

N. 01537/2014REG.PROV.COLL.

N. 08520/2011 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 in appello numero di registro generale 8520 del 2011, proposto da:
Cem s.p.a. in persona del legale rappresentante, in proprio e quale mandataria dell'Associazione temporanea con Aequamar di Franco Maurizio, rappresentata e difesa dall'avvocato Sergio Como, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Giovanni Antonelli n. 49;

contro

Comune di Cetara in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Brancaccio ed Alberto La Gloria, con domicilio eletto presso l'avvocato Antonio Brancaccio in Roma, via Taranto n. 18;

nei confronti di

Imeco impianti e costruzioni s.r.l. in persona del legale rappresentante, in proprio e quale mandataria dell'associazione temporanea con Campania Noleggi s.r.l. ed Edilizia e strade s.r.l. rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto G. Di Martino, Gaetano Di Martino, Francesco Delfino, con domicilio eletto presso l'avvocato Marco Gherardi in Roma, piazza S. Croce in Gerusalemme n. 4;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo della Campania, sede di Salerno, Sezione II, n. 01072/2011, resa tra le parti, concernente affidamento lavori di completamento infrastrutture del porto peschereccio di Cetara - (risarcimento danni)

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Cetara e di Imeco impianti e costruzioni s.r.l. in proprio e quale mandataria di associazione temporanea di imprese;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2013 il consigliere Manfredi Atzeni e uditi per le parti gli avvocati Sergio Como, Angelo Clarizia, per delega dell'avvocato Antonio Brancaccio, ed Antonio Rizzo, per delega degli avvocati Gaetano Di Martino e Roberto G. Di Martino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo della Campania, sede di Salerno, rubricato al n. 565/2011, CEM s.p.a. in proprio e quale capogruppo del raggruppamento temporaneo con la mandante AequaMar di Franco Maurizio impugnava la determinazione n. 29 del 2 marzo 2011 con cui il responsabile dell'Area tecnica del Comune di Cetara aggiudicava alla Imeco – Impianti e Costruzioni s.r.l., quale capogruppo del raggruppamento temporaneo con le mandanti Campania Noleggi s.r.l. ed Edilizia e Strade s.r.l., la procedura aperta per l'affidamento dei lavori di completamento infrastrutturale del porto peschereccio, per un importo di € 1.780.000,00 da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Impugnava inoltre ogni altro atto presupposto, connesso o collegato, tra cui il bando di gara e il correlato disciplinare di gara nella parte in cui fissano il criterio di attribuzione del punteggio per l'offerta economica, i verbali di gara e il contratto stipulato (eventuale).

La ricorrente censurava l'azione amministrativa sotto un unico aspetto di violazione di legge ed eccesso di potere in quanto per l'offerta economica di fatto risulta attribuito un punteggio non proporzionale al ribasso percentuale offerto, chiedendo l'annullamento degli atti impugnati previa sospensione e la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni per equivalente nel caso di realizzazione dei lavori ad opera dell'ATI resistente e chiedendo comunque l'aggiudicazione della gara in suo favore.

Con sentenza n. 1072 in data 8 giugno 2011 il Tribunale amministrativo regionale della Campania, sede di Salerno, Sezione II, respinto il ricorso incidentale spiegato dall'ATI Imeco avverso la mancata esclusione dalla gara dell'ATI CEM e rigettava il ricorso principale.

Successivamente alla definizione del giudizio, in data 2 agosto 2011 il Comune di Cetara e l'ATI Imeco hanno sottoscritto il contratto di appalto, rep. 43.

2. Avverso la predetta sentenza ATI CEM propone il ricorso in appello in epigrafe, rubricato al n. 8520/2011, contestando gli argomenti che ne costituiscono il presupposto e chiedendo la sua riforma e l'accoglimento del ricorso di primo grado e, per l'effetto, la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto stipulato in favore della controinteressata ATI Imeco.

L'appellante, anche in questo grado, formula domanda di risarcimento dei danni per equivalente quantificati in € 50.000,00 per perdita di chances più il 10% del valore dell'appalto, attesa l'impossibilità di disporre la reintegrazione in forma specifica.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Cetara e l'ATI Imeco eccependo l'inammissibilità per acquiescenza alle regole di gara, la carenza di interesse per essere il contratto già stato sottoscritto ed in corso di esecuzione, l'infondatezza della richiesta di aggiudicazione della gara essendo precluso al giudice amministrativo di sostituirsi all'Amministrazione e applicare automaticamente ex post il diverso parametro di attribuzione del punteggio indicato dall'appellante, e chiedendo il rigetto dell'appello.

Le parti hanno scambiato memorie e repliche.

La causa è stata assunta in decisione alla pubblica udienza del 17 dicembre 2013.

3. L'appello è infondato nel merito; il Collegio prescinde quindi dall'esame delle questioni di rito, proposte dalle parti appellate.

Con bando di gara in data 19 ottobre 2010 (cod. CIG 05492474F5) il Comune di Cetara ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei lavori di completamento infrastrutturale del porto peschereccio per un importo di € 1.780.000,00 da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 83 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

L'aggiudicazione, pronunciata in favore della ATI Imeco con un ribasso del 15,330% pari a 16,95 punti per l'offerta economica, era impugnata dall'ATI CEM, seconda classificata con un ribasso del 35,800% pari a 20 punti.

L'appellante contesta l'azione amministrativa, nonché la sentenza con la quale il primo giudice ha respinto l'impugnazione, affermando che il punteggio doveva essere parametrato al rapporto tra il ribasso percentuale singolarmente offerto e ribasso massimo percentuale registrato in sede di gara secondo (formula della proporzionalità diretta).

Diversamente, l'Amministrazione ha previsto l'attribuzione del punteggio massimo per tutte le offerte con prezzo pari o inferiore al valore determinato in concreto dal prezzo soglia (media matematica dei ribassi offerti in sede di gara), a prescindere dal ribasso percentuale, e l'attribuzione di punteggi inferiori a quello massimo, in misura proporzionale al ribasso offerto, per le offerte con prezzo maggiore al prezzo soglia (formula dell'interpolazione lineare con il correttivo del prezzo soglia).

Sostiene l'appellante che la formula utilizzata dall'Amministrazione non avrebbe consentito di distribuire i punteggi alle diverse offerte economiche in modo proporzionale e corretto in quanto entro il limite del prezzo soglia è stato attribuito lo stesso punteggio massimo ad offerte di entità notevolmente diversa.

Afferma che la formula corretta avrebbe confermato lei 20 punti a fronte degli 8,654 della controinteressata (non più 16,95) con conseguente aggiudicazione della gara invariato ogni altro punteggio assegnato per merito tecnico e tempi di valutazione (rispettivamente totali 89,833 e 88,564 punti).

Sostiene quindi che la normativa di gara, che ha previsto appunto il correttivo della soglia di riferimento, deve essere annullata per violazione dell'art. 83, 5 comma, del d. lgs. n. 163/2006 in quanto il punteggio è espresso con un valore numerico snaturato dalla aritmetica del prezzo più basso.

Tale censura non può essere condivisa.

L'invocato art. 83 al comma 5 recita: *“per attuare la ponderazione o comunque attribuire il punteggio a ciascun elemento dell'offerta le stazioni appaltanti utilizzano metodologie tali da consentire di individuare con un unico parametro finale l'offerta più vantaggiosa”*.

La norma quindi espressamente prevede che il bando di gara indichi i criteri di valutazione e precisi la ponderazione attribuita a ciascuno di essi, ed altrettanto espressamente dispone che i partecipanti alla gara devono essere messi nella condizione di conoscere prima della formulazione dell'offerta tutti gli elementi che possono incidere sulla determinazione della stessa.

La norma è finalizzata a garantire l'esclusione di offerte che, pur convenienti sotto il profilo economico, non siano tecnicamente adeguate e, quindi, idonee ad assicurare uno standard qualitativo minimo.

La norma demanda quindi alla stazione appaltante l'individuazione del giusto equilibrio fra merito tecnico e convenienza economica delle offerte, e quindi l'articolazione dei punteggi attribuibili in relazione alle diverse voci.

In altri termini, il legislatore rimette alla stazione appaltante la facoltà di determinare i criteri di valutazione delle offerte, precisando che questi vanno prefissati nella *lex specialis* e ciò al fine di consentire a tutti i partecipanti alla procedura di aver sin dall'inizio contezza di tutti gli elementi che incidono sulla partecipazione, sulla valutazione delle offerte e, quindi, in ultima analisi sull'aggiudicazione.

Afferma conclusivamente il Collegio che rientra nella discrezionalità della stazione appaltante predeterminare l'incidenza del prezzo, in rapporto alla qualità della proposta, nella valutazione dell'offerta.

La relativa determinazione in quanto basata su valutazioni discrezionali sfugge all'esame del giudice amministrativa qualora non risulti manifestamente illogica e sia garantita la trasparenza e la *par condicio* ai concorrenti e i parametri di calcolo possano essere declinati secondo una valutazione a priori.

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa consiste nell'individuare un ponderato bilanciamento tra le varie componenti dell'offerta ed essa discende – si ribadisce - dalla valutazione comparativa di più fattori previamente e discrezionalmente individuati dalla stazione appaltante e consiste altresì nel definire i pesi ponderali da assegnare a ciascun criterio e sub - criterio di valutazione, cioè il livello di utilità per la stazione appaltante connessa a ciascun profilo in cui si scompone l'offerta.

Giova osservare che C. di S., VI, 3 giugno 2009, n. 3404, richiamata dall'appellante a sostegno delle proprie ragioni, confermi invece le considerazioni svolte in quanto riconosce il potere discrezionale della stazione appaltante nel determinare i criteri di valutazione del prezzo, affermando solo che costituisce un limite invalicabile il principio secondo il quale il punteggio massimo deve essere attribuito all'offerta più vantaggiosa.

Allo stesso modo, anche C. di S., V, 9 marzo 2009, n. 369, non contiene affermazioni in contrasto con l'impostazione seguita dal Collegio, ed invero risulta arduo individuare sotto quale profilo la stessa possa essere citata a sostegno delle argomentazioni dell'appellante.

Applicando quanto fino ad ora esposto al caso di specie, deve quindi essere osservato che per quanto attiene al profilo economico, il bando di gara in esame ha espressamente specificato il dato numerico (massimo 20 punti) indicando un indice di calcolo (prezzo soglia) in cui il rapporto tra il valore minimo e quello massimo risultano appropriati e conformi alla metodologia prescelta nei documenti di gara.

Atteso che nel caso di specie è pacifico, in punto di fatto, che l'Amministrazione abbia fatto corretta applicazione dei criteri di attribuzione del punteggio definiti nel bando e nel disciplinare di gara, l'aggiudicazione si appalesa legittima.

Le argomentazioni dell'appellante devono, in conclusione, essere disattese.

4. In conclusione, l'appello deve essere respinto

Le spese del grado devono essere integralmente compensate in ragione della complessità della controversia.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello n. 8520/2011, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa integralmente spese ed onorari del grado fra le parti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente FF

Carlo Saltelli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/03/2014

IL SEGRETARIO

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