Consiglio di Stato, Sez. V, 9 marzo 2009, n.1368

IL CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE QUINTA SEZIONE
ha pronunciato la seguente
DECISIONE

sul ricorso in appello n. 8271 del 2007, proposto dalla Xxx s.p.a., in proprio e quale mandataria in a.t.i. con Yyy s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti C.E.G. e A.R., elettivamente domiciliate presso il secondo in Roma;

contro

Zzz s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv.to B.B., elettivamente domiciliata presso l'avv. V.B. in Roma;

e nei confronti

del Comune di R., non costituito;

e

sul ricorso in appello n. 8339 del 2007, proposto dal Comune di R., rappresentato e difeso dall'avv. M.C. e dall'avv. V.B., elettivamente domiciliata nello studio del primo in Roma

contro

Zzz s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv.to B.B., elettivamente domiciliata presso l'avv. V.B. in Roma;

e nei confronti

dalla Xxx s.p.a., in proprio e quale mandataria in a.t.i. con Yyy s.p.a., non costituita;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, Sez. II, 22 maggio 2007 n. 2223, resa tra le parti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti appellate come in epigrafe;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 7 novembre 2008 il consigliere Marzio Branca, e uditi gli avv.ti R., C. e F., quest'ultimo per delega di B.;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza in epigrafe è stato accolto il ricorso proposto dalla Zzz s.p.a. per l'annullamento dell'aggiudicazione alla Xxx s.p.a. in a.t.i. con Yyy s.p.a. del servizio di gestione calore e manutenzione impianti termici istallati presso gli immobili di proprietà e competenza del Comune di R., oltre lavori di riqualificazione.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte ha ritenuto fondate le censure con le quali è stata dedotta l'insufficienza e l'erroneità della motivazione sulla cui base la commissione di gara ha attribuito alla ricorrente Zzz s.p.a. il punteggio riservato alla valutazione tecnica dell'offerta per un massimo di 70 punti.

E' stata accolta anche la censura rivolta nei confronti della formula matematica da utilizzare per l'attribuzione del punteggio collegato al ribasso offerto rispetto all'importo base, valutabile fino a 30 punti, perché suscettibile di appiattire eccessivamente il rilievo della convenienza economica delle offerte.

I primi giudici hanno anche respinto la domanda di risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente in relazione alla pretesa aggiudicazione, essendosi valutato che, stabilita la necessità di procedere alla riedizione della gara, la ricorrente avrebbe potuto tutelare le proprie pretese nel quadro della nuova procedura.

E’ stata invece accolta la domanda di rifusione delle spese vive sostenute per la partecipazione alla gara.
Il Comune di R. e la aggiudicataria Xxx s.p.a. hanno proposto separati appelli per ottenere la riforma della sentenza, deducendo motivi pressoché integralmente sovrapponibili, di cui sarà dato conto nella parte in diritto.
La Yyy s.p.a. si è costituita in entrambi i giudizi, ed ha sostenuto la fondatezza della sentenza impugnata. Ha comunque proposto appello incidentale per contestare i capi con i quali la pronuncia ha respinto i motivi secondo e terzo.
Alla pubblica udienza del 7 novembre 2008 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. I due appelli, proposti avverso la medesima sentenza di primo grado, vanno riuniti ai fini di un’unica decisione.
2. Si è accennato sopra che per la valutazione del profilo tecnico delle offerte, concernenti l’affidamento il servizio calore e la manutenzione dei relativi impianti nel Comune di R., la commissione giudicatrice disponeva di 70 punti su 100. Secondo quanto emerge dal verbale in data 2 ottobre 2006, alla aggiudicataria, oggi parte appellante, sono stati attribuiti 70 punti mentre alla seconda classificata, qui in veste di parte appellata, sono stati assegnati punti 56. Una terza concorrente ha ottenuto punti 42.
La Commissione, dopo aver effettuato la predetta attribuzione di punteggio, ha ritenuto di inserire nel predetto verbale la seguente proposizione: “Le motivazioni che hanno caratterizzato il giudizio della Commissione di Valutazione si possono riassumere nel modo seguente: ..”. Seguono sintetiche considerazioni sulle caratteristiche delle offerte delle concorrenti, secondo i diversi aspetti di ordine tecnico che erano stati presi in considerazione in conformità alle prescrizioni della lex specialis.
La prima doglianza accolta dal TAR ha tratto argomento da tali giudizi, ed è consistita nella contestazione dell’operato della commissione, cui si è addebitato di aver compiuto una valutazione sfavorevole dell’offerta della ricorrente sulla base di una non corretta percezione dell’offerta medesima.
Le parti appellanti hanno mosso alla sentenza innanzi tutto una censura secondo cui i primi giudici, nell’affermare un generale difetto di motivazione della determinazione dei punteggi, avrebbero attribuito un valore indebito alle giustificazioni dei medesimi inserite nel verbale. A tal fine hanno osservato: a) che le stesse non costituivano la motivazione del giudizio numerico perché la commissione aveva soltanto l’obbligo di attribuire un punteggio, cui, per costante giurisprudenza, si riconosce il valore di motivazione sufficiente del giudizio quando, come nella specie, il bando e il capitolato, indicano con estrema precisione quali elementi dovessero essere tenuti in considerazione; b) che la esternazione effettuata nel verbale aveva carattere assolutamente sommario ed esemplificativo, e che con essa non si intendeva rendere analiticamente conto delle differenze e delle comparazioni effettuate tra le offerte, operazione praticamente impossibile data la complessità e l’ampiezza delle medesime.
L’avviso delle appellanti va disatteso.
Nella fattispecie, infatti, non assume rilievo l’eventuale insufficienza della motivazione comunicata dalla commissione. La ricorrente in primo grado ha censurato alcuni passi delle brevi proposizioni esposte nel verbale per mettere in evidenza che dalle stesse emergeva come il giudizio della commissione si fosse formato in base ad una errata comprensione delle caratteristiche dell’offerta.

Sotto tale profilo diventa irrilevante che la commissione, eventualmente, non fosse tenuta ad esplicitare le ragioni dei propri apprezzamenti, essendo prevalente il fatto che tali ragioni abbia comunque esternato, rendendo intelligibile il percorso logico che le ha determinate.
Occorre dunque verificare se risulti attendibile l'assunto della appellata, condiviso dai primi giudici, che la propria offerta non presentava quegli aspetti di minor pregio ravvisati dalla commissione, che ne hanno determinato una più modesta valutazione.
3.1. Il primo rilievo della appellata, che, in punto di fatto, risulta fondato, concerne la affermazione della commissione secondo cui la sua offerta, con riguardo alla Scuola Cavour, avrebbe progettato la sostituzione in toto della centrale termica passando dal teleriscaldamento al metano.
La documentazione prodotta dall'appellata consente di stabilire che la stessa, per il predetto edificio, non aveva previsto la sostituzione dell'impianto esistente di teleriscaldamento, bensì la sola installazione di un nuovo impianto a metano "a triplo giro di fumi", quale sistema da affiancare all'impianto principale, in funzione di riserva per far fronte ad eventuali impreviste interruzioni nell'erogazione del calore (doc. n. 21 prodotto nel giudizio di primo grado).
Sebbene il rilevato fraintendimento non presenti, obiettivamente, portata tale da pregiudicare il giudizio sulla offerta complessiva, riguardando un solo edificio su 63, la circostanza che la commissione abbia ritenuto di farne menzione rende attendibile la tesi che l'errato convincimento abbia pesato negativamente sulla valutazione dell'offerta.
3.2. La commissione ha dedicato specifica attenzione alle offerte sotto il profilo dell'analisi dei risparmi energetici e all'uso di fonti rinnovabili. A questo riguardo la commissione ha rilevato: "Significativo è l'utilizzo da parte del R.T.I. con capogruppo la società Xxx di bruciatori "a condensazione" piuttosto che bruciatori "a triplo giro di fumi" proposto dal R.T.I. con capogruppo la Società Zzz, in quanto con la prima tecnologia i rendimenti certificati risultano superiori". A questo riguardo la ricorrente aveva rilevato in primo grado, e ribadito in questa sede, che il detto apprezzamento sarebbe erroneo, in quanto l'utilizzo della citata tecnologia sarebbe stato proposto solo per gli impianti collegati alla rete di teleriscaldamento o serviti da impianto cd. cippato a legna (e comunque sempre in chiave di riserva di funzionamento), mentre per tutti gli altri impianti sarebbe stata proposta la sostituzione dei generatori esistenti con nuovi generatori a condensazione ed altissimo rendimento.
Anche in questo caso la appellata ha potuto dimostrare le proprie argomentazioni mediante il riferimento all'offerta (documenti dal 28 al 36 prodotti in primo grado) dalla quale emerge l'impiego della medesima tecnologia dei bruciatori "a condensazione", mentre risulta confermato che i bruciatori a triplo giro di fumi erano previsti solo come impianti di riserva.
Che la commissione si sia determinata in base ad una convinzione errata, risulta poi confermato anche dalle espressioni usate a proposito della valutazione delle offerte sotto il profilo della capacità di ottenere una riduzione delle emissioni nocive in atmosfera. Il verbale citato, sul punto, recita: "Il R.T.I. con capogruppo la società Zzz esegue un tipo di intervento simile al precedente che riduce in maniera meno consistente le emissioni nocive in atmosfera, poiché la tecnologia

utilizzata a triplo giro di fumi ottiene rendimenti certificati inferiori alla tecnologia a condensazione".
Si è già visto come, invece, emerga dalla documentazione che la tecnologia a triplo giro di fumi non è stata proposta come sistema ordinario di produzione del calore, bensì come fonte di riserva in caso di malfunzionamento o di interruzione dell'impianto a condensazione.
Sotto gli anzidetti profili le proposizioni dei primi giudici, pertanto, meritano di essere confermate.
3.2. Gli appelli risultano fondati con riguardo alla censura mossa al capo di sentenza che ha accolto la doglianza relativa alla pretesa inesattezza della valutazione in merito alla organizzazione del servizio e risorse umane.
La commissione, infatti si è espressa in termini di sostanziale equivalenza delle due offerte, e la parte appellata non ha portato argomenti idonei a conforto della tesi che il giudizio sia stato viziato da ipotesi di travisamento. La commissione, nella sua discrezionalità tecnica, che non risulta affetta da illogicità, ha ritenuto di assegnare 10 punti alla offerta Xxx e 8 alla Zzz, in considerazione della maggior consistenza dei mezzi tecnici messi a disposizione, nonché nella dislocazione di una unità di personale presso gli uffici comunali.
La parte appellata tende a svalutare quest'ultima circostanza cercando di sostenere che non vi fosse un impegno reale e concreto in tal senso, ma l'argomento non trova conforto nella documentazione in atti.
4.1. Il secondo motivo di ricorso accolto dalla sentenza appellata concerne la formula matematica utilizzata per la attribuzione dei 30 punti riservati al profilo economico dell'offerta.
La formula originaria: 30-15 x (Pi/Pmin) è stata poi rettificata in 45-15 x (Pi/Pmin) dove Pi indica l'importo della ditta i-esima e Pmin l'importo minore tra tutti quelli presentati.
L'applicazione di tale formula ha condotto alla seguente ripartizione di punteggio:
alla aggiudicataria Xxx con uno sconto del 2,69 punti 28,15;
alla appellata Zzz con uno sconto del 4,14 punti 28,40;
alla terza classificata con uno sconto del 13,37 punti 30.
Secondo la sentenza la adozione della formula suddetta appare illogica e sintomatica del vizio di eccesso di potere. Secondo i primi giudici, infatti: "all'esito delle operazioni di calcolo ed a fronte di un ribasso (quello offerto dall'A.T.I. ricorrente) pari circa al doppio dell'altro (quello offerto dall'A.T.I. controinteressata) - sono stati poi assegnati punteggi economici che si differenziano solo per 0.25 punti l'uno dall'altro (su un totale di 30 punti complessivamente attribuibili), per cui l'incidenza concreta dell'offerta economica è stata clamorosamente ridotta, fino a divenire quasi irrilevante ed a snaturare il metodo stesso di selezione prescelto dalla stazione appaltante (quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa) che, per definizione, presuppone un duplice criterio di valutazione, basato sull'elemento qualità ma anche sull'elemento prezzo.".
A sostegno della detta argomentazione la sentenza ha allegato una precedente decisione della Sezione (n. 5194 del 2005) con la quale è stata affermata l'illegittimità di quelle formule matematiche che si risolvano nella sostanziale vanificazione sul rilievo che anche lo sconto offerto deve avere nella valutazione complessiva dell'offerta economicamente più conveniente.
4.2. Avverso la tesi accolta dalla sentenza le appellanti hanno ribadito una eccezione di inammissibilità del motivo, deducendo che, considerata la rilevante distanza dei punteggi conseguiti dalle prime classificate per i profili tecnici dell'offerta (14 punti),

l’attribuzione di punteggio relativo al prezzo non avrebbe potuto comunque modificare l’esito della gara.
L’eccezione va disattesa.
Essa presuppone, sul piano logico, che siano stati accolti gli appelli avverso i capi di sentenza che hanno rilevato la illegittimità delle operazioni della commissione nella valutazione tecnica delle offerte.
Ma, come si è detto, tali doglianze sono state ritenute fondate solo in minima parte, cosicché la prospettata prova di resistenza risulta improponibile, non potendosi stabilire quali sarebbero gli esiti della valutazione del merito tecnico a seguito di una ipotetica rivalutazione delle offerte.
Ma tale rivalutazione non potrà avvenire perché la conferma in questa sede di alcune doglianze relative all’operato della commissione rende necessaria la edizione di una nuova gara. Come correttamente rilevato dai primi giudici, il riesame del merito tecnico delle offerte non può svolgersi quando siano già note le offerte economiche per l’imprescindibile principio di segretezza che deve garantire l’imparzialità del giudizio qualitativo.
Il motivo in esame, tuttavia, non può ritenersi improcedibile, persistendo l’interesse dell’Amministrazione alla contestazione della affermata illegittimità del bando nella parte relativa alla scelta della formula matematica destinata a definire il punteggio spettante per il prezzo offerto.
4.3. E’ da condividere parzialmente il rilievo con il quale le parti appellanti hanno dedotto che il precedente della Sezione menzionato dalla sentenza impugnata non si attaglia perfettamente alla odierna fattispecie. Ed infatti in tale occasione fu scrutinata una formula matematica che, rispetto ai 40 punti disponibili, consentiva l’assegnazione di soli 10 punti, contraddicendo lo spirito e la lettera della lex specialis. Tale circostanza non si verifica al caso ora in esame, nel quale tutti e 30 i punti riservati alla offerta economica potevano teoricamente essere assegnati, e lo sono stati in punto di fatto.
L’orientamento della Sezione, tuttavia, conserva la sua validità e la sua influenza anche nel presente appello nella parte in cui afferma che la formula da utilizzare per la valutazione della offerta economica, e scelta dall’Amministrazione con ampia discrezionalità, deve consentire una ripartizione dei punteggi tra le singole offerte economiche che risulti connotata da non incongrui rapporti proporzionali.
La formula adottata nella attuale fattispecie non è conforme a tale principio.
Ferma la legittimità della attribuzione del massimo punteggio alla offerta che aveva praticato lo sconto maggiore (30 punti per lo sconto del 13,75), si è però pervenuti, in applicazione della formula, alla assegnazione di punti in misura di poco inferiore (28,40 e 28,15) alle concorrenti che avevano presentato ribassi assai più ridotti, pari a circa un terzo (4,14, Zzz) e circa un quarto (2,69, Xxx) rispetto a quello più alto. L’effetto del detto meccanismo è quello di privare di sostanziale incidenza la stessa offerta economica e di assegnare preponderanza decisiva a quella tecnica, in contrasto con quello che era il rapporto potenziale oggetto di autolimitazione da parte della stessa amministrazione e che era stato fissato in 70/30.
In conclusione in sede di ripetizione della gara dovrà essere adottata una formula che consenta una distribuzione del punteggio per l’offerta economica proporzionale alla differenza tra i ribassi proposti. Appare condivisibile il suggerimento contenuto nel precedente della Sezione ricordato sopra, secondo cui, ferma la libertà di scelta spettante

alla stazione appaltante, lo scopo può essere conseguito attraverso il sistema della interpolazione lineare.
In conclusione i relativi motivi di appello non possono essere accolti.
Ne consegue che la sentenza impugnata nella sua sostanza dispositiva deve essere confermata.
Tuttavia in considerazione della fondatezza di una delle censure mosse dagli appellanti (vedi sub 3.2.) si può disporre la compensazione tra le parti delle spese di lite

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, riuniti gli appelli in epigrafe, li rigetta;
dispone la compensazione delle spese;
ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.
Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 7 novembre 2008 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele	Iannotta	Presidente
Cesare	Lamberti	Consigliere
Claudio	Marchitiello	Consigliere
Marzio	Branca	Consigliere est.
Adolfo	Metro	Consigliere