



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6983 del 2009, proposto dal Ministero per i beni e le attività culturali, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliato per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

Coluzzi Costruzioni & Restauri s.r.l., Ecoclima s.a.s., rappresentate e difese dall'avv. Alberto Micocci, con domicilio eletto presso Gaetano Cuomo in Roma, via Deglia, n. 31;

nei confronti di

Impresa Vincenzo Modugno Costruzioni e Restauri s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Ennio Magrì, Salvatore Scafetta, Massimo Ambroselli, con domicilio eletto presso Ennio Magri in Roma, via Guido D'Arezzo, n. 18;

Impresa Ing. Antonio Pompa s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Raffaele De Bonis, con domicilio eletto presso Maria Federica Della Valle in Roma, via S. Ilaria, n. 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. BASILICATA – POTENZA, SEZIONE I, n. 404/2009, resa tra le parti, concernente affidamento di appalto di lavori pubblici

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio come in epigrafe indicati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 ottobre 2011 il Cons. Rosanna De Nictolis e uditi per le parti l'avvocato dello Stato Varrone, l'avvocato Lentini per delega dell'avv. Micocci e l'avvocato Scafetta;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Ministero per i beni e le attività culturali – direzione regionale per i beni culturali e paesaggistici della Basilicata, ha indetto una gara di appalto avente ad oggetto i lavori di completamento del recupero e valorizzazione del Castello Federiciano di Melfi, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2. Per l'elemento prezzo era previsto dal disciplinare un punteggio

massimo di 35 punti, da assegnarsi secondo la seguente formula matematica:

$$A = 1 + (y/x)$$

$$1 + (a/x)$$

in cui:

x = prezzo a base d'asta;

y = prezzo più basso offerto in gara;

a = prezzo offerto dal concorrente la cui offerta si sta valutando.

3. La commissione di gara ha attribuito, per l'offerta tecnica, i seguenti punteggi:

50,294 punti all'impresa Modugno Vincenzo;

39,216 punti all'impresa Pompa Antonio;

35,285 punti all'a.t.i. di cui è mandataria l'impresa Coluzzi costruzioni & restauri s.r.l.

La commissione di gara ha inoltre attribuito i seguenti punteggi per l'offerta economica:

31,110 punti all'impresa Modugno Vincenzo a fronte di un ribasso, rispetto al prezzo a base di gara, del 6,88%;

32,444 punti all'impresa Pompa Antonio a fronte di un ribasso, rispetto al prezzo a base di gara, del 15,123%;

35 punti all'a.t.i. di cui è mandataria l'impresa Coluzzi costruzioni & restauri s.r.l., fronte di un ribasso, rispetto al prezzo a base di gara, del 29,10%.

Per l'effetto, la gara è stata aggiudicata all'impresa Modugno

Vincenzo, mentre l'impresa Pompa Antonio si è collocata al secondo posto della graduatoria e l'a.t.i. di cui è mandataria l'impresa Coluzzi costruzioni & restauri s.r.l. si è collocata al terzo posto.

4. La terza classificata ha proposto ricorso al T.a.r., impugnando sia l'aggiudicazione, sia gli atti di gara, sia il bando e il disciplinare.

5. Il T.a.r. ha accolto in parte il ricorso, annullando tutti gli atti di gara e affermando la necessità del rinnovo di essa a partire dal bando, ritenendo fondate, in particolare:

a) la censura di illegittimità della clausola del disciplinare che indica la formula matematica di attribuzione del punteggio per il prezzo offerto;

b) la censura di illegittimità della legge di gara per omessa fissazione di subcriteri e subpunteggi per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

6. Ha proposto appello l'Amministrazione.

La ricorrente in primo grado con controricorso si è opposta all'accoglimento dell'appello principale.

La sezione, con ordinanza 30 settembre 2009 n. 4820, ha sospeso l'esecuzione della sentenza appellata.

La causa è passata in decisione all'udienza del 25 ottobre 2011.

7. Con il primo motivo di appello si ripropone l'eccezione, respinta dal giudice di primo grado, di difetto di interesse al ricorso di primo grado, attesa la posizione in graduatoria del ricorrente (terzo classificato).

7.1. L'eccezione va disattesa, in quanto il ricorrente non mira, con il ricorso, solo a conseguire una migliore posizione in graduatoria, ma attacca in radice la legge di gara, e in particolare la clausola del disciplinare dettata per l'attribuzione del punteggio per il prezzo.

La legittimazione a impugnare il bando di gara spetta anche al concorrente che non sia collocato in seconda posizione in graduatoria.

8. Con il secondo motivo di appello si contesta il capo di sentenza che ha ritenuto illegittima la clausola del disciplinare di gara di determinazione del punteggio per il prezzo offerto, ritenendola affetta da illogicità.

Osserva l'appellante che si tratta di clausola usualmente adoperata dall'Amministrazione nei suoi appalti e che la scelta della clausola di determinazione del punteggio per il prezzo rientrerebbe nella discrezionalità dell'amministrazione.

9. Il secondo motivo di appello è infondato.

9.1. E' vero che i metodi di attribuzione del punteggio per il prezzo, nell'ambito del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sono indicati dal d.P.R. n. 554/1999 (applicabile *ratione temporis*) in modo esemplificativo e non tassativo, sicché l'Amministrazione conserva il potere discrezionale di usare metodi diversi da quelli indicati nel citato d.P.R.

Tuttavia, quale che sia il metodo prescelto dalla stazione appaltante, esso deve rispondere a criteri di logicità e ragionevolezza, e

consentire una equa valutazione dell'elemento prezzo.

9.2. Questo Consesso ha già affermato che nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, vanno separatamente valutate l'offerta economica e l'offerta tecnica.

Ma quanto alla valutazione dell'offerta economica, il criterio non può che essere quello del prezzo più basso, senza medie o criteri forfetari. Il criterio del prezzo più basso, nella sua chiara e univoca applicazione, non può che condurre al risultato di premiare l'offerta di prezzo più basso, e non può pervenire al risultato di premiare un'offerta di prezzo più alta di altra.

La differenza, nell'operazione di valutazione del prezzo, che intercorre tra criterio del prezzo più basso e criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è che nel primo criterio l'offerta più bassa è aggiudicataria, senza necessità di attribuzione di un punteggio, dovendosi solo redigere la graduatoria delle offerte; invece nel secondo criterio il punteggio complessivamente previsto per l'elemento prezzo può essere variamente distribuito, per cui alle varie offerte economiche va attribuito un punteggio, che si somma con il punteggio previsto per le offerte tecniche.

La distribuzione del punteggio per l'offerta economica, suddividendo essa in vari subelementi, deve comunque essere strutturata in modo tale da condurre al risultato per cui l'offerta economica complessivamente inferiore deve riportare un punteggio per il prezzo complessivamente superiore.

Si può semmai 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 qualsivoglia criterio si utilizzi, non si può trattare di criterio suscettibile di pervenire al paradossale risultato di dare il maggiore punteggio complessivo ad un offerta economica più elevata di altre (Cons. St., sez. VI, 3 giugno 2009 n. 3404).

9.3. A tali notazioni va aggiunto che nella graduazione del punteggio per le offerte di prezzo occorre anche valorizzare lo scarto tra le offerte, con uno scarto di punteggio che se anche non rigidamente proporzionale, rifletta tuttavia la differenza tra le offerte in modo effettivo.

Nel caso di specie, invece, la formula matematica indicata negli atti di gara per l'attribuzione del punteggio per l'offerta economica non consente di assegnare i 35 punti previsti, ed è anzi tale da comprimere entro un ambito ristretto i punteggi che possono essere attribuiti ai partecipanti, anche a fronte di elevate differenze tra le offerte.

Ferma restando, nel caso di adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la discrezionalità dell'amministrazione di decidere il peso da attribuire all'elemento economico dell'offerta, nonché di stabilire la formula matematica da utilizzare per la sua concreta determinazione, è evidente che deve esistere coerenza logica rispetto al criterio di gara utilizzato oltre che

tra le varie disposizioni che regolano la gara.

Nella gara in esame, bandita con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'elemento prezzo, seppur non predominante, ha un peso significativo, come si evince dalla previsione di assegnare fino a 35 punti su 100, per il prezzo offerto.

Poiché però la formula matematica prevista è tale da comprimere grandemente il punteggio da assegnare al prezzo, indipendentemente dall'offerta economica presentata, risulta sostanzialmente contraddetta la previsione di attribuire all'offerta economica il peso di 35 su 100.

Non sarebbe idoneo a giustificare il *modus operandi* della stazione appaltante neanche la volontà di voler privilegiare l'elemento qualitativo delle offerte piuttosto che l'aspetto puramente economicomma

Nell'indicazione delle condizioni minime che devono connotare le offerte, per essere ammissibili, l'amministrazione è libera di indicare tutti i requisiti che ritiene necessari, a garanzia di un elevato standard qualitativo delle offerte che partecipano alla gara; offerte che comunque, superato il vaglio di ammissibilità, saranno valutate da un punto di vista qualitativo per l'attribuzione del punteggio all'uopo previsto (nel caso in esame fino a 65 punti su 100).

Ma una volta compiutamente valutati tutti gli aspetti concernenti il livello qualitativo dell'offerta, e determinate le implicazioni che da tale valutazione discendono, il peso che deve essere attribuito

all'elemento prezzo non può ulteriormente essere condizionato da una supposta volontà di privilegiare la qualità delle offerte, e deve autonomamente essere valutato e ponderato secondo il peso ad esso assegnato negli atti di gara (nel caso in esame fino a 35 punti su 100). In termini analoghi, la giurisprudenza di questo Consesso ha ritenuto illegittima una formula di attribuzione del punteggio per il prezzo offerto in virtù della quale era stato attribuito il punteggio massimo di 35 punti ad un ribasso del 20,5%, ed un punteggio di 32 punti ad un ribasso del 2,5%, stigmatizzando la formula matematica che aveva consentito di utilizzare solo tre dei trentacinque punti disponibili, riducendo in modo drastico la portata reale delle differenze economiche. Di qui l'intrinseca illogicità e perplessità della disciplina di gara che vanifica la scelta di attribuire il peso percentuale del 35% al dato economico dando vita ad una formula che finisce per svilire, in contrasto con il canone di ragionevolezza e proporzionalità, tale dato di valutazione (Cons. St., sez. V, 25 maggio 2010 n. 3312).

Risulta pertanto illegittima l'impugnata previsione del bando di gara che finisce per svilire l'elemento economico dell'offerta attribuendo ad esso un ruolo assolutamente secondario, se non addirittura irrilevante.

9.4. Neppure potrebbe ritenersi legittimo il criterio matematico utilizzato nella specie dalla stazione appaltante perché gioverebbe al fine di non premiare e di scongiurare le offerte <<anomale>>.

Infatti, l'ordinamento nazionale e comunitario esigono che la

valutazione di anomalia sia successiva alla fase di attribuzione del punteggio per le offerte, e non possa essere incorporata nella operazione di formazione della graduatoria delle offerte, mediante automatismi.

Invece, introducendo un criterio matematico fondato su medie per valutare l'offerta economica, si finisce con il compiere una valutazione automatica di presunte offerte anomale, in radicale contrasto con il principio secondo cui le offerte sospette devono essere verificate in contraddittorio.

L'offerta bassa e dunque sospetta di anomalia, non può aprioristicamente essere penalizzata mediante l'attribuzione di un punteggio basso, ovvero, il che è lo stesso, appiattendola con un punteggio simile rispetto a quello attribuito per offerte con ribassi di gran lunga inferiori. Ad essa va dato il punteggio che merita in quanto offerta bassa, e poi va verificata e penalizzata con l'esclusione solo se ed in quanto anomala. Un meccanismo che a priori attribuisca un basso punteggio ad un'offerta molto bassa, penalizza a priori un'offerta bassa, senza alcuna verifica di effettiva anomalia (Cons. St., sez. VI, 3 giugno 2009 n. 3404).

9.5. Neppure può ritenersi che la clausola in contestazione tragga fondamento dall'art. 83, comma 2, d.lgs. n. 163/2006, laddove autorizza la fissazione di soglie per l'attribuzione di punteggi. Invero tale disposizione, 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 l'art. 83, comma 2, non autorizza la determinazione di soglie basate su medie calcolate sulle offerte in gara, che si prestano a palesi distorsioni (Cons. St., sez. VI, 3 giugno 2009 n. 3404).

10. L'illegittimità della previsione del bando di gara in questione, implicando la necessità di rielaborazione del bando, assume carattere assorbente rispetto alle altre censure sollevate.

Ne consegue l'assorbimento delle altre censure proposte con l'appello.

11. In conclusione l'appello va respinto.

La novità delle questioni giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere, Estensore

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/11/2011

IL SEGRETARIO

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