento della *“produzione mappe del territorio provinciale”*, che comporta l'attribuzione come massimo di un solo punto, non altera i caratteri essenziali del servizio con riferimento alla previsione di cui all'art. 3 comma 4 lettera b) punto 3 del Capitolato che prevede la *“produzione e distribuzione di n. 40.000 mappe del territorio provinciale”*.

E' dunque evidente che tali incrementi, essendo meramente integrativi delle previsioni dell'art. 3 del Capitolato Speciale, non possono essere assimilati alle "opere aggiuntive" di cui al comma 14-*bis* citato, o a servizi aggiuntivi, consistendo invece in varianti migliorative delle modalità esecutive delle prestazioni richieste. La contestata possibilità di presentare le sopra descritte migliorie deve dunque ritenersi insita nel criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il primo motivo deve dunque essere respinto.

2. Anche il secondo motivo non può trovare accoglimento, in quanto la successiva modifica del periodo di durata dell'affidamento, dovuta alla protrazione della procedura negoziata, non può aver in alcun modo influito sullo svolgimento e sull'esito della gara, né dunque sulla *par condicio* dei concorrenti, posto che tutti costoro hanno partecipato in condizioni di parità alla gara per l'affidamento dello stesso servizio; né tale slittamento temporale dell'esecuzione del servizio può aver inciso sull'oggetto del contratto che è rimasto immutato.

3. In conclusione il ricorso, comprensivo della domanda risarcitoria, deve essere respinto in quanto infondato.

4. Le spese di lite, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge; Condanna la ricorrente a rimborsare alle parti resistente e controinteressata le spese di lite, che si liquidano in complessivi € 1.000,00 oltre oneri accessori per ciascuna di esse.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Pietro De Berardinis, Consigliere

Nicola Fenicia, Primo Referendario, Estensore