

N. 00266/2016REG.PROV.COLL.

N. 03662/2015 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 3662 del 2015, proposto dal Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Enrico Di Ienno, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale G. Mazzini n. 33;

contro

Comune di Todi, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Donato Antonucci e Alessandro Secondo Massari, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Umberto Segarelli in Roma, Via G. B. Morgagni n. 2/A;

nei confronti di

Gemos Soc.Coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesca Giuffrè, Alberto Mischi e Andrea Corinaldesi, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, Via dei Gracchi n. 39;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Umbria, Perugia, Sezione I, n. 00096/2015, resa tra le parti;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Todi e della Gemos Soc.Coop.;

Viste le memorie prodotte dalla parte appellante e dalla Gemos Soc. Coop. a sostegno delle rispettive difese;

Vista la propria ordinanza 26 maggio 2015 n. 2273;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 novembre 2015 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Enrico Di Ienno, Mario Rampini, su delega dell'avvocato Donato Antonucci, e Francesca Giuffrè;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1.- Il Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa ha partecipato, unitamente ad altre quattro concorrenti, alla procedura aperta per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei servizi di ristorazione scolastica per le scuole statali dell'infanzia e primaria, che è stata indetta dal Comune di Todi per gli anni scolastici dal 2013 al 2017, con possibilità di proroga per altri due anni; all'esito della valutazione dell'offerta tecnica la Commissione ha attribuito alla Gemos Soc. Coop. il punteggio di 51,73, mentre al Consorzio suddetto è stato attribuito il punteggio di 50,913.

Nella seduta del 10 dicembre 2013, dopo che sono stati comunicati ai presenti i punteggi attribuiti alle offerte tecniche, sono state aperte le buste contenenti le offerte economiche, accertando che la Gemos Soc. Coop. aveva offerto il prezzo unitario per pasto di € 5,89, mentre il Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa aveva offerto il prezzo di € 5,64.

In seguito la commissione di gara ha proceduto alla riparametrazione del punteggio complessivo attribuito a ciascuna offerta tecnica ed ha proceduto all'assegnazione del punteggio alle offerte economiche sulla base del criterio proporzionale indicato nel disciplinare di gara; all'esito di tale operazione il Consorzio suddetto è risultato primo in graduatoria con il punteggio di 95,369 e la Gemos Soc. Coop. seconda con il punteggio di 95,365.

Successivamente, nella seduta del 25 marzo 2014, la commissione di gara ha evidenziato che, avendo rilevato che nel corso della procedura erano sorte questioni di natura giuridica, ha deciso, a seguito di consulenza legale, di effettuare una nuova riparametrazione, con riferimento ai punteggi dei singoli elementi dell'offerta tecnica e non al punteggio complessivamente ottenuto dalla stessa; nella seguente seduta del 7 aprile 2014 sono stati resi noti i punteggi assegnati a seguito della rinnovata riparametrazione ed è risultata prima in graduatoria la Gemos Soc. Coop. con punti 91,678 e secondo il Consorzio suddetto con punti 91,678.

L'appalto è stato quindi aggiudicato alla Gemos Soc. Coop..

2.- Il Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa ha allora proposto ricorso al T.A.R. per l'Umbria per l'annullamento degli atti di gara, per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni in forma specifica o per equivalente.

3.- Il T.A.R., con la sentenza in epigrafe indicata, ha respinto il ricorso.

4.- Con il ricorso in appello in esame il Consorzio sopra citato ha chiesto l'annullamento o la riforma di detta sentenza deducendo i seguenti motivi:

a) Erroneità per falsa applicazione di legge, per travisamento dei fatti e dei presupposti, per contraddittorietà ed illogicità manifesta. Errata motivazione riguardo al primo motivo di ricorso in merito alla violazione della Direttiva 2004/18 e degli artt. 2 e 27, del d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione e falsa applicazione dei principi di trasparenza, par condicio, buona fede, correttezza e legittimo affidamento che regolano le gare d'appalto. Violazione dell'art. 83 del d.lgs. 163 del 2006, del d.P.R. n. 207 del 2010 e della *lex specialis* per inserimento arbitrario postumo del criterio di riparametrazione da parte della commissione. Eccesso di potere per sviamento, travisamento ed erronea valutazione dei fatti, illogicità, contraddittorietà e ingiustizia manifesta. Violazione dell'art. 97 della Costituzione.

Il T.A.R. ha respinto le censure formulate dal Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa contro l'aggiudicazione della gara di cui trattasi alla Gemos Soc. Coop. a seguito di riparametrazione postuma dei punteggi tecnici da parte della commissione di gara, nell'assunto, che sarebbe erroneo, che, anche in assenza di esplicita previsione della *lex specialis*, fosse sufficiente a giustificare l'operato della commissione il rinvio contenuto nel disciplinare di gara all'art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006. b) Erroneità della sentenza impugnata per falsa applicazione di legge, per travisamento dei fatti e dei presupposti, per contraddittorietà e per illogicità manifesta. Errata motivazione riguardo al secondo motivo di ricorso in merito alla violazione della direttiva 2004/18 e degli artt. 2 e 27 del d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione dei principi di trasparenza, *par condicio*, buona fede, correttezza e legittimo affidamento che regolano le gare d'appalto. Violazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006, del d.P.R. n. 207 del 2010 e della *lex specialis* di gara per inserimento arbitrario di modalità di valutazione. Eccesso di potere per sviamento, travisamento ed errato presupposto, illogicità e ingiustizia manifesta. Violazione dell'art. 97 della Costituzione.

Con il ricorso introduttivo del giudizio il Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa aveva dedotto l'illegittimità della determinazione assunta dalla commissione di procedere con la riparametrazione solo dopo la comunicazione agli astanti dei punteggi tecnici (risultanti della media dei punteggi assegnati da ciascun commissario, secondo criteri fissati nel disciplinare di gara, come da prospetto allegato "A" al verbale) e la apertura e presa cognizione delle offerte economiche.

Il T.A.R. avrebbe erroneamente al riguardo ammesso la applicabilità dell'allegato P al d.P.R. n. 207 del 2010, in quanto richiamato dall'art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006 e la possibilità per la commissione di intervenire, anche in epoca successiva alla conclusione delle operazioni di sua competenza, al fine di correggere in sede di aggiudicazione definitiva gli errori materiali e di calcolo riscontrati.

Ciò sia in quanto (premesse che la fattispecie rientrava nell'ambito dei servizi ricompresi nell'allegato IIB del d. lgs. n. 163 del 2006) in nessuna parte della *lex specialis* era menzionato il d.P.R. n. 207 del 2010 e nemmeno contenuto alcun riferimento all'allegato "P" a tale d.P.R., sia in quanto detto allegato prescrive che il calcolo dell'offerta economicamente più vantaggiosa "può" e non "deve" essere effettuato utilizzando a scelta della s.a. uno dei metodi indicati nel bando di gara o nella lettera di invito, sicché il primo giudice non avrebbe potuto, in assenza di esplicitazione negli atti di gara, indicare quale delle metodologie indicate in detto allegato fosse stata applicata, avendo la *lex specialis* disposto solo l'individuazione di fattori e sub criteri.

Pertanto la commissione, che non avrebbe potuto identificare nuove e diverse modalità valutative non previste nella *lex specialis* (pena la violazione della par condicio e della trasparenza), avrebbe illegittimamente dapprima valutato le offerte tecniche (assegnando i relativi punteggi riguardo agli otto parametri valutativi individuati e scomposti in ulteriori sottocriteri, corredando il tutto con diffuse motivazioni) e poi, dopo aver comunicato i punteggi costituiti dalla media dei punteggi assegnati da ciascun commissario, secondo i criteri fissati nel disciplinare, nonché dopo aver aperto le buste con le offerte economiche (prendendo cognizione dei relativi importi), avrebbe, in violazione dei criteri di trasparenza, imparzialità, buona fede, correttezza e legalità, determinato di procedere alla riparametrazione dei punteggi, e, solo dopo la seconda riparametrazione, avrebbe illustrato i coefficienti valutativi utilizzati dai commissari di gara, nei quali sono stati trasformati i punteggi in precedenza assegnati, snaturando la tempistica prevista dal d.P.R. n. 207 del 2010 e la naturale modalità di assegnazione dei punteggi (che di norma derivano dal prodotto tra il coefficiente moltiplicato al peso attribuito all'elemento).

c) Sul risarcimento del danno.

All'illegittimo comportamento della s.a. dovrebbe conseguire il risarcimento del danno in favore dell'appellante, in forma specifica, sussistendo il requisito della colpa (rilevabile in caso di violazione delle norme sul regolamento, ordini e discipline, ovvero di regole di condotta e prudenza che si identificano nell'imparzialità e buon andamento della Amministrazione) ed avendo creato l'operato della s.a. gravi nocuenti, consistenti nella mancata aggiudicazione del servizio e del conseguente danno curriculare, dei quali il Consorzio deducente si è riservata di indicare l'importo. In subordine è stata chiesta la corresponsione di un equo indennizzo.

d) Sull'inefficacia del contratto e sul risarcimento per equivalente.

E' stata chiesta la declaratoria dell'inefficacia del contratto stipulato, ex artt. 121, 122 e 123 del c.p.a, ed il risarcimento in forma specifica, o, in subordine, per equivalente, rapportabile al mancato utile derivante dall'esecuzione dell'appalto, cui dovrebbe essere aggiunto il danno curriculare a ristoro della mancata maturazione dell'esperienza e delle referenze spendibile in altre gare d'appalto, normalmente individuato tra l'1% ed il 5% dell'importo globale del servizio da aggiudicare (con riserva di meglio qualificare gli importi).

5.- Con atto depositato il 14 maggio 2015 si è costituito in giudizio il Comune di Todi, che, con riguardo al primo motivo d'appello, ha sostanzialmente sostenuto che la commissione, che aveva già effettuato la riparametrazione in occasione della aggiudicazione provvisoria della gara *de qua* al Consorzio ora appellante, resasi conto di averla effettuata con un calcolo errato e non conforme alle previsioni normative ed alle precisazioni fornite dall'A.V.C.P. con determinazione n. 7 del 2011 (perché riferita alla sommatoria dei punteggi e non ai singoli elementi componenti l'offerta tecnica) ha rinnovato, prima della aggiudicazione definitiva, l'operazione di riparametrazione secondo la corretta metodologia, mediante mero ricalcolo matematico di elementi preesistenti; con riguardo al secondo motivo di gravame ha sostenuto che la commissione si era attenuta alle previsioni della *lex specialis* (punto 12 del bando e artt. 2 e 12 del disciplinare) dando applicazione all'art. 83, del d. lgs. n. 163 del 2006 ed alle metodologie di ponderazione dei punteggi indicate nell'allegato "P" al d.P.R. n. 207 del 2010, richiamato dal comma 5 dell'art. 83. Ha infine sostenuto il Comune l'inammissibilità e l'infondatezza della pretesa risarcitoria e, premesso che l'aggiudicazione provvisoria fa nascere solo una aspettativa ad una positiva conclusione del procedimento e non ingenera affidamento, ha evidenziato in primo luogo che comunque nel caso di specie non era stato ancora sottoscritto alcun contratto con la Gemos Soc. Coop., con impossibilità di valutazione della richiesta di declaratoria di inefficacia dello stesso e in secondo luogo che il servizio oggetto di gara veniva svolto in regime di *prorogatio*, disposta da ultimo con determinazione n. 272 del 30 marzo 2015.

6.- Con atto depositato il 21 maggio 2015 si è costituita in giudizio la Gemos Soc. Coop., che ha eccepito l'irricevibilità, l'inammissibilità dell'appello, nonché ne ha dedotto l'infondatezza; con contestuale memoria ha poi dedotto che, in base al disposto dell'allegato "P" al d.P.R. n. 207 del 2010, richiamato dall'art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006, in base al quale il disciplinare di gara stabiliva che avrebbe dovuto svolgersi il procedimento di aggiudicazione, la riparametrazione andrebbe effettuata sul valore di ogni singolo elemento di valutazione, sicché la riparametrazione posta in essere dalla commissione nella seduta del 25 marzo 2015 avrebbe costituito solo una operazione di correzione della riparametrazione effettuata in maniera errata, nella seduta del 10 dicembre 2013, calcolandola su punteggio totale attribuito a ciascun concorrente. Ha quindi, con riguardo al primo motivo di gravame, eccepito che la parte appellante

non avrebbe specificato quali disposizioni dell'art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006 sarebbero state violate, con genericità del gravame e violazione del disposto dell'art. 40 del c.p.a., ed ha poi dedotto sia che il richiamo a detto art. 83 non valeva solo per identificare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma anche per identificare la riparametrazione, e sia che sarebbe inammissibile per genericità la censura di violazione della direttiva 2004/18 e del d.P.R. n. 207 del 2010. Con riguardo al secondo motivo d'appello ha sostenuto la legittimità del ricorso all'autotutela da parte dell'Amministrazione in caso di rilievo di errori compiuti prima della aggiudicazione definitiva e che, secondo l'allegato "P" di cui trattasi, la riparametrazione non sarebbe discrezionale ma obbligatoria. Ha infine evidenziato che stava svolgendo il servizio in base a contratto d'appalto del 12 marzo 2012, rep. n. 8717, la cui scadenza sarebbe stata ripetutamente prolungata per garantire la continuità del servizio in attesa della decisione definitiva sul giudizio in esame.

7.- Con ordinanza 26 maggio 2015 n. 2273 la Sezione ha accolto la istanza di sospensione della sentenza impugnata ed ha inibito, nelle more della trattazione nel merito dell'appello, la stipulazione del contratto con l'aggiudicataria.

8.- Con memoria depositata il 20 ottobre 2015 la parte appellante ha ribadito tesi e richieste, in particolare evidenziando che, al fine della configurabilità della risarcibilità dei danni per equivalente in materia di appalti pubblici, si può prescindere dall'accertamento della sussistenza della colpa a che negli atti di gara e nell'offerta economica aveva previsto e determinato un utile pari al 3% del valore dell'appalto, ossia pari a circa € 50.760,00, cui dovrebbe essere aggiunto il danno curriculare pragmaticamente da ritenere *in re ipsa* nel caso di non aggiudicazione in una gara di appalto, che potrebbe essere liquidato ricorrendo al parametro equitativo di cui all'art. 1226 Cod. civ. e determinato in una percentuale normalmente individuata tra l'1% e il 5% che nella fattispecie corrisponderebbe agli importi da € 16.920,00 a € 84.600,00.

9.- Con memoria depositata il 16 ottobre 2015 la Gemos Coc. Coop. ha replicato alle avverse difese, contestando in particolare che la riparametrazione sia applicabile solo in caso di ricorso al metodo aggregativo compensatore ed affermando che la *lex specialis* avrebbe richiamato l'articolo 83 del d.lgs. n. 163 del 2006 non per fare riferimento ad uno dei cinque metodi di valutazione delle offerte, ma per indicare che l'aggiudicazione sarebbe stata effettuata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e che si sarebbe operata la riparametrazione.

10.- Alla pubblica udienza del 5 novembre 2015 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti, come da verbale di causa agli atti del giudizio.

11.- L'appello è fondato.

12.- Ritiene la sezione di dover esaminare prioritariamente il primo motivo d'appello, con cui è stata censurata la sentenza in esame nella parte in cui sono state respinte le censure formulate dal Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa contro l'aggiudicazione della gara di cui trattasi alla Gemos Soc. Coop., a seguito di riparametrazione postuma dei punteggi tecnici da parte della commissione di gara, nell'assunto che sarebbe indivisibile che, anche in assenza di esplicita previsione della *lex specialis*, fosse sufficiente a giustificare l'operato della commissione il rinvio contenuto nel disciplinare di gara all'art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006, che prevede che il metodo di valutazione ed attribuzione del punteggio sia disciplinato dal Regolamento di attuazione, il cui allegato P disciplina le relative modalità di calcolo della riparametrazione.

Invero nel processo amministrativo la graduazione dei motivi vincola il giudice amministrativo sebbene la sua osservanza possa portare, in concreto, ad un risultato non in linea con la tutela piena dell'interesse pubblico e della legalità (Consiglio di Stato, sez. III, 8 settembre 2015, n. 4211) e la discrezionalità del giudice di organizzare le priorità nell'esame della materia del contendere secondo un determinato ordine logico resta pur sempre correlata all'interesse di cui la parte ricorrente chiede tutela (Consiglio di Stato, sez. V, 28 settembre 2015, n. 4513).

12.1.- Ciò posto, la Sezione ritiene infondata l'eccezione formulata al riguardo dalla Gemos Soc. Coop. di inammissibilità, per genericità, di detto motivo, per mancata specificazione di quali disposizioni dell'art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006 sarebbero state violate, e per violazione del disposto dell'art. 40 del c.p.a., nonché per genericità della censura di violazione della direttiva 2004/18 e del d.P.R. n. 207 del 2010.

Il motivo in esame non si limita infatti ad una generica prospettazione di asseriti vizi, ma contiene la puntuale ed esauriente indicazione di tutte le circostanze dalle quali può desumersi la loro effettiva sussistenza.

12.2.- Deduce l'appellante che la stazione appaltante aveva individuato con la *lex specialis* tutti i parametri ed i sub criteri che la commissione avrebbe dovuto utilizzare per la valutazione delle offerte tecniche, ex art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006 e che in nessuna parte del disciplinare, del bando e del capitolato era previsto che si sarebbe proceduto alla riparametrazione dei punteggi tecnici.

Poiché la riparametrazione non è oggetto di alcuna norma specifica impositiva, per poter essere applicata dovrebbe essere esplicitamente contemplata nella *lex specialis*, e sarebbe escluso ogni automatico inserimento integrativo di essa *ex lege*, sicché potrebbe farsi ad essa ricorso solo se prevista dal bando e non può tradursi in una modalità di apprezzamento delle offerte facoltativamente introducibile da parte della commissione.

Sarebbe quindi errato quanto sostenuto dal T.A.R. in merito alla doverosità dell'applicazione della riparametrazione nel caso di specie per il solo fatto che il disciplinare contenesse il richiamo all'art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006, in quanto in tutte le gare aggiudicate con il criterio dell'offerta più vantaggiosa sarebbe contenuto il richiamo a detto articolo al fine di identificare il criterio da utilizzare per l'affidamento.

12.3.- Osserva in primo luogo il collegio che nel sistema degli appalti pubblici nessuna norma di carattere generale impone, per le gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta più vantaggiosa, l'obbligo della stazione appaltante di attribuire alla migliore offerta tecnica in gara il punteggio massimo previsto dalla *lex specialis*, mediante il criterio della c.d. doppia riparametrazione.

Con sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 25 febbraio 2014 n. 899 è stato in proposito ribadito, "*a precisazione di quanto affermato nella sentenza della VI Sezione di questo Consiglio di Stato n. 5754 del 14 dicembre 2012, ... che il ragguaglio dei punteggi al valore massimo teorico dell'offerta tecnica migliore e conseguentemente delle altre, in cui si sostanzia in estrema sintesi la riparametrazione, non è oggetto di alcuna norma cogente*".

Nelle gare da aggiudicarsi con detto criterio la riparametrazione ha quindi la funzione di ristabilire l'equilibrio fra i diversi elementi qualitativi e quantitativi previsti per la valutazione dell'offerta solo se, e secondo quanto, voluto e disposto dalla stazione appaltante con il bando, con la conseguenza che l'operazione di parametrazione deve essere espressamente prevista dalla legge di gara per poter essere applicata (Consiglio di Stato, Sez. V, 13 gennaio 2014, n. 85) e non può tradursi in una modalità di apprezzamento delle offerte facoltativamente introdotta dalla commissione giudicatrice (Consiglio di Stato, Sez. IV, 20 febbraio 2014, n. 802).

Infatti la discrezionalità che pacificamente compete alla stazione appaltante nella scelta, alla luce delle esigenze del caso concreto, dei criteri da valorizzare ai fini della comparazione delle offerte, come pure nella determinazione della misura della loro valorizzazione, non può non rivestire un ruolo decisivo anche sul punto della c.d. riparametrazione che, avendo la funzione di preservare l'equilibrio fra i diversi elementi stabiliti nel caso concreto per la valutazione dell'offerta (e perciò di assicurare la completa attuazione della volontà espressa al riguardo dalla stazione appaltante), non può che dipendere dalla stessa volontà e rientrare quindi già per sua natura nel dominio del potere di disposizione ex ante della stessa Amministrazione.

È la *lex specialis* che deve, pertanto, fare stato al riguardo, stabilendo fino a che punto si imponga la tutela dell'equilibrio astratto corrispondente ai massimali di punteggio da essa stessa contemplati e non è scontato che la soglia massima di punteggio ivi prevista debba necessariamente essere conseguita, si da doversi disporre, in difetto, una riparametrazione.

Facendo ricorso a detto criterio, un'offerta di qualità media, ma migliore di quelle concorrenti, si vede assegnato il punteggio massimo astrattamente previsto, con la conseguenza di venir apprezzata come lo sarebbe un'offerta qualitativamente eccellente pur non essendo intrinsecamente tale, a detrimento delle offerte dei concorrenti che hanno invece potenziato, rispetto alla qualità, il profilo della maggiore convenienza economica.

Quindi in astratto la decisione della s.a. di non richiamare l'istituto della riparametrazione può trovare giustificazione "*nell'intento di ottenere offerte finalizzate al risparmio di spesa, ferma restando la necessità di miglioramenti tecnico funzionali; invece, applicando la riparametrazione, il rapporto prezzo/qualità si sarebbe invertito, perché modesti miglioramenti tecnici rispetto al progetto base avrebbero comportato l'aggiudicazione alla offerta che poteva comportare maggiori oneri a causa di minori ribassi circa il prezzo*" (Consiglio di Stato, sezione V, 13 gennaio 2014, n. 85).

Il ricorso al criterio della riparametrazione è dunque in grado di esercitare forte influenza sulle sorti delle procedure di gara, modificando profondamente valutazioni e punteggi, e sulle condotte delle imprese all'atto della decisione delle loro strategie di gara, che possono essere ragionevolmente diverse a seconda che si sappia che il massimo punteggio sul versante qualitativo sarà riservato alla sola offerta davvero eccellente, o invece potrà essere ottenuto dall'offerta qualitativamente migliore, anche quando intrinsecamente modesta (Consiglio di Stato, sezione V, 27 agosto 2014, n. 4359).

Nel caso di specie l'art. 12 del bando di gara stabiliva "*Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 del d. lgs. n. 163/06 secondo i criteri di seguito indicati: a) offerta economica max 30 punti; b) offerta tecnica max 70 punti, il tutto come meglio disciplinato nell'art. 12 del disciplinare di gara cui si rinvia*".

Detto art. 12, rubricato "*offerta e criteri di aggiudicazione*" stabiliva che "*L'appalto dei Servizi di Ristorazione Scolastica di cui al Capitolato Speciale d'Appalto verrà aggiudicato mediante procedura aperta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa secondo le disposizioni di cui all'art. 83 del D. Lgs. n. 163/2006 valutabile in base agli elementi contenuti nell'offerta tecnica ed economica presentate*"; proseguiva l'articolo stesso stabilendo i punteggi massimi per l'offerta tecnica ed economica ed indicando i parametri da valutare con riguardo alla offerta tecnica, con i relativi punteggi, e gli elementi per l'assegnazione del punteggio per l'offerta economica sulla base dell'indicato criterio proporzionale. In particolare detto articolo 12 stabiliva che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta a favore del concorrente che avesse raggiunto il miglior punteggio risultante dalla somma dei punti attribuiti all'offerta tecnica e all'offerta economica.

Il T.A.R., con la sentenza in esame, ha ritenuto irrilevante la tesi che la stazione appaltante non avesse indicato negli atti di gara il criterio della riparametrazione cui la commissione, dopo l'aggiudicazione provvisoria della gara alla attuale appellante, ha fatto ricorso, addivenendo a diverse conclusioni, nell'assunto che il rinvio incondizionato all'art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006 contenuto nelle sopra riportate disposizioni della *lex specialis*, con autovincolo al riguardo della s.a., postulasse un rinvio all'allegato "P" al regolamento di attuazione di cui al d.P.R. n. 207 del 2010, come confermato dall'operato della commissione che sin dall'aggiudicazione provvisoria aveva prefigurato la doverosità della riparametrazione in base alla *lex specialis*, sia pure con modalità di calcolo poi ritenute errate dalla commissione stessa.

12.4.- La Sezione, sulla base delle considerazioni in precedenza effettuate circa l'operatività in materia del principio per il quale l'operazione di parametrizzazione deve essere espressamente prevista dalla legge di gara per poter essere applicata, ritiene quindi fondate le censure formulate con il motivo d'appello in esame alla sentenza impugnata, perché la riparametrazione non poteva essere disposta nel caso che occupa dal momento che non era esplicitamente contemplata nella *lex specialis* ed è escluso ogni automatico inserimento integrativo di essa *ex lege*.

Invero il rinvio contenuto nel bando e nel disciplinare all'art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006, in assenza di ulteriori specificazioni, non poteva postulare il necessario rinvio all'allegato "P" del d.P.R. n. 207 del 2010 solo perché nel comma 5 di detto articolo è asserito che per consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa le stazioni appaltanti devono utilizzare metodologie stabilite con regolamento, e non poteva giustificare *ex se* la riparametrazione, ancorché non espressamente contemplata, non solo per le considerazioni sopra espresse, ma anche perché la *lex specialis* aveva individuato tutti i parametri ed i sub-criteri che la Commissione avrebbe dovuto utilizzare per la valutazione delle offerte tecniche, ed è normale che, vertendosi nell'ambito di una gara da aggiudicare all'offerta economicamente più vantaggiosa, fosse stato effettuato il richiamo all'art. 83 del d.lgs. 163 del 2006, che è l'unico che contempla tale metodo di aggiudicazione.

Non è quindi condivisibile il sillogismo che, poiché il disciplinare di gara cita l'art. 83 del d.lgs. 163 del 2006, che a sua volta richiama l'applicazione del regolamento, per la valutazione delle offerte tecniche, si applicasse nel caso che occupa necessariamente l'allegato P del regolamento attuativo e quindi il metodo aggregativo-compensatore (anche perché anche altri metodi sono ivi contemplati) e quindi la riparametrazione.

13.- La riconosciuta fondatezza dell'esaminato motivo, escludendo in radice la possibilità che la commissione di gara potesse legittimamente ricorrere al criterio della riparametrazione, comporta l'assorbimento del secondo motivo di gravame, con il quale è stata censurata la decisione della commissione di procedere alla riparametrazione stessa solo dopo la comunicazione agli astanti dei punteggi tecnici (che erano il risultato della media dei punteggi assegnati da ciascun commissario, secondo criteri fissati nel disciplinare di gara, come da prospetto allegato "A" al verbale) e la apertura e presa cognizione delle offerte economiche.

14.- L'accoglimento dell'appello comporta, per il principio devolutivo, l'accoglimento del ricorso introduttivo del giudizio e l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara de qua alla Gemos Soc. Coop..

15.- Devono quindi essere esaminate le ulteriori richieste, formulate dalla parte appellante, di declaratoria dell'inefficacia del contratto stipulato, ex artt. 121, 122 e 123 del c.p.a, e di risarcimento in forma specifica, o, in subordine, per equivalente.

15.1.- La domanda di declaratoria di inefficacia del contratto non può trovare assenso, atteso che è stato dedotto con memorie depositate prima della udienza camerale di trattazione della istanza di sospensione della sentenza gravata dal Comune resistente (senza che l'appellante abbia smentito la circostanza, che non era stato sottoscritto alcun contratto con la Gemos Soc. Coop., e che il servizio oggetto di gara veniva svolto in regime di prorogatio, disposta da ultimo con determinazione n. 272 del 30 marzo 2015), nonché dalla controinteressata Gemos Soc. Coop. (anche in questo caso senza smentita di controparte), che sta svolgendo il servizio in base a contratto d'appalto del 12 marzo 2012 rep. n. 8717, la cui scadenza è stata ripetutamente prolungata per garantire la continuità del servizio in attesa della decisione definitiva sul giudizio in esame.

Tenuto conto che con ordinanza 26 maggio 2015 n. 2273 la Sezione ha inibito, nelle more della trattazione nel merito dell'appello, la stipulazione del contratto con l'aggiudicataria, non può che ritenersi che questo non sia stato ancora stipulato, e non può quindi essere dichiarato inefficace.

15.2.- Quanto alla richiesta di risarcimento del danno formulata dalla appellante va osservato che nelle gare pubbliche, nel caso di accoglimento del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione dell'appalto da parte della impresa seconda classificata, solo se sussista la certezza che essa avrebbe avuto titolo a conseguire l'aggiudicazione e il contratto in luogo della originaria aggiudicataria, può disporsi il risarcimento in forma specifica (Consiglio di Stato, sez. IV, 2 dicembre 2013, n. 5725).

Diversamente l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva rimette in gioco la ricorrente che avrà la possibilità di conseguire - all'esito delle valutazioni riservate all'amministrazione sulla congruità dell'offerta presentata - il bene della vita (aggiudicazione della gara e contratto di appalto che non risulta al momento ancora stipulato).

Si tratta di una reintegrazione in forma specifica nella posizione sostanziale lesa che deve considerarsi integralmente soddisfacente ed esclude, anche in prospettiva strumentale, ogni ipotesi di risarcimento alternativo, quando sia richiesta peraltro dalla parte solo in via subordinata.

Va infatti escluso il risarcimento pecuniario, ogni qual volta l'impresa ottenga il sostanziale risarcimento in forma specifica del bene della vita rivendicato (*chance* di riapertura del procedimento di gara secondo i criteri auspicati dal ricorrente), non potendo vantare, in relazione all'esito finale della gara, alcuna situazione allo stato suscettiva di determinare un obiettivo e certo affidamento circa la sua aggiudicazione in proprio favore, quando il criterio di aggiudicazione adottato è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, atteso il carattere non automatico della procedura.

Nel caso che occupa all'esito della valutazione dell'offerta tecnica, la Commissione ha attribuito alla Gemos Soc. Coop. il punteggio di 51,73, mentre al Consorzio suddetto è stato attribuito il punteggio di 50,913, mentre poi, nella seduta del 10 dicembre 2013 sono stati comunicati ai presenti i punteggi attribuiti alle offerte tecniche e sono state aperte le buste contenenti le offerte economiche appurando che la Gemos Soc. Coop. aveva offerto il prezzo unitario per pasto di € 5,89, mentre il Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa aveva offerto il prezzo di € 5,64.

L'attività successiva della commissione che ha effettuato una prima riparametrazione, a seguito della quale l'offerta del Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa è risultata meglio graduata, deve ritenersi travolta dall'accoglimento dei motivi di appello del Consorzio stesso.

Non può quindi essere disposto l'accoglimento in forma specifica del ricorso mediante aggiudicazione dell'appalto alla appellante, stante la circostanza che, nella gara *de qua*, svolta con il criterio della offerta più vantaggiosa, residuano in capo all'Amministrazione poteri discrezionali al riguardo.

L'accoglimento della domanda di risarcimento in forma specifica coincide quindi con il disposto annullamento dell'aggiudicazione definitiva, che rimette in gioco la ricorrente che avrà la possibilità di conseguire - all'esito delle valutazioni riservate all'amministrazione sulla congruità dell'offerta presentata - il bene della vita auspicato, mentre, per le considerazioni in precedenza svolte, non può essere accolta la domanda di risarcimento per equivalente.

16.- L'appello deve essere conclusivamente accolto e, in riforma della prima decisione, va accolto il ricorso introduttivo del giudizio e per l'effetto va annullato il provvedimento impugnato; la richiesta di risarcimento danni in forma specifica va accolta nei termini e nei sensi di cui in motivazione.

17.- Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e vanno liquidate come in dispositivo, tenuto conto dei parametri stabiliti dal regolamento 10 marzo 2014, n. 55.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, accoglie l'appello in esame e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso originario proposto dinanzi al T.A.R. ed annulla il provvedimento impugnato; accoglie la domanda di risarcimento in forma specifica nei sensi e nei termini di cui in motivazione.

Pone in solido a carico del Comune di Todi e della Gemos Soc. Coop., con ripartizione interna in parti uguali, le spese del doppio grado, liquidate a favore del Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa nella complessiva misura di € 5.000,00 (cinquemila/00), oltre ai dovuti accessori (I.V.A., C.P.A. e 15% a titolo di rimborso di spese generali).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 27/01/2016

IL SEGRETARIO

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