

N. 2822 REG.SEN.
N. 00851/2009 REG.RIC.
N. 00706/2009 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sui ricorsi riuniti numero di registro generale 706 e 851 del 2009, proposti da:

Arcas S.p.A., Tecnireco S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, in proprio e quali componenti di ATI costituenda, rappresentate e difese dagli avv.ti Nicola Durazzo, Francesca Mastroviti, con domicilio eletto presso l'avv.to Nicola Durazzo in Torino, corso Siccardi, 11 Bis;

contro

Ministero Per i Beni e Le Attivita' Culturali, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato, domiciliato per legge in Torino, corso Stati Uniti, 45; Ministero Beni e Attivita' Culturali - Direzione Reg.Le Beni Paesaggistici del P.Te in persona del Direttore Regionale pro tempore;

nei confronti di

Societa' Corit - Costruzioni Restauri Impianti Tecnologici S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli

avv.ti Federica Saggiomo, Vittorio Barosio, con domicilio eletto presso l'avv.to Vittorio Barosio in Torino, corso G. Ferraris, 120;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Srl Cingoli Nicola e Figlio, in persona del Presidente del CDA, rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Camerini, Adriano Rossi, con domicilio eletto presso l'avv.to Antonio Tita in Torino, via Monte di Pietà', 15;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

quanto al ricorso n. 706 del 2009:

del provvedimento prot. n. 6000/09 19.04.13/3.4 in data 12 maggio 2009, con cui il Ministero per i Beni e le Attività Culturali Direzione Regionale per i Beni Culturali e Paesaggistici del Piemonte ha comunicato alla costituenda Ati Arcas S.p.A.- Tecnireco l'aggiudicazione in favore della Corit Costruzioni Restauri Impianti Tecnologici S.p.A. dell'appalto relativo all'affidamento dei lavori di restauro di luogo di culto di particolare interesse storico, artistico e culturale ai sensi del Codice dei Beni Culturali e per il Paesaggio consistenti nell'esecuzione di "tutte le opere e la somministrazione di tutte le forniture, nonché dei ponteggi e tutto quanto altro occorra per realizzare a perfetta regola d'arte gli interventi di riabilitazione delle strutture in elevazione della Cappella della Sindone, comprensiva della riapertura e lo sviluppo della coltivazione in galleria della cava di marmo "Bigio" in località "Prà del Torno" a Frabosa Soprana (CN) per l'estrazione del materiale e la fornitura di tutti i nuovi conci lavorati in marmo",

nonché per l'annullamento

del decreto n. 79 in data 11 maggio 2009, non conosciuto dalla costituenda Ati ricorrente, con cui il Ministero per i Beni e le Attività Culturali Direzione Regionale per i Beni Culturali e Paesaggistici del Piemonte ha disposto l'approvazione dei verbali nonché l'aggiudicazione della gara relativa all'affidamento di tale appalto in favore della Corit Costruzioni Restauri Impianti Tecnologici S.p.A;

nonché per l'annullamento

di tutti i verbali di gara e, in particolare, dei verbali in data 18 dicembre 2008, 8, 15, 16, 21 e 22 gennaio 2009, in cui non è stata disposta l'esclusione della controinteressata Corit e Costruzioni Restauri Impianti Tecnologici S.p.a.;

nonché, quanto al ricorso n. 851 del 2009, per l'annullamento

del bando di gara e del disciplinare di gara, pubblicati in G.U.C.E. in data 22 agosto 2008 in Gazzetta Ufficiale V serie Speciale Contratti Pubblici n. 149 in data 1° settembre 2008 relativi all'affidamento dei lavori di restauro di luogo di culto di particolare interesse storico, artistico e culturale ai sensi del Codice dei Beni Culturali e per il Paesaggio consistenti nell'esecuzione di "tutte le opere e la somministrazione di tutte le forniture nonché dei ponteggi e tutto quanto altro occorra per realizzare a perfetta regola d'arte gli interventi di riabilitazione delle strutture in elevazione della Cappella della Sindone, comprensiva della riapertura e lo sviluppo della coltivazione in galleria della cava di marmo "bigio" in località "Prà del Trono" a Fabrosa Soprana (CN) per l'estrazione del materiale e la fornitura di tutti i nuovi conci lavorati in marmo" , nella parte in cui non hanno predeterminato i criteri, i sottocriteri e i criteri motivazionali di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

di ogni altro atto presupposto, connesso e comunque consequenziale e per ogni ulteriore statuizione;

nonché per l'accertamento

del diritto della costituenda ATI ricorrente a vedersi riconosciuta l'aggiudicazione dei lavori di restauro, consistenti nell'esecuzione di tutte le opere e la somministrazione di tutte le forniture, nonché dei ponteggi e tutto quanto altro occorra per realizzare a perfetta regola d'arte gli interventi di riabilitazione delle strutture in elevazione della Cappella della Sindone, comprensiva della riapertura e lo sviluppo della coltivazione in galleria della cava di marmo "Bigio" in località "Prà del Torno" a Frabosa Soprana (CN) per l'estrazione del materiale e la fornitura di tutti i nuovi conci lavorati in marmo;

nonché ancora per l'accertamento

del diritto della costituenda ATI ricorrente al risarcimento di tutti i danni patiti e patendi e per la condanna del Ministero per i Beni e le Attività Culturali Direzione Regionale per i Beni Culturali e Paesaggistici del Piemonte al risarcimento in favore della ricorrente dei danni da questa subiti e subendi per effetto degli atti impugnati e dell'illegittimo comportamento dell'Amministrazione, attraverso la reintegrazione in forma specifica e dunque l'aggiudicazione dell'appalto in favore della costituenda ATI Arcas S.p.A: - Tecnireco S.r.l. o, subordinatamente, per equivalente mediante la condanna del Ministero per i Beni e le Attività Culturali Direzione Regionale per i Beni Culturali e Paesaggistici del Piemonte al pagamento in favore delle società ricorrenti d'una somma pari al 10 dell'appalto ad essa non aggiudicato, oltre ad interessi e rivalutazione monetaria e/o nella misura che verrà accertata nell'espletanda c.t.u..

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero Per i Beni e Le Attivita' Culturali;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Societa' Corit - Costruzioni Restauri Impianti Tecnologici S.p.A.;

Visto l'atto di intervento ad opponendum della società s.r.l. Cingoli Nicola

e Figlio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 ottobre 2009 la dott.ssa Paola Malanetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con primo ricorso ritualmente notificato e depositato parte ricorrente ha adito l'intestato TAR e impugnato il provvedimento prot. n. 6000/09 19.04.13/3.4 del 12.5.2009, con il quale il Ministero resistente ha pronunciato l'aggiudicazione dell'appalto relativo all'affidamento dei lavori di restauro della Cappella della S. Sindone in favore della società CORIT Costruzioni Impianti Tecnologici s.p.a., nonché i verbali di gara. Ha esposto parte ricorrente che la stazione appaltante (con bando pubblicato in G.U.C.E. del 22.8.2008, per estratto su due quotidiani a diffusione nazionale e regionale, sul sito internet del Ministero) ha indetto procedura aperta ai sensi degli artt. 54 e 55 del d.lgs. n. 163 del 2006 per l'affidamento dei lavori riguardanti le opere e la somministrazione di tutte le forniture, i ponteggi e quant'altro necessario per la realizzazione a perfetta regola d'arte degli interventi di riabilitazione delle strutture in elevazione della Cappella della S. Sindone, per un valore complessivo di 10.585.633,38 € di cui 1.095.261,50 € per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso, oltre I.V.A. Il bando precisava che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con attribuzione di massimo 28 punti al concorrente che avesse offerto il maggior ribasso (e conseguente riparametrazione matematica degli altri punteggi a scalare) e di massimo 72 punti all'offerta tecnica, così suddivisi: massimo 42 punti in relazione alle "modalità operative, attrezzature, procedure di sicurezza, indicazione del personale e della tempistica per l'esecuzione di quattro

specifiche attività individuate nello smontaggio e rimontaggio, dopo il consolidamento, di una colonna di primo livello da consolidare in laboratorio; smontaggio e rimontaggio, dopo il consolidamento, di un concio degli archi del bacino tronco da consolidare in laboratorio; sostituzione dell'architrave loggiato; sostituzione di un concio degli archi del II livello del cestello"; massimo 15 punti alla "descrizione delle attrezzature specifiche, delle modalità operative e delle procedure di sicurezza utilizzate per realizzare la cerchiatura multispire in filo di acciaio inox e per la realizzazione degli incatenamenti dei finestrone e degli archi del cestello"; massimo 15 punti alla "descrizione delle metodologie e delle tecniche di coltivazione della cava di marmo, della quantità e tipologia morfologica dei blocchi estratti, nell'ottica di ridurre al minimo eventuali sfridi di materiale lapideo sano."

Il bando precisava che, ai fini della valutazione, sarebbe stato applicato il metodo del confronto a coppie di cui all'allegato E del d.p.r. n. 554 del 1999.

Inoltre, ai sensi dell'art. 14 del disciplinare di gara, all'istanza di partecipazione alla gara doveva essere allegata "a pena di esclusione ricevuta di pagamento di € 100,00 da versare all'autorità di vigilanza per il lavori pubblici"; infine, sempre a mente del disciplinare di gara, nella busta B concernente l'offerta tecnica non doveva essere contenuto, a pena di esclusione, alcun riferimento, ancorchè indiretto, alle condizioni economiche dell'offerta.

Nella seduta riservata del 15.1.2009 la Commissione Giudicatrice precisava che avrebbe valutato le offerte secondo il criterio del "confronto a coppie", seguendo le indicazioni del disciplinare di gara ed attribuendo preferenze "proporzionali al livello di approfondimento, completezza e qualità con cui le problematiche risulteranno trattate" attribuendo il valore massimo all'offerta che avrà sviluppato gli argomenti in modo più

compiuto ed esaustivo. Nella seconda seduta riservata del 16.1.2009 la Commissione procedeva alla valutazione del criterio n. 1; nella terza seduta riservata del 21.1.2009 procedeva alla valutazione dell'elemento n. 2; nella quarta seduta riservata del 22.1.2009 provvedeva alla valutazione dell'elemento n. 3; nella quinta seduta riservata del 4.2.2009 riepilogava i punteggi attribuiti alle ditte concorrenti, operazione al cui esito la ricorrente si collocava al primo posto con 72 punti e la controinteressata al terzo posto con 63,58 punti. Nella seduta pubblica del 18.2.2009 la Commissione, data lettura dei punteggi ottenuti in relazione all'offerta tecnica, apriva le buste contenenti l'offerta economica; l'ati ricorrente offriva un ribasso del 3,85% e la controinteressata un ribasso del 16,12%. La ricorrente otteneva un punteggio complessivo di 75,02 punti (secondo posto) e la controinteressata un punteggio di 76,23 punti.

La Corit s.p.a. veniva dichiarata aggiudicataria provvisoria.

Lamenta parte ricorrente, in relazione all'aggiudicazione provvisoria, la violazione dell'art. 14, punto A n. 18 del disciplinare di gara e la violazione dei principi di trasparenza, imparzialità, par condicio, legalità, correttezza e buon andamento dell'azione amministrativa, nonché l'eccesso di potere sotto il profilo dell'illogicità, incongruità, disparità di trattamento, irragionevolezza, arbitrarietà. Il disciplinare di gara imponeva, a pena di esclusione, di allegare all'istanza la ricevuta di pagamento di € 100,00 mediante versamento su apposito conto corrente a favore dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture. Gli estremi di detto versamento dovevano inoltre essere comunicati al sistema on line di riscossione dell'Autorità all'indirizzo <http://riscossione.avlp.it>. La controinteressata non allegava all'istanza di partecipazione la ricevuta della comunicazione on line degli estremi del versamento, adempimento necessario affinché l'Autorità potesse ricondurre i versamenti ricevuti alle singole gare o imprese.

Lamenta parte ricorrente la violazione dell'art. 14 lett. B ultima parte del disciplinare di gara e dei principi generali in materia di svolgimento di gare pubbliche per avere la controinteressata violato la prescrizione che imponeva a pena di esclusione di non indicare nell'offerta tecnica nessun elemento che potesse, anche indirettamente, essere riferito alle condizioni economiche dell'offerta. La Corit s.p.a. indicava la qualifica del personale impiegato per l'esecuzione dell'appalto e il relativo numero di ore di impiego, così violando la segretezza dell'offerta economica.

Lamenta infine la violazione di legge con riferimento agli artt. 83 co. 2 e 4 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e alla mancata applicazione dell'art. 3 della l. n. 241 del 1990, nonché la violazione dei principi generali in materia di svolgimento di gare pubbliche e il difetto di motivazione, l'arbitrarietà, la perplessità, l'irragionevolezza, l'illogicità e lo sviamento della causa tipica, evidenziando come l'art. 83 imponga la predefinitone di criteri, sub-pesi e sub-punteggi, di valutazione delle offerte, mancanti nella legge di gara; essendo i criteri dettati dal bando non automatici e scarsamente specifici la Commissione avrebbe dovuto motivare le ragioni delle proprie scelte, mentre si era limitata all'attribuzione di un punteggio numerico insufficiente a consentire la comprensione delle sue valutazioni.

Lamenta infine la violazione dell'art. 3 della l. n. 241 del 1990 e dei principi generali in materia di svolgimento di gare pubbliche, evidenziando come, dalla legge di gara, potesse evincersi che il livello di dettaglio progettuale prescritto fosse di tipo esecutivo, mentre l'aggiudicataria aveva presentato un macchinario finalizzato allo smontaggio delle colonne schizzato a mano e non dimensionato in relazione ai carichi da movimentare; analoga censura di scarso approfondimento veniva svolta avverso il sistema proposto per la cerchiatura multi spire. Parte ricorrente chiedeva quindi l'ammissione di ctu volta a valutare la congruità del giudizio della Commissione in relazione agli elementi tecnici dell'offerta

dell'aggiudicataria.

Si costituiva il Ministero resistente evidenziando, quanto al primo motivo di censura, che la prescrizione di esclusione di cui all'art. 14 punto A n. 18 del disciplinare doveva riferirsi alla sola produzione della ricevuta di versamento a favore dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici, regolarmente effettuata dall'aggiudicataria; nessuna esclusione poteva discendere dall'omessa documentazione della comunicazione on line di detto versamento; quanto al secondo motivo di ricorso l'art. 14 lett. B del disciplinare prescriveva una relazione dettagliata e quantitativa, con indicazione di attrezzature, modalità operative e procedure di sicurezza nonché del personale impiegato e della tempistica delle operazioni, sicché correttamente l'aggiudicataria aveva indicato la qualificazione del personale impiegato con relativo numero delle ore. La stessa Presidenza del Consiglio dei Ministri, nella circolare 1.3.2007, ha previsto, in materia di appalto di servizi, che nell'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa il valore tecnico dell'offerta possa essere ricavato dalla valutazione dell'organizzazione del lavoro e della composizione del team preposto al suo svolgimento; pur trattandosi nel caso di specie di appalto di lavori, trova conforto la scelta della stazione appaltante di richiedere ai concorrenti modalità organizzative e qualificazioni professionali ai fini della valutazione dell'offerta; né la mera indicazione del livello di inquadramento del personale impiegato e del numero di ore può di per sé costituire indicazione sul contenuto economico specifico dell'offerta, e in particolare sul costo di tale personale per l'aggiudicataria.

Quanto all'ultima censura evidenziava parte resistente come i criteri dettati dal bando e dal disciplinare fossero specifici e il metodo del confronto a coppie ivi prescritto, garanzia di trasparenza delle operazioni di gara, implicasse la sufficienza della valutazione numerica. I componenti della Commissione Tecnica avevano proceduto a raffrontare le offerte a due a

due attribuendo loro un punteggio, compreso in una forcella tra 1 e 6, secondo le preferenze accordate; la motivazione era da ritenersi intrinseca al punteggio attribuito. Quanto infine alle censure di carattere tecnico il bando richiedeva una relazione tecnica di massimo 50 facciate, difficilmente compatibile con il livello di dettaglio progettuale ritenuto necessario in sede di ricorso; le censure afferenti l'attendibilità tecnica delle offerte, poi, coinvolgevano la discrezionalità della Commissione. Chiedeva pertanto respingersi il ricorso.

Si costituiva la controinteressata CORIT Costruzioni Restauri Impianti Tecnologici s.p.a. la quale evidenziava come la prova di aver comunicato con il sistema on line di riscossione gli estremi del versamento postale di € 100,00 all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture non fosse richiesta a pena di esclusione del disciplinare di gara; le indicazioni contenute nell'offerta tecnica erano conformi al disciplinare, non impugnato sul punto, e comunque non erano idonee a fornire concrete indicazioni sull'offerta economica; in relazione al terzo motivo di ricorso eccepiva la carenza di interesse in capo all'ati ricorrente, in quanto la medesima aveva ottenuto il massimo possibile punteggio relativo all'offerta tecnica, essendo risultata soccombente solo in ragione dell'offerta economica. Infine i criteri erano stati sufficientemente predeterminati in sede di bando, mentre le censure mosse avverso le caratteristiche dell'offerta tecnica dovevano ritenersi afferire al merito; si opponeva pertanto alla richiesta di ctu e chiedeva respingersi il ricorso.

L'istanza cautelare presentata in relazione al ricorso rubricato r.g. 706/09 veniva respinta.

Con successivo ricorso rubricato rg. 851/09, tempestivamente notificato e depositato, parte ricorrente impugnava il bando e il disciplinare di gara per violazione degli articoli 83 co. 2 e 4 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e 3 l. n. 241 del 7 agosto 1990, nonché violazione dei principi generali in tema di

svolgimento di gare pubbliche, nella parte in cui non prevedeva sub-criteri, sub-pesi e sub-punteggi dettagliati; a fronte di tale mancanza del bando la Commissione avrebbe dovuto esprimere le proprie valutazioni corredandole di una motivazione che consentisse di percepire le ragioni delle scelte effettuate tramite idonei criteri motivazionali, onde garantire anche il rispetto del principio di trasparenza; i criteri di bando si connotavano per indeterminatezza e genericità, sicchè non sufficiente appariva la valutazione con il semplice criterio numerico.

Si costituiva l'amministrazione resistente eccependo l'inammissibilità del ricorso per la mancata impugnazione del bando e del disciplinare già in occasione del primo ricorso; evidenziava come i bandi debbano essere impugnati direttamente se immediatamente lesivi, ovvero unitamente agli atti applicativi; nel caso di specie erano state proposte due autonome impugnazioni, la prima avverso l'aggiudicazione e la seconda avverso il bando. In ogni caso i criteri del bando apparivano dotati della necessaria specificità.

Si costituiva la controinteressata Corit s.p.a. eccependo l'inammissibilità del gravame, per non essere il bando stato impugnato insieme all'aggiudicazione definitiva; la proposizione del primo ricorso, senza contestuale impugnativa del bando, aveva comportato la consumazione del diritto all'impugnazione; ribadiva la carenza di interesse in capo alla ricorrente a contestare la valutazione tecnica e sosteneva la specificità del disciplinare di gara in relazione ai criteri, ulteriormente integrati dalla Commissione nella seduta del 15.1.2009, sicchè l'attribuzione del punteggio numerico doveva considerarsi un giudizio espresso e predeterminato in modo idoneo.

L'istanza cautelare proposta con il ricorso rg. 851/09 veniva accolta con fissazione di udienza di merito.

Con atto di intervento depositato in data 9.10.2009 interveniva ad

opponendum la s.r.l. Cingoli Nicola e Figlio, concorrente quarta classificata nella gara, la quale deduceva di avere proposto separato ricorso con il quale eccepiva che la ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per inadeguatezza della sua offerta; ciò determinava la carenza di interesse della medesima e quindi l'inammissibilità del ricorso.

All'udienza del 22.10.2009 i due ricorsi proposti da ARCAS s.p.a. venivano riuniti e decisi.

DIRITTO

Deve essere disposta la riunione dei ricorsi 756/09 e 851/09 separatamente proposti dalla Arcas s.p.a. avverso gli atti della medesima gara; osta alla riunione in unico giudizio anche dell'ulteriore ricorso promosso dall'interveniente ad opponendum Cingoli Nicola e Figlio s.r.l. avverso l'esito della medesima gara unicamente il diverso stato di tale ultimo procedimento, chiamato all'udienza del 22.10.2009 per la decisione cautelare. Non pare opportuno un rinvio della presente decisione per unica trattazione nel merito, considerato che l'interveniente, contrariamente a quanto assunto nelle conclusioni, non ha evidenziato ragioni di esclusione della ricorrente Arcas s.p.a. idonee a comportare l'inammissibilità dei ricorsi dalla medesima proposti; poiché infatti la ricorrente contesta in giudizio anche il bando di gara, con domanda di annullamento il cui accoglimento è idoneo a travolgere l'intera procedura, l'inammissibilità del gravame discenderebbe solo da rilievi che precludessero alla ricorrente anche la partecipazione ad una rinnovata gara, e non da censure afferenti la conformità tecnica dell'offerta formulata. Poiché le contestazioni mosse dall'interveniente non inficiano la possibilità della ricorrente di partecipare ad una nuova gara, esse non inducono l'inammissibilità della presente impugnativa, conservando la ricorrente l'interesse strumentale e minore ad insistere per l'indizione di una gara ulteriore (Ad. Plen. 10.11.2008 n. 11); pare quindi inopportuno dilazionare il giudizio (tanto più in materia

caratterizzata ex lege da rito accelerato) per riunire i due procedimenti, considerato che le contestazioni mosse dall'interveniente (tutte basate su profili squisitamente tecnici di complesso accertamento, e coinvolgenti ulteriori concorrenti classificatisi prima della Cingoli s.r.l., quarta in graduatoria) non vanificano l'esito del presente giudizio.

Il Ministero resistente e la controinteressata hanno mosso plurime eccezioni di inammissibilità alla luce della scelta difensiva di parte ricorrente di promuovere due separati giudizi, il primo avverso la sola aggiudicazione a favore della Corit s.p.a. e il secondo avverso il bando, entrambe nel rispetto del termine decadenziale di legge, ed entrambe aventi come motivo comune la censura di genericità ed inidoneità dei criteri di aggiudicazione dettati dalla legge di gara a combinarsi con il metodo valutativo prescritto nella legge di gara del confronto a coppie.

All'esito della reiezione della prima istanza cautelare relativa al ricorso che contestava la sola aggiudicazione, parte ricorrente riteneva di ampliare il petitum, impugnando per le medesime ragioni anche il bando. Tale seconda impugnativa sarebbe inammissibile in quanto proposta separatamente dall'impugnazione dell'aggiudicazione, e poiché parte ricorrente avrebbe consumato il potere di impugnazione.

Si invoca innanzitutto il principio della consumazione del potere di impugnazione desumibile dagli artt. 358 e 387 c.p.c., dettati rispettivamente in materia di appello e ricorso per cassazione.

Ritiene il collegio che il principio della consumazione del potere di impugnazione non sia pertinente con la problematica in oggetto, poiché strettamente afferente alla dinamica del giudizio di impugnazione delle sentenze. Il suddetto meccanismo è previsto esclusivamente nell'ambito della disciplina processuale delle impugnazioni ordinarie (e ritenuto applicabile anche al giudizio amministrativo di appello). Esso si fonda su specifiche previsioni di legge e strutturalmente limita la facoltà di

impugnare (quale naturale estrinsecazione del diritto di azione) sino alla completa consumazione del termine ordinariamente prescritto dalla legge, precludendo tale facoltà anche prima dello spirare di detto termine in ragione dell'intervenuta declaratoria di inammissibilità/improcedibilità di una prima impugnazione.

Si debbono rilevare due aspetti che rendono, a parere del collegio, il principio enunciato incompatibile con la presente vicenda processuale: la pronuncia di inammissibilità/improcedibilità prevista dagli artt. 358 e 387 c.p.c. è una pronuncia di merito e non una pronuncia cautelare; essa si colloca nella struttura del sistema delle impugnazioni ordinarie e non può ignorarsi il dato che dette impugnazioni hanno il duplice effetto di portare alla cognizione del giudice adito i capi di sentenza posti in contestazione, o con i medesimi connessi, e di indurre il passaggio in giudicato delle restanti parti di sentenza non impugate. E' chiara allora la ragione di una specifica previsione che armonizza il sistema delle impugnazioni ordinarie con la possibilità, tutta interna alla dinamica processuale, di un progressivo passaggio in giudicato delle sentenze. Si legge nella pronuncia Cass. sez. V n. 8182/2007: "la struttura impugnatoria del giudizio tributario non giustifica l'applicazione del principio di consumazione dell'impugnazione, operante nel giudizio civile con riferimento alla riproposizione dell'impugnazione dichiarata inammissibile o improcedibile, in quanto detto principio presuppone che sia stato impugnato un provvedimento avente attitudine ad acquistare efficacia di giudicato, e che la dichiarazione d'inammissibilità o improcedibilità abbia avuto luogo prima della riproposizione dell'impugnazione."

La norma inoltre è espressa e specifica, proprio perché ha come conseguenza un limite al diritto di impugnazione (e quindi di azione); la giurisprudenza della Corte di Cassazione ne esclude l'applicazione estensiva o analogica (ad esempio al regolamento di giurisdizione, non costituente

mezzo di impugnazione) e ne predica l'applicazione restrittiva poichè: "il principio di consumazione dell'impugnazione, secondo un'interpretazione conforme ai principi costituzionali del giusto processo, che sono diretti a rimuovere, anche nel campo delle impugnazioni, gli ostacoli alla compiuta realizzazione del diritto di difesa, rifuggendo formalismi rigoristici, impone di ritenere che, fino a quando non intervenga una declaratoria di improcedibilità, possa essere proposto un secondo atto di appello, sempre che la seconda impugnazione risulti tempestiva e si sia svolto regolare contraddittorio tra le parti" (Cass. Sez. III 16.11.2005 n. 23220).

La tesi delle parti resistente e controinteressata invoca quindi l'applicazione analogica del principio, che pacificamente non è dettato per l'impugnazione di atti amministrativi (mai idonei a "passare in giudicato"), per di più in ragione di una "pronuncia di inammissibilità" su uno dei motivi resa in sede cautelare; ora è pacifico che i giudizi cautelari strutturalmente non producono decisioni idonee a passare in giudicato, in quanto si svolgono alla luce delle deduzioni in fatto e diritto che li suffragano ed hanno un effetto rebus sic stantibus, sempre suscettibile di rivalutazione e sempre destinato, quantomeno nel processo amministrativo, ad essere superato dalla decisione di merito. Già questo primo dato escluderebbe, anche a voler ammettere una trasposizione del principio invocato, la pertinenza del medesimo, poichè manca la statuizione di merito di inammissibilità/improcedibilità dell'impugnativa.

Per altro si ritiene che detto principio non possa proprio essere applicato analogicamente al giudizio di primo grado di impugnazione dell'atto amministrativo: come evidenziato dalla Suprema Corte trattasi di principio che limita il diritto di azione e di difesa dell'interessato, il quale ultimo trova garanzia costituzionale negli artt. 24 e 113 della Costituzione; esso potenzialmente contraddice il principio del giusto processo di cui all'art. 111 della Costituzione, inteso dal giudice delle leggi quale preferenziale

scelta di sistema per il vaglio nel merito delle pretese azionate, essendo evidente come una pronuncia in rito non soddisfi la domanda di giustizia allo stesso modo. Ciò implica che, in un'ottica di interpretazione costituzionalmente orientata, non può che privilegiarsi la soluzione che porta alla valutazione di merito a discapito di quella che la nega, per di più in applicazione analogica di un principio peculiare e funzionale alla formazione del giudicato.

Nel giudizio amministrativo di primo grado il contemperamento tra il diritto di difesa e le esigenze di certezza, in questo caso dell'azione amministrativa, anche tramite la consolidazione degli atti, è realizzato con l'individuazione di un termine di decadenza, rispettato da parte ricorrente in entrambe le impugnative; solo la consumazione di tale termine decadenziale (o al limite l'acquiescenza, di cui la giurisprudenza ha elaborato requisiti di inequivocabilità tanto stringenti da non essere neppure sostanzialmente invocati nel caso di specie) estingue il diritto di azione, nè si ritiene giustificata la creazione giurisprudenziale di ostacoli a tale diritto a fronte di una possibile ed alternativa interpretazione più garantista del medesimo.

D'altro canto che il principio di consumazione del potere di impugnazione non possa essere invocato quale principio generale dell'ordinamento nei giudizi impugnatori è stato espressamente statuito dalla Corte di Cassazione analizzando il processo tributario, ed in particolare il giudizio di primo grado, strutturato in forma analoga al giudizio impugnatorio amministrativo. Ha statuito la Suprema Corte nella pronuncia sez. V n. 8234 del 2008: "in assenza di una espressa previsione normativa o di particolari caratteristiche dell'atto, non è possibile desumere dal semplice riferimento della norma al ricorso inteso come atto singolo argomenti per affermarne l'irripetibilità o l'infrazionabilità, così indirettamente incidendo sull'ampiezza del termine concesso dal legislatore per esercitare il diritto di

impugnare l'atto, e perciò sull'esercizio di un diritto costituzionalmente presidiato quale quello di azione", chiarendo altresì come "anche in mancanza di precedenti specifici, nella prassi non si è mai dubitato che la parte alla quale sia stato concesso un termine per l'esercizio di un potere (diritto, facoltà) e/o per il compimento di un'attività possa utilizzare tutto il tempo concessole a tale scopo, a meno che non si tratti di atti o attività irripetibili e/o non frazionabili, ovvero il legislatore abbia espressamente disposto una disciplina diversa, come ad esempio in materia di impugnazione, dove la specifica previsione del principio di consumazione conferma indirettamente la validità di un principio generale di segno opposto. È da escludere che il principio di consumazione del potere di impugnazione dell'atto-pretesa tributaria possa ricavarsi dal disposto del D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 24. Tale norma, prevedendo null'altro che la possibilità di integrazione dei motivi di ricorso in ipotesi di produzione di documenti non conosciuti, evidentemente non soltanto non fornisce argomenti sui quali fondare il suddetto principio di consumazione, ma pone essa stessa problemi ermeneutici la cui soluzione dipende proprio dalla sussistenza o meno di tale principio. Infatti, dal tenore della norma in esame, si ricava con certezza che essa si riferisce alla possibilità di integrazione dei motivi, a fronte della produzione di documenti non conosciuti, oltre lo spirare del termine per ricorrere (e quindi alla impossibilità di integrazione, in assenza della suddetta produzione documentale, oltre tale termine), ma non si ricava con altrettanta certezza che essa si riferisce anche ad una integrazione anteriore allo spirare di tale termine ma successiva alla proposizione del ricorso. L'art. 24 citato pertanto non solo non costituisce espressione del principio generale di consumazione del potere di ricorrere avverso l'atto-pretesa tributaria, ma resta influenzato dall'opzione ermeneutica in ordine alla sussistenza o meno di tale principio, nel senso che, ove si ritenga che il diritto di

impugnazione dell'atto dell'autorità finanziaria si consuma con la proposizione di valido ricorso, i motivi successivi a tale proposizione (benché, in ipotesi, anteriori alla scadenza del termine per ricorrere) sono da considerare aggiunti (e incorrono nelle limitazioni previste dal citato art. 24: proponibilità solo in caso di produzione di documenti non conosciuti), mentre, ove si ritenga che il diritto di impugnazione dell'atto si consuma solo con lo spirare del relativo termine, esclusivamente i motivi proposti oltre tale termine possono essere considerati aggiunti, non invece quelli proposti prima di tale termine (e ciò a prescindere dal fatto che siano contenuti in un unico o in più atti successivi).” Sempre nella pronuncia in esame, il giudice di legittimità argomenta proprio dalla struttura del processo amministrativo per escludere la consumazione del potere di impugnazione dall'atto amministrativo: “è da sottolineare, con riguardo al processo amministrativo che la giurisprudenza non dubita, in assenza di disposizioni positive che impediscano al ricorrente di frazionare l'impugnazione in più ricorsi, dell'ammissibilità di un ricorso (purché notificato entro il termine di decadenza previsto per l'impugnazione dell'atto) contenente motivi diversi da quelli espressi nell'atto introduttivo del giudizio (v. tra le altre C. Stato n. 3067 del 2002 e n. 455 del 1987, nonché TAR Lombardia n. 2392 del 2004, TAR Friuli Venezia Giulia n. 70 del 1990 e TAR Lazio n. 827 del 1989).”

Sulla frazionabilità del ricorso la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha infatti espressamente statuito: “Si assume, innanzitutto, il difetto delle condizioni per la rituale introduzione di motivi aggiunti in quanto la censura contestata non sarebbe giustificata dalla conoscenza di atti od elementi nuovi rispetto a quelli conosciuti al momento della proposizione del ricorso originario. L'assunto è infondato. Basti, al riguardo, osservare che il ricorso contenente la nuova censura è stato notificato prima della scadenza del termine di decadenza per l'impugnazione degli atti colpiti dal

motivo successivamente introdotto di talchè quest'ultimo va qualificato integrativo più che aggiunto. Ne consegue che, in mancanza di disposizioni positive che impediscono al ricorrente di frazionare l'impugnazione in più ricorsi e nel rilevato rispetto del termine di decadenza per l'introduzione del gravame, non paiono ravvisabili ragioni ostative all'ammissibilità del ricorso contenente motivi diversi, rispetto a quelli dedotti nell'atto introduttivo del giudizio" (Cds. Sez. V n. 3067 del 2002).

Si ritiene pertanto che non sussista alcun principio di consumazione del potere di impugnazione che impedisca alla parte ricorrente, fermo il pacifico rispetto del termine decadenziale di legge, di proporre le proprie doglianze in separati ricorsi. A conclusioni in parte simili perviene anche la sentenza CGA n. 407 del 2009 che ha ritenuto ammissibile la doppia impugnativa (dello stesso o di diversi atti anche connessi o presupposti), essendo entrambi i ricorsi stati proposti nei termini di legge; ha precisato il CGA che il secondo ricorso doveva ritenersi ammissibile in quanto il primo era stato a sua volta notificato e depositato nei termini di legge e quindi nessun affidamento della controparte poteva essersi creato circa l'inammissibilità della prima impugnativa. Premesso che, anche alla luce del principio affermato nella riportata sentenza del CGA, la presente duplice impugnativa risulta ammissibile per essere la prima stata tanto notificata che depositata nei termini di legge ed essere comunque mancata qualsivoglia pronuncia di merito di inammissibilità, si dissente comunque, per le ragioni già illustrate, dalla tesi, che parrebbe ivi adombrata, secondo cui potrebbe verificarsi "una consumazione del potere di impugnazione" (ammesso che intervenga declaratoria nel merito di inammissibilità/improcedibilità), ritenendo preferibili i principi già esposti sul punto e suffragati anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione. Pare infatti al collegio che nel conflitto tra "l'affidamento" del ricorrente sulla possibilità di organizzare la propria

difesa e far valere le proprie ragioni nel termine decadenziale di legge e l'eventuale contrapposto "affidamento" sull'inammissibilità di una prima impugnativa (ad esempio anche solo per un disguido di notificazione) non accompagnata da indici che denotino la volontà della parte di rinunciare all'azione, non possa che trovare e meritare maggior tutela il primo.

Infine la stessa evoluzione dell'ordinamento restringe lo spazio per le pronunce di mero rito, basti pensare all'art. 46 della l. n. 69/2009, che ha imposto l'applicazione, anche nel giudizio amministrativo, dell'art. 291 co. 1 c.p.c., con conseguente onere per il giudice di ordinare la rinnovazione della notificazione nulla in caso di mancata costituzione di controparte, con salvezza di ogni decadenza.

L'eccezione di inammissibilità per consumazione del potere di impugnazione deve dunque essere disattesa.

Eccepiscono ulteriormente le parti resistente e controinteressata l'inammissibilità del secondo ricorso in ragione dell'obbligo di impugnare con un "unico" ricorso il bando e l'aggiudicazione. Sul punto viene invocata la decisione dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 2003, che ha diffusamente analizzato la problematica dell'impugnazione delle clausole di bando, distinguendo tra quelle immediatamente lesive, e quindi impugnabili autonomamente (quelle afferenti requisiti soggettivi dei partecipanti storicamente preesistenti alla gara e che precludono la partecipazione e quelle che, ancorchè di carattere oggettivo, inducono oneri impossibili, sproporzionati o incomprensibili, ad esempio poiché la legge di gara contravviene palesemente al dovere di *clare loqui*), e quelle la cui concreta lesività si manifesta solo all'esito della loro applicazione nell'ambito della gara, quindi da impugnarsi unitamente all'atto che concreta l'esito negativo (tipicamente le regole di valutazione delle offerte). La decisione dell'adunanza plenaria affronta la problematica dell'interesse ad agire, precisando come un eccessivo allargamento dell'immediata impugnativa

delle clausole di bando rischia di ammettere azioni per le quali l'interesse ad agire si profila eventuale e non caratterizzato dalla necessaria concretezza ed attualità; ancora, chiarisce l'adunanza plenaria, l'unico interesse attuale e concreto configurabile in capo al concorrente di una gara è quello al conseguimento del bene della vita tramite l'aggiudicazione, e tale interesse non può essere "polverizzato" in ulteriori pretese, quali ad esempio quella astratta allo svolgimento della gara secondo regole corrette, non azionabile da parte del singolo concorrente.

Se tali sono le argomentazioni svolte nella citata pronuncia in nessun punto della medesima si rinviene suffragio alla tesi secondo cui l'impugnativa del bando e dell'aggiudicazione dovrebbero essere necessariamente, e a pena di inammissibilità, contenute materialmente in un unico "atto di ricorso". Un conto è affermare che solo con l'aggiudicazione a terzi il concorrente non vincitore matura un interesse attuale e concreto, e quindi tutelabile, ad impugnare anche la clausola del bando che lo ha pregiudicato, o anche ritenere che tanto il bando quanto la successiva aggiudicazione debbano essere coinvolti dal gravame (affinchè la seconda non si consolidi rendendo improcedibile, per carenza di interesse, la prima impugnativa e sempre che non si possa sostenere che il travolgimento del primo caduchi automaticamente anche la seconda), altro conto è imporre che tali gravami si collochino necessariamente in un unico atto. Nel caso di specie si è verificato che la doppia impugnativa sussiste, il bando è stato impugnato dopo che l'aggiudicazione ad altri ha reso l'interesse della ricorrente attuale e concreto, per entrambi gli atti l'impugnativa è tempestiva, infine parte ricorrente ha proposto la stessa identica censura tanto avverso l'aggiudicazione quanto avverso il bando; pare allora formalistico, e non conforme ad un governo della disciplina processuale ispirato al rispetto del diritto di difesa e del giusto processo, dedurre l'inammissibilità del secondo ricorso per il solo fatto che tali due impugnative sono contenute in atti

separati. Né si rinviene in tale soluzione, come contestato dalla difesa erariale, una violazione del principio per cui ogni singolo ricorso deve essere assistito dalle proprie condizioni dell'azione; nel caso di specie era pacifico, come fatto storico, nel corpo del solo secondo ricorso, che, all'atto dell'impugnativa del bando già era intervenuta l'aggiudicazione a terzi e già le ricorrenti la avevano contestata per identica ragione, con ciò non potendosi più ipotizzare, sotto lo specifico profilo di censura, alcuna consolidazione dell'atto di aggiudicazione. Tali elementi, quali condizioni dell'azione, emergono a prescindere dalla disposta riunione e vengono in rilievo in quanto fatti storici pacificamente presupposti come sussistenti da entrambe le difese nel solo ricorso 851/09; tant'è che le parti resistente e controinteressata sostanzialmente ivi si limitano a lamentare la presunta violazione dell'obbligo di concentrazione delle impugnative in unico atto e non certo a contestare la mancanza di attuale e concreto interesse ad agire, vuoi per carenza di attualità della lesione, vuoi per sopravvenienza di ulteriore atto consolidato. Né può dirsi ex se inammissibile il parziale mutamento dell'orientamento difensivo alla luce dell'andamento del primo giudizio cautelare; la struttura del processo è fisiologicamente tale da consentire alle parti, anche in altre ipotesi, di adeguare le proprie scelte processuali all'andamento del giudizio: basti pensare che è fisiologico che il termine per la proposizione del ricorso incidentale scada successivamente al primo momento utile per la decisione sull'istanza cautelare, sicchè non è escluso che il ricorrente incidentale sia influenzato anche da tale decisione. Allo stesso modo non si ravvisano particolari anomalie nella scelta di parte ricorrente dapprima di limitare la contestazione all'aggiudicazione a favore di terzi, volendo innanzitutto ottenere l'aggiudicazione in proprio, impregiudicati eventuali vizi che potessero inficiare l'intera procedura, e quindi, fermo sempre il rispetto dei termini decadenziali, di estendere il petitum alla complessiva correttezza della procedura.

Nonostante dunque la peculiarità della doppia impugnativa anche il secondo ricorso è ammissibile.

Si procede quindi all'analisi dei motivi dei due ricorsi.

Detti motivi vengono vagliati in ragione del miglior interesse della parte ricorrente; come infatti chiarito in più occasioni dal giudice d'appello l'eventuale assorbimento dei motivi non può prescindere dalla considerazione che la soluzione da privilegiarsi, anche in mancanza di espressa graduazione dei medesimi, deve essere quella che meglio soddisfa l'interesse del ricorrente; ora è evidente (anche proprio per la dinamica processuale) che l'ati ricorrente non ha prioritariamente interesse ad una complessiva riedizione della gara, bensì ad una valutazione delle contestazioni avverso la sola aggiudicazione alla controinteressata, nell'auspicio che l'esclusione di quest'ultima porti ad un affidamento a suo favore.

Si ritiene tuttavia che le censure mosse avverso la sola aggiudicazione non colgano nel segno.

Con il primo motivo di ricorso parte ricorrente lamenta che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa perché, pur avendo pacificamente provveduto a versare il contributo di € 100,00 a favore dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture e a depositare la relativa ricevuta di versamento, ha omesso di documentare l'ulteriore comunicazione al sistema on line di riscossione dell'Autorità. L'art. 18 a) del disciplinare, come osservato dalle controparti, si limita a prescrivere a pena di esclusione la presentazione della ricevuta di pagamento (precisando che la medesima deve essere presentata in originale ovvero in fotocopia corredata di dichiarazione di autenticità). Aggiunge il disciplinare che gli estremi del pagamento dovranno essere comunicati al sistema on line ma tale ulteriore prescrizione, nel contesto dell'atto, non risulta essere a pena di esclusione. D'altro canto l'art. 18 lett. B) del

disciplinare consente di effettuare direttamente il pagamento on line, solo in tal caso precisando l'onere di presentare, a pena di esclusione in quanto prova unica del pagamento, copia stampata dell'e-mail di conferma. Correttamente evidenzia poi Corit s.p.a. come lo stesso articolo 18 prosegue chiarendo che "ai fini dell'esclusione" la stazione appaltante è "tenuta" a controllare l'avvenuto pagamento, la sua esattezza e la sua riferibilità alla procedura, anche tramite l'accesso all'apposita procedura informatica; la disposizione nel suo complesso porta quindi univocamente a concludere che, nell'economia della legge di gara, la sanzione dell'esclusione è legata al necessario riscontro del mancato pagamento e non certo alla mera mancata produzione, in aggiunta alla ricevuta di pagamento, anche della comunicazione on line, che non incide sull'effettività del pagamento.

Il primo motivo di ricorso è dunque infondato.

Con il secondo motivo di ricorso parte ricorrente lamenta che la controinteressata, inserendo nell'offerta tecnica i dati relativi alla qualificazione ed al monte ore di impegno degli appartenenti al team destinato ad intervenire nei lavori, avrebbe, in violazione di specifica previsione della legge di gara, contravvenuto al divieto di inserire nell'offerta tecnica dati idonei ad anticipare i contenuti dell'offerta economica, e così ad influenzare indebitamente la valutazione della prima. La tesi appare infondata, considerato che la lett. B del disciplinare di gara chiedeva di inserire nella busta B (e dunque nell'offerta tecnica) una relazione che, tra l'altro, descrivesse "il personale impiegato e la tempistica di ogni operazione"; la mera indicazione di livelli di inquadramento e di un monte ore pare compatibile con la prescrizione del bando e, avulsa da concrete indicazioni di costi, non può ritenersi anticipatoria dell'offerta economica, considerato che quest'ultima, tanto più in una gara di simile complessità, è il risultato di plurime e integrate valutazioni non certo

semplicisticamente riconducibili alla sommatoria dei suddetti dati.

Anche il secondo motivo di ricorso è dunque infondato.

Si procede quindi, per coerenza con il criterio già enunciato, all'analisi dell'ultimo motivo del ricorso rubricato rg 706/2009, considerato che il terzo motivo coincide con la censura mossa avverso il bando nel ricorso rg. 851/2009.

Parte ricorrente sostanzialmente contesta la valutazione tecnica effettuata dalla Commissione giudicatrice in relazione all'offerta della Corit s.p.a.. Sostiene parte ricorrente che il bando prescrivesse un livello di dettaglio dell'offerta del tipo di un "progetto esecutivo." Tale assunto non rinviene alcun riscontro nella legge di gara ove in nessun punto figura simile specifica prescrizione; come anche osservato dalla difesa erariale questo tipo di approfondimento pare anzi incompatibile con la previsione di gara di una relazione tecnica di "massimo 50 pagine" che cumuli la quantità di indicazioni prescritte per l'offerta tecnica (modalità operative, attrezzature, procedure di sicurezza, indicazione di personale e tempistica in relazione a smontaggio, consolidamento e rimontaggio di quattro elementi specifici, descrizione di modalità operative e sicurezza della cerchiatura, degli incatenamenti dei finestrini e degli archi del cestello nonché ancora metodologia di coltivazione e procedura di estrazione del marmo, della movimentazione ecc.).

Preso dunque atto che manca qualsivoglia espresso riferimento nella legge di gara alla prescrizione a pena di esclusione di una progettazione esecutiva (si richiede un livello "dettagliato di descrizione" e nulla più), non se ne può evincere alcuna conseguenza in termini di esclusione a carico della controinteressata.

La censure di parte ricorrente proseguono poi contestando la valutazione della Commissione di gara e proponendo dubbi circa la sicurezza dell'intervento, come prospettato nell'offerta Corit, e l'idoneità delle

attrezzature ivi proposte ad essere effettivamente utilizzate, nel contesto della cappella, per la realizzazione dell'opera.

La censura, per come formulata, pare inammissibile ma merita attenta riflessione.

Pacificamente le scelte della Commissione giudicatrice sono espressione di discrezionalità tecnica, suscettibili di sindacato da parte del giudice amministrativo solo a precise condizioni; il giudizio amministrativo non può interferire indiscriminatamente con la discrezionalità del seggio di gara e trasformarsi in semplice "riedizione" del giudizio della Commissione su qualunque sollecitazione dei ricorrenti; la censure devono essere tradotte in uno dei possibili vizi deducibili e muovere dalla stretta aderenza all'operato dei commissari; esse non possono ridursi alla complessiva disapprovazione del loro operato con sollecitazione a rinnovarne il giudizio tecnico, previa invocazione a scelta dei ricorrenti di qualsivoglia parametro o criterio a loro più gradito ed utile (cosa sempre fattibile a fronte di problematiche che hanno fisiologici margini di opinabilità e certamente contemplanò più alternative scientificamente valide). Sul punto sembra pertinente quanto recentemente precisato dal giudice di appello in materia di verifica dell'anomalia dell'offerta con principi riferibili a qualsivoglia verifica che attinga elevati punti di discrezionalità tecnica in sede di appalto nella sentenza CdS. Sez. VI n. 2384 del 2009: "Va osservato che, implicando il giudizio di anomalia valutazioni di carattere tecnico, tale giudizio ben può essere sindacato dal giudice, anche con il supporto di un c.t.u. o di un verificatore, onde verificare la correttezza dell'iter logico, dell'impianto motivazionale, l'esattezza dei presupposti di fatto e dell'applicazione delle regole tecniche (Cons. St., sez. V, 5 aprile 2005 n. 1563). Ove, tuttavia, la regola tecnica non sia univoca, essendo altrettanto valide diverse soluzioni tecniche, il giudice e il c.t.u. (o verificatore) non possono sostituirsi all'amministrazione che sia pervenuta ad una soluzione tecnica che,

ancorché opinabile, sia tuttavia accettabile secondo lo stato dell'arte e della tecnica (Cons. St., sez. VI, 3 maggio 2002 n. 2334; Cons. St., sez. IV, 21 maggio 2008 n. 2404). Il Collegio ritiene di dover aggiungere che a fronte di un giudizio tecnico espresso dalla stazione appaltante sotto la propria consapevole responsabilità, anche penale e contabile, per sconfessare tale giudizio non è sufficiente sostituire un giudizio opinabile con uno altrettanto opinabile o avanzare dubbi o elementi di incertezza, dovendosi invece dimostrare quali sono gli errori oggettivamente commessi dalla stazione appaltante...". Ancora più recentemente ha precisato la sentenza Cds. Sez. IV 30.10.2009 n. 6708: "Con specifico riguardo all'attribuzione dei punteggi nelle gare d'appalto, si è affermato che questa è espressione di discrezionalità non solo tecnica, ma anche amministrativa, e come tale soggetta a sindacato giurisdizionale per eccesso di potere sotto il profilo delle figure sintomatiche del difetto di motivazione, dell'illogicità manifesta, dell'erroneità dei presupposti di fatto e di incoerenza dell'iter valutativo e dei relativi esiti (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2006, nr. 5100; Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2006, nr. 3231; id. 27 aprile 2006, nr. 2372; id. V, 3 febbraio 2000, nr. 661); il che comporta che il giudice possa verificare "ab externo" la congruità e la non contraddittorietà dell'istruttoria compiuta e della valutazione, senza però che gli sia consentito sostituirsi all'Amministrazione nella valutazione dell'offerta (cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 2004, nr. 6566; Cons. Stato, sez. IV, 7 maggio 2002, nr. 5714)."

Anche non aderendo all'opzione che ammette da parte del giudice amministrativo il sindacato tecnico solo "estrinseco" e quindi riconoscendo per contro quello intrinseco (nella forma sia del sindacato debole che del sindacato forte), deve condividersi quanto affermato nella prima pronuncia citata: la verifica, anche intrinseca, della scelta operata dall'amministrazione non può che partire da una analisi aderente al suo operato, procedendo ad eventualmente correggerne oggettivi e denunciati precisi errori e non

semplicemente sostituendo parametri di valutazione opinabili, e come tali non suscettibili di chiaro apprezzamento in termini di giusto/sbagliato, ma al limite solo in termini di migliore/peggiore; in tale ultimo caso infatti demandare alla verifica o alla consulenza tecnica non il riscontro di un errore bensì la scelta di ciò che opinabilmente può essere ritenuto migliore rischia di indurre una inammissibile e permanente sostituzione del giudice, o meglio del verificatore, all'amministrazione. Ciò implica innanzitutto precisi oneri di allegazione, prima ancora che di prova, in capo alla parte ricorrente circa chiari errori che suffraghino la censura e ripercorrano il procedere dell'amministrazione muovendo da questo.

Nel caso di specie parte ricorrente non pare muovere da una puntuale contestazione "dell'iter logico, impianto motivazionale, presupposti di fatto ovvero corretta applicazione delle regole tecniche adottate" utilizzati dalla Commissione, quanto piuttosto riformulare in proprio il giudizio. Se per tale ragione la censura non può trovare ingresso nel presente giudizio si osserva come la parte ricorrente non attacca "l'iter logico, l'impianto motivazionale ovvero i presupposti di fatto considerati dalla commissione" in modo specifico non per un difetto dell'impostazione difensiva ma per il più semplice motivo (che si collega alla successiva censura sui criteri di aggiudicazione dettati dalla legge di gara), che detti elementi non sono analiticamente evincibili né alla luce del combinato disposto dei criteri di bando e connesso punteggio numerico, né alla luce dei verbali di gara, sicché finiscono per essere imperscrutabili.

Se, come chiarito dal giudice d'appello nella massima sopra riportata, al giudice amministrativo è comunque dato un sindacato innanzitutto e certamente "ab externo" della valutazione, perché tale sindacato sia praticabile e non solo teorico occorre che l'iter logico-fattuale seguito dall'amministrazione sia chiaramente percepibile e che i presupposti del giudizio siano espliciti e quindi contestabili.

Nel caso di specie non è dato comprendere, all'esito della gara, come si suffraghi il punteggio totalizzato dalle concorrenti sull'offerta tecnica: non è chiaro se e come la compatibilità delle attrezzature tecniche con l'ambiente in cui dovrebbero essere inserite abbia trovato ingresso nel giudizio di valutazione e abbia pesato sull'esito della gara, se e come l'incidenza delle tecniche di consolidamento proposte sul contesto artistico architettonico ovvero i rischi e margini di sicurezza in corso di lavori siano stati apprezzati dalla Commissione e quale sia stato il peso relativo attribuito a ciascuno di tali elementi.

Ne discende che la parte ricorrente volendo (e pacificamente potendo) censurare specifici presupposti in fatto dell'operato tecnico della Commissione nella formazione del giudizio concretamente non ha trovato appiglio per dette censure, perché la praticabilità di tale difesa è inevitabilmente connessa al rispetto di un procedere analitico e il più possibile trasparente (nel senso di "ex post ricostruibile" nei suoi singoli passaggi).

Si passa così all'analisi del terzo motivo del ricorso rg. 706/09, nonché unico motivo del ricorso r.g. 851/09.

La ricorrente ha interesse all'analisi della censura avverso i criteri di valutazione dettati per l'offerta tecnica, ancorchè abbia sul punto totalizzato il massimo punteggio possibile. Il conseguimento del massimo punteggio da parte di un concorrente non esclude che questi abbia interesse alla comprensione e contestazione dell'attribuzione dei minori, ma non minimi, punteggi degli altri concorrenti; la prova di resistenza deve infatti tenere conto del fatto che non solo l'aumento del proprio punteggio ma anche l'abbassamento di quello altrui potrebbe portare a conseguire l'effetto utile di aggiudicarsi la vittoria. "L'invocata prova di resistenza avrebbe dovuto involgere l'intera serie di combinazioni valutative che hanno riguardato l'elemento de quo ben potendo verificarsi, sul piano

astratto, l'assegnazione alla ditta aggiudicataria del punteggio minimo e alla ricorrente del punteggio massimo" (Cds. Sez. V 4439/08). Tanto è ancor più evidente in un caso come quello per cui è causa ove la differenza finale di punteggio tra l'aggiudicataria (76,23) e l'ATI ricorrente (75,02) è pari a poco più di un punto su oltre 70.

Tanto premesso l'ultima censura in analisi contesta l'inidoneità dei criteri, sub criteri e sub pesi dettati dalla legge di gara a combinarsi con un giudizio espresso in termini numerici, e ciò in aderenza alla legge di gara medesima, che ha prefissato l'utilizzo della tecnica del confronto a coppie, il quale innanzitutto si esprime tramite l'attribuzione (previa comparazione delle offerte a due a due) di valori di preferenza sinteticamente espressi in un numero (da 1 a 6 dove 6 esprime la massima preferenza possibile); ne discende che la combinazione dei criteri generici e della motivazione numerica induce un difetto di quest'ultima.

Per l'analisi della duplice censura pare opportuno riportare per esteso i criteri di valutazione dell'offerta tecnica dettati dalla legge di gara (si veda il bando al punto 2 e il disciplinare al punto 6) e alla lett. B) in relazione all'offerta tecnica):

- punto 1 del bando "le modalità operative, le attrezzature, le procedure di sicurezza, l'indicazione del personale e della tempistica per l'esecuzione di quattro specifiche attività." (massimo 42 punti). Il disciplinare ribadisce i parametri e individua le quattro specifiche attività oggetto di valutazione come segue: "smontaggio di una colonna del primo livello da consolidare in laboratorio e rimontaggio della stessa dopo il consolidamento; smontaggio di un concio degli archi del bacino tronco da consolidare in laboratorio e rimontaggio dello stesso dopo il consolidamento; sostituzione dell'architrave del loggiato; sostituzione di un concio degli archi del secondo livello del cestello".

- punto 2 del bando "la descrizione delle attrezzature specifiche, delle

modalità operative e delle procedure di sicurezza che saranno utilizzate per la cerchiatura multispire in filo acciaio inox, e per la realizzazione degli incatenamenti dei finestroni e degli archi del cestello” (massimo 15 punti). Il disciplinare sul punto è identico.

- punto 3 del bando “la descrizione delle metodologie e delle tecniche di coltivazione della cava di marmo (con riferimento alla sequenza dei tagli per ogni avanzamento), della quantità e tipologia morfologica dei blocchi estratti, nell’ottica di ridurre al minimo eventuali sfridi di materiale lapideo sano” (massimo 15 punti). Sul punto il disciplinare precisa: “descrizione e motivazione della scelta della più opportuna metodologia di coltivazione per la procedura di estrazione del marmo bigio di Frabosa presso la cava di Prà del Torno. Inquadramento all’interno del processo sopradescritto di tutte le tipologie di attrezzature necessarie all’applicazione di tale metodo, con particolare riferimento alla fase di distacco dei blocchi lapidei (taglio e stacco della parete). Specificazione delle possibili alternative, soprattutto quelle caratterizzate da interazione di differenti tipologie di macchine da taglio, tradizionali ed innovative, con riferimento alla sequenza dei tagli per singolo avanzamento. Indicazione delle principali tipologie di blocchi estratti (dimensioni e volume) in relazione alle tecniche di estrazione. Giustificazione del numero di blocchi da estrarre sulla base delle necessità del cantiere di restauro e descrizione del processo di movimentazione del fronte di escavazione al piazzale di cava. Descrizione dettagliata dello schema concettuale che prevede il passaggio dal blocco estratto in cava al concio semilavorato (concio iscritto in solido regolare) ovvero processo di minimizzazione di blocchi estratti finalizzato alla riduzione degli sfridi di materiale lapideo sano.”

Dal verbale di gara della prima seduta riservata del 15.1.2009 si evince che la Commissione, nell’esplicitare i criteri di valutazione dell’offerta tecnica, ha (correttamente) riprodotto pedissequamente il testo del disciplinare,

aggiungendo a chiosa che sarebbero state attribuite preferenze proporzionali “al livello di approfondimento, completezza e qualità con cui le problematiche risulteranno trattate, attribuendo il valore massimo all’offerta che avrà sviluppato gli argomenti in modo più compiuto ed esaustivo in relazione alle prescrizioni del disciplinare di gara”.

Tanto premesso si osserva innanzitutto come la legge di gara impugnata preveda, ai fini della valutazione dell’offerta tecnica, esclusivamente dei criteri, senza propriamente dettare sub-criteri o sub-pesi, a prescindere dalla terminologia apparentemente utilizzata. La questione è sostanziale e non nominalistica, chiaro essendo che non è dato alla stazione appaltante eludere la distinzione, logica prima che giuridica, tra un criterio e un sub-criterio semplicemente attribuendo una qualificazione a piacimento al parametro individuato. Il punto 2 del bando, infatti, detta “criteri” di valutazione dell’offerta tecnica (tre) qualificandoli “sub criteri”, pur in mancanza di superiori “criteri” in cui i medesimi si vadano ad iscrivere; così anche il punto 6 del disciplinare statuisce che l’offerta tecnica verrà valutata secondo “i seguenti sub-criteri”, ripetendo pedissequamente quelli del bando, già ivi impropriamente definiti “sub-criteri”.

Ciò ovviamente non implica che l’amministrazione sia obbligata a dettare criteri e sub-criteri, qualora ritenga di prevedere solo criteri, ma pare utile precisazione in relazione alla contestata analiticità della legge di gara.

E’ chiaro dal testo dell’art. 83 del d.lgs. n. 163/2006, attuativo delle direttive 2004/18 e 2004/17, che da una parte vi è il “criterio di affidamento” dall’altra vi sono i “criteri di valutazione dell’offerta”, dei quali un elenco esemplificativo si rinviene, sempre sulla scorta della normativa comunitaria, nell’art. 83 medesimo; vi sono poi i sub-criteri che, “ove necessario”, si possono iscrivere nei primi.

Partendo dal bando, il punto 2, dopo aver fissato il criterio di aggiudicazione (offerta economicamente più vantaggiosa) apparentemente

individua due criteri “B. prezzo C. offerta tecnica”; evidentemente tuttavia l’ “offerta tecnica” è “l’ oggetto” della valutazione e non certo un “criterio” di valutazione; diversamente opinando si potrebbe individuare quale criterio “l’ offerta economica” e quale sub-criterio il prezzo, operazione di cui è evidente l’assurdità logica, essendo il prezzo una componente dell’oggetto della valutazione dato dall’offerta economica. D’altro canto mentre il prezzo (B) è un criterio che trova riscontro nell’art. 83 lett. a) del codice degli appalti, l’offerta tecnica nell’art. 83 non è un criterio (i criteri dalla lettera b) alla lett. o) enucleano delle “caratteristiche” dell’offerta tecnica, che costituiscono possibili “criteri” per la sua valutazione) ma è parte dell’oggetto della valutazione. Da questo equivoco presupposto il bando procede individuando dei parametri che definisce “sub-criteri” ma che sono in realtà gli unici e primi “criteri” che enucleano delle caratteristiche dell’offerta e costituiscono parametri di valutazione prefissati dalla legge di gara. Il disciplinare sul punto riproduce l’equivoco, anzi lo amplifica sostituendo, al punto “a” quale “criterio” “l’offerta economica”, per altro poi esplicitando che di fatto si intende usare come parametro di valutazione dell’offerta economica (oggetto di valutazione) il “ribasso più conveniente” (criterio).

Pare pertinente quanto precisato recentemente nella pronuncia Cds Sez. V 14.10.2009 n. 6311: “La disciplina di gara, al di là della terminologia utilizzata, in realtà, ripartiva il punteggio in relazione agli elementi qualificanti dell’offerta da prendere in considerazione, corrispondenti alle fasi di esecuzione del servizio oggetto della gara, ma non prevedeva alcun criterio di valutazione vero e proprio, atto ad orientare e rendere significativa l’attribuzione del punteggio, essendo invece prevista l’utilizzazione del metodo c.d. del “confronto a coppie””; evidenzia il giudice d’appello la sostanziale differenza anche qui riscontrata tra “elementi di valutazione” e “criteri di valutazione”.

Chiarito che la legge di gara si è limitata al massimo prescrivere dei “criteri”, deve anche ricordarsi che la giurisprudenza comunitaria ha da tempo precisato che, se pure può, entro certi rigorosi limiti, rinvenirsi spazio ristretto per una specificazione dei sub-criteri dettati dal bando da parte della Commissione giudicatrice (C.G.C.E. 24.11.2005 in causa C-331/04, sul punto si inserisce il complesso dibattito nazionale che ha portato alla modifica dell’art. 83 da parte del cosiddetto “terzo correttivo” del codice degli appalti, non applicabile al caso di specie, ferma restando la previdenza della disciplina comunitaria), per contro obblighi di pubblicità, ragioni di trasparenza ed esigenze di parità di trattamento ostano a che, in assenza di sub-criteri dettati dalla legge di gara, la Commissione stessa individui tali sub-criteri (C.G.C.E. 24.1.2008 in causa C- 532/06 in tema di appalto di servizi, con richiamo interno alla sentenza 12.12.2002 in causa C- 470/99 in tema di appalto di lavori).

Così precisate le coordinate logico-giuridiche del ragionamento si rileva che il criterio dettato al punto 3 del bando presenta analiticità, esplicitando in modo specifico non solo l’oggetto della valutazione, coerente e univoco al suo interno, ma anche le caratteristiche ritenute apprezzabili (le metodologie e tecniche di coltivazione del marmo) e soprattutto le modalità di apprezzamento (la riduzione al minimo degli sfridi).

I restanti due punti, e in particolare il punto uno (che da solo consentiva l’attribuzione di 42 punti e quindi era determinante per l’esito della valutazione tecnica), accorpano una congerie più che di criteri di segmentati elementi dell’offerta tecnica oggetto di valutazione, senza chiarire veramente quali siano i parametri di “lettura ed apprezzamento” di questi elementi. Se si raffronta il punto 1 uno con i criteri esemplificativi dettati dall’art. 83 si nota che esso assomma più caratteristiche tra quelle che l’art. 83 contempla in differenti “criteri”, anzi di fatto per molti aspetti scompone l’offerta tecnica senza darne la chiave di lettura. Un conto è

infatti dire che saranno oggetto di valutazione le “modalità operative”, le “attrezzature”, le “procedure di sicurezza”, altro è dire in che termini (appunto secondo quali “criteri”) saranno valutate, ad esempio la “qualità” (art. 83 lett. b), il “pregio estetico” (art. 83 lett. c) ecc.. Inoltre, anche a intendere gli elementi indicati come effettivi “criteri”, la loro combinazione nel punto 1 crea una commistione potenzialmente contraddittoria; si assommano caratteristiche qualitative ed elementi di carattere quantitativo quali, per le prime, le modalità operative e le procedure di sicurezza e, per i secondi, le tempistiche. Non può che rinnovarsi quindi la considerazione che tale congerie di “criteri” crea contraddizione al proprio interno nel senso che la “qualità” può fisiologicamente contrastare con il “tempo” e viceversa e la valutazione dei due parametri insieme rende di fatto insolubile il quesito di come e in quale direzione gli stessi siano stati combinati e ritenuti prevalenti nella scelta della commissione.

Né vale sostenere che la commissione avrebbe meglio chiarito il proprio modo di procedere nel verbale del 15.1.2009. Al di là dei vincolanti principi di diritto comunitario già enunciati (considerato che sostanzialmente non vi sono sub-criteri nel bando e che taluni dei criteri neppure possono essere definiti tali), nessuna precisazione vi è per la parte in cui la commissione riproduce il dettato della legge di gara (del tutto correttamente ed evidentemente nella consapevolezza dell'impossibilità di individuare elementi che potessero indirizzare la valutazione secondo parametri non oggetto di previa pubblicità e conoscenza da parte dei concorrenti in sede di offerta); la successiva proposizione secondo cui le valutazioni sarebbero state proporzionali al livello di “approfondimento, completezza e qualità” pare tautologica e vale come affermare che si privilegerà l'offerta migliore. Infine si precisa che il miglior punteggio verrà attribuito all'offerta che avrà sviluppato in modo più “esaustivo” gli argomenti; anche sotto questo profilo nulla si aggiunge né si può

aggiungere ai criteri di gara e soprattutto non si risolve il cumulo eterogeneo di parametri imposto dal bando al punto 1 e tale da attribuire 42 punti ad una sommatoria non coerente di elementi.

La chiosa della commissione può combinarsi utilmente con il punto 3, dove tutte le attività descritte attengono all'estrazione del marmo, il bando richiede l'accuratezza delle tecniche, anche innovative, e privilegia quelle che riducono al minimo gli sfridi; la precisazione della commissione non esula qui dai poteri della stessa e contemporaneamente chiarifica senza innovare la legge di gara. Nessuna chiarificazione deriva invece dalla chiosa della commissione alla genericità e insanabile contraddizione del primo criterio.

La legge di gara imponeva poi che la valutazione venisse effettuata con il criterio del confronto a coppie che innanzitutto si traduce in una valutazione numerica.

La giurisprudenza maggioritaria è orientata nel senso che, se pure il sistema del confronto a coppie e della connessa necessaria valutazione numerica, non può in astratto dirsi incompatibile con i principi che governano l'evidenza pubblica nelle gare di appalto, esso rispetta i principi, anche comunitari, di trasparenza e comprensibilità dell'azione della stazione appaltante solo a condizione che l'eventuale motivazione numerica si combini con criteri talmente puntuali da far sì che il combinato disposto del criterio e della valutazione numerica attribuita abbia significato univocamente intelleggibile.

Sul punto si riportano le parole del giudice d'appello sempre nella citata sentenza sez. V n. 6311 del 2009: "secondo l'orientamento ormai prevalente, il punteggio numerico può essere considerato sufficiente a motivare gli elementi dell'offerta economicamente più vantaggiosa soltanto nell'ipotesi in cui il bando di gara abbia espressamente predefinito specifici, obiettivi e puntuali criteri di valutazione, visto che tale criterio di

aggiudicazione svincola l'amministrazione da una valutazione meccanica, attribuendole un potere fortemente discrezionale. Tale esigenza risponde al principio di correttezza dell'azione amministrativa, ineludibile per tutte le procedure ad evidenza pubblica, a garanzia dell'imparziale svolgimento di tali procedimenti ed al fine di consentire la verifica dell'operato della p.a. sia da parte del privato interessato che del giudice amministrativo, il quale deve poter ricostruire l'iter logico seguito dalla stazione appaltante (cfr. Cons. Stato, sez. V, 30.8.2005 n. 4423). Nel caso in esame non è rinvenibile, nelle norme del bando di gara e negli atti della commissione giudicatrice, alcuna reale previsione dei criteri per la successiva attribuzione dei punteggi alle offerte dei partecipanti e nessuna esplicitazione è stata data a proposito delle ragioni delle preferenze accordate, se non mediante i punteggi del confronto a coppie, metodo che non può sopperire all'assenza di criteri predefiniti. Tale metodo - introdotto con il d.p.c.m. 27 febbraio 1997 n. 116 (abrogato con la legge n. 39/2002) e poi previsto dal d.p.r. n. 554/1999 (articolo 61, all.ti C ed A) - con il quale è possibile mettere a raffronto, a due a due, gli elementi delle offerte presentate, per trarne, poi, una graduazione come risultato di tutte le comparazioni fatte con attribuzione di preferenze che vanno da un minimo ad un massimo di punti predeterminati, non influisce in alcun modo sulle regole proprie della motivazione. Sia nell'allegato A, sopra citato, sia, con maggior analisi, nell'articolo 2 del predetto d.p.c.m, non si rinvenivano elementi circa i criteri da adottare o le motivazioni da addurre per formulare i giudizi di valore espressi con l'assegnazione dei punteggi: donde la riscontrata fondatezza della censura di difetto di motivazione.”

In sede di giudizio cautelare si è ritenuto che non fosse censurabile isolatamente l'operato della commissione, che ha motivato solo in termini numerici, senza anche censurare la legge di gara che dettava i criteri, parzialmente generici, e prescriveva l'utilizzo del sistema del confronto a

coppie. Pacificamente oggi sono in contestazione entrambi gli atti sicchè non si rinvencono motivi di inammissibilità sul punto; per altro la problematica mantiene rilievo poiché, coerentemente a quanto sopra esposto, la ricorrente conserva un interesse prioritario alla valutazione della censura avverso la sola aggiudicazione. Sul punto si dà atto che la pronuncia appena riportata del giudice di appello sembra dare spazio all'impugnativa della sola aggiudicazione per difetto di motivazione, anche in assenza di impugnativa del bando; dalla lettura della decisione pare infatti evincersi come non vi fosse in quel caso una espressa impugnazione della legge di gara. Il giudice di secondo grado afferma che il d.p.c.m., nell'individuare un complesso meccanismo di valutazione numerica, non esclude espressamente che la commissione possa e debba anche motivare a chiarimento delle proprie scelte; analogo principio si ritrova enunciato nella richiamata decisione sez. V n. 30.8.2005 n. 4423 in fattispecie in cui tuttavia risultava impugnato anche il bando di gara.

Si devono ribadire le perplessità sistematiche già espresse in sede cautelare circa questa interpretazione secondo cui il sistema del confronto a coppie cumulerebbe un complesso metodo matematico ed una analitica motivazione, senza alcun beneficio per l'operato della commissione che, dopo aver percorso il sistema del confronto a coppie, dovrebbe corredare il risultato di una ulteriore motivazione, così in sostanza esplicitando le proprie ragioni due volte; ne consegue che un meccanismo dettato per ragioni di semplificazione del giudizio finirebbe paradossalmente per tradursi fisiologicamente in un aggravio del medesimo. Per altro diverse delle pronunce che evidenziano l'onere della commissione di procedere anche ad una indicazione di "criteri motivazionali" non possono allo stato attuale della materia non essere confrontate con l'evoluzione delle giurisprudenza comunitaria relativa all'assenza di "poteri integrativi" del bando in capo alla commissione, e ciò già prima e a prescindere dal terzo

correttivo.

Si tenta una ricognizione della giurisprudenza sul punto. Il Consiglio di Stato nella decisione Sez. V. 6.5.2003 n. 2379 si è pronunciato nel senso della necessità che, anche nel caso di utilizzo del metodo del confronto a coppie, l'operato della commissione risulti intellegibile; il giudice d'appello ha da una parte affermato la non necessità di impugnare i criteri dettati dal bando e dall'altra puntualizzato che la valutazione numerica imponeva che l'amministrazione, prima di procedere ad applicare tale metodo, individuasse dei criteri motivazionali. Non può farsi a meno di rilevare come la pronuncia sia stata resa prima della nota sentenza della Corte di Giustizia 24.11.2005 C 331-04 per cui i principi ivi affermati devono essere oggi letti alla luce della giurisprudenza comunitaria che ha ristretto le possibilità integrative del bando ascrivibili alla commissione e certamente ha escluso che la medesima possa dettare veri e propri sub-criteri in assenza dei medesimi nel corpo della legge di gara, onde scongiurare la possibilità che le vere regole di giudizio vengano di fatto dettate dopo la presentazione delle offerte. Non pare allora al collegio isolatamente censurabile l'operato della commissione laddove la medesima, anche facendosi carico di dettare criteri motivazionali (i quali a fronte di un bando riconosciuto generico non potranno che essere, per ovviare al difetto di specificità, fisiologicamente "integrativi"), avrebbe rischiato di esporsi a censura per la diversa ragione di aver indebitamente alterato la legge di gara; più semplicemente il vizio dovrà, tenuto conto di tutti i principi pertinenti, individuarsi innanzitutto nel bando.

Conformemente alla citata decisione n. 2379 del 2003 si sono poi espresse CdS Sez. V 28.5.2004 n. 3471, che ugualmente ha censurato l'operato della commissione nella parte in cui non ha predefinito criteri motivazionali o quantomeno non ha esplicitato una motivazione individuale e Cds. Sez. V 31.8.2007 n. 4553 che ha accolto la censura circa di difetto di motivazione,

in contesto in cui era stato impugnato il bando di gara; sempre nel senso dell'orientamento maggioritario si è pronunciato anche Cds. Sez VI 9.9.2005 n. 4685.

Il giudice d'appello ha poi ribadito l'orientamento maggioritario circa l'idoneità della valutazione numerica solo se combinata con parametri analitici nella pronuncia n. 4439 del 2008, confermando la sentenza di primo grado che “aveva evidenziato l'esigenza di prefissazione di criteri di valutazione in ossequio al principio di correttezza dell'azione amministrativa ineludibile per tutti i procedimenti di evidenza pubblica (e pertanto anche per la valutazione mediante confronto a coppie) a garanzia dell'imparziale svolgimento di tali procedimenti al fine di consentire la verifica dell'operato dell'amministrazione sia da parte del privato interessato che da parte del giudice amministrativo al quale deve essere permesso di poter ricostruire l'iter logico seguito dalla stazione appaltante”; è stata ritenuta fondata la censura di mancanza di specificazione dei criteri esplicitando che “il bando in esame attribuiva in blocco 40 punti per caratteristiche qualitative e metodologiche desumibili dalle modalità di svolgimento e dal curriculum dei professionisti...né per le modalità di svolgimento né per i curricula era fornita la minima indicazione per l'attribuzione della preferenza massima o minima.”

Altre pronunce hanno ritenuto sufficiente la motivazione numerica propria del confronto a coppie ma hanno chiarito che i parametri dettati a monte dalla legge di gara erano sufficientemente analitici (Cds sez. V n. 458 del 2007).

Nella giurisprudenza di primo grado più recente, infine, si legge: “il punteggio può essere considerato sufficiente a motivare gli elementi dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'ipotesi in cui la lex specialis di gara abbia espressamente definito specifici, obiettivi e puntuali criteri di valutazione”(TAR Napoli n. 6460 del 2008); “nelle procedure per

l'aggiudicazione di una gara pubblica con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione dell'offerta tecnica può essere considerata correttamente effettuata, mediante l'attribuzione di un mero punteggio numerico, allorquando nel bando di gara siano stati preventivamente e puntualmente prefissati dei criteri sufficientemente dettagliati, con la individuazione del punteggio minimo e massimo attribuibile alle specifiche singole voci e sottovoci comprese nel paradigma di valutazione e costituenti i diversi parametri indicatori della valenza tecnica dell'offerta; per cui ciascun punteggio è correlato ad un parametro tecnico-qualitativo precostituito, in grado di per sé di dimostrare la logicità e la congruità del giudizio tecnico espresso dalla commissione giudicatrice, al punto da non richiedere una ulteriore motivazione, esternandosi in tal caso compiutamente il giudizio negli stessi punteggi e nella loro graduatoria" (Tar Lazio sez. I ter n. 10828 del 2009 che richiama T.A.R. Puglia Lecce, sez. III, 11 luglio 2009, n. 1810).

Tali pronunce affiancano il vizio della motivazione in sede di confronto a coppie alla inadeguatezza insita nel bando di gara.

Pare in definitiva preferibile l'interpretazione secondo cui (fermo l'imprescindibile principio che accomuna tutti gli orientamenti, ossia quello per cui, quale che sia il metodo valutativo dell'offerta, ad ordinamento vigente tale metodo deve essere idoneo a consentire la chiara ricostruzione del ragionamento dei commissari, si dà permettere il sindacato), pur riconoscendo l'astratta legittimità di un sistema, tuttora previsto dal d.p.r. 554, di valutazione numerica, la sua praticabilità è circoscritta alle ipotesi in cui i criteri di bando siano talmente analitici da consentire di comprendere la valutazione con la sola lettura del punteggio. Residua poi la possibilità che la commissione si faccia carico di una espressa motivazione individuale della valutazione, ferma la difficile praticabilità in concreto di una motivazione equilibrata tra l'esigenza di non alterare il dettato della legge di

gara e tuttavia di specificare dei parametri generici, così rendendo del tutto trasparente il proprio operato; in mancanza della motivazione individuale resta però, a parere del collegio, inammissibile sindacare isolatamente l'operato della commissione che abbia proceduto semplicemente in stretta aderenza al dettato del bando e di legge, prescindendo dal considerare quella che è l'effettiva ragione dell'inadeguatezza del giudizio, ossia l'inadeguatezza dei criteri del bando e rischiando di addebitare alla commissione di non aver tenuto una condotta che si sarebbe verosimilmente esposta a censura per avere di fatto alterato le regole di gara.

Le censure avverso i criteri dettati dal bando, e conseguentemente l'ineidoneità della motivazione espressa dalla commissione giudicatrice in termini numerici, devono dunque trovare accoglimento nei sensi e nei limiti sinora espressi, con annullamento degli atti impugnati in parte qua e conseguente onere di riedizione della procedura previa definizione di idonei criteri di valutazione.

Quanto alla domanda risarcitoria formulata da parte ricorrente essa non può allo stato trovare accoglimento, considerato che la ricorrente allega unicamente l'indebita perdita di chance di aggiudicazione della gara, perdita che è idoneamente ristorata in forma specifica dalla riedizione della gara medesima conseguente al presente giudizio; non rappresentandosi ulteriori voci di danno l'accoglimento della domanda di annullamento priva di sostanza la domanda risarcitoria.

Considerato l'accoglimento di un solo motivo di ricorso e la parziale soccombenza in punto risarcimento del danno le spese di lite sono compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte – sezione prima –
Accoglie il ricorso e per l'effetto annulla gli atti impugnati nei sensi e nei

limiti di cui in motivazione.

Respinge la domanda risarcitoria.

Compensa le spese di lite tra tutte le parti del giudizio.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2009
con l'intervento dei Magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Alfonso Graziano, Referendario

Paola Malanetto, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il _____

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

IL SEGRETARIO