

Consiglio di Stato, Sez. VI, 3 giugno 2009, n. 3404

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale
(Sezione Sesta)

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sui ricorsi riuniti in appello nn. 9884/2008 e 10064/2008 proposti rispettivamente:

1) n. 9884/2008, da XXX s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con le società L. Spa, c. Spa, I. L. Srl, S. Spa e P. I. Spa, rappresentata e difesa dagli avvocati S. R., C. T.e A. C., ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via P. C. n. 2;

contro

YYY s.p.a. in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo con le società S. s.p.a., A. s.p.a., C.G. S.c.r.l. e E. s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato R. C., ed elettivamente domiciliata presso lo studio legale S., in Roma, via P. n. 55;

e nei confronti di

INAIL, in persona del legale rappresentante in carica, non costituito;
2) n. 10064/2008, da INAIL, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati V. P. e B. T., ed elettivamente domiciliato presso i medesimi, in Roma, via X n. 144;

contro

YYYS.p.a., in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo con le società S. s.p.a., A. s.p.a., C. G. S.c.r.l. e E. s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato R.C., ed elettivamente domiciliata presso lo studio legale S., in Roma, via P. n. 55;

e nei confronti di

XXX s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con le società L. Spa, C.Spa, S.L. Srl, S. Spa e P.I. Spa, non costituita;

entrambi per la riforma

della sentenza del T.A.R. del Lazio - Roma, sez. III-quater, 13 novembre 2008 n. 10141.

Visti i ricorsi in appello;

visto l'atto di costituzione in giudizio della società appellata in entrambi gli appelli;

viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

visti gli atti tutti di causa;

relatore alla pubblica udienza del 24 marzo 2009 il consigliere Rosanna De Nictolis;

uditi per le parti gli avvocati C., P. e C.,;
ritenuto e considerato quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1.La società odierna appellata partecipava alla gara di appalto n. 5/2007 indetta dall'INAIL per l'affidamento del servizio di gestione degli archivi cartacei dell'ente, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2.Il bando prevedeva l'attribuzione di massimo 60 punti per gli elementi qualitativi e di massimo 40 punti per il prezzo.

Rimanevano in gara due soli concorrenti, la società odierna appellante e la società odierna appellata.

La società XXX, odierna appellante, risultava aggiudicataria, avendo conseguito 60 punti per l'offerta tecnica, e 30,4741 punti per l'offerta economica, pari a euro 13.335.900.

La società odierna appellata si collocava al secondo posto, avendo conseguito 43 punti per l'offerta tecnica, e 29,1374 punti per l'offerta economica, pari a euro 9.051.052.

2.1. La società odierna appellata con il ricorso di primo grado impugnava l'aggiudicazione nonché il bando e il disciplinare di gara, contestando la manifesta illogicità dei criteri di valutazione dell'offerta economica, criteri che hanno condotto al risultato aberrante di attribuire un maggior punteggio, per l'elemento prezzo, all'offerta economica più alta anziché all'offerta più bassa, nonostante che tra i prezzi offerti dalle due concorrenti vi fosse una differenza di quasi tre milioni e trecentomila euro. Il ricorso di primo grado indicava quali fossero i vizi del criterio di valutazione del prezzo, consistenti, in particolare:

- nel distribuire il punteggio per il prezzo tra vari elementi, attribuendo poi un punteggio elevato per alcuni elementi nei quali la XXX, precedente gestore del servizio, poteva offrire un prezzo pari a zero, non avendo costi proprio a causa della pregressa gestione;
- nell'attribuire il punteggio per il prezzo non tenendo conto delle singole offerte, ma del prezzo medio delle offerte, così provocando un ingiustificato appiattimento tra le offerte, che impedisce di tener conto dei ribassi e di premiare i ribassi medesimi.

Con altro ordine di censure il ricorso di primo grado lamentava la violazione delle regole in materia di continuità e pubblicità delle sedute di gara.

Veniva infine chiesto il risarcimento del danno.

2.2. Il Tar adito, con la sentenza in epigrafe:

- ha disatteso l'eccezione di tardività del ricorso per asserita tardiva impugnazione del bando di gara;
- ha disatteso l'eccezione di difetto di interesse al ricorso incentrata sull'assunto che anche ove la ricorrente avesse conseguito il massimo punteggio per il prezzo, non avrebbe potuto conseguire l'aggiudicazione a causa dello scarto di 17 punti con l'offerta aggiudicataria quanto all'offerta tecnica (c.d. prova di resistenza);
- ha dichiarato inammissibile il ricorso incidentale spiegato da XXX;
- ha accolto le censure inerenti l'illegittimità del criterio di valutazione dell'offerta economica;
- ha respinto la domanda di risarcimento del danno per equivalente;
- ha assorbito le altre censure.

3. Hanno proposto separati appelli principali l'INAIL e la società XXX.

4. Gli appelli, proposti avverso la medesima sentenza, vanno riuniti. Essi, proponendo censure di analogo tenore, possono essere esaminati congiuntamente.

5. Entrambi gli appelli contestano, anzitutto, il capo di sentenza che ha disatteso l'eccezione di tardività del ricorso di primo grado.

5.1. Si osserva che i criteri di valutazione dell'offerta economica erano contenuti nella legge di gara, e che nel corso della gara la società odierna appellata aveva già espressamente manifestato all'INAIL dubbi sulla legittimità di tali criteri, evidenziandone l'irrazionalità.

La clausola del bando, immediatamente lesiva, avrebbe dovuto essere tempestivamente impugnata, senza attendere l'esito della gara.

5.2. La censura va disattesa.

Secondo il consolidato orientamento di questo Consesso, espresso dall'adunanza plenaria, e dal quale il collegio non intende discostarsi, l'onere di immediata impugnazione delle clausole del bando di gara sussiste solo in relazione a:

a) clausole che impediscono la partecipazione del concorrente, ad es. prescrivendo requisiti che il concorrente non possiede;
b) clausole manifestamente incomprensibili o implicanti oneri per la partecipazione del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della gara o della procedura concorsuale (Cons. St., ad. plen., 29 gennaio 2003 n. 1).

Nel caso in esame non si ricade in nessuna di tali ipotesi, perché, pur apparendo la clausola del bando, già ad una prima lettura, illogica, potendo all'evidenza condurre al dir poco strano risultato che in concreto si è verificato, di attribuzione di un punteggio maggiore ad un'offerta economica più svantaggiosa, essa non era tuttavia immediatamente lesiva.

Infatti, solo in base al concreto atteggiarsi delle singole offerte - elemento questo non conoscibile ex ante - e in base alla concomitante attribuzione di punteggio per l'offerta tecnica, l'applicazione della clausola poteva condurre ad un risultato lesivo per il concorrente. Correttamente, pertanto, la società odierna appellata si è limitata, in corso di gara, in un'ottica di leale collaborazione, a segnalare alla stazione appaltante dubbi di logicità della clausola, ma non la ha impugnata, non essendo la clausola, per essa società, immediatamente lesiva: essa non impediva la partecipazione all'appalto e non imponeva oneri sproporzionati.

6. Con il secondo motivo di entrambi gli appelli si contesta il capo di sentenza che ha disatteso l'eccezione di difetto di interesse al ricorso di primo grado.

6.1. Si osserva che sottoponendo a prova di resistenza le due offerte, comunque sarebbe risultata aggiudicataria l'offerta di XXX, anche a voler attribuire all'offerta di controparte il massimo punteggio per il prezzo.

6.2. Il Tar ha in contrario osservato che trattandosi di clausola essenziale del bando, il suo annullamento avrebbe comportato il rinnovo della gara a partire dal bando, di qui l'interesse strumentale della ricorrente a contestare il bando e l'aggiudicazione.

6.3. Gli appellanti osservano, in contrario, che l'annullamento della clausola del bando relativa ai criteri di valutazione dell'offerta economica non avrebbe comportato il rinnovo di tutta la gara, ma solo una nuova valutazione delle offerte economiche, applicando il criterio proporzionale puro. Tanto sarebbe possibile trattandosi di valutare l'elemento prezzo, già emergente dalle offerte presentate, e imm modificabile, e di valutarlo con un criterio matematico oggettivo.

6.4. Il motivo è infondato.

E' stata infatti impugnata una clausola essenziale del bando, e dal suo accoglimento discende l'annullamento del bando e dunque la necessità di rinnovo delle operazioni di gara sin dal bando. Di qui l'evidente interesse, strumentale, al ricorso.

Né si può condividere l'assunto secondo cui l'accoglimento delle censure comporterebbe un annullamento solo parziale del bando, il mantenimento delle operazioni di gara, e il rinnovo del solo giudizio relativo alla valutazione delle offerte economiche. Infatti, i criteri di valutazione delle offerte vanno stabiliti prima della presentazione delle offerte medesime, e nel caso di specie questo sarebbe impossibile perché le offerte sono già state presentate.

Né si può ipotizzare che sia il giudice, nell'annullare la clausola del bando, ad indicare come va strutturata la clausola medesima quanto

alla valutazione delle offerte economiche, ad es. fissando il criterio di proporzionalità pura, perché così facendo il giudice si sostituirebbe inammissibilmente all'amministrazione al di fuori dei casi consentiti di c.d. giurisdizione estesa al merito amministrativo. Altrimenti detto, non è dato prevedere, allo stato, quale criterio la stazione appaltante può prescegliere per valutare le offerte economiche, e non può pertanto sostenersi il mancato superamento della prova di resistenza da parte dell'offerta dell'appellata immaginando in questa sede un criterio di valutazione delle offerte economiche che non può essere scelto né dai legali delle parti, né dal giudice, ma solo dalla stazione appaltante, e solo ad offerte incognite. Non è affatto scontato, a differenza di quanto sostenuto dagli appellanti, che l'amministrazione, annullato parzialmente il bando, presceglierebbe un criterio proporzionale puro, che condurrebbe ad attribuire quaranta punti all'offerta della società appellata e ventisette punti all'offerta della società appellante. Tale assunto postulerebbe, infatti, che i quaranta punti previsti dal bando per il prezzo venissero distribuiti senza suddivisione in subvoci e subpunteggi, e anche senza alcun criterio. Non è affatto scontato e dimostrabile che l'offerta di prezzo più bassa in una gara di appalto ottenga necessariamente il massimo punteggio previsto dal bando.

Il massimo punteggio potrebbe essere previsto dal bando per offerte particolarmente vantaggiose, perché ad es. presentano una elevata percentuale di abbattimento rispetto al prezzo a base di gara. Ma ove in ipotesi in una gara di appalto nessuna offerta presentata avesse tali caratteristiche, la "migliore" offerta economica, se comparata alle altre offerte in gara, sarebbe la migliore offerta "relativa" ma non la migliore offerta possibile, e dunque non conseguirebbe il massimo punteggio.

Dunque non è affatto scontato che all'offerta economica della società odierna appellata andrebbe attribuito il punteggio di 40 punti. Così come non è scontato che allo scarto economico reale tra l'offerta dell'appellata e l'offerta dell'appellante consegua, in base ad un criterio proporzionale puro, un differenziale di 13 punti. Infatti nel distribuire il punteggio complessivo per l'offerta economica, possono essere in astratto utilizzati molteplici criteri, non solo quello proporzionale, ma anche quello progressivo, e con svariate curve di progressività.

In conclusione, il ricorso di primo grado prospetta una censura di nullità di una parte essenziale del bando, e l'annullamento di siffatta parte essenziale del bando postula il rinnovo della gara sin dal bando, e non la sostituzione della parte viziata del bando ad offerte cognite.

7. Con altro ordine di censure, proposte solo da XXX, si contesta il mancato previo esame da parte del Tar del ricorso incidentale, volto a dimostrare che sussistevano cause di esclusione dell'offerta della società ricorrente in primo grado.

7.1. Si sostiene che il giudice avrebbe dovuto esaminare per primo il ricorso incidentale, e, accolto esso, non esaminare quello principale. In ogni caso, anche a voler esaminare prima il ricorso principale, comunque quello incidentale non avrebbe potuto essere dichiarato inammissibile, ma andava esaminato. Ciò in quanto, diversamente da quanto ritenuto dal Tar, l'accoglimento del ricorso principale non comporterebbe la rinnovazione dell'intera gara a partire dalla pubblicazione del bando, ma solo la rinnovazione della fase di valutazione dell'offerta economica.

7.2. La censura va disattesa.

Secondo l'insegnamento dell'adunanza plenaria (Cons. St., ad. plen., 10 novembre 2008 n. 11), "quanto all'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale, a seconda dei casi il giudice può esaminare con priorità quello che risulta decisivo per dirimere la lite".

Non esiste, dunque, una regola generale, assoluta e vincolante per il giudice, relativamente all'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale, dipendendo la scelta dal concreto atteggiarsi dei motivi di ricorso e dell'interesse delle parti. I criteri ispiratori, nella scelta dell'ordine di esame di ricorso principale e incidentale, devono essere, da un lato, la effettività della tutela giurisdizionale, e dall'altro lato l'economia processuale.

In particolare, in relazione all'ipotesi (specificamente esaminata dalla citata decisione della plenaria, e che sussiste anche nel caso di specie) di gara di appalto con due sole offerte ammesse e valutate, e di ricorso, l'uno principale, e l'altro incidentale, di entrambi i concorrenti, non si può ritenere che sia senz'altro prioritario l'esame del ricorso incidentale e che, accolto il ricorso incidentale, non si debba esaminare quello principale.

Così operando, infatti, si penalizzerebbe uno dei due ricorrenti e si avvantaggerebbe l'altro. In ossequio al diritto di difesa e al principio di effettività della tutela giurisdizionale, infatti, se ci sono ragioni di accoglimento di entrambi i ricorsi, essi vanno entrambi esaminati e accolti, con il risultato di vanificare l'intera gara.

Il caso esaminato dalla plenaria era caratterizzato dal ricorso principale e da quello incidentale delle due uniche imprese ammesse alla gara, ciascuno dei quali volto a far accertare che la controparte fosse stata illegittimamente ammessa alla gara: secondo la plenaria il giudice deve dare rilievo all'interesse alla ripetizione della gara, sicché non può essere applicato il principio della improcedibilità del ricorso principale, quando l'accoglimento del ricorso incidentale riguardi una gara con più di due offerte ammesse. Il caso in esame differisce parzialmente da quello deciso dalla plenaria, avuto riguardo al tenore delle censure. Infatti nel caso deciso dalla plenaria non veniva attaccato il bando di gara, e dunque la gara in radice, ma si sostenevano ragioni di esclusione di entrambi i concorrenti; era pertanto giocoforza esaminare entrambi i ricorsi, per pervenire al risultato che nessun concorrente aveva titolo a partecipare alla gara.

Nel caso di specie, posto che uno dei due ricorsi (quello principale) attacca il bando, e dunque il suo accoglimento è tale da comportare il necessario rinnovo dell'intera gara, ragioni di economia processuale impongono di esaminare per primo il ricorso principale. Il suo accoglimento, poi, comporta l'inutilità dell'esame del ricorso incidentale: infatti, anche ove si esamini e si accolga il ricorso incidentale, e si affermi che il ricorrente principale andava escluso dalla gara per difetto di requisiti, si perviene ad un risultato inutile, quello dell'esclusione da una gara che viene contestualmente annullata e che va rinnovata.

In conclusione, dati due ricorsi, l'uno principale e l'altro incidentale, se l'accoglimento di uno dei due ricorsi, sortisce l'effetto di vanificare l'intera gara, si determina l'inutilità dell'esame dell'altro ricorso, che mira solo all'esclusione di uno dei due concorrenti, per elementari ragioni di economia processuale. Nel caso di specie, pertanto, il giudice di primo grado non era tenuto ad esaminare per primo il ricorso incidentale. D'altro canto, posto che l'accoglimento del ricorso principale ha comportato l'annullamento

dell'intera gara e la conseguente necessità di rinnovare le operazioni sin dalla riformulazione del bando, ne derivava l'inutilità di verificare se vi fossero cause di esclusione della ricorrente da un appalto che andava interamente annullato. Di qui il necessario assorbimento del ricorso incidentale.

Né può condividersi l'assunto dell'appellante XXX secondo cui dall'annullamento di una clausola del bando di gara non discendeva la necessità di rinnovo dell'intera gara, ma solo la necessità di rinnovare la fase di valutazione dell'offerta economica. Tale assunto è già stato confutato: la clausola del bando impugnata ha carattere essenziale e il suo venir meno non consente la sopravvivenza del bando e la conservazione degli atti di gara, tanto più che occorre fissare nuovamente i criteri di valutazione delle offerte economiche, e tale operazione non può avvenire ad offerte cognite.

8. Con l'ultimo motivo di entrambi gli appelli, si lamenta che il Tar avrebbe errato a ritenere illogica la clausola del bando.

8.1. L'amministrazione ha infatti il potere discrezionale di fissare i criteri di valutazione delle offerte, e tali criteri non sono sindacabili se non in caso di manifesta illogicità o travisamento. Nel caso di specie la clausola che fissa i criteri di valutazione dell'offerta economica sarebbe pienamente logica, rispondente a clausole elaborate dalla Consip:

a) intanto verrebbe distribuito il punteggio complessivo tra singole componenti;

b) in secondo luogo, ancorando il punteggio per il prezzo ad un prezzo corrispondente a quello medio con un coefficiente di abbattimento, si conseguirebbe il risultato di neutralizzare le offerte "anomale".

9. Le censure sono infondate.

9.1. E' vero che la fissazione dei criteri di valutazione delle offerte rientra nella discrezionalità della stazione appaltante e che tali criteri sono sindacabili solo in caso di manifesta illogicità o travisamento.

Ma nel caso di specie sussiste proprio quella manifesta illogicità, emergente *ictu oculi*, che giustifica l'intervento cassatorio del giudice.

9.2. Vanno fatte due premesse essenziali in diritto. Il diritto comunitario consente solo due criteri di valutazione delle offerte, quello del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nel primo caso, va premiato il prezzo più basso, ed è precluso, nella valutazione del prezzo, qualunque criterio che si basi su medie matematiche o criteri forfetari.

Siffatti criteri esistevano prima del recepimento delle direttive comunitarie: prezzo offerto da confrontarsi con il prezzo segreto dell'amministrazione; media; media mediata, media corretta, etc., e sono note le distorsioni applicative di tali criteri.

9.3. Nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, vanno separatamente valutate l'offerta economica e l'offerta tecnica. Ma quanto alla valutazione dell'offerta economica, il criterio non può che essere quello del prezzo più basso, senza medie o criteri forfetari.

Il criterio del prezzo più basso, nella sua chiara e univoca applicazione, non può che condurre al risultato di premiare l'offerta di prezzo più basso, e non può pervenire al risultato di premiare un'offerta di prezzo più alta di altre.

La differenza, nell'operazione di valutazione del prezzo, che intercorre tra criterio del prezzo più basso e criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è che nel primo criterio l'offerta più bassa è aggiudicataria, senza necessità di attribuzione di un

punteggio, dovendosi solo redigere la graduatoria delle offerte; invece nel secondo criterio il punteggio complessivamente previsto per l'elemento prezzo può essere variamente distribuito, per cui alle varie offerte economiche va attribuito un punteggio, che si somma con il punteggio previsto per le offerte tecniche. Ma i criteri di distribuzione del punteggio per l'offerta economica, previa suddivisione di essa in vari subelementi, devono comunque essere strutturati in modo tale da condurre al risultato per cui l'offerta economica complessivamente inferiore deve riportare un punteggio, per il prezzo, complessivamente superiore.

Si può semmai graduare il punteggio per il prezzo secondo criteri di proporzionalità o progressività, premiare il prezzo più basso di più per taluni elementi e meno per altri, ma qualsivoglia criterio si utilizzi, non si può trattare di criterio suscettibile di pervenire al paradossale risultato di dare il maggiore punteggio complessivo ad un offerta economica più elevata di altre.

9.4. Un'altra notazione in diritto è che nel vigente ordinamento sono stati banditi tutti i criteri di valutazione delle offerte di prezzo basati su medie.

Permane il sistema della media matematica al solo fine di individuare le offerte sospette da sottoporre a verifica di anomalia. Le medie matematiche, bandite dal legislatore per la valutazione delle offerte economiche, non possono essere pertanto utilizzate dalle stazioni appaltanti nei bandi di gara.

9.5. Né può condividersi l'assunto secondo cui il criterio matematico utilizzato nella specie dalla stazione appaltante sarebbe legittimo perché giovava al fine di non premiare e di scongiurare le offerte "anomale".

Si tratta, al contrario, di un'ammissione di colpa che costituisce un ulteriore argomento a sostegno dell'illegittimità della clausola. Infatti, l'ordinamento nazionale e comunitario esigono che la valutazione di anomalia sia successiva alla fase di attribuzione del punteggio per le offerte, e non possa essere incorporata nella operazione di formazione della graduatoria delle offerte, mediante automatismi.

Infatti, introducendo un criterio matematico fondato su medie per valutare l'offerta economica, si finisce con il compiere una valutazione automatica di presunte offerte anomale, in radicale contrasto con il principio secondo cui le offerte sospette devono essere verificate in contraddittorio.

L'offerta bassa e dunque sospetta di anomalia, non può aprioristicamente essere penalizzata mediante l'attribuzione di un punteggio basso. Ad essa va dato il punteggio che merita in quanto offerta bassa, e poi va verificata e penalizzata con l'esclusione solo se ed in quanto anomala. Un meccanismo che a priori attribuisca un basso punteggio ad un'offerta molto bassa, penalizza a priori un'offerta bassa, senza alcuna verifica di effettiva anomalia.

9.6. Neppure può ritenersi che la clausola ipotizzata tragga fondamento dall'art. 83, co. 2, d.lgs. n. 163/2006, laddove autorizza la fissazione di soglie per l'attribuzione di punteggi. Invero tale disposizione, pur consentendo soglie di ponderazione, e relativi punteggi, impone che vi sia un adeguato scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia. E comunque l'art. 83, co. 2, non autorizza la determinazione di soglie basate su medie calcolate sulle offerte in gara, che si prestano a palesi distorsioni.

Se si fissa come soglia la media dei ribassi offerti in gara, comunque questo non autorizza ad appiattare il punteggio per i ribassi che sono più bassi rispetto a quello che risulta dalla media dei ribassi

offerti.

9.7. Estendendo il campo di indagine ai vigenti metodi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, fissati con norme di rango regolamentare, si evince che nessuno di questi metodi contiene criteri paragonabili a quello nella specie seguito. Tutti i vigenti metodi, per l'elemento prezzo, attribuiscono, come è logico, il punteggio maggiore al ribasso più conveniente, cioè più elevato rispetto al prezzo a base di gara. Così è a dirsi per i metodi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa previsti dal d.P.R. n. 554/1999 (per i lavori), nell'ambito dei quali non vi sono, per la valutazione dell'elemento prezzo, criteri basati sulle medie dei ribassi offerti. Parimenti, il d.P.C.M. n. 117/1999 che detta i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa per i servizi di pulizia, nell'indicare i criteri di attribuzione del punteggio per il prezzo, premia e non penalizza l'offerta di prezzo più basso: v. allegato A, da cui si desume che il prezzo più basso offerto consegue il punteggio più elevato.

Anche il d.P.C.M. 18 novembre 2005, nel dettare i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa per il servizio dei buoni pasto, esplicita che il punteggio più elevato per il prezzo va attribuito all'offerta con il ribasso più elevato, mentre i punteggi per i ribassi meno elevati vanno proporzionalmente ridotti (art. 6, co. 3, lett. a): "Il punteggio massimo è attribuito all'offerta con il prezzo più basso. Alle altre offerte è attribuito un minor punteggio determinato dalla formula: prezzo minimo offerto diviso prezzo singola offerta moltiplicato per il punteggio massimo; il risultato è moltiplicato per un coefficiente correttivo da 0,95 a 1. Ai suddetti prezzi si applica l'imposta sul valore aggiunto. Fattore ponderale: 30-40").

9.8. In conclusione, sia l'art. 83, d.lgs. n. 163/2006, sia i vigenti metodi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, fissati da norme di rango regolamentare, esigono che per l'elemento prezzo il punteggio più elevato vada al prezzo più basso, e non autorizzano appiattimenti con l'attribuzione del medesimo punteggio a offerte di prezzo diverse.

10. Esaminando nel concreto il criterio di valutazione delle offerte economiche contenuto nel bando di gara, esso si presta a molteplici censure di manifesta illogicità.

10.1. Innanzitutto, il punteggio complessivo di quaranta punti viene distribuito tra undici voci, ognuna con un subpunteggio, per un totale di quaranta punti.

Vi è però disomogeneità tra i punti per le singole undici voci, essendovi ad esempio voci che possono conseguire un punteggio massimo di 0,5, 1, o 2 punti, e voci che possono conseguire un punteggio massimo di 6, 8, 10 punti.

Ma così strutturato, il criterio si presta, manifestamente, ad applicazioni distorte.

Infatti un'offerta può essere strutturata con un prezzo bassissimo per le voci dove il punteggio massimo può arrivare a 6, 8, 10, e con un prezzo elevato dove il punteggio massimo può arrivare a 0,5, 1, 2 punti.

E in tal modo, può verificarsi che un'offerta economica più elevata di altre consegua un punteggio migliore di altre più vantaggiose, sol perché il concorrente ha utilizzato l'espedito di abbassare i prezzi dove può avere maggior punteggio, e lasciarli alti dove comunque non può avere un'alta votazione.

E' allora evidente che un criterio di valutazione dell'offerta economica, se anche vuole scindersi in subcriteri e subpunteggi, deve

tuttavia essere strutturato in modo tale che sia salvaguardato il principio di proporzionalità, o quello di progressività, per cui l'offerta economica complessivamente più bassa deve conseguire comunque un punteggio migliore di quella complessivamente più elevata. 10.2. Una ulteriore illogicità si annida nel prevedere punteggi massimi piuttosto elevati, 3 e 6, per due prestazioni, il ritiro della documentazione e la spunta e registrazione informatica, nelle quali il precedente affidatario del servizio ha un indubbio vantaggio concorrenziale rispetto agli altri concorrenti, non avendo costi e potendo formulare un'offerta di prezzo pari a zero, come nel concreto è accaduto.

La fissazione dei criteri di valutazione delle offerte deve invece avvenire nel rispetto della par condicio dei concorrenti.

10.3. Una terza illogicità del criterio utilizzato emerge *ictu oculi* dall'esame della formula matematica utilizzata per attribuire il punteggio alle singole voci di prezzo. Invero, in tale formula, occorre anzitutto determinare il prezzo medio delle offerte valide (c.d. $PrMO$): costituito dalla somma delle offerte valide, divisa per il numero delle offerte sommate. Successivamente viene determinato il prezzo minimo ($PrMin$), che è pari al $PrMO$ moltiplicato per il coefficiente di 0,8: $PrMIN = PrMO \times 0,8$. In tal modo si ha una sorta di media corretta, perché determinato il prezzo medio delle offerte valide, esso viene ridotto con un coefficiente di abbattimento.

Il punteggio da assegnare a ciascuna offerta per ciascuno dei subelementi che rientrano nell'elemento prezzo è il risultato di un'operazione matematica in cui il prezzo minimo viene diviso per il prezzo offerto dal concorrente e moltiplicato per il punteggio massimo per ciascun subelemento:

$$Pu(x,y) = \frac{PrMIN \times PuMAX}{PrO}$$

In tale formula, $Pu(X,Y)$ è il punteggio assegnato ad ogni concorrente X per ciascun elemento valutato Y .

In tale formula, se il Prezzo Offerto (PrO) è inferiore al prezzo minimo ($PrMIN$), il risultato della frazione di cui sopra è un numero positivo, che moltiplicato per il $PUMAX$, punteggio massimo per ciascun elemento, porterebbe ad un numero maggiore rispetto al punteggio massimo. Ma siccome per ciascun elemento non si può conseguire di più del punteggio massimo, è evidente che un prezzo offerto inferiore al prezzo minimo rimane irrilevante, perché comunque non si può conseguire un punteggio superiore al punteggio massimo. Infatti nell'esplicazione della formula matematica il disciplinare di gara specifica che se il prezzo offerto è inferiore al prezzo minimo, viene utilizzato, ai fini del calcolo del punteggio, il valore del prezzo minimo: il che significa che un prezzo offerto inferiore al prezzo minimo viene automaticamente parificato al prezzo minimo, e dunque appiattito su questo, senza possibilità di essere premiato. Di qui consegue l'inevitabile appiattimento di tutti i prezzi offerti che siano inferiori al prezzo minimo, i quali vengono automaticamente equiparati al prezzo minimo e conseguono tutti lo stesso punteggio. Con questo meccanismo, si neutralizzano i prezzi offerti inferiori al prezzo minimo, che è un prezzo medio corretto: si tratta di un meccanismo che, come ammette la stessa stazione appaltante, neutralizza le offerte anomale.

Ma si tratta di meccanismo illegittimo perché:

- vanifica il criterio di valutazione del prezzo più basso, che vuole che il prezzo più basso consegua il maggior punteggio;
- introduce elementi fittizi, estranei a ciascuna offerta, nella valutazione dell'offerta economica;

- impedisce di valutare ciascuna offerta per ciò che essa è effettivamente, eguagliandola in automatico ad un prezzo medio; in tal modo, il punteggio attribuito diventa forfetario e disancorato dall'effettiva offerta;

- introduce nella valutazione dell'offerta economica automatismi nella valutazione di presunte offerte anomale, non consentiti dall'ordinamento;

- si presta a facili distorsioni applicative, avvantaggiando ingiustificatamente le offerte economiche più elevate e penalizzando altrettanto ingiustificatamente le offerte più basse.

10.4. Per comprendere i risultati illogici cui può condurre l'applicazione della suddetta formula matematica, basta un semplice esempio.

Si ipotizzi, per un dato elemento dell'offerta economica, che sette concorrenti offrano, rispettivamente, i seguenti prezzi, espressi in euro: 22, 7, 6, 5, 4, 3, 2.

Il prezzo medio è pari a 7: infatti, $[(22+7+6+5+4+3+2): 7] = [49: 7] = 7$.

Il prezzo minimo è pari a $7 \times 0,8 = 5,6$.

Con tale meccanismo, le offerte pari a 5, 4, 3, 2, ricevono tutte il medesimo punteggio, senza alcuna differenziazione.

A risultato ancora più illogico si perviene se si sostituisce, nell'esempio fatto, l'offerta di 22 euro con una offerta di 36 euro. In tal caso il prezzo medio è pari a 9 e il prezzo minimo è pari a 7,2.

In tal modo, sei offerte su sette, e segnatamente le offerte 7, 6, 5, 4, 3, 2, conseguono tutte il medesimo punteggio.

E' dunque evidente che la formula matematica impiegata si presta a facili distorsioni e turbative, essendo sufficiente presentare una offerta di disturbo con prezzi molto elevati e che si scostano dalla media degli altri (agevolmente prevedibile ex ante sulla scorta della conoscenza dei prezzi di mercato), per far salire verso l'alto il prezzo medio e dunque il prezzo minimo, e appiattare la valutazione delle offerte economiche.

10.5. In conclusione, si deve affermare che mentre la valutazione degli elementi qualitativi dell'offerta consente margini di apprezzamento rimessi alla stazione appaltante, la valutazione del prezzo, sia nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sia nel criterio del prezzo più basso, è ancorata a semplice proporzionalità o progressività, sicché al prezzo complessivamente più basso deve corrispondere necessariamente un punteggio complessivamente più alto.

Tale elementare e chiaro meccanismo, imposto dal diritto comunitario e nazionale, non può essere inquinato con formule matematiche ancorate a medie variamente calcolate, che:

- introducono nella valutazione della singola offerta economica elementi ad essa estranei, tratti dalle altre offerte economiche;

- introducono nella valutazione della singola offerta economica automatismi inerenti presunte anomalie, automatismi estranei al sistema e, anzi, da esso vietati;

- si prestano a facili turbative e distorsioni applicative.

La pur ampia discrezionalità della stazione appaltante nella fissazione dei criteri di valutazione delle offerte incontra un limite invalicabile:

1) nel divieto di introdurre criteri contra legem;

2) nel divieto di rendere complicato un meccanismo legale assolutamente semplice e univoco, attraverso formule matematiche non solo inutili ma addirittura dannose sia per la tutela della par condicio dei concorrenti, sia per l'efficienza ed economicità

dell'azione amministrativa, posto che alla maggior complessità delle operazioni di gara (per applicare una formula matematica non richiesta della legge) consegue il risultato, del tutto contrario alla lettera e alla ratio della legge, di premiare una offerta di prezzo più elevata.
11. Per quanto esposto, gli appelli vanno respinti. La novità della questione giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione sesta), definitivamente pronunciando sui ricorsi in epigrafe:

riunisce gli appelli;

li respinge;

spese del grado compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 24 marzo 2009, con la partecipazione di:

Giovanni Ruoppolo - Presidente

Rosanna De Nictolis - Consigliere relatore ed estensore

Domenico Cafini - Consigliere

Roberto Chieppa - Consigliere

Bruno Rosario Polito - Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/06/2009