



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 496 del 2013, proposto da:

Pagano & Ascolillo Energy And Tecnology s.p.a., in persona del legale rappresentante sig. Vito Antonio Pagano, rappresentata e difesa dall'avv. Ettore Notti, domiciliata presso la Segreteria del Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;

contro

Astral s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Guarino, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza Borghese, n. 3;

nei confronti di

Impresa Costruzioni Stradali e Consolidamenti s.r.l., già Euro Consolidamenti e Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.

Francesco Lilli e Luciano Mastrovincenzo, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via di Val Fiorita, n. 90;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lazio – Roma, Sezione I Ter, n. 9515 del 19 novembre 2012, di reiezione del ricorso proposto per l'annullamento dei verbali di gara nn. 1 e 2 (sedute pubbliche) e nn. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 (sedute riservate), relativi alla gara indetta dalla Astral s.p.a., avente ad oggetto i lavori per la messa in sicurezza e la illuminazione delle gallerie stradali della S.R. Salto Cicolana; della comunicazione di aggiudicazione definitiva ex art. 79, comma 5, del 4 agosto 2011, della determinazione di aggiudicazione definitiva n. 1357 del 3 agosto 2011 e, ove necessario, delle note pervenute dalla Astral s.p.a. il giorno 1 settembre 2011, nonché per la declaratoria, ex artt. 121 e segg. del c.p.a., di inefficacia, nullità o annullamento del contratto e subentro nell'appalto e per il risarcimento del danno.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Astral s.p.a. e della Impresa Costruzioni Stradali e Consolidamenti s.r.l.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 ottobre 2013 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Di Mattia, per delega dell'avvocato Notti, Martelli, per delega dell'avvocato Guarino,

e Lilli;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con gli atti in epigrafe indicati è stata aggiudicata alla Euro Consolidamenti e Costruzioni s.r.l., con un punteggio pari a 81,788, la procedura aperta (svolta con il metodo di aggiudicazione della offerta più vantaggiosa e con attribuzione dei punteggi alle offerte mediante metodo aggregativo compensatore di cui all'allegato B al d.P.R. n. 554/1999), avente ad oggetto lavori per l'illuminazione e la messa in sicurezza delle gallerie stradali della S.R. Salto Cicolana, ex SS 578, indetta dalla Astral s.p.a. con bando del 6 ottobre 2010; seconda si è classificata la Pagano & Ascolillo s.p.a., con un punteggio pari a 81,439.

Quest'ultima società ha impugnato detta aggiudicazione con ricorso al T.A.R. Lazio, che lo ha però respinto con sentenza della Sezione I Ter, n. 9515 del 19 novembre 2012, preceduta da dispositivo n. 9056/2012.

Con il ricorso in appello in esame la Pagano & Ascolillo Energy And Technology s.p.a. ha chiesto l'annullamento o la riforma di detta sentenza e del relativo dispositivo deducendo i seguenti motivi:

1.- Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990 e s.m.i. e dell'art. 97 della Costituzione; violazione dell'art. 83 del d. lgs. n. 163/2006 e del d.R.P. n. 554/1999; violazione e falsa applicazione del bando e del disciplinare, illegittima ammissione del

controinteressato ed attribuzione del punteggio premiante. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, per essere l'offerta inattendibile, per violazione dei principi di proporzionalità, ragionevolezza, "*par condicio*" e non discriminazione. Violazione e falsa applicazione dei principi di trasparenza, buon andamento, efficacia, efficienza ed economicità, nonché del principio di auto vincolo. Eccesso di potere per sviamento, illogicità, irrazionalità, difetto di proporzionalità, difetto di motivazione, difetto istruttorio e travisamento di atti e di fatti.

1.1.- Erroneamente è stato ritenuto dal primo Giudice che il silenzio della "*lex specialis*" in ordine alla previsione della possibilità di ricorso al criterio della riparametrazione costituisca argomentazione sufficiente a rendere infondata la censura svolta dalla appellante al riguardo, atteso che detta circostanza comunque non escludeva il relativo obbligo.

In presenza di una specifica impugnazione del bando e del disciplinare non è stata adeguatamente dimostrata in sentenza la inesistenza della illegittimità logico - giuridica del metodo di aggiudicazione adottato nel caso di specie, che ha falsato il rapporto proporzionale tra offerta tecnica ed economica e conseguentemente la graduatoria.

Erroneamente è stato sostenuto che, stante la previsione di attribuzione dei punteggi in valore assoluto, non sussistesse l'obbligo della riparametrazione.

1.2.- Erroneamente il primo Giudice non ha censurato il seggio di

gara laddove non si è avveduto della mancata produzione da parte della controinteressata Euro Consolidamenti e Costruzioni s.r.l. della dichiarazione attestante che ogni variante introdotta non avrebbe comportato alcun aumento del prezzo offerto e dei tempi offerti per la realizzazione delle opere.

Con atto depositato il 22.2.2013 si è costituita in giudizio la Astral s.p.a., che ha chiesto che l'appello sia dichiarato inammissibile o che sia respinto perché infondato.

Con memoria depositata il 22.2.2013 la Astral s.p.a ha eccepito la inammissibilità e dedotto la infondatezza del ricorso, riproponendo, ex art. 101, comma 2, del c.p.a., tutte le eccezioni e domande formulate in primo grado e dichiarate assorbite o non espressamente esaminate dal T.A.R., in particolare con riferimento alla tardività della riformulazione della censura di cui al primo motivo di ricorso e alla inammissibilità della censura di cui al secondo motivo di gravame.

Con memoria depositata il 6.3.2013 si è costituita in giudizio la Impresa Costruzioni Stradali e Consolidamenti s.r.l., che ha dedotto la infondatezza dell'appello, oltre che la sua inammissibilità per mancato superamento della prova di resistenza (anche se in ipotesi si fosse potuto far ricorso al criterio della riparametrazione come preteso dalla parte appellante), concludendo per la reiezione.

Con memoria depositata il 6.3.2013 la Astral s.p.a. ha eccepito che la censura di violazione dell'art. 86, comma 2, del d. lgs. n. 163/2006 è inammissibile perché formulata per la prima volta in appello, nonché ha eccepito la inammissibilità dell'appello perché privo di specifici

rilievi contro la sentenza di primo grado (contenendo solo la riproposizione degli argomenti posti a base del ricorso introduttivo del giudizio); ha quindi ribadito le già formulate deduzioni circa la infondatezza del gravame ed ha chiesto, con riferimento alla formulata domanda di risarcimento dei danni per equivalente, la chiamata in causa della Assigeco s.r.l..

Con memoria depositata 31.7.2013 la parte appellante ha ribadito la fondatezza dell'appello, concludendo per la reiezione.

Con memoria depositata l'11.10.2013 la controinteressata Impresa Costruzioni Stradali e Consolidamenti s.r.l. ha ribadito tesi e richieste.

Con memoria depositata il 12.10.2013 la Astral s.p.a. ha a sua volta ribadito le già formulate argomentazioni ed ha eccepito che non è stata fornita dalla appellante la prova del danno subito, concludendo per la reiezione.

Alla pubblica udienza del 29.10.2013, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Il giudizio in esame verte sulla richiesta, formulata dalla Pagano & Ascolillo Energy And Technology s.p.a., di annullamento o di riforma della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata, con la quale è stato respinto il ricorso proposto per l'annullamento dei provvedimenti di aggiudicazione definitiva alla Euro Consolidamenti e Costruzioni s.r.l. della procedura aperta avente ad oggetto lavori per l'illuminazione e la messa in sicurezza delle gallerie stradali della S.R. Salto Cicolana, ex SS 578, indetta dalla Astral s.p.a. con bando del 6 ottobre 2010.

2.- Con il primo motivo di appello è stato dedotto che erroneamente è stato ritenuto dal primo Giudice che il silenzio della “*lex specialis*” in ordine alla previsione della riparametrazione costituisca argomentazione sufficiente a rendere infondata la censura della appellante al riguardo, atteso che comunque detta circostanza non escludeva il relativo obbligo.

In presenza di una specifica impugnazione del bando e del disciplinare non sarebbe stata adeguatamente dimostrata in sentenza la insussistenza della illegittimità logico - giuridica del metodo di aggiudicazione adottato nel caso di specie, in cui, essendosi l'Amministrazione auto vincolata ad impiegare 100 punti su 100, illegittimamente poi non avrebbe utilizzato, dopo aver attribuito i punteggi alle offerte tecniche, tutti i 50 punti ancora a disposizione, anche se nessuna offerta meritava il massimo punteggio in valore assoluto, con la conseguenza che la migliore offerta tecnica non ha ottenuto il miglior punteggio complessivo perché l'Amministrazione ha utilizzato solo 37 dei 50 punti a disposizione, falsando la proporzione (cui si era vincolata) tra offerta tecnica ed economica (riguardo alla quale è stato attribuito interamente il punteggio previsto).

La Commissione di gara avrebbe dovuto riparametrare l'offerta migliore ad un coefficiente pari ad 1 e conseguentemente, con proporzione lineare, riparametrare anche le altre offerte. Quello della riparametrazione sarebbe stato l'unico metodo valido per poter effettuare una corretta valutazione dell'anomalia, atteso che una

valutazione di tipo assoluto avrebbe permesso di eluderla mediante opzione per valutazioni ricadenti tutte sotto la soglia di cui all'art. 86, comma 2, del d. lgs. n. 163/2006 (che sarebbe stato conseguentemente stato violato nel caso di specie).

Comunque la mancata riparametrazione avrebbe comportato la formazione di una graduatoria falsata in cui il vero vincitore è stato pretermesso a favore di un'altra offerta meno vantaggiosa.

Anche le linee guida dell'A.V.C.P. avrebbero posto un limite alla pratica in uso da parte di stazioni appaltanti di non utilizzare tutto il punteggio a disposizione per i sub criteri, perché, se alla offerta migliore sul piano della qualità non viene attribuito il massimo punteggio, aumenta il peso della voce prezzo, con conseguente frustrazione della ragionevole esigenza di garantire un rapporto invariabile tra il fattore prezzo ed il fattore qualità e con alterazione dell'obiettivo della stazione appaltante di aggiudicare la gara alla offerta effettivamente migliore.

Nello caso in esame il bando ed il disciplinare prevedevano che agli elementi tecnico qualitativi era attribuibile un punteggio massimo di punti 50 su 100, all'elemento quantitativo relativo ai tempi realizzativi un punteggio massimo di punti 10 su 100 e all'elemento prezzo un punteggio massimo di punti 40 su 100. Tuttavia, secondo la appellante, non può sostenersi che, stante la attribuzione dei punteggi in valore assoluto, non sussistesse l'obbligo della riparametrazione, perché l'attribuzione del punteggio con valore assoluto prevista dal disciplinare, a pag. 14, riguardava la fase intermedia della sommatoria

dei vari punteggi dei sub criteri, all'esito della quale avrebbe dovuto essere formata una prima classifica di punteggio espresso in valore assoluto, mentre poi avrebbe dovuto procedersi alla riparametrazione. Del resto se la Commissione avesse attribuito solo uno dei punti di valore assoluto a disposizione sui 50 previsti per l'offerta tecnica, la graduatoria finale avrebbe visto attribuito un punto per tale offerta, 40 per l'offerta prezzo e 10 per l'offerta tempo, con irragionevole uso di 51 punti, invece dei 100 in totale previsti dalla "lex specialis".

2.1.- Osserva preliminarmente la Sezione che è pacifico tra le parti che la "*lex specialis*" della gara di cui trattasi non contemplava tra i criteri da seguire per la assegnazione del punteggio per l'offerta tecnico qualitativa quello della riparametrazione.

Inoltre, a pag. 14, terzo capoverso, del disciplinare era stabilito che il punteggio tecnico doveva essere attribuito in valore assoluto (con un punteggio variabile da 0 a 50 se le offerte erano sviluppate in modo completo in ogni loro parte) e in seguito, nella parte seconda, a pag. 16, era specificato che la assegnazione del punteggio avrebbe dovuto essere effettuata con il metodo di valutazione della offerta economicamente più vantaggiosa aggregativo compensatore previsto dall'allegato B del d.P.R. n. 554/1999; inoltre era previsto che i punteggi ottenuti relativamente alla offerta tecnica ed economica dovevano essere sommati ai fini della formazione della graduatoria.

Erano inoltre stati previsti sub criteri per la valutazione della offerta più vantaggiosa.

Va ulteriormente rilevato che il metodo aggregativo compensatore

previsto dalla “*lex specialis*” della gara comportava l’attribuzione a ciascun aspetto delle offerte un coefficiente variabile da 0 ad 1, secondo le relative valutazioni delle caratteristiche delle stesse, che andava determinato dalla Commissione sulla base di quello dei criteri indicati nell’allegato B al d.P.R. n. 544/1999 che era stato stabilito dalla stazione appaltante, cioè, nel caso di specie, quello della media dei coefficienti, variabili da 0 ad 1, attribuiti discrezionalmente dai singoli commissari.

2.2.- Tanto premesso, non condivide il Collegio gli assunti della parte appellante secondo cui il mancato ricorso al criterio della riparametrazione avrebbe falsato la proporzione cui si era vincolato tra offerta tecnica ed economica, non essendo stati utilizzati con riguardo alla prima tutti i 50 punti a disposizione, mentre il contrario sarebbe avvenuto per la seconda, e che l’operato della Commissione stessa non sarebbe giustificato dalla previsione contenuta nel disciplinare dell’attribuzione del punteggio con valore assoluto, perché essa avrebbe riguardato solo la fase intermedia della sommatoria dei vari punteggi dei sub criteri.

Deve in proposito considerarsi che nelle gare da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa la riparametrazione ha la funzione di ristabilire l’equilibrio fra i diversi elementi qualitativi e quantitativi previsti per la valutazione dell’offerta, se e secondo quanto voluto e disposto dalla stazione appaltante con il bando. Si attribuisce, così, alla migliore offerta tecnica il punteggio massimo e, proporzionalmente, si determina il

punteggio a tutte le altre.

Per mezzo di questa operazione, i punteggi relativi alla qualità hanno lo stesso peso che viene dato al prezzo, mentre, senza la riparametrazione, per effetto delle formule matematiche previste dal d.P.R. n. 207/2010 il fattore prezzo può, di fatto, avere un peso relativamente maggiore rispetto al fattore qualità.

Sussiste tuttavia il principio secondo cui i pesi proporzionali degli elementi quantitativi e qualitativi fissati dalla legge di gara non possono essere modificati dalla Commissione in sede di attribuzione dei punteggi.

Nel caso di specie, stante la mancata previsione nella legge di gara del ricorso alla riparametrazione, è incensurabile l'operato della Commissione, ben potendo essere giustificata tale scelta della stazione appaltante dall'intento di ottenere offerte finalizzate al risparmio di spesa, ferma restando la necessità di miglioramenti tecnico funzionali; invece, applicando la riparametrazione, il rapporto prezzo/qualità si sarebbe invertito, perché modesti miglioramenti tecnici rispetto al progetto base avrebbero comportato l'aggiudicazione alla offerta che poteva comportare maggiori oneri a causa di minori ribassi circa il prezzo.

Né appare pertinente il richiamo effettuato dalla appellante alle linee guida dell'A.V.C.P. perché esse, nel ritenere fattore di equilibrio della valutazione delle offerte il ricorso al criterio della riparametrazione, prevedono che esso debba essere applicato anche con riguardo all'attribuzione dei punteggi relativi alla offerta del prezzo, da

effettuare mediante interposizione lineare tra il coefficiente 1 (attribuito al prezzo più favorevole) e quello 0, (attribuito al prezzo base di appalto).

Nel caso di specie, invece, la formula per la valutazione della voce prezzo era stata fissata mediante ricorso al criterio della media dei prezzi offerti, con la conseguenza che era impossibile la completa applicazione di dette linee guida, pena la alterazione del rapporto prezzo qualità perseguito, questa volta con prevalenza del fattore prezzo.

Comunque la necessità della operazione di parametrizzazione, secondo la Sezione, avrebbe dovuto, pena la violazione della “*par condicio*” dei concorrenti, essere espressamente prevista dalla legge di gara per poter essere applicata, non comportando nemmeno dette linee guida la doverosità della loro applicazione in tutte le gare da aggiudicarsi con il criterio della offerta più vantaggiosa.

Aggiungasi che con determinazione n. 4/12 la A.V.C.P. ha precisato che la riparametrizzazione è indispensabile solo in caso di utilizzo della soglia di sbarramento di cui all’art. 83, comma 2, del d. lgs. n. 163/2006.

Neppure può ritenersi che la necessità di ricorso al criterio della riparametrizzazione fosse implicitamente imposta dal tenore dell’art. 86, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006, secondo il quale, quando il criterio di aggiudicazione è quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte in relazione alle quali sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti

relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.

La disposizione prevede che debba essere giustificata una offerta contemporaneamente vantaggiosa sotto il profilo tecnico qualitativo e sotto quello economico, sicché, secondo l'appellante, essa sarebbe sostanzialmente elusa in caso di mancato ricorso al criterio della riparametrazione.

Ma, nel caso di specie, se la riparametrazione fosse stata applicata solo con riferimento al criterio tecnico - qualitativo, come preteso dall'appellante, avrebbe avuto invece l'opposto effetto di aumentare i punteggi al riguardo di tutti i concorrenti, rendendo apparentemente più vantaggiose offerte in realtà più modeste, così rendendo necessaria la verifica di anomalia con riguardo ad offerte che non erano invece vantaggiose sia sotto il profilo tecnico qualitativo che quello economico, ma solo sotto quello economico, vanificando lo scopo della norma.

Le censure in esame non sono quindi suscettibili di positiva valutazione.

3.- Con il secondo motivo di appello è stato dedotto che il primo Giudice indivisibilmente non ha censurato il seggio di gara laddove non si era avveduto della mancata produzione da parte della controinteressata Euro Consolidamenti e Costruzioni s.r.l. di una dichiarazione avente valore negoziale e prevista a pena di esclusione, cioè di quella attestante che ogni variante introdotta non avrebbe

comportato alcun aumento del prezzo offerto e dei tempi offerti per la realizzazione delle opere, come sarebbe risultato evidente dalla copia della offerta tecnica della Euro Consolidamenti e Costruzioni, tenuto conto dell'elenco elaborati.

La necessità di detta dichiarazione nel particolare caso di specie avrebbe assunto valore sostanziale, atteso che la controinteressata aggiudicataria aveva indicato un prezzo complessivo non corrispondente al ribasso percentuale e la stazione appaltante, ai sensi dell'art. 90, comma 2, del d.P.R. n. 554/1999, aveva attribuito il punteggio relativo al prezzo in lettere, con facoltà per detta controinteressata di poter alterare il "risultato" offerto.

3.1.- Osserva al riguardo la Sezione che l'attestazione in questione è stata resa a pag. 2 della "offerta tecnica – elaborato progettuale modificato".

Invero nessuna disposizione della "lex specialis" prevedeva che avrebbe dovuto essere presentata con un autonomo atto (il disciplinare, a pag. 13 prevedeva solo che dovesse essere contenuta all'interno della busta "C", il che nel caso che occupa è avvenuto) né che essa dovesse essere resa nei modi previsti dal d.P.R. n. 445/2000 o che dovesse essere corredata da una copia della carta di identità del dichiarante.

Infatti il disciplinare non ha inserito il suddetto atto tra quelli per i quali era prevista la redazione con le formalità di cui a detto d.P.R..

Neppure la dichiarazione doveva essere inserita a pena di esclusione nell'elenco degli elaborati, che, come dal punto 3 della pagina n. 13

del disciplinare, riguardava solo gli elaborati progettuali.

Pertanto la attestazione in questione, firmata ed inserita in un documento firmato in ogni sua pagina e sottoscritto dall'Amministratore unico della società, deve ritenersi che fosse stata validamente presentata.

Quanto, infine alla evidenziata divergenza tra il prezzo complessivo offerto dalla società aggiudicataria ed il ribasso percentuale offerto, se ne deduce la irrilevanza, atteso che la Commissione la ha risolta in osservanza alla disposizione della "lex specialis" che prescriveva di tenere conto del prezzo espresso in lettere.

4.- La reiezione dei motivi di appello esime la Sezione dall'esaminare le deduzioni formulate dalla Astral s.p.a., che ha riproposto, ex art. 101, comma 2, del c.p.a. tutte le eccezioni e domande formulate in primo grado e dichiarate assorbite o non espressamente esaminate dal T.A.R. (in particolare con riferimento alla tardività della riformulazione della censura di cui al primo motivo di ricorso e alla inammissibilità della censura di cui al secondo motivo di gravame, sia per mancata impugnazione del bando e del disciplinare di gara nella parte in cui non prevedevano la riparametrazione, sia per impossibilità di previsione obbligatoria ex art. 86, comma 2, del d. lgs. n. 163/2006, non obbligatoria nella vigenza del d.P.R. n. 554/1999).

Identiche considerazioni vanno effettuate con riguardo alla eccezione formulata dalla Astral s.p.a. di inammissibilità della censura di violazione dell'art. 86, comma 2, del d. lgs. n. 163/2006 perché formulata per la prima volta in appello, nonché dell'appello perché

privo di specifici rilievi contro la sentenza di primo grado.

5.- L'appello deve essere conclusivamente respinto e deve essere confermata la prima decisione.

All'infondatezza dei motivi di ricorso non può che conseguire il rigetto della domanda di risarcimento danni dei quali l'appellante chiede il ristoro, perché non è stato dimostrato il nesso di causalità tra essi danni e l'attività dell'Amministrazione, non potendo essere considerata ingiusta o illecita la condotta da essa tenuta in esecuzione di provvedimenti riconosciuti legittimi (Consiglio Stato, sez. V, 14 febbraio 2011, n. 965).

6.- Gli onorari e le spese del presente grado di giudizio seguono la soccombenza e vanno liquidati come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo sul ricorso in appello segnato in epigrafe, lo respinge.

Pone a carico della appellante Pagano & Ascolillo Energy And Technology s.p.a., gli onorari e le spese del presente grado, complessivamente liquidati nella misura di € 2.500,00 (duemilacinquecento/00) a favore della Euro Consolidamenti e Costruzioni s.r.l., nonché di € 2.500,00 (duemilacinquecento/00) a favore della Astral s.p.a., oltre ai dovuti accessori di legge (I.V.A. e C.P.A.).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 ottobre
2013 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente FF

Sabato Malinconico, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/01/2014

IL SEGRETARIO

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