

N. 03781/2012REG.PROV.COLL.
N. 09306/2008 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 9306 del 2008, proposto da C.M.E. Consorzio Imprenditori Edili in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nella qualità di capogruppo dell'a.t.i. con Montanari Luigi s.r.l. anche in proprio, Sacea s.p.a. - Societa' Appalti Cementi Armati – anche in proprio, Consorzio Pegaso anche in proprio e Studio di Ingegneria Ing. Marco Poli e Arch. Guido Tassoni anche in proprio, tutti rappresentati e difesi dagli avvocati Paolo Michiara e Mario Sanino, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, viale Parioli n. 180;

contro

Comune di Guastalla, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Guglielmo Saporito, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria n. 2;

nei confronti di

Tecton Societa' Cooperativa di Reggio Emilia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nella qualità di capogruppo dell'a.t.i. con Studio Gaggiotti - Gambacorta & Associati, rappresentato e difeso

dagli avvocati Luca Di Giannantonio e Corrado Branchetti, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Flaminia n. 141;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per l'Emilia - Romagna – sede staccata di Parma – sezione I, n. 356 del 15 luglio 2008.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Guastalla e della Tecton Societa' Cooperativa di Reggio Emilia;

viste le memorie depositate dalla società appellante (in data 31 maggio e 7 giugno 2012) e dal Comune di Guastalla (in data 8 giugno 2012);

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 giugno 2012 il consigliere Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati Saporito e Sanino;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'oggetto del presente giudizio è costituito dagli atti della gara (da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa), per l'affidamento della concessione di progettazione costruzione e gestione dei lavori di restauro del compendio di palazzo Gonzaga, indetta dal Comune di Guastalla con bando spedito per la pubblicazione in data 18 dicembre 2006; la gara è stata aggiudicata in via definitiva alla a.t.i. costituita fra la Tecton Societa' Cooperativa di Reggio Emilia, capogruppo, e lo Studio Gaggiotti - Gambacorta & Associati (in prosieguo ditta Tecton, cfr. determinazione n. 58 del 18 aprile 2007); al secondo posto si è classificata l'a.t.i. costituita fra C.M.E. Consorzio Imprenditori Edili, capogruppo, Montanari Luigi s.r.l., Sacea s.p.a. - Societa' Appalti Cementi Armati, Consorzio Pegaso e Studio di Ingegneria Ing. Marco Poli e Arch. Guido Tassoni (in prosieguo ditta Cme), che ha impugnato la procedura formulando domanda di risarcimento del danno.

2. L'impugnata sentenza - T.a.r. per l'Emilia - Romagna - sede staccata di Parma - sezione I, n. 356 del 15 luglio 2008 -:

- a) ha respinto tutti i motivi posti a base del ricorso principale;
- b) conseguentemente non ha esaminato il ricorso incidentale dell'aggiudicataria che ha dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse;
- c) ha compensato le spese di lite.

3. Con atto ritualmente notificato e depositato la ditta Cme ha interposto appello avverso la su menzionata sentenza reiterando criticamente tutti i motivi posti a sostegno del ricorso incidentale di primo grado (illustrati con taluni profili nuovi anche con memoria conclusionale).

4. Si sono costituiti il Comune di Guastalla e la ditta Tecton deducendo l'infondatezza del gravame in fatto e diritto; la controinteressata, subordinatamente all'accoglimento dell'appello principale, ha chiesto l'esame e l'accoglimento del ricorso incidentale di primo grado.

5. La causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 19 giugno 2012.

6. L'appello è infondato e deve essere respinto.

Preliminarmente il collegio rileva che, essendo riemerso l'intero *thema decidendum* del giudizio di primo grado, per ragioni di comodità espositiva, prende in esame direttamente i motivi a sostegno del ricorso principale in primo grado, non potendosi del resto tener conto dei profili nuovi sollevati in appello in spregio al divieto dei *nova* sancito dall'art. art. 104, co.1, c.p.a., ed al valore puramente illustrativo delle memorie conclusionali (cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 22 marzo 2012, n. 1640; ad. plen., 19 dicembre 1983, n. 26, cui si rinvia a mente dell'art. 88, co. 2, lett. d), c.p.a.).

6.1. Con il primo motivo (pagine 6 - 10 del ricorso di primo grado), si deduce violazione del bando e del disciplinare di gara; violazione dell'art. 83, d.lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 91, d.P.R. n. 554 del 1999; eccesso di potere per difetto di motivazione, violazione dei principi del giusto

procedimento e del buon andamento (art. 97 Cost.); si sostiene:

- a) che la commissione ha prescelto la formula matematica (nella specie la c.d. proporzionalità inversa), con cui attribuire il punteggio dell'offerta economica, in violazione di quanto previsto dal disciplinare (pagina 4), che si era limitato a prevedere, per l'attribuzione dei punteggi degli elementi della parte economica dell'offerta che <<*La ripartizione dei vari punteggi verrà effettuata assegnando il punteggio max all'offerta migliore e di seguito alle altre secondo il criterio proporzionale*>>, con la ovvia conseguenza che si sarebbe dovuto utilizzare il criterio della c.d. proporzionalità diretta;
- b) la illogicità intrinseca del criterio prescelto che porterebbe ad attribuire un punteggio, ancorché minimo, anche ad offerte economiche che non prospettino miglioramenti economici;
- c) l'errore della commissione nella scelta dei parametri in relazione ai quali applicare la formula matematica prescelta.

6.1.1. Il motivo è infondato.

6.1.2. La legge di gara ha individuato la formula matematica necessaria per ripartire i punteggi facendo univoco e testuale riferimento alla pertinente clausola del bando.

La letteratura scientifica, la prassi amministrativa e quella forense, declinano pacificamente, in materia di appalti, la formula matematica c.d. proporzionale nelle due varianti della c.d. proporzionalità diretta ovvero indiretta.

Entrambe le varianti hanno pari dignità logico giuridica sicché l'utilizzo della seconda, da parte della commissione, non costituisce alterazione della *par condicio* fra le imprese ovvero lesione dei canoni della trasparenza e della buona amministrazione; le imprese concorrenti, quando partecipano ad una selezione, devono sapere che l'indicazione nella legge di gara del criterio c.d. proporzionale, legittima la stazione appaltante ad utilizzare l'una o l'altra delle due formule in cui si scompone il criterio medesimo (sull'ampia

discrezionalità dell'amministrazione nella scelta dei metodi di attribuzione del punteggio, cfr. *ex plurimis* e da ultimo Cons. St., sez. V, 21 ottobre 2011, n. 5637).

Parimenti inammissibile, oltre che infondata nel merito, è la censura che si appunta sulla intrinseca illogicità del metodo prescelto dal seggio di gara.

Come noto sono inammissibili le censure che sollecitano, come nel caso di specie, il giudice amministrativo a sostituirsi alle valutazioni rimesse alla discrezionalità tecnica dell'amministrazione salvo il limite della abnormità; sotto tale ultimo aspetto, come dianzi ricordato, è agevole evidenziare che il metodo della c.d. proporzionalità inversa – conosciuto e diffusamente utilizzato dalla prassi - non conduce a risultati abnormi o manifestamente ingiusti.

Anche l'ultimo rilievo critico sviluppato nel motivo in esame si infrange con le risultanze documentali da cui si evince che la commissione ha posto a base della formula matematica gli elementi indicati nel bando; inoltre, la circostanza che la ditta appellante lamenti l'esiguità di talune differenze di punteggio (a lei favorevoli) attribuito a parti della sua offerta, oltre a tradursi in una inammissibile doglianza di merito, contrasta gli esiti fisiologici della applicazione del metodo matematico prescelto.

6.2. Con il secondo motivo (pagine 11 -13 del ricorso di primo grado), la ditta Cme, contestando la lettera prot. n. 8415 del 21 aprile 2007 inviata dal coordinatore dell'Ufficio Associato Gestione Appalti, deduce eccesso di potere per illogicità manifesta e per falso presupposto di fatto; violazione dei principi del giusto procedimento e del buon andamento (art. 97 Cost.).

6.2.1. Il motivo è inammissibile.

6.2.2. L'atto in contestazione è una mera comunicazione con cui l'amministrazione, su richiesta della ditta Cme, trasmette copia dell'aggiudicazione definitiva e, contestualmente, la informa che nel corso della seduta del 19 marzo 2007 (come da verbale di gara in pari data), la

commissione, prima di aprire le buste contenenti le offerte, ha illustrato il metodo della c.d. proporzionalità inversa al procuratore speciale della ditta Cme (che, per inciso, ha pienamente concordato con la scelta effettuata dalla commissione).

Tale atto è privo di valore provvedimentoale e come tale non è impugnabile perché non lesivo della sfera giuridica della ricorrente.

6.3. Con il terzo motivo (pagine 14 -16 del ricorso di primo grado), si deduce violazione del bando e del disciplinare di gara; eccesso di potere per falso presupposto di fatto e difetto di motivazione; violazione del principio del giusto procedimento e del principio di buon andamento (art. 97 Cost.); la ditta Cme si duole del punteggio attribuito alla propria offerta tecnica sotto il profilo che la commissione, in violazione del bando, non avrebbe considerato che l'oggetto della propria valutazione non era un progetto definitivo bensì un progetto di massima.

6.3.1. Il motivo è infondato.

6.3.4. Il disciplinare di gara (pagina 4) nell'individuare gli elementi di valutazione dell'offerta tecnica ha avuto cura di precisare che *<<oggetto di valutazione sarà la proposta di approfondimento del progetto preliminare costituitaIndicazione dei lavori aggiuntivi o migliorie non previsti nel progetto preliminare a base di gara ma offerti dall'operatore economico: max pp. 30.....a tale scopo i concorrenti dovranno presentare: elaborati graficidocumentazione fotografica, relazioni tecniche descrittive>>*.

A sua volta la commissione (come risulta dal relativo verbale di gara), ha apprezzato in modo completo ed esaustivo tutte le migliorie al progetto base (quello di massima) apportate dalle imprese concorrenti pervenendo ad un (insindacabile in sede di legittimità) giudizio di assoluta preferenza dell'offerta presentata dalla ditta Tecton.

6.4. Con il quarto motivo (pagine 16 – 18 del ricorso di primo grado), si deduce violazione degli artt. 83 e 144 del d.lgs. 163/2006; violazione

dell'art. 91 d.P.R. 554 del 1999; violazione del principio del giusto procedimento; la ditta Cme critica la legge di gara perché non avrebbe indicato il criterio di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa; in particolare, non sarebbero stati puntualmente individuati gli elementi e i documenti in base ai quali valutare i progetti di massima posti a base dell'offerta tecnica.

6.4.1. Il motivo è infondato.

6.4.2. Il bando e il disciplinare di gara hanno indicato puntualmente:

- a) il criterio di selezione delle offerte in gara (offerta economicamente più vantaggiosa);
- b) la formula matematica per l'attribuzione del punteggio agli elementi costitutivi della parte economica dell'offerta;
- c) gli elementi, i criteri e i sub criteri, i pesi e i sub pesi (ai sensi dell'art. 83 codice dei contratti pubblici);
- d) i documenti che le parti avrebbero dovuto allegare.

7. Sulla scorta delle rassegnate conclusioni è giocoforza respingere l'appello proposto dalla società; tanto esime il collegio dall'esaminare il ricorso incidentale di primo grado il cui esame è stato condizionato dalla ditta Tecton all'accoglimento dell'appello principale.

8. Le spese di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- a) respinge l'appello e, per l'effetto, conferma l'impugnata sentenza;
- b) condanna la società appellante a rifondere in favore del Comune di Guastalla e della Tecton Societa' Cooperativa di Reggio Emilia, le spese, le competenze e gli onorari del presente giudizio che liquida nella misura complessiva di euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori come per legge

(12,50% a titolo di spese generali, I.V.A. e C.P.A.), in favore di ciascuna parte.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/06/2012

IL SEGRETARIO

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