

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 01/04/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29241-il-consigli-di-stato-non-ritiene-meritevole-di-favorevole-accoglimento-un-ricorso-avverso-la-scelta-del-metodo-dell-offerta-economicamente-pi-vantaggiosa-in-presenza-di-progetto-esecutivo-e-l-ass>

Autore: Lazzini Sonia

Il Consigli di Stato non ritiene meritevole di favorevole accoglimento un ricorso avverso la scelta del metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa in presenza di progetto esecutivo e l'assunta sproporzione tra i vari elementi migliorativi

C.St. 26.02.2010 n. 1154

Il Consigli di Stato non ritiene meritevole di favorevole accoglimento un ricorso avverso la scelta del metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa in presenza di progetto esecutivo e l'assunta sproporzione tra i vari elementi migliorativi

Deve inoltre ritenersi legittima l'introduzione da parte della lex specialis come elementi di qualità, valutabili ai fini dell'assegnazione del punteggio tecnico, di proposte consistenti in varianti non attinenti meramente a modalità esecutive o prestazioni estrinseche rispetto al progetto

Infine, va notato come l'art. 81, co. 2, del ripetuto codice dei contratti non richieda l'esternazione di specifica e puntuale motivazione della scelta tra il criterio del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, limitandosi a prescrivere che il criterio prescelto sia "più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto"

Come accennato, i ricorrenti, muovendo dal concetto di progetto esecutivo come definito dall'art. 93, co. 5, del codice dei contratti, nell'ambito del quarto motivo escludevano in radice la possibilità del ricorso al metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, a loro avviso riservato a lavori posti in gara con progetto preliminare o definitivo.

Inoltre, nell'ambito delle doglianze non trattate dal primo giudice viene ora in rilievo (pena, altrimenti, un giudizio meramente ipotetico sul merito: cfr. Cons. St., Sez. V, 6 aprile 2009 n. 2143) quella con cui si reitera la sostanziale censura di incompetenza della commissione giudicatrice, in quanto composta, oltre che da due ingegneri, dal segretario del Comune il quale non potrebbe considerarsi come soggetto tecnico, bensì come dirigente amministrativo, con conseguente violazione dell'art. 84 del codice dei contratti

Qual è il parere dell'adito giudice di appello del Consiglio di Stato?

Sennonché la Sezione è dell'avviso che il grado "esecutivo" della definizione progettuale non osti alla possibilità di prevedere l'offerta di talune varianti non sostanziali, intendendosi per tali quelle che non stravolgano il progetto stesso secondo le linee ritenute essenziali dalla lex specialis di gara; e, in ultima analisi, alla possibilità che l'aggiudicazione avvenga col metodo in parola, nella specie prevedente la presentazione di un'offerta tecnica "con le proposte di varianti migliorative relative agli elementi" presi dal bando in considerazione ai fini della valutazione del parametro "valore tecnico ed estetico". Non v'è norma, infatti, che tanto escluda. Del resto, se è pur vero che, in caso di condivisione delle varianti, il progetto esecutivo dovrà essere riapprovato anche con modifica del quadro economico, è evidente che, essendo dette proposte di variante "migliorative", ciò risponde all'evidente fine del risparmio di spesa e, nel contempo, all'ottenimento di un'opera migliore sotto i profili tecnico e funzionale, dunque perfettamente in linea con i principi di efficienza ed economicità, ma anche di tempestività (svolgendosi l'attività dell'Ente nella verifica, anziché nell'elaborazione, della documentazione tecnica ed esecutiva prodotta dal contraente), richiamati dall'invocato art. 2, co. 1, del codice dei contratti.

Per quanto esposto, deve inoltre ritenersi legittima l'introduzione da parte della lex specialis come elementi di qualità, valutabili ai fini dell'assegnazione del punteggio tecnico, di proposte consistenti in

varianti non attinenti meramente a modalità esecutive o prestazioni estrinseche rispetto al progetto. Per queste stesse ragioni, i punteggi massimi riservati dal bando all'offerta tecnica (43, a fronte di 50 per l'offerta economica e 7 per quella temporale) non possono essere apprezzati come "sproporzionati ed inappropriati rispetto ai modesti limiti oggettivi di discrezionalità tecnica ed esecutiva che possono residuare in sede di lavori di esecuzione di un progetto esecutivo". Il medesimo punteggio massimo di 43/100, inferiore alla metà di quello globale, neppure risulta in sé manifestamente eccessivo, per il resto trattandosi di insindacabili scelte eminentemente discrezionali della stazione appaltante. Parimenti è a dirsi in ordine all'assegnazione di punti ai singoli sub elementi del "valore tecnico ed estetico"; d'altronde, i ricorrenti non spiegavano perché fosse sintomatica del preteso uso distorto della discrezionalità la previsione di attribuire il massimo di due punti alle innovazioni e modifiche di strutture portanti, quali le fondazioni, a fronte di tre punti per le balaustre e tre virgola cinque agli interventi sugli elementi orizzontali.

Infine, va notato come l'art. 81, co. 2, del ripetuto codice dei contratti non richieda l'esternazione di specifica e puntuale motivazione della scelta tra il criterio del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, limitandosi a prescrivere che il criterio prescelto sia "più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto"; il che, nella specie, per quanto innanzi non pare dubitabile nei noti limiti in cui sia sindacabile in sede di legittimità una siffatta scelta, di carattere prettamente discrezionale. Né può sostenersi che il bando sia viziato non essendo stata fornita a monte la motivazione, richiesta dall'art. 53, co. 2, per la diversa scelta dell'oggetto del contratto tra le ipotesi di cui alle lettere b) (progettazione esecutiva ed esecuzione in base a progetto definitivo) e c) (progetto definitivo, progetto esecutivo ed esecuzione in base a progetto preliminare) poiché, come si è visto, la gara è stata bandita sulla base di progettazione esecutiva, salvo eventuale ridefinizione nei sensi predetti dello stesso progetto esecutivo.

Nell'ambito delle doglianze non trattate dal primo giudice viene ora in rilievo (pena, altrimenti, un giudizio meramente ipotetico sul merito: cfr. Cons. St., Sez. V, 6 aprile 2009 n. 2143) quella con cui si reitera la sostanziale censura di incompetenza della commissione giudicatrice, in quanto composta, oltre che da due ingegneri, dal segretario del Comune il quale non potrebbe considerarsi come soggetto tecnico, bensì come dirigente amministrativo, con conseguente violazione dell'art. 84 del codice dei contratti

La doglianza è infondata. Lo stesso art. 84 stabilisce al co. 3 che la commissione "è presieduta di norma da un dirigente della stazione appaltante", qual è il segretario comunale; né può escludersi che la figura di tale dirigente, organo burocratico di vertice dell'Ente che sovrintende e coordina tutti i servizi comunali, possa essere qualificata di "esperto nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto" di cui al precedente co. 2, tenuto conto che la norma richiama il "settore" al quale attiene l'oggetto del contratto, ossia nella specie l'affidamento di lavori pubblici, e non il particolare oggetto del contratto al quale si riferiscono i sedici elementi di giudizio che le ricorrenti assumono non valutabili da parte del commissario-presidente della commissione giudicatrice.

Merita di essere segnalata la decisione numero 1154 del 26 febbraio 2010 emessa dal Consiglio di Stato ed in particolare il seguente passaggio:

< A questo punto della trattazione occorre esaminare l'appello incidentale autonomo del Comune di Cupramontana, e precisamente la doglianza con cui si contesta la statuizione del primo giudice in ordine all'illegittimità della mancata apertura della predetta busta aggiuntiva. Si sostiene, in particolare, che la valutazione del contenuto di tale busta altererebbe la par condicio tra i concorrenti e si porrebbe in contrasto con i principi fondamentali dello svolgimento della procedura di gara.

La Sezione condivide tale impostazione. Il disciplinare di gara dettava infatti precise modalità per la presentazione e la confezione dell'offerta, stabilendo che il plico esterno dovesse contenere, oltre alla prescritta documentazione amministrativa, due buste interne contenenti, l'una, l'offerta tecnica "illustrante le proposte di varianti migliorative oggetto di valutazione", e l'altra denominata "offerta economica" contenente l'offerta economica e temporale. Inoltre, tra le cause di esclusione elencate al

capo 5 della parte prima dello stesso disciplinare è compresa quella secondo cui vanno escluse “senza che si proceda all'apertura del plico di invio” le offerte presentate “con modalità (...) di confezionamento (...) difformi da quanto prescritto dagli atti di gara” (punto a.2). Il successivo punto a.5, capo 1, parte seconda, stabilisce che nel caso di offerta tecnica “in contrasto con gli adempimenti formali prescritti dal presente disciplinare di gara” trovino applicazione i precedenti punti a.3 e a.4” (attribuzione di coefficiente di valutazione “zero” per tutti i parametri o per i parametri mancanti); ciò “sempre che l'offerta non sia stata esclusa ai sensi della parte prima, capo 5, lett. d), punto d.5” (riguardante specifiche cause tecniche o di merito di esclusione dell'offerta tecnica).

Ora, se è pur vero che tali clausole si riferiscono ad ipotesi diversa da quella in argomento, non di meno esprimono il generalissimo principio secondo cui non è ammissibile il confezionamento dell'offerta con modalità diverse da quelle stabilite dalla lex specialis di gara, non aventi rilievo meramente formale in quanto intese a garantire, da un lato, la par condicio tra i concorrenti, la segretezza delle offerte e l'imparzialità del rispettivo giudizio, tenendo peraltro distinte l'offerta tecnica da quella economica e, dall'altro lato, ad assicurare l'ordinato, corretto e celere svolgimento della gara. Nel caso in esame, è evidente che la presentazione di un plico interno denominato “offerta per il miglioramento tecnico ed estetico dell'intervento”, al di fuori ed oltre il plico relativo all'offerta tecnica, costituisce non solo violazione formale delle indicazioni recate dal disciplinare in ordine al confezionamento dell'offerta, ma è suscettibile di incidere sotto il profilo sostanziale sui predetti principi generali; in particolare, sulla par condicio rispetto agli altri concorrenti, i quali si sono assoggettati alle regole proprie della presentazione dell'offerta tecnica, inserendo in un unico plico interno tutti documenti relativi alle proposte di varianti migliorative “illustrate separatamente ed ordinatamente in modo da individuare ciascun elemento di variante” ed accompagnate da relazioni descrittive di cui è richiesta dettagliatamente una particolare forma. Non senza dire che la duplice allegazione tecnica, introducendo un elemento idoneo a turbare la regolarità di esame della documentazione da parte della commissione giudicatrice, contrasta palesemente con l'esigenza dell'ordinato, corretto e celere svolgimento della gara.>

Ma non solo

< Con detto appello incidentale si contesta, altresì, il capo di sentenza con cui è stata accolta la censura relativa alla fissazione della soglia minima di 23 del punteggio tecnico per l'ammissione al prosieguo della gara, il cui mancato superamento costituisce la ragione dell'esclusione dei ricorrenti.

La Sezione ha già avuto modo di affermare che una siffatta clausola di sbarramento non può ritenersi di per sé illegittima, in quanto rientrante nell'esercizio di una facoltà discrezionale riconosciuta all'Amministrazione in ordine alla determinazione dei fattori di incidenza dei singoli elementi dell'offerta per la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla stregua della quale ben può prevedersi l'esclusione dei progetti tecnicamente non accettabili. Ciò perché l'Amministrazione aggiudicatrice di un appalto pubblico con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ha facoltà di valutare l'offerta in base ad elementi diversi (quali ad es. il merito tecnico, la qualità, le caratteristiche estetiche e funzionali, il termine di esecuzione), con la previsione dei relativi criteri di aggiudicazione da indicare nell'ordine decrescente di importanza. In tale contesto può pertanto assumere decisiva importanza preminente il criterio qualitativo rispetto a quello economico o viceversa, salva l'illogicità dei criteri prescelti in relazione alla specifica gara. Del resto, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa costituisce la naturale evoluzione, dovuta all'influsso della normativa comunitaria in materia, del tradizionale appalto concorso per la scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione ed in relazione al quale già in vigenza della precedente normativa era riconosciuta all'Amministrazione la possibilità di un esame preliminare dei progetti, finalizzato all'esclusione di quelli tecnicamente non accettabili, con conseguente concentrazione della scelta finale solo su quelli ritenuti idonei dal punto di vista qualitativo (cfr. Sez. V. 3 marzo 2004, n. 1040).

Alla stregua di tali considerazioni, ancor oggi pienamente condivise, deve ritenersi legittima la determinazione ora in esame, con cui evidentemente il Comune di Cupramontana ha inteso dare prevalenza al criterio economico (con l'assegnazione di 50 punti su 100), riservando all'aspetto qualitativo 43 punti, ma nel contempo ha inteso evitare che lo stesso aspetto qualitativo fosse al di sotto

di un certo standard minimo ritenuto indispensabile, fissato in punti 23/43, per poter procedere nella valutazione economica e temporale, volendosi garantire comunque un'adeguata qualità dell'opera appunto mediante una clausola di sbarramento. Né il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa comporta che un'offerta qualitativamente scarsa debba essere comunque valutata sotto altri profili, trattandosi di aspetto non disciplinato dalla relativa normativa e perciò rimesso alla discrezionalità dell'Amministrazione, che ha facoltà di dosare gli elementi di scelta dell'offerta in relazione alle esigenze da soddisfare nel rispetto del principio della parità di trattamento. Dunque, nel caso in esame l'intento era quello di evitare che potesse risultare aggiudicataria un'offerta che dal punto di vista qualitativo fosse del tutto inidonea allo scopo di un'effettiva "riqualificazione urbana" della "ex Fornace" di località Paganello.>

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 1154 del 26 febbraio 2010, emessa dal Consiglio di Stato

N. 01154/2010 REG.DEC.
N. 06179/2009 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 6179 del 2009, proposto da:
Impresa Ricorrente Costruzioni S.p.A. e Consorzio Ricorrente due Infrastrutture e
Tecnologie, rappresentati e difesi dagli avv. Claudio Baleani ed Andrea Calzolaio,
con domicilio eletto presso l'avv. Luigi Medugno in Roma, via Panama n. 58;

contro

Comune di Cupramontana, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso
dall'avv. Filippo Lubrano, con domicilio eletto presso l'avv. Filippo Lubrano in

Roma, via Flaminia n. 79/A; Responsabile Ufficio tecnico, lavori pubblici, manutenzione ed urbanistica del Comune di Cupramontana; Commissione giudicatrice gara d'appalto lavori ex Fornace;

nei confronti di

Controinteressata s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Bruno Cimadomo e Giancarlo Navarra, con domicilio eletto presso l'avv. Giancarlo Navarra in Roma, piazzale Porta Pia n. 121; Impresa Costruzioni F.lli Rinaldi s.r.l.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. MARCHE - ANCONA: SEZIONE I n. 00219/2009, resa tra le parti, concernente APPALTO LAVORI DI RIQUALIFICAZIONE URBANA DI UNA EX FORNACE.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Cupramontana e di Controinteressata s.r.l.;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 dicembre 2009 il Cons. Angelica Dell'Utri e uditi per le parti gli avvocati Baleani, Lubrano e Cimadoro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

A.- Con atto notificato in date 7, 13 e 14 luglio 2009, e depositato il 17 seguente, l'Impresa Ricorrente Costruzioni S.p.A. ed il Consorzio RICORRENTE DUE Infrastrutture e Tecnologie in r.t.i., esclusi (per non aver raggiunto il punteggio tecnico minimo di 23 su 43) dalla gara indetta dal Comune di Cupra Montana per l'affidamento dei lavori di riqualificazione urbana della "ex Fornace", gara

aggiudicata in favore dell'Impresa Controinteressata s.r.l., hanno appellato la sentenza 15 aprile 2009, n. 219, del Tribunale amministrativo regionale per le Marche, sezione prima, con la quale è stato solo in parte accolto il loro ricorso diretto all'annullamento degli atti della procedura predetta ed al risarcimento dei danni.

A sostegno dell'appello hanno dedotto:

- 1.- Violazione del disciplinare di gara, del bando, dell'allegato "A" del bando e della lettera di comunicazione del 18 marzo 2008, violazione dell'art. 53 d.lgs. n. 163 del 2006, eccesso di potere sotto molteplici profili, errore in iudicando e palese fraintendimento della lex specialis di gara.
- 2.- Error in iudicando. Erronea reiezione dei motivi IV e V del ricorso, anche in ragione della erronea valutazione dell'interesse delle ricorrenti.
- 3.- Erronea statuizione sul risarcimento del danno: l'an. debeatur
- 4.- Erronea statuizione sul risarcimento del danno: il quantum debeatur
- 5.- Rinnovazione dell'intera procedura
- 6.- Erronea statuizione in punto alla natura e conseguenze dell'accoglimento dei motivi primo e secondo di ricorso. Divieto di reformatio in pejus della posizione acquisita dalle ricorrenti nella gara.

B.- In data 29 luglio 2009 la Controinteressata s.r.l. si è costituita in giudizio e con memoria del 6 agosto seguente ha svolto controdeduzioni in rito e nel merito.

Con atto notificato il 7 ed il 10 agosto 2009, depositato lo stesso 7 agosto, il Comune di Cupra Montana ha proposto appello incidentale autonomo, con cui ha premesso di aver proceduto, in sede di esecuzione della sentenza in questa sede appellata, all'apertura della busta aggiuntiva ma di aver di nuovo escluso il r.t.i. ricorrente a seguito dell'azzeramento del punteggio tecnico per proposizione di variazioni delle condizioni di gara, nonché di aver escluso la sussistenza comunque di chance di aggiudicazione nei riguardi dello stesso r.t.i., dunque di possibilità

risarcitoria. Ha inoltre rappresentato che l'Impresa Ricorrente ed il Consorzio RICORRENTE DUE hanno proposto altro ricorso avverso tali atti, tuttora pendente. Ciò posto, ha contestato i motivi avversari e, con il proprio appello incidentale, le statuizioni del TAR circa le doglianze del r.t.i. esaminate ed accolte.

Gli appellanti hanno replicato con memoria dell'8 settembre 2009.

Con memorie del 3 e 4 dicembre 2009 le parti hanno insistito nelle rispettive tesi e richieste. L'impresa Controinteressata ha altresì chiesto la sospensione del giudizio ai sensi dell'art. 295 c.p.c. sino alla definizione di altro appello pendente tra le stesse parti, proposto dal Comune di Cupramontana avverso la sentenza 5 agosto 2009, n. 865, con cui è stato accolto anche l'altro ricorso degli attuali appellanti.

La causa è stata discussa all'udienza dell'11 dicembre 2009, ed il collegio se ne è riservata la decisione.

DIRITTO

C.- Ciò posto, preliminarmente la Sezione osserva come non sia necessaria la sospensione del presente giudizio, dal momento che i nuovi atti non si sovrappongono a quelli qui in esame. Si tratta, infatti, del rinnovo parziale e meramente virtuale della procedura, al solo fine della quantificazione del risarcimento del danno per equivalente; per le stesse ragioni l'appello deve ritenersi procedibile.

D.- Nel merito, occorre premettere che con la sentenza appellata il primo giudice ha accolto il primo motivo di gravame, col quale si contestava la mancata apertura della terza busta presentata dalla concorrente in aggiunta alle due prescritte, recante "offerta per il miglioramento tecnico ed estetico dell'intervento" e contenente presumibilmente documenti attinenti all'offerta tecnica che avrebbero potuto essere rilevanti ai fini della relativa valutazione, ritenendo che l'apertura di tale busta aggiuntiva non avrebbe leso la par condicio tra gli offerenti, non emergendo

quale fosse il pregiudizio che essi avrebbero potuto subire, né avrebbe inciso sul sollecito svolgimento della procedura di gara poiché, una volta aperta, la commissione avrebbe potuto trarre le relative conseguenze in ordine alla rilevanza o meno dei documenti, ammissibilità o meno dei medesimi, ammissibilità o meno dell'intera offerta, onde la mancata apertura avrebbe sottratto alle ricorrenti una chance per una più favorevole valutazione dell'offerta tecnica.

Ha altresì accolto il secondo motivo, di violazione degli artt. 2, 53, 83 e 93 del d.lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità, violazione dei principi di proporzionalità e concorrenza in relazione alla fissazione della soglia di 23 punti su 43 del “valore tecnico ed estetico” dell'offerta tecnica, ritenendo che, se la previsione di una siffatta soglia può considerarsi in astratto inclusa nei poteri della stazione appaltante di definizione della lex specialis di gara, nello specifico caso in esame ha prodotto l'effetto di eliminare ben sei offerte su otto, due delle quali non si discostavano di molto dalla detta soglia, mentre l'esito della gara è dipeso dalla combinazione di tutti e tre gli elementi valutativi previsti dal bando, sicché la fissazione della stessa soglia sarebbe irragionevole, sproporzionata ed immotivata rispetto alle esigenze di garantire la più ampia partecipazione, ossia l'effettivo confronto concorrenziale, a tutto vantaggio dell'interesse pubblico all'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il TAR ha invece respinto il terzo motivo, di violazione dell'art. 53 del cit. d.lgs. e della lex specialis, nonché eccesso di potere sotto vari profili per contrasto dell'offerta delle prime due classificate con le prescrizioni di valutazione dell'offerta tecnica riguardanti i sub-elementi B7 (strutture di fondazione) e B9 (attraversamento su strada provinciale), nonché di omessa esclusione dell'aggiudicataria per non aver prodotto gli elementi giustificativi del prezzo richiesti in sede di gara.

In particolare, quanto al primo profilo, premesso che il numero dei pali di fondazione (di cui si lamentava la riduzione rispetto al progetto esecutivo) e l'attraversamento aereo mediante passerella (di cui si lamentava la sostituzione con tunnel sottostrada) non rientravano nelle immodificabili "indicazioni tipologiche" ma nei dettagli tecnico/esecutivi, il primo giudice ha osservato che le proposte migliorative circa i pali di fondazione erano riconducibili all'ipotesi n. 2 delle specifiche, riguardante l'implementazione delle soluzioni atte ad ottimizzare la risposta sismica delle strutture, e circa l'attraversamento costituivano consentite nuove soluzioni progettuali, mentre la produzione e la verifica della documentazione tecnica a sostegno delle stesse migliorie era rimandata ad una fase successiva alla sottoscrizione del contratto ai sensi dell'art. 3, co. 5, dello stesso. Quanto agli elementi giustificativi, ha evidenziato come la loro mancanza in un momento antecedente alla verifica dell'anomalia non fosse espressamente sanzionata a pena di esclusione, né costituisse violazione di clausole essenziali.

Infine, ha assorbito i restanti motivi quarto e quinto, intesi censurare la scelta del metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa in presenza di progetto esecutivo e l'assunta sproporzione tra i vari elementi migliorativi, nonché, rispettivamente, la composizione della commissione di gara e la mancata precisazione nei verbali delle modalità di conservazione delle offerte e degli atti di gara.

E.- Col secondo motivo d'appello, a cui in via logica conviene dare priorità d'esame in quanto concernente anche vizi evidenziati in astratto una più radicale illegittimità della procedura, si contesta l'assorbimento dei motivi quarto e quinto di primo grado, posto che i due mezzi di gravame erano stati, sì, proposti in subordine, ma all'accoglimento dei primi tre mezzi, e non solo dei primi due, insistendosi altresì per l'accoglimento dei detti motivi quarto e quinto.

Non è necessario verificare la correttezza delle ragioni dell'operato assorbito, dal momento che le doglianze in parola devono ritenersi infondate nel merito.

Come accennato, i ricorrenti, muovendo dal concetto di progetto esecutivo come definito dall'art. 93, co. 5, del codice dei contratti, nell'ambito del quarto motivo escludevano in radice la possibilità del ricorso al metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, a loro avviso riservato a lavori posti in gara con progetto preliminare o definitivo.

Senonché la Sezione è dell'avviso che il grado "esecutivo" della definizione progettuale non osti alla possibilità di prevedere l'offerta di talune varianti non sostanziali, intendendosi per tali quelle che non stravolgano il progetto stesso secondo le linee ritenute essenziali dalla lex specialis di gara; e, in ultima analisi, alla possibilità che l'aggiudicazione avvenga col metodo in parola, nella specie prevedente la presentazione di un'offerta tecnica "con le proposte di varianti migliorative relative agli elementi" presi dal bando in considerazione ai fini della valutazione del parametro "valore tecnico ed estetico". Non v'è norma, infatti, che tanto escluda. Del resto, se è pur vero che, in caso di condivisione delle varianti, il progetto esecutivo dovrà essere riapprovato anche con modifica del quadro economico, è evidente che, essendo dette proposte di variante "migliorative", ciò risponde all'evidente fine del risparmio di spesa e, nel contempo, all'ottenimento di un'opera migliore sotto i profili tecnico e funzionale, dunque perfettamente in linea con i principi di efficienza ed economicità, ma anche di tempestività (svolgendosi l'attività dell'Ente nella verifica, anziché nell'elaborazione, della documentazione tecnica ed esecutiva prodotta dal contraente), richiamati dall'invocato art. 2, co. 1, del codice dei contratti.

Per quanto esposto, deve inoltre ritenersi legittima l'introduzione da parte della lex specialis come elementi di qualità, valutabili ai fini dell'assegnazione del punteggio tecnico, di proposte consistenti in varianti non attinenti meramente a modalità

esecutive o prestazioni estrinseche rispetto al progetto. Per queste stesse ragioni, i punteggi massimi riservati dal bando all'offerta tecnica (43, a fronte di 50 per l'offerta economica e 7 per quella temporale) non possono essere apprezzati come "sproporzionati ed inappropriati rispetto ai modesti limiti oggettivi di discrezionalità tecnica ed esecutiva che possono residuare in sede di lavori di esecuzione di un progetto esecutivo". Il medesimo punteggio massimo di 43/100, inferiore alla metà di quello globale, neppure risulta in sé manifestamente eccessivo, per il resto trattandosi di insindacabili scelte eminentemente discrezionali della stazione appaltante. Parimenti è a dirsi in ordine all'assegnazione di punti ai singoli sub elementi del "valore tecnico ed estetico"; d'altronde, i ricorrenti non spiegavano perché fosse sintomatica del preteso uso distorto della discrezionalità la previsione di attribuire il massimo di due punti alle innovazioni e modifiche di strutture portanti, quali le fondazioni, a fronte di tre punti per le balaustre e tre virgola cinque agli interventi sugli elementi orizzontali.

Infine, va notato come l'art. 81, co. 2, del ripetuto codice dei contratti non richieda l'esternazione di specifica e puntuale motivazione della scelta tra il criterio del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, limitandosi a prescrivere che il criterio prescelto sia "più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto"; il che, nella specie, per quanto innanzi non pare dubitabile nei noti limiti in cui sia sindacabile in sede di legittimità una siffatta scelta, di carattere prettamente discrezionale. Né può sostenersi che il bando sia viziato non essendo stata fornita a monte la motivazione, richiesta dall'art. 53, co. 2, per la diversa scelta dell'oggetto del contratto tra le ipotesi di cui alle lettere b) (progettazione esecutiva ed esecuzione in base a progetto definitivo) e c) (progetto definitivo, progetto esecutivo ed esecuzione in base a progetto preliminare) poiché, come si è visto, la gara è stata bandita sulla base di

progettazione esecutiva, salvo eventuale ridefinizione nei sensi predetti dello stesso progetto esecutivo.

F.- Nell'ambito delle doglianze non trattate dal primo giudice viene ora in rilievo (pena, altrimenti, un giudizio meramente ipotetico sul merito: cfr. Cons. St., Sez. V, 6 aprile 2009 n. 2143) quella con cui si reitera la sostanziale censura di incompetenza della commissione giudicatrice, in quanto composta, oltre che da due ingegneri, dal segretario del Comune il quale non potrebbe considerarsi come soggetto tecnico, bensì come dirigente amministrativo, con conseguente violazione dell'art. 84 del codice dei contratti.

La doglianza è infondata. Lo stesso art. 84 stabilisce al co. 3 che la commissione "è presieduta di norma da un dirigente della stazione appaltante", qual è il segretario comunale; né può escludersi che la figura di tale dirigente, organo burocratico di vertice dell'Ente che sovrintende e coordina tutti i servizi comunali, possa essere qualificata di "esperto nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto" di cui al precedente co. 2, tenuto conto che la norma richiama il "settore" al quale attiene l'oggetto del contratto, ossia nella specie l'affidamento di lavori pubblici, e non il particolare oggetto del contratto al quale si riferiscono i sedici elementi di giudizio che le ricorrenti assumono non valutabili da parte del commissario-presidente della commissione giudicatrice.

G.- A questo punto della trattazione occorre esaminare l'appello incidentale autonomo del Comune di Cupramontana, e precisamente la doglianza con cui si contesta la statuizione del primo giudice in ordine all'illegittimità della mancata apertura della predetta busta aggiuntiva. Si sostiene, in particolare, che la valutazione del contenuto di tale busta altererebbe la par condicio tra i concorrenti e si porrebbe in contrasto con i principi fondamentali dello svolgimento della procedura di gara.

La Sezione condivide tale impostazione. Il disciplinare di gara dettava infatti precise modalità per la presentazione e la confezione dell'offerta, stabilendo che il plico esterno dovesse contenere, oltre alla prescritta documentazione amministrativa, due buste interne contenenti, l'una, l'offerta tecnica "illustrante le proposte di varianti migliorative oggetto di valutazione", e l'altra denominata "offerta economica" contenente l'offerta economica e temporale. Inoltre, tra le cause di esclusione elencate al capo 5 della parte prima dello stesso disciplinare è compresa quella secondo cui vanno escluse "senza che si proceda all'apertura del plico di invio" le offerte presentate "con modalità (...) di confezionamento (...) difformi da quanto prescritto dagli atti di gara" (punto a.2). Il successivo punto a.5, capo 1, parte seconda, stabilisce che nel caso di offerta tecnica "in contrasto con gli adempimenti formali prescritti dal presente disciplinare di gara" trovino applicazione i precedenti punti a.3 e a.4" (attribuzione di coefficiente di valutazione "zero" per tutti i parametri o per i parametri mancanti); ciò "sempre che l'offerta non sia stata esclusa ai sensi della parte prima, capo 5, lett. d), punto d.5" (riguardante specifiche cause tecniche o di merito di esclusione dell'offerta tecnica).

Ora, se è pur vero che tali clausole si riferiscono ad ipotesi diversa da quella in argomento, non di meno esprimono il generalissimo principio secondo cui non è ammissibile il confezionamento dell'offerta con modalità diverse da quelle stabilite dalla lex specialis di gara, non aventi rilievo meramente formale in quanto intese a garantire, da un lato, la par condicio tra i concorrenti, la segretezza delle offerte e l'imparzialità del rispettivo giudizio, tenendo peraltro distinte l'offerta tecnica da quella economica e, dall'altro lato, ad assicurare l'ordinato, corretto e celere svolgimento della gara. Nel caso in esame, è evidente che la presentazione di un plico interno denominato "offerta per il miglioramento tecnico ed estetico dell'intervento", al di fuori ed oltre il plico relativo all'offerta tecnica, costituisce

non solo violazione formale delle indicazioni recate dal disciplinare in ordine al confezionamento dell'offerta, ma è suscettibile di incidere sotto il profilo sostanziale sui predetti principi generali; in particolare, sulla par condicio rispetto agli altri concorrenti, i quali si sono assoggettati alle regole proprie della presentazione dell'offerta tecnica, inserendo in un unico plico interno tutti documenti relativi alle proposte di varianti migliorative "illustrate separatamente ed ordinatamente in modo da individuare ciascun elemento di variante" ed accompagnate da relazioni descrittive di cui è richiesta dettagliatamente una particolare forma. Non senza dire che la duplice allegazione tecnica, introducendo un elemento idoneo a turbare la regolarità di esame della documentazione da parte della commissione giudicatrice, contrasta palesemente con l'esigenza dell'ordinato, corretto e celere svolgimento della gara.

H.- Con detto appello incidentale si contesta, altresì, il capo di sentenza con cui è stata accolta la censura relativa alla fissazione della soglia minima di 23 del punteggio tecnico per l'ammissione al prosieguo della gara, il cui mancato superamento costituisce la ragione dell'esclusione dei ricorrenti.

La Sezione ha già avuto modo di affermare che una siffatta clausola di sbarramento non può ritenersi di per sé illegittima, in quanto rientrante nell'esercizio di una facoltà discrezionale riconosciuta all'Amministrazione in ordine alla determinazione dei fattori di incidenza dei singoli elementi dell'offerta per la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla stregua della quale ben può prevedersi l'esclusione dei progetti tecnicamente non accettabili. Ciò perché l'Amministrazione aggiudicatrice di un appalto pubblico con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ha facoltà di valutare l'offerta in base ad elementi diversi (quali ad es. il merito tecnico, la qualità, le caratteristiche estetiche e funzionali, il termine di esecuzione), con la previsione dei relativi criteri di aggiudicazione da indicare nell'ordine decrescente di importanza. In tale

contesto può pertanto assumere decisiva importanza preminente il criterio qualitativo rispetto a quello economico o viceversa, salva l'illogicità dei criteri prescelti in relazione alla specifica gara. Del resto, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa costituisce la naturale evoluzione, dovuta all'influsso della normativa comunitaria in materia, del tradizionale appalto concorso per la scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione ed in relazione al quale già in vigore della precedente normativa era riconosciuta all'Amministrazione la possibilità di un esame preliminare dei progetti, finalizzato all'esclusione di quelli tecnicamente non accettabili, con conseguente concentrazione della scelta finale solo su quelli ritenuti idonei dal punto di vista qualitativo (cfr. Sez. V. 3 marzo 2004, n. 1040).

Alla stregua di tali considerazioni, ancor oggi pienamente condivise, deve ritenersi legittima la determinazione ora in esame, con cui evidentemente il Comune di Cupramontana ha inteso dare prevalenza al criterio economico (con l'assegnazione di 50 punti su 100), riservando all'aspetto qualitativo 43 punti, ma nel contempo ha inteso evitare che lo stesso aspetto qualitativo fosse al di sotto di un certo standard minimo ritenuto indispensabile, fissato in punti 23/43, per poter procedere nella valutazione economica e temporale, volendosi garantire comunque un'adeguata qualità dell'opera appunto mediante una clausola di sbarramento. Né il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa comporta che un'offerta qualitativamente scarsa debba essere comunque valutata sotto altri profili, trattandosi di aspetto non disciplinato dalla relativa normativa e perciò rimesso alla discrezionalità dell'Amministrazione, che ha facoltà di dosare gli elementi di scelta dell'offerta in relazione alle esigenze da soddisfare nel rispetto del principio della parità di trattamento. Dunque, nel caso in esame l'intento era quello di evitare che potesse risultare aggiudicataria un'offerta che dal punto di vista qualitativo fosse

del tutto inidonea allo scopo di un'effettiva "riqualificazione urbana" della "ex Fornace" di località Paganello.

I.- Le considerazioni sin qui esposte inducono, in primo luogo, alla reiezione dell'appello principale con assorbimento di tutti gli altri profili di censura non trattati, riguardanti o involgenti momenti procedurali o valutazioni successivi a quello di cui alla confermata esclusione dalla gara degli attuali appellanti. Una volta assodata infatti la legittimità della loro esclusione, essi devono ritenersi privi di legittimazione attiva (intesa come titolarità in astratto della posizione soggettiva di cui si chiede tutela) a contestare l'aggiudicazione della gara in favore di terzi, non diversamente dall'ipotesi in cui non avessero anch'essi concorso. In altri termini, una volta confermata l'estromissione del r.t.i. formato dagli appellanti, la posizione giuridica rivestita dai medesimi a fronte degli esiti della gara stessa non può più ritenersi qualificata e l'interesse "strumentale" in ordine all'esclusione anche degli altri concorrenti non può perciò che essere apprezzato come interesse di mero fatto, non diversamente da quello di un qualunque operatore del settore che sia però rimasto estraneo alla gara.

L.- In secondo luogo, va accolto l'appello incidentale autonomo del Comune di Cupramontana.

M.- Dunque, la sentenza appellata va riformata nel senso della reiezione del ricorso di primo grado.

N.- Quanto alle spese di entrambe i gradi, come di regola ne va fatto carico alla parte soccombente, nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sui ricorsi meglio indicati in epigrafe, respinge l'appello principale, accoglie l'appello incidentale e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata respinge il ricorso di primo grado.

Condanna l'appellante principale al pagamento, in favore del Comune di Cupramontana e della Controinteressata s.r.l. ed in parti uguali tra loro, delle spese di entrambi i gradi che liquida in complessivi € 8.000,00 (ottomila/00).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 dicembre 2009 con l'intervento dei Signori:

Stenio Riccio, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Adolfo Metro, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/02/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione