

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 01/04/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29243-la-cauzione-provvisoria-ha-la-duplice-finalit-di-garantire-la-stazione-appaltante-della-mancata-sottoscrizione-del-contratto-da-parte-dell-aggiudicatario-e-di-assicurare-l-affidabilit-e-la-seriet>

Autore: Lazzini Sonia

**La cauzione provvisoria ha la duplice finalità di garantire la stazione appaltante della mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario e di assicurare l'affidabilità e la serietà dell'offerta presentata**

**C.St. 14.05.2009 n. 2885**

**La cauzione provvisoria ha la duplice finalità di garantire la stazione appaltante della mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario e di assicurare l'affidabilità e la serietà dell'offerta presentata.**

In particolare il Collegio reputa fondato ed assorbente il primo motivo di ricorso, disatteso dal T.A.R. e riproposto in questa sede, con cui si afferma la violazione della lex specialis (punto III 1.1 del bando; punto 8.11 della lettera d'invito e art. 11 Capitolato Speciale d'Appalto - Parte normativa, in relazione all'art. 75, comma 5, d.lgs. n.163/2006) con riferimento al termine di validità della cauzione provvisoria: esso contesta che la validità della cauzione provvisoria presentata dall'ATI aggiudicataria T.M.E. sarebbe inferiore ai 250 giorni richiesti nel bando di gara e nella lettera d'invito, dal che deriverebbe una diversa consistenza rispetto alla cauzione proposta dall'ATI ricorrente e, dunque, una violazione della par condicio.

Com'è noto, la cauzione provvisoria ha la duplice finalità di garantire la stazione appaltante della mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario e di assicurare l'affidabilità e la serietà dell'offerta presentata. Ha, pertanto, funzione indennitaria dei danni cagionati dall'eventuale rifiuto di stipulare il contratto e sanzionatoria degli inadempimenti procedurali relativi alla veridicità delle dichiarazioni fornite in ordine al possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa richiesti dal bando (cfr. Cons. St., Sez. V, 30 giugno 2003, n. 3866; Sez. IV, 20 luglio 2007, n. 4098). La sua natura provvisoria (alla stipula del contratto viene sostituita da quella definitiva) e la sua specifica funzione comportano che la sua durata non può prescindere dalla durata di validità dell'offerta, risultandone diversamente pregiudicata la stessa ratio legis della cauzione provvisoria.

Ed infatti nel Codice dei Contratti il legislatore ha normativamente equiparato il termine minimo di irrevocabilità dell'offerta alla durata minima della cauzione, prevedendolo, in entrambi i casi, in 180 gg dalla scadenza del termine per la presentazione dell'offerta, tranne termini più ampi previsti dalla lex specialis di gara (art. 11, comma 6 e 75, comma 5).

A tali principi si è correttamente attenuta la stazione appaltante che, dopo aver prescritto al punto VI.3).31 del bando di gara che l'offerente è "vincolato per 250 (duecentocinquanta) giorni dal termine ultimo previsto per la presentazione dell'offerta", ha corrispondentemente imposto (punto III. 1.1 del bando) una cauzione provvisoria valida per almeno 250 gg dalla presentazione dell'offerta.

Inoltre, come fondatamente eccepito dall'appellante, al p. 8.11 della lettera di invito ed all'art. 11 del c.s.a., parte normativa, la stazione appaltante ha previsto che la garanzia fideiussoria "deve... essere corredata dall'impegno del garante a prorogare la garanzia per la durata indicata nel bando di gara (250 gg) nel caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione".

Le norme di gara imponevano, dunque, che le imprese partecipanti presentassero una cauzione valida non meno di 250 gg, nonché munita dell'impegno del garante a rinnovarla per un uguale periodo laddove nel primo termine la procedura di gara non fosse terminata.

Ora, nel caso di specie, come fondatamente dedotto dall'appellante, l'aggiudicatario non ha presentato la cauzione conforme a quanto richiesto dalle norme di gara.

Ha, infatti, presentato una cauzione provvisoria con una validità garantita nel minimo non a 250 gg bensì a 180 gg con impegno del garante a rinnovare per un ulteriore analogo periodo (e, quindi, per 180 gg) la predetta garanzia su richiesta della stazione appaltante nel caso in cui al momento della scadenza non fosse ancora intervenuta l'aggiudicazione.

La sussistenza di un impegno al rinnovo conferma che la garanzia prodotta dall'aggiudicataria ha una scadenza predeterminata di 180 gg in luogo dei 250 fissati dalla normativa di gara, con ciò escludendosi, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di prime cure, che la stessa possa avere valenza comunque

sino all'aggiudicazione della procedura; in tal caso infatti non avrebbe avuto senso prevedere l'ipotesi del rinnovo su richiesta "alla scadenza".

Trattasi di una difformità sostanziale, che viola la par condicio, atteso che la ricorrente, odierna appellante, ha dovuto invece procurarsi una cauzione di validità non inferiore a 250 gg e con impegno del garante a rinnovare per un ulteriore periodo.

L'aggiudicatario doveva, quindi, essere escluso sulla base dei principi in tema di evidenza pubblica (cfr. Cons. St., Sez. V, 7 luglio 2005, n. 3752, in merito alla impossibilità di integrare la cauzione provvisoria), nonché alla luce di quanto espressamente previsto nel bando di gara in questione (sezione III, art. III.1.1) lettera a), pag. 5, secondo cui "La mancanza o la incompletezza di quanto richiesto alla presente lett. A [NDR in merito alla cauzione provvisoria] comporta l'esclusione dell'offerta).

Il Tribunale, con la sentenza impugnata, ha rigettato il motivo facendo leva sulle clausole di cui all'art. 2 lett. a), b) e c) della garanzia. Ma tali clausole, che, in realtà, sono del tutto tipiche, in quanto contenute nello schema tipo di cui al D.M. n. 123 del 12 marzo 2004, prevedono che – all'interno della scadenza fissata dalla stessa garanzia – la garanzia cessi nel momento in cui l'obbligato non risulti aggiudicatario o secondo classificato e comunque dopo trenta giorni dall'aggiudicazione ovvero con la stipula del contratto tra obbligato e stazione appaltante.

Il Tribunale ritiene che tali clausole comportino che la fideiussione abbia comunque validità sino all'esito della gara a prescindere dalla durata della gara medesima.

Trattasi di interpretazione non condivisibile della portata della garanzia.

Merita di essere segnalata la decisione numero 2885 del 24 maggio 2009 emessa dal Consiglio di Stato ed in particolare il seguente passaggio:

<<Infatti le richiamate clausole a), b) e c) di risoluzione della garanzia, redatte sulla base dello schema di cui al citato D.M., pacificamente operano all'interno del termine della sua durata, riguardano, cioè, ipotesi di cessazione automatica anticipata rispetto al termine di scadenza della garanzia..

Del resto, se la garanzia non avesse una sua scadenza, non avrebbe alcun senso la previsione, nella medesima pure espressamente contenuta e pattuita, di rinnovo per ugual periodo su istanza dell'obbligato. Ed infatti laddove la garanzia fosse – come ritiene il T.A.R. – comunque prestata sino all'esito della procedura, non avrebbe alcun senso la previsione di un suo rinnovo per ugual periodo.

In conclusione, a fronte di una *lex specialis* che onerava i concorrenti di una garanzia valida per 250 gg con impegno al rinnovo per uguale periodo, la controinteressata, aggiudicataria della gara, ha fornito una garanzia limitata a 180 gg rinnovabile per uguale periodo. La stessa doveva, quindi, essere esclusa non essendosi procurata onerosamente e nei termini di gara la garanzia per come imposta dalla *lex specialis*.

Data la chiarezza e non equivocità delle norme di gara, imposte a pena di esclusione, non appare, dunque, corretto il richiamo del T.A.R. alla necessità di interpretare tali norme in senso conservativo, dal momento che in *subjecta materia* il rispetto della *par condicio* deve ritenersi prevalente sul principio del *favor participationis* (cfr. C.G.A.R.S., dec. n. 85/2007; Cons. St., Sez. IV, 31 gennaio 2005, n. 231).

L'accoglimento di tale motivo di ricorso, avente carattere assorbente, consente al Collegio di dispensarsi dall'esame degli ulteriori motivi proposti dall'appellante e che il T.A.R. ha disatteso.

Quanto alle conseguenze applicative derivanti dall'annullamento nel merito dell'aggiudicazione impugnata è noto che la Cassazione ha affermato la giurisdizione dell'A.G.O. sulle questioni relative alla sorte del contratto di appalto stipulato dall'Amministrazione (cfr. Cass., Sez. Un., 28 dicembre 2007, n. 27169).

Sul piano conformativo la giurisprudenza successiva ha, tuttavia, reputato ammissibile una cognizione incidentale in sede di giudizio di ottemperanza della sentenza di annullamento finalizzato ad ottenere la ripetizione della procedura o l'aggiudicazione della gara (cfr. Cons. St., Ad. Plen., 30 luglio 2008, n. 9; Cons. St., Sez. VI, 3 marzo 2008, n. 796). >>

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 2885 del 14 maggio 2009 emessa dal Consiglio di Stato

**REPUBBLICA ITALIANA** N. 2885/09 REG.DEC.

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO** N. 8878 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, quinta Sezione ANNO 2008

ha pronunciato la seguente

### **DECISIONE**

Sul ricorso in appello n. 8878/2008 del 13/11/2008, proposto dalla RICORRENTE DE LA MEDITERRANEE RICORRENTE CG RTI, RTI RICORRENTE DUE SOC. COOP. E IN P. e RTI RICORRENTE TRE SOC. COOP. E IN P., rappresentate e difese dall'Avv. GIANLUIGI PELLEGRINO con domicilio eletto in Roma, CORSO DEL RINASCIMENTO n.11 presso l'Avv. GIOVANNI PELLEGRINO;

### **contro**

TRM S.P.A., rappresentata e difesa dagli Avv.ti CLAUDIO PIACENTINI, DIEGO VAIANO e RAFFAELE IZZO con domicilio eletto in Roma, LUNGOTEVERE MARZIO n. 3 presso lo studio del secondo;

CONTROINTERESSATA S.P.A. TERMOMECCANICA ECOLOGIA, rappresentato e difeso dagli Avv.ti MARCO CASAVECCHIA e MARIO SANINO con domicilio eletto in Roma, VIALE PARIOLI n.180 presso lo studio di quest'ultimo;

CONSORZIO CONTROINTERESSATA DUE DELLE COOPERATIVE DI PRODUZIONE E LAVORO, non costituitosi;

CONSORZIO STABILE CONTROINTERESSATA TRE, non costituitosi;

CO - VER INDUSTRIAL SRL, non costituitasi;

### **per la riforma**

del dispositivo di sentenza n. 52/2008 e della sentenza n. 2935/2008 del **TAR PIEMONTE – TORINO, SEZIONE I**, resi tra le parti, concernenti AFFIDAMENTO

## APPALTO –CONCORSO PER REALIZZAZIONE IMPIANTO DI TERMOVALORIZZAZIONE ;

Visto l'atto di appello ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della TRM S.P.A. e CONTROINTERESSATA S.P.A. TERMOMECCANICA ECOLOGIA;

Viste le memorie difensive e le note di udienza;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto il dispositivo di decisione n. 207 del 2009;

Alla pubblica udienza del 10 Marzo 2009, relatore il Consigliere Cons. Nicola Russo ed uditi, altresì, gli avvocati Gianluigi Pellegrino, R. Izzo, C. Piacentini, M. Sanino;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

### FATTO

Con bando, pubblicato nella GUCE del 17.1.2007, T.R.M. Trattamento Rifiuti Metropolitan Spa Torino, ha indetto un Appalto Concorso ex art. 20, comma 4, L. 109-94 e art. 1-octies, comma 2, Legge 228/06 avente ad oggetto la realizzazione “chiavi in mano” dell'impianto di Termovalorizzazione nell'area di Gerbido del Comune di Torino” — per un importo complessivo a base di **gara** di Euro 260.500.000,00, di cui Euro 250.500.000,00 per lavori ed Euro 10.000.000,00 per prestazioni relative al periodo di esercizio provvisorio. La **gara** era destinata ai soggetti aventi determinati requisiti di partecipabilità che avessero presentato domanda di partecipazione entro il termine del 3.4.2007. Il criterio di aggiudicazione previsto dal bando era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa in base ai seguenti criteri:

- a. pregio tecnico, ponderazione: 35, suddiviso in due sub criteri: valore tecnico prestazionale, 25 e riduzione della pressione ambientale del progetto Esecutivo di Offerta, 10;
- b. processo di utilizzazione e processo di manutenzione, ponderazione: 20, suddiviso in due sub criteri: utilizzazione, 10 e manutenzione, 10;
- c. prezzo, ponderazione: 30;
- d. termine di esecuzione, ponderazione: 10;
- e. piano di management, ponderazione: 5.

La determinazione dei punteggi è avvenuta con il metodo aggregativo-compensatore di cui all'allegato B del dpr 554/99. Gli elementi di natura qualitativa (“Valore tecnico

prestazionale”; ‘Riduzione della pressione ambientale’; ‘processo di utilizzazione’; ‘processo di manutenzione; ‘piano di management’) sono stati valutati ai sensi lett. a) del predetto allegato B, mediante confronto a coppie, secondo le linee guida di cui all’allegato A dpr 554-99, mentre gli elementi di natura quantitativa (“prezzo”; “termine di esecuzione”) sono stati valutati ai sensi della lett. b del medesimo allegato B, attraverso interpolazione lineare tra il coefficiente pari a 1, attribuito ai valori degli elementi offerti più convenienti per la stazione appaltante, e coefficienti pari a zero, attribuito a quelli posti a base di **gara**.

Con ricorso dinanzi al T.A.R. per il Piemonte il RICORRENTE Ricorrente de la Mediterranèe, Ricorrente due Soc. Coop. e Ricorrente tre Soc. Coop., rispettivamente mandataria (la prima ) e mandanti (la seconda e la terza) del costituendo raggruppamento di imprese, impugnavano i seguenti atti, chiedendone l’annullamento:

- il provvedimento di aggiudicazione definitiva dell’appalto-concorso indetto da TRM spa (Trattamento Rifiuti Metropolitan SpA Torino), per la realizzazione “chiavi in mano” dell’impianto di termovalorizzazione nell’area del Gerbido del Comune di Torino, comunicato con nota del 22.4.2008 e della successiva aggiudicazione divenuta efficace, comunicata con nota del 16.5.2008, in favore della TM.E. s.p.a.- Termomeccanica Ecologia;
- tutti gli atti presupposti e, in particolare, la valutazione dei requisiti di partecipabilità (prequalificazione); i verbali della Commissione giudicatrice di ulteriore riscontro dei requisiti di partecipabilità e verifica dei requisiti generali e speciali e della documentazione da integrare all’offerta; gli ulteriori verbali della medesima Commissione di valutazione dell’offerta tecnica e di attribuzione dei relativi punteggi;
- gli atti successivi e conseguenti e allo stato ancora ignoti e, in particolare, l’eventuale verifica del progetto esecutivo di offerta dell’aggiudicatario, e l’eventuale fase di negoziazione del medesimo, e l’eventuale successiva stipula del contratto;
- nonché il bando e la lettera di invito, nella parte in cui non prevedono che per rispettare l’importanza ponderale dei criteri stabiliti dallo stesso bando la Commissione, una volta attribuiti i punteggi sulla base dei sub criteri, debba parametrare i punteggi assegnati al valore ponderale del rispettivo criterio.

Secondo parte ricorrente, i provvedimenti impugnati sarebbero illegittimi, per i seguenti motivi:

a1. Violazione della lex specialis per inosservanza dei punti III.1.1. del bando, 8.11 della lettera dl invito, e dell’art. 11 del c.s.a. parte normativa, in relazione all’art. 75, comma 5, del d. lgs. n.163-2006 e che impongono la prestazione di una cauzione provvisoria con validità non inferiore a 250 gg. dal termine ultimo di presentazione delle offerte. La stazione appaltante, dopo aver prescritto al punto VI.3.31 del bando di **gara** che l’offerente è vincolato per 250 (duecentocinquanta) giorni dal termine ultimo previsto per la presentazione dell’offerta, ha corrispondentemente imposto (punto III.1.1 del

bando) una cauzione provvisoria valida per almeno 250 gg. dalla presentazione dell'offerta. L'aggiudicatario non ha presentato la cauzione richiesta e ha presentato una cauzione con una validità garantita nel minimo non a 250 gg. bensì a 180 con impegno de! garante a rinnovare (quindi per un ulteriore analogo periodo, garantito nel minimo solo a 180 gg.) la garanzia su richiesta della stazione appaltante nel caso in cui al momento della scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione.

2. Violazione del punto III.2.3. del bando di **gara**, per aver prodotto certificato di iscrizione all'albo nazionale delle imprese che effettuano la gestione dei rifiuti scaduto.

3. Violazione dell'art. 34 del d. lgs. n. 163 del 2006, poiché l'art. 34 del nuovo Codice dei Contratti, riproducendo la norma di cui all'art. 10, comma 1, lett. c), della legge 109/1994, stabilisce in maniera tassativa i soggetti legittimati a costituire un consorzio stabile; tra i tre soggetti che costituiscono la compagine sociale del Consorzio stabile Controinteressata tre, mandante dell'ATI aggiudicataria, compare il consorzio C.I.T.I.E, che, come si evince dagli artt. 5, 6 e 16 dello statuto (e al di là della veste giuridica formalmente assunta) è un consorzio tra imprese artigiane, non ammeso.

4. Violazione del par. III.2.3. del bando di **gara** in relazione al punto 8.3. della lettera di invito che impone il principio di corrispondenza sostanziale tra quote di qualificazione e quote di partecipazione all'ATI (artt. 13, comma 1, l. 109/94 (art. 37 Codice dei Contratti) e 93, comma 4, dpr n. 554-1999, espressamente recepito dalla lex specialis: tra i requisiti di capacità tecnica previsti al par. III.2.3. del bando di **gara** vi è la cifra d'affari ottenuta con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta, nel quinquennio antecedente la pubblicazione del bando, non inferiore a 3 volte l'importo dei lavori a base di **gara**. Tale requisito doveva essere comprovato, per le società di capitali, con la presentazione dei bilanci. La mandataria del gruppo aggiudicatario, avendo dichiarato di partecipare per una quota pari al 51%, doveva, quindi, possedere una cifra d'affari per lavori non inferiore a 383.265.000,00 di Euro (ovvero il 51% del triplo della base d'asta), ma se si esaminano tuttavia i bilanci esibiti da TM.E. e relativi al quinquennio da prendere in considerazione, ci si rende agevolmente conto che tale cifra non è raggiunta, in quanto comprensiva di elementi diversi ed ulteriori rispetto alla cifra d'affari in lavori, l'unica utile a dimostrare il possesso del requisito in questione.

5. Violazione del par. IV.1.2. del bando di **gara** e del punto 13.9. b) della lettera di invito, in ordine ai requisiti di partecipabilità, necessari in sede di prequalificazione e verificati dalla commissione dl **gara** prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte; infatti, tra i requisiti necessari per poter presentare la domanda in sede di prequalificazione, il bando prevedeva espressamente, al punto IV.1.2), la realizzazione nell'ultimo decennio di almeno un impianto di combustione (tecnologia a griglia) di rifiuti umani e speciali assimilabili con produzione di energia elettrica mediante ciclo vapore, regolarmente in esercizio, con potenza di combustione non inferiore 840 MW termici per linea; produzione di vapore, finalizzato alla produzione di energia elettrica, non inferiore a 50 th; o sistemi di depurazione dei fumi (tecnologia a secco con filtro a maniche) installati sull'impianto aventi pedate non inferiori a 50.000 Nmc/h per linea; di almeno un sistema di produzione di energia elettrica a mezzo turbina a vapore, che

consente di spillare vapore a pressione costante con potenza non inferiore a 30 MW elettrici regolarmente in esercizio; di almeno un sistema di depurazione dei fumi con reattore catalitico DeNOx avente portata non inferiore a 50.000 Nmc/h per linea, installato su un impianto di combustione rifiuti urbani e speciali assimilabili oppure su una centrale termoelettrica, regolarmente in esercizio. La lettera di invito (punto 13.9. b) ai fini della dimostrazione dei predetti requisiti prescriveva la produzione di “copia dei contratti (o documentazione equivalente) con i dati delle certificazioni rilasciate dai committenti (o documentazione equivalente) a comprova dell’avvenuta esecuzione dei lavori a regola d’arte e con buon esito. Per i concorrenti stranieri documentazione equivalente”.

L’aggiudicatario non avrebbe fornito la dimostrazione dei requisiti sopracitati e avrebbe dovuto pertanto essere escluso.

6. Violazione del punto 9 della lettera di invito e degli artt. 1 e 6.1. del c.s.a., parte normativa, per il mancato rispetto delle norme inderogabili attinenti alle prescrizioni dei progetti esecutivi, e dei requisiti inderogabili previsti dalla lex specialis; infatti, si imponeva espressamente che il progetto esecutivo fosse costituito dall’insieme degli elaborati tecnici progettuali grafici e descrittivi (disegni, relazioni tecniche, computi metrici, schemi, crono programmi, note tecniche, ecc.) redatti dal concorrente in sede di offerta in conformità all’art. 93, comma 2 e 5, d. lgs 163/06 e artt. 35 e ss, dpr 554/99: il progetto presentato dall’ATI aggiudicatario non ha i requisiti tassativamente fissati dalla norma e dalla lex specialis, pertanto non rappresenta un progetto esecutivo, per mancato sviluppo della parte strutturale, carenza delle relazioni di calcolo, carenza delle relazioni di calcolo delle strutture a sostegno degli impianti, scale di rappresentazione, mancato rispetto di altri requisiti inderogabili fissati ulteriormente dalla lex specialis.

7. Violazione dei punti 3.3. e 3.5. del documento “Prescrizioni, condizioni e requisiti inderogabili” allegato come parte integrante del c.s.a., per il mancato rispetto di alcuni requisiti inderogabili, relativi agli impianti di processo. In particolare, al punto 3.5. è previsto che “Il sistema di trattamento dei fumi dovrà essere realizzato con tecnologia ed apparati conformi al progetto posto a base di **gara**, vale a dire dovrà essere costituito dai seguenti componenti essenziali. Un sistema SCR per il controllo degli NOx in posizione tail end . Sul punto il progetto a base di **gara** prevede 3 catalizzatori di volumetria complessiva pari a 180 mc. Sul punto il progetto T.M.E, ha previsto l’inserimento di un sistema di abbattimento ad integrazione del sistema richiesto alla documentazione tecnica di **gara**, ma realizzato con una volumetria complessiva ridotta ad appena 96 mc.

Analoghe violazioni sono rilevate dalla ricorrente in relazione al precedente punto 3.3.: le prescrizioni e requisiti inderogabili dei “Forni e Caldaie” imponevano che ‘Le temperature dei fumi lungo i passaggi della caldaia e dell’economizzatore dovranno essere tenute sotto controllo, mediante il ricircolo dei fumi e per bassa temperatura con i bruciatori di supporto. Per ciascun forno la stazione appaltante ha quindi prescritto l’installazione inderogabile di bruciatori di supporto aggiuntivi e separati rispetto a quelli di avviamento, ma T.M.E ha invece esplicitamente dichiarato che le due funzioni



sarebbero state assolve dai bruciatori di avviamento e ciò non soddisfa il requisito in discorso.

Uguale discorso là dove sempre al punto 3.3., le prescrizioni inderogabili hanno previsto che “Le zone del forno fortemente sollecitate potranno essere rivestite con refrattario, ma la sottostante membranatura dovrà essere protetta dal riporto saldato in Inconel 625”: l’offerta dell’aggiudicataria non soddisfa il requisito in discorso.

8. Violazione di legge ed eccesso di potere per manifesta illogicità della mancata riparametrazione dei punteggi interni al pregio tecnico (punti 35) e al processo di utilizzazione e manutenzione (punti 20) al peso previsto per l’elemento di partenza. Secondo l’esponente, all’esito delle relative valutazioni del confronto a coppie, ogni concorrente, nell’ambito di ciascun sub criterio, ha ottenuto il proprio punteggio che la Commissione giudicatrice ha semplicemente sommato a quello dell’altro sub criterio, senza provvedere alla dovuta riparametrazione sulla base del peso ponderale complessivo del criterio: così facendo non verrebbe rispettato il valore (relativo) che il bando ha inteso attribuire nel rapporto tra i criteri, sortendo il risultato di eleggere impropriamente a criterio ciò che invece è un sub criterio.

9. In via subordinata: manifesta irragionevolezza della valutazione, relativa al sub criterio della riduzione della pressione ambientale, nel confronto tra l’ATI ricorrente e la terza classificata: il riferimento è al sub criterio “riduzione della pressione ambientale”; nel confronto a coppie con la terza classificata la commissione ha attribuito sia alle ricorrenti che alla Maire l’identico punteggio di 1,79. Ciò vorrebbe dire che ha ritenuto le proposte del tutto equivalenti sul punto, ma tale giudizio di equivalente risulta manifestamente irrazionale in quanto il raggiungimento del valore emissioni richiesto a capitolato non è stato esplicitamente garantito dall’ATI Maire; infatti, il documento di Offerta Maire 2.1.1.6 “Documento attestante il rispetto delle garanzie riporta garanzie prestazionali minori, ma neanche un’attestazione generica che i valori massimi di emissioni previsti nel capitolato saranno garantiti; per contro, il raggruppamento ricorrente, non solo ha garantito esplicitamente il non superamento dei limiti massimi di emissioni nel proprio documento, ma rispetto a tali limiti ha offerto le seguenti garanzie migliorative: a) dimezzamento delle emissioni di diossine; b) netta riduzione dell’emissione dei metalli pesanti (escluso il mercurio); c) netta riduzione dell’emissione di monossido di carbonio e polveri.

Con successivi motivi aggiunti, la ricorrente impugnava il bando e la lettera di invito nella parte in cui non prevede che per rispettare l’importanza ponderale dei criteri stabiliti dallo stesso bando la commissione una volta attribuiti i punteggi sulla base dei sub criteri deve parametrare i punteggi assegnati al valore ponderale del rispettivo criterio, per violazione di legge ed eccesso di potere.

Si costituivano l’Amministrazione e il controinteressato T.M.E. chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza cautelare del 4 luglio 2008, n. 566 il Tribunale respingeva la domanda di sospensione del provvedimento impugnato.

Con ordinanza di questo Consiglio di Stato 9 settembre 2008, n. 4786, considerato che appariva necessario l'approfondimento nella opportuna sede di merito della censura relativa al termine di durata della garanzia fideiussoria prevista dalla lex specialis in 250 giorni rinnovabili, è stato accolto l'appello cautelare contro la predetta ordinanza.

Con dispositivo di sentenza n. 52 del 7 novembre 2008, la I Sezione del T.A.R. Piemonte respingeva il ricorso ed i motivi aggiunti.

Tale dispositivo veniva impugnato, con richiesta di misure cautelari provvisorie, dall'ATI RICORRENTE.

Con decreto n. 6053/08 del 14 novembre 2008 veniva accolta l'istanza e veniva sospesa l'efficacia del dispositivo di sentenza appellato.

Nel frattempo, in data 21 novembre 2008, veniva pubblicata la sentenza di rigetto n. 2935.

Avverso tale sentenza venivano proposti motivi aggiunti.

Anche nella presente sede di gravame si costituivano l'Amministrazione e il controinteressato TM.E., chiedendo il rigetto del ricorso avverso, con vittoria delle spese di lite.

Con ordinanza n. 6492/08 del 2 dicembre 2008, veniva accolta la istanza cautelare e, per l'effetto, veniva sospesa l'efficacia della sentenza impugnata, ai fini della celere fissazione del merito della causa.

In vista dell'udienza di discussione le parti hanno depositato memorie e note illustrative.

Alla pubblica udienza del 10 marzo 2009 l'appello veniva spedito in decisione ed il dispositivo di accoglimento veniva pubblicato con il n. 207/2009.

## DIRITTO

L'appello è fondato e deve essere accolto.

In particolare il Collegio reputa fondato ed assorbente il primo motivo di ricorso, disatteso dal T.A.R. e riproposto in questa sede, con cui si afferma la violazione della lex specialis (punto III 1.1 del bando; punto 8.11 della lettera d'invito e art. 11 Capitolato Speciale d'Appalto - Parte normativa, in relazione all'art. 75, comma 5, d.lgs. n.163/2006) con riferimento al termine di validità della cauzione provvisoria: esso contesta che la validità della cauzione provvisoria presentata dall'ATI aggiudicataria TM.E. sarebbe inferiore ai 250 giorni richiesti nel bando di **gara** e nella lettera d'invito,

dal che deriverebbe una diversa consistenza rispetto alla cauzione proposta dall'ATI ricorrente e, dunque, una violazione della par condicio.

Com'è noto, la cauzione provvisoria ha la duplice finalità di garantire la stazione appaltante della mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario e di assicurare l'affidabilità e la serietà dell'offerta presentata. Ha, pertanto, funzione indennitaria dei danni cagionati dall'eventuale rifiuto di stipulare il contratto e sanzionatoria degli inadempimenti procedurali relativi alla veridicità delle dichiarazioni fornite in ordine al possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa richiesti dal bando (cfr. Cons. St., Sez. V, 30 giugno 2003, n. 3866; Sez. IV, 20 luglio 2007, n. 4098).

La sua natura provvisoria (alla stipula del contratto viene sostituita da quella definitiva) e la sua specifica funzione comportano che la sua durata non può prescindere dalla durata di validità dell'offerta, risultandone diversamente pregiudicata la stessa ratio legis della cauzione provvisoria.

Ed infatti nel Codice dei Contratti il legislatore ha normativamente equiparato il termine minimo di irrevocabilità dell'offerta alla durata minima della cauzione, prevedendolo, in entrambi i casi, in 180 gg dalla scadenza del termine per la presentazione dell'offerta, tranne termini più ampi previsti dalla lex specialis di **gara** (art. 11, comma 6 e 75, comma 5).

A tali principi si è correttamente attenuta la stazione appaltante che, dopo aver prescritto al punto VI.3).31 del bando di **gara** che l'offerente è "vincolato per 250 (duecentocinquanta) giorni dal termine ultimo previsto per la presentazione dell'offerta", ha corrispondentemente imposto (punto III. 1.1 del bando) una cauzione provvisoria valida per almeno 250 gg dalla presentazione dell'offerta.

Inoltre, come fondatamente eccepito dall'appellante, al p. 8.11 della lettera di invito ed all'art. 11 del c.s.a., parte normativa, la stazione appaltante ha previsto che la garanzia fideiussoria "deve... essere corredata dall'impegno del garante a prorogare la garanzia per la durata indicata nel bando di **gara** (250 gg) nel caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione".

Le norme di **gara** imponevano, dunque, che le imprese partecipanti presentassero una cauzione valida non meno di 250 gg, nonché munita dell'impegno del garante a rinnovarla per un uguale periodo laddove nel primo termine la procedura di **gara** non fosse terminata.

Ora, nel caso di specie, come fondatamente dedotto dall'appellante, l'aggiudicatario non ha presentato la cauzione conforme a quanto richiesto dalle norme di **gara**.

Ha, infatti, presentato una cauzione provvisoria con una validità garantita nel minimo non a 250 gg bensì a 180 gg con impegno del garante a rinnovare per un ulteriore analogo periodo (e, quindi, per 180 gg) la predetta garanzia su richiesta della stazione

appaltante nel caso in cui al momento della scadenza non fosse ancora intervenuta l'aggiudicazione.

La sussistenza di un impegno al rinnovo conferma che la garanzia prodotta dall'aggiudicatario ha una scadenza predeterminata di 180 gg in luogo dei 250 fissati dalla normativa di **gara**, con ciò escludendosi, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di prime cure, che la stessa possa avere valenza comunque sino all'aggiudicazione della procedura; in tal caso infatti non avrebbe avuto senso prevedere l'ipotesi del rinnovo su richiesta "alla scadenza".

Trattasi di una difformità sostanziale, che viola la par condicio, atteso che la ricorrente, odierna appellante, ha dovuto invece procurarsi una cauzione di validità non inferiore a 250 gg e con impegno del garante a rinnovare per un ulteriore periodo.

L'aggiudicatario doveva, quindi, essere escluso sulla base dei principi in tema di evidenza pubblica (cfr. Cons. St., Sez. V, 7 luglio 2005, n. 3752, in merito alla impossibilità di integrare la cauzione provvisoria), nonché alla luce di quanto espressamente previsto nel bando di **gara** in questione (sezione III, art. III.1.1) lettera a), pag. 5, secondo cui "La mancanza o la incompletezza di quanto richiesto alla presente lett. A [NDR in merito alla cauzione provvisoria] comporta l'esclusione dell'offerta).

Il Tribunale, con la sentenza impugnata, ha rigettato il motivo facendo leva sulle clausole di cui all'art. 2 lett. a), b) e c) della garanzia. Ma tali clausole, che, in realtà, sono del tutto tipiche, in quanto contenute nello schema tipo di cui al D.M. n. 123 del 12 marzo 2004, prevedono che – all'interno della scadenza fissata dalla stessa garanzia – la garanzia cessi nel momento in cui l'obbligato non risulti aggiudicatario o secondo classificato e comunque dopo trenta giorni dall'aggiudicazione ovvero con la stipula del contratto tra obbligato e stazione appaltante.

Il Tribunale ritiene che tali clausole comportino che la fideiussione abbia comunque validità sino all'esito della **gara** a prescindere dalla durata della **gara** medesima.

Trattasi di interpretazione non condivisibile della portata della garanzia.

Infatti le richiamate clausole a), b) e c) di risoluzione della garanzia, redatte sulla base dello schema di cui al citato D.M., pacificamente operano all'interno del termine della sua durata, riguardano, cioè, ipotesi di cessazione automatica anticipata rispetto al termine di scadenza della garanzia..

Del resto, se la garanzia non avesse una sua scadenza, non avrebbe alcun senso la previsione, nella medesima pure espressamente contenuta e pattuita, di rinnovo per ugual periodo su istanza dell'obbligato. Ed infatti laddove la garanzia fosse – come ritiene il T.A.R. – comunque prestata sino all'esito della procedura, non avrebbe alcun senso la previsione di un suo rinnovo per ugual periodo.

In conclusione, a fronte di una *lex specialis* che onerava i concorrenti di una garanzia valida per 250 gg con impegno al rinnovo per uguale periodo, la controinteressata, aggiudicataria della **gara**, ha fornito una garanzia limitata a 180 gg rinnovabile per ugual periodo. La stessa doveva, quindi, essere esclusa non essendosi procurata onerosamente e nei termini di **gara** la garanzia per come imposta dalla *lex specialis* .

Data la chiarezza e non equivocità delle norme di **gara**, imposte a pena di esclusione, non appare, dunque, corretto il richiamo del T.A.R. alla necessità di interpretare tali norme in senso conservativo, dal momento che in *subjecta materia* il rispetto della par condicio deve ritenersi prevalente sul principio del *favor participationis* (cfr. C.G.A.R.S., dec. n. 85/2007; Cons. St., Sez. IV, 31 gennaio 2005, n. 231).

L'accoglimento di tale motivo di ricorso, avente carattere assorbente, consente al Collegio di dispensarsi dall'esame degli ulteriori motivi proposti dall'appellante e che il T.A.R. ha disatteso.

Quanto alle conseguenze applicative derivanti dall'annullamento nel merito dell'aggiudicazione impugnata è noto che la Cassazione ha affermato la giurisdizione dell'A.G.O. sulle questioni relative alla sorte del contratto di appalto stipulato dall'Amministrazione (cfr. Cass., Sez. Un., 28 dicembre 2007, n. 27169).

Sul piano conformativo la giurisprudenza successiva ha, tuttavia, reputato ammissibile una cognizione incidentale in sede di giudizio di ottemperanza della sentenza di annullamento finalizzato ad ottenere la ripetizione della procedura o l'aggiudicazione della **gara** (cfr. Cons. St., Ad. Plen., 30 luglio 2008, n. 9; Cons. St., Sez. VI, 3 marzo 2008, n. 796).

Le spese del doppio grado di giudizio, vista la particolarità della controversia, possono integralmente compensarsi tra le parti.

### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, annulla il provvedimento di aggiudicazione impugnato in primo grado.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 10 Marzo 2009 con l'intervento dei Sigg.ri:

Domenico La Medica Consigliere

G.Paolo Cirillo Consigliere

**Aldo Scola Consigliere**

Vito Poli Consigliere

Nicola Russo Consigliere est.

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to Nicola Russo

f.to Domenico La Medica

IL SEGRETARIO

f.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/05/09

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

P.IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi

*N°. RIC.8878-08*

LR

Se la polizza fideiussoria provvisoria è redatta in conformità allo Schema Tipo 1.1. approvato con D.M. n. 123 del 12 marzo 2004; sotto il profilo contenutistico essa è già idonea la garanzia in esame ad assolvere la sua funzione, poiché indipendentemente dal termine minimo, 180 giorni come specificato in polizza o 250 giorni come richiesto dal bando, la garanzia ha effetto per tutta la durata della gara e, dunque, soddisfa in pieno la funzione della cauzione provvisoria che è quella di offrire una garanzia relativa alla fase della partecipazione alla gara.

Esiste una violazione all'art. 75, comma 5, del d. lgs. n.163-2006, qualora, la stazione appaltante, dopo aver prescritto nel bando di gara che l'offerente è vincolato per 250 (duecentocinquanta) giorni dal termine ultimo previsto per la presentazione dell'offerta, imponendo corrispondentemente imposto una cauzione provvisoria valida per almeno 250 gg. dalla presentazione dell'offerta, ha aggiudicato l'appalto ad un'impresa che non ha presentato la cauzione richiesta e ha presentato una cauzione con una validità garantita nel minimo non a 250 gg. bensì a 180 con impegno del garante a rinnovare (quindi per un ulteriore analogo periodo, garantito nel minimo solo a 180 gg.) la garanzia su richiesta della stazione appaltante nel caso in cui al momento della scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione.?

Il Collegio osserva che le modalità di calcolo del premio sono la conferma del fatto che la cauzione risulta rispettosa dei requisiti previsti dal bando. Come è noto, l'art. 75 d.lgs. n. 163/2006 espressamente prevede che la cauzione possa essere prestata anche sotto forma di fideiussione bancaria o assicurativa: nel caso di specie, si tratta di una polizza fideiussoria, in particolare, di una fideiussione indennitativa, in forza della quale la compagnia assicuratrice assume su di sé il rischio dell'insolvenza dell'assicurato, deputata a garantire non solo la correttezza e veridicità dell'offerta (profilo sanzionatorio), ma anche la seria intenzione del partecipante di addivenire alla stipula del contratto (profilo indennitario). La giurisprudenza, infatti, qualifica la cauzione provvisoria come caparra confirmatoria ovvero come clausola penale. La struttura contrattuale della polizza fideiussoria è composta da un contratto di assicurazione tra la compagnia e il debitore assicurato e una fideiussione rilasciata nei confronti del soggetto garantito, che assume le caratteristiche di una garanzia a prima richiesta ovvero di contratto autonomo di garanzia. La polizza fideiussoria in contestazione è redatta in conformità allo Schema Tipo 1.1. approvato con D.M. n. 123 del 12 marzo 2004; sotto il profilo contenutistico, si rileva l'inizio della garanzia fideiussoria coincide con la data di presentazione dell'offerta (art. 2, lett. a) e che la garanzia cessa automaticamente qualora il Contraente non risulti aggiudicatario della gara o secondo aggiudicatario della gara, estinguendosi comunque ad ogni effetto trascorsi 30 giorni dall'aggiudicazione della gara ad altra impresa; cessa automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto d'appalto da parte del Contraente aggiudicatario della gara» (art.2, lett. b) e c). Pertanto, tale profilo rende già idonea la garanzia in esame ad assolvere la sua funzione, poiché indipendentemente dal termine minimo, 180 giorni come specificato in polizza o 250 giorni come richiesto dal bando, la garanzia ha effetto per tutta la durata della gara e, dunque, soddisfa in pieno la funzione della cauzione provvisoria che è quella di offrire una garanzia relativa alla fase della partecipazione alla gara. **Sulla base delle predette clausole a), b), e c), il fideiubente non potrà opporre alcuna eccezione all'eventuale pagamento richiesto dalla stazione appaltante, secondo lo schema della garanzia a prima richiesta, per tutta la durata dell'appalto e fino a 30 giorni dopo l'aggiudicazione. Come si vede si tratta di una garanzia che soddisfa in pieno e anche di più la condizione del bando secondo cui la cauzione provvisoria debba coprire almeno 250 giorni.**

Merita di essere riportato il seguente passaggio tratto dalla sentenza numero 2935 del 21 novembre 2008, emessa dal Tar Piemonte, Torino

< Con il primo motivo di ricorso si afferma la violazione della lex specialis (punto III 1.1 del bando; punto 8.11 della lettera d'invito e art. 11 Capitolato Speciale d'Appalto - Parte normativa, in relazione all'art. 75, comma 5, d.lgs. n.163/2006) con riferimento al termine di validità della cauzione provvisoria: esso contesta che la validità della cauzione provvisoria presentata dall'ATI BETA sarebbe inferiore ai 250 giorni richiesti nel bando di gara e nella lettera d'invito, dal che deriverebbe una diversa consistenza rispetto alla cauzione proposta dall'ATI ricorrente e, dunque, una violazione della par condicio.

Il Collegio osserva che le modalità di calcolo del premio sono la conferma del fatto che la cauzione risulta rispettosa dei requisiti previsti dal bando.

Come è noto, l'art. 75 d.lgs. n. 163/2006 espressamente prevede che la cauzione possa essere prestata anche sotto forma di fideiussione bancaria o assicurativa: nel caso di specie, si tratta di una polizza fideiussoria, in particolare, di una fideiussio indemnitas, in forza della quale la compagnia assicuratrice assume su di sé il rischio dell'insolvenza dell'assicurato, deputata a garantire non solo la correttezza e veridicità dell'offerta (profilo sanzionatorio), ma anche la seria intenzione del partecipante di addivenire alla stipula del contratto (profilo indennitario). La giurisprudenza, infatti, qualifica la cauzione provvisoria come caparra confirmatoria (ex art. 1385 c.c.; Cons. Stato, Sez. VI, 3 marzo 2004, n. 1058), ovvero come clausola penale (ex art. 1382 c.c.; Cons. Stato, Sez. V, 11 dicembre 2007, n. 6362).

La struttura contrattuale della polizza fideiussoria è composta da un contratto di assicurazione tra la compagnia e il debitore assicurato e una fideiussione rilasciata nei confronti del soggetto garantito, che assume le caratteristiche di una garanzia a prima richiesta ovvero di contratto autonomo di garanzia.

La polizza fideiussoria in contestazione è redatta in conformità allo Schema Tipo 1.1. approvato con D.M. n. 123 del 12 marzo 2004; sotto il profilo contenutistico, si rileva l'inizio della garanzia fideiussoria coincide con la data di presentazione dell'offerta (art. 2, lett. a) e che la garanzia cessa automaticamente qualora il Contraente non risulti aggiudicatario della gara o secondo aggiudicatario della gara, estinguendosi comunque ad ogni effetto trascorsi 30 giorni dall'aggiudicazione della gara ad altra impresa; cessa automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto d'appalto da parte del Contraente aggiudicatario della gara» (art.2, lett. b) e c).

Pertanto, tale profilo rende già idonea la garanzia in esame ad assolvere la sua funzione, poiché indipendentemente dal termine minimo, 180 giorni come specificato in polizza o 250 giorni come richiesto dal bando, la garanzia ha effetto per tutta la durata della gara e, dunque, soddisfa in pieno la funzione della cauzione provvisoria che è quella di offrire una guarentigia relativa alla fase della partecipazione alla gara.

Sulla base delle predette clausole a), b), e c), il fideiubente non potrà opporre alcuna eccezione all'eventuale pagamento richiesto dalla stazione appaltante, secondo lo schema della garanzia a prima richiesta, per tutta la durata dell'appalto e fino a 30 giorni dopo l'aggiudicazione. Come si vede si tratta di una garanzia che soddisfa in pieno e anche di più la condizione del bando secondo cui la cauzione provvisoria debba coprire almeno 250 giorni.

Ritiene, pertanto, il Collegio che la garanzia prestata dalla ditta ricorrente non sia difforme alla lex specialis, interpretata quest'ultima in senso conservativo, in modo da attribuire ad essa un significato compatibile con quello della citata normativa di rango primario. Questa, infatti, riconosce all'amministrazione aggiudicatrice un potere di deroga alla disciplina legale della durata della garanzia (il



cui esercizio è suscettibile di aggravare gli oneri di partecipazione alla gara), solo per adeguarla alla durata del procedimento di gara: è infatti evidente lo spirito e la ratio del citato art. 75, quinto comma, che indica entro quali limiti e con quali termini relazionali è ipotizzabile un simile potere derogatorio. Poiché, come si è osservato, una maggiore ampiezza della garanzia incrementa i costi di partecipazione alla gara essa (riducendo così le possibilità di partecipazione e, dunque, una effettiva concorrenza), secondo una regola di proporzionalità essa è consentita dal legislatore solo nella misura in cui sia funzionale alla tutela dell'interesse dell'amministrazione a risultare coperta dalla garanzia anche nell'ipotesi in cui il procedimento di gara avesse una durata superiore a quella originariamente prevista.

Inoltre, si deve aggiungere, la fideiussione prestata dalla compagnia assicuratrice a garanzia della validità e correttezza dell'offerta presentata dal partecipante alla procedura di gara presuppone la presenza di un contratto assicurativo tra la compagnia stessa ed il soggetto che presenta la garanzia, con pagamento di un corrispettivo dal garantito all'assicuratore.

Se, dunque, il premio è parte del sinallagma contrattuale in quanto corrispettivo dell'assunzione del rischio, la clausola «ai soli fini del calcolo del premio la presente garanzia ha effetto dal 16/11/2007 al 31/07/2008» (lasso di tempo più ampio del minimo di 250 giorni richiesto dal bando), evidentemente è stata voluta dalle parti in correlazione alla durata della garanzia richiesta dalla stazione appaltante.

Pertanto, tale clausola, presente sulla stessa polizza, in quanto aggiunte al modulo o al formulario, prevale eventualmente su quelle stampate incompatibili ai sensi dell'art. 1342 c.c. e, dunque, perde di valore, sulla base di tale criterio interpretativo legale del contratto, il termine prestampato di almeno 180 giorni.

Pertanto tale motivo di ricorso è infondato.>

SI LEGGA ANCHE

Nella cauzione provvisoria è necessario distinguere la durata della polizza fideiussoria da quella relativa alla pattuizione interna; anche nel caso in cui i termini di durata possano coincidere

:attenzione agli adempimenti di cui al DM 123/2004

Le norme contenute nella L. n. 68/99 a tutela del diritto al lavoro dei disabili, hanno natura autoesecutiva e quindi la loro applicazione non viene fatta dipendere dall'inserimento o meno dell'obbligo ivi previsto fra le specifiche clausole di concorso delle singole gare

La sentenza numero 762 del 18 novembre depositata dal Tar per la Basilicata, sez di Potenza, in data 18 novembre 2004 va segnalata per due osservazioni di rilevanza fondamentale sull'operatività delle stazioni appaltanti

### **La prima riguarda la durata della polizza provvisoria**

Prendendo spunto da una precedente sentenza

(T.A.R. Liguria, Sez. II, 1° marzo 2003, n. 235:

La distinzione fra i due negozi, l'uno esterno di fideiussione a favore dell'amministrazione garantita, l'altro interno fra partecipante alla gara e assicurazione garante riconducibile al contratto di assicurazione, induce a discernere il contenuto specifico di ciascuno di essi che possono, ed anzi –il più delle volte- sono, unitariamente essere documentati dalla stessa polizza. In particolare i termini di durata

dei rispettivi negozi. E' quindi necessario distinguere la durata della polizza fideiussoria da quella relativa alla pattuizione interna; anche nel caso in cui i termini di durata possano coincidere)

L' adito giudice amministrativo decide che:

<<L'esame della polizza fideiussoria prodotta in gara dalla concorrente, mostra che essa indica due distinti termini di durata: a) l'uno, della durata prevista di giorni "...100 dal 01/03/04 al 09/06/04..", è relativo alla pattuizione interna intercorsa tra debitore e fideiussore; b) l'altro, proprio della polizza fideiussoria, è quello che si ricava dalle condizioni generali di assicurazione regolanti il rapporto tra la Società di assicurazione e la stazione appaltante, secondo le quali la Assicuratore <<...fino alla concorrenza della somma massima assicurata e fino alla completa liberazione del Contraente dagli obblighi nascenti dalla partecipazione alla gara si costituisce fideiussore del Contraente, per le somme che questi fosse tenuto a corrispondere alla Stazione Appaltante in virtù della sua partecipazione alla gara d'appalto indicata nel frontespizio di polizza. Il mancato pagamento del premio non può essere opposto, in nessun caso, alla Stazione Appaltante..>>.

Il termine di validità della fideiussione non è, pertanto, di 100 giorni come opinato dalla ricorrente incidentale, ma si estende fino alla completa liberazione della concorrente dagli obblighi discendenti dalla partecipazione alla gara in questione>>

Attenzione quindi.....

Il DECRETO 12 marzo 2004, n.123 contenente gli:

<< Schemi di polizza tipo per le garanzie fideiussorie e le coperture assicurative previste agli articoli 17 e 30 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni, e dal regolamento generale di attuazione emanato con decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554, in materia di lavori pubblici. (GU n. 109 del 11-5-2004- Suppl. Ordinario n.89)>>

nelle condizioni generali della garanzia provvisoria prevede che:

### **<<Art. 2 - Durata della garanzia**

L'efficacia della garanzia, come riportato nella Scheda Tecnica:

- a) decorre dalla data di presentazione dell'offerta;
- b) ha validità di almeno 180 giorni a partire dalla data su indicata;
- c) cessa automaticamente qualora il Contraente non risulti aggiudicatario o secondo in graduatoria della gara, estinguendosi comunque ad ogni effetto trascorsi 30 giorni dall'aggiudicazione della gara ad altra Impresa;
- d) cessa automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto d'appalto da parte del Contraente aggiudicatario della gara.

La liberazione anticipata della garanzia rispetto alle scadenze di cui ai precedenti punti b), c), d) può aver luogo solo con la consegna dell'originale della Scheda Tecnica o con comunicazione scritta della Stazione appaltante al Garante>>

**Pertanto se anche la scheda non dovesse prevedere l'esatta durata di 180 gg, l'amministrazione non ha facoltà di escludere la ditta dalla procedura**

**La seconda riguarda gli obblighi relativi alla norma di cui all'art. 17 L. n. 68/99 a tutela del diritto al lavoro dei disabili**

La summenzionata norma dispone che:

<< le imprese, sia pubbliche sia private, qualora partecipino a bandi per appalti pubblici o intrattengano rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, sono tenute a presentare preventivamente alle stesse la dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, nonché apposita certificazione rilasciata dagli uffici competenti dalla quale risulti l'ottemperanza alle norme della presente legge, pena l'esclusione>>

nell'emarginata sentenza si legge che:

<< Salvo quanto disposto, in tema di certificazione, dagli articoli 5, D.M. 7 luglio 2000, e 77-bis, D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 (e successivamente chiarito dalla circolare 28 marzo 2003, n. 10/2003 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali), **la norma in parola ha un chiaro contenuto di ordine pubblico**, e la sua applicazione non viene fatta dipendere dall'inserimento o meno dell'obbligo ivi previsto fra le specifiche clausole di concorso delle singole gare, cosicché il bando, che non contenga alcun riferimento agli obblighi derivanti dalla norma legislativa anzidetta, deve intendersi dalla stessa comunque integrato, ponendosi tutt'al più un problema di illegittimità della clausola del bando che espressamente disponga in difformità (cfr., tra le altre, Cons. Stato, Sez. V, 14 maggio 2004 n. 3148 e 11 febbraio 2003 n. 700; T.A.R. Piemonte, Sez. II, 24 gennaio 2002, n. 288; T.A.R. Basilicata 20 maggio 2003, n. 460).

La natura autoesecutiva della norma in esame discende non solo dalla sua formulazione letterale che impone ai datori di lavoro pubblici e privati soggetti alla legislazione nazionale (quali diretti destinatari delle norme contenute nella L. n. 68/99, dettate a tutela del diritto al lavoro dei disabili) tout court l'obbligo di esibizione della dichiarazione di regolarità, ma anche dalla sua stessa ratio, da identificarsi nell'esigenza di garantire l'espletamento di una gara a cui partecipino solo ditte rispetto alle quali sia chiara preventivamente la loro posizione circa l'obbligo di assunzione di persone disabili>>

Ma non solo:

<<la disposizione in esame è stata correttamente letta ed interpretata nel senso **che gli adempimenti dalla stessa richiesti vanno configurati non come condizione per l'aggiudicazione dell'appalto, ma come requisito di partecipazione alla gara**, con conseguente necessità di produzione della relativa dichiarazione al momento della presentazione della domanda **da parte di tutte le imprese concorrenti, anche di quelle non tenute all'osservanza della normativa a tutela dei disabili**, le quali ultime, lungi dall'essere esonerate dal comunicare all'Amministrazione la propria posizione nei riguardi della disciplina in parola, sono comunque tenute a trasmettere, anch'esse al momento della presentazione della domanda, la dichiarazione che attesti l'inapplicabilità alla loro impresa della normativa citata>>

A cura di Sonia Lazzini

N. 02935/2008 REG.SEN.

N. 00848/2008 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 848 del 2008, integrato da motivi aggiunti, proposto da:  
ALFA, ALFA2 Soc. Coop., ALFA3 Soc. Coop., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avv. Carlo Emanuele Gallo, Gianluigi Pellegrino e Simona Matta, con domicilio eletto presso l'avv. Carlo Emanuele Gallo in Torino, via Pietro Palmieri, 40;

contro

Trm Spa -Torino-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Claudio Piacentini, con domicilio eletto presso il suo studio in Torino, corso Duca degli Abruzzi, 15;  
Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e Lavoro,

nei confronti di

Ati BETA Scarl-Cons.Stabile BETA1-BETA2., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avv. Marco Casavecchia e Mario Sanino, con domicilio eletto presso l'avv. Marco Casavecchia in Torino, via Paolo Sacchi, 44;

per l'annullamento

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto-concorso indetto da TRM spa (Trattamento Rifiuti Metropolitan SpA Torino), per la realizzazione "chiavi in mano" dell'impianto di termovalorizzazione nell'area del Gerbido del Comune di Torino, comunicato con nota del 22.4.2008 e della successiva aggiudicazione divenuta efficace, comunicata con nota del 16.5.2008;
- di tutti gli atti presupposti e, in particolare, della valutazione dei requisiti di partecipabilità (prequalificazione); dei verbali della Commissione giudicatrice di ulteriore riscontro dei requisiti di partecipabilità e verifica dei requisiti generali e speciali e della documentazione da integrare all'offerta; degli ulteriori verbali della medesima Commissione di valutazione dell'offerta tecnica e di attribuzione dei relativi punteggi;
- degli atti successivi e conseguenti e allo stato ancora ignoti e, in particolare, dell'eventuale verifica del progetto esecutivo di offerta dell'aggiudicatario, e dell'eventuale fase di negoziazione del medesimo, e dell'eventuale successiva stipula del contratto;
- nonché del bando e della lettera di invito nella parte in cui non prevede che per rispettare l'importanza ponderale dei criteri stabiliti dallo stesso bando la commissione una volta attribuiti i punteggi sulla base dei sub criteri deve parametrare i punteggi assegnati al valore ponderale del rispettivo criterio.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Trm Spa -Torino-;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ati Tm.E-Cons.Ravennate Scarl-Cons.Stabile BETA1-BETA2.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23/10/2008 il Primo Referendario dott. Paolo Giovanni Nicolo' Lotti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

## FATTO

Con il ricorso in oggetto, si espone che con bando, pubblicato nella GUCE del 17.1.2007, T.R.M. Trattamento Rifiuti Metropolitan Spa Torino, ha indetto un Appalto Concorso ex art. 20, comma 4, L. 109-94 e art. 1-octies, comma 2, Legge 228/06 avente ad oggetto la realizzazione “chiavi in mano” dell’impianto di Termovalorizzazione nell’area di Gerbido del Comune di Torino” — per un importo complessivo a base di gara di Euro 260.500.000,00, di cui Euro 250.500.000,00 per lavori ed Euro 10.000.000,00 per prestazioni relative al periodo di esercizio provvisorio. La gara era destinata ai soggetti aventi determinati requisiti di partecipabilità che avessero presentato domanda di partecipazione entro il termine del 3.4.2007. Il criterio di aggiudicazione previsto dal bando era quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa in base ai seguenti criteri:

- a. pregio tecnico, ponderazione: 35, suddiviso in due sub criteri: valore tecnico prestazionale, 25 e riduzione della pressione ambientale del progetto Esecutivo di Offerta, 10;
- b. processo di utilizzazione e processo di manutenzione, ponderazione: 20, suddiviso in due sub criteri: utilizzazione, 10 e manutenzione, 10;
- c. prezzo, ponderazione: 30;
- d. termine di esecuzione, ponderazione: 10;
- e. piano di management, ponderazione: 5.

La determinazione dei punteggi è avvenuta con il metodo aggregativo-compensatore di cui all'allegato B del dpr 554/99. Gli elementi di natura qualitativa (“Valore tecnico prestazionale”; “Riduzione della pressione ambientale”; “processo di utilizzazione”; “processo di manutenzione; “piano di management”) sono stati valutati ai sensi lett. a) del predetto allegato B, mediante confronto a coppie, secondo le linee guida di cui all'allegato A dpr 554-99, mentre gli elementi di natura quantitativa (“prezzo”; “termine di esecuzione”) sono stati valutati ai sensi della lett. b del medesimo allegato B, attraverso interpolazione lineare tra il coefficiente pari a 1, attribuito ai valori degli elementi offerti più convenienti per la stazione appaltante, e coefficienti pari a zero, attribuito a quelli posti a base di gara.

Secondo parte ricorrente, il provvedimento in epigrafe indicato sarebbe illegittimo, per i seguenti motivi:

a1. Violazione della *lex specialis* per inosservanza dei punti III.1.1. del bando, 8.11 della lettera di invito, e dell'art. 11 del c.s.a. parte normativa, in relazione all'art. 75, comma 5, del d. lgs. n.163-2006 e che impongono la prestazione di una cauzione provvisoria con validità non inferiore a 250 gg. dal termine ultimo di presentazione delle offerte. La stazione appaltante, dopo aver prescritto al punto VI.3.31 del bando di gara che l'offerente è vincolato per 250 (duecentocinquanta) giorni dal termine ultimo previsto per la presentazione dell'offerta, ha corrispondentemente imposto (punto III.1.1 del bando) una cauzione provvisoria valida per almeno 250 gg. dalla presentazione dell'offerta. L'aggiudicatario non ha presentato la cauzione richiesta e ha presentato una cauzione con una validità garantita nel minimo non a 250 gg. bensì a 180 con impegno del garante a rinnovare (quindi per un ulteriore analogo periodo, garantito nel minimo solo a 180 gg.) la garanzia su richiesta della stazione appaltante nel caso in cui al momento della scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione.

2. Violazione del punto III.2.3. del bando di gara, per aver prodotto certificato di iscrizione all'albo nazionale delle imprese che effettuano la gestione dei rifiuti scaduto.

3. Violazione dell'art. 34 del d. lgs. n. 163 del 2006, poiché l'art. 34 del nuovo Codice dei Contratti, riproducendo la norma di cui all'art. 10, comma 1, lett. c), della legge 109/1994, stabilisce in maniera tassativa i soggetti legittimati a costituire un consorzio stabile; tra i tre soggetti che costituiscono la compagine sociale del Consorzio stabile BETA1, mandante dell'ATI aggiudicataria, compare il consorzio C.I.T.I.E, che, come si evince dagli artt. 5, 6 e 16 dello statuto (e al di là della veste giuridica formalmente assunta) è un consorzio tra imprese artigiane, non ammeso.

4. Violazione del par. III.2.3. del bando di gara in relazione al punto 8.3. della lettera di invito che impone il principio di corrispondenza sostanziale tra quote di qualificazione e quote di partecipazione all'ATI (artt. 13, comma 1, l. 109/94 (art. 37 Codice dei Contratti) e 93, comma 4, dpr n. 554-1999, espressamente recepito dalla *lex specialis*: tra i requisiti di capacità tecnica previsti al par. III.2.3. del bando di gara vi è la cifra d'affari ottenuta con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta, nel quinquennio antecedente la pubblicazione del bando, non inferiore a 3 volte l'importo dei lavori a base di gara. Tale requisito doveva essere comprovato, per le società di capitali, con la presentazione dei bilanci. La mandataria del gruppo aggiudicatario, avendo dichiarato di partecipare per una quota pari al 51%, doveva, quindi, possedere una cifra d'affari per lavori non inferiore a 383.265.000,00 di Euro (ovvero il 51% del triplo della base d'asta), ma se si esaminano tuttavia i bilanci esibiti da T.M.E. e relativi al quinquennio da prendere in considerazione, ci si rende agevolmente conto che tale cifra non è raggiunta, in quanto comprensiva di elementi diversi ed ulteriori rispetto alla cifra d'affari in lavori, l'unica utile a dimostrare il possesso del requisito in questione.

5. Violazione del par. IV.1.2. del bando di gara e del punto 13.9. b) della lettera di invito, in ordine ai requisiti di partecipabilità, necessari in sede di prequalificazione e verificati dalla commissione di gara prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte; infatti, tra i requisiti necessari per poter presentare la domanda in sede di prequalificazione, il bando prevedeva espressamente, al punto IV.1.2), la realizzazione nell'ultimo decennio di almeno un impianto di combustione (tecnologia a griglia) di rifiuti umani e speciali assimilabili con produzione di energia elettrica mediante ciclo vapore, regolarmente in esercizio, con potenza di combustione non inferiore a 840 MW termici per linea; produzione di vapore, finalizzato alla produzione di energia elettrica, non inferiore a 50 th; o sistemi di depurazione dei fumi (tecnologia a secco con filtro a maniche) installati sull'impianto aventi pedate non inferiori a 50.000 Nmc/h per linea; di almeno un sistema di produzione di energia elettrica a mezzo turbina a vapore, che consente di spillare vapore a pressione costante con potenza non inferiore a 30 MW elettrici regolarmente in esercizio; di almeno un sistema di depurazione dei fumi con reattore catalitico DeNOx avente portata non inferiore a 50.000 Nmc/h per linea, installato su un impianto di combustione rifiuti

urbani e speciali assimilabili oppure su una centrale termoelettrica, regolarmente in esercizio. La lettera di invito (punto 13.9. b) ai fini della dimostrazione dei predetti requisiti prescriveva la produzione di “copia dei contratti (o documentazione equivalente) con i dati delle certificazioni rilasciate dai committenti (o documentazione equivalente) a comprova dell’avvenuta esecuzione dei lavori a regola d’arte e con buon esito. Per i concorrenti stranieri documentazione equivalente”.

L’aggiudicatario non avrebbe fornito la dimostrazione dei requisiti sopracitati e avrebbe dovuto pertanto essere escluso.

6. Violazione del punto 9 della lettera di invito e degli artt. 1 e 6.1. del c.s.a., parte normativa, per il mancato rispetto delle norme inderogabili attinenti alle prescrizioni del progetti esecutivi, e dei requisiti inderogabili previsti dalla lex specialis; infatti, si imponeva espressamente che il progetto esecutivo fosse costituito dall’insieme degli elaborati tecnici progettuali grafici e descrittivi (disegni, relazioni tecniche, computi metrici, schemi, crono programmi, note tecniche, ecc.) redatti dal concorrente in sede di offerta in conformità all’art. 93, comma 2 e 5, d. lgs 163/06 e artt. 35 e ss, dpr 554/99: il progetto presentato dall’ATI aggiudicatario non ha i requisiti tassativamente fissati dalla norma e dalla lex specialis, pertanto non rappresenta un progetto esecutivo, per mancato sviluppo della parte strutturale, carenza delle relazioni di calcolo, carenza delle relazioni di calcolo delle strutture a sostegno degli impianti, scale di rappresentazione, mancato rispetto di altri requisiti inderogabili fissati ulteriormente dalla lex specialis.

7. Violazione dei punti 3.3. e 3.5. del documento “Prescrizioni, condizioni e requisiti inderogabili” allegato come parte integrante del c.s.a., per il mancato rispetto di alcuni requisiti inderogabili, relativi agli impianti di processo. In particolare, al punto 3.5. è previsto che “Il sistema di trattamento dei fumi dovrà essere realizzato con tecnologia ed apparati conformi al progetto posto a base di gara, vale a dire dovrà essere costituito dai seguenti componenti essenziali. Un sistema SCR per il controllo degli NOx in posizione tail end . Sul punto il progetto a base di gara prevede 3 catalizzatori di volumetria complessiva pari a 180 mc. Sul punto il progetto T.M.E, ha previsto l’inserimento di un sistema di abbattimento ad integrazione del sistema richiesto alla documentazione tecnica di gara, ma realizzato con una volumetria complessiva ridotta ad appena 96 mc.

Analoghe violazioni sono rilevate dalla ricorrente in relazione al precedente punto 3.3.: le prescrizioni e requisiti inderogabili dei “Forni e Caldaie” imponevano che ‘Le temperature dei fumi lungo i passaggi della caldaia e dell’economizzatore dovranno essere tenute sotto controllo, mediante il ricircolo dei fumi e per bassa temperatura con i bruciatori di supporto. Per ciascun forno la stazione appaltante ha quindi prescritto l’installazione inderogabile di bruciatori di supporto aggiuntivi e separati rispetto a quelli di avviamento, ma T.M.E ha invece esplicitamente dichiarato che le due funzioni sarebbero state assolte dai bruciatori di avviamento e ciò non soddisfa il requisito in discorso.

Uguale discorso là dove sempre al punto 3.3., le prescrizioni inderogabili hanno previsto che “Le zone del forno fortemente sollecitato potranno essere rivestite con refrattario, ma la sottostante membranatura dovrà essere protetta dal riporto saldato in Inconel 625”: l’offerta dell’aggiudicataria non soddisfa il requisito in discorso.

8. Violazione di legge ed eccesso di potere per manifesta illogicità della mancata riparametrazione dei punteggi interni al pregio tecnico (punti 35) e al processo di utilizzazione e manutenzione (punti 20) al peso previsto per l’elemento di partenza. Secondo l’esponente, all’esito delle relative valutazioni del confronto a coppie, ogni concorrente, nell’ambito di ciascun sub criterio, ha ottenuto il proprio punteggio che la Commissione giudicatrice ha semplicemente sommato a quello dell’altro sub criterio, senza provvedere alla dovuta riparametrazione sulla base del peso ponderale complessivo del criterio: così facendo non verrebbe rispettato il valore (relativo) che il bando ha inteso attribuire nel rapporto tra i criteri, sortendo il risultato di eleggere impropriamente a criterio ciò che invece è un sub criterio.

9. In via subordinata: manifesta irragionevolezza della valutazione, relativa al sub criterio della riduzione della pressione ambientale, nel confronto tra l'ATI ricorrente e la terza classificata: il riferimento è al sub criterio "riduzione della pressione ambientale"; nel confronto a coppie con la terza classificata la commissione ha attribuito sia alle ricorrenti che alla GAMMA l'identico punteggio di 1,79. Ciò vorrebbe dire che ha ritenuta le proposte del tutto equivalenti sul punto, ma tale giudizio di equivalente risulta manifestamente irrazionale in quanto il raggiungimento del valore emissioni richiesto a capitolato non è stato esplicitamente garantito dall'ATI GAMMA, infatti, il documento di Offerta GAMMA 2.1.1.6 "Documento attestante il rispetto delle garanzia riporta garanzie prestazionali minori, ma neanche un'attestazione generica che i valori massimi di emissioni previsti nel capitolato saranno garantiti; per contro, il raggruppamento ricorrente, non solo ha garantito esplicitamente il non superamento dei limiti massimi di emissioni nel proprio documento, ma rispetto a tali limiti ha offerto le seguenti garanzie migliorative: a) dimezzamento delle emissioni di diossine; b) netta riduzione dell'emissione dei metalli pesanti (escluso il mercurio); c) netta riduzione dell'emissione di monossido di carbonio e polveri.

Con successivi motivi aggiunti, la ricorrente impugnava il bando e la lettera di invito nella parte in cui non prevede che per rispettare l'importanza ponderale dei criteri stabiliti dallo stesso bando la commissione una volta attribuiti i punteggi sulla base dei sub criteri deve parametrare i punteggi assegnati al valore ponderale del rispettivo criterio, per violazione di legge ed eccesso di potere.

Si costituivano l'Amministrazione e il controinteressato chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza cautelare di questa sezione del 4 luglio 2008, n. 566 veniva respinta la domanda di sospensione del provvedimento impugnato.

Con ordinanza del Consiglio di Stato 9 settembre 2008, n. 4786, considerato che appariva necessario l'approfondimento nella opportuna sede di merito della censura relativa al termine di durata della garanzia fideiussoria prevista dalla lex specialis in 250 giorni rinnovabili, è stato accolto l'appello cautelare contro la predetta ordinanza.

Alla pubblica udienza del 23 ottobre 2008 il ricorso veniva posto in decisione.

## DIRITTO

Il Collegio, illustrati in parte narrativa i motivi di ricorso e le linee essenziali del fatto può senz'altro passare ad esaminare partitamente le censure avanzate contro gli atti di gara impugnati.

Con il primo motivo di ricorso si afferma la violazione della lex specialis (punto III 1.1 del bando; punto 8.11 della lettera d'invito e art. 11 Capitolato Speciale d'Appalto - Parte normativa, in relazione all'art. 75, comma 5, d.lgs. n.163/2006) con riferimento al termine di validità della cauzione provvisoria: esso contesta che la validità della cauzione provvisoria presentata dall'ATI BETA sarebbe inferiore ai 250 giorni richiesti nel bando di gara e nella lettera d'invito, dal che deriverebbe una diversa consistenza rispetto alla cauzione proposta dall'ATI ricorrente e, dunque, una violazione della par condicio.

Il Collegio osserva che le modalità di calcolo del premio sono la conferma del fatto che la cauzione risulta rispettosa dei requisiti previsti dal bando.

Come è noto, l'art. 75 d.lgs. n. 163/2006 espressamente prevede che la cauzione possa essere prestata anche sotto forma di fideiussione bancaria o assicurativa: nel caso di specie, si tratta di una polizza fideiussoria, in particolare, di una fideiussio indemnitas, in forza della quale la compagnia assicuratrice assume su di sé il rischio dell'insolvenza dell'assicurato, deputata a garantire non solo la correttezza e



veridicità dell'offerta (profilo sanzionatorio), ma anche la seria intenzione del partecipante di addivenire alla stipula del contratto (profilo indennitario). La giurisprudenza, infatti, qualifica la cauzione provvisoria come caparra confirmatoria (ex art. 1385 c.c.; Cons. Stato, Sez. VI, 3 marzo 2004, n. 1058), ovvero come clausola penale (ex art. 1382 c.c.; Cons. Stato, Sez. V, 11 dicembre 2007, n. 6362).

La struttura contrattuale della polizza fideiussoria è composta da un contratto di assicurazione tra la compagnia e il debitore assicurato e una fideiussione rilasciata nei confronti del soggetto garantito, che assume le caratteristiche di una garanzia a prima richiesta ovvero di contratto autonomo di garanzia.

La polizza fideiussoria in contestazione è redatta in conformità allo Schema Tipo 1.1. approvato con D.M. n. 123 del 12 marzo 2004; sotto il profilo contenutistico, si rileva l'inizio della garanzia fideiussoria coincide con la data di presentazione dell'offerta (art. 2, lett. a) e che la garanzia cessa automaticamente qualora il Contraente non risulti aggiudicatario della gara o secondo aggiudicatario della gara, estinguendosi comunque ad ogni effetto trascorsi 30 giorni dall'aggiudicazione della gara ad altra impresa; cessa automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto d'appalto da parte del Contraente aggiudicatario della gara» (art.2, lett. b) e c).

Pertanto, tale profilo rende già idonea la garanzia in esame ad assolvere la sua funzione, poiché indipendentemente dal termine minimo, 180 giorni come specificato in polizza o 250 giorni come richiesto dal bando, la garanzia ha effetto per tutta la durata della gara e, dunque, soddisfa in pieno la funzione della cauzione provvisoria che è quella di offrire una guarentigia relativa alla fase della partecipazione alla gara.

Sulla base delle predette clausole a), b), e c), il fideiubente non potrà opporre alcuna eccezione all'eventuale pagamento richiesto dalla stazione appaltante, secondo lo schema della garanzia a prima richiesta, per tutta la durata dell'appalto e fino a 30 giorni dopo l'aggiudicazione. Come si vede si tratta di una garanzia che soddisfa in pieno e anche di più la condizione del bando secondo cui la cauzione provvisoria debba coprire almeno 250 giorni.

Ritiene, pertanto, il Collegio che la garanzia prestata dalla ditta ricorrente non sia difforme alla *lex specialis*, interpretata quest'ultima in senso conservativo, in modo da attribuire ad essa un significato compatibile con quello della citata normativa di rango primario. Questa, infatti, riconosce all'amministrazione aggiudicatrice un potere di deroga alla disciplina legale della durata della garanzia (il cui esercizio è suscettibile di aggravare gli oneri di partecipazione alla gara), solo per adeguarla alla durata del procedimento di gara: è infatti evidente lo spirito e la ratio del citato art. 75, quinto comma, che indica entro quali limiti e con quali termini relazionali è ipotizzabile un simile potere derogatorio. Poiché, come si è osservato, una maggiore ampiezza della garanzia incrementa i costi di partecipazione alla gara essa (riducendo così le possibilità di partecipazione e, dunque, una effettiva concorrenza), secondo una regola di proporzionalità essa è consentita dal legislatore solo nella misura in cui sia funzionale alla tutela dell'interesse dell'amministrazione a risultare coperta dalla garanzia anche nell'ipotesi in cui il procedimento di gara avesse una durata superiore a quella originariamente prevista.

Inoltre, si deve aggiungere, la fideiussione prestata dalla compagnia assicuratrice a garanzia della validità e correttezza dell'offerta presentata dal partecipante alla procedura di gara presuppone la presenza di un contratto assicurativo tra la compagnia stessa ed il soggetto che presenta la garanzia, con pagamento di un corrispettivo dal garantito all'assicuratore.

Se, dunque, il premio è parte del sinallagma contrattuale in quanto corrispettivo dell'assunzione del rischio, la clausola «ai soli fini del calcolo del premio la presente garanzia ha effetto dal 16/11/2007 al 31/07/2008» (lasso di tempo più ampio del minimo di 250 giorni richiesto dal bando), evidentemente è stata voluta dalle parti in correlazione alla durata della garanzia richiesta dalla stazione appaltante.

Pertanto, tale clausola, presente sulla stessa polizza, in quanto aggiunte al modulo o al formulario, prevale eventualmente su quelle stampate incompatibili ai sensi dell'art. 1342 c.c. e, dunque, perde di valore, sulla base di tale criterio interpretativo legale del contratto, il termine prestampato di almeno 180 giorni.

Pertanto tale motivo di ricorso è infondato.

Anche il secondo motivo di ricorso è infondato, in quanto il Certificato di iscrizione all'albo nazionale delle imprese che effettuano la gestione dei rifiuti, essendo quello prodotto in sede di prequalificazione scadente al 3 giugno 2007, sussiste ed è stato prodotto.

Pertanto, ai sensi del punto 13.9 della lettera d'invito («Verifiche requisiti di ordine generale e speciale e documentazione probatoria requisiti di ordine speciale»), non tutte le dichiarazioni rese in sede di prequalificazione dovevano essere successivamente comprovate: quanto a quella cui si riferisce il presente motivo di ricorso, ai concorrenti non veniva richiesto di produrre alcunché a prova del possesso del requisito di capacità tecnica di cui al punto III.2.3 del bando di gara, ma solo di allegare la dichiarazione attestante «il permanere di tutti i requisiti di ordine generale e speciale già dichiarati in sede di prequalificazione».

Con il terzo motivo del ricorso si afferma la violazione dell'art. 34, comma 1, lettera c), d. lgs 163/2006, perché tra i soggetti costituenti la compagine del Consorzio Stabile BETA1, mandante dell'ATI BETA, vi sarebbe il consorzio di imprese artigiane C.I.T.I.E., soggetto non imprenditore, quindi non ammesso a partecipare a un consorzio stabile.

Tuttavia, tale divieto non è applicabile al caso di specie, atteso che la forma giuridica di C.I.T.I.E è quella della società cooperativa a responsabilità limitata (doc. 13 PA resistente), non del consorzio: si tratta di dato di fatto che risulta confermato dalla “visura” della Camera di Commercio di Bologna (doc. 14 PA resistente) e dall'attestazione SOA della medesima C.I.T.I.E (doc. 15 PA resistente).

Pertanto, tale motivo è infondato.

Con il quarto motivo si lamenta la violazione del punto III.2.3 (ii) del bando di gara in relazione al punto 8.3. della lettera di invito: l'ATI BETA avrebbe dovuto essere esclusa perché la cifra d'affari in lavori realizzata nel quinquennio di riferimento dalla mandataria BETA, che ha dichiarato di eseguire il 51 per cento dell'appalto, sarebbe inferiore appunto al 51 per cento del triplo dell'importo dei lavori, oggetto a base d'asta (Euro 250.500.000,00 x 3 x 51% = Euro 383.265.000,00).

La ricorrente si fa forza del fatto che la voce del bilancio definita valore di produzione, alla quale la Commissione giudicatrice ha fatto riferimento, sommerebbe vendite e servizi e, pertanto, non sarebbe idoneo riferimento per determinare il requisito che il bando riferisce ai soli lavori.

La clausola di bando, tuttavia, fa riferimento all'attività indiretta perciò la cifra d'affari per i lavori può comprendere anche attività indirette, come specifica il punto III.2.3. del bando di gara.

A fronte di dati di bilancio che impiegano una terminologia non corrispondente a quella della *lex specialis* (i bilanci di BETA fanno riferimento a vendite e servizi, là dove la *lex specialis* fa riferimento ai lavori), questo Collegio ritiene che non v'è motivo oggettivo per includere i «lavori» nella voce «vendite», ben potendo esserlo anche nella voce «servizi», atteso che i servizi contenuti nel bilancio possono ragionevolmente essere indirettamente ricollegabili ai lavori: basta pensare proprio all'appalto oggetto del presente ricorso, in cui l'appaltatore è tenuto a eseguire lavori anche nella fase di esercizio provvisorio (art. 30 del Capitolato Speciale d'Appalto); inoltre, deve essere considerato che l'oggetto

sociale, che contraddistingue la società, è ampio e variegato, ma fa perno sulla realizzazione di particolare tipologie di lavori.

Peraltro, la prescrizione di gara ricalca la previsione dell'art. 3, comma 6, d.p.r. 34/2000 che, ai fini della prova, rinvia al contenuto e alle modalità descritte nell'art. 18, commi 3 e 4, del medesimo decreto: in sede di prequalificazione, con autodichiarazione in data 30 marzo 2007, è stato dimostrato il possesso del requisito di cui al punto III.2.3 (ii) del bando di gara (doc. 16): in tale autodichiarazione sono altresì indicati gli importi della «cifra d'affari in lavori» per gli esercizi 2002-2005 e, in via provvisoria, per l'esercizio 2006; nella medesima sede, è stata depositata copia dei bilanci e delle relative note di deposito per gli anni 2002, 2003, 2004, 2005 (doc. 17 PA resistente); in sede di gara, è stata depositata autodichiarazione attestante il permanere di tutti i requisiti di ordine generale (morale) e speciale (capacità economica e tecnica) e copia del bilancio 2006 (doc. 18 PA resistente); in sede di verifica dei requisiti fino a quel momento dichiarati, è stata depositata una ulteriore copia dei bilanci e delle relative note di deposito per gli anni 2002, 2003, 2004, 2005, 2006. Relativamente alla cifra d'affari per il 2006, anche un'ulteriore autodichiarazione che precisava che la cifra d'affari in lavori riferita all'anno 2006 della T.M.E S.p.A Termomecanica Ecologia è pari a € 115.013.023,00 (doc. 18 PA resistente).

Secondo quanto previsto dall'art. 18 d.p.r. 34/2000, per la dimostrazione del requisito della cifra d'affari occorre fare esclusivamente riferimento ai «bilanci, riclassificati in conformità alle direttive europee e della relativa nota di deposito»: basando i suoi accertamenti sui bilanci prodotti dall'ATI BETA, la Commissione giudicatrice ha fatto ciò che la legge e la regola di gara le imponevano.

La Commissione giudicatrice ha condotto le sue verifiche, pertanto, sulla scorta di quanto prevede la normativa di riferimento, con le relative autodichiarazioni e note di deposito.

Pertanto, il motivo di ricorso è infondato.

Anche il quinto motivo di ricorso è infondato: infatti, la Commissione giudicatrice ha accertato e motivatamente evidenziato che la linea di depurazione dei fumi dell'impianto presentato da BETA è composta da due «sezioni in serie»: la prima risponde da sola ai requisiti richiesti da TRM (tecnologia a secco con filtro a maniche), la seconda adotta la tecnologia ad umido cui fanno riferimento le ricorrenti.

La prima «sezione» opera quindi in maniera del tutto analoga a quanto previsto per l'impianto del Gerbido, oggetto dell'appalto cui si riferisce il presente ricorso, rendendo rispondente (nella forma e nella sostanza) il requisito prodotto.

I verbali di prova di prestazione prodotti dall'ATI BETA a comprova dei requisiti richiesti sono tutti dell'anno 2005 (doc. 22 PA resistente). A nulla rilevano, dunque, le asserite vertenze sorte nel 2007, concluse con transazione: infatti, la previsione del bando di gara che si assume violata (punto IV.1.2.) sul punto espressamente prevedeva: «Gli interventi di cui ai punti (i), (ii), e (iii) dovranno essere stati realizzati regolarmente e con buon esito ed essere, alla data di invio del bando alla G.U.U.E regolarmente in esercizio ancorché in pendenza dell'emissione del certificato di collaudo tecnico-amministrativo».

Quanto all'impianto di Barahona, è agevole dimostrare come il profilo sub (iii) sia infondato l'ATI BETA ha prodotto la referenza della mandante Consorzio stabile BETA1 la quale, tramite la propria consorziata Sadelmi S.p.A, ha realizzato l'impianto di cui si tratta. Ai fini della dimostrazione dei requisiti di partecipabilità, dichiarati ai sensi e per gli effetti del punto IV.1.2 (i) a., b., c., (ii) e (iii), del bando, il punto 13.9, lettera b) della lettera d'invito prevedeva la produzione di «copia dei contratti (o documentazione equivalente) corredati delle certificazioni rilasciate dai committenti (o documentazione equivalente) a comprova dell'avvenuta esecuzione dei lavori a regola d'arte e con buon esito». Conformemente a quanto previsto dalla regola di gara, l'ATI BETA ha prodotto copia del contratto

relativo all'impianto di Barahona, accompagnata dalla dichiarazione dell'Ambasciata Italiana a Santo Domingo attestante il buon esito, nel rispetto dei tempi contrattuali, dei lavori relativi al suddetto impianto (doc.24) e dalla dichiarazione della Committente.

La riferibilità del requisito a Sadelmi S.p.A. è provata dal fatto che il contratto prodotto è stato sottoscritto da ABB Sadelmi S.p.a., società di diritto italiano con sede in Milano, Piazzale Lodi 3; il paragrafo 1.1.6 delle Condizioni Generali del Contratto, (estratto delle quali è prodotto come doc. 26 PA resistente) documenta che la ABB Sadelmi Sucursal de la República Dominicana altro non è che l'indirizzo della Sadelmi S.p.A. nella Repubblica Dominicana; a ulteriore conferma, dalla copia del rogito notaio Marocco rep. 140684 in data 17 novembre 2003 (doc. 27 PA resistente) risulta che Sadelmi S.p.a. ha acquisito da Alstom Power Italia S.p.a capacità e referenze, ivi comprese quelle relative all'impianto di Barahona, che dunque è un requisito di Sadelmi S.p.A.

Per quanto riguarda l'idoneità della prova di aver realizzato un sistema di produzione di energia elettrica a mezzo turbina a vapore, che consenta di spillare vapore a pressione costante con potenza non inferiore a 30 MW elettrici, regolarmente in esercizio, è documentalmente provato che i lavori oggetto del contratto relativo all'impianto di Barahona comprendevano la costruzione, la manutenzione e l'avvio della turbina a vapore per l'ammontare contrattuale pari ad Euro 18.948.788 su un importo contrattuale complessivo di Euro 22.606.150, attività riconducibili a quelle cui si riferisce la categoria SOA OS14 («Impianti di smaltimento recupero dei rifiuti attinente la costruzione e la manutenzione ordinaria e straordinaria di impianti di termodistruzione dei rifiuti e connessi sistemi di trattamento dei fumi e di recupero dei materiali, comprensivi dei macchinari di preselezione, compostaggio e produzione di combustibile derivato dai rifiuti, completi di ogni connessa opera muraria, complementare o accessoria, puntuale o a rete»: Allegato 1/A al d.p.r. 34/2000).

Tale prova è integrata dalla dichiarazione positiva rilasciata dalla EGE HAINA (Empresa Generadora de Electricidad de Haina S.A.), descrittiva dell'avanzamento, dell'efficienza e della qualità dei lavori svolti da Alstom Power Italia, accompagnata dal certificato di «Taking Over» che, ai sensi del paragrafo n. 29 delle Condizioni Generali del Contratto corrisponde al certificato di collaudo.

Con il sesto motivo si deduce la violazione del punto 9 della lettera di invito e degli artt. 1 e 6.1. del c.s.a -parte normativa- per il mancato rispetto delle norme inderogabili attinenti alle prescrizioni dei progetti esecutivi, e dei requisiti inderogabili previsti dalla lex specialis. La procedura di appalto concorso (quella di cui è ricorso è tale, essendo stata bandita ai sensi dell'art. 20, comma 4, l. 109/1994, applicabile ai sensi dell'art. 1-octies, comma 2, l. 12 luglio 2006, n. 228), pur prevedendo che i concorrenti presentino un'offerta contenente un progetto esecutivo, non comporta che un progetto avente tali caratteristiche debba essere espulso dalla gara quando fosse carente in alcune parti. L'esclusione infatti, e sempre che essa sia espressamente prevista dalla lex specialis, deve essere disposta solo quando il progetto non sia definibile «esecutivo».

Nel caso di specie, la Commissione giudicatrice -avendo come raffronto il documento denominato «Documenti da inserire nel Plico B offerta tecnica e nel Plico C offerta economica» ha accertato che quello presentato dall'ATI BETA ha i requisiti per essere considerato un progetto «esecutivo» (doc. 32 PA resistente), pur essendo stato valutato di pregio tecnico inferiore a quello dell'ATIALFA: ciò si è tradotto nell'attribuzione di un minore punteggio. Ciò non osta che, in esito all'applicazione complessiva del criterio di aggiudicazione, il progetto dell'ATI BETA sia risultato essere quello economicamente più vantaggioso, pur se perfezionabile nella fase di negoziazione prevista dettagliatamente al punto 8.6., sub (viii) e (ix) della lettera di invito.

Pertanto, tale motivo è infondato.

Così come è infondato il settimo motivo che afferma la «violazione dei punti 3.3. e 3.5. del documento “Prescrizioni, condizioni e requisiti inderogabili” allegato come parte integrante del c.s.a, per il mancato rispetto di alcuni requisiti inderogabili, relativi agli impianti di processo».

Il mancato rispetto di taluna delle Prescrizioni, condizioni e requisiti inderogabili è stato semplicemente “fotografato” dall’«organismo di ispezione di tipo A accreditato ai sensi della norma UNI CEI EN ISO/IEC 17020», a ciò deputato dal punto 8.6, sub (ii) della lettera d’invito. È poi toccata alla Commissione giudicatrice l’attività valutativa e legittimamente la Commissione, accertato che nessuno dei tre raggruppamenti concorrenti aveva rispettato integralmente le Prescrizioni, condizioni e requisiti inderogabili, non ha introdotto una causa di esclusione non prevista dalla *lex specialis* e si è limitata a valutare e a tradurre in punteggio l’incidenza delle omissioni elencate dal citato organismo di ispezione.

Infatti, nell’appalto concorso ai sensi dell’art. 20, comma 4, l. 109/1994, applicabile ai sensi dell’art. 1-octies, comma 2, l. 12 luglio 2006, n. 228, il ruolo della negoziazione è quello di pervenire al «perfezionamento / integrazione / miglioramento degli aspetti tecnici del Progetto Esecutivo di Offerta» (punto 8.6., sub (ix) della lettera d’invito), sicché alle carenze riscontrate in qualunque progetto fosse risultato aggiudicatario (non solo in quello dell’ATI BETA) si sarebbe potuto ovviare.

Con l’ottavo motivo di ricorso l’ATIALFA ha contestato la mancata riparametrazione dei punteggi interni al pregio tecnico (punti 35) e al processo di utilizzazione e manutenzione (punti 20) al peso previsto per l’elemento di partenza.

La tesi dell’ATIALFA è che la Commissione giudicatrice avrebbe illegittimamente considerato alla stregua di un criterio quello che, a suo dire, sarebbe un sub criterio: in altre parole, l’ATIALFA afferma che la Commissione giudicatrice, dopo avere attribuito i punteggi a ciascun sub criterio in esito al confronto a coppie, avrebbe dovuto sommarli e attribuire al migliore concorrente il massimo del punteggio previsto nel criterio (vale a dire 35 punti al «Pregio tecnico» e 20 punti al «Processo di utilizzazione e processo di manutenzione») e in proporzione agli altri. Ciò avrebbe collocato l’ATIALFA al primo posto in graduatoria, perché essa, sommando i sottopunteggi relativi ai sub criteri in questione, si sarebbe vista attribuire il punteggio massimo (35+20 punti) nei due criteri in questione.

Il motivo di ricorso è infondato, perché la *lex specialis*, nel punto VI.3, punto 33 del bando, ha indicato i criteri con estrema chiarezza: “Criterio di aggiudicazione: a sensi par. IV.2.1. con applicazione art. 86, comma 2, d.lgs 163/06 con metodo aggregativo-compensatore di cui all’allegato A dpr 554/99; elementi di natura qualitativa (“valore tecnico prestazionale”; “riduzione della pressione ambientale”; “processo di utilizzazione”; “processo di manutenzione”; “piano di management”) valutati a sensi lett. a) predetto allegato B, mediante “confronto a coppie” secondo le linee guida di cui all’allegato A dpr 554/99”.

Nessun dato testuale consente di declassare a sub criteri alcuni dei criteri indicati: non certo il fatto che il precedente punto IV.2.1) del medesimo bando aggreghi a due a due i criteri che il successivo punto VI.3..33) propone in modo disaggregato; nemmeno il fatto che il punto IV.2.1) aggreghi il valore di ponderazione dei due criteri che il successivo punto VI.3.33) indica in modo disaggregato. Le due disposizioni, infatti, vanno lette in modo combinato, essendo la seconda applicativa di quanto dispone la prima.

Se avesse fatto ciò che l’ATIALFA pretende, la Commissione giudicatrice avrebbe violato la regola di gara, perché avrebbe applicato soltanto il punto IV.2.1) e disapplicato il punto VI.3.33).

Come statuito già in ordinanza cautelare la riparametrazione dei sub-punteggi non è prevista né dalla legge, né dalla *lex specialis*, ove la ponderazione relativa avrebbe dovuto essere specificata ed escludendo che tale ponderazione potesse essere effettuata ex post dalla commissione di gara: infatti, se

la Commissione giudicatrice avesse attribuito il massimo dei punti all'ATIALFA, di fatto avrebbe reso inutile la previsione nel bando (punto VI.3.33, appunto) di una autonoma ponderazione per quelli che l'odierna appellante continua a ritenere sotto criteri.

Con i motivi aggiunti, la ricorrente ha censurato la *lex specialis* nella parte in cui non ha chiarito espressamente che la Commissione dovesse procedere a tale riparametrazione.

Anche tale motivo è infondato: non v'è norma di legge (alla quale la *lex specialis* dovesse adeguarsi e che, non facendolo, abbia violato) che comporta l'obbligo di procedere come l'ATIALFA afferma: sicché, in effetti, come osserva il resistente, il motivo aggiunto finisce per essere la conferma che la *lex specialis*, legittima, è stata correttamente applicata dalla Commissione giudicatrice.

La ricorrente ha anche prodotto una Perizia dell'ing. Alessandro Coletta in data 26 settembre 2008 che argomenta tecnicamente in senso conforme a quanto dedotto nel motivo cui si replica.

La perizia muove da due premesse: la prima che i criteri di valutazione n. 1 e n. 3, a cui è dato un determinato peso, sono suddivisi, a loro volta, in due sub criteri rappresentativi ciascuno di un differente peso; la seconda che nel bando l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa sarebbe avvenuta con il metodo aggregativo compensatore, o somma pesata, i cui coefficienti sarebbero stati determinati con il confronto a coppie per i criteri di natura qualitativa e con l'interpolazione lineare per quelli aventi natura quantitativa.

Anche aderendo alla qualificazione dei criteri in oggetto come sub criteri, preme rilevare che il principale presupposto su cui la perizia si fonda appare errato: è, infatti, evidente che non si possono assimilare la nozione di peso e quella di punteggio: i pesi rappresentano il valore che l'amministrazione aggiudicatrice attribuisce ai singoli criteri valutativi per il perseguimento dell'interesse pubblico; essi hanno scale e unità di misura diverse ed è proprio questa la ragione per cui spesso si ricorre ai metodi multicriteri (Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, determinazione 16 luglio 2002, n. 16/2002). I punteggi, invece, sono una valutazione soggettiva, ossia i voti che i commissari di gara autonomamente attribuiscono alle offerte presentate.

Pertanto, la predeterminazione nel bando di gara dei pesi attribuiti ai singoli criteri di aggiudicazione assume particolare rilievo laddove si consideri che il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa è una fattispecie caratterizzata da profili di ampia discrezionalità: nessuna riparametrazione possa farsi, non essendo la stessa stata prevista nel bando di gara: anzi, diversamente ragionando si violerebbe evidentemente la *par condicio*.

La perizia sostiene che, non avendo nessuna offerta raggiunto il punteggio massimo (35 per il criterio n.1 e 20 per il criterio n.3), ai fini della riparametrazione, all'ATIALFA, che aveva presentato l'offerta migliore, doveva essere in automatico attribuito il punteggio massimo, cioè 35 per il criterio n. 1 e 20 per il criterio n. 3.

Appare rilevante la macroscopica sovrapposizione del punteggio dato dai commissari in sede di valutazione delle offerte ed il valore attribuito dalla stazione appaltante al criterio: 35 è il peso che quel criterio ha ai fini della realizzazione dell'opera; 26,79 e 17,86 sono i punteggi che la Commissione ha dato, rapportandosi al valore del peso. Pertanto, se si modificasse, così come vorrebbe l'ATIALFA, il rapporto proporzionale tra i punteggi dati dai commissari ed il peso del criterio prestabilito a monte da TRM e rappresentativo della volontà della stessa, ben si comprende che si otterrebbe un risultato non solo matematicamente falsato, ma anche giuridicamente scorretto.

Invece, la Commissione giudicatrice correttamente ha mantenuto questa proporzione, operando la somma dei singoli criteri sulla quale, poi, è stata applicata la formula per il metodo aggregativo compensatore.

E' evidente che così facendo, i punti massimi disponibili per ogni criterio sono attribuiti senza tenere conto della suddivisione in sub criteri, in quanto per avere il punteggio pieno è sufficiente ricevere la maggioranza dei punti distribuiti nei sub criteri: il metodo richiamato attribuirebbe una sorta di premio di maggioranza non previsto dalla normativa, ne' dagli atti di gara.

Si deve, inoltre, considerare, che tale riparametrazione può essere attuata secondo quanto prevede l'allegato E del d.p.r. 554/1999, che riguarda l'applicazione dell'art. 64 del medesimo decreto, che disciplina l'«Affidamento dei servizi attinenti l'ingegneria e l'architettura».

Al contrario, l'affidamento degli appalti pubblici di lavori con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è disciplinato dall'art. 91 d.p.r. 554/1999, nel cui corpo si fa riferimento a quanto dispone l'allegato B (non l'allegato E), che non prevede alcuna riparametrazione. Se il dato normativo ha la portata attribuita dal Legislatore, nessuna interpretazione del tipo di quella proposta nella Perizia può essere accettata per sostenere una tesi interpretativa priva di tale supporto.

Pertanto, tale motivo è infondato.

Parimenti infondato è il nono e ultimo motivo, che l'ATIALFA ha dichiarato di intendere proporre in via subordinata, con cui si censura che la Commissione giudicatrice avrebbe irragionevolmente attribuito il medesimo punteggio all'ATIALFA e all'ATI GAMMA (terza classificata), quanto al sub criterio della pressione ambientale, nonostante «il raggiungimento del valore delle emissioni richiesto a capitolato non sia stato espressamente garantito dall'ATI GAMMA».

Il motivo è, tuttavia, smentito dalle previsioni della lex specialis e dai documenti prodotti: il punto 11. sub 1.2. (pagina 25) della lettera d'invito stabilisce che i 10 punti relativi al criterio della riduzione della pressione ambientale sono attribuiti non solo tenendo conto dei materiali, sistemi e procedure operative che consentano il controllo e/o l'abbattimento delle sostanze inquinanti emesse dal camino durante il processo (cioè, del valore delle emissioni), ma di altri cinque parametri di riferimento: l'identico punteggio attribuito all'ATIALFA e all'ATI GAMMA è dunque la risultante della valutazione combinata di sei parametri, non solo di quello enucleato dall'ATIALFA nel presente motivo di ricorso.

Pertanto, alla luce delle predette argomentazioni, il ricorso deve essere respinto, in quanto infondato.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte - I sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe indicato e sui motivi aggiunti, li respinge.

Compensa le spese di lite tra le parti.

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

Così deciso in Torino nelle camere di consiglio del 23/10/2008 e del giorno 6/11/2008 con l'intervento dei Magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Primo Referendario, Estensore

Alfonso Graziano, Referendario

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/11/2008

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

IL SEGRETARIO