



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 Lazio

(Sezione Seconda Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9412 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Soc Monacelli Franco Costruzioni Edili Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Martino Umberto Chiocci, Mario Bruto Gaggioli Santini, con domicilio eletto presso Martino Umberto Chiocci in Roma, via Rodi, 32;

contro

Provincia di Roma, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanna Albanese, con domicilio eletto presso Giovanna Albanese in Roma, via IV Novembre, 119/A;

nei confronti di

Consorzio Stabile Busi, rappresentato e difeso dagli avv. Massimo Frontoni, Gianluca Luzi, con domicilio eletto presso Massimo

Frontoni in Roma, via Guido D'Arezzo, 2;

per l'annullamento

D.D. N. 7102/11 RECANTE L'AGGIUDICAZIONE DELL'APPALTO DEI LAVORI RELATIVI ALLA COSTRUZIONE DI UN NUOVO LICEO CLASSICO IN VIA RIVELLESE TIVOLI - RISARCIMENTO DANNI - (ART. 120 C.P.A.)

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia di Roma e di Consorzio Stabile Busi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 febbraio 2012 il dott. Stefania Santoleri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determinazione dirigenziale n. 2349 del 28/4/2010, la Provincia di Roma disponeva l'esperimento di una procedura aperta, ai sensi dell'art. 55 del D.lgs. 163/06 e ss.mm.ii. per l'affidamento dei lavori di costruzione di un nuovo Liceo Classico da realizzarsi in Via Rivellesse, in Tivoli, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 del D.Lgs.

163/06.

Il disciplinare di gara fissava il punteggio massimo per il merito tecnico in complessivi punti 70, prevedendo una serie di criteri e sottocriteri ivi indicati.

In particolare, per quanto di interesse, prevedeva l'attribuzione del massimo punteggio di punti 43 per il "Risparmio energetico e benessere ambientale" punto 2) del disciplinare di gara; a sua volta, nell'ambito del Risparmio energetico, il disciplinare distingueva tra il "Risparmio energetico attivo" (punto 2.a) per il quale era previsto il punteggio massimo di 20 punti, il "sistema di controllo gestione e sicurezza" (punto 2.b) per il quale era previsto il punteggio massimo di punti 10, "Le soluzioni migliorative del benessere climatico" (punto 2.c) per le quali era previsto il punteggio massimo di punti 10, ed infine, e l' "Ottimizzazione ambientale della palestra" (punto 2.d) per la quale era previsto il punteggio massimo di punti 2.

Con specifico riferimento al punto 2.a) del disciplinare di gara – Risparmio energetico attivo (fino a 20 punti), il disciplinare di gara prevedeva, testualmente, che "L'offerta dovrà riguardare l'installazione di un impianto fotovoltaico di produzione di energia, non previsto nel progetto, con particolare attenzione all'inserimento architettonico:

di 3 Kw (punti 5); di 6 kw (punti 10); di 12 Kw (punti 15); di 17 Kw (punti 20)".

La società ricorrente ha offerto con riferimento al criterio di cui al punto 2.a), un impianto fotovoltaico di 17 Kw, confidando nell'attribuzione di 20 punti come indicato nel disciplinare di gara.

La Commissione giudicatrice gliene ha invece attribuiti soltanto 16, ritenendo di dover considerare i punteggi indicati per i sottocriteri come indicazioni di massima entro i quali ponderare e valutare concretamente quanto offerto dai partecipanti alla gara; pertanto, con riferimento alle proposte integrative di impianti fotovoltaici, secondo la Commissione per gli impianti di 17 Kw o superiori il punteggio attribuibile doveva ritenersi ricompreso tra punti 16 e 20 in funzione della potenza, delle caratteristiche e delle modalità di presentazione della proposta (presenza di elaborati grafici, calcoli, ecc.) e non indistintamente pari a 20.

La ricorrente ha così conseguito il punteggio complessivo di punti 77,6745 classificandosi seconda, dietro all'aggiudicatario Consorzio Busi che ha conseguito il punteggio complessivo di punti 78,2015.

Lamenta quindi la ricorrente che l'erronea attribuzione del punteggio per il criterio in questione (punto 2.a) del disciplinare di gara avrebbe falsato la graduatoria, in quanto se le fosse stato attribuito il corretto punteggio di punti 20, in luogo di quello di punti 16 in concreto assegnato, (avendo offerto un impianto fotovoltaico avente la potenza di 17 Kw), si sarebbe collocata al primo posto della graduatoria.

La ricorrente ha quindi impugnato il provvedimento di

aggiudicazione, i verbali di gara ed il disciplinare di gara nella parte di interesse, oltre a tutti gli atti indicati in epigrafe, chiedendo l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva, la declaratoria di inefficacia del contratto - ove stipulato nelle more - e la reintegrazione in forma specifica diretta ad ottenere la stipulazione del contratto in suo favore, ovvero il subentro nel contratto stipulato con l'aggiudicatario (ove intervenuto).

A sostegno della propria pretesa ha dedotto i seguenti motivi di impugnazione:

___1. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83 commi 2 e 4 del D.Lgs. 163/06. Violazione della *lex specialis*. Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti. Ingiustizia manifesta, sviamento, violazione della *par condicio* dei concorrenti. Violazione delle direttive UE 2004/17 e 2004/18.

Sostiene la ricorrente che la Commissione giudicatrice avrebbe violato il chiaro disposto dell'art. 83 del D.Lgs. 163/06, che preclude alle commissioni di introdurre nuovi criteri per valutare i parametri indicati nella *lex specialis* senza averli portati a conoscenza degli offerenti.

Inoltre, i nuovi parametri di valutazione (potenza, caratteristiche, modalità di presentazione della proposta) sarebbero stati introdotti dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte.

L'introduzione dei nuovi criteri di valutazione delle offerte avrebbe inciso nella determinazione dell'offerta, in quanto se la ricorrente

avesse avuto cognizione della possibilità di ottenere un punteggio maggiore offrendo un impianto pari a 20 Kw si sarebbe determinata in modo differente, avendo offerto l'impianto pari alla massima potenza indicata nel disciplinare di gara al fine di ottenere il massimo punteggio.

___2. Violazione della lex specialis dell'offerta del consorzio aggiudicatario.

Ritiene la ricorrente che l'aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso in quanto la sua offerta per prezzi unitari presenta delle correzioni non espressamente confermate e sottoscritte dal legale rappresentante, ed inoltre non sono state prodotte le dichiarazioni rese personalmente dai cessati dalla carica nei tre anni antecedenti la pubblicazione del bando.

Conclude quindi la ricorrente chiedendo l'annullamento dell'aggiudicazione con conseguente aggiudicazione della gara a proprio favore; in via subordinata chiede il risarcimento del danno per equivalente.

Si è costituita in giudizio la Provincia di Roma che ha controdedotto sulle censure proposte ed ha chiesto il rigetto del ricorso per infondatezza.

In seguito alla rinnovazione della notificazione – autorizzata dapprima del Presidente della Sezione II Quater, con decreto in calce al ricorso, nelle forme della posta elettronica certificata e del telefax, e poi eseguita anche nelle forme ordinarie in esecuzione

dell'ordinanza collegiale n. 4635/11 contenente anche l'espressa rimessione in termini – si è costituito in giudizio anche il Consorzio Stabile Busi, controinteressato, che ha anch'esso controdedotto in merito alle censure proposte ed ha chiesto il rigetto del ricorso per infondatezza.

Con la stessa ordinanza n. 4635/11 il Collegio ha accolto la domanda cautelare limitatamente alla stipula del contratto, fissando nel contempo la trattazione della causa nel merito all'udienza pubblica del 2 febbraio 2012.

Con motivi aggiunti notificati il 10 gennaio 2012, la ricorrente ha dedotto l'ulteriore profilo di gravame:

___3. Violazione dell'art. 37 comma 9 del D.Lgs. 163/06.

A seguito dell'esecuzione di nuove visure camerali necessarie per poter eseguire la notificazione del ricorso in esecuzione dell'ordinanza del Tribunale n. 4635/11, la ricorrente ha accertato che il Consorzio Stabile Busi ha cambiato la compagine consortile e la sede legale.

Con verbale del Consiglio di Amministrazione a rogito del notaio Salvatore Mariconda, in data 28/11/2011, rep. n. 7516, è stato deliberato di far subentrare la società NBI S.r.l. alla società Busi Impianti S.p.a nella qualità di consorziato con efficacia dalla data del 20/9/2011, è stato disposto lo spostamento della sede legale da Trento a Bologna, e sono stati modificati gli artt. 5 e 2 dello Statuto.

Ritiene dunque la ricorrente che essendo vietate le modificazioni dei

raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti – art. 39 comma 9 del codice dei contratti – la stazione appaltante dovrebbe disporre l'annullamento dell'aggiudicazione, in esecuzione del comma 10 dello stesso art. 39.

Insiste quindi la ricorrente per l'accoglimento del ricorso e dei motivi aggiunti.

In prossimità dell'udienza di discussione tutte le parti hanno depositato memorie e memorie di replica.

All'udienza pubblica del 2 febbraio 2012 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente ritiene il Collegio di dover dare atto della ritualità del ricorso e dell'integrità del contraddittorio.

Come già espresso nella precedente ordinanza n. 4635/11 la mancata ricezione della notificazione del ricorso introduttivo – alla quale la ricorrente aveva provveduto nei termini – non poteva ritenersi imputabile alla ricorrente che aveva provveduto ad indirizzarla presso gli indirizzi risultanti dalla visura camerale; il Collegio ha quindi disposto la rinnovazione della notificazione (dapprima per esigenze di celerità a mezzo fax e posta elettronica certificata) e poi – prima della trattazione dell'udienza di merito – a mezzo di notifica ordinaria, fissando il termine perentorio di venti giorni dalla data di comunicazione o notificazione dell'ordinanza collegiale del 6 dicembre 2011 e disponendo nel contempo l'espressa rimessione in

termini.

Risulta dagli atti di causa che la notifica è stata eseguita correttamente presso la sede legale della società in data 22 dicembre 2011, tant'è vero che il Consorzio Stabile Busi ha provveduto a costituirsi in giudizio.

Non possono sussistere dunque dubbi sulla ritualità della procedura e può dunque procedersi alla disamina delle censure proposte.

Con il primo motivo la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 83 commi 2 e 4 del D.Lgs. 163/06,

sostenendo che la Commissione avrebbe proceduto illegittimamente alla rimodulazione dei punteggi introducendo nuovi sub criteri, violando la *lex specialis* contenuta nel disciplinare di gara.

Deduce altresì la ricorrente che l'introduzione dei nuovi sub criteri di valutazione sarebbe intervenuta "a buste aperte".

Sotto quest'ultimo aspetto la Provincia di Roma ha rilevato che l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica sarebbe atto dovuto in seguito alla pubblicazione della decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 13 del 28 luglio 2011 e che – comunque – le buste una volta aperte e numerate, sarebbero state richiuse (cfr. verbale di preselezione dell'11/11/2010) e poi riaperte della Commissione giudicatrice, come risulterebbe dai singoli verbali relativi alla valutazione delle offerte tecniche (cfr. verbali n. 5 e n. 14 relativi alle offerenti parti in causa).

La ricorrente ha replicato che la decisione dell'Adunanza Plenaria

sarebbe intervenuta in data successiva all'apertura delle buste (e sarebbe stata quindi richiamata indebitamente) e che l'apertura delle buste risulterebbe dal verbale n. 1 del 7 febbraio 2011.

Ritiene il Collegio che l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica in seduta pubblica costituisce una garanzia di trasparenza nello svolgimento delle gare di appalto, e che quindi legittimamente la stazione appaltante se ne è avvalsa ancor prima che il Consiglio di Stato si pronunciasse sul punto.

Nella fattispecie, dalla lettura dei verbali emerge un'evidente discrasia tra quanto indicato nel verbale di preselezione, quanto risultante dai verbali n. 5 e n. 14 (in cui si fa espresso riferimento all'apertura della busta contenente l'offerta tecnica), e quanto risulta dal verbale n. 1 in cui si dà formalmente atto che “le buste sono state già aperte in fase di preselezione(e che) sono state consegnate alla commissione giudicatrice già aperte”.

Ritiene il Collegio che detta incongruenza sia soltanto apparente, in quanto nel verbale n. 1 la Commissione si è limitata a rilevare che le buste erano state già aperte in fase di preselezione (al solo fine di verificare la documentazione) , ma ciò non implica affatto che poi – come è stato chiaramente verbalizzato nel verbale di preselezione – non siano state successivamente richiuse, tant'è vero che la stessa Commissione ha sempre indicato nei singoli verbali, nei quali sono riportate le operazioni di valutazione delle offerte tecniche, la previa apertura delle buste contenenti le offerte.

Ritiene dunque il Collegio che correttamente la difesa della Provincia abbia contestato l'assunto della ricorrente in merito all'introduzione dei nuovi sub criteri di valutazione "a buste aperte" come se la Commissione giudicatrice avesse avuto la possibilità di fissare i nuovi parametri di valutazione dopo aver avuto accesso alla documentazione (senza considerare – peraltro - la diversità dei soggetti che hanno presenziato alla fase di preselezione e di quelli che hanno in concreto proceduto alla valutazione delle offerte).

In ogni caso, ritiene il Collegio che la questione delle "buste chiuse" o "aperte" non sia dirimente, sussistendo comunque la violazione dell'art. 83 del codice dei contratti.

Prima di esaminare la censura, ritiene il Collegio di dover richiamare l'orientamento della giurisprudenza sul punto.

Secondo la giurisprudenza, specialmente quella formatasi dopo la modifica del comma 4 dell'art. 83 del D.Lgs. 163/06 (introdotta del D. Lgs. n. 152 del 2008), la Commissione di Gara non può integrare il sistema di valutazione delle offerte, poiché non è consentito introdurre ulteriori elementi di valutazione delle offerte rispetto a quelli indicati nella "lex specialis", dovendo essere rispettati i principi di legalità, buon andamento, imparzialità, "par condicio" e trasparenza, rivenienti dall'art. 97 Cost. (Cons. Stato, Sez. V, 26.5.2010 n. 3359).

La problematica è stata esaminata approfonditamente dal Consiglio di Stato, Sezione Quinta, con sent. n. 7256/2010 del 1/10/2010, che

è opportuno richiamare testualmente:

"Sul punto appare decisiva la sentenza 24 Gennaio 2008 (proc. C-532/2006) della Corte di Giustizia CE, nella quale si ribadisce che "...tutti gli elementi presi in considerazione dall'autorità aggiudicatrice per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa e la loro importanza relativa siano noti ai potenziali offerenti al momento in cui presentano le offerte ... infatti i potenziali offerenti devono essere messi in condizione di conoscere, al momento della presentazione delle loro offerte, l'esistenza e la portata di tali elementi ... pertanto un'amministrazione aggiudicatrice non può applicare regole di ponderazione o sottocriteri per i criteri di aggiudicazione che non abbia preventivamente portato a conoscenza degli offerenti ... gli offerenti devono essere posti su un piano di parità durante l'intera procedura, il che comporta che i criteri e le condizioni che si applicano a ciascuna gara debbano costituire oggetto di un'adeguata pubblicità da parte delle amministrazioni aggiudicatrici".

"..... Insomma, secondo la fisionomia impressa alle pubbliche commesse dalla giurisprudenza comunitaria, la contrattazione pubblica non è un gioco a sorpresa, nel quale vince chi riesce ad indovinare i gusti che la stazione appaltante manifesterà dopo la presentazione dell'offerta. Il rapporto (pur mediato dalle regole della segretezza) deve essere, in altre parole, autentico e trasparente, in modo che le offerte, una volta preventivamente indicato l'ambito degli aspetti che saranno valutati ai fini dell'aggiudicazione, possano

essere consapevolmente calibrate sulle effettive esigenze della stazione appaltante.

"La pronuncia della Corte di Giustizia del 24 Gennaio 2008 non costituisce, del resto, un orientamento giurisprudenziale completamente nuovo, come tale espressivo di principi mai prima d'ora affermati e non conoscibili alle stazioni appaltanti.

"Al contrario, in tema di specificazione ad opera della Commissione di gara dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa indicati nel bando di gara o nella lettera di invito, la Corte di Giustizia ha più volte affermato che "...per garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, occorre che tutti gli elementi presi in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa siano noti ai potenziali concorrenti al momento della preparazione delle loro offerte" (Corte CE, sentenza 24 novembre 2005 in causa C-331/04; sempre in tal senso v. anche Corte CE, sentenze 25 aprile 1996, causa C-87/94, Commissione/Belgio, e 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau).

"Ancora, secondo la Corte di Giustizia "...il diritto comunitario non osta a che una commissione aggiudicatrice attribuisca un peso relativo ai subelementi di un criterio di aggiudicazione stabilito precedentemente, effettuando una ripartizione tra questi ultimi del numero di punti previsti per il detto criterio dall'amministrazione aggiudicatrice al momento della redazione del capitolato d'onori o del

bando di gara, purché una tale decisione ... non contenga elementi che se fossero resi noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione" (Corte CE, causa C 331/04 sent. cit.).

"Ciò dimostra che quanto affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 24 Gennaio 2008 altro non è che l'ulteriore riaffermazione di principi già ampiamente affermati nell'ordinamento comunitario (e in quello nazionale) la cui puntuale applicazione doveva essere assicurata anche nel caso di specie e già a partire dal bando di gara e dalla lettera di invito.

"..... Alla medesima conclusione si giunge anche prendendo in esame la giurisprudenza interna più recente.

"Questo Consiglio (v. dec. Sez. IV, del 12 maggio 2008, n. 2189), ha, infatti, affermato che l'art. 83, comma quarto, del Codice degli Appalti "porta all'estremo la limitazione della discrezionalità della Commissione nella specificazione dei criteri, escludendone ogni facoltà di integrare il bando, e quindi facendo obbligo a quest'ultimo [cioè al bando] di prevedere e specificare gli eventuali sottocriteri".

"Dunque, il potere della commissione giudicatrice di suddividere i criteri in dettagliati sottopunteggi è precluso dalle disposizioni innovative dell'art. 83 del codice dei contratti, il quale prevede che sia il bando a individuare i sub-criteri, i sub-pesi ed i sub-punteggi, eliminando in proposito ogni margine di discrezionalità in capo alla commissione giudicatrice".

Detto orientamento è stato costantemente ribadito dalla giurisprudenza amministrativa successiva (cfr., tra le tante, T.A.R. Sicilia Sez. III Catania 29/4/2011 n. 1071 che ha specificatamente richiamato la decisione del Consiglio di Stato sopra citata; T.A.R. L'Aquila 7/4/2011 n. 182; Cons. Stato Sez. III 22/3/2011 n. 1749; T.A.R. Toscana Sez. I 7/12/2010 n. 6717; T.A.R. Lazio, Sez. III Ter, 13/6/11 n. 5234).

Passando alla disamina della fattispecie in questione occorre ricordare che il disciplinare di gara, fissava il punteggio massimo per il merito tecnico in complessivi punti 70, prevedendo una serie di criteri e sottocriteri ivi indicati.

In particolare, per quanto di interesse, prevedeva l'attribuzione del massimo punteggio di punti 43 per il "Risparmio energetico e benessere ambientale" punto 2) del disciplinare di gara; a sua volta, nell'ambito del Risparmio energetico, il disciplinare distingueva tra il "Risparmio energetico attivo" (punto 2.a) per il quale era previsto il punteggio massimo di 20 punti, il "sistema di controllo gestione e sicurezza" (punto 2.b) per il quale era previsto il punteggio massimo di punti 10, "Le soluzioni migliorative del benessere climatico" (punto 2.c) per le quali era previsto il punteggio massimo di punti 10, ed infine, e l' "Ottimizzazione ambientale della palestra" (punto 2.d) per la quale era previsto il punteggio massimo di punti 2.

Con specifico riferimento al punto 2.a) del disciplinare di gara –

Risparmio energetico attivo (fino a 20 punti), il disciplinare di gara prevedeva, testualmente, che “L’offerta dovrà riguardare l’installazione di un impianto fotovoltaico di produzione di energia, non previsto nel progetto, con particolare attenzione all’inserimento architettonico:

di 3 Kw (punti 5); di 6 kw (punti 10); di 12 Kw (punti 15); di 17 Kw (punti 20)”.

Nella seduta riservata del 7 febbraio 2011, la Commissione ha rilevato che nel disciplinare di gara non vi sarebbe stata coerenza nell’attribuzione dei punteggi dei sottocriteri (a volte si riporta “punti...” , altre volte si riporta “fino a punti..”); ha quindi “ipotizzato che gli stessi punteggi attribuiti ai sottocriteri siano stati riportati nel disciplinare quali indicazioni massime entro le quali ponderare e valutare quanto concretamente offerto dagli operatori economici partecipanti alla gara in oggetto, conformemente a quanto previsto dalla normativa vigente in materia. A titolo esemplificativo, per quanto attiene alle proposte integrative di impianti fotovoltaici, la Commissione ritiene che per gli impianti di 17 Kwp o superiori il punteggio attribuibile sia compreso tra 16 e 20 in funzione della potenza, delle caratteristiche e delle modalità di presentazione della proposta (presenza di elaborati grafici, calcoli, ecc...) e non indistintamente pari a 20”.

La Commissione ha quindi attribuito alla Consorzio Busi il punteggio di punti 20 avendo valutato “Ottima la presentazione

dell'impianto fotovoltaico da 20,01 kwp accompagnata da un'ampia relazione con calcoli, schemi di montaggio, particolari costruttivi e indicazione del posizionamento”, ed ha invece assegnato il punteggio di punti 16 alla ricorrente, che pure aveva offerto un impianto di 17 Kw.

Secondo la ricorrente il disciplinare era chiarissimo e non consentiva interventi manipolativi come quelli effettuati dalla Commissione giudicatrice, che ha finito con lo stravolgere i sub criteri indicati dalla lex specialis fino al punto di eludere una chiara disposizione del disciplinare di gara (20 punti in caso di impianto fotovoltaico di potenza pari a 17 Kw), impedendo ai concorrenti di modulare la loro offerta in ragione dei punteggi previsti e dei criteri stabiliti per la loro attribuzione, e ciò in evidente violazione dei principi di imparzialità, trasparenza, par condicio tra i concorrenti.

Secondo la Provincia, invece, la rimodulazione dei punteggi sarebbe stata disposta in applicazione del disciplinare di gara che prevedeva – come criterio di valutazione – anche le modalità di realizzazione dell'impianto fotovoltaico, avendo dato rilievo all' inserimento architettonico, elemento questo che rileva ai fini della commisurazione dell'incentivo governativo.

Secondo l'Amministrazione, quindi, la Commissione non avrebbe introdotto nessun nuovo sub criterio di valutazione, senza considerare che la pretesa della ricorrente – relativa all'attribuzione automatica del punteggio in base alla potenza – sarebbe illogica

perché non consentirebbe di parametrare il punteggio in caso di impianti di voltaggio intermedio rispetto a quelli indicati nel disciplinare di gara.

La tesi della ricorrente è pienamente condivisibile.

Innanzitutto non vi è alcuna imprecisione nel disciplinare di gara, in quanto l'espressione "fino a punti..." è utilizzata sempre e solo con riferimento al punteggio massimo attribuibile ai vari criteri e/o sottocriteri, mentre il termine "punti..." fissi si rinviene nei casi in cui è stata già predeterminata la ponderazione dei sub-punteggi dei sub-criteri.

Inoltre, la commisurazione dei punteggi fissi a seconda della potenza degli impianti offerti stabilita nel disciplinare di gara non comportava affatto l'impossibilità di graduarli in caso di offerta di impianti di potenza intermedia, essendo in tal caso possibile assegnare punteggi intermedi.

Ciò che non può ritenersi possibile è modificare i sub criteri (introducendo ulteriori parametri di valutazione) assegnando così dei sub punteggi che configgono apertamente con quanto stabilito dal disciplinare di gara, in palese violazione del principio di affidamento.

In altre parole, a fronte dell'offerta di un impianto fotovoltaico di potenza pari a 17 Kw la commissione giudicatrice era tenuta a riconoscere il punteggio previsto dal disciplinare di gara, essendo tenuta ad interpretare le clausole del disciplinare secondo il principio di buona fede, non potendo ricercare significati oscuri da previsioni

assolutamente chiare e lineari.

Né può ritenersi che il generico riferimento all'inserimento architettonico, senza alcuna specifica graduazione dei punteggi contenuta nel disciplinare di gara in relazione alle specifiche modalità di progettazione dell'impianto, consentisse l'introduzione di sub criteri da parte della Commissione, essendo ormai precluso alle Commissioni giudicatrici – dopo la modifica dell'art. 83 del D.Lgs. 163/06 - di intervenire rimodulando i sub criteri ed i sub punteggi, essendo ormai eliminato ogni margine di discrezionalità in capo ad essa: se la Provincia avesse voluto dare rilievo specifico all'inserimento architettonico – ai fini della commisurazione del contributo governativo – avrebbe dovuto provvedervi espressamente nella redazione del disciplinare di gara, consentendo quindi alle imprese concorrenti di tenerne conto in sede di redazione dell'offerta, non potendosi introdurre tale elemento solo in seguito, quando le offerte erano state già presentate.

Nel caso di specie, poi, appare evidente che il punteggio di 20 punti non è stato assegnato tanto per l'inserimento architettonico, quanto per la maggiore potenza dell'impianto (20 Kw in luogo di 17 Kw indicati nel disciplinare di gara), possibilità questa della quale la ricorrente non si è avvalsa, avendo interpretato in modo letterale il disciplinare di gara, ed avendo desunto che il massimo punteggio poteva conseguirsi offrendo un impianto avente la potenza di 17 Kw, potenza ritenuta idonea dalla stazione appaltante per soddisfare

le esigenze energetiche della scuola.

Ritiene dunque il Collegio che il primo motivo di ricorso sia fondato e che pertanto debba essere accolto, con conseguente assorbimento delle ulteriori censure.

Il ricorso deve essere dunque accolto, con conseguente annullamento, in parte qua, del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

L'annullamento comporta l'obbligo per l'Amministrazione di riaprire la gara, provvedendo alla rivalutazione delle offerte tecniche secondo le indicazioni contenute in motivazione.

Non essendo stato stipulato il contratto non è necessario provvedere alla declaratoria della sua inefficacia.

La riapertura del procedimento ai fini della rivalutazione dell'offerta tecnica, nei termini indicati in motivazione, risulta pienamente soddisfattiva degli interessi della ricorrente ed integra dunque gli estremi della reintegrazione in forma specifica nella posizione sostanziale, il che esclude, ogni ipotesi di risarcimento alternativo (cfr. T.A.R. Lazio Sez. I Bis 7/2/2011 n. 1099).

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Quater)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe

proposto,

accoglie il ricorso e per l'effetto annulla – nei sensi e nei termini indicati in motivazione – il provvedimento impugnato.

Condanna l'Amministrazione resistente al pagamento delle spese processuali sostenute dalla ricorrente che liquida in complessivi € 1.500,00 (millecinquecento/00) oltre accessori di legge; compensa le spese relativamente alla parte controinteressata.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Floriana Rizzetto, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/03/2012

IL SEGRETARIO

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

