



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 la Calabria**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso R.G. n. 782 del 2010, proposto da “Engineering & Constructions Tekno Edil srl”, rappresentata e difesa dall'avv. Bruno Nistico', con domicilio eletto presso lo studio dello stesso, in Catanzaro, via A. De Gasperi, n. 62;

***contro***

-Comune di Catanzaro, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Gabriella Celestino, Annarita De Siena e Santa Durante, con domicilio eletto presso l'avv. Gabriella Celestino in Catanzaro, Ufficio Legale del Comune di Catanzaro, via Jannoni;

-Comune di Catanzaro - Unita' di Progetto Risorse Finanziarie Esterne e Programmazione Strategica del Territorio, Commissione Giudicatrice;

***nei confronti di***

“Cricelli Costruzioni srl”, rappresentata e difesa dagli avv.ti Alfredo Gualtieri e Demetrio Verbaro, con domicilio eletto presso lo studio degli stessi, in Catanzaro, via Vittorio Veneto, n. 48;

***per l'annullamento***

-del provvedimento prot. n. 63570 del 24.6.2010, del Dirigente pro-tempore dell'Unità di Progetto Risorse Finanziarie Esterne e Programmazione Strategica del Territorio del Comune di Catanzaro, con cui è stata comunicata in pari data alla ricorrente l'avvenuta aggiudicazione definitiva dell'appalto dei lavori di “Riqualficazione, Completamento e Sistemazione di Piazza Matteotti – 1° Lotto” in favore dell'impresa “Cricelli Costruzioni s.r.l.”;

-della Determina Dirigenziale n. 3357 del 23.06.2010, con cui è stato aggiudicato definitivamente l'appalto alla controinteressata;

-della nota prot. n. 54915 del 25.5.2010, notificata il 27.5.2010, con cui il Dirigente pro-tempore della predetta Unità di Progetto del Comune di Catanzaro, ha comunicato che la Commissione, nella seduta pubblica di gara del 27.5.2010, è pervenuta all'assegnazione dei punteggi totali sulle offerte presentate ed ha aggiudicato provvisoriamente l'appalto alla ditta “Cricelli Costruzioni s.r.l.” e dichiarata seconda classificata l'impresa “Teknoedil Costruzioni s.r.l.”;

-del verbale n. 7 del 27.5.2010, nella parte in cui la Commissione “ritiene di dover procedere all'espletamento della gara completando

l'iter previsto dal disciplinare di gara, con l'attribuzione dei punteggi relativi all'offerta economica, nel rispetto dell'algoritmo indicato nel bando di gara....” ed ha dichiarato “aggiudicataria provvisoria della gara la ditta “Cricelli Costruzioni s.r.l.”, e secondo classificata la ditta “Tekno Edil s.r.l.”, nonchè nella parte in cui non è stata confermata, previa revoca del precedente provvedimento di sospensione temporanea, l'aggiudicazione in favore della ricorrente; del bando e del disciplinare di gara nella parte in cui al punto 7. “VALUTAZIONE DELL'OFFERTA”, la voce “3. Prezzo” (che concorre a determinare, unitamente alle voci “1. Valore Tecnico” e “2. Tempo”, i coefficienti  $V(x)_i$  della formula  $(C(x)=\sum W_i \cdot V(x)_i)$  di cui al medesimo punto 7) viene determinata attraverso la formula parabolica  $P_i=(X_{min}/X_i)^{1/2}$  e non attraverso una formula matematica lineare per come imposto dal medesimo punto 7 del disciplinare (e, segnatamente, al coefficiente  $V(x)_i$  della formula generale di calcolo dell'offerta economicamente più vantaggiosa secondo il metodo aggregativo-compensatore) e dall'allegato B al D.P.R. n. 554/99, che attribuisca al coefficiente di prestazione un valore compreso tra zero ed 1 e, pertanto, tutti i punti previsti dalla lex specialis compresi tra zero e 30; nonché di ogni altro atto anche non cognito presupposto, connesso e conseguente che comunque possa ledere gli interessi della ricorrente ivi compresi il provvedimento n. 48631 del 10.05.10 con cui è stata dichiarata la temporanea sospensione dell'aggiudicazione provvisoria dell'appalto

in favore della ricorrente, i verbali di gara n. 5 e 6, il provvedimento prot. n. 55728 del 31.5.2010; del verbale n. 1 della Commissione Giudicatrice nella parte in cui l'impresa "Cricelli Costruzioni s.r.l." è stata ammessa alla gara ovvero non è stata esclusa; in via gradata dell'intero bando, del disciplinare e del procedimento di gara per violazione di una clausola essenziale; con espressa riserva di impugnazione per motivi aggiunti all'avvenuta piena conoscenza degli ulteriori atti e della loro eventuale parte lesiva;

-nonché, previa, ove occorra, dichiarazione di inefficacia ai sensi di legge del contratto di appalto eventualmente stipulato tra il Comune di Catanzaro e la "Cricelli Costruzioni s.r.l.", per il risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica e/o per l'aggiudicazione dell'appalto e per la consequenziale stipula del contratto d'appalto medesimo, ovvero, per il subentro nel contratto eventualmente stipulato tra la resistente amministrazione e la "Cricelli Costruzioni s.r.l.; ovvero, qualora non fosse possibile la tutela in forma specifica e per il caso in cui l'On. T.A.R. adito non dovesse dichiarare l'inefficacia dell'eventuale contratto intercorso tra l'amministrazione comunale di Catanzaro e la unipersonale Cricelli Costruzioni S.r.l., per il risarcimento del danno per equivalente, con pronuncia di condanna a carico della resistente ove possibile, da determinarsi nella misura del 20 % dell'importo del contratto che avrebbe stipulato con la p.a. al netto del ribasso d'asta offerto, o, gradatamente del 10% dell'importo posto a base di gara, nonché di

un ulteriore 5% a titolo di perdita di chance ovvero in quella misura maggiore o minore da determinarsi in corso di giudizio anche a mezzo di apposita CTU o che sarà ritenuta di giustizia. Il tutto oltre interessi legali e rivalutazione monetaria come per legge.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Catanzaro e di “Cricelli Costruzioni srl”;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del giorno 22 ottobre 2010, il cons. Concetta Anastasi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

#### FATTO

Con atto notificato in data 25.6.2010 e depositato in data 1.7.2010, la ricorrente società premetteva di aver partecipato alla gara, indetta dal Comune di Catanzaro, Sezione n. 22 – Unità di Progetto Risorse Finanziarie Esterne e Programmazione Strategica del Territorio, con bando del 15.4.2010, avente ad oggetto “Riqualificazione, Completamento e Sistemazione di Piazza Matteotti- 1° Lotto”, per un importo complessivo di €. 1.008.143,00, di cui l’importo di €. 677.089,85 soggetto a ribasso d’asta e l’importo di €. 20.925,00 per oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso d’asta”, da aggiudicarsi

con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 83 del codice dei contratti pubblici, secondo il metodo aggregativo-compensatore di cui all'Allegato B del D.P.R. n. 554/1999.

Precisava che i criteri di aggiudicazione, stabiliti nella Sezione IV, punto 2) del bando ed al punto 2 del Disciplinare di Gara, prevedevano l'attribuzione, da parte dell'apposita Commissione di Gara, nominata dalla P.A., di un massimo di 100 punti, sulla base dei seguenti valori ponderali:

-“valore tecnico”: attribuzione di un massimo di punti 40;

-“offerta economica”: attribuzione di un massimo di punti 30;

-“tempo di esecuzione”: attribuzione di un massimo di punti 30.

Esponesse che, come documentato nel verbale n. 4 del 7.5.2010, la gara, in un primo momento, veniva provvisoriamente aggiudicata in favore dell'impresa ricorrente, che aveva presentato un'offerta economica con un ribasso del 18,505%, tale da comportare, per la stazione appaltante, un risparmio di €. 125.295,41 sull'elenco prezzi posti a base di gara, mentre il secondo posto veniva assegnato alla controinteressata “Cricelli Costruzioni srl”, che aveva presentato un'offerta con un ribasso d'asta del 8,766%, tale da comportare un risparmio di soli €. 59.353,67.

Evidenziava che, quanto agli ulteriori elementi di valutazione ponderali, l'impresa “Cricelli Costruzioni srl”, nella medesima seduta, aveva ottenuto, rispetto alla ricorrente, un punteggio maggiore di

complessivi punti 2,69, di cui punti 2,42 quanto all'elemento "valore tecnico" e punti 0,27, quanto all'elemento "tempo di esecuzione".

Esponendo che, in seguito, come risulta dal verbale di gara n. 27 del 27.5.2010, la Commissione, in seduta riservata, riscontrata una presunta erronea applicazione della formula relativa all'offerta economicamente più vantaggiosa, sospendeva l'aggiudicazione provvisoria, riconvocava le imprese, procedeva al ricalcolo "con l'attribuzione dei punteggi relativi all'offerta economica, nel rispetto dell'algoritmo indicato nel bando di gara", e dichiarava aggiudicataria in via provvisoria la controinteressata ditta "Cricelli Costruzioni srl", cui venivano attribuiti, complessivamente, 96,10 punti, di cui 26,84 per l'elemento "offerta economica", 39,26 per l'elemento "valore tecnico" e 30 punti per l'elemento "tempo di esecuzione", mentre l'impresa ricorrente risultava seconda classificata con un punteggio complessivo di 94,97 punti, di cui punti 28,40 per l'elemento "offerta economica", punti 36,84 per l'elemento "valore tecnico" e punti 29,73 per l'elemento "tempo di esecuzione".

Precisava che, infine, acquisita con nota prot. n. 55728 del 31.5.2010 la documentazione dalle imprese, comunicava l'aggiudicazione definitiva dell'appalto per cui è causa all'impresa ricorrente, seconda classificata, con provvedimento prot. n. 63570 del 24.6.2010 del Dirigente dell'Unità di Progetto Risorse Finanziarie Esterne e Programmazione Strategica del Territorio del Comune di Catanzaro .  
Con il presente ricorso insorgeva avverso l'operato della P.A.,

svolgendo i seguenti motivi di diritto:

-violazione dell'art. 83 D. Lgs. n.163/2006, dell'Allegato B al Regolamento approvato con DPR N. 554 /1999- Illegittimità del bando e del Disciplinare di Gara in parte qua;

La formula utilizzata dal Disciplinare di Gara per la valutazione dell'elemento prezzo integrerebbe la violazione di norme comunitarie e, specificatamente, della Direttiva CE 2004/18, nonché di norme nazionali, quali gli artt. 2 e 83 del Codice dei Contratti Pubblici e l'Allegato B al DPR n. 554/99, che, negli appalti dei lavori, non consentirebbero alle stazioni appaltanti l'utilizzo di metodologie di calcolo diverse da quelle lineari regolamentari.

-illegittimità della formula  $PI=(X_{min}/XX_i)^{1/2}$  per violazione del criterio lineare contenuto ai punti 2 e 7 del Disciplinare di Gara , comma II, e della formula ivi prevista ai fini della determinazione complessiva dell'offerta economicamente più vantaggiosa- Illogicità manifesta della formula medesima – violazione dell'art. 2 del D.Lgvo n. 163/2006- Eccesso di potere sotto il profilo della erronea e/o falsa applicazione della formula da parte della Commissione Giudicatrice - Omessa e/o insufficiente istruzione e/o motivazione- Violazione dell'art. 79 del Codice dei Contratti Pubblici ;

La formula in parola, non permettendo alla Commissione Giudicatrice di assegnare tutti i punti messi a disposizione dal bando di gara in relazione all'elemento "prezzo" (0-30 / valori compresi tra zero ed 1), si porrebbe in aperto contrasto con i punti 2 e 7 del

Disciplinare di Gara e con la formula generale ivi prevista, ai fini della determinazione complessiva dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nella quale sarebbe stabilito che  $V(x)_i$  sarebbe il coefficiente della prestazione dell'offerta (x) rispetto al requisito (i) variabile tra zero ed uno .

La Commissione di Gara, con l'intento di garantire l'operatività della formula e pervenire all'aggiudicazione dell'appalto, avrebbe attribuito ai concorrenti le cifre fisse dei prezzi offerti in luogo del ribasso percentuale praticato ed avrebbe aggiunto, alla formula, il prodotto \* 30, non previsto nel disciplinare.

Dall'applicazione della formula, sarebbe derivato uno schiacciamento della griglia dei punti a disposizione della Commissione Giudicatrice, che risulterebbe ridotta da 0-30 (come da legge speciale) a 28-30 punti, con valori compresi, non tra 0 ed 1, ma tra 0,855 ed 1.

-violazione della lex specialis – Violazione punto 3 . documentazione (Busta A) n. 13 Capoverso II del Disciplinare di Gara- Violazione della lex specialis in ordine alle regole di ammissione alla gara- eccesso di potere per mancata e/o erronea valutazione dei requisiti e delle dichiarazioni di ammissibilità.

Illegittimamente, la controinteressata società sarebbe stata ammessa a partecipare alla gara, in quanto non avrebbe indicato specificamente le lavorazioni e le percentuali da subappaltare ad imprese qualificate, essendosi limitata ad indicare “tutte le lavorazioni appartenenti alla categoria OG6 (opere di irrigazione)”.

Concludeva per l'accoglimento del ricorso, con vittoria di spese.

Con memoria depositata in data 6.7.2010, si costituiva la controinteressata "Cricelli Costruzioni s.r.l." e, dopo aver rilevato che l'interesse azionato nel presente giudizio sarebbe da qualificare come "strumentale", in quanto non diretto ad ottenere in via immediata l'aggiudicazione della gara, contestava in modo specifico e puntuale le tesi svolte dalla ricorrente società e concludeva per il rigetto del ricorso, con ogni consequenziale statuizione anche in ordine alle spese.

Con memoria depositata in data 8.7.2010, si costituiva il Comune di Catanzaro ed insisteva per la legittimità del proprio operato, concludendo per la reiezione del gravame, con ogni consequenziale statuizione anche in ordine alle spese.

La ricorrente, in data 1.10.2010, depositava una perizia tecnica, intesa ad illustrare i danni asseritamente subiti a causa del comportamento della P.A.

Anche il Comune resistente, in data 1.10.2010, depositava una nota illustrativa delle proprie posizioni difensive.

La controinteressata società, con memoria depositata in data 5.10.2010, ribadiva le proprie argomentazioni difensive.

La ricorrente, con due memorie depositate, rispettivamente, in data 6.10.2010 e 11.10.2010 insisteva nelle già prese conclusioni.

Con memoria depositata in data 12.10.2010, il Comune di Catanzaro replicava alle deduzioni della parte ricorrente.

Alla pubblica udienza del giorno 22 ottobre 2010, il ricorso passava in decisione.

## DIRITTO

1. Vengono impugnati gli atti della procedura di gara - dal bando fino al provvedimento di aggiudicazione definitiva- indetta dal Comune di Catanzaro, Sezione n. 22 – Unità di Progetto Risorse Finanziarie Esterne e Programmazione Strategica del Territorio, con bando del 15.4.2010, avente ad oggetto “Riqualificazione, Completamento e Sistemazione di Piazza Matteotti- 1° Lotto” per un importo complessivo indicato di €. 1.008.143,00 “ di cui soggetto a ribasso d’asta €. 677.089,85 ed €. 20.925,00 per oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso d’asta”, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell’art. 83 del D. Lgs. 12.4. 2006 n.163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), secondo il metodo aggregativo-compensatore, di cui all’Allegato B del D.P.R. n. 55471999.

2. Possono essere esaminati congiuntamente i primi due profili di gravame, su cui si incentra l’impugnativa in correlazione con lo specifico interesse di parte ricorrente, poiché comportano la previa soluzioni di identiche questioni.

Con il primo motivo, la ricorrente società deduce che la formula utilizzata dal Disciplinare di Gara per la valutazione dell’elemento prezzo integrerebbe la violazione di norme comunitarie e,

specificatamente, della Direttiva CE 2004/18, nonché di norme nazionali, quali gli artt. 2 e 83 del Codice dei Contratti Pubblici e l'Allegato B al DPR n. 554/99, che, negli appalti dei lavori, non consentirebbero alle stazioni appaltanti l'utilizzo di metodologie di calcolo diverse da quelle lineari regolamentari.

Con il secondo motivo, parte ricorrente deduce l'illegittimità del metodo di attribuzione del punteggio dell'offerta economica, consistente in una formula matematica, la cui applicazione avrebbe determinato effetti distorsivi, in quanto avrebbe privato di ogni concreto ed effettivo significato l'offerta economica complessivamente migliore dal punto di vista oggettivo, impedendo altresì ogni possibilità di colmare il divario formatosi in sede di attribuzione del punteggio per l'offerta tecnica.

L'art. 53 della Direttiva 31/03/2004 n. 18 consente solo due criteri di valutazione delle offerte: quello del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La differenza che intercorre tra il criterio del prezzo più basso ed il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è che, mentre in sede di applicazione del primo criterio, l'offerta più bassa diviene automaticamente aggiudicataria, senza necessità di attribuzione di un punteggio, richiedendo soltanto la previa redazione della graduatoria delle offerte, in sede di applicazione del secondo criterio, il punteggio complessivamente previsto per l'elemento prezzo può essere variamente distribuito ed il punteggio attribuito per l'offerta

economica viene ad essere sommato con il punteggio attribuito per l'offerta tecnica.

Nell'ordinamento nazionale, il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa è previsto dall'art. 83, comma 2°, del D. Lgs 12.4.2006 n. 163, il quale recita: “ 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, anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia deve essere appropriato”.

Invero, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, indicato nel caso che occupa, prevede una valutazione separata dell'offerta economica e dell'offerta tecnica, fermo restando che, ai fini della valutazione dell'offerta economica, il criterio non può che essere quello del prezzo più basso, nella sua chiara ed univoca applicazione, senza medie o criteri forfettari, che possano condurre a risultati diversi, rispetto a quello di premiare l'offerta caratterizzata dal prezzo più basso.

Rimane, quindi, inderogabile il principio in base al quale i criteri di distribuzione del punteggio per l'offerta economica, previa suddivisione di essa in vari subelementi, devono essere strutturati in modo tale da condurre al risultato per cui l'offerta economica complessivamente inferiore deve riportare un punteggio, per il

prezzo, complessivamente superiore.

Ciò non esclude che si possa sempre graduare il punteggio per il prezzo secondo criteri di proporzionalità o progressività, premiare il prezzo più basso di più per taluni elementi e meno per altri, ma sempre a condizione che non si scelga un criterio suscettibile di pervenire al paradossale risultato di assegnare un punteggio complessivo maggiore ad un offerta economica più elevata di altre.

Inoltre, non sono ammissibili criteri di valutazione delle offerte di prezzo basati su medie.

Permane il sistema della media matematica al solo fine di individuare le offerte sospette da sottoporre a verifica di anomalia.

Invero, le medie matematiche, bandite dal legislatore per la valutazione delle offerte economiche, non possono essere utilizzate dalle stazioni appaltanti nei bandi di gara.

Né si può ritenere che il criterio matematico possa giovare ad evitare le cosiddette “offerte anomale”, dal momento che la valutazione di anomalia è successiva alla fase di attribuzione del punteggio per le offerte, e non può essere incorporata nella operazione di formazione della graduatoria delle offerte mediante automatismi, suscettibili di porsi in radicale contrasto con il principio secondo cui le offerte sospette devono essere verificate in contraddittorio ( principio imposto dall’art. 30.4 della Direttiva 93/37 Cee del 14 giugno 1993).

La disposizione legislativa di cui all'art. 83 del D. Lgs 12.4.2006 n. 163 consente che i criteri di attribuzione del punteggio economico

possano essere molteplici e variabili, tali da poter, astrattamente, condurre a risultati non sempre tra loro coincidenti, purché nell'assegnazione degli stessi venga utilizzato tutto il potenziale “range” differenziale previsto per la voce in considerazione, anche al fine di evitare un ingiustificato svuotamento di efficacia sostanziale della componente economica dell'offerta.

Invero, in una gara di appalto svolta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, può ritenersi logico l'utilizzo, per la valutazione economica delle offerte, di una formula matematica tendente ad attribuire un punteggio inversamente proporzionale al ribasso effettuato dai concorrenti, poiché costituisce lo strumento maggiormente idoneo a contemperare, da un lato, la “par condicio” tra essi, e, dall'altro, l'interesse della stazione appaltante alla scelta dell'offerta migliore (T.A.R. Lombardia- Milano, Sez. I, 17 ottobre 2007, n. 6102).

È, tuttavia, consentito il ricorso anche ad altri criteri di valutazione, purché siano idonei ad ottenere il medesimo scopo di contemperare la “par condicio” tra i partecipanti e l'interesse dell'Amministrazione alla scelta della migliore offerta.

Invero, l'art. 83, comma II°, del D. Lgs. n. 163 del 2006, pur consentendo soglie di ponderazione e relativi punteggi, impone che vi sia un adeguato scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia e, comunque, non autorizza la determinazione di soglie basate su medie calcolate

sulle offerte in gara, che possano comportare palesi distorsioni.

L'art. 253 del D.L.gs. 12/04/2006 n. 163 , in tema di “norme transitorie” stabilisce:

“1. Le disposizioni del presente codice si applicano ai contratti i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara siano pubblicati successivamente alla sua entrata in vigore, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, ai contratti in cui, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte.

2. Il regolamento di cui all'articolo 5 è adottato entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, ed entra in vigore centottanta giorni dopo la sua pubblicazione.

3. Per i lavori pubblici, fino all'entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 5, continuano ad applicarsi il decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554, il decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34, e le altre disposizioni regolamentari vigenti che, in base al presente codice, dovranno essere contenute nel regolamento di cui all'articolo 5, nei limiti di compatibilità con il presente codice. Per i lavori pubblici, fino all'adozione del nuovo capitolato generale, continua ad applicarsi il decreto ministeriale 19 aprile 2000, n. 145, se richiamato nel bando.”

Non risultando formalmente emanato il Regolamento contenente la disciplina esecutiva e attuativa del presente codice previsto dall'art. 5 alla data di pubblicazione del bando di che trattasi, va ritenuta

pacifica l'applicabilità al caso di specie del D.P.R. 21.12.1999 n.554, ai sensi della precitata disciplina transitoria.

Nel caso che occupa, il Disciplinare di Gara non prevede l'assegnazione dei punteggi per l'offerta di ciascuna ditta partecipante secondo il criterio di proporzionalità diretta, ma prevede, con l'art. 2, una formula matematica per l'attribuzione dei punteggi con riferimento alle singole voci dell'offerta, consistenti in un massimo di 100 punti, sulla base dei seguenti valori ponderali:

-“valore tecnico” : attribuzione di un massimo di punti 40;

-“offerta economica”: attribuzione di un massimo di punti 30;

-“tempo di esecuzione”: attribuzione di punti 30.

Il Disciplinare di Gara, al Punto 7, comma II°, stabilisce:

“L'offerta economicamente più vantaggiosa sarà determinata secondo il metodo aggregativo-compensatore di cui all'allegato B del D.P.R. 554/1999, utilizzando la seguente formula:

$$C(x) = \sum_{i=1}^n (W_i * V(x)_i)$$

Dove:

$C(x)$  = rappresenta l'indice di valutazione dell'offerta (x);

$n$  = numero totale dei requisiti rispetto ai quali vengono fatte le valutazioni;

$W_i$  = peso o punteggio attribuito al requisito  $i$ -esimo;

$V(x)_i$  = coefficiente della prestazione dell'offerta (x) rispetto al requisito ( $i$ ) variabile tra zero ed uno;

$S(n)$  = sommatoria.

I coefficienti  $V(x)$  i sono determinati:

#### 1. Valore Tecnico

Sarà determinato attraverso la media dei coefficienti, variabili tra zero e uno, calcolati dai singoli commissari mediante il “confronto a coppie”, seguendo le linee guida di cui all'allegato A del D.P.R. 554/1999;

#### 2. Tempo

Sarà determinato attraverso interpolazione lineare tra il coefficiente pari a uno, attribuito ai valori degli elementi offerti più convenienti per la stazione appaltante, e coefficienti pari a zero, attribuito a quelli posti a base di gara.

Comunque non saranno accettate offerte di tempo inferiori a 150 gg cui sarà attribuito un punteggio pari a zero;

#### 3. Prezzo

Sarà determinato attraverso la seguente formula:

$$P_i = (X_{\min} / X_i)^{1/2}$$

Dove:

$P_i$  = punteggio assegnato all'offerta del concorrente i-esimo relativa al prezzo;

$X_i$  = prezzo offerto dal concorrente i-esimo;

$X_{\min}$  = minor prezzo offerto.”

L'Allegato B, comma 1°, al DPR 21/12/1999 n. 554 prevede:

“Il calcolo dell'offerta economicamente più vantaggiosa è effettuata con il metodo aggregativo-compensatore o con il metodo electre ,

secondo le linee guida appresso illustrate, ovvero con uno degli altri metodi multicriteri o multiobiettivi che si rinvencono nella letteratura scientifica quali, il metodo analytic hierarchy process ( AHP ), il metodo avamix , il metodo technique for order preference by similarity to ideal solution ( TOPSIS ) da indicarsi nel bando di gara o nella lettera di invito.

Metodo aggregativo-compensatore.

L'offerta economicamente più vantaggiosa è effettuata con la seguente formula:

$$C(a) = \text{SMM}(n) [W_i * V(a)_i]$$

dove:

$C(a)$  = indice di valutazione dell'offerta (a);

$n$  = numero totale dei requisiti;

$W_i$  = peso o punteggio attribuito al requisito (i);

$V(a)_i$  = coefficiente della prestazione dell'offerta (a) rispetto al requisito (i) variabile tra zero ed uno;

$\text{SMM } n$  = sommatoria.

I coefficienti  $V(a)_i$  sono determinati:

a ) per quanto riguarda gli elementi di valutazione di natura qualitativa quali il valore tecnico ed estetico delle opere progettate , le modalità di gestione attraverso:

- la media dei coefficienti, variabili tra zero ed uno, calcolati dai singoli commissari mediante il "confronto a coppie", seguendo, a loro scelta, le linee guida di cui all'allegato A, oppure il criterio

fondato sul calcolo dell' autovettore principale della matrice dei suddetti confronti a coppie;

ovvero

- la media dei coefficienti, variabili tra zero ed uno, attribuiti discrezionalmente dai singoli commissari;

ovvero

- un metodo di determinazione dei coefficienti, variabili tra zero ed uno, adottato autonomamente dalla commissione prima dell'apertura dei plichi;

b ) per quanto riguarda gli elementi di valutazione di natura quantitativa quale il prezzo , il tempo di esecuzione dei lavori , il rendimento , la durata della concessione , il livello delle tariffe , attraverso interpolazione lineare tra il coefficiente pari ad uno, attribuito ai valori degli elementi offerti più convenienti per la stazione appaltante, e coefficiente pari a zero, attribuito a quelli posti a base di gara”.

Osserva il Collegio che, nella specie, la lex specialis riveniente dall'art.7 del Disciplinare di Gara risulta conforme alle richiamate prescrizioni dell'Allegato B del D.P.R. n. 554 del 1999 soltanto per quanto concerne gli elementi “valore tecnico” (attribuzione di un massimo di punti 40) e “tempo di esecuzione” (attribuzione di un massimo di punti 30), mentre, per quanto concerne l'elemento “offerta economica” (attribuzione di un massimo di punti 30), il metodo di calcolo, mediante la previsione della formula  $P_i = (X_{min} /$

$X_i^{1/2}$ , se ne discosta in modo sostanziale.

Infatti, il punteggio  $P_i$  non deriva dall'interpolazione lineare fra i prezzi, come previsto dall'Allegato B, ma dalla radice quadrata del rapporto tra il prezzo minimo offerto  $X_{min}$  ed il prezzo  $X_i$  indicato dall'offerta "i-esima", oggetto di valutazione.

Nel caso di specie, il metodo in concreto indicato dalla lex specialis di gara per la valutazione dell'elemento "offerta economica", si discosta da quello prescritto dall'Allegato B sotto i seguenti profili:

- a) la valutazione non è di tipo lineare, ma quadratico, con conseguente drastica riduzione dell'influenza del prezzo in ordine alla valutazione delle offerte e con l'ulteriore corollario che, a pari differenza fra i prezzi offerti, si ottengono valori molto più ridotti rispetto a quelli cui si perverrebbe in caso di applicazione dell'interpolazione lineare;
- b) la formula indicata dal Disciplinare di Gara non può fornire valori compresi fra zero ed uno, in quanto il valore zero non può essere raggiunto per nessun prezzo offerto, per quanto elevato possa essere, non esistendo alcun numero avente radice quadrata pari a zero, non sussistendo nessun rapporto  $X_{min}/X_i$ ;
- c) la formula prevista dal Disciplinare di Gara non consente di attribuire un punteggio, per ciascuna offerta, ai fini della valutazione dell'elemento "prezzo", in quanto indica un coefficiente, del tipo  $V$  (a), che deve essere poi moltiplicato per il peso ( o punteggio massimo)  $W_i$  assegnato al prezzo, che, nel caso in esame, è di 30

punti. Ed invero, nella formula  $P_i = (X_{\min} / X_i)^{1/2}$ , che dovrebbe fornire “il punteggio relativo al prezzo” non compare il punteggio massimo (30 punti), disponibile per il prezzo. D'altra parte, non si può presupporre che il cosiddetto punteggio  $P_i$  possa essere moltiplicato per 30 (punti), come previsto dall'Allegato B, per tutti gli elementi di valutazione compresi fra 0 ed 1.

Nella specie, moltiplicare il coefficiente  $V(a)_i$  per il punteggio massimo  $W_i$  riservato l'elemento di valutazione (i) significa attribuire all'elemento (i) dell'offerta (a) una frazione (compresa fra zero ed uno) del punteggio massimo disponibile per quell'elemento (i): frazione che esprime il grado di apprezzamento della Commissione di Gara per l'elemento i.

Ne consegue che, se l'apprezzamento è molto elevato, il coefficiente sarà prossimo al valore uno o coinciderà con esso, mentre, se l'apprezzamento è molto scarso, il coefficiente sarà prossimo al valore zero, o coinciderà con esso.

Invero, il Disciplinare di Gara prospetta erroneamente l'elemento  $P_i$  come punteggio e la formula prevista dal Disciplinare di Gara non fornisce valori compresi fra zero ed uno, in quanto diversa da quella indicata dal citato Allegato B .

In altri termini, nella specie, la stazione appaltante non ha indicato una formula completa ed autosufficiente, tale da consentire di determinare effettivamente il punteggio da attribuire al prezzo di ciascuna offerta, comprensiva dell'operazione di moltiplicazione per

il punteggio massimo  $W$  riservato al prezzo (30 punti) .

Ed invero, la formula indicata dal Disciplinare per la valutazione del prezzo, non potendo essere collegata in alcun modo al punteggio massimo  $W$  riservato al prezzo (30 punti), non fornisce di per sé il punteggio da attribuire al prezzo di ciascuna offerta, ma fornisce soltanto un indice intermedio, come implicitamente comprova la stessa circostanza secondo cui la Commissione di Gara, per poter applicare la formula in concreto, ha (arbitrariamente) provveduto a moltiplicare il risultato fornito dalla formula per 30, proprio perché si è trovata nelle condizioni di introdurre un passaggio ulteriore mediante un'operazione matematica, non prevista dalla *lex specialis* di gara.

Invero, la formula indicata dal Punto 7, comma 3°, del Disciplinare di Gara, pur volendo indicare il “punteggio assegnato all’offerta del concorrente  $i$ -esimo relativo al prezzo” si appalesa incompleta e, di fatto, non applicabile, in quanto non fornisce il punteggio, ma un indice che richiede successive elaborazioni, non specificate, al fine di trasformare in “punteggio” il precitato indice fornito dalla formula.

Ciò viene implicitamente riconosciuto anche dalla stessa difesa dell’amministrazione ricorrente che, nella memoria di costituzione depositata in data 8.7.2010, afferma, quanto al “valore economico”, che “è stata usata una formula tipo parabolico che esprime sempre valori compresi tra 0 e 1 anche se il valore 0, proprio per le caratteristiche della formula non sarà mai verificato ed i punti tra i

valori espressi saranno contenuti in un range che, nel caso di specie, per come previsto nella redazione del bando – non avrebbe superato i 7-8 punti”, come correttamente evidenziato dalla ricorrente società nella memoria depositata in data 6.10.2010.

Pertanto, nel caso di specie, la *lex specialis* di gara, quanto alla formula matematica utilizzata per la determinazione dell'elemento “offerta economica”, si pone in violazione dell'Allegato B del D.P.R. 21.12.1999 n. 554, espressamente richiamato in via transitoria dal già citato art. 253 del D. L.gs. 12/04/2006 n. 163.

Sotto altro aspetto, va rilevato che la Commissione di Gara non avrebbe potuto integrare in fase immediatamente valutativa la formula, ancorchè incompleta ed inapplicabile, poiché non è consentito introdurre ulteriori elementi di valutazione delle offerte rispetto a quelli indicati nella "*lex specialis*" ovvero modificare quelli in essa contenuti, in coerenza con i principi di legalità, buon andamento, imparzialità, "*par condicio*" e trasparenza, rivenienti dall'art. 97 Cost. (conf.: Cons. Stato, Sez. V, 26.5.2010 n. 3359).

Oltretutto, la fissazione di “sottocriteri” si profila in contrasto con la vigente formulazione del già richiamato art. 83, comma 4, del D. Lgs. n. 163 del 2006 (come introdotta dall'art. 1, del D. Lg. n. 152 del 2008) e dei vincoli discendenti dal diritto comunitario, che impediscono che la Commissione giudicatrice di una pubblica gara possa immettere elementi di specificazione dei criteri generali stabiliti dalla *lex specialis*, ai fini della valutazione delle offerte, attraverso la

previsione di sottovoci integrative rispetto alle predefinite categorie principali.

Invero, nel caso in esame, a seguito dell'utilizzazione del contestato criterio valutativo, si è venuto a determinare un illogico appiattimento del punteggio spettante per l'offerta economica, con la conseguenza che il suo valore, nell'economia generale dell'attribuzione dei punteggi, è stato ridotto in modo tale da privare ampiamente di contenuto significativo la stessa offerta economica e da assegnare preponderanza decisiva a quella tecnica, al di là di quello che era il rapporto potenziale oggetto di autolimitazione da parte della stessa Amministrazione, che era stato fissato in un punteggio. Ad avviso del Collegio una scelta siffatta appare altresì illogica e contraddittoria, poiché finisce per svilire ingiustificatamente una delle voci principali previste per l'assegnazione dei punteggi e determina una situazione per cui, già all'esito delle operazioni necessarie per l'assegnazione del punteggio all'offerta tecnica, pone la Commissione di Gara in condizioni di definire, sostanzialmente, l'esito della gara, pervenendo alla individuazione del vincitore.

Non si può, quindi, ad avviso del Collegio, escludere che, allo stato, l'utilizzazione di un differente criterio avrebbe potuto condurre a risultati significativamente differenti, risolvendosi, in definitiva, in un differente risultato di gara.

In conclusione, nella specie, la *lex specialis* di gara ha previsto, quanto alla determinazione dell'elemento prezzo, una formula

matematica incompleta, in violazione della normativa nazionale e comunitaria, che pone i seguenti limiti invalicabili alla pur ampia discrezionalità della stazione appaltante nella fissazione dei criteri di valutazione delle offerte:

- 1) il divieto di introdurre criteri *contra legem*;
- 2) il divieto di rendere complicato un meccanismo legale assolutamente semplice e univoco, attraverso formule matematiche non solo inutili ma addirittura dannose sia per la tutela della par condicio dei concorrenti, sia per l'efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, soprattutto se alla maggior complessità delle operazioni di gara (per applicare una formula matematica non richiesta dalla legge), consegue il risultato, del tutto contrario alla lettera e alla ratio della legge, di premiare una offerta di prezzo più elevata.

Ovviamente, il Collegio, non vuole indicare alla P.A. un determinato criterio logico da utilizzare nella gara in questione, attesa la già richiamata discrezionalità di cui gode in sede di definizione dei criteri di gara, ma si limita, semplicemente, ad evidenziare che possono ipotizzarsi altri criteri valutativi logici e coerenti (al contrario di quello utilizzato in concreto), in grado di portare ad una radicale modificazione dei punteggi da assegnare alle offerte economiche, con ipotetico esito diverso della gara di cui trattasi.

Pertanto, entrambe le censure meritano adesione.

3. L'accoglimento delle superiori censure, comportando la rimozione

ab origine degli atti impugnati, consente di dichiarare assorbito l'ulteriore profilo di gravame svolto dalla ricorrente società.

In definitiva, il ricorso va accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

Dall'accoglimento del ricorso, deriva l'annullamento di una clausola essenziale del bando e, dunque, la necessità di rinnovo delle operazioni di gara sin dal bando, a soddisfazione dell'interesse strumentale al ricorso.

Va dichiarata l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato fra il Comune di Catanzaro e la controinteressata "Cricelli Costruzioni s.r.l.", ai sensi dell'art. 121 del D. Lgs. 2.7.2010 n.104 ("codice del processo amministrativo").

4. Quanto alla domanda risarcitoria proposta, osserva il Collegio che, nel caso che occupa, parte ricorrente ottiene il sostanziale risarcimento in forma specifica del bene della vita rivendicato (cioè la chance di partecipare ad una nuova gara con criteri di valutazione della offerta economica diversi), non potendo vantare, in relazione all'esito finale della gara, alcuna situazione allo stato suscettiva di determinare un obiettivo e certo affidamento circa la sua aggiudicazione alla ricorrente, atteso il carattere non automatico del criterio di aggiudicazione adottato (offerta economicamente più vantaggiosa).

La complessità delle questioni affrontate consiglia di disporre l'integrale compensazione delle spese e degli onorari del presente

giudizio.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti e nei sensi di cui in motivazione, e, per l'effetto, annulla gli impugnati provvedimenti .

Dispone l'integrale compensazione delle spese e degli onorari del presente giudizio.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Concetta Anastasi, Consigliere, Estensore

Giovanni Iannini, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/11/2010

IL SEGRETARIO

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

