

N. 00003/2011 REG.SEN.

N. 00042/2010 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 della Valle D'Aosta

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 42 del 2010 proposto dalla società Tekne s.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria della costituenda a.t.i. Tekne s.r.l. – V.I.C.O. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Donatella Finiguerra, domiciliato *ex lege* presso la Segreteria di questo Tar in Aosta, piazza Accademia S. Anselmo, n. 2;

contro

la Regione Valle d'Aosta, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Gianni Maria Saracco, con domicilio eletto presso la sede del Dipartimento legislativo e legale della Regione in Aosta, piazza Deffeyes, n. 1;

nei confronti di

Società I.V.I.E.S. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Hebert D'Herin e Fabio Fantini, domiciliato *ex lege* presso la Segreteria di questo Tar in Aosta, piazza Accademia S. Anselmo, n. 2;

per l'annullamento

- della comunicazione del 31 maggio 2010 con la quale la Regione Autonoma Valle d'Aosta ha comunicato, ai sensi dell'art. 79 del d.lgs. n. 163/06, alla ricorrente, l'aggiudicazione definitiva dei lavori di sistemazione idraulica di un tratto del torrente Lys a monte della strada regionale, in località Stafal, in Comune di Gressoney la Trinité (Ao) alla società I.V.I.E.S. s.p.a.;
- del provvedimento dirigenziale n. 2292 del 26 maggio 2010 con il quale la Regione Autonoma Valle d'Aosta ha aggiudicato definitivamente i lavori di che trattasi;
- dei verbali di gara nn. 1, 2, 3, 4, 5 relativi all'attività della Commissione giudicatrice per l'affidamento dei medesimi lavori;
- del verbale di gara di apertura delle offerte economiche;
- del bando e del disciplinare di gara laddove gli stessi individuano i criteri di aggiudicazione e stabiliscono la formula di attribuzione del punteggio al ribasso offerto dai concorrenti;

E PER LA DECLARATORIA DI INEFFICACIA

dell'eventuale contratto stipulato tra la Regione Autonoma Valle d'Aosta e la società I.V.I.E.S. s.p.a.;

NONCHE' PER LA CONDANNA

- della Regione Autonoma della Valle d'Aosta al risarcimento in forma specifica o per equivalente di tutti i danni patiti e patendi in conseguenza dell'adozione dei provvedimenti impugnati.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Autonoma Valle d'Aosta;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della controinteressata I.V.I.E.S. s.p.a.;

Viste le memorie prodotte dalle parti;

Vista l'ordinanza n. 20/2010 con cui è stata respinta la domanda incidentale di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art. 120 cod. proc. amm.;

Designato relatore il referendario dott. Giuseppe La Greca;

Uditi all'udienza pubblica del 15 dicembre 2010 gli Avv.ti D. Finiguerra per la parte ricorrente, G. M. Saracco per la Regione Valle d'Aosta e H. D'Herin per la parte controinteressata;

Visto il dispositivo di sentenza n. 25/2010;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

1. Con il ricorso in epigrafe, notificato il 30 giugno 2010 e depositato il seguente 8 luglio, la ricorrente ha impugnato - chiedendone l'annullamento, vinte le spese - i provvedimenti relativi alla procedura di aggiudicazione, avvenuta in favore della controinteressata I.V.I.E.S. s.p.a., dei lavori di sistemazione idraulica di un tratto del torrente Lys a monte della strada regionale, in località Stafal, nel Comune di Gressoney La Trinité (Ao).

2. Il ricorso si articola in due motivi con i quali la ricorrente deduce i seguenti vizi:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 2 e dell'art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 25 della l.r. n. 25 del 1996, dell'art. 53 della direttiva 2004/18/CE, eccesso di potere sotto diversi profili: l'Amministrazione avrebbe illegittimamente considerato, quali suscettibili di valutazione ai fini dell'individuazione dell'aggiudicataria, il possesso di esperienza maturata nello specifico settore costituente oggetto della procedura, già asseritamente prevista, seppur in via indiretta, quale requisito di ammissione alla gara;

2) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83 d. lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 25 l.r. n. 12 del 1996; violazione e/o falsa applicazione dell'«allegato B» al d.P.R. n. 554 del 1999 e dell'art. 2 d. lgs. n. 163 del 2006, eccesso di potere sotto diversi profili: l'Amministrazione, in tesi, avrebbe dato applicazione ad una «formula per l'attribuzione del punteggio al ribasso del tutto illogica e irragionevole».

3. Si è costituita in giudizio la Regione Autonoma della Valle d'Aosta la quale, con distinte memorie, ha eccepito la parziale irricevibilità del ricorso e, nel merito, chiesto la reiezione dello stesso.

4. La controinteressata I.V.I.E.S. s.p.a., costituitasi con memoria, ha, del pari, contrastato le pretese di parte ricorrente e chiesto, anch'essa, il rigetto del gravame.

5. All'udienza pubblica del 15 dicembre 2010, presenti i procuratori delle parti che hanno insistito nelle già rassegnate rispettive domande e conclusioni, il ricorso, su richiesta degli stessi, è stato trattenuto in decisione.

6. In pari data è stato depositato il dispositivo di sentenza n. 25/2010, ai sensi di quanto disposto dall'art. 120, comma 9, cod. proc. amm.

DIRITTO

1. Il Collegio può prescindere dall'esame dell'eccezione con cui la difesa dell'Amministrazione ha revocato in dubbio la tempestività del ricorso poiché lo stesso è infondato nel merito.

2. Con il primo motivo la ricorrente deduce l'illegittimità dell'aggiudicazione in favore della controinteressata in relazione alla (asserita) sostanziale coincidenza tra i requisiti di partecipazione e la griglia di elementi valutabili ai fini dell'attribuzione del punteggio siccome previsti dal bando.

Essa afferma, infatti, che la previsione, contenuta nel disciplinare di gara, di un punteggio per la eventuale dimostrazione curriculare di specifici interventi già effettuati in «condizioni ambientali» e «tipologie di opere» simili a quelle oggetto della procedura, si sovrapporrebbe ad uno dei requisiti richiesti dalla legge per il

conseguimento della qualificazione nella categoria OG8, prescritta dal bando a pena di esclusione.

In particolare, la ricorrente osserva che siffatta previsione sarebbe, da una parte, illogica poiché impingerebbe su un requisito soggettivo di partecipazione alla gara già «speso» ai fini del conseguimento della qualificazione e, dall'altra, poiché violerebbe il principio della parità di condizioni per l'omologazione - in tesi esistente - tra requisiti di cd. prequalificazione ed elementi di valutazione finalizzati all'individuazione del privato contraente.

2.1. Il motivo è infondato.

2.2. La tesi della ricorrente fa leva su una presunta commistione che l'Amministrazione, col bando e col disciplinare, avrebbe posto in essere tra i requisiti di partecipazione alla gara ed il cd. merito tecnico, inteso, quest'ultimo, quale attribuzione di punteggio legato alla qualità dell'offerta.

In linea generale, va affermato che legittimamente l'Amministrazione appaltante può, con la legge di gara, privilegiare le imprese che abbiano svolto attività simili a quella oggetto dell'appalto, attribuendo loro uno specifico punteggio utile ai fini dell'aggiudicazione, dovendosi all'uopo ritenere che lo svolgimento di siffatte prestazioni, analoghe a quelle oggetto della gara, può costituire un adeguato indice rilevatore della concreta affidabilità e, quindi, della «qualità» dell'offerta.

E' vero che costituisce principio generale regolatore delle gare pubbliche quello che vieta la commistione fra i criteri soggettivi di prequalificazione e criteri oggettivi strumentali alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione (Cons. St, V, 28 agosto 2009, n. 5105) e che detto canone operativo trova il suo sostanziale supporto logico nel bisogno di tenere separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara da quelli che invece attengono all'offerta e all'aggiudicazione; tuttavia, è altrettanto pacifico che il divieto di commistione fra i criteri soggettivi di prequalificazione e quelli oggettivi di valutazione dell'offerta ai

fini dell'aggiudicazione non può ritenersi eluso o violato allorché - come nel caso di specie - gli aspetti organizzativi legati ad esperienze specifiche non sono destinati ad essere apprezzati in quanto tali, in modo avulso quindi dal contesto dell'offerta, ma quale garanzia della prestazione secondo le modalità prospettate nell'offerta stessa, come elemento, cioè, incidente sulle modalità esecutive delle attività oggetto di contratto e, quindi, come parametro relativo alle caratteristiche oggettive dell'offerta stessa.

Una previsione di tal guisa, ovviamente, non può essere slegata dall'oggetto dell'appalto, né deve conferire all'amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta tale da violare il principio di non discriminazione di fonte comunitaria, considerato anche lo speciale effetto del cd. *spill over* di cui gode il medesimo diritto comunitario, in virtù del quale, a prescindere dall'espresso recepimento statale, esso trova applicazione all'interno dell'ordinamento interno anche in relazione a fattispecie - quale quella per cui è causa - non aventi rilevanza comunitaria secondo le soglie di cui al Regolamento CE n. 1177/09.

Ciò detto, un'ulteriore considerazione vale ad escludere, quanto al caso di specie, i dedotti vizi di violazione di legge ed eccesso di potere, sol se si considera che la esigua percentuale del punteggio assegnato alle «esperienze specifiche», pari a dodici punti su cento, è astrattamente inidonea a costituire indice di illogicità od irragionevolezza della clausola.

Da ultimo, e ciò in via del tutto decisiva, non può prescindersi, anche qui, dal dato legislativo regionale di settore.

L'art. 25 della l.r. n. 12 del 1996 - a differenza dell'omologa disposizione statale di cui all'art. 83 d. lgs. n. 163 del 2006 - contempla, tra i criteri che è possibile prendere in considerazione «in relazione all'opera da realizzare», quello relativo agli ulteriori elementi indicati nel bando di gara, e ciò «in base al tipo di lavoro da realizzare». Ferma restando l'ampiezza della previsione recata dal d.P.R. n. 34 del

2000 sui requisiti per accedere alla qualificazione non solo per la categoria OG 8 (richiesta per la partecipazione alla gara per cui è causa), ma per ogni altra tipologia di lavori, va ritenuto che – e ciò vale ancor di più nel caso di specie, in cui vengono in rilievo le «condizioni ambientali» (*cf.* punto 4 criterio «A» del disciplinare) in cui devono svolgersi i lavori - sussiste la facoltà per la stazione appaltante di prevedere nel bando di gara anche elementi di valutazione che tengano conto della specifica attitudine del concorrente a svolgere le richieste prestazioni, sulla base anche di analoghe esperienze pregresse, con concreto riferimento alla realizzazione dello specifico progetto oggetto di gara e «nella misura in cui aspetti dell'attività dell'impresa possano illuminare la qualità dell'offerta» (in termini, Cons. St. VI, 18 settembre 2009, n. 5626; Cons. St., VI, 9 giugno 2008, n. 2770).

2.3. Alla luce delle superiori considerazioni il motivo si appalesa infondato.

3. Con il secondo motivo la ricorrente deduce l'illegittimità della legge di gara nella parte in cui prevede, quale formula per attribuire il punteggio per il ribasso proposto, un'operazione matematica (punto 4, criterio «G») la quale, in luogo di considerare un procedimento di calcolo basato sul canone di «proporzionalità diretta» si discosterebbe dal metodo della cd. interpolazione lineare di cui all'allegato B del d. P.R. n. 554 del 1999.

Più semplicemente, viene in contestazione la mancata applicazione di un criterio che veda l'attribuzione del predetto punteggio in maniera direttamente proporzionale al ribasso posto in essere, così cagionandosi - secondo la prospettazione di parte - effetti distorsivi conseguenti ad un'attribuzione di punteggio in valore assoluto, anche alle offerte con ribasso percentuale, in ipotesi, pari a zero.

3.1. Anche per questa parte del ricorso si prescinde dalle eccezioni in rito (in specie l'inammissibilità del motivo per mancata tempestiva impugnativa del bando) stante l'infondatezza delle relative censure.

3.2. La prospettazione della difesa della ricorrente muove da specifiche considerazioni con le quali essa tende a dimostrare il carattere illogico od irragionevole della previsione del bando, il quale, poiché ha imposto un criterio di calcolo diverso da quello della cd. proporzionalità diretta, avrebbe per ciò stesso falsato, secondo detta prospettazione, l'esito della gara financo ad ipotizzarsi, seppur in via del tutto teorica, la possibile attribuzione di punteggio ad un'offerta priva di ribasso.

Sul punto va osservato che, come peraltro sottolineato dalla difesa dell'Amministrazione, ben può la stazione appaltante prevedere specifiche disposizioni tendenti proprio ad impedire i denunziati ipotetici effetti distorsivi, approntando un metodo di calcolo che, pur non giungendo ad un risultato non direttamente proporzionale al ribasso operato, possa garantire un ragionevole criterio di progressività tale da non pervenire al paradossale risultato di assegnare un punteggio complessivo maggiore ad un offerta economica più elevata di altre. A tale approdo è giunta anche la giurisprudenza citata dalla ricorrente (Cons. St., VI, n. 3404/09) la quale individua proprio detto criterio di progressività quale uno di quelli che consentono ambiti di apprezzamento che sono, da un lato, concretamente estranei a profili di arbitrarietà dell'operato della stazione appaltante, e, dall'altro, in grado di dare piena attuazione ai principi fondamentali che governano le commesse pubbliche.

Al di là del caso estremo di un ribasso pari a zero - in disparte l'impossibilità di detta evenienza, nel caso di specie, avuto riguardo alla comminatoria di esclusione per le offerte di importo pari al prezzo a base di gara ovvero superiore ad esso - non viene qui in rilievo, applicando la formula matematica prevista dal bando, un'ipotesi di risultato connotato da illogicità, risultando anzi, e ciò è incontestato, detta formula costituire espressione di un criterio che non può fondare un approccio esegetico tale da revocare in dubbio l'imparzialità della valutazione.

Ciò detto, premesso che la materia dei «lavori pubblici di interesse regionale» è ascritta tra quelle in cui la Regione Autonoma della Valle d'Aosta esercita una potestà legislativa di tipo esclusivo (art. 2, comma primo, lett. f Statuto regionale), osserva il Collegio che il parametro normativo invocato dalla ricorrente (d. P.R. n. 554 del 1999 - allegato B) e da essa considerato alla stregua di una regola generale, è da ritenersi recessivo rispetto alla previsione della *lex specialis* della procedura (che prevede un metodo diverso da quello previsto predetto «allegato B»). Va, sul punto, considerato che la l.r. n. 23 del 1996 (art. 25, comma 5) individua nel bando - per gli appalti di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria - la *sedes materiae* proprio della «formula numerica» con la quale individuare l'offerta più vantaggiosa, con una previsione, quella in argomento, che non si pone in contrasto né con i principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza (da imporre, in ipotesi, la disapplicazione), né in distonia con ulteriori e diverse disposizioni statali emanate a tutela della concorrenza.

3.3. Anche il secondo motivo si appalesa, dunque, infondato.

4. Alla luce delle superiori considerazioni il ricorso, poiché infondato, va rigettato.

5. Le spese seguono la regola della soccombenza e sono liquidate come da dispositivo (art. 26 cod. proc. amm.).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle D'Aosta (Sezione Unica), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Condanna la parte ricorrente alla rifusione delle spese processuali e degli onorari di causa che liquida in € 3.000,00 in favore della Regione Valle d'Aosta ed € 3.000,00 a favore della parte controinteressata e, quindi, in complessivi € 6.000,00 (euro seimila e zero centesimi) oltre IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Aosta nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Turco, Presidente

Giorgio Manca, Primo Referendario

Giuseppe La Greca, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/01/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)