

N. 01845/2018REG.PROV.COLL.

N. 03646/2017 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 in appello iscritto al numero di registro generale 3646 del 2017, proposto da: Icort S.r.l., in persona dell'Amministratore Unico e legale rappresentante, geom. Pierpaolo Tilocca, e Tilocca S.r.l., in persona dell'Amministratore Unico e legale rappresentante, ing. Raimondo Tilocca, rappresentate e difese dagli avvocati Franco Pilia e Paolo Giuseppe Pilia, domiciliati ex art. 25 Cod. proc. amm. presso la Segreteria Sezionale del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;

contro

Provincia di Sassari, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Bazzoni, con domicilio eletto presso lo studio Mario Cervone in Roma, via dei Gracchi 56; Provincia di Sassari-Settore I, Appalti e Contratti, Commissione di Gara, presso la Provincia di Sassari, non costituite in giudizio;

nei confronti di

RINAC S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Sergio Segneri e Daniela Piras, con domicilio eletto presso lo studio Antonia De Angelis in Roma, via Portuense, n. 104; Mascia Danilo Giuseppe S.r.l. Unipersonale, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SARDEGNA – CAGLIARI, SEZ. I, n. 262/2017, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Sassari e della Rinac S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 gennaio 2018 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Franco Pilia, Marcello Bazzoni e Elia Barbieri, su delega dell'avvocato Daniela Piras.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza segnata in epigrafe il Tar per la Sardegna, sezione prima, ha respinto il ricorso proposto dalla Icoart s.r.l. e dalla Tilocca s.r.l., per l'annullamento dell'aggiudicazione, in favore del costituendo RTI con capogruppo RINAC s.r.l. e mandante Mascia Danilo Giuseppe s.r.l., da parte della provincia di Sassari, dell'affidamento dei lavori di riqualificazione funzionale di un tratto della S.P. ex SS Sassari-Porto Torres.

Le appellanti hanno prestato acquiescenza al rigetto del secondo e del terzo motivo del ricorso di primo grado e con l'atto di appello hanno riproposto soltanto il primo motivo, già articolato in due distinte censure.

1.1. Con la prima, le ricorrenti avevano contestato il fatto che la commissione di gara aveva effettuato la parametrizzazione dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche con riferimento ai sub-criteri "A1.1" (15 punti), "A1.2" (15 punti) e "A1.3" (15 punti) senza procedere ad alcuna riparametrizzazione, né rispetto al macro-criterio "A.1" ("*Metodologie ed attrezzature per l'esecuzione e l'organizzazione generale*") nel suo complesso, per il quale si prevedeva nel disciplinare un "*Peso Wi 45 punti*", né rispetto al punteggio totale previsto per il merito tecnico, in relazione a "*A. Elementi di valutazione di natura qualitativa*", per il quale si prevedeva nel disciplinare un "*Peso Wi 75 Punti*". Avevano dedotto che, se anche una soltanto di tali due riparametrazioni fosse stata effettuata, come sarebbe stato imposto dalla *lex specialis* di gara, il loro R.T.I. sarebbe risultato vincitore. A sostegno di tale prospettazione avevano posto la "*Tabella riepilogativa degli elementi di valutazione*" delle offerte tecniche e la "*Tabella riepilogativa degli elementi di valutazione di natura quantitativa*" riportate nel disciplinare di gara e la precisazione contenuta al punto 13 dello stesso disciplinare sui criteri di formazione della graduatoria.

Le ricorrenti avevano altresì sostenuto che, oltre all'indicazione ricavabile dal disciplinare di gara, la doppia (o tripla) riparametrizzazione riferita ai macro-criteri fosse ontologicamente insita nel prescelto "metodo aggregativo compensatore", quale condizione indispensabile per conservare la corretta proporzione tra i criteri di valutazione e i pesi rivestiti nell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il Tar ha per contro ritenuto che la legge di gara non recasse alcuna previsione in ordine alla necessità della doppia (se non tripla) riparametrizzazione e, viceversa, contenesse alcune previsioni che – implicitamente ma univocamente - deponessero nella direzione opposta. Il Tribunale ha in effetti attribuito valore dirimente al principio che la riparametrizzazione dei punteggi possa essere effettuata solo se (e nei limiti in cui sia) prevista dal bando, secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente

(tra le tante, Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2016, n. 266), respingendo sia l'argomentazione delle ricorrenti basata sulla collocazione della dicitura "*Peso Wi*" nella tabella riassuntiva di cui a punto 13 del disciplinare (reputando sussistente un errore materiale "di incolonnamento") sia l'argomentazione secondo cui il metodo di riparametrazione utilizzato dalla commissione finirebbe per sottrarre le concorrenti alla verifica di congruità economica dell'offerta, consentendo offerte "senza limite al ribasso" (condividendo quanto in proposito affermato dalla sentenza di questa Sezione, 30 gennaio 2017, n. 313).

1.2. Con la seconda censura del primo motivo, le ricorrenti avevano sostenuto che dai verbali di gara non sarebbe dato evincere quando e da chi fosse stata effettuata la parametrizzazione dei punteggi.

Tale censura è stata respinta dal Tar sulla base delle risultanze del verbale della seduta pubblica della commissione in data 18 novembre 2016; del foglio "Riepilogo A" consegnato alle ricorrenti all'esito dell'accesso agli atti; del verbale della seduta della sottocommissione per la valutazione delle offerte tecniche in data 17 novembre 2016 e relativi allegati.

2. La ICORT s.r.l. e la TILOCCA S.R.L. hanno proposto appello per ottenere la riforma della sentenza, limitatamente alle statuizioni sopra indicate.

La Provincia di Sassari e la RINAC S.r.l., in proprio e quale mandataria capogruppo del RTI con la Mascia Danilo Giuseppe S.r.l., si sono costituite per resistere al gravame.

Le parti hanno depositato memorie e repliche.

Alla pubblica udienza del 25 gennaio 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

3. Con l'unico motivo, le appellanti deducono <<error in iudicando e in procedendo *sul motivo di impugnazione* "1. *Violazione – erronea applicazione di legge (art. 95 d.lgs. 50/2016, art. 3 l. 241/1990), violazione-erronea applicazione della lex specialis e delle linee-guida n. 2 di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, recanti "offerta economicamente più vantaggiosa"; eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione; travisamento dei fatti, atteso che la commissione di gara non ha correttamente parametrato e riparametrato i punteggi dell'offerta tecnica, cosicché, se vi avesse proceduto, il R.T.I. ICORT S.R.L. - TILOCCA S.R.L. sarebbe risultato primo classificato, non già secondo*">>.

Le appellanti criticano la sentenza impugnata, riproponendo le censure respinte in primo grado.

3.1. Sul primo profilo di censura espongono, nell'ordine, le seguenti argomentazioni:

- in materia di c.d. doppia riparametrazione esiste un orientamento del Consiglio di Stato (definito nel ricorso come "prevalente"), che la ritiene insita nel metodo aggregativo compensatore, secondo quanto affermato da Cons. Stato, III, 16 marzo 2016, n. 1048;

- in ogni caso i giudici di primo grado avrebbero <<erroneamente disatteso>> il significato letterale e la tabella grafica del punto "13. *CRITERIO DI AGGIUDICAZIONE*" del disciplinare di gara, che conterrebbe la previsione della c.d. doppia riparametrazione; in particolare, l'incolonnamento del "*Peso Wi*" nella "*Tabella riepilogativa degli elementi di valutazione*", lungi dal costituire un errore materiale, come ritenuto dal Tar, esprimerebbe una scelta della *lex specialis*; questa risulterebbe, inoltre, chiaramente dalla precisazione che segue la tabella riepilogativa e dalla formula del metodo aggregativo compensatore ivi prevista;

- in nessun punto il disciplinare indica che i “*coefficienti attribuiti a ciascun criterio, ponderati per il peso del relativo criterio*” siano da riferire ai sub-criteri “A1.1”, “A1.2” e “A1.3”;

- né identifica in tali sub-criteri gli elementi su cui effettuare il confronto a coppie, come ritenuto dal Tar.

Il motivo è infondato.

4. In punto di diritto, quanto alla c.d. doppia riparametrazione, la Sezione ribadisce l’orientamento giurisprudenziale seguito dal Tar, ed espresso dai precedenti richiamati nella sentenza impugnata di cui alle decisioni di questo Cons. Stato, V, 27 gennaio 2016 n. 266 e id., 30 gennaio 2017 n. 373, confermato dalle più recenti sentenze di questa stessa Sezione del 12 giugno 2017, n. 2811 e n. 2852, e della Sezione Terza, 20 luglio 2017, n. 3580.

Si tratta di orientamento prevalente e fermo nel superamento di quello seguito dalla decisione, richiamata nel ricorso in appello, di cui a Cons. Stato, III, 16 marzo 2016, n. 1048, pronunciata, peraltro, in un caso in cui la doppia parametrizzazione era prevista nella legge di gara.

Anche le Linee guida n. 2 di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 recanti “*Offerta economicamente più vantaggiosa*”, approvate dal Consiglio ANAC con delibera n. 1005 del 21 settembre 2016, hanno previsto la mera facoltà per la stazione appaltante di procedere alla riparametrazione dei punteggi, a condizione che la stessa sia prevista nel bando di gara, in conformità a quanto affermato da questo Consiglio di Stato nel parere preventivo sulle linee guida (Cons. St., sez. consultiva, 3 agosto 2016, parere n. 1767), in dichiarata continuità con la giurisprudenza prevalente.

Pertanto, senza che sia necessaria la rimessione all’Adunanza Plenaria, auspicata dalle appellanti, la questione di diritto posta a base del primo motivo va risolta nel senso che per le gare da aggiudicare con il criterio dell’offerta più vantaggiosa nessuna norma di carattere generale impone alle stazioni appaltanti di attribuire alla migliore offerta tecnica in gara il punteggio massimo previsto dalla *lex specialis* mediante il criterio della c.d. doppia riparametrazione, la quale deve essere espressamente prevista dalla legge di gara.

4.1. Conseguentemente è decisiva la scelta effettuata dalla stazione appaltante nella procedura concorsuale in esame.

Premesso che il disciplinare di gara non contiene alcuna esplicita clausola di c.d. riparametrazione, questa, secondo le appellanti, si dovrebbe desumere da quanto previsto nel punto 13 (*Criterio di aggiudicazione*), e precisamente:

- dalla modalità di presentazione grafica della <<*Tabella riepilogativa degli elementi di valutazione*>> A (*elementi di valutazione di natura qualitativa. Caratteristiche funzionali, tecnologiche, ambientali*);

- dalla precisazione che segue la tabella, in particolare riguardo: alla formazione della graduatoria, che <<*avverrà utilizzando il metodo aggregativo compensatore, basato sulla sommatoria dei coefficienti attribuiti a ciascun criterio, ponderati per il peso relativo del criterio*>>; alla formula del metodo aggregativo compensatore ivi riportata; ai coefficienti attribuiti per ciascun criterio da sommare ai fini del confronto a coppie (<<*[...] I coefficienti verranno determinati nel modo seguente: a) per quanto riguarda gli elementi di natura qualitativa (offerta tecnico-organizzativa), attraverso la media dei coefficienti, variabili tra zero ed uno, calcolati da ciascun commissario mediante il*

“confronto a coppie”. Una volta terminati i “confronti a coppie” per ogni elemento, ciascun commissario somma i valori attribuiti a ciascun concorrente e li trasforma in coefficienti compresi tra 0 ed 1 attribuendo il coefficiente pari ad 1 al concorrente che ha conseguito il valore più elevato e proporzionando ad esso il valore conseguito dagli altri concorrenti [...]>>).

Il punto 13 appena richiamato è stato bene interpretato dal giudice *a quo*, con motivazione (resa alle pagine 21-22 della sentenza) che si conferma nei termini che seguono.

La griglia di valutazione dell’offerta tecnica (per un totale di 75 punti) è stata suddivisa in due criteri di valutazione: A1 (per un totale di 45 punti) e A2 (per un totale di 30 punti), il primo dei quali soltanto distinto nei sub-criteri A1.1, A1.2 e A1.3, con previsione di sub-punteggio specifico per ciascun sub-criterio (15 punti).

L’art. 13 del disciplinare riferisce la parametrizzazione ai criteri oggetto del confronto a coppie da parte dei commissari. Pur non avendo specificato tali criteri menzionandoli con le lettere ed i numeri identificativi (come da censura delle appellanti), esso non può essere altrimenti interpretato che riferendo il confronto a coppie a ciascuno dei tre sub-criteri dell’elemento A1 ed all’elemento A2 (quest’ultimo da confrontare una solta volta, in quanto non suddiviso in sub-criteri).

Poiché questi sono gli unici confronti a coppie possibili, altrettanto unica è la procedura di parametrizzazione prevista dallo stesso articolo 13 del disciplinare, da realizzare *<<una volta terminati i “confronti a coppie” per ciascun elemento>>* da parte di ciascun commissario; a tale scopo, questi *<<somma i valori attribuiti a ciascun concorrente e li trasforma in coefficienti compresi tra 0 ed 1 attribuendo il coefficiente pari ad 1 al concorrente che ha conseguito il valore più elevato e proporzionando ad esso il valore conseguito dagli altri concorrenti>>*.

Le appellanti prospettano un’interpretazione alternativa della previsione del bando, per la quale la prima parametrizzazione dei punteggi si sarebbe dovuta fare rispetto agli elementi A1 e A2, ossia rispettivamente a 45 punti (e non a 15 punti per ciascun sotto-criterio dell’elemento A1) e a 30 punti e la seconda riparametrizzazione si sarebbe dovuta fare rispetto agli elementi “A” di 75 punti.

Tale interpretazione si pone in contrasto con la lettera dell’art. 13, su esaminato, poiché questo espressamente prevede la parametrizzazione soltanto una volta e soltanto dopo il confronto a coppie per *<<ogni elemento>>*.

Per superare il contrasto letterale, le appellanti integrano la prescrizione del punto 13 del disciplinare con la *<<Tabella riepilogativa degli elementi di valutazione>>* riferita agli elementi A, basando tale interpretazione integrativa sulla modalità grafica di incolonnamento della dicitura *<<Peso Wi>>* (che non è posta in alto in corrispondenza dei sub-punteggi pari ciascuno a 15 attribuiti ai sub-criteri del criterio A1, ma è posta nella parte alta della colonna recante, nell’ordine: il punteggio massimo attribuibile per il criterio A1, pari a 45; il punteggio massimo attribuibile per il criterio A2, pari a 30; quindi la somma di questi ultimi, pari a 75). Sostengono quindi che, confrontando questa tabella con la formula del metodo aggregativo compensatore, si giungerebbe al risultato interpretativo di cui sopra, ripetutamente esposto negli scritti difensivi.

Una simile conclusione non convince.

Infatti, la formula del metodo aggregativo-compensatore scelta dalla stazione appaltante ($C_a = S_n / [W_i * V_{ai}]$) ha previsto l’attribuzione del coefficiente fra 0 e 1 in riferimento a ciascun elemento in valutazione; quest’ultimo, secondo la precisazione dello stesso art. 13 sopra riportata, non avrebbe potuto essere altro *<<elemento>>*, o criterio, che quello oggetto del confronto a coppie, il quale a sua

volta non si sarebbe potuto attuare se non per ciascuno dei sotto-criteri previsti per il macro-criterio A1. D'altronde, il confronto a coppie non è certo praticabile per l'intero criterio A1, considerato che allo scopo questo è stato suddiviso in tre distinti e ben dettagliati sub-criteri, come consentito dall'art. 95 del codice dei contratti pubblici.

L'opzione della stazione appaltante è chiara nel senso che dovesse essere ritenuta migliore l'offerta risultata tale tenendo conto di ciascuno degli elementi qualitativi espressi nei sub-criteri (si da non potersi prescindere dalla valutazione e dalla parametrizzazione dei singoli elementi), senza prevedere un'(ulteriore) iper-valutazione dell'offerta, con una seconda riparametrizzazione "a corpo" per l'intero elemento A1, senza il supporto di un effettivo confronto (ed, a maggior ragione, con una terza riparametrizzazione per i criteri A1 e A2).

A suggellare la correttezza di questa conclusione sta la parte finale del citato art. 13 del disciplinare di gara, secondo cui <<Il punteggio finale si otterrà sommando i punteggi parziali relativi agli elementi dell'offerta tecnica organizzativa con quello relativo all'offerta economico-temporale e risulterà aggiudicataria l'impresa che avrà conseguito il punteggio più alto>>.

Ne consegue che il <<peso o punteggio attribuito al requisito (i)>> rappresentato dal simbolo <<Wi>> - pur non risultando questo collocato graficamente nella parte alta della colonna che contiene i punteggi massimi per ciascun sotto-criterio - è riferibile soltanto ai sotto-criteri A1.1. A1.2 e A.1.3 ed al criterio A.2 poiché questi -oggetto del confronto a coppie- sono gli elementi dell'offerta tecnico organizzativa i cui punteggi vanno sommati con quello relativo all'offerta economico-temporale per ottenere il punteggio finale.

La tabella riepilogativa degli elementi di valutazione dell'offerta tecnica contiene perciò un'impresione grafica (che il Tar ha qualificato come <<materiale errore "di incolonnamento">>), a cui non può essere attribuito il significato preteso dalle appellanti.

Le interpretazioni sostenute da queste ultime sono impraticabili non solo per il dato letterale, in sé e per sé considerato, interpretabile logicamente soltanto nei termini sopra detti, ma anche e soprattutto per l'insufficienza e l'ambiguità del mero segno grafico dell'incolonnamento che lo rende inidoneo a dettare, implicitamente, il criterio della c.d. doppia riparametrizzazione dei punteggi.

Quest'ultima, infatti, in quanto frutto di una scelta discrezionale dell'amministrazione da compiersi *ex ante*, deve essere, alla stregua del principio giurisprudenziale sopra ribadito, chiaramente manifestata nella *lex specialis*, mediante una esplicita clausola di c.d. doppia riparametrizzazione ovvero anche mediante una previsione implicita, ma dal significato inequivoco, dalla quale si possa desumere la volontà dell'amministrazione di applicare, non solo il metodo compensativo aggregatore, ma anche la riparametrizzazione del totale dei punteggi complessivamente riportato per l'offerta tecnica, sì da assicurare il rispetto dell'equilibrio tra i diversi elementi di ponderazione previsto dalla stazione appaltante.

In mancanza dell'una e dell'altra nel disciplinare di gara predisposto dalla Provincia di Sassari, la prima censura d'appello va respinta.

5. Le appellanti contestano la decisione di primo grado anche relativamente al rigetto della seconda censura del primo motivo del ricorso, concernente le procedure seguite dalla sottocommissione tecnica per la parametrizzazione delle offerte. A sostegno dei dedotti profili di illegittimità, riportano il testo della nota prot. 47018 del 19 dicembre 2016, inviata dal Presidente della sottocommissione tecnica, ing. Antonio Zara, al R.u.p., arch. Giovanni Milia (e per conoscenza al Presidente della commissione di gara), da cui si dovrebbe desumere che lo stesso mittente avanzava dubbi circa la

correttezza della parametrizzazione per le offerte tecniche effettuata dalla sottocommissione tecnica. Ripropongono quindi gli argomenti già svolti in primo grado sulla mancata verbalizzazione dell'istruttoria sul confronto a coppie compiuta dalla sottocommissione tecnica e sostengono che il foglio denominato "Riepilogo A" non sarebbe utilizzabile, poiché non allegato al verbale della seduta pubblica del 18 novembre 2016 e recante soltanto una sigla <<non riconducibile certo ai componenti della sottocommissione tecnica>>.

5.1. Nessuno degli argomenti spesi per censurare le ragioni del rigetto da parte del Tar coglie nel segno.

Quanto alla nota prot. 47018 del 19 dicembre 2016, si tratta, come osserva l'appellata Provincia di Sassari, di una missiva, inviata dopo la conclusione delle operazioni di attribuzione dei punteggi, senza che risulti manifestata alcuna valutazione negativa riguardante il *modus operandi* della sottocommissione tecnica ed i relativi risultati, ma volta soltanto a sollecitare chiarimenti sull'opportunità o meno dell'esercizio dei poteri di autotutela.

Non risulta in alcun modo smentito il contenuto del verbale di gara n. 5 del 18 novembre 2016 (valutato anche dal primo giudice) col quale l'intera commissione di gara, compresi i componenti della sottocommissione tecnica, ha fatto propri i punteggi attribuiti per le offerte tecniche.

Quanto al foglio contenente il "Riepilogo A", è sufficiente osservare come il rilievo puramente formale delle appellanti non attiene ai punteggi ivi riportati, che, in sé, non sono contestati; né tali punteggi si assumono in contrasto con quelli riportati nel verbale di gara n. 5 del 18 novembre 2016.

Questo, infatti, mediante il rinvio al detto foglio riepilogativo, dà conto della lettura in seduta pubblica e riporta i punteggi attribuiti in seduta riservata alle offerte tecniche, come determinati dalla sottocommissione tecnica nella <<apposita tabella>> (che il verbale non indica come allegata -sicché non rileva la mancata allegazione su cui insistono le appellanti- bensì come <<depositata agli atti di gara>>). Come ritenuto dal Tar, si tratta di verbalizzazione completa e sufficiente per la regolarità della procedura, non essendo necessaria a questo scopo la verbalizzazione dei calcoli matematici attraverso i quali la sottocommissione tecnica ha definito i punteggi a seguito dei singoli confronti a coppie.

6. In conclusione, l'appello va respinto.

Sussistono giusti motivi di compensazione delle spese del presente grado, considerate le peculiarità del caso di specie.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Dichiara interamente compensate tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO