

**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 10041 del 2010, proposto da:
Cricelli Costruzioni Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Alfredo Gualtieri e Demetrio Verbaro, con domicilio eletto presso l'avv. Anna Bei in Roma, via Ovidio N.10 c/o Studio Rosati;
contro
Engineering & Constructions Tekno Edil Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Raffaele Silipo, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Casalnuovo & Associati in Roma, via G.Nicotera, 29 Sc.A-int.2;
nei confronti di
Comune di Caraffa di Catanzaro;
per la riforma
della sentenza del T.A.R. CALABRIA - CATANZARO :SEZIONE I n. 02682/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO RIQUALIFICAZIONE COMPLETAMENTO E SISTEMAZIONE AREA

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Engineering & Constructions Tekno Edil Srl;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 maggio 2011 il Cons. Paolo Giovanni Nicolo' Lotti e uditi per le parti gli avvocati Verbaro e Manservisi, per delega dell'avv. Silipo;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, Catanzaro, con la sentenza n. 782 del 10 novembre 2010, in accoglimento del ricorso originario, annullava gli atti impugnati, rilevando l'illegittimità di una clausola essenziale del bando e, dunque, la necessità di rinnovo delle operazioni di gara sin dal bando, a soddisfazione dell'interesse strumentale al ricorso.

Veniva, inoltre, dichiarata l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato.

Nel caso di specie, con bando di gara del 15.4.2000 il Comune di Catanzaro aveva indetto procedura aperta avente ad oggetto la Riqualificazione, Completamento e Sistemazione di Piazza Matteotti, per un importo complessivo di € 1.008.143,00 di cui soggetto a ribasso d'asta Euro 677.089,85 ed Euro 20.925,00 per oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso d'asta.

Il metodo prescelto era stato quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con previsione di 40 punti per l'offerta tecnica, 30 per il tempo d'esecuzione e 30 per l'offerta economica.

L'odierna appellante, ha ottenuto un punteggio alto sull'offerta tecnica (39,46 su 40), un altrettanto punteggio alto sul tempo (30 su 30) e un punteggio di 26,844 sull'offerta economica (per la quale ha proposto un ribasso dell'8,766%).

In virtù di tali punteggi, la predetta è risultata aggiudicataria della gara, disposta con determina dirigenziale n. 3357 del 23.6.2010, avendo ottenuto un totale di punti 96,104 a fronte dei 94,973 ottenuti dalla seconda classificata (ricorrente in primo grado).

Avverso i risultati di gara ha proposto ricorso la ditta seconda classificata, odierna controinteressata.

In sintesi, la predetta ditta, con il ricorso in primo grado, ha sostenuto:

a) che la formula indicata dal bando per l'attribuzione del punteggio economico sarebbe errata in quanto diversa da quella prevista nell'allegato B del DPR 554/99;

b) che, peraltro, la formula applicata sarebbe illegittima in quanto non idonea a garantire la giusta proporzionalità rispetto ai vari ribassi proposti.

La sentenza impugnata ha ritenuto illegittimo il metodo utilizzato dal Comune di Catanzaro per determinare l'elemento "offerta economica" per tre ragioni:

a) in quanto tale metodo si discosterebbe dalle formule indicate dal DPR n. 554/1999 e dal suo allegato B, in tal modo violando la disciplina transitoria prevista dall'art. 253 del DLgs. n. 163/2006;

b) in quanto la formula prescelta sarebbe "incompleta" e non "autosufficiente", tanto da indurre la commissione aggiudicatrice, "arbitrariamente", a moltiplicare il coefficiente per 30, violando il principio che vieta l'integrazione della *lex specialis* e la fissazione direttamente in sede di gara di sottocriteri;

c) in quanto il metodo utilizzato per l'elemento prezzo avrebbe determinato una violazione dell'obbligatorietà dei criteri inseriti nell'Allegato B del DPR n. 554/1999, nell'impossibilità di prevedere formule che si discostino da quelle ivi indicate.

Parte appellante contesta in radice le asserzioni del TAR sotto vari profili. Resiste in appello il ricorrente in primo grado che presenta controricorso. All'udienza pubblica del 24 maggio 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Rileva il Collegio, sotto il profilo preliminare, che, effettivamente, il contenuto del predetto allegato B del Regolamento sui Lavori pubblici, lungi dall'aver voluto imporre formule obbligatorie e predefinite, si è limitato ad indicare solo alcuni metodi, lasciando comunque alla P.A. piena discrezionalità nel poterne prevedere di altri.

Testualmente, infatti, l'allegato asserisce che il calcolo dell'offerta economicamente più vantaggiosa è effettuato con il metodo aggregativo-compensatore o con il metodo *electre*, ovvero con uno degli altri metodi multi criteri o multi obiettivi che si rinvergono nella letteratura scientifica.

È vero, infatti, che, nel dettare la disciplina transitoria in attesa del nuovo regolamento (oggi d.p.r. n. 207 del 2010, *ratione temporis* non applicabile), il comma 3 dell'art. 253 D.Lgs. n. 163/2006, in relazione ai lavori pubblici, prevede la continuazione dell'applicazione del DPR n. 554/99, ma è altrettanto vero, che, con specifico riferimento all'art. 83, comma 5, ed alle metodologie di attribuzione del punteggio, il comma 13 dello stesso art. 253 ha fatto salva in via transitoria la sola applicazione dei regolamenti in materia di appalti di pulizia e mensa.

Ciò significa che, di fronte ad una concreta regolamentazione della disciplina transitoria riferita all'art. 83, comma 5, non ha valore giuridico il riferimento alla disciplina generale prevista dal comma 3 dello stesso art. 253.

Resta, pertanto, l'innegabile, piena discrezionalità della stazione appaltante di determinare da sé i metodi per l'attribuzione dei punteggi nell'offerta economicamente più vantaggiosa, anche prescindendo, in tutto o in parte, dai metodi indicati nell'allegato B del DPR n. 554/1999.

In tal senso, del resto, la giurisprudenza in materia, in relazione alla metodologia, ha inteso sottolineare come la formula da utilizzare per la valutazione della offerta economica può essere scelta dall'Amministrazione con ampia discrezionalità (Consiglio di Stato, sez. V, 9.3.2009, n. 1368) e che la stazione appaltante ha ampi margini di discrezionalità nella indicazione dei criteri da porre quale riferimento per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La elencazione dei criteri, infatti, evidentemente non deve ritenersi tassativa, potendo essere previsti nel bando ulteriori elementi individuati in relazione al carattere specifico delle opere da realizzare.

Come è noto, le analisi multicriteria si propongono, in sostanza, di individuare quale delle alternative realizzabili presenta la migliore combinazione del livello degli obiettivi, tale che essa non possa essere migliorata nei riguardi di una delle sue caratteristiche o attributi, in quanto l'aumento del perseguimento o del soddisfacimento di un obiettivo comporta sicuramente un peggioramento nel perseguimento o nel soddisfacimento di un altro, con conseguente riduzione del livello di compromesso raggiunto.

Tutti questi metodi comportano che sulla base delle alternative dei beni o servizi da valutare e degli obiettivi da perseguire o da soddisfare si costruiscano due matrici.

La prima – detta matrice degli impatti, o matrice di valutazione, o matrice di decisione, o matrice di desiderabilità, o matrice di fattibilità – ha carattere prevalentemente oggettivo, in quanto è la tabulazione delle misure quantitative e qualitative dell'effetto o impatto prodotto da ciascuna alternativa rispetto ad ognuno degli obiettivi.

Di norma, sull'asse orizzontale della matrice sono posti gli obiettivi e sull'asse verticale le alternative.

La seconda, detta matrice dei pesi oppure matrice degli obiettivi, ha carattere prevalentemente soggettivo.

Di norma, sul suo asse orizzontale sono posti gli obiettivi e sull'asse verticale gli scenari o punti di vista dei decisori, ossia le priorità latu sensu "politiche".

In sintesi, il committente attribuisce, sulla base dell'importanza che ritiene di dover assegnare agli elementi o criteri di valutazione, ad ognuno di essi un peso, che rappresenta la percentuale in cui un determinato elemento o criterio di valutazione contribuisce al giudizio complessivo, dovendo la somma di tutti i pesi essere uguale a cento (normalizzazione dei pesi).

L'attribuzione del peso a ciascun criterio di valutazione esprime la discrezionalità amministrativa e politica del committente. Il problema che si pone è come ricavare dai dati delle suddette tabelle una graduatoria delle alternative. E' evidente che la proposta in astratto migliore dovrebbe fornire contemporaneamente per tutti gli elementi di valutazione la migliore risposta. Ma quasi mai ciò si verifica. Il problema è, quindi, quello di stabilire quale procedura o metodo seguire per individuare la proposta che si ritiene essere la migliore, cioè quella che costituisce, come prima detto, il miglior compromesso rispetto ai diversi obiettivi che si vogliono perseguire.

Sul piano scientifico, sono stati studiati molti metodi per dare risposta al problema, ma si è rilevato anche che nessuno di essi è esente da limiti.

Diverse tecniche di aiuto alle decisioni o di analisi multicriteri o multiobiettivi conducono a differenti classifiche degli oggetti in esame e che ognuna di tali tecniche dà risposta ad un particolare

problema. Ciò si verifica dal momento che non esiste la soluzione ottimale per l'allocazione delle risorse.

Di norma, ciascuna offerta risponde, infatti, in misura diversa ai diversi elementi di valutazione ed è ritenuta, come si è prima osservato, migliore l'offerta che raggiunge il miglior compromesso, che cioè mostra la minore distanza dall'offerta ideale (quella che, in teoria, raggiungerebbe la misura massima in ogni elemento di valutazione).

Questa è la ragione che impone di indicare nel bando di gara o nella lettera d'invito non solo i criteri di valutazione, ma anche quale scenario, cioè quali pesi, la stazione appaltante ha attribuito ad essi criteri e quale metodo la commissione giudicatrice dovrà seguire per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa. Al fine di conseguire trasparenza e correttezza della procedura è, cioè, necessario stabilire prima che i concorrenti presentino le loro proposte come verrà determinato il compromesso sopra indicato.

Si evince, pertanto, al di là della complessità della materia, che tocca profili di matematica applicata, volta a formalizzare i processi decisionali di scelta, che la formula di gara prescelta tra uno dei molti metodi multicriteria, è potenzialmente in grado di influire sull'esito conclusivo della gara.

Pertanto, essa non può condurre ad una distorsione degli elementi di valutazione e dei relativi pesi fissati dal bando di gara.

Nella sentenza impugnata si asserisce che la formula relativa all'elemento prezzo sarebbe incompleta in quanto idonea solo a determinare il coefficiente tra 0 e 1, senza alcun'altra indicazione per giungere al concreto punteggio. Per tali ragioni, la commissione, "arbitrariamente", avrebbe integrato il bando e creato nuovi criteri decidendo di moltiplicare per 30 il risultato emergente dalla formula.

Il disciplinare di gara, riguardo alla formula complessiva di determinazione del punteggio globale, ha richiamato l'allegato B del DPR n. 554/1999, prevedendo che il punteggio sarebbe stato determinato secondo il metodo aggregativo-compensatore di cui all'allegato B del D.P.R. 554/1999: si tratta, come esplicitato proprio dal predetto allegato B, di una formula che, nella sua prima parte ($C(x) = S$), indica che il punteggio globale ($C(x)$) è dato dalla sommatoria dei vari requisiti (S_n) dunque dalla somma tra i punteggi ottenuti in relazione ai singoli elementi.

Quanto, invece, alla parte della formula relativa all'individuazione di un coefficiente variabile tra 0 e 1, sulla base di tale formula il punteggio dei singoli elementi si ottiene moltiplicando il peso specifico attribuito all'elemento per il coefficiente ottenuto, con l'effetto per cui più il coefficiente si avvicinerà ad 1, maggiore sarà il concreto punteggio.

La richiamata formula si applica nella fase finale, quando già la commissione ha determinato i coefficienti concreti di tutti gli elementi, come a loro volta singolarmente calcolati elemento per elemento in base ai concreti metodi indicati nel bando.

L'attribuzione dei punteggi, pertanto, postula un procedimento complesso che consta di due fasi: nella prima la commissione deve calcolare i coefficienti da attribuire ai concorrenti in ordine ai vari elementi, sulla base dei metodi prescelti per tempo, offerta economica, qualità, etc.; nella seconda fase, invece, la commissione dovrà concretamente assegnare i punteggi trasformando i coefficienti in punti sulla base della formula sopra richiamata.

Proprio per tale ragione il Comune di Catanzaro, nel disciplinare di gara, prima ha indicato la menzionata formula complessiva $C(x) = S$, [$1V$, * $V(x)$, J , quindi ha indicato tre distinti metodi per determinare i coefficienti in relazione al valore tecnico, al tempo ed al prezzo ("I coefficienti $V(x)$, sono determinati: 1. Valore Tecnico 2. Tempo 3. Prezzo).

Sostiene la sentenza impugnata che il metodo prescelto per l'elemento-prezzo avrebbe determinato un illogico appiattimento del punteggio spettante per l'offerta economica, con la conseguenza che il suo valore, nell'economia generale dell'attribuzione dei punteggi, è stato ridotto in modo tale da privare ampiamente di contenuto significativo la stessa offerta economica e da assegnare preponderanza decisiva a quella tecnica, oltre a quello che era il rapporto potenziale oggetto di autolimitazione da parte della stessa Amministrazione.

Ad avviso del TAR, una scelta siffatta appare illogica e contraddittoria, poiché finisce per svilire ingiustificatamente una delle voci principali previste per l'assegnazione dei punteggi e determina una situazione per cui, già all'esito delle operazioni necessarie per l'assegnazione del punteggio all'offerta tecnica, pone la Commissione di Gara in condizioni di definire, sostanzialmente, l'esito della gara, pervenendo alla individuazione del vincitore.

La formula in questione prevede che il calcolo del coefficiente debba determinarsi dividendo il prezzo migliore (più basso) per il prezzo di quella determinata offerta (dunque la classica formula proporzionale), con in più l'inserimento di un piccolo elemento parabolico correttivo.

Gli elementi parabolici sono metodi ben conosciuti nella letteratura scientifica e possono essere applicati anche per le formule delle aggiudicazioni, utilizzati se la stazione appaltante ha timore che i concorrenti possano presentare ribassi eccessivi: comportano che al diminuire del prezzo offerto, il punteggio economico aumenta, ma ad un tasso inferiore. Quindi, l'incentivo a proporre ulteriori sconti tende a diminuire e scoraggia sconti eccessivi, poiché l'incremento di punteggio ottenibile in corrispondenza di prezzi molto bassi è minimo.

Per risolvere la questione relativa alla legittima apposizione nel caso di specie di tale elemento parabolico, di per sé distorsivo dell'ordinaria formula matematica indicata dal legislatore, occorre rilevare che, nel campo della matematica applicata, la determinazione della funzione di utilità comporta in primo luogo individuare per ogni elemento o criterio di valutazione gli intervalli significativi delle misure.

Si deve cioè individuare, per ogni elemento o criterio, quale è l'intervallo delle misure all'interno del quale le variazioni sono da considerarsi significative.

In secondo luogo, occorre definire come varia il valore dell'elemento di valutazione all'interno dell'intervallo di significatività. Per esempio, gli effetti negativi sul piano del rumore prodotti da una autostrada variano da un massimo effetto alla distanza pari o inferiore a 100 metri ad un effetto nullo o accettabile a 500 metri. In questo caso l'intervallo di significatività va da 0 a 500. In un gara d'appalto l'intervallo di significatività del costo dell'opera è rappresentato, sulla scala di misura dei costi che va da 0 ad infinito, dal costo minimo offerto dai concorrenti a quello posto a base di gara. Costi superiori a quello posto a base di gara non sono accettabili e costi inferiori a quello minimo non esistono. Occorre poi studiare come varia l'elemento di valutazione nell'intervallo di significatività.

Si tratta di definire, quindi, una funzione del tipo $y = f(x)$ dove y è il valore dell'elemento di valutazione ed x è un punto dell'intervallo di significatività. Il tipo di funzione (esplicita lineare, o lineare segmentata, o non lineare, o non lineare segmentata o esplicita o parabolica) dipende dalla natura dell'elemento di valutazione. Nella letteratura scientifica sono riportate ed analizzate le più corrette funzioni da impiegare nei vari casi che si possono incontrare nell'analisi multicriteri o multiobiettivi.

Occorre tenere presente che la scelta del tipo di funzione è fondamentale per ottenere risultati corretti.

Nel caso dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come nella specie, per determinare la legge matematica o funzione di utilità secondo la quale possono variare tutti i coefficienti

(percentuali dei pesi), va osservato che essa di norma, fatto salvo che non siano di tipo sperimentale o scientifico, debbono essere dello stesso tipo, in quanto i coefficienti (percentuali del peso) devono variare nello stesso modo, altrimenti non sarebbe rispettata l'importanza relativa che il committente ha assegnato ad ogni elemento di valutazione.

Se, ad esempio, all'elemento economico (ribasso o prezzo) fosse assegnata una funzione che a grandi oscillazioni dello stesso elemento comportasse una variazione molto piccola del coefficiente, per quest'elemento di valutazione tutti i concorrenti si troverebbero praticamente sullo stesso piano e, ai fini della scelta, l'elemento sarebbe ininfluenza e la scelta verrebbe compiuta sugli elementi qualitativi che, per definizione, sono discrezionali.

Stabilito che tutti i coefficienti devono variare linearmente, ed essendo noto che per determinare una retta è sufficiente stabilirne due punti, la vigente normativa individua questi due punti tenendo conto del fatto che il coefficiente deve variare, appunto, tra zero ed uno.

Per ogni elemento di valutazione, quindi, le coordinate cartesiane sono state poste in modo che sia uguale ad 1 il coefficiente per la migliore offerta ed uguale a 0 il valore fissato nel bando di gara; la retta passa dunque per l'origine degli assi, in coerenza con le formule di standardizzazione o normalizzazione che si ritrovano nella letteratura scientifica.

Quindi, anche sotto il profilo generale, le formule paraboliche come quelle in oggetto non assicurano affatto il rapporto ponderale tra i vari elementi di valutazione fissati dal committente, specie se tale formula riguarda il prezzo, perché distorcendone la linearità sotto il profilo matematico, finisce per dare massimo valore ai criteri qualitativi che sono quelli più discrezionali e, quindi, potenzialmente più manipolabili dalla commissione di gara, in contrasto con i principi di trasparenza che permeano le gare pubbliche.

Si potrebbe anche convenire, in astratto, che la formula parabolica, come usata nella specie, assicura sempre che ad offerte migliori corrispondano punteggi più alti, ma non incentiva i grossi ribassi, nel timore che a ribassi eccessivi possa corrispondere una qualità minore.

Tuttavia, è ovvio che tale metodo non può essere abusato, per cui in teoria può diventare incongruo:

a) se prevede un correttivo troppo alto;

b) ovvero se è inserito in gare ove l'oggetto delle prestazioni non giustifica la tutela dell'elemento "qualità".

Ebbene, quanto all'aspetto della natura delle prestazioni, si deve ribadire che oggetto dell'appalto è pur un'opera di grande rappresentatività e di alto significato, come la riqualificazione della centralissima e storica Piazza Matteotti, ma tale prestazione non presenta peculiarità tali, quanto all'oggetto, da giustificare una vistosa deroga alla formula matematica di attribuzione del punteggio finale.

Quanto al primo punto, secondo l'appellante l'elemento parabolico in questione (coefficiente elevato alla potenza di $\frac{1}{2}$) concretamente inciderebbe poco, tanto è vero che, senza la sua applicazione, tra il punteggio della ditta Cricelli e quello della seconda classificata vi sarebbe stato un ulteriore distacco minimo.

In realtà, ritiene il Collegio, la formula in parola, non permettendo alla Commissione Giudicatrice di assegnare tutti i punti messi a disposizione dal bando di gara in relazione all'elemento prezzo (0-30, valori compresi tra zero ed 1), si pone in aperto contrasto con i punti 2 e 7 del Disciplinare di Gara e con la formula generale ivi prevista, ai fini della determinazione complessiva dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nella quale era stabilito che $V(x)_i$ era il coefficiente della prestazione dell'offerta (x) rispetto al requisito (i) variabile tra zero ed uno. Dall'applicazione della formula deriva, infatti, uno schiacciamento della griglia dei punti a disposizione della Commissione

Giudicatrice, che risultava ridotta da 0-30 (come da legge speciale) a 28-30 punti, con valori compresi, non tra 0 ed 1, ma tra 0,855 ed 1. Si tratta all'evidenza di uno scostamento notevole che conduce, a parere e del Collegio, all'indubbia valutazione di illegittimità della formula prescelta e, dunque, alla reiezione dell'appello e alla conferma della sentenza del TAR di primo grado.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo respinge. Compensa tra le parti le spese del presente grado di giudizio. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Roberto Chieppa, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA
Il 18/10/2011

IN

SEGRETERIA

IL SEGRETARIO