



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 della Valle D'Aosta

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 46 del 2012, proposto da:
IDROSTRADE s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
in proprio e quale capogruppo della costituenda associazione
temporanea di imprese con SAVI s.a.s. di Sacco Vincenzo & C., e da
quest'ultima, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in
proprio e quale mandante della suddetta ATI, rappresentate e difese
dall'avv. Gaetano D'Emma, con domicilio eletto presso lo studio
dell'avv. Paola Raffaelli in Aosta, via Vevey, 17;

contro

COMUNE DI FONTAINEMORE, in persona del Sindaco *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avv. Gianni Maria Saracco, con
domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R. Valle d'Aosta, in
Aosta, piazza Accademia S. Anselmo, 2;

nei confronti di

T.M.G. SCAVI S.R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Maria Paola Roulet e Rosario Scalise, con domicilio per legge presso la Segreteria del T.A.R. Valle d'Aosta, in Aosta, piazza Accademia S. Anselmo, 2;

per l'annullamento

- “della determina di aggiudicazione definitiva del 21 maggio 2012, comunicata via fax in data 22 maggio 2012, della procedura aperta indetta dal Comune di Fontainemore per l’aggiudicazione dei lavori di “sistemazione e di messa in sicurezza della frana in località Theilly” ”;
- “del presupposto verbale di aggiudicazione provvisoria di estremi ignoti”;
- “del verbale di gara n. 4, unitamente alle schede allegate, recante la valutazione delle offerte tecniche presentate dai concorrenti, nonché, per quanto di interesse, di tutti gli altri verbali delle operazioni di gara”;
- di ogni altro atto preordinato, connesso e conseguente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Fontainemore e di T.M.G. S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Vista l’ordinanza n. 18/2012;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 ottobre 2012 il dott. Antonino Masaracchia e uditi per le parti gli avvocati Gaetano

D'Emma per la società ricorrente, Gianni Maria Saracco per il Comune resistente e Maria Paola Roulet per la controinteressata T.M.G. s.r.l.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando del 17 febbraio 2012 il Comune di Fontainemore (AO) ha indetto una procedura di gara (importo b.a.: € 1.240.000/00) per l'affidamento dei “*lavori di sistemazione e messa in sicurezza della frana in località Theilly*”. La valutazione delle offerte tecnico-economiche, in base a quanto previsto dal disciplinare di gara (pag. 17), doveva avvenire con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e, con riferimento agli elementi di natura qualitativa, era prevista la loro valutazione con il metodo del “confronto a coppie”.

La costituenda associazione temporanea di imprese tra le società Idrostrade s.r.l. e Savi s.a.s. di Sacco Vincenzo & C., ha presentato offerta. All'esito delle operazioni di gara è risultata aggiudicataria la ditta T.M.G. s.r.l., con il punteggio complessivo di 79,369 (di cui 54,369 per l'offerta tecnica e 25,00 per l'offerta economica) mentre l'a.t.i. suddetta è risultata seconda classificata con il punteggio totale di 75,307 (di cui 66,825 per l'offerta tecnica e 8,482 per l'offerta economica).

Non ritenendo legittima l'aggiudicazione alla controinteressata, le società Idrostrade s.r.l. e Savi s.a.s. hanno proposto il ricorso qui in esame, chiedendo l'annullamento, previa sospensione cautelare, del

provvedimento di aggiudicazione definitiva (datato 21 maggio 2012), insieme a quello di aggiudicazione provvisoria, e di tutti i verbali di gara (ivi, incluso, in particolare, il verbale n. 4, con le schede allegate, recante la valutazione delle offerte tecniche). Le ricorrenti hanno anche domandato il “risarcimento di tutti i danni” loro cagionati dall’amministrazione.

Mediante un unico motivo di gravame viene contestata la violazione e falsa applicazione degli artt. 83 ss. del d.lgs. n. 163 del 2006, dell’art. 25 della legge della Regione Valle d’Aosta n. 12 del 1996 e del bando di gara, nonché l’eccesso di potere per erroneità dei presupposti, il travisamento dei fatti e l’illogicità. In particolare, le ricorrenti si riferiscono alla prima delle “migliorie” che, in base al disciplinare, le concorrenti potevano presentare in sede di offerta. Si trattava della seguente (pag. 13 del disciplinare): *“Il soggetto concorrente deve indicare in una relazione (max 4 pagine formato A4 oppure 2 pagine formato A3) con quali modalità esecutive e materiali intende organizzare la preparazione del fondo ed il superiore manto bituminoso (spess. cm--) della strada di accesso e relativo piazzale a monte della frazione Theilly”*. In proposito, riferiscono le ricorrenti che l’aggiudicataria (la quale ha ottenuto, per tale miglioria, 20 punti, ossia il massimo attribuibile) avrebbe proposto “una miglioria di tutt’altra natura” ossia non un manto bituminoso, come richiesto dalla *lex specialis*, “ma una massicciata in ‘ciottoloni intasata con ghiaia minuta e ghiaietto’ ed una ‘pavimentazione in lastre di pietra’”. Sono poi oggetto di contestazione, nell’ambito del medesimo motivo di gravame, anche le altre migliorie offerte dalla controinteressata, riguardanti la posa in

opera di tubazioni e canalette per la raccolta delle acque e la sistemazione del tratto di roggia esistente per l'allontanamento delle acque.

2. Si è costituita in giudizio la T.M.G. s.r.l., depositando documenti e chiedendo il rigetto del gravame. La controinteressata ha preliminarmente eccepito la “improcedibilità e/o inammissibilità” del ricorso sull'assunto che le società ricorrenti non avrebbero fornito la prova di resistenza, essendosi invece limitate “ad una apodittica contestazione del sistema del confronto a coppie, senza fornire la benché minima prova sull'uso distorto” di esso; né, del resto, esse avrebbero potuto fare altrimenti “posto che la propria offerta tecnica è risultata la migliore anche per la commissione”. Secondo la controinteressata, poi, le ricorrenti avrebbero proposto la stessa migliorata offerta dalla T.M.G. perché anche esse “hanno inserito elementi di pavimentazione in pietra nella propria offerta”.

3. Si è costituito in giudizio anche il Comune di Fontainemore, in persona del Sindaco *pro tempore*, depositando documenti ed insistendo per il rigetto dell'impugnazione. Secondo l'amministrazione, in particolare, le ricorrenti non potrebbero ormai appuntare alcuna censura all'operato della stazione appaltante, posto che esse non hanno impugnato la specifica clausola di *lex specialis* che ha previsto il metodo del confronto a coppie, e posto che, in ogni caso, la scelta di utilizzare tale metodo integrerebbe una “decisione ampiamente discrezionale che impinge nel merito stesso dell'azione amministrativa”. Laddove, poi, la censura sviluppata da parte

ricorrente dovesse essere intesa come “non agevole comprensibilità delle ragioni della preferenza attribuita ai singoli elementi di valutazione in occasione del confronto a coppie”, si tratterebbe di censura “inammissibile” avendo essa, in sostanza, “la finalità di sindacare il merito stesso della valutazione operata, sindacato notoriamente inammissibile, salva l’ipotesi della manifesta e macroscopica illogicità, arbitrarietà e irragionevolezza”.

4. Con memoria depositata il 17 luglio 2012 le ricorrenti hanno replicato alle difese delle controparti.

5. Con ordinanza n. 18 del 2012 questo TAR, all’esito della camera di consiglio cautelare, ha deciso di non sospendere gli atti impugnati, nonostante avesse apprezzato “*prima facie* favorevolmente” le questioni sollevate dalle ricorrenti, provvedendo, comunque, a fissare con sollecitudine la pubblica udienza di discussione.

Con ordinanza n. 3462 del 2012 il Consiglio di Stato, sez. V, ha respinto l’appello proposto dalle ricorrenti avverso l’ordinanza cautelare di questo TAR.

In vista della pubblica udienza di discussione la controinteressata TMG s.r.l. ha depositato una memoria, ribadendo – in particolare – l’eccezione di “improcedibilità e/o inammissibilità” del ricorso perché quest’ultimo si sarebbe limitato “a mere petizioni di principio e fumose illazioni, lungi dal fornire la prova di resistenza, ossia la prova che il metodo del confronto a coppie sia stato utilizzato in modo distorto o irrazionale”.

Alla pubblica udienza del 17 ottobre 2012, dopo ampia discussione

orale, la causa è stata trattenuta in decisione.

In data 18 ottobre 2012 è stato pubblicato il dispositivo della presente sentenza.

6. Il ricorso è fondato.

Portata assorbente assume, in proposito, il primo profilo di censura che le ricorrenti hanno sviluppato nell'ambito dell'unico motivo di gravame, ossia quello concernente la valutazione (ed il relativo punteggio attribuito) sulla miglioria – offerta dall'impresa aggiudicataria – della copertura della strada d'accesso e del piazzale a monte della frazione Theilly (prevista a pag. 13 del disciplinare di gara). Risulta pacificamente dagli atti, in proposito, che l'aggiudicataria aveva offerto di eseguire il rivestimento del sedime stradale *“mediante una pavimentazione in lastre di pietra”*, realizzata con una *“massicciata in ciottoloni intasata con ghiaia minuta e ghiaietto”*, con una soletta in calcestruzzo *“di spessore pari a 15 cm armata con doppia rete elettrosaldata”* ed una *“pavimentazione in lastre di pietra tipo Luserna di spessore pari a 4-6 cm con sigillatura dei giunti con malta”* (cfr. doc. n. 7 del Comune, riportante la parte dell'offerta specificamente dedicata alla miglioria qui in esame, pag. 2). Una simile realizzazione appare, invero, del tutto disallineata rispetto a quanto aveva previsto il disciplinare di gara, a norma del quale poteva formare oggetto di positiva valutazione (e, quindi, di attribuzione di punteggio) *“esclusivamente”* una delle voci di migliorie *ivi* riportate e tra le altre, per quello che qui interessa, quella consistente nella copertura della strada e del piazzale con *“manto bituminoso”* (del quale doveva essere indicato, nell'offerta,

lo spessore in centimetri). L'aggiudicataria, infatti, lungi dall'offrire una copertura con manto bituminoso, ha invece previsto l'utilizzazione di materiali affatto diversi (pavimentazione in pietra, massicciata in ciottoloni, ecc.), con ciò andando ben oltre le scelte operate dalla stazione appaltante ed i vincoli che ne derivavano in punto di miglioria valutabile.

Ne è derivata un'illegittima attribuzione di punteggio per la "miglioria" offerta dall'aggiudicataria, proprio perché si trattava di miglioria radicalmente non valutabile in base al disciplinare di gara. Ora, dal momento che la commissione di gara ha attribuito, per tale elemento, il punteggio di 20 – ossia, il massimo attribuibile, in base alla *lex specialis* di gara –, tale punteggio deve essere eliminato dalla valutazione dell'offerta presentata dalla concorrente TMG, al fine di ricondurre la valutazione complessiva nei binari della legittimità. Non è necessaria, sul punto, alcuna prova di resistenza da parte delle ricorrenti, posto che la loro associazione temporanea si è piazzata al secondo posto a poco più di 4 punti dall'offerta risultata (illegittimamente) aggiudicataria: la quale, per quanto detto, deve essere retrocessa di 20 punti. Occorre precisare, sul punto, che non si tratta, in questa sede, di sostituire la valutazione di merito compiuta dalla commissione di gara in ordine alla bontà tecnica della soluzione offerta dalla controinteressata (come contestato, nelle proprie difese, dalle resistenti), ma solo di escludere totalmente la valutabilità di siffatta "miglioria" dal metodo del confronto a coppie e, quindi, dal punteggio finale complessivo: ciò proprio perché tale soluzione non

corrispondeva alla tipologia che era stata specificamente (ed a pena di non valutabilità) indicata nella *lex specialis*. Né era necessario contestare, in radice, il metodo del confronto a coppie (come tale previsto, per la gara *de qua*, dal relativo disciplinare), posto che esso è risultato, di per sé, del tutto neutro in ordine alla lesione lamentata dalle ricorrenti, lesione consistente – come detto – nell’illegittima valutazione di una voce di miglioria che, in base alla *lex specialis*, non poteva essere valutata.

Il punteggio da detrarre, quindi, equivale esattamente a quello che, complessivamente, era stato attribuito all’aggiudicataria all’esito del confronto a coppie, ossia 20 punti (cfr. le risultanze di cui al “punto 1” allegate al verbale di gara n. 4 dell’11 aprile 2012), con la conseguenza che l’associazione temporanea costituita dalle società ricorrenti viene a risultare al primo posto della graduatoria. L’aggiudicazione finale alla controinteressata, pertanto, è illegittima.

Va aggiunto, per completezza, che nessuna rilevanza può avere, nel presente giudizio, la circostanza – adombrata dalla controinteressata – che anche l’a.t.i. ricorrente avesse offerto una modalità di rivestimento stradale asseritamente del tutto analoga a quella oggetto dell’offerta di T.M.G.: ammessa, infatti, la fondatezza di tale assunto, esso comporterebbe, all’evidenza, un ampliamento dell’odierno *thema decidendum*, al di là delle censure introdotte con specifici motivi di gravame, ed avrebbe dovuto, pertanto, costituire oggetto di specifico ricorso incidentale ad opera della controinteressata.

7. Gli atti impugnati – ed, in particolare, l’aggiudicazione a T.M.G.

s.r.l. – devono, pertanto, essere annullati, con la conseguenza che l'a.t.i. ricorrente, quale concorrente che viene a risultare piazzato rifusione al primo posto della graduatoria, dovrà ottenere l'aggiudicazione dell'appalto per cui è causa. In tal modo, peraltro, le ricorrenti ottengono un risarcimento in forma specifica a fronte dell'illegittimità commessa dall'amministrazione, tale da assorbire il risarcimento per equivalente domandato nell'atto introduttivo.

Le spese del giudizio devono essere compensate tra le ricorrenti e la controinteressata, attesa la complessità di natura tecnica della contestata voce di miglioria. Dalla compensazione deve invece escludersi l'amministrazione resistente, soccombente, la quale va condannata alla refusione delle spese sostenute dalle società ricorrenti, nella somma che appare equo determinare in euro 3.000,00 (tremila/00), cui è da aggiungere, ai sensi dell'art. 13, comma 6-bis.1, del d.P.R. n. 115 del 2002, l'importo del contributo unificato versato da parte ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle d'Aosta (Sezione Unica), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe nei sensi e per gli effetti, anche risarcitori, di cui in motivazione e, di conseguenza, annulla gli atti impugnati.

Compensa le spese di giudizio tra le ricorrenti e la controinteressata.

Condanna il Comune resistente al pagamento, in favore delle ricorrenti, delle spese di giudizio, liquidate in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge, ed alla restituzione del

contributo unificato.

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

Così deciso in Aosta nella camera di consiglio del giorno 17 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Adamo, Presidente

Antonio De Vita, Primo Referendario

Antonino Masaracchia, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/11/2012

IL SEGRETARIO

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