

J. E. S.

IMMEDIATA ESECUTIVITÀ

07 SET. 2004

La presente deliberazione viene affissa il _____ all'Albo Pretorio per rimanervi 15 giorni

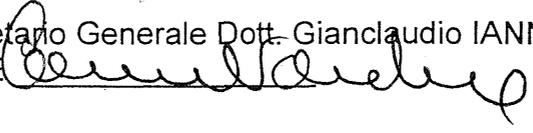
PROVINCIA di BENEVENTO

Deliberazione della Giunta Provinciale di Benevento n. 484 del 6 SET. 2004

Oggetto: Tar Puglia sez. Lecce – giudizio Asea srl C/ Provincia di Benevento e Italgas Ambiente srl – autorizzazione a stare in giudizio e di nomina di difensore ex art.1 co.9 D.L. n. 168/04.

L'anno duemilaquattro il giorno SEI del mese di SETTEMBRE presso la Rocca dei Rettori si è riunita la Giunta Provinciale con l'intervento dei Signori:

- | | | |
|-------------------------------|-------------------|----------------|
| 1) On.le Carmine NARDONE | - Presidente | _____ |
| 2) rag. Giovanni MASTROCINQUE | - Vice Presidente | _____ |
| 3) rag. Alfonso CIERVO | - Assessore | _____ |
| 4) ing. Pompilio FORGIONE | - Assessore | _____ |
| 5) Dott. Pasquale GRIMALDI | - Assessore | <u>ASSENTE</u> |
| 6) Dott. Giorgio Carlo NISTA | - Assessore | _____ |
| 7) Dr. Carlo PETRIELLA | - Assessore | _____ |
| 8) Dr. Rosario SPATAFORA | - Assessore | <u>ASSENTE</u> |
| 9) geom. Carmine VALENTINO | - Assessore | _____ |

Con la partecipazione del Segretario Generale Dott. Gianclaudio IANNELLA
L'ASSESSORE PROPONENTE 

LA GIUNTA

Premesso che con ricorso notificato il 1.9.04 la ASEA srl agiva in giudizio contro la Provincia di Benevento e Italgas Ambiente srl per l'annullamento previa sospensione del provvedimento n.168/10 dell'8.6.04 e gli atti connessi preordinati e conseguenti;

Rilevato che in virtù di recente orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione, in interpretazione del disposto di cui all'art.50 T.U.E.L. e con espresso richiamo in motivazione a precedente normativa (art.36 legge 142/90), e pure in presenza delle attribuzioni

dirigenziali di cui all'art.107 del medesimo T.U.E.L., si ritiene sussistere la rappresentanza giudiziale dell'Ente in capo al Presidente della Provincia;

Rilevato altresì che ai sensi dell'art.1 co.9 del D.L. 168/04 la spesa rientra nei limiti IVA previsti e che trattasi di contenzioso extra distretto di Corte di Appello e che in virtù della carenza dell'organico professionale dell'Ente non può essere attribuito alle strutture interne (Avvocatura Provinciale), che per altro gestisce notevole carico di contenzioso in essere;

Ritenuto per tali motivi procedere al conferimento dell'autorizzazione a stare in giudizio al Presidente della Provincia nel contenzioso di cui in premessa promosso con ricorso notificato il 1.9.04 dinanzi al Tar Puglia sez. Lecce da ASEA srl C/ Provincia di Benevento e Italgas Ambiente srl ed autorizzare l'affidamento di incarico esterno ex art.9 co.1 D.L.168/04;

Esprime parere favorevole circa la regolarità tecnica della proposta.

li _____

Il Dirigente Settore Avvocatura
(Avv. Vincenzo Catalano)



Esprime parere favorevole circa la regolarità contabile della proposta,

Li _____

Il Dirigente del Settore FINANZE
E CONTROLLO ECONOMICO
(dr. Sergio Muollo)

LA GIUNTA

Su relazione del Presidente
A voti unanimi

DELIBERA

Per i motivi espressi in narrativa e che formano parte integrante e sostanziale del presente dispositivo:

autorizzare la costituzione nel giudizio promosso dinanzi al Tar Puglia sez. Lecce con ricorso notificato il 1.9.04 da ASEA srl c/ Provincia di Benevento e Italgas Ambiente srl ed autorizzare il conferimento di incarico difensivo esterno dell'Ente ex art.9 co.1 D.L. 168/04;

Trasmettere la presente all'organo di controllo e al Collegio dei Revisori ex art. 9 co.1 D.L.168(04);

dare alla presente immediata esecutività stante l'urgenza

Verbale letto, confermato e sottoscritto
(Dr. Gianclaudio IANNELLA)

IL PRESIDENTE

(On.le Carmine NARDONE)

N. 552 **Registro Pubblicazione**

Si certifica che la presente deliberazione è stata affissa all'Albo in data odierna, per rimanervi per 15 giorni consecutivi a norma dell'art. 124 del T.U. - D.Lgs.vo 18.08.2000, n. 267.

BENEVENTO

07 SET. 2004

IL MESSO

IL SEGRETARIO GENERALE

(Dr. Gianclaudio Iannello)

La suesesa deliberazione è stata affissa all'Albo Pretorio in data 07 SET. 2004 e contestualmente comunicata ai Capigruppo ai sensi dell'art. 125 del T.U. - D.Lgs.vo 18.08.2000, n. 267.

SI ATTESTA che la presente deliberazione è divenuta esecutiva a norma dell'art. 124 del T.U. - D.Lgs.vo 18.08.2000, n. 267 e avverso la stessa non sono stati sollevati rlievi nei termini di legge.

li 23 SET. 2004
IL RESPONSABILE DELL'UFFICIO

IL SEGRETARIO GENERALE

(Dr. Gianclaudio Iannello)

Si certifica che la presente deliberazione è divenuta esecutiva ai sensi del T.U. - D.Lgs.vo 18.08.2000, n. 267 il giorno 23 SET. 2004.

- Dichiarata immediatamente eseguibile (art. 134, comma 4, D.Lgs.vo 18.08.2000, n. 267)
- Decorsi 10 giorni dalla sua pubblicazione (art. 134, comma 3, D.Lgs.vo 18.08.2000, n. 267)
- E' stata revocata con atto n. _____ del _____.

BENEVENTO, li 23 SET 2004

IL SEGRETARIO GENERALE

(Dr. Gianclaudio Iannello)

Copia per
 SETTORE AVVOCATURA (consulenza)
 SETTORE _____
 SETTORE _____
 Revisori dei Conti
 Nucleo di Valutazione

il _____	prot. n. <u>ES. 5738</u>
il <u>Shhh</u>	prot. n. <u>27.9.04</u>
il <u>8.9.04</u>	prot. n. _____
il _____	prot. n. _____
il _____	prot. n. _____

Conferenza Capigruppo

Avv. PIETRO QUINTO

Studio Legale Associato

Via Garibaldi, 43 - LECCE - Tel. 0832/245026 - fax 277974

Via dei Giubbonari, 47 - ROMA - Tel. 06/68807281

Partita IVA 03508320755

PROVINCIA DI BENEVENTO
- 1 SET 2004
De Fale
Mobilità

OGGI

28 AGO 2004

5279
3 SET. 2004

TAR PUGLIA - SEZ. DI LECCE

RICORSO

Per: la *ASEA Srl*, in persona del legale rappresentante Biagio Buttazzo, elettivamente domiciliato in Lecce alla Via Garibaldi n. 43 presso lo studio degli Avv. ti Pietro Quinto e Luigi Quinto, dai quali è rappresentato e difeso in virtù di mandato a margine del presente atto

per l'annullamento, previa sospensione,

dei verbali di gara relativi al pubblico incanto per l'affidamento del servizio

di esercizio e manutenzione degli impianti termici della Provincia di

Benevento; del provvedimento di aggiudicazione definitiva n. 168/10 del

Dirigente Settore Mobilità-Energia in data 8.06.04 e comunicato alla

ricorrente in data 21 giugno 2004; del contratto d'appalto; del "Bando di

gara" e del "Capitolato Speciale d'Appalto" nella parte in cui individuano le

voci e i criteri per l'attribuzione del punteggio; ove occorra, del

"Disciplinare tecnico"; dello "Schema di Contratto di Servizio"; della

determina n. 119 del 6 aprile 2004 di nomina della Commissione; ove

ocorra, dello statuto e del regolamento gare e contratti della Provincia di

Benevento qualora stabiliscono criteri per la nomina delle commissioni di

gara in contrasto con le norme di legge.

nonché per il risarcimento dei danni subiti e subendi.

FATTO

Con bando di gara pubblicato in data 19 gennaio 2004 la Provincia di

Benevento ha indetto un'asta pubblica per l'affidamento del servizio

relativo all' "Esercizio e manutenzione degli impianti termici: controlli e

verifiche".

Il Capitolato Speciale d'Appalto ha stabilito i documenti da produrre nonché

i criteri per l'attribuzione del punteggio.

Avv. PIETRO QUINTO
Avv. LUIGI QUINTO

Via Garibaldi n. 43 - 73100 LECCE
Rappresentatemi e difendetemi nel presente giudizio con ogni facoltà, non esclusa quella di transigere e conciliare ed eventualmente rinunciare, in tutto o in parte, agli atti del giudizio e all'azione e di farVi sostituire da altri procuratori o avvocati o di aggiungerne a Voi, se lo crediate opportuno: in ogni stato e grado e quindi anche in sede cautelare ed esecutiva.
Eleggo domicilio presso di Voi in Lecce nel Vostro Studio.

Lecca, 27/08/2004

Biagio Buttazzo
È autografa

[Signature]

Provincia di Benevento
AOO: Prot. Generale
Registro Protocollo Entrata
Nr. Prot. 0017027 Data 01/09/2004
Oggetto RICORSO ASEA SRL

In particolare, l'art. 7 ha previsto che:

"a pena di esclusione la sopraindicata busta B dovrà contenere le seguenti dichiarazioni:

a) dichiarazione giurata del legale rappresentante, ai sensi di legge, contenente:

1. elenco dei contratti stipulati, con enti pubblici o società da questi maggiormente possedute, il cui scopo sociale riguardi anche il servizio di cui all'art. 3 del presente capitolato, nel biennio precedente la data della pubblicazione del bando. Saranno presi in considerazione i contratti che prevedono attività svolte con continuità;

2. importo complessivo dei contratti stipulati;

3. termini di durata dei contratti stipulati;

4. attività previste in detti contratti con breve descrizione del loro contenuto.

b) dichiarazione giurata del legale rappresentante, ai sensi di legge, contenente:

1. descrizione della qualità delle risorse tecniche possedute dal concorrente, alla data di pubblicazione del bando, per svolgere le attività di cui all'art. 3 del medesimo capitolato.

2. descrizione della qualità e professionalità delle risorse umane possedute dal concorrente, alla data di pubblicazione del bando, per svolgere le attività di cui all'art. 3 del medesimo capitolato.

b.1) percentuale delle risorse tecniche dedicate, alla data di pubblicazione del bando per le attività di cui all'art. 3 del capitolato medesimo, rispetto al totale delle risorse tecniche complessive possedute dal concorrente.

b.2) *percentuale delle risorse umane dedicate, alla data di pubblicazione del bando per le attività di cui all'art. 3 del capitolato medesimo, rispetto al totale delle risorse umane complessive possedute dal concorrente.*

b.3) *fatturato delle attività, previste all'art. 3 del presente capitolato, espresso in termini percentuali rispetto al fatturato totale sviluppato dal concorrente nell'anno precedente la pubblicazione del bando.*

c) *dichiarazione giurata del legale rappresentante, ai sensi di legge, contenente l'importo del fatturato effettivamente conseguito dal concorrente nell'anno precedente alla data di pubblicazione del bando per le attività di cui all'art. 3 del medesimo capitolato.....*

d) *dichiarazione giurata del legale rappresentante, ai sensi di legge, contenente:*

elenco delle partecipazioni in società possedute a maggioranza da Enti Pubblici il cui scopo sociale riguardi anche il servizio di cui all'art. 3 del presente capitolato”.

Il successivo articolo 10 ha poi previsto i criteri per l'aggiudicazione:

“la gara sarà aggiudicata con il sistema previsto dal D.Lgs. 157/95, art. 10 (rectius, art. 23), lett. b – offerta economicamente più vantaggiosa – sulla scorta dei seguenti elementi di valutazione:

...a) Contratti di cui alla lettera a) dell'art. 7:

- | | |
|---|-----------------------------------|
| <i>1. numero dei contratti</i> | <i>fino ad un massimo Punti 1</i> |
| <i>2. importo complessivo dei contratti</i> | <i>fino ad un massimo Punti 3</i> |
| <i>3. durata dei contratti....</i> | <i>fino ad un massimo Punti 1</i> |

b) Qualità delle risorse tecniche ed umane di cui alla lettera b) dell'art. 7:

- | | |
|---|-----------------------------------|
| <i>1. qualità delle risorse tecniche</i> | <i>fino ad un massimo Punti 8</i> |
| <i>2. qualità e professionalità delle risorse umane</i> | <i>fino ad un massimo Punti 8</i> |

b.1) *Percentuale delle risorse tecniche dedicate di cui alla lettera b.1) dell'art. 7* *fino ad un massimo Punti 18*

b.2) *Percentuale delle risorse umane dedicate di cui alla lettera b.2) dell'art. 7* *fino ad un massimo Punti 18*

b.3) *Percentuale del fatturato espresso di cui alla lettera b.3) dell'art. 7* *fino ad un massimo Punti 18*

c) *Importo del fatturato conseguito di cui alla lettera c) dell'art. 7* *fino ad un massimo Punti 15*

d) *Partecipazioni di cui la lettera d) dell'art. 7* *fino ad un massimo Punti 10*

La Commissione di gara si è riunita in data 7 aprile 2004 per procedere all'apertura dei plichi ed alla conseguente aggiudicazione.

All'esito della valutazione delle offerte la Commissione ha stilato la seguente graduatoria: punti 96,969 alla Itagas Ambiente srl; punti 77,572 alla ASEA srl e punti 62,389 alla Fotovoltaica sas.

I provvedimenti impugnati sono illegittimi e gravemente lesivi degli interessi della ricorrente che ne chiede l'annullamento previa sospensione per i seguenti

MOTIVI

1. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 10 E 23 D.LGS. 157/95 – VIOLAZIONE ART. 36 DIRETTIVA 92/50/CEE – ECCESSO DI POTERE PER IRRAZIONALITA' – ECCESSO DI POTERE PER SVIAMENTO

Come già illustrato in punto di fatto, il Capitolato Speciale d'appalto ha richiesto ai concorrenti, al punto 7, di fornire una serie di informazioni e, al successivo punto 10, ha stabilito i criteri per l'aggiudicazione.

Il Capitolato d'appalto e gli altri atti di gara sono illegittimi nella parte in

cui hanno previsto l'attribuzione di punteggio (ben 84 dei 100 punti previsti) in relazione ad elementi che attengono alla soggettività dell'offerente e non al merito dell'offerta.

Tale previsione contrasta infatti con l'ormai pacifico principio elaborato dalla giurisprudenza comunitaria e recepito dall'ordinamento interno secondo cui, in tema di appalto di servizi, è illegittima l'attribuzione di punteggio per i requisiti soggettivi. Tali requisiti possono essere richiesti ai concorrenti solo in sede di qualificazione e solo al fine di accertare il possesso minimo dell'idoneità tecnica del concorrente per la partecipazione alla gara.

Il suddetto principio, in conformità del quale il punteggio deve essere attribuito all'offerta e non all'offerente, richiede che l'idoneità dei partecipanti venga accertata (una volta per tutte) in sede di qualificazione.

A quel punto tutti i candidati idonei sono posti sul medesimo piano con eguali *chances* di aggiudicazione, senza che vi possano essere soggetti avvantaggiati nella comparazione.

In tal modo si ottiene un duplice risultato: da un lato si garantisce la concorrenza e l'effettiva apertura del mercato, dall'altro si individua l'offerta che in concreto è più idonea a soddisfare il pubblico interesse.

La valutazione di elementi soggettivi anche ai fini della comparazione e dell'attribuzione del punteggio (e dunque non solo ai fini dell'ammissione alla gara), come ha rilevato la Commissione europea (atto 27.9.98), si pone in contrasto con noti principi comunitari e con la stessa lettera dell'art. 36 direttiva 92/50/CEE.

Ed infatti, con riguardo ai criteri da seguirsi per la valutazione dell'offerta, il riferimento contenuto in tale norma è relativo solo a caratteri oggettivi dell'offerta e non a caratteri soggettivi del partecipante.

Trattasi in altri termini di criteri che, come ha rilevato la Commissione europea, “si riferiscono tutti alle prestazioni da eseguire concretamente e mirano a definire quale degli offerenti (tra tutti i candidati giudicati idonei) sarà in grado di fornire nel caso concreto la prestazione migliore al prezzo più competitivo”.

Analoga scelta è stata compiuta dal legislatore nazionale con il D.Lgs. 157/95 (normativa di recepimento). Ed infatti quest'ultimo, operando una netta distinzione tra fase di qualificazione e fase di valutazione dell'offerta, indica, con riferimento a quest'ultima (art. 23), tra i criteri di aggiudicazione, solo elementi attinenti ai caratteri oggettivi dell'offerta medesima.

La tesi sopra prospettata – illegittimità delle clausole che attribuiscono punteggio ad elementi che attengono all'offerente e non all'offerta - è ormai univocamente condivisa dalla giurisprudenza dell'Ecc.mo Consiglio di Stato.

In tal senso si è espressa, da ultimo, la V sezione con le decisioni n. 3187 del 15 giugno 2001 e n. 1993 del 16 aprile 2003: *“il disegno normativo della disciplina comunitaria (e delle corrispondenti regole di diritto interno) è infatti chiaro e coerente.*

Nella specie, trova applicazione il decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 (attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi); l'articolo 22, rubricato <<scelta dei soggetti da invitare alle procedure ristrette>>, stabilisce al comma 1, che <<nella licitazione privata, nell'appalto concorso e nella trattativa privata l'amministrazione aggiudicatrice sceglie, tra i candidati in possesso dei requisiti prescritti dagli articoli da 12 a 17, quelli da invitare per la presentazione delle offerte ovvero per la trattativa; l'amministrazione si basa sulle informazioni

ricevute in merito alla situazione del prestatore di servizi, nonché sulle informazioni e sulle formalità necessarie per valutare le condizioni minime di natura economica e tecnica che devono essere soddisfatte>>.

L'articolo 14 individua le modalità di apprezzamento della prescritta capacità tecnica: <<la dimostrazione delle capacità tecniche dei concorrenti, negli appalti di cui all'allegato 1, può essere fornita mediante:

a) l'elenco dei principali servizi prestati negli ultimi tre anni con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi stessi; se trattasi di servizi prestati a favore di amministrazioni o enti pubblici, esse sono provate da certificati rilasciati e vistati dalle amministrazioni o dagli enti medesimi; se trattasi di servizi prestati a privati, l'effettuazione effettiva della prestazione è dichiarata da questi o, in mancanza, dallo stesso concorrente.....>>.

L'articolo 23 stabilisce i caratteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa, <<valutabile in base ad elementi diversi, variabili secondo il contratto in questione, quali, ad esempio, il merito tecnico, la qualità, le caratteristiche estetiche e funzionali, il servizio successivo alla vendita, l'assistenza tecnica, il termine di consegna o esecuzione, il prezzo>>.

Il quadro normativo distingue quindi con chiarezza tra i requisiti tecnici di ammissione alla gara e gli elementi valutabili in sede di esame dell'offerta.

In tale contesto, anche il "merito tecnico", seppure non descritto analiticamente, risulta correlato essenzialmente alle caratteristiche oggettive dell'offerta del concorrente, piuttosto che alle qualità soggettive, le quali, sono valutabili solo ai fini del conferimento di incarichi di progettazione (la qualità dell'offerta coincide con la capacità del professionista, che viene desunta dalle prestazioni già rese – vedi art. 64, comma 1, lett. b) del D. Lgs. n. 157/1995).

I requisiti tecnici e soggettivi prescritti dalla stazione appaltante per individuare i concorrenti ammessi alle gare (nel rispetto di parametri non discriminatori e ragionevolmente pertinenti all'oggetto della prestazione) intendono, al contrario, fissare una soglia minima di affidabilità del potenziale aggiudicatario.

...Contrariamente a quanto ritenuto dall'appellante principale, poi, la previsione del bando incide in modo vistoso sulla par condicio tra i partecipanti alla procedura selettiva, sbilanciando la valutazione dei concorrenti, a tutto vantaggio di coloro che sono in possesso di un migliore curriculum professionale, e svilendo il rilievo oggettivo dell'offerta presentata.

La Sezione ritiene utile segnalare che l'illegittimità dell'operato dell'Amministrazione è affermata anche dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (DETERMINAZIONE n. 17/2000 del 5 aprile 2000 - R/37 "Concorso di progettazione – autonomia delle fasi di selezione").

Tale atto non spiega alcuna efficacia vincolante nel giudizio in corso, né determina, sul piano sostanziale, un obbligo di adeguamento da parte della stazione appaltante, ma costituisce un contributo utile a delineare alcuni aspetti della questione in esame.

Secondo l'Autorità, "il bando in esame è stato predisposto seguendo le modalità previste dal D.lgs. 157/95 per le licitazioni private; in quanto, essendo il costo presunto dell'opera di L. 50 mld, era possibile prevedere che il corrispettivo per l'incarico di progettazione superasse la soglia dei 200.000 ECU.

Gli elementi richiesti per la fase di prequalifica (ricerche, mostre, riconoscimenti, pubblicazioni), progettazioni svolte nell'ultimo decennio, modalità di organizzazione per l'espletamento dell'incarico e

strumentazioni o attrezzature utilizzate, sono i requisiti previsti dall'art.14 del citato D. lgs 157/95 per la dimostrazione della capacità tecnica del concorrente; requisiti che ai sensi dell'art. 22 dello stesso decreto legislativo valgono per l'ammissione dei candidati alla fase di presentazione delle offerte nelle licitazioni private.

Per quanto concerne i criteri fissati per l'anzidetta seconda fase, la previsione del bando secondo cui la graduatoria finale è data dalla somma dei punteggi, non inferiore a punti 90, riportati dai concorrenti in ciascuna delle distinte fasi della procedura, quella di prequalificazione e quella di valutazione del progetto in concorso, dà origine ad una procedura caratterizzata dalla sostanziale commistione delle suddette fasi, concettualmente e funzionalmente distinte. Tale procedura contraddice al fondamento del concorso di progettazione e risulta non conforme al principio della trasparenza dell'azione amministrativa.

Va quindi confermato il principio indicato nell'atto di determinazione n. 6 dell'8 novembre 1999, di separatezza tra la fase della qualificazione e quella della valutazione dell'offerta; principio tanto più valido per la procedura del concorso di progettazione la quale è diretta alla scelta della migliore tra le prestazioni già rese e offerte alla valutazione dell'amministrazione, anziché all'individuazione del concorrente più idoneo a rendere, alle migliori condizioni, la futura prestazione".

In tal senso si è espresso in più occasioni anche Codesto On.le TAR: "l'art. 23 stabilisce che l'offerta economicamente più vantaggiosa è valutabile in base ad elementi diversi, variabili secondo il contratto in questione, quali ad esempio il merito tecnico, la qualità, le caratteristiche estetiche e funzionali, il servizio successivo alla vendita, l'assistenza tecnica, il termine di consegna o esecuzione, il prezzo. Il quadro normativo distingue quindi

con chiarezza i requisiti tecnici di ammissione alla gara dagli elementi valutabili in sede di esame dell'offerta. Pertanto il bando è illegittimo in quanto prevede la valutazione di elementi qualificabili come requisiti di ammissione alla gara e non come requisiti tecnici dell'offerta" (sentenza n. 343 del 30 gennaio 2003) e, ancor più di recente, con la decisione n. 8905 del 12 dicembre 2003: "la Sezione non ha motivo di discostarsi dall'orientamento del Consiglio di Stato (già recepito, del resto, con la precedente T.A.R. Lecce, Sez. II, 30.1.2003 n. 343) che ha affermato la necessità di non confondere <<l'attività preordinata a vagliare l'ammissibilità formale della domanda di partecipazione con quella diretta a verificare l'idoneità tecnica dei concorrenti preliminare all'apprezzamento dell'offerta nelle sue componenti oggettive>> (C. Stato Sez. V, 15.6.2001 n. 3187)".

Il medesimo principio è stato poi ulteriormente ribadito in una recentissima decisione del TAR Lazio (n. 1395 del 12 febbraio 2004, sez. II ter): *"con il quarto gravame si evidenzia la violazione dell'art. 23 del decreto legislativo n. 157/95, richiamato nel bando per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in quanto il punto 11.7.1 del disciplinare di gara prevede l'attribuzione di ben 20 punti su 50 a requisiti soggettivi delle imprese partecipanti.*

Il Collegio ritiene che tale censura sia fondata.

Nelle più recenti decisioni i giudici amministrativi hanno definitivamente chiarito che i criteri di aggiudicazione devono essere riferiti direttamente ed esclusivamente all'offerta della prestazione che forma oggetto dell'appalto e non alla qualificazione e capacità degli offerenti (TAR Campania sez. Iⁿ 6 settembre 2002 n. 4670; TAR Molise 21 febbraio 2003 n. 196; Cons. di Stato sez. Vⁿ 16 aprile 2003 n. 1993).

In particolare il Consiglio di Stato, nella decisione citata, ha affermato: "La problematica posta all'esame del Collegio concerne la netta distinzione operata dalla normativa -nazionale e comunitaria- di riferimento tra criteri soggettivi di prequalificazione (a cui si riferiscono le previsioni di cui agli artt. 12-17 del menzionato decreto legislativo n. 157/95) e quelli oggettivi afferenti all'aggiudicazione vera e propria (artt.22-23); netta ed inderogabile distinzione che oltre a trovare un preciso ed espresso riferimento nella normativa richiamata ha una sua sostanziale ed evidente logica: quella di separare i requisiti soggettivi di idoneità e partecipabilità alla gara da quelli oggettivi attinenti all'offerta e all'aggiudicazione".

Nel caso esaminato il Consiglio di Stato ha ritenuto illegittimo l'inserimento tra i criteri di valutazione dell'offerta, del requisito soggettivo riguardante le esperienze simili maturate nel triennio precedente dall'impresa, che è un tipico requisito previsto per accertare la capacità tecnica, necessaria alla partecipazione alla gara (art. 14 d. leg.vo n. 157/95).

Orbene, nel caso qui in esame il punto 11.7 del disciplinare di gara prevede che la graduatoria relativa all'offerta tecnica verrà compilata tenendo conto dei "seguenti elementi di ponderazione": al punto 11.7.1 si prevede l'attribuzione di un punteggio massimo di punti 20 per le capacità tecnico organizzative; il primo comma dice espressamente che la relazione tecnica dovrà presentare con il massimo dettaglio possibile le capacità tecniche dell'offerente, con riferimento in particolare: a) organizzazione, modalità operative e numero delle pattuglie operanti sul territorio della provincia; b) frequenze radio disponibili; c) modalità, contenuti e frequenza degli interventi di formazione del personale; d) certificazione UNI EN ISO 9000

per la qualità; e) numero totale dei contratti negli anni 2000-2001-2002; f) fatturato degli anni 2000-2001-2002; g) eventuali altre notizie utili.

A prescindere dall'assoluta genericità dell'ultima voce (g) alla quale vengono attribuiti 3 punti, appare evidente che tutte le altre non hanno alcun riguardo al contenuto dell'offerta tecnica, ma sono tese a valutare requisiti soggettivi dell'offerente.

Ciò altera in maniera determinante la valutazione del merito tecnico dell'offerta, e si pone in violazione con l'art. 23 del decreto legislativo n. 157/95, richiamato dal bando, il quale al comma 1 lettera b), nel riferirsi alla valutazione del merito tecnico, intende chiaramente quello insito nell'offerta".

Ritornando alla fattispecie in esame, è certo che i criteri previsti dal Capitolato Speciale d'appalto per l'attribuzione del punteggio (di ben 84 punti su 100) attengano alla soggettività dell'offerente e non al merito dell'offerta: il numero dei contratti stipulati, il loro importo e la loro durata, il fatturato conseguito nello specifico settore, la partecipazione in società miste, sono certamente aspetti che non hanno nulla a che vedere con il merito tecnico dell'offerta (così si è espressa la giurisprudenza sopra richiamata in relazione a identici criteri utilizzati per la valutazione delle offerte).

A fortiori non possono essere considerati legittimi gli ulteriori criteri con i quali la stazione appaltante ha ritenuto di attribuire punteggio ai seguenti aspetti: percentuale delle risorse tecniche e umane impiegate per l'attività oggetto di gara rispetto al totale di quelle possedute, ed ancora, percentuale del fatturato realizzato nell'attività oggetto di gara rispetto al fatturato complessivo. Non solo tali aspetti attengono alla soggettività dell'offerente e non al merito dell'offerta, ma sono clamorosamente irrazionali. Si

attribuisce infatti il massimo punteggio ad una società che dispone di una sola attrezzatura e di un solo dipendente ma lo utilizza unicamente nello specifico settore della verifica degli impianti termici (100% delle risorse umane e tecniche dedicate); nel mentre viene penalizzata un'impresa che dispone di 1000 dipendenti e di 1000 attrezzature e ne utilizza solo la metà (500 dipendenti e 500 attrezzature) nello specifico settore. Poiché la percentuale di risorse dedicate in quest'ultimo caso è del 50 %, la seconda impresa (che pure utilizza ben 500 dipendenti e 500 attrezzature nel settore della verifica degli impianti termici) consegue un punteggio pari alla metà della prima impresa (che utilizza un solo dipendente e una sola attrezzatura). Lo stesso dicasi per la percentuale di incidenza del fatturato.

Ogni ulteriore considerazione in ordine alla irrazionalità dei suddetti criteri appare superflua.

Le uniche voci che possono in qualche maniera essere ricondotte alla qualità dell'offerta - e come tali sono state legittimamente indicate per l'attribuzione del punteggio - sono quelle di cui all'art. 10, lettera b), n. 1 e 2: vale a dire qualità delle risorse umane e qualità delle risorse tecniche possedute. Tali voci possono infatti caratterizzare in termini di maggiore qualità l'offerta dei concorrenti.

Per tali voci è stata però prevista l'attribuzione di appena 16 punti (8 per ciascuna voce) su un totale di 100.

E' significativo rilevare, e tanto dimostra in maniera inequivocabile l'interesse della società ASEA alla proposizione della presente impugnativa, che la ricorrente ha conseguito rispetto alle predette voci il punteggio più alto tra i concorrenti. Ha infatti ottenuto 16 punti contro i 13 della Itagas e i 10 della Fotovoltaico.

Si vuol dire cioè che se il bando ed il capitolato avessero stabilito, in conformità alle disposizioni di legge, dei criteri tesi all'attribuzione del punteggio al merito dell'offerta e non alle caratteristiche dell'offerente, è certo che la società ASEA avrebbe avuto concrete *chances* di aggiudicarsi la gara.

Se si legittimasse l'operato della Provincia di Benevento e si consentisse la formulazione di bandi di gara con l'indicazione dei medesimi criteri di quelli oggi contestati, la società Itagas si aggiudicherebbe tutte le gare aventi il medesimo oggetto. Viceversa, ASEA non potrebbe mai aggiudicarsi alcuna gara alla quale partecipa Itagas, neppure presentando – come nel caso di specie - la proposta tecnica che garantisce il miglior livello di qualità del servizio.

E' il preludio alla creazione di un monopolio della predetta società!

2. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI CRITERI PER LA NOMINA DELLA COMMISSIONE GIUDICATRICE – ECCESSO DI POTERE – DIFETTO DI MOTIVAZIONE

2.1 La Commissione di gara era composta da:

Presidente:

- dott.ssa Giovanna Romano;

Componenti:

- Ing. Valentino Melillo;

- Rag. Antonio Feleppa;

- Dott. Giampaolo Signoriello.

Avendo riguardo alla natura dell'appalto, la composizione della Commissione era del tutto carente delle necessarie qualifiche e della necessaria esperienza tecnica; e ciò con particolare riferimento alle valutazioni tecnico discrezionali che la Commissione era chiamata ad

esprimere.

La evidente confusione, contraddittorietà e disorganicità dei giudizi espressi è l'ulteriore riprova della gravità di tale carenza che inficia in radice gli atti impugnati.

Basti pensare che la ricorrente ha conseguito un punteggio pari a 0 per la voce sub a) 2 con la seguente motivazione: "mancata indicazione dell'importo del contratto". Eppure ASEA aveva fornito la seguente dichiarazione: "che l'importo di ogni singolo contratto risulta essere di € 3.700.000 per il Comune di Lecce ed € 10.000.000 per la Provincia di Lecce, per complessivi € 13.700.000". L'errore commesso - che, ove occorra, viene formalmente contestato - dimostra l'assoluta inadeguatezza della Commissione.

E' principio assolutamente pacifico in giurisprudenza quello secondo cui nella composizione della commissione giudicatrice di un appalto concorso *"la presenza di tecnici o esperti debba essere se non esclusiva, quantomeno prevalente, onde garantire un giudizio appropriato ed imparziale"* (C.Cost. n. 453/90).

Occorre quindi che a formulare il giudizio sulle offerte siano chiamate persone fornite di specifica competenza o munite di qualificazione professionale che tale competenza facciano presumere (*ex multis*, C.d.S. 7/9/01 n. 4673; C.d.S. sez. V 18/1/96 n. 61; C.d.S. sez. V 13/2/95 n. 237).

Orbene, nella fattispecie in esame il suindicato principio non può ritenersi rispettato: tre dei quattro componenti sarebbero infatti dovuti essere esperti della materia.

Come già evidenziato, la prevalenza dei componenti della commissione non solo era sfornita di specifica competenza nella materia dell'appalto, ma era anche sprovvista di una qualificazione professionale che tale competenza

facesse presumere.

2.2 La Commissione di gara è altresì illegittima per vizio relativo alla sua composizione numerica. La Commissione era infatti composta da quattro membri. L'art. 21 della L. 109/94 – applicabile in assenza di specifica disciplina anche alla materia degli appalti di servizi (cfr Appalto di Servizi, Del Castello, Gualtieri, Realfonzo, Ed. Il Sole 24 Ore, 1997) – prescrive infatti che le Commissioni di gara debbano essere formate **da un numero dispari di componenti**.

2.3 La Commissione di gara è illegittima anche in relazione alle procedure seguite per la sua formazione. L'art. 21 della L. 109/94 prescrive infatti che i commissari vengano scelti, per garantirne l'imparzialità, mediante sorteggio tra gli appartenenti a determinate categorie. Nulla di tutto questo è avvenuto nel caso di specie.

Istanza di sospensiva – Al fumus di fondatezza che assiste il ricorso proposto, e che si confida di aver sufficientemente illustrato, si coniuga il danno grave ed irreparabile che deriva alla società ricorrente dalla circostanza che la stessa è costretta a tenere a disposizione, e quindi inutilizzati, gli uomini necessari per concorrere alla nuova procedura di gara. Di contro alcun danno deriverebbe alla controinteressata e alla stazione appaltante dalla sospensione degli atti impugnati in considerazione del fatto che il servizio non è ancora stato concretamente avviato.

Per tutti tali motivi, e con riserva di integrazione,

SI CHIEDE

che, in accoglimento del presente ricorso, l'On.le TAR Puglia – Sez. di Lecce voglia, previa sospensione, annullare i provvedimenti impugnati.

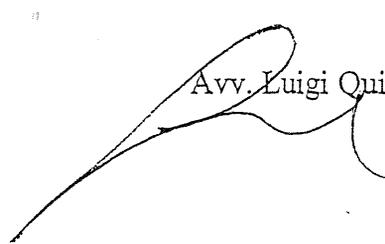
Con vittoria di spese e di onorari.

I sottoscritti difensori dichiarano che la presente controversia è di valore indeterminabile e che, pertanto, il contributo da versare è pari ad € 310,00.

Lecce, 27 agosto 2004



Avv. Pietro Quinto



Avv. Luigi Quinto

RELATA DI NOTIFICA – Istante come in atti, Io sottoscritto Uff. Giud. addetto all'U.U.N. presso la C.A. di Lecce, HO NOTIFICATO copia dell'antescritto atto:

- alla *Provincia di Benevento*, in persona del suo legale rappresentante p.t., spedendone copia a mezzo servizio postale mercè racc. a.r. presso la sua sede in Benevento alla P.zza Castello – Rocca dei Rettori (82100)

28 AGO. 2002

MARIA ANITA'
Uff. Giud. BS Corte d'Appello Lecce

- alla *ITAGAS AMBIENTE S.r.l.*, in persona del legale rappresentante p.t., spedendone copia a mezzo servizio postale mercè racc. a.r. presso la sua sede in Pescara alla Via R. Paolucci 3 (65121)

21982

UFFICIO UNICO
CORTE D'APPELLO - LECCE

Cronologia
n. 1/02

3.87

607

992

15.07