



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 3546 del 2011,
proposto da:
TEKNE S.R.L., in proprio e quale mandataria della costituenda ATI con V.I.C.O.
s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv.
Stefano Vinti e Donatella Finiguerra, con domicilio eletto presso l'avv. Stefano
Vinti in Roma, via Emilia, n. 88;

contro

REGIONE VALLE D'AOSTA, in persona del Presidente della Giunta regionale
in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Gianni Maria Saracco e Filippo Lubrano,
con domicilio eletto presso l'avv. Filippo Lubrano in Roma, via Flaminia, n. 79;

nei confronti di

IVIES S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso
dagli avv. Pierluigi Piselli, Claudio De Portu e Herbert D'Herin, con domicilio
eletto presso l'avv. Pier Luigi Piselli in Roma, via G. Mercalli, n. 13;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VALLE D'AOSTA – AOSTA, Sez. I, n. 3 del 19 gennaio 2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI DI SISTEMAZIONE IDRAULICA DI UN TRATTO DEL TORRENTE LYS A MONTE DELLA STRADA REGIONALE - RIS.DANNI;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Valle D'Aosta e di Ivies Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 novembre 2011 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Barbieri, per delega dell'Avv. Vinti, Saracco e De Portu;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. La Regione Autonoma della Valle d'Aosta ha bandito una gara a procedura aperta per l'affidamento dei lavori di sistemazione idraulica di un tratto del torrente Lys, a monte della strada regionale, in località Stafal nel Comune di Gressoney La Trinitè, categoria prevalente OG 8, per un importo a base d'asta di €. 1.000.000,00, da aggiudicarsi sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il disciplinare di gara, al punto 4, prevedeva, quali criteri di valutazione: A) organizzazione dei lavori (max punti 20); B) esperienze specifiche (max punti 12); C) curabilità e prestazionalità delle strutture dei manufatti (max punti 15); D) misure di sicurezza (max punti 15); E) salvaguardia dell'ambiente (max punti 10); F) riduzione dei tempi contrattuali di esecuzione dei lavori (max punti 8); G) prezzo (max punti 20); per ognuno di tali criteri venivano indicate puntualmente le modalità di attribuzione del punteggio previsto.

All'esito della gara, giusta provvedimento dirigenziale n. 2292 del 26 maggio 2010, i lavori in questione sono stati aggiudicati definitivamente a I.V.I.E.S. S.p.A. (d'ora in avanti l'aggiudicataria), che aveva conseguito complessivamente punti 87,8819.

2. Il tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta con la sentenza n. 3 del 19 gennaio 2011, nella resistenza dell'intimata amministrazione regionale e dell'aggiudicataria, ha respinto il ricorso proposto da Tekne s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda A.T.I. con V.I.C.O. s.r.l. (che aveva partecipato alla gara classificandosi al secondo posto con punti 87,2209), per l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione dei lavori in questione, dei verbali della commissione giudicatrice, del bando di gara e del disciplinare, oltre che per la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato e per il risarcimento del danno in forma specifica, mediante subentro nel contratto in luogo dell'aggiudicataria, ed in subordine per equivalente.

Secondo il tribunale, infatti, erano infondati i due motivi di censura sollevati dalla ricorrente, il primo rubricato "Violazione e falsa applicazione dell'art. 2 e dell'art. 83 del dlgs 163/2006, dell'art. 25 della l.r. 12/1996, dell'art. 53 della Direttiva del 31.3.2004 n. 2004/18/CE. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, sviamento della causa tipica, irragionevolezza, illogicità manifesta, violazione dei principi generali in tema di criteri di aggiudicazione" ed il secondo intitolato "Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83 del d. lgs 163/2006 e dell'art. 25 della l.r. 12/1996. Violazione e/o falsa applicazione di legge con riferimento all'art. 2 del Dlgs 163/2006. Eccesso di potere per violazione dei principi di economicità, efficacia, correttezza, libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità. Eccesso di potere per illogicità manifesta e contraddittorietà"

In particolare, ad avviso del tribunale, il criterio B ("esperienze specifiche"), di valutazione dell'offerta, pur attenendo ad aspetti organizzativi dell'offerente legati

ad attività prestata in precedenza, in occasione di lavori analoghi a quelli oggetto dell'appalto, rappresentava in realtà un elemento a garanzia della prestazione rendere secondo le modalità prospettate dall'offerta e non costituiva invece un inammissibile elemento di commistione tra i criteri soggettivi di partecipazione e quelli oggettivi di valutazione dell'offerta, non potendosi negare, per un verso, la facoltà dell'amministrazione appaltante di prevedere nel bando criteri di valutazione dell'offerta che tenessero conto della specifica attitudine del concorrente a svolgere le peculiari prestazioni oggetto dell'appalto e, per altro verso, la minima incidenza del criterio in questione (12 punti) sul punteggio massimo (100 punti); nessuna illegittimità poteva poi predicarsi per la scelta, ai fini dell'attribuzione del punteggio al criterio G del prezzo, di una formula matematica non fondata sul puro criterio proporzionale, ma improntato piuttosto ad un criterio di progressività, essendo al riguardo ampio il margine di discrezionalità rimesso all'amministrazione appaltante, con l'unico limite dalla manifesta irragionevolezza o illogicità che nel caso di specie non ricorrevano.

3. Tekne s.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria della costituenda A.T.I. con V.I.CO. s.r.l. (d'ora in avanti l'appellante) ha chiesto la riforma di tale sentenza, deducendone l'ingiustizia e l'erroneità alla stregua di due motivi di gravame, con cui sono state sostanzialmente riproposte le censure spiegate in primo grado, malamente apprezzate e superficialmente respinte, con motivazione lacunosa e non condivisibile, insistendosi per la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato e per la condanna dell'appellata amministrazione regionale al risarcimento in forma specifica, mediante subentro nel contratto in luogo dell'aggiudicataria, o in subordine per equivalente.

Hanno resistito al gravame la Regione Valle d'Aosta e l'aggiudicataria, deducendone l'inammissibilità e l'infondatezza.

4. All'udienza del 28 giugno 2011, fissata per la decisione dell'istanza cautelare di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata, la causa è stata rinviata per la decisione di merito alla pubblica udienza del 22 novembre 2011.

Tutte le parti hanno illustrato le proprie tesi difensive con apposite memorie, insistendo nelle conclusioni già rese; in particolare l'aggiudicataria ha sottolineato l'inammissibilità dell'appello per difetto di interesse, in quanto l'eventuale accoglimento dei motivi di gravame avrebbe determinato l'annullamento dell'intera gara, effetto incompatibile con la richiesta di subentro nel contratto avanzata dall'appellante che non aveva giammai prospettato un interesse strumentale alla riedizione della gara.

5. All'udienza pubblica del 22 novembre 2011, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

6. L'appello è infondato nel merito, il che esime la Sezione dall'esame dell'eccezione di inammissibilità del gravame sollevata dall'appellata aggiudicataria.

6.1. Con il primo motivo di gravame, denunciando "Error in iudicando. Violazione e falsa applicazione dell'art. 2 e dell'art. 83 del dlgs 163/2006, dell'art. 25 della l.r. 12/1996, dell'art. 53 della Direttiva del 31.3.2004 n. 2004/18/CE. Violazione del principio della massima partecipazione e della par condicio. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, sviamento della causa tipica, irragionevolezza, illogicità manifesta, violazione dei principi generali in tema di criteri di aggiudicazione", l'appellante, riproponendo le censure sollevate in primo grado, ha sostenuto che il criterio di valutazione dell'offerta di cui al punto B dell'articolo 4 del disciplinare di gara, secondo cui il concorrente poteva documentare la propria capacità lavorativa mediante l'illustrazione al massimo di due interventi effettuati in condizioni ambientali e tipologie di opere simili a quelle oggetto dell'appalto, concerneva requisiti soggettivi (di partecipazione) e non elementi oggettivi di valutazione

dell'offerta e realizzava pertanto una inammissibile commistione tra gli uni e gli altri, alterando pertanto i principi fondamentali della massima partecipazione alle gare pubblica e della par condicio dei concorrenti.

A suo avviso i primi giudici avevano erroneamente disatteso tale censura, senza tener conto non solo della specifica giurisprudenza comunitaria sul punto, ma anche della decisiva circostanza che l'attestato di qualificazione SOA, richiesto per la partecipazione alla gara, rappresentava normativamente l'unica condizione necessaria e sufficiente per la partecipazione alle gare, così che ogni valutazione sulla attitudine all'espletamento dei lavori oggetto di gara era già definitivamente contenuta nella stessa qualificazione richiesta (categoria prevalente, OG8); sotto altro profilo, poi, secondo l'appellante, non solo non poteva condividersi la apodittica affermazione della minima rilevanza di tale criterio ai fini della valutazione complessiva dell'offerta (anche in ragione del fatto che si trattava di 12 punti su 80 e non su 100, dovendosi a suo avviso escludersi il punteggio attribuibile al criterio del prezzo), per quanto anche il richiamo operato dai primi giudici all'articolo 25 della legge regionale 20 giugno 1996, n. 12, non era significativo, trattandosi di normativa temporalmente precedente alle direttive comunitarie in materia di pubblici appalti, recepite nel decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, che insistevano sul principio di separazione tra criteri di selezione dell'offerente e criteri di selezione dell'offerta.

La tesi non può essere condivisa.

6.1.1. In punto di fatto occorre ricordare che i lavori oggetto della gara di appalto concernevano la “sistemazione idraulica di un tratto del torrente Lys, a monte della strada regionale, in località Stafal nel Comune di Gressoney La Trinitè” e che, come si ricava dalla Relazione tecnica allegata al progetto a base di gara, depositata in atti dall'appellata aggiudicataria in data 24 giugno 2011, essi dovevano essere svolti alla quota di circa 1820 metri sul livello del mare, consistendo nella

ricostruzione delle arginature esistenti, danneggiate dagli eventi alluvionali della primavera del 2008, a monte del ponte per consentire lo smaltimento delle portate centennali con un sufficiente franco di sicurezza.

Quale requisito di partecipazione il disciplinare di gara aveva previsto (punto 8, n. 5) il “possesso di qualificazione SOA per costruzione nelle categorie indicate al punto 5.4” e cioè categoria prevalente OG8, opere fluviali, di difesa, di sistemazione idraulica e di bonifica, importo €. 1.000.000,00 (classifica III per il concorrente singolo).

Il punto 4 del predetto disciplinare, tra i criteri di valutazione dell’offerta, aveva previsto, quale criterio B, le “esperienze specifiche”, precisando al riguardo che il concorrente avrebbe potuto “...documentare la propria capacità lavorativa mediante l’illustrazione di massimo 2 interventi effettuati con condizioni ambientali e tipologie di opere simili al lavoro in oggetto” e aggiungendo che per ciascun intervento doveva essere presentati “- relazione sintetica (max 2 fogli fronte – retro formato A4 numerati progressivamente) di descrizione dell’intervento effettuato (committente, località dell’intervento, natura dell’intervento, tempo di esecuzione, importo dei lavori, ecc.)...; - planimetria del luogo dell’intervento; - eventuale documentazione fotografica attestante l’esecuzione dell’intervento; - eventuale certificato di esecuzione dei lavori rilasciato dal committente” e che il punteggio sarebbe stato assegnato con il metodo del confronto a coppie.

6.1.2. Ciò precisato, la Sezione osserva che la giurisprudenza ha già avuto modo di rilevare come il pur condivisibile principio di separazione fra requisiti soggettivi afferenti all’affidabilità generale dei partecipanti e criteri oggettivi di valutazione dell’offerta (con conseguente divieto di utilizzare i primi anche in sede di valutazione dell’offerta tecnica del concorrente) non subisce alcun vulnus allorquando gli aspetti organizzativi non vengono considerati in quanto tali, ma

costituiscono elementi sintomatici idonei a garantire la effettiva positiva esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto secondo le modalità dell'offerta (C.d.S., sez. V, 12 giugno 2009, n. 3716), tanto più che, come pure è stato sottolineato, il rischio di commistione non deve essere enfatizzato in astratto, ma verificato in concreto, tenendosi conto di come eventuali determinate caratteristiche dell'impresa concorrente possono incidere sulla affidabilità dell'offerta (C.d.S., sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2770).

Nel caso in esame, pur potendosi in astratto condividere una certa perplessità nella formulazione letterale del criterio B di valutazione dell'offerta per il richiamo generico e ridondante ad "esperienze pregresse", deve tuttavia rilevarsi che, come si ricava poi dalla lettura delle modalità di documentazione di tale criterio, esso non attiene in modo diretto ed immediato a requisiti o elementi caratteristici soggettivi dell'impresa, essendo piuttosto finalizzato ad apprezzare nel complesso l'affidabilità oggettiva dell'offerta presentata, con particolare riferimento alle concrete modalità di esecuzione dei lavori, sulla base dell'esperienza maturata per l'effettiva esecuzione di lavori analoghi in condizioni ambientali simili.

6.1.3. Così ragionevolmente interpretata la ricordata disposizione del disciplinare di gara, non sussiste, ad avviso della Sezione, la denunciata commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione e criteri oggettivi di valutazione dell'offerta, non potendo negarsi il potere dell'amministrazione appaltante (cui fa riferimento la lettera g) del comma 3, dell'art. 25 della legge regionale 20 giugno 1996, n. 12, come correttamente evidenziato dai primi giudici) di introdurre criteri di valutazione dell'offerta astrattamente idonei ed adeguati per apprezzare la affidabilità specifica dell'offerta presentata e cioè la sua effettiva realizzabilità (non sussistendo al riguardo alcuna tassatività dei criteri di valutazione indicati nell'articolo 83 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163), potere discrezionale che del resto impinge nel merito dell'azione amministrativa, come tale non sindacabile in

sede di legittimità, salva l'ipotesi della sua manifesta irragionevolezza, illogicità, irrazionalità o arbitrarietà che, come correttamente rilevato dai primi giudici, non si riscontrano nel caso di specie.

Non può d'altra parte sostenersi, proprio con riferimento alle peculiari condizioni ambientali e alle specifiche tipologie dei lavori oggetto dell'appalto (circostanze giammai contestate dall'appellante ed in relazione alle quali l'amministrazione ha inteso calibrare in concreto la valutazione delle offerte), la onnicomprensività ed esaustività dell'attestazione SOA richiesta dalla lex specialis, atteso che essa, per quanto riguarda la categoria OG8 recita: "OG8: Opere fluviali, di difesa, di sistemazione idraulica e di bonifica. Riguarda la costruzione e la manutenzione o la ristrutturazione di interventi, puntuali e a rete, occorrenti per la sistemazione di corsi d'acqua naturali o artificiali nonché per la difesa del territorio dai suddetti corsi d'acqua, completi di ogni opera connessa, complementare o accessoria, nonché di tutti gli impianti elettromeccanici, elettrici, telefonici ed elettronici necessari. Comprende in via esemplificativa i canali navigabili, i bacini di espansione, le sistemazioni di foci, il consolidamento delle strutture degli alvei dei fiumi e dei torrenti, gli argini di qualsiasi tipo, la sistemazione e la regimentazione idraulica delle acque superficiali, le opere di diaframmatatura dei sistemi arginali, le traverse per derivazioni e le opere per la stabilizzazione dei pendii", senza contenere alcun riferimento a specifiche condizioni di esecuzione dei lavori stessi.

6.1.4 Le osservazioni svolte escludono poi qualsiasi violazione anche del rubricato articolo 25 della citata legge regionale 20 giugno 1996, n. 12, e comportano l'irrilevanza della censura relativa al valore riservato (12 punti) al contestato criterio di valutazione

6.2. Anche il secondo motivo di gravame, rubricato "Error in iudicando. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83 del dlgs 163/2006 e dell'art. 25 della l.r. 12/1996. Violazione e/o falsa applicazione di legge con riferimento all'art. 2 del

Dlgs 163/2006. Eccesso di potere per violazione del principio di economicità, efficacia, correttezza, libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità. Eccesso di potere per illogicità manifesta e contraddittorietà”, con il quale l’appellante ha lamentato l’illegittimità delle modalità di calcolo del punteggio da attribuire al criterio del prezzo, essendo stata adottata una formula matematica non proporzionale, non merita favorevole considerazione.

E’ sufficiente rilevare al riguardo che, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, l’amministrazione può scegliere gli elementi di valutazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa nel rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non discriminazione (C.d.S., Sez. V, 17 gennaio 2011, n. 207; 11 gennaio 2006, n. 28) e che la scelta del criterio valutativo da applicare per l’assegnazione del punteggio all’offerta economica ed il relativo criterio è sindacabile dal giudice amministrativo solo nel caso di manifesta illogicità o travisamento (C.d.S., sez. V, n. 5196/2005; sez. VI, n. 3404/2009).

E’ stato anche evidenziato che il punteggio può essere graduato indifferentemente secondo criteri di proporzionalità o di progressività, purchè il criterio prescelto sia reso trasparente ed intelligibile (consentendo così ai concorrenti di calibrare la propria offerta) e non pervenga al risultato paradossale di assegnare il maggior punteggio complessivo ad un’offerta economica più elevata di altre (C.d.S., sez. V, 6 luglio 2010, n. 4314).

Alla luce di tali condivisibili principi non può predicarsi la illegittimità del criterio di attribuzione del punteggio all’elemento prezzo per il solo fatto di non essere improntato ad un criterio meramente proporzionale, ma di avere un carattere progressivo, essendo stata puntualmente ed inequivocabilmente indicata nel disciplinare di gara, al punto 4, la relativa formula matematica, in modo da

consentire a tutti i concorrenti di poter consapevolmente formulare la propria offerta.

Per altro verso, poi, poiché l'appalto oggetto di controversia è stato aggiudicato con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa la valutazione del prezzo è solo uno degli elementi del complessivo apprezzamento dell'offerta, così che è del tutto irrilevante che in concreto l'aggiudicazione sia stata pronunciata in favore del concorrente che ha ottenuto il punteggio più basso.

6.3. La delineata infondatezza dei motivi di gravame esclude la stessa ammissibilità delle pretese risarcitorie e rende inutile la trattazione delle relative istanze.

7. Alla stregua delle considerazioni svolte l'appello deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da Tekne s.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria della costituenda A.T.I. con V.I.CO. s.r.l. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta n 3 del 19 gennaio 2011, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento in favore delle parti costituite delle spese del presente grado di giudizio che liquida complessivamente in €. 10.000,00 (diecimila), €. 5.000,00(cinquemila) in favore della Regione Valle d'Aosta ed €. 5.000,00 (cinquemila) in favore di I.V.I.E.S. S.p.A.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Francesca Quadri, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/01/2012

IL SEGRETARIO

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