



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. 1240 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da “Impresa CO.GE.FOR. s.r.l.”, in persona dell’Amministratore Unico pro- tempore, geom. Giovanni Forte, con sede legale in Botricello (CZ), Via dell’Artigianato, Z.I., 88070, rappresentata e difesa dall’Avv. Francesco Lilli del Foro di Roma ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell’Avv. Giovanni Spataro, sito in Cosenza, Via dei Mille, Palazzo Gallo e De Marco;

contro

Comune di San Marco Argentano, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall’avv. Alfredo Gualtieri, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso, in Catanzaro, via Vittorio Veneto, n. 48;

nei confronti di

-a.t.i. Idrotecnica srl (Capogruppo) – Calabro Inerti srl (Mandante), in persona del legale rappresentante pro tempore, corrente alla via SS 18 Km. 444+700 Zona Aeroporto – 89851 Ionadi (VV), rappresentata e difesa dall'avv. Domenico Colaci, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Virgilio Conte, in Catanzaro Lido, via Bausan, n. 20;

-“Impresa Lista Appalti s.r.l.”, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del bando di gara e del connesso disciplinare, nella parte in cui stabiliscono quanto segue: “con esclusione, in caso di offerte ammesse pari o superiori a cinque, del 10 per cento (10%), arrotondato all'unità superiore, delle offerte che avranno presentato il ribasso più elevato (sbarramento del 10%), in applicazione dell'art. 83, comma 2, del D.Lgs.vo 163/06 e s.m.i.”;

- del bando di gara e del connesso disciplinare, nella parte in cui stabiliscono che il punteggio relativo all'offerta economica è attribuito come segue: “all'offerta più economica 40 punti (O_v =importo dell'offerta più economica); alle altre offerte (O_i =importo dell'offerta i -esima) verrà attribuito il punteggio mediante la seguente formula: $P=40 \times (O_v/O_i)$ ”;

- del verbale di gara – 3° seduta pubblica – del 21 settembre 2009, nella parte in cui è stata comminata l'esclusione dell'Impresa CO.GE.FOR. S.r.l. “in applicazione dell'art. 83, comma 2”;

- del provvedimento con il quale è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto in favore dell' a.t.i. Idrotecnica srl (Capogruppo) – Calabro Inerti srl (Mandante);
- della determinazione dell'UTC n. 1009 del 12 ottobre 2009, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore dell' a.t.i. Idrotecnica srl (Capogruppo) – Calabro Inerti srl (Mandante);
- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, ivi compresi i verbali tutti di gara, nonché la stipula del contratto e la consegna dei lavori, ove già disposti e/o in corso di adozione da parte della S.A..
- con i motivi aggiunti notificati in data 26.11.2009 e depositati in data 11.12.2009:
 - del bando di gara e del connesso disciplinare, nella parte in cui qualificano come non subappaltabili le lavorazioni scorporabili appartenenti alla categoria OG6;
 - di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, ivi compresi i verbali tutti di gara, la stipula del contratto avvenuta in data 14 ottobre 2009, nonché il verbale di consegna dei lavori del 17 ottobre 2009.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di San Marco Argentano e di Impresa Idrotecnica srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del giorno 27 gennaio 2011, 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 27.10.2009 e depositato in data 3.11.2009, l'impresa ricorrente premetteva di aver partecipato alla gara, indetta con bando dell'8.04.2009, pubblicato sulla G.U.R.I. n. 41 del 06/04/2009, con allegato Disciplinare, del Comune di S. Marco Argentario (CS), per l'appalto, a procedura aperta, dei lavori di "disinquinamento Ambientale con razionalizzazione dei sistemi di collettamento e costruzione di un nuovo impianto di depurazione a servizio del territorio comunale di San Marco Argentano (CS)", avente come base il progetto esecutivo, approvato con delibera G.C. n. 85 del 25.07.2008, per un importo complessivo di € 3.000.000,00.

Precisava che il bando, al par. 15, rubricato "Criterio di aggiudicazione", prevedeva l'aggiudicazione della gara con il criterio della "offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 83 del D.Lgs.vo n. 163/06 e s.m.i.", secondo i seguenti parametri:

A – Prezzo : punti disponibili 40;

B – Valore tecnico dell'offerta : punti disponibili 50;

C – Capacità tecnico-organizzativa e miglioramenti gestionali: modalità di gestione del contratto e del cantiere, impiego pezzi di ricambio, sicurezza di approvvigionamento, etc. : punti disponibili 5;

D – Minore tempo di esecuzione dei lavori (rispetto ai 750 giorni previsti nel C.S.A.): punti disponibili 5.

Evidenziava, in particolare, che, con riferimento all'elemento "prezzo", il bando, al par. 5.4 ("Modalità di determinazione del corrispettivo afferente all'offerta economica") preveda la "esclusione, in caso di offerte ammesse pari o superiori a cinque, del 10 per cento (10%), arrotondato all'unità superiore, delle offerte che avranno presentato il ribasso più elevato (sbarramento del 10%), in applicazione dell'art. 83, co. 2, del D.Lgs.vo 163/06 e s.m.i.".

Con il presente ricorso, lamentava di essere stata esclusa dalla gara per aver presentato un'offerta economica contenente il ribasso del 30,117%, nonostante avesse ottenuto l'assegnazione di punti 44,818 per l'offerta tecnica, per cui l'appalto veniva aggiudicato all'a.t.i. Idrotecnica srl – Calabro Inerti srl , come successivamente comunicato con nota prot. 1914 del 15 ottobre 2009.

A sostegno del proprio ricorso, deduceva:

1) Violazione di legge – Violazione artt. 83, comma 2, e 86, d.lgs. 163/2006 e s.m.i. – Violazione del principio di concorrenzialità - Eccesso di potere – Illogicità – Sviamento – Ingiustizia manifesta.

Con la previsione di escludere, con il par. 5.4 del bando di gara e con il par. 10, lett. A), del Disciplinare di gara, in caso di offerte ammesse pari o superiori a cinque, del 10 per cento (10%), arrotondato all'unità superiore, le offerte con il ribasso più elevato (sbarramento del 10%), sarebbe stato introdotto un anomalo meccanismo di

esclusione automatica delle offerte economiche, in violazione dell'art. 83, comma 2°, del D. Lgs.vo n. 163/06 e s.m.i. .

2) Violazione di legge – Violazione prescrizioni di cui all'Allegato B del D.P.R. 554/99 – Violazione e falsa applicazione della lex specialis del procedimento, par. 5.4 del bando e par. 10, lett. A del Disciplinare - Violazione del principio di concorrenzialità e par condicio - Eccesso di potere – Illogicità – Sviamento – Ingiustizia manifesta – Perplexità;

La lex specialis di gara, prevedendo, con il par. 5.4 del bando e con il par. 10, lett. A, del Disciplinare, l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa mediante il "... metodo aggregativo-compensatore di cui all'allegato "B" al D.P.R. 554/99 e s.m.i." (formula: $P=40x(O_v/O_i)$), avrebbe introdotto una formula divergente rispetto a quella contemplata nell'Allegato B del D.P.R. n. 554 del 1999, poiché il suddetto allegato disporrebbe espressamente che, in caso di utilizzazione del metodo aggregativo-compensatore, i coefficienti dovrebbero essere determinati "per quanto riguarda gli elementi quantitativi quale il prezzo, il tempo di esecuzione del contratto, il rendimento, la durata della concessione, il livello delle tariffe, attraverso interpolazione lineare".

L'applicazione pratica della divergente formula indicata dalla lex specialis del procedimento condurrebbe a risultati aberranti, poiché, anche a fronte di ribassi irrisori e/o addirittura prossimi allo zero, assegnerebbe punteggi elevati, in spregio alla "ratio" sottesa al

meccanismo proporzionale di cui al precitato Allegato B del Regolamento Generale ex D.P.R. 554.

3) Violazione e falsa applicazione della lex specialis del procedimento
-- Violazione del principio di concorrenzialità e par condicio -
Eccesso di potere – Illogicità – Sviamento – Ingiustizia manifesta -
Perplexità.

Il sistema di attribuzione del punteggio dell'offerta economica sarebbe fondato su una formula matematica suscettibile di appiattare eccessivamente il rilievo della convenienza economica delle offerte.

Concludeva per l'accoglimento del ricorso, con richiesta del risarcimento dei danni per “perdita di chance”, per il caso di impossibilità ad ottenere il risarcimento dei danni in forma specifica.

Con memoria depositata in data 4.11.2009, si costituiva l'aggiudicataria a.t.i. “Idrotecnica srl – Calabro Inerti srl” per resistere al presente giudizio.

Con ricorso incidentale notificato in data 16.11.2009 e depositato in data 18.11.2009, la controinteressata aggiudicataria “Idrotecnica srl – Calabro Inerti srl” impugnava in via incidentale il verbale del 20 luglio 2009 (2° seduta pubblica), nella parte in cui disponeva l'ammissione alla gara della “CO.GE.FOR srl”, nonché ogni altro provvedimento successivo, nella parte in cui non disponeva l'esclusione dalla procedura della suddetta ricorrente in via principale per le invalide dichiarazioni inerenti il subappalto e, comunque, per l'irregolarità della documentazione amministrativa prodotta.

A sostegno della sua impugnativa, deduceva:

I) violazione e falsa applicazione della *lex specialis*. Violazione del principio della “*par condicio*”;

La CO.GE.FOR. s.r.l. sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara fin dalla fase dell’esame della documentazione amministrativa, avendo dichiarato di voler subappaltare, nei limiti del 30%, proprio i lavori rientranti nella categoria OG6, in violazione del bando di gara (art. 5.3) e del relativo disciplinare (art. 2), in base ai quali i lavori appartenenti alla categoria scorporabile OG6 non sarebbero potuti essere subappaltati, ma eseguiti direttamente dall’aggiudicataria se in possesso dei requisiti, o, diversamente, da altra impresa riunita in associazione verticale.

2) violazione e falsa applicazione della *lex specialis*. Violazione dei principi di “*par condicio*” e del legittimo affidamento.

La CO.GE.FOR. s.r.l. sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara anche a causa della incompletezza e genericità delle dichiarazioni rese e della documentazione prodotta, per non aver reso la dichiarazione afferente alla eventuale sussistenza di situazioni di collegamento o controllo societario ex art. 2359 c.c. con altri concorrenti alla medesima gara (art. 9, punto I-d, del disciplinare), nonché le altre dichiarazioni prescritte, sempre a pena di esclusione, dai punti I-a n. 12), I-c), I-f), I-g), I- h), I-i), I-j), I-k), I-l), I-m), I-n), I-o), I-p) del citato art. 9 del Disciplinare.

Dopo aver ampiamente replicato alle tesi svolte nel ricorso

principale, concludeva per la reiezione dell'impugnativa avversaria, con ogni consequenziale statuizione anche in ordine alle spese.

Con memoria depositata in data 10.11.2009, si costituiva il Comune di S. Marco Argentano e sollevava eccezione di inammissibilità del ricorso, in base alla cosiddetta "prova di resistenza" nonché per irricevibilità delle censure svolte avverso le clausole del bando di gara e, nel merito, insisteva per la legittimità del proprio operato.

Con motivi aggiunti notificati in data 26.11.2009 e depositati in data 11.12.2009, la "CO.GE.FOR. s.r.l." impugnava i paragrafi 5.3 del bando di gara e 2 del Disciplinare di gara (la cui violazione era già stata dedotta violazione con il ricorso incidentale), nella parte in cui qualificano come non subappaltabili le lavorazioni scorporabili appartenenti alla categoria OG6, oltre tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, ivi compresi i verbali tutti di gara, la stipula del contratto avvenuta in data 14 ottobre 2009, nonché il verbale di consegna dei lavori del 17 ottobre 2009.

A sostegno di questa nuova impugnativa, deduceva:

violazione e falsa applicazione della normativa vigente in materia di subappalto. Violazione art. 37, comma 11, D. L.gvo n. 163/06 e s.m.i.

La clausola del bando che qualifica come non scorporabili i lavori riconducibili alla categoria OG6 di cui al D.P.R. 34/00 e s.m.i. si porrebbe in violazione dell'art.37, comma 11, del D. L.gvo n. 163/06, nel testo novellato dal D. Lgvo n. 152 del 2008, che sancisce

l'assoluta illegittimità del divieto di subappalto, a seguito delle osservazioni formulate dalla Commissione Europea (procedura di infrazione n. 2007/2309 circa il divieto di subappalto per le cosiddette "opere super specializzate" di importo superiore al 15% dei lavori, fermo restando il rispetto dei limiti dettati dall'art. 118, comma 2°, terzo periodo).

Con memoria depositata in data 12.1.2010, parte ricorrente insisteva nelle già prese conclusioni.

Alla pubblica udienza del giorno 27 gennaio 2011, il ricorso passava in decisione.

DIRITTO

1. Viene impugnata la Determinazione dell'Ufficio Tecnico n° 1009 del 12.10.2009, dispositiva dell'aggiudicazione definitiva in favore della "a.t.i. Idrotecnica srl (Capogruppo) – Calabro Inerti srl (Mandante)" della gara per l'appalto dei lavori di "disinquinamento Ambientale con razionalizzazione dei sistemi di collettamento e costruzione di un nuovo impianto di depurazione a servizio del territorio comunale di San Marco Argentano (CS)", indetta con bando dell'8.04.2009 - pubblicato sulla G.U.R.I. n. 41 del 06/04/2009- con allegato Disciplinare di Gara, da aggiudicarsi con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 83 del D. Lgs. n° 163/06, per un importo a base d'asta di € 2.263.192,16 (di cui € 103.291,38 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso).

Ritiene il Collegio di dover esaminare preliminarmente il ricorso principale, essendo il ricorso incidentale condizionato, in base al principio di economia processuale, quale criterio funzionale di scelta nell'esame delle varie questioni sottoposte al suo giudizio, posto che tale ordine di trattazione non influisce sulle pretese sostanziali delle parti e, quindi, sulla "effettività della tutela", ai sensi dell'art. 1 del D. L.gvo 2.7.2010 n. 104 ("codice del processo amministrativo").

Va rigettata l'eccezione, sollevata dal Comune di S. Marco Argentano, di inammissibilità del ricorso, in base alla cosiddetta "prova di resistenza", in quanto la ricorrente non avrebbe, comunque, potuto vincere la gara, sussistendo con l'ati aggiudicataria un notevole divario di punteggio.

Si osserva, al riguardo, che, in base al "thema decidendum" ed in relazione al cosiddetto "petitum sostanziale", nel caso di specie, l'eventuale accoglimento del ricorso comporterebbe la caducazione "ab imis" della lex specialis (non potendo essere svolta la prova di resistenza ora per allora con la mera applicazione di una formula proporzionale pura ed essendo impossibile modificare il sistema di valutazione delle offerte presentate e quindi predisposte in ragione di altro sistema), con conseguente rideterminazione del criterio di attribuzione del punteggio e rinnovazione integrale della gara.

Conseguentemente, anche in ipotesi di prognosi di non superamento della cosiddetta "prova di resistenza" in seguito all'eventuale esito positivo del ricorso giurisdizionale interposto avverso una clausola

della normativa di gara, l'annullamento per questa parte della lex specialis del procedimento -atto presupposto rispetto alle operazioni di gara ed ai relativi provvedimenti- si riflette con effetto caducante su questi ultimi e determina la necessaria rinnovazione delle operazioni di gara, per cui permane l'interesse "strumentale" dell'impresa ricorrente a tale rinnovazione ed il ricorso non può essere ritenuto inammissibile.

2.1. Con il primo motivo, la ricorrente in via principale deduce che, con la previsione di escludere, con il par. 5.4 del bando di gara e con il par. 10, lett. A), del Disciplinare di gara, in caso di offerte ammesse pari o superiori a cinque, del 10 per cento (10%), arrotondato all'unità superiore, le offerte con il ribasso più elevato (sbarramento del 10%), sarebbe stato introdotto surrettiziamente un anomalo meccanismo di esclusione automatica delle offerte economiche, in violazione dell'art. 83, comma 2°, del D.Lgs.vo n. 163/06 e s.m.i., poiché la norma suddetta, pur consentendo la fissazione di soglie per l'attribuzione dei punteggi (c.d. "clausole di sbarramento"), in nessun caso legittimerebbe l'introduzione di automatismi, che non abbiano quale fine esclusivo soltanto quello di non premiare, e dunque scongiurare, eventuali offerte inadeguate e/o insufficienti soltanto sotto il profilo qualitativo e tecnico.

La difesa del Comune ha sollevato un'eccezione di irricevibilità della suddetta impugnativa della lex specialis, che, a suo avviso, sarebbe dovuta essere proposta entro i termini decadenziali, decorrenti dalla

data del 8.4.2009, di pubblicazione del bando.

L'onere di immediata impugnazione del bando di gara sorge in relazione alle clausole concernenti i requisiti soggettivi di partecipazione dei soggetti interessati, che risultino esattamente e storicamente identificate, che siano preesistenti alla gara e non siano suscettibili di poter essere condizionate dal suo stesso svolgimento, nonché le clausole che impongono oneri incomprensibili o manifestamente sproporzionati, come tali immediatamente ostativi alla partecipazione alla gara, oppure, ancora, le clausole concernenti la previsione di criteri selettivi inapplicabili o di criteri di valutazione incongrui e fonte d'incertezza e di imprevedibili effetti distorsivi sul contenuto dell'offerta (ex plurimis: Cons. Stato, Sez. V, 7.9. 2001, n. 4679)..

Invece, ogni diversa questione riguardante l'illegittimità della procedura di gara può e deve essere proposta unitamente agli atti che, delle clausole dimostrate lesive, fanno diretta applicazione (provvedimento di esclusione o dell'aggiudicazione del contratto o di altro provvedimento che segni comunque, per l'interessato, un arresto procedimentale), rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato.

2.2. Occorre, quindi, previamente esaminare la portata precettiva della clausola della *lex specialis* censurata.

La problematica inerente le cosiddette “soglie di sbarramento”, nell'ambito del sistema di aggiudicazione della gara con il metodo

dell'offerta economicamente più vantaggiosa, trova fondamento legislativo nell'art. 83, comma II° del D. Lgvo. 12.4.2006 n. 163, il quale prevede: “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”.

Nonostante la non perfettamente chiara formulazione testuale della norma, è agevole desumere la volontà del legislatore di non identificare siffatta soglia con gli elementi di valutazione e/o con i criteri di ponderazione dell'offerta in senso stretto, ma di prevedere (alla stregua di una mera possibilità, riconosciuta alla P.A.), in relazione a ciascun elemento/criterio di valutazione e, precipuamente, all'elemento qualitativo dell'offerta, un “quantum parametrico” minimo, costituente il “discrimen”, al di sotto del quale l'offerta debba essere ritenuta inadeguata nel suo complesso.

La “ratio legis” va certamente individuata nell'esigenza, strettamente inerente il criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di garantire il miglior livello qualitativo delle offerte presentate, con conseguente esclusione di quelle offerte, che, pur potendo apparire convenienti sotto il profilo economico, possano, però, essere “a priori” riconosciute come non conformi rispetto a

determinati standard minimi già individuati, sul piano più generale, dalla *lex specialis*, allo scopo di evitare il rischio di lavorazioni inadeguate e di offerte, nel complesso, inaffidabili.

Del resto, l'esercizio di una facoltà discrezionale, riconosciuta all'Amministrazione in ordine alla determinazione dei fattori di incidenza dei singoli elementi per la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla stregua della quale ben può prevedersi l'esclusione dei progetti tecnicamente non accettabili, è connaturale al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che ha proprio la finalità di consentire la ponderazione di diversi elementi dell'offerta, quali, esemplificativamente, il merito tecnico, la qualità, le caratteristiche estetiche e funzionali, il termine di esecuzione, etc., da indicare in ordine decrescente di importanza, con attribuzione di una "range" di punteggi, che può assegnare preminente importanza ad uno di essi, in relazione all'oggetto dell'appalto.

In quest'ottica, la previsione della cosiddetta "soglia di sbarramento" può essere ricondotta alle previsioni della precedente normativa di consentire un esame preliminare dei progetti, finalizzato all'esclusione di quelli tecnicamente non accettabili, con conseguente concentrazione della scelta finale solo su quelli ritenuti idonei dal punto di vista qualitativo (ex plurimis: Cons. Stato, Sez. VI 18.10.1993 n. 754; Cons. Stato, Sez. V. 3.3.2004 n. 1040), costituendo, infatti, il criterio dell'offerta economicamente più

vantaggiosa la naturale evoluzione, dovuta all'influsso della normativa comunitaria in materia, del tradizionale appalto- concorso. Alla stregua dei precitati principi, ritiene il Collegio che, con riferimento al criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, appare dubbia l'ammissibilità di una "soglia di sbarramento" fondata unicamente sull'elemento prezzo, anzichè su uno o su alcuni aspetti dell'elemento qualitativo, poiché ciò potrebbe comportare l'introduzione, in modo surrettizio, di una sorta di spuria 'soglia di anomalia', peraltro in ipotesi non contemplate dalla legge e non assistite dalle garanzie procedurali di cui agli articoli 86 e segg. del D. Lgvo. 12.4.2006 n. 163, (con cui è stato recepito il chiaro indirizzo da tempo enunciato dalla Corte di Giustizia Europea, ribadito da ultimo con sentenza Sez. IV - 15/5/2008 - procedimenti C-147/06 e 148/06), fermo restando che, comunque, non esiste alcuna norma che imponga l'obbligo di esaminare un'offerta economicamente molto bassa anche sotto altri profili.

2.3. Nel caso di specie, la censurata clausola della *lex specialis* di cui al par 5.4. del bando, in tema di "modalità di determinazione del corrispettivo afferente all'offerta economica", recita: "criterio del prezzo più basso determinato mediante massimo ribasso sull'importo a base di gara, ai sensi dell'art. 83, comma II°, del D. Lgvo. n. 163 /06 e sm....Al prezzo saranno attribuiti un max di punti 40, con esclusione, in caso di offerte ammesse pari o superiore a cinque, del 10 per cento (10%), arrotondato all'unità superiore,

delle offerte che avranno presentato un ribasso il ribasso più elevato (sbarramento del 10%) in applicazione dell'art. 83, comma 2°, del D. L.gvo 163/06 e s.m.i.”.

La disposizione censurata prevede, al primo punto, la cosiddetta “soglia di sbarramento”, che, richiamando l'art. 83, comma II°, del D. Lgvo. n. 163/06, introduce un meccanismo selettivo (“taglio di una sola ala”), che, per alcuni aspetti, opera in modo non molto dissimile rispetto a quello previsto dall'art. 86, comma I°, del medesimo D. Lgvo n. 163 del 2006, il quale stabilisce: “Nei contratti di cui al presente codice, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media”.

Osserva il Collegio che l'impugnata clausola presenta una “soglia di sbarramento” fondata unicamente sull'elemento “prezzo”, atta ad introdurre un'anomala commistione fra la modalità di selezione del contraente mediante il criterio del prezzo più basso e quella mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, finendo, per alcuni segmenti della procedura, con il sovrapporsi, con conseguente determinazione di effetti distorsivi.

Invero, tali elementi distonici di illogicità e di contraddittorietà della censurata clausola della lex specialis di gara, concretamente suscettibili di poter determinare preclusioni, difficoltà ed incertezze per il concorrente, ai fini della formulazione di un'offerta consapevole, poteva (e doveva) essere riconosciuta e percepita come lesiva ex ante, alla semplice lettura del bando, per cui andava impugnata immediatamente, nei termini decadenziali decorrenti dalla data del 8.4.2009, di pubblicazione del bando.

Pertanto, la presente censura, proposta con ricorso notificato in data 27.10.2009 e depositato in data 3.11.2009, va dichiarata irricevibile.

3.1. Possono essere esaminati congiuntamente il secondo ed il terzo motivo di gravame, poiché richiedono la previa soluzione di identiche questioni.

Con il secondo motivo, parte ricorrente deduce che la lex specialis di gara, prevedendo, con il par. 5.4 del bando ed il par.8 del Disciplinare, l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa mediante il "...metodo aggregativo-compensatore di cui all'allegato "B" al D.P.R. 554/99 e s.m.i. (formula: $P=40x(O_v/O_i)$ ", avrebbe introdotto una formula diversa, rispetto a quella contemplata nell'Allegato B del D.P.R. n. 554 del 1999, poiché il suddetto Allegato disporrebbe espressamente che, in caso di utilizzazione del metodo aggregativo-compensatore, i coefficienti dovrebbero essere determinati "per quanto riguarda gli elementi quantitativi, quali il prezzo, il tempo di esecuzione del contratto, il

rendimento, la durata della concessione, il livello delle tariffe, attraverso interpolazione lineare”.

Secondo parte ricorrente, in sostanza, l'applicazione pratica della divergente formula indicata dalla *lex specialis* del procedimento condurrebbe a risultati aberranti, poichè, anche a fronte di ribassi irrisori e/o addirittura prossimi allo zero, verrebbero attribuiti punteggi elevati, in spregio alla ratio sottesa al meccanismo proporzionale di cui al precitato Allegato B del Regolamento Generale ex D.P.R. 554.

Con il terzo motivo, lamenta che il sistema di attribuzione del punteggio per l'offerta economica sarebbe fondato su una formula matematica, suscettibile di appiattare eccessivamente il rilievo dell'elemento prezzo e, dunque, della convenienza economica delle offerte.

Anche con riferimento a questi profili di gravame, il Comune resistente ha sollevato eccezione di irricevibilità.

Osserva il Collegio che questa censura risulta interposta avverso una clausola di gara, contenente una formula matematica di calcolo del punteggio da attribuire all'offerta economica, la cui applicazione soltanto e le cui conseguenti valutazioni nel corso di svolgimento della gara possono essere idonee a produrre l'effetto e l'attualità della lesione arrecata all'interesse del partecipante dalla clausola illegittima.

Ed invero, non potendo essere la clausola de qua suscettibile di poter essere riconosciuta “a priori” come lesiva della posizione di parte

ricorrente ed, anzi, potendo anche astrattamente essere suscettibile di poter determinare un risultato alla medesima favorevole, in fase iniziale si presenta certamente priva del carattere attualmente lesivo, necessariamente richiesto ai fini della proposizione della domanda caducatoria e, pertanto, va impugnata soltanto contestualmente al provvedimento di esclusione e per effetto dello stesso.

3.2. Il bando, al par. 15, rubricato “Criterio di aggiudicazione”, prevede l’attribuzione dei punteggi secondo i seguenti parametri:

A – Prezzo : punti disponibili 40;

B – Valore tecnico dell’offerta : punti disponibili 50;

C – Capacità tecnico-organizzativa e miglioramenti gestionali: modalità di gestione del contratto e del cantiere, impiego pezzi di ricambio, sicurezza di approvvigionamento, etc. :punti disponibili 5;

D – Minore tempo di esecuzione dei lavori (rispetto ai 750 giorni previsti nel C.S.A.): punti disponibili 5.

Ed invero, con riferimento al criterio di selezione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, assumono preponderanza, di norma, gli elementi qualitativi dell’offerta, per cui la P.A. può assegnare al prezzo offerto una minore rilevanza nel calcolo complessivo dei punteggi, nell’esercizio della propria sfera di discrezionalità, in funzione dell’esigenza di garantire un determinato livello qualitativo della prestazione dell’appaltatore.

Infatti, con riferimento a siffatto sistema di selezione, il legislatore non ha previsto un “peso minimo” predeterminato da attribuire

all'elemento prezzo, pur non potendosi ammettere, comunque, che la natura propria del criterio, postulante la ricerca di un equilibrio tra prezzo e qualità necessariamente correlato alla specificità di ciascun affidamento, possa essere "tradita", mediante il riconoscimento di sostanziale ed assoluta preminenza al cosiddetto "merito tecnico" (conf.: TAR Campania Napoli, Sez. I, 4.5. 2007, n. 4735; TAR Lazio Roma, Sez. III, n. 1852/2008).

La censura clausola di cui al punto 5.4), ultimo comma, del bando prevede: "Alle offerte non escluse per lo sbarramento di cui al punto precedente verranno attribuiti i seguenti punteggi:

- all'offerta economicamente più vantaggiosa , 40 punti ($O_v =$ importo dell'offerta più economica);
- alle altre offerte ($O_i =$ importo dell'offerta i-esima) verrà attribuito il punteggio mediante la seguente formula: $P = 40 \times (O_v/O_i)$ ".

La P.A., nell'esercizio della sua discrezionalità, ha ritenuto, nella specie, di non ricorrere al criterio di proporzionalità diretta, ma ha previsto una formula matematica per l'attribuzione dei punteggi per i prezzi delle singole voci dell'offerta, distinte per tipologia o e con indicazione per ciascuna del punteggio massimo.

Ed invero, i criteri di attribuzione del punteggio economico possono essere molteplici e variabili e, quindi, anche astrattamente suscettibili di poter condurre a risultati non sempre tra loro coincidenti, ma devono sempre consentire che 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 nonché di poter così contemperare le contrapposte esigenze, rispettivamente, di garantire, da un lato, la “par condicio” tra i concorrenti e, dall'altro, l'interesse della stazione appaltante alla scelta dell'offerta migliore.

L'art. 91, III° comma, del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 - applicabile alla fattispecie in esame, in virtù del disposto dell'art. 253, n. 3, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (codice dei contratti pubblici) - dispone testualmente che la Commissione di gara proceda all'assegnazione dei punteggi "applicando i criteri e le formule di cui all'allegato B, indicate nel bando".

Tale Allegato B, a sua volta, dispone testualmente che il calcolo dell'offerta economicamente più vantaggiosa possa essere effettuata "o 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".

Lo stesso Allegato B, poi, nello specificare meglio detto metodo aggregativo-compensatore, ha precisato che, applicando tale metodo, l'offerta economicamente più vantaggiosa è individuata utilizzando 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.

Nella successiva lettera b), l'Allegato in parola precisa che i coefficienti $V(a)$ siano determinati, per quanto riguarda gli elementi di valutazione di natura quantitativa, quale il prezzo, "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".

Comunque, l'Allegato B al D.P.R. 12.12.1999 n.554 effettua un'indicazione meramente esemplificativa, senza prescrivere formule tassative, cui le stazioni appaltanti debbano necessariamente uniformarsi.

In ogni caso, il metodo "aggregativo-compensatore" prevede, in estrema sintesi, che, per l'elemento prezzo, debbano essere attribuiti punti zero (tale è, infatti, il risultato derivante dal prodotto con un "coefficiente pari a zero") all'offerta uguale a quella posta a base di gara, e che debba essere attribuito il massimo punteggio all'offerta

più conveniente per la stazione appaltante.

Invero, applicando tale metodo al caso di specie (che prevedeva l'attribuzione di 40 punti per l'elemento prezzo), deriva che all'offerta più vantaggiosa (ma non anomala) vanno attribuiti 40 punti e che all'offerta uguale a quella posta a base di gara non va attribuito alcun punto.

Ora nella specie, la censurata formula matematica “ $P = 40 \times (O_v/O_i)$ ”, non integrata da alcun elemento correttivo, conduce al risultato di far conseguire 0 punti ad una offerta di importo pari al prezzo posto a base di gara, in coerenza con la logicità del prescelto aggregativo compensatore ed il massimo punteggio a quella più conveniente.

In particolare, la contestata formula, applicata a seguito dell'esclusione delle imprese collocate sotto la cosiddetta “soglia di sbarramento”, ha condotto ad una valutazione delle offerte economiche entro un “range” compreso tra punti 40 e punti 31,867, (verbale della 3° seduta pubblica del 21.9.2009).

Non risulta, quindi, che, mediante il ricorso alla formula matematica in contestazione, sia stata, in concreto, privata di sostanziale valenza l'offerta economica delle imprese concorrenti né che sia stata assegnata preponderanza decisiva a quella tecnica, al di là di quello che era il rapporto potenziale oggetto di autolimitazione posto dalla stazione appaltante, in relazione ai vari elementi costitutivi.

Consequente, si può ritenere che, nel complesso, nel caso che

occupa, non risulta violato il limite posto dal legislatore, dato dall'obbligo di valutare concretamente sia il prezzo sia gli aspetti di carattere tecnico.

Per i detti motivi, la scelta dell'ente appaltante non può essere ritenuta illogica o irragionevole, avendo esso valutato, secondo i parametri enunciati dalla *lex specialis*, tanto l'elemento prezzo quanto gli aspetti qualitativi delle offerte.

Pertanto, la censura si appalesa infondata.

Ne consegue la reiezione del gravame.

4. Con i motivi aggiunti notificati in data 26.11.2009 e depositati in data 11.12.2009, parte ricorrente impugna il bando di gara ed il connesso disciplinare, nella parte in cui qualificano come non subappaltabili le lavorazioni scorporabili appartenenti alla categoria OG6, oltre altri atti, quali i verbali tutti di gara, la stipula del contratto avvenuta in data 14 ottobre 2009, nonché il verbale di consegna dei lavori del 17 ottobre 2009.

In particolare, deduce violazione dell'art.37, comma 11, del D. L.gvo n. 163/06, nel testo novellato dal D. L.gvo n. 152 del 2008, che sancisce l'assoluta illegittimità del divieto di subappalto, a seguito delle osservazioni formulate dalla Commissione Europea (procedura di infrazione n. 2007/2309 circa il divieto di subappalto per le cosiddette "opere super specializzate" di importo superiore al 15% dei lavori, fermo restando il rispetto dei limiti dettati dall'art. 118, comma 2°, terzo periodo).

Ritiene il Collegio che parte ricorrente non ha alcun interesse giuridicamente rilevante ex art. 100 cpc alla proposizione della presente censura, avendo regolarmente partecipato alla gara e non essendo stata esclusa né avendo ricevuto alcuna valutazione negativa per effetto dell'applicazione della clausola di cui all'oggetto, come del resto, sembra consapevole la medesima allorchè precisa di presentare la nuova impugnativa "per mero tuziorismo" (pag. 6 dei motivi aggiunti).

Pertanto, la censura si appalesa inammissibile per difetto di interesse qualificato ai sensi dell'art. 100 cpc..

In conclusione, il ricorso si appalesa infondato ed i motivi aggiunti inammissibili.

3. Quanto alla domanda risarcitoria, essendo accessiva a provvedimenti rimasti invulnerati dalle doglianze di parte attrice, si rivela inammissibile (cfr., ex multis, Cons. Stato, Sez. IV 5.8 2005 n. 4191).

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 rigetta.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità

amministrativa.

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 27
gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Concetta Anastasi, Consigliere, Estensore

Vincenzo Lopilato, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/03/2011

IL SEGRETARIO

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