

N. 06270/2013REG.PROV.COLL.

N. 08945/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8945 del 2012, proposto da:
Tmg S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Sanino, Maria Paola Roulet e Carlo Celani, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

contro

Idrostrade Srl, Savi Sas di Sacco Vincenzo & C., rappresentati e difesi dall'avv. Maria Cristina Lenoci, con domicilio eletto presso Maria Cristina Lenoci in Roma, via E. Gianturco, 1;

nei confronti di

Comune di Fontainemore, rappresentato e difeso dall'avv. Gianni Maria Saracco, con domicilio eletto presso Consiglio di Stato- Segreteria in Roma, piazza Capo di Ferro 13;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Valle d'Aosta - Aosta n. 00091/2012, resa tra le parti, concernente aggiudicazione lavori di sistemazione e messa in sicurezza frana

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Idrostrade Srl, di Savi Sas di Sacco Vincenzo & C. e del Comune di Fontainemore;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 novembre 2013 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le parti gli avvocati Mario Sanino e Maria Cristina Lenoci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando del 17 febbraio 2012 il Comune di Fontainemore indiceva una gara per l'affidamento dei lavori di sistemazione e messa in sicurezza di una frana in località Theilly.

All'esito delle operazioni di gara risultava aggiudicataria la T.M.G. s.r.l. con il punteggio complessivo di 79,369.

Ritenendo illegittima detta aggiudicazione, la costituenda associazione temporanea di imprese tra le società Idrostrade s.r.l. e Savi s.a.s. (nel prosieguo Idrostrade), classificatasi al secondo posto con il punteggio di 75,307, adiva il Tar della Valle d'Aosta chiedendone l'annullamento.

Deduceva a tal fine, con unico motivo, che l'offerta tecnica presentata dalla aggiudicataria T.M.G sarebbe stata non compatibile con le prescrizioni del disciplinare di gara e che, pertanto, illegittimamente la Commissione di gara aveva positivamente valutato la stessa.

In particolare, contestava l'attribuzione di 20 punti (punteggio massimo attribuibile) alla prima delle migliori indicate nell'offerta tecnica, in quanto la soluzione proposta sarebbe stata del tutto difforme dalle disposizioni della *lex specialis* di gara.

A suo dire, infatti, a fronte della specifica disposizione contenuta nel disciplinare con cui si richiedeva al concorrente di indicare con quali modalità esecutive e materiali intendesse *"organizzare la preparazione del fondo ed il superiore manto bituminoso (spess. cm.) della strada di accesso e relativo piazzale a monte della frazione Theilly"*, la T.M.G. avrebbe proposto una miglioria di tutt'altra natura, ossia non un manto bituminoso, ma una massicciata *"in ciottoloni intasata con ghiaia minuta e ghiaietto"* ed una *"pavimentazione in lastre di pietra"*

Il Tar adito, con sentenza n. 91/ 2012, accoglieva il ricorso sotto l'assorbente profilo di censura sopra specificato, ritenendo l'offerta tecnica presentata da T.M.G. *"del tutto disallineata rispetto a quanto aveva previsto il disciplinare di gara"* e, come tale, *"radicalmente non valutabile"*.

Per quanto sopra, il medesimo Tar precisava che il punteggio di 20 attribuito dalla Commissione per tale elemento doveva *"essere eliminato dalla valutazione dell'offerta presentata dalla concorrente T.M.G., al fine di ricondurre la valutazione complessiva nei binari della legittimità"*.

Concludeva, quindi, che il punteggio da detrarre equivaleva *"esattamente a quello che, complessivamente, era stato attribuito all'aggiudicataria all'esito del confronto a coppie, ossia 20 punti.....con la conseguenza che l'associazione temporanea costituita dalle società ricorrenti viene a risultare al primo posto della graduatoria. L'aggiudicazione finale alla controinteressata, pertanto, è illegittima"*.

Avverso la predetta sentenza T.M.G. ha quindi interposto l'odierno appello, chiedendone l'integrale riforma.

Si è costituita in giudizio Idrostrade, chiedendo la reiezione del gravame siccome infondato.

Con successive memorie le parti hanno insistito nelle rispettive tesi giuridiche.

Alla pubblica udienza del 19 novembre 2013, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Con l'unico mezzo di gravame la società appellante deduce l'erroneità della gravata sentenza, per il seguente ordine di ragioni:

a. la decisione sarebbe *"affrettata e superficiale nel dichiarare non valutabile la miglioria proposta da T.M.G., violando (essa stessa) il principio della par condicio"*, considerato che *"la commissione ha operato una valutazione omogenea per tutti i concorrenti"* i quali hanno parimenti *"inserito (chi più chi meno) elementi in pietra"*;

b. la miglioria proposta non comporterebbe *"una diversa ideazione dell'oggetto del contratto di appalto"*, atteso che *"il progetto esecutivo non interessa la strada in esame"* e *"il computo metrico estimativo di progetto non prevede alcuna voce afferente alla strada e al parcheggio"*. Del resto, sarebbe *"la stessa definizione di miglioria a lasciare spazio a soluzioni più adeguate alla previsione iniziale"*;

c. la migliorata proposta si sostanziava in diverse soluzioni tecniche, per cui in modo erroneo il Tar si sarebbe soffermato *“unicamente sulla posa della pietra”* decurtando *“il totale del punteggio ottenuto nel criterio in esame”*. La decurtazione dei 20 punti operata dal primo giudice non terrebbe *“in considerazione la metodologia del confronto a coppie”* dove, una volta accertata la correttezza dell'applicazione del metodo, non residuerebbe *“spazio alcuno per un sindacato del giudice amministrativo nel merito dei singoli apprezzamenti effettuati ed, in particolare, sui punteggi attribuiti..... che indicano il grado di preferenza riconosciuto ad ogni singola offerta in gara...”*;

d. erroneamente il Tar, dopo aver decurtato i 20 punti afferenti al criterio in esame, ha ritenuto che l'associazione di imprese ricorrente in primo grado (Idrostrade) risultasse al primo posto della graduatoria, *“senza tenere in considerazione che non è possibile operare uno scorrimento automatico della graduatoria”* stessa. Il metodo del confronto a coppie, infatti, esprimerebbe *“non già una valutazione assoluta, ma piuttosto una valutazione relativa delle offerte, finalizzata ad individuare quella che in raffronto con le altre appare migliore, non potendosi peraltro applicare un giudizio transitivo (tra le offerte)”*.

2. La doglianza è fondata, limitatamente al solo profilo evidenziato nella lettera d. del punto 1 che precede.

3. Ed invero, il primo profilo di censura (punto 1 lettera a.) è palesemente inammissibile siccome volto, nella sostanza, a contestare la migliorata offerta da Idrostrade in quanto parimenti caratterizzata dall'inserimento di elementi di pietra in luogo del manto bituminoso.

Tale contestazione, infatti, avrebbe dovuto costituire specifico motivo di ricorso incidentale ai sensi dell'articolo 42 del c.p.a., non potendo di certo essere addotta con semplice memoria nel corso del giudizio.

Pertanto, lungi dall'aver violato *“essa stessa il principio della par condicio”*, la gravata sentenza ha viceversa del tutto correttamente osservato, al riguardo, che *“nessuna rilevanza può avere, nel presente giudizio, la circostanza - adombrata dalla controinteressata - che anche”* Idrostrade *“avesse offerto una modalità di rivestimento stradale asseritamente del tutto analoga a quella oggetto dell'offerta di T.M.G.”* in quanto pur ammettendo *“la fondatezza di tale assunto, esso comporterebbe, all'evidenza, un ampliamento dell'odierno thema decidendum..... ed avrebbe dovuto, pertanto, costituire oggetto di specifico ricorso incidentale...”*.

4. Il secondo profilo di censura (punto 1 lettera b.) è privo di fondamento.

Ed invero, il disciplinare di gara espressamente stabilisce che *“la relazione tecnica....deve contenere le migliori proposte..... relativamente agli elementi sottoindicati, nel rispetto delle soluzioni progettuali, che costituiscono i fattori ponderali della proposta”*.

Il medesimo disciplinare di gara, poi, puntualizza che *“Le migliori proposte devono interessare esclusivamente le voci di seguito elencate”* tra cui, per quanto specificamente qui rileva:

“1) Il soggetto concorrente deve indicare in una relazione..... con quali modalità esecutive e materiali intende organizzare la preparazione del fondo ed il superiore manto bituminoso (spess. cm...) della strada di accesso e relativo piazzale a monte della frazione Theilly”.

Pertanto, dal chiaro tenore letterale delle disposizioni del disciplinare testè richiamate, emerge in modo inequivoco che:

- il *manto bituminoso* costituisce una delle *voci* che le migliori debbono necessariamente considerare;
- il *manto bituminoso* che le migliori devono considerare in via esclusiva (*“esclusivamente”*) costituisce uno dei *“fattori ponderali della proposta”*;
- le modalità esecutive e i materiali da indicare nella relazione, sono finalizzati alla *“organizzazione”* del *“superiore manto bituminoso”*.

Ne consegue che le migliori proposte, ai fini della loro ammissibilità e conseguente valutazione in termini di punteggio, debbono necessariamente *interessare* il *manto bituminoso* non potendo detta voce essere *integralmente* sostituita con altra a libera scelta del concorrente.

Né la circostanza per cui sia il progetto esecutivo che il computo metrico estimativo non prendano in considerazione la strada oggetto della migliorata, può indurre ad una diversa conclusione come sostenuto dall'appellante.

A ben vedere, infatti, l'assenza di ulteriori indicazioni negli altri atti di gara finisce col rafforzare la vincolatività della *“voce”* indicata nel disciplinare, anziché svuotarla di contenuto precettivo, essendo quest'ultima l'unico parametro

(“*fattore ponderale*”) a cui le offerte debbono rapportarsi in via esclusiva (“*esclusivamente*”).

In conclusione le migliori possono finanche prevedere talune *integrazioni* del manto bituminoso, ma non possono sostituire *integralmente* detta voce con altri materiali liberamente scelti dal concorrente.

Per quanto sopra, a fronte della proposta di T.M.G. di eseguire il rivestimento del sedime stradale “*mediante una pavimentazione a lastre di pietra*” realizzata con una “*massicciata in ciottoloni intasata con ghiaia minuta e ghiaietto*”, del tutto correttamente il primo giudice ha rilevato che “*una simile realizzazione appare..... del tutto disallineata rispetto a quanto aveva previsto il disciplinare di gara, a norma del quale poteva formare oggetto di positiva valutazione (e, quindi, di attribuzione di punteggi) esclusivamente una delle voci di migliori ivi riportate e tra le altre, per quello che qui interessa, quella consistente nella copertura della strada e del piazzale con un manto bituminoso (del quale doveva essere indicato, nell'offerta, lo spessore in centimetri)*”.

5. Il terzo profilo di censura (punto 1 lettera c.) è del pari privo di fondamento.

Per un verso, infatti, la migliore proposta dall'appellante risulta del tutto *disallineata* rispetto al disciplinare di gara, come sopra precisato, per cui correttamente il primo giudice ha ritenuto la stessa *radicalmente non valutabile*, con conseguente *eliminazione* del complessivo punteggio di 20 attribuito alla migliore stessa.

Sarebbe invero del tutto irragionevole attribuire un qualsivoglia punteggio agli specifici elementi (muro di contenimento, protezioni stradali, parapettature metalliche, etc...) accessori alla migliore sostanzialmente proposta, una volta che quest'ultima risulti inammissibile in quanto difforme dalle prescrizioni del disciplinare di gara.

In altri termini, sarebbe contrario a logica ancor prima che illegittimo, riguardare la migliore in questione in modo disarticolato invece che unitario, al fine di attribuire dei sotto punteggi parziali agli elementi connessi ad una soluzione che non può comunque essere valutata e tantomeno realizzata, non potendo assurgere a *fattore ponderale* della proposta.

Per altro verso, poi, non vi è stato alcun “*sindacato.... nel merito dei singoli apprezzamenti effettuati ed, in particolare, sui punteggi attribuiti...*” dalla Commissione.

Invero, come esattamente precisato dal primo giudice, nella specie “*non si tratta....di sostituire la valutazione di merito compiuta dalla commissione di gara in ordine alla bontà tecnica della soluzione offerta...*” da T.M.G., “*ma solo di escludere totalmente la valutabilità di siffatta migliore dal metodo del confronto a coppie e, quindi, dal punteggio finale complessivo: ciò proprio perché tale soluzione non corrispondeva alla tipologia che era stata specificamente (ed a pena di non valutabilità) indicata nella lex specialis*”.

In altri termini, una volta acclarata la inammissibilità nel suo complesso della migliore in questione, questa non può essere oggetto di alcuna valutazione in sede di confronto a coppie e, tantomeno, ottenere alcun punteggio, a prescindere dalla sua validità tecnica su cui la Commissione (ed ancor più questo giudice) non è chiamata ad effettuare alcun apprezzamento.

6. Il quarto profilo di censura (punto 1 lettera d.) è fondato, in ragione del funzionamento del metodo del confronto a coppie nella specie applicato per la valutazione delle offerte.

Ed invero, come più volte chiarito dalla giurisprudenza anche di questa Sezione, il metodo del confronto a coppie, lungi dall'essere un criterio di selezione dell'offerta è, invece, soltanto un peculiare metodo attuativo proprio del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in virtù del quale ogni elemento qualitativo dell'offerta è oggetto di valutazione attraverso la determinazione di coefficienti all'interno di una tabella triangolare, nella quale le offerte di ogni concorrente sono confrontate a due a due e per ogni coppia di offerte ogni commissario indica l'elemento preferito. (Cons. Stato, Ad. Plen. ,10 gennaio 2013, n.1).

Il confronto a coppie (altrimenti noto come decreto Karrer) esprime non già una valutazione assoluta, ma piuttosto una valutazione relativa delle offerte, finalizzata ad individuare quella che in raffronto con le altre appare migliore, non potendosi peraltro applicare un giudizio transitivo tra le offerte stesse.

In particolare, il metodo *de quo* è imperniato su una serie di distinte e autonome valutazioni di ogni offerta con ciascuna delle altre che esprime una valutazione complessiva dell'offerta, rappresentata dalla sommatoria delle preferenze da essa riportate rispetto a quelle ottenute dalle altre offerte, con la conseguenza che la valutazione di ciascun progetto e di ogni offerta è indicata dal totale dei punteggi attribuiti per ogni elemento posto in comparazione (cfr. da ultimo, Cons. Stato Sez. V, 11.06.2013 , n. 3814) .

Da ciò deriva che non è possibile operare un mero scorrimento della graduatoria, ma è necessario rinnovare il

frammento di gara inficiato dalla illegittima valutazione della miglioria proposta da T.M.G., attraverso un riconteggio che non deve tenere in considerazione i punteggi assegnati sulla scorta dei confronti ottenuti con quest'ultima, che non doveva essere valutata.

In quest'ipotesi, quindi, la modalità corretta di procedere è quella di non considerare i punteggi ottenuti da T.M.G. in relazione alla miglioria in questione e anche i punteggi conseguiti dagli altri concorrenti nel confronto a coppia con quest'ultima, sempre in relazione alla stessa miglioria.

Pertanto, contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, una volta detratto a T.M.G. il punteggio (20) illegittimamente assegnato, non si ha come immediata *"conseguenza che l'associazione temporanea costituita dalle società ricorrenti viene a risultare al primo posto della graduatoria"*, non potendosi avere, per quanto sopra precisato, uno scorrimento automatico della graduatoria stessa, in presenza di una valutazione delle offerte basata sul metodo del confronto a coppie.

Conclusivamente, deve essere rinnovato dalla stazione appaltante il computo dei punteggi già espressi in relazione alla miglioria in questione (punto 1 delle voci indicate dal disciplinare di gara), senza considerare i punteggi assegnati alla proposta di T.M.G. (siccome inammissibile e quindi non valutabile) e quelli conseguiti dagli altri concorrenti nel confronto con quest'ultima.

I restanti segmenti valutativi delle offerte, viceversa, restano fermi con i rispettivi punteggi, così come attribuiti dalla Commissione di gara.

Una volta rinnovato il computo dei punteggi sopra specificato e ridefinita di conseguenza la graduatoria, seguiranno gli altri ordinari adempimenti propedeutici all'aggiudicazione della gara ed alla stipula del contratto.

7. Per quanto sopra l'appello è fondato in parte e va accolto negli stretti limiti sopra precisati, mentre per la restante parte è privo di fondamento e, come tale, da respingere.

8. Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte nei limiti specificati in motivazione e, per la restante parte, lo respinge sempre come in motivazione specificato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Sabato Malinconico, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 27/12/2013

IL SEGRETARIO

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