

N. 00007/2013REG.PROV.COLL.
N. 03348/2012 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 3348 del 2012, proposto dal Consorzio Stabile Busi, rappresentato e difeso dagli avv. Massimo Frontoni e Gianluca Luzi, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Guido D'Arezzo 2;

contro

Monacelli Franco Costruzioni Edili S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Martino Umberto Chiocci, Marzio Vaccari e Mario Bruto Gaggioli Santini, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Rodi 32;

nei confronti di

Provincia di Roma, rappresentata e difesa dagli avv. Massimiliano Sieni e Giovanna Albanese, con domicilio in Roma, via IV Novembre 119/A;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO – ROMA, SEZIONE II quater n. 2302/2012, resa tra le parti, concernente aggiudicazione appalto lavori relativi alla costruzione di un liceo classico.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Monacelli Franco Costruzioni Edili S.r.l. e della Provincia di Roma;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 novembre 2012 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati Pierfrancesco Palatucci, su delega dell'avv. Massimo Frontoni, Marzio Vaccari e Massimiliano Sieni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Provincia di Roma con determinazione dirigenziale n. 2349 del 28/4/2010 disponeva l'esperimento di una procedura aperta per l'affidamento dei lavori di costruzione di un nuovo Liceo Classico in Tivoli, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 del d.lgs. 163/2006.

Il disciplinare di gara fissava il punteggio massimo per il merito tecnico in complessivi punti 70, dettando una serie di criteri e sottocriteri.

In particolare, al punto 2), prevedeva l'attribuzione del massimo punteggio di punti 43 per il "Risparmio energetico e benessere ambientale".

Nell'ambito del "Risparmio energetico", inoltre, il disciplinare distingueva tra il "Risparmio energetico attivo" (*sub* 2.a), per il quale era previsto il punteggio massimo di 20 punti; il "sistema di controllo gestione e sicurezza" (*sub* 2.b), per il quale era previsto il massimo di punti 10; le "soluzioni migliorative del benessere climatico" (*sub* 2.c), per le quali si prefiguravano fino a 10 punti; infine, l' "ottimizzazione ambientale della palestra" (*sub* 2.d), con un punteggio massimo di punti 3.

Con specifico riferimento al punto 2.a) ("Risparmio energetico attivo" : valutabile fino a 20 punti), il disciplinare prevedeva infine testualmente: *"L'offerta dovrà riguardare l'installazione di un impianto fotovoltaico di produzione di energia, non previsto nel progetto, con particolare attenzione all'inserimento*

architettonico:

di 3 Kw (punti 5); di 6 kw (punti 10); di 12 Kw (punti 15); di 17 Kw (punti 20)”.

La concorrente Monacelli Franco Costruzioni Edili s.r.l. (di seguito: la MONACELLI) offriva ai fini della gara, con riferimento al criterio di cui al punto 2.a), un impianto fotovoltaico di 17 Kw, confidando perciò -almeno a suo dire- nell'attribuzione di 20 punti, secondo quanto indicato nel disciplinare di gara.

Essa se ne era però visti attribuire soltanto 16.

La Commissione giudicatrice aveva infatti ritenuto di dover considerare i punteggi indicati per i sottocriteri solo come indicazioni di massima, entro le quali ponderare e valutare concretamente quanto offerto dai partecipanti. Secondo la Commissione, pertanto, con riferimento alle proposte integrative di impianti fotovoltaici, il punteggio attribuibile per gli impianti di 17 Kw o superiori avrebbe dovuto ritenersi ricompreso tra punti 16 e 20 in funzione della potenza, delle caratteristiche e delle modalità di presentazione della proposta (presenza di elaborati grafici, calcoli, ecc.), e non già indistintamente pari a 20 punti.

La MONACELLI conseguiva così complessivamente punti 77,6745 classificandosi seconda dietro l'aggiudicatario Consorzio Stabile Busi, che ne otteneva invece 78,2015.

Da qui l'impugnativa della MONACELLI avverso la determinazione dirigenziale n. 7102/11, recante l'aggiudicazione dell'appalto, e contro il disciplinare di gara nella parte di interesse, dinanzi al T.A.R. per il Lazio.

La società chiedeva, oltre all'annullamento dell'aggiudicazione definitiva, la declaratoria di inefficacia del contratto - ove nelle more stipulato - e la reintegrazione in forma specifica diretta ad ottenere la stipulazione del contratto in suo favore, ovvero il subentro in quello stipulato con l'aggiudicatario. In via subordinata domandava il risarcimento del danno per equivalente.

La ricorrente lamentava che l'erronea attribuzione del punteggio per il criterio di cui al punto 2.a) del disciplinare avesse falsato l'esito della gara. Se le fosse stato attribuito il corretto punteggio di punti 20 (per avere essa offerto un impianto fotovoltaico avente la potenza di 17 Kw), in luogo dei 16 assegnati, essa si sarebbe collocata al primo posto della graduatoria.

A sostegno dell'impugnativa venivano articolati motivi che il primo Giudice avrebbe così sunteggiato.

“1. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83 commi 2 e 4 del D.Lgs. 163/06. Violazione della lex specialis. Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti. Ingiustizia manifesta, sviamento, violazione della par condicio dei concorrenti. Violazione delle direttive UE 2004/17 e 2004/18.

Sostiene la ricorrente che la Commissione giudicatrice avrebbe violato il chiaro disposto dell'art. 83 del D.Lgs. 163/06, che preclude alle commissioni di introdurre nuovi criteri per valutare i parametri indicati nella lex specialis senza averli portati a conoscenza degli offerenti.

Inoltre, i nuovi parametri di valutazione (potenza, caratteristiche, modalità di presentazione della proposta) sarebbero stati introdotti dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte.

L'introduzione dei nuovi criteri di valutazione delle offerte avrebbe inciso nella determinazione dell'offerta, in quanto se la ricorrente avesse avuto cognizione della possibilità di ottenere un punteggio maggiore offrendo un impianto pari a 20 Kw si sarebbe determinata in modo differente, avendo offerto l'impianto pari alla massima potenza indicata nel disciplinare di gara al fine di ottenere il massimo punteggio.

2. Violazione della lex specialis dell'offerta del consorzio aggiudicatario.

Ritiene la ricorrente che l'aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso in quanto la sua offerta per prezzi unitari presenta delle correzioni non espressamente confermate e sottoscritte dal legale rappresentante, ed inoltre non sono state prodotte le dichiarazioni rese personalmente dai cessati dalla carica nei tre anni antecedenti la pubblicazione del bando.”

Si costituiva in giudizio in resistenza al gravame la Provincia di Roma, che controdeduceva alle censure avversarie opponendone l'infondatezza.

In seguito alla rinnovazione della notificazione dell'atto introduttivo – autorizzata dapprima del Presidente della Sezione II Quater, e indi con l'ordinanza collegiale n. 4635/11 – si costituiva anche il Consorzio controinteressato, che parimenti controdeduceva in merito alle doglianze attoree assumendo l'infondatezza del ricorso.

Con motivi aggiunti notificati il 10 gennaio 2012 la ricorrente sollevava quindi un ulteriore profilo di gravame, rubricato “Violazione dell’art. 37 comma 9 del D.Lgs. 163/06.” Essa deduceva di avere accertato che il Consorzio Stabile Busi (di seguito, il CONSORZIO) aveva cambiato la compagine consortile e la sede legale, con verbale del Consiglio di Amministrazione a rogito del notaio Salvatore Mariconda in data 28/11/2011, rep. n. 7516. Per tale ragione, essendo vietate le modificazioni dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti – art. 39 comma 9 del codice dei contratti – la Stazione appaltante avrebbe dovuto disporre l'annullamento dell'aggiudicazione.

All'esito, il Tribunale adito con la sentenza n. 2302/2012 in epigrafe, dato atto della ritualità del ricorso e dell'integrità del contraddittorio, accoglieva il gravame.

Il T.A.R. ne reputava infatti fondato ed assorbente il primo mezzo nella parte in cui era stata dedotta la violazione dell'art. 83, commi 2 e 4, del d.lgs. n. 163/2006, in quanto la Commissione avrebbe illegittimamente proceduto alla rimodulazione dei punteggi introducendo nuovi sub-criteri in violazione della *lex specialis*.

L'aggiudicazione veniva quindi annullata, con declaratoria dell'obbligo per l'Amministrazione di riaprire la gara e rivalutare le offerte tecniche secondo le indicazioni impartite nella stessa sentenza.

Da qui il presente appello del CONSORZIO avverso tale decisione.

L'aggiudicataria lamentava, in sintesi, che il T.A.R. non avesse tenuto conto dell'esistenza, tra i sottocriteri relativi al risparmio energetico, sin dal bando di gara, di quello concernente "l'inserimento architettonico". Onde la Commissione non aveva integrato i criteri a suo tempo previsti, ma si era attenuta ad essi; ed aveva anche correttamente motivato i punteggi in concreto assegnati.

Il CONSORZIO controdeduceva anche sui motivi dell'originario gravame finiti assorbiti.

La sentenza in epigrafe formava oggetto di rilievi simili anche da parte della Provincia, che notificava alle altre parti in causa la propria memoria (recante difese anche sui mezzi assorbiti), anch'essa concludendo per la riforma della decisione del Tribunale.

Si costituiva in giudizio in resistenza agli appelli la MONACELLI, che eccepiva la tardività di quello dell'Amministrazione e l'infondatezza di entrambi, oltre a riproporre le proprie doglianze di prime cure non esaminate dal T.A.R.. L'originaria ricorrente domandava pertanto la conferma della pronuncia in epigrafe.

Le ragioni delle parti venivano riprese e sviluppate con successive memorie, che sfociavano nelle rispettive, rituali conclusioni.

All'udienza pubblica del 6 novembre 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

1 Rileva preliminarmente la Sezione la tempestività dell'appello della Provincia di Roma. La previsione generale concernente il termine c.d. breve per appellare è infatti di sessanta giorni, tanto per l'appello incidentale, in forza dell'art. 96 C.P.A., quanto per quello principale, giusta l'art. 92: scadenza dimezzata dall'art. 119 comma 2 (a sua volta richiamato dall'art. 120 comma 3) per le materie di rito c.d. abbreviato. Il termine di settore da rispettare è quindi di trenta giorni, e non quindici, come invece erroneamente eccepito, dalla notificazione della sentenza.

2 Gli appelli sono tuttavia infondati.

3a Le previsioni della *lex specialis* erano le seguenti.

Il punto 2) del disciplinare prevedeva l'attribuzione fino a 43 punti per il "Risparmio energetico e benessere ambientale".

Nell'ambito della relativa voce il disciplinare distingueva tra il "Risparmio energetico attivo" (punto 2.a), per il quale era previsto il punteggio massimo di 20 punti; il "sistema di controllo gestione e sicurezza" (punto 2.b), e le "soluzioni migliorative del benessere climatico" (punto 2.c), per i quali erano previsti fino a 10 punti ciascuno; infine, l' "ottimizzazione ambientale della palestra" (punto 2.d), con un punteggio massimo di punti 3.

Con specifico riferimento al punto 2.a) ("Risparmio energetico attivo"), il disciplinare testualmente stabiliva: *"L'offerta dovrà riguardare l'installazione di un impianto fotovoltaico di produzione di energia, non previsto nel progetto, con particolare attenzione all'inserimento architettonico:*

di 3 Kw (punti 5); di 6 kw (punti 10); di 12 Kw (punti 15); di 17 Kw (punti 20)".

3b Va poi ricordata l'applicazione data dalla Commissione giudicatrice a queste previsioni.

Nella seduta riservata del 7 febbraio 2011 la Commissione ha assunto che nel disciplinare di gara non vi sarebbe stata coerenza nell'attribuzione dei punteggi dei sottocriteri ("alle volte si riporta "punti..." , altre volte si riporta "fino a punti.." "). Essa ha infatti ipotizzato *"che gli stessi punteggi attribuiti ai sottocriteri siano stati riportati nel disciplinare quali indicazioni massime entro le quali ponderare e valutare quanto concretamente offerto dagli operatori economici partecipanti alla gara in oggetto, conformemente a quanto previsto dalla normativa vigente in materia. A titolo esemplificativo, per quanto attiene alle proposte integrative di impianti fotovoltaici, la Commissione ritiene che per gli impianti di 17 Kw o superiori il punteggio attribuibile sia compreso tra 16 e 20 in funzione della potenza, delle caratteristiche e delle modalità di presentazione della proposta (presenza*

di elaborati grafici, calcoli, ecc....) e non indistintamente pari a 20”.

La Commissione ha quindi attribuito al CONSORZIO il punteggio di punti 20, avendo valutato *“Ottima la presentazione dell’impianto fotovoltaico da 20,01 kwp accompagnata da un’ampia relazione con calcoli, schemi di montaggio, particolari costruttivi e indicazione del posizionamento”*; ha invece assegnato punti 16 alla MONACELLI, che pure aveva offerto un impianto di 17 Kw.

4 Conviene a questo punto riportare la motivazione posta a fondamento della pronuncia di merito appellata.

“Innanzitutto non vi è alcuna imprecisione nel disciplinare di gara, in quanto l’espressione “fino a punti...” è utilizzata sempre e solo con riferimento al punteggio massimo attribuibile ai vari criteri e/o sottocriteri, mentre il termine “punti...” fissi si rinviene nei casi in cui è stata già predeterminata la ponderazione dei sub-punteggi dei sub-criteri.

Inoltre, la commisurazione dei punteggi fissi a seconda della potenza degli impianti offerti stabilita nel disciplinare di gara non comportava affatto l’impossibilità di graduarli in caso di offerta di impianti di potenza intermedia, essendo in tal caso possibile assegnare punteggi intermedi.

Ciò che non può ritenersi possibile è modificare i sub criteri (introducendo ulteriori parametri di valutazione) assegnando così dei sub punteggi che configgono apertamente con quanto stabilito dal disciplinare di gara, in palese violazione del principio di affidamento.

In altre parole, a fronte dell’offerta di un impianto fotovoltaico di potenza pari a 17 Kw la commissione giudicatrice era tenuta a riconoscere il punteggio previsto dal disciplinare di gara, essendo tenuta ad interpretare le clausole del disciplinare secondo il principio di buona fede, non potendo ricercare significati oscuri da previsioni assolutamente chiare e lineari.

Né può ritenersi che il generico riferimento all’inserimento architettonico, senza alcuna specifica graduazione dei punteggi contenuta nel disciplinare di gara in relazione alle specifiche modalità di progettazione dell’impianto, consentisse l’introduzione di sub

criteri da parte della Commissione, essendo ormai precluso alle Commissioni giudicatrici – dopo la modifica dell'art. 83 del D.Lgs. 163/06 - di intervenire rimodulando i sub criteri ed i sub punteggi, essendo ormai eliminato ogni margine di discrezionalità in capo ad essa: se la Provincia avesse voluto dare rilievo specifico all'inserimento architettonico – ai fini della commisurazione del contributo governativo – avrebbe dovuto provvedervi espressamente nella redazione del disciplinare di gara, consentendo quindi alle imprese concorrenti di tenerne conto in sede di redazione dell'offerta, non potendosi introdurre tale elemento solo in seguito, quando le offerte erano state già presentate.

Nel caso di specie, poi, appare evidente che il punteggio di 20 punti non è stato assegnato tanto per l'inserimento architettonico, quanto per la maggiore potenza dell'impianto (20 Kw in luogo di 17 Kw indicati nel disciplinare di gara), possibilità questa della quale la ricorrente non si è avvalsa, avendo interpretato in modo letterale il disciplinare di gara, ed avendo desunto che il massimo punteggio poteva conseguirsi offrendo un impianto avente la potenza di 17 Kw, potenza ritenuta idonea dalla stazione appaltante per soddisfare le esigenze energetiche della scuola.

Ritiene dunque il Collegio che il primo motivo di ricorso sia fondato e che pertanto debba essere accolto, con conseguente assorbimento delle ulteriori censure.”

5 Tanto premesso, le argomentazioni critiche svolte dal CONSORZIO e dalla Stazione appaltante possono essere così esposte.

Le appellanti non mettono in discussione l'interpretazione astratta del quadro normativo che sta a base della pronuncia appellata, bensì l'applicazione fattane alla fattispecie concreta.

Le medesime riprendono l'assunto di fondo che l'attribuzione dei punteggi da parte della Commissione sarebbe avvenuta nel rispetto del disciplinare, insistendo sulla circostanza che questo prevedeva come sub-criterio di valutazione, oltre a quello della potenza dell'impianto fotovoltaico, anche quello dell' "inserimento architettonico", aspetto della cui rilevanza, dunque, ogni concorrente era già consapevole nel momento della

predisposizione dell'offerta, e che era stato rimesso alla discrezionalità tecnica della Commissione giudicatrice.

Tale aspetto era, del resto, del tutto coerente con le altre previsioni della disciplina di gara, a partire da quella che invitava la Commissione a tenere conto che le proposte delle concorrenti dovevano essere finalizzate a migliorare la manutenzione, durabilità, sostituibilità, compatibilità e controllabilità nel ciclo di vita dell'infrastruttura, dei materiali e dei componenti (pag. 18 del disciplinare).

Per quanto precede, la Commissione non avrebbe introdotto alcun nuovo elemento o sub-criterio di valutazione (tantomeno discriminatorio), né modificato i criteri di aggiudicazione prescritti dalla *lex specialis*, ma si sarebbe limitata ad interpretare, e al più a precisare, quanto già stabilito dal disciplinare. E l'attenzione da essa dedicata, nell'attribuzione dei punteggi, (anche) alle caratteristiche e modalità di presentazione della proposta (presenza di elaborati grafici, calcoli, ecc.) aveva proprio il senso di dare adeguato rilievo al parametro dell' "inserimento architettonico", che per quanto detto non poteva rimanere privo di valutazione e finire ignorato.

La pretesa della ricorrente di un'attribuzione automatica del punteggio in base alla potenza secondo la mera lettera della *lex specialis* sarebbe stata, oltretutto, illogica, perché una simile interpretazione non avrebbe consentito di parametrare il punteggio in caso di impianti di voltaggio intermedio rispetto a quelli indicati dal disciplinare.

Inoltre, il punteggio previsto dal disciplinare per il sub-criterio in rilievo non avrebbe potuto essere inteso come fisso, poiché correlato ad un indice, quello appunto dell'inserimento architettonico, non traducibile in modo rigido.

Il Tribunale, infine, avrebbe errato nel ritenere che il punteggio assegnato al CONSORZIO -20 punti- avesse remunerato non tanto l'inserimento architettonico, quanto la maggiore potenza dell'impianto (20 Kw in luogo

di 17 Kw indicati nel disciplinare di gara), dato che la relativa motivazione a verbale aveva fatto espresso riferimento, invece, alla “*Ottima ... presentazione dell'impianto fotovoltaico ... accompagnata da un'ampia relazione con calcoli, schemi di montaggio, particolari costruttivi e indicazione del posizionamento*”.

6 Queste pur scrupolose considerazioni non risultano convincenti.

La Sezione ritiene corretto l'impianto della motivata decisione del Giudice di prime cure, e condivisibili, segnatamente, i suoi seguenti passaggi logici:

- nel disciplinare, l'espressione “*fino a punti...*” è utilizzata sempre e solo con riferimento al punteggio massimo attribuibile ai vari criteri e/o sottocriteri, mentre il termine fisso “*punti...*” si rinviene nei casi in cui sia stata già predeterminata in modo rigido ed esaustivo la ponderazione dei sub-punteggi dei sub-criteri (è il caso della voce *sub 2 c*): sicché sotto questo profilo la legge di gara non mostra alcuna imprecisione;
- la commisurazione dei punteggi alla potenza degli impianti offerti, così come stabilita nel disciplinare, non precludeva affatto la loro graduazione in caso di offerta di impianti di potenza intermedia, poiché in tal caso sarebbe stato possibile assegnare punteggi parimenti intermedi;
- l'interpretazione della *lex specialis*, condotta in coerenza con il canone della priorità del dato letterale e con quello della necessaria tutela della buona fede, porta a ritenere che la Commissione, dinanzi all'offerta di un impianto fotovoltaico di potenza pari a 17 KW, fosse senz'altro tenuta a riconoscere il corrispondente punteggio previsto dal disciplinare;
- il generico riferimento del disciplinare all' “*inserimento architettonico*”, senza recare, tuttavia, alcuna specifica graduazione dei punteggi rispetto alle modalità di progettazione dell'impianto, non consentiva la valorizzazione di tale aspetto come sub-criterio da parte della Commissione, poiché a tale organo è precluso intervenire, dopo la modifica dell'art. 83 del d.lgs. n. 163/2006, rimodulando i sub- criteri ed i sub-punteggi;
- infine, tantomeno sarebbe stato possibile da parte della stessa

Commissione assegnare dei sub-punteggi confliggenti con quanto stabilito dal medesimo disciplinare, in palese violazione del principio di affidamento. Invero, l'esame della *lex specialis* fa emergere con immediatezza che il criterio di cui al punto 2 si articolava in 4 sub-criteri, e che erano stati indicati anche i sub-punteggi che sarebbero stati attribuiti all'esito delle relative valutazioni.

Ad avviso della Sezione, poi, dalla legge di gara si desume che, pur comparso nel disciplinare, al punto 2.a), un richiamo anche all'"inserimento architettonico", non solo per tale elemento non era stata data alcuna regola di ponderazione, ma, inoltre, le prescrizioni di punteggio ivi dettate in funzione dei soli KW di potenza dell'impianto consumavano già l'intero *range* di punti ascrivibile al sub-criterio in controversia.

Il disciplinare, infatti, garantiva con estrema chiarezza, a fronte dell'offerta di un impianto fotovoltaico da KW 17, una dotazione, già per questo, di 20 punti, pari cioè al massimale imputato al sub-criterio in discussione, e quindi una soglia di punti non ulteriormente superabile, e ciò né in presenza di una potenza di impianto ancora superiore, né nel caso di un ipotetico, concomitante "inserimento architettonico" pur magari meritevole di plauso.

L'originaria ricorrente in questa sede ha potuto dunque incisivamente osservare che "*non si capisce il senso di prescrivere nella lex specialis l'attribuzione di 20 punti all'offerta di 17 KW, se poi tale prescrizione deve essere disattesa per rimodularla sulla base dell'inserimento architettonico*" (memoria di costituzione, pag. 13).

Quanto precede porta allora a concludere, in coerenza con i principi del primato dell'interpretazione letterale e della tutela dell'affidamento, nel senso che il fattore dell'inserimento architettonico non fosse, in realtà, valutabile. Esso configurava, in pratica, un'esortazione per le imprese (a prestare "*attenzione*" all'elemento indicato: "*L'offerta dovrà riguardare*

l'installazione di un impianto fotovoltaico ... con particolare attenzione all'inserimento architettonico”), ma non anche, in pari tempo, un aspetto apprezzabile da parte della Commissione.

La MONACELLI, una volta posto in luce che la legge di gara non lasciava alcuno spazio interpretativo sul punto in rilievo, è dunque correttamente tornata ad invocare il principio interpretativo che vuole privilegiata, a tutela dell'affidamento delle imprese, l'interpretazione letterale del testo della *lex specialis*, dalla quale è consentito discostarsi solo in presenza di una sua obiettiva incertezza (occorre infatti evitare che il procedimento ermeneutico conduca all'integrazione delle regole di gara palesando significati del bando non chiaramente desumibili dalla sua lettura testuale: sul tema cfr., ad es., C.d.S., V, 19 settembre 2011, n. 5282; 2 agosto 2010, n. 5075; 30 agosto 2005, n. 4413; 15 aprile 2004, n. 2162; 1° marzo 2003, n. 1142; VI, 4 agosto 2006, n. 4764; IV, 5 ottobre 2005, n. 5367).

La stessa parte ha poi invocato altrettanto rettamente l'insegnamento giurisprudenziale che, in ossequio al vigente testo dell'art. 83 del Codice degli appalti pubblici, impone la predeterminazione in sede di bando dei criteri e sub-criteri e rispettivi punteggi (con scelta che trova giustificazione nell'esigenza di ridurre gli apprezzamenti soggettivi delle commissioni giudicatrici, garantendo in tale modo l'imparzialità delle sue valutazioni nell'essenziale tutela della *par condicio* : Sez. V, 12 giugno 2012, n. 3445), ed esclude che gli elementi così prefissati possano essere modificati nel corso della procedura di gara.

Specialmente, difatti, dopo che, con il d.lgs. n. 152/2008, è stato espunto dall'art. 83 comma 4 cit. l'inciso secondo cui “... *la commissione giudicatrice prima della apertura delle buste contenenti le offerte fissa in generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando*”, le commissioni sono chiamate ad esprimere un giudizio che deve trovare il suo puntuale

substrato motivazionale nella rigorosa predeterminazione dei criteri e sub-criteri di valutazione, nonché del loro specifico peso ponderale, fatta in occasione della redazione della *lex specialis* da parte della Stazione appaltante (C.d.S., III, 1° febbraio 2012, n. 514), così eliminandosi ogni margine di discrezionalità in proposito in capo alle commissioni giudicatrici (V, 1° ottobre 2010, n. 7256).

Nella specie, invece, la Commissione ha rideterminato il sub-criterio del “Risparmio energetico attivo”, alterandolo senza alcuna giustificazione. E questo, per un verso, l’ha posta in conflitto col principio che le regole contenute nella *lex specialis* di una gara vincolano non solo i concorrenti, ma anche la stessa Amministrazione, che non conserva margini particolari di discrezionalità nella loro concreta attuazione (v. ad es., C.d.S., III, 29 novembre 2011, n. 6306); per altro verso, non è stato immune da conseguenze discriminatorie: giacché, se la MONACELLI avesse potuto anticipatamente conoscere questa impostazione, con ogni probabilità essa, per conseguire il massimo punteggio previsto, avrebbe diversamente configurato la propria offerta (ad es., corredandola di una relazione più ampia, ecc.).

E’ stato infine fatto osservare, ancora una volta fondatamente, come la motivazione data dalla Commissione a giustificazione del punteggio assegnato in concreto all’aggiudicataria non si presentasse, in realtà, nemmeno basata sul merito dell’inserimento architettonico del suo progetto, bensì su aspetti solo estrinseci legati alle modalità di confezionamento formale della relativa proposta.

7 In forza di tutto quanto esposto, in conclusione, tanto l’appello principale quanto quello incidentale devono essere respinti, siccome infondati.

Le spese processuali sono liquidate secondo soccombenza dal seguente dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sulla controversia in epigrafe, respinge tanto l'appello principale quanto quello incidentale.

Condanna gli appellanti Consorzio Stabile Busi e Provincia di Roma, in quote uguali, in favore dell'originaria ricorrente, al rimborso delle spese processuali del presente grado di giudizio, che liquida nella complessiva misura di euro quattromila, oltre gli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 6 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/01/2013

IL SEGRETARIO

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