

Pubblicato il 17/05/2021

N. 03833/2021REG.PROV.COLL.

N. 05885/2020 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5885 del 2020, proposto da Melillo Appalti s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Ida Leonardo, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Agenzia Territoriale per la Casa del Piemonte Nord, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Gattamelata e Carlo Merani, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

Vella Salvatore s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia; Esteel s.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, Sez. II, n. 00382/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Vella Salvatore s.r.l. e dell'Agenzia Territoriale per la Casa del Piemonte Nord;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 aprile 2021 il Cons. Stefano Fantini; preso atto del deposito delle note, formulate ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020, convertito nella legge n. 176 del 2020, e del d.l. n. 183 del 2020, convertito nella legge n. 21 del 2021, è data la presenza degli Avv. Gattamelata, Merani, Vagnucci e Cancrini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-La Melillo Appalti s.r.l. ha interposto appello nei confronti della sentenza 15 giugno 2020, n. 382 del Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, che ha in parte respinto ed in parte dichiarato improcedibile il suo ricorso avverso la determina dirigenziale in data 27 febbraio 2020, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione in favore della Vella Salvatore s.r.l.

La controversia attiene alla procedura aperta telematica indetta in data 3 luglio 2019 dalla ATC-Agenzia territoriale per la casa del Piemonte Nord per lo "affidamento dei lavori di recupero e riqualificazione edificio esistente con obiettivo NZEB in Novara-via San Bernardino da Siena, 16/H-I", per un importo complessivo a base di gara pari ad euro 2.752.768,87, IVA esclusa.

All'esito della gara, cui sono state ammesse nove imprese, risultava prima graduata la Vella Salvatore s.r.l. con un punteggio pari a 90,528, seconda la Esteel s.r.l. con un punteggio di 85,516 e terza la Melillo Appalti s.r.l. con punti 75,355.

Quest'ultima, esperito l'accesso documentale, inviava alla stazione appaltante, in data 19 marzo 2020, istanza di annullamento in autotutela della graduatoria, contestando numerosi e gravi profili di illegittimità afferenti le offerte delle prime due società in graduatoria, ma con nota del successivo 15 aprile l'ATC confermava i propri provvedimenti.

2. - Con il ricorso in primo grado la Melillo Appalti s.r.l. ha dedotto l'illegittimità dell'aggiudicazione e della mancata esclusione dalla procedura delle offerte risultate prime due graduate, chiedendo altresì il risarcimento del danno in forma specifica od, in subordine, per equivalente.

Si è costituita nel giudizio di primo grado anche la seconda graduata Esteel s.r.l. che ha esperito ricorso incidentale, con il quale sono state articolate analoghe censure nei confronti della prima graduata ed al contempo contestazioni nei confronti dell'offerta della Melillo.

3. - La sentenza appellata ha respinto il ricorso principale e quello incidentale, ritenendo non rilevante ai fini dell'esclusione la circostanza per cui le relazioni tecniche dell'aggiudicataria in relazione ai sub-criteri B-3 e B-4 risultano non sottoscritte da professionista abilitato, come richiesto ai punti 14.1 e 14.2 del disciplinare di gara, atteso che l'offerta risulta «*completa di tutte le componenti di cui all'art. 15 del disciplinare, e sottoscritta con firma digitale dal rappresentante legale dell'impresa. Anche le relazioni di calcolo richieste dal disciplinare sono firmate dal rappresentante legale di una impresa in possesso delle necessarie abilitazioni in materia di sicurezza impiantistica ex DM n. 37/2000*». La sentenza ha del pari disatteso la censura relativa al sub-criterio "D", con cui è stata lamentata la mancanza del cronoprogramma dei lavori, nell'assunto che dalla relazione prodotta fosse evincibile il processo esecutivo dell'intervento e quindi possibile la valutazione dell'attendibilità dell'offerta temporale. Il primo giudice, in conseguenza della reiezione delle censure del ricorso principale sull'offerta aggiudicataria, ha dichiarato improcedibile l'impugnativa, nello stesso contenuta, dell'offerta della seconda classificata; ha infine dichiarato inammissibile per carenza di interesse il ricorso incidentale avverso l'offerta del terzo graduato.

4.- Con il ricorso in appello la Melillo Appalti s.r.l. ha dedotto l'erroneità della sentenza di primo grado, reiterando, alla stregua di motivi di critica della sentenza impugnata, le censure esperite in primo grado nei confronti delle offerte risultate prime due graduate.

5. - Si sono costituiti in resistenza la ATC-Agenzia territoriale per la Casa del Piemonte Nord e la Vella Salvatore s.r.l. chiedendo la reiezione del ricorso.

6. - All'udienza pubblica del 22 aprile 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Il primo motivo di appello critica la statuizione di reiezione della censura volta a denunciare la violazione del combinato disposto dei punti 14.1, 14.2 e 15.1 del disciplinare di gara, che avrebbe dovuto comportare, per l'appellante, l'esclusione dell'offerta tecnica ("B") aggiudicataria per carenza di sottoscrizione delle relazioni di calcolo (con riguardo ai criteri B3 e B4) da parte di un professionista abilitato, o quanto meno la decurtazione del punteggio attribuito. La statuizione di primo grado ha ritenuto *«corretto il comportamento della stazione appaltante che, in presenza di offerte e relazioni sottoscritte dell'impresa, non ha esteso la portata escludente delle disposizioni del disciplinare anche alla ulteriore sottoscrizione, da parte di un diverso professionista abilitato, delle relazioni di calcolo richieste dal disciplinare»*. Per l'appellante, l'offerta tecnica di Vella Salvatore s.r.l., in relazione ai subcriteri B3 e B4, contiene delle relazioni non sottoscritte da professionista abilitato, in difformità di quanto prescritto, a pena di esclusione, dal punto 14.2 del disciplinare. Tale omissione comporterebbe l'esclusione dalla gara della ditta Vella, non potendosi ritenere utile la relazione sottoscritta dall'impresa mediante il suo legale rappresentante. Infatti né la società, né il suo legale rappresentante possono sostituire il professionista incaricato, essendo essenziale che la relazione sia redatta da un soggetto qualificato, cui è anche imputabile la connessa responsabilità.

Il motivo è fondato.

Il disciplinare di gara, al punto 14.1, con riguardo al criterio "B" (miglioramento della prestazione energetica dei componenti costituenti l'involucro e incremento dell'energia prodotta da fonti rinnovabili), ai punti *sub* "B3" e "B4", prevede espressamente che il concorrente dovrà depositare una relazione di calcolo completa di elaborato di copertura *"debitamente sottoscritta da professionista abilitato"*. Al punto 14.2, sempre con riguardo ai due predetti sub-criteri, è specificato che nell'offerta tecnica deve essere contenuta, tra i vari documenti, a pena di esclusione, la relazione di calcolo sottoscritta da professionista abilitato. Inoltre il punto 15.B del disciplinare, con riguardo all'offerta tecnica, precisa che *«dovrà contenere la documentazione relativa all'offerta tecnica che deve essere presentata, pena l'esclusione, secondo le modalità indicate all'art. 14.1 e 14.2 del presente disciplinare»*, aggiungendo, con sottolineatura ed in grassetto, che *«la mancata presentazione di tutta o di parte della documentazione dell'offerta tecnica in relazione al parametro comporterà l'esclusione del concorrente dalla gara»*.

L'incontestata omessa sottoscrizione da parte di professionista abilitato della relazione di calcolo contenuta nell'offerta tecnica della Vella Salvatore s.r.l. ne imponeva l'esclusione dalla procedura di gara in ragione della violazione della *lex specialis*. Non appare condivisibile l'ermeneusi letterale restrittiva della *lex specialis* seguita dalla sentenza di prime cure, ispirata al *favor participationis*, e ad un'asserita genericità della clausola escludente (ritenuta non correlata ad alcun adempimento o contenuto specifico delle offerte), dovendosi, al contrario, valorizzare la valenza della sottoscrizione del professionista abilitato in materie caratterizzate da elevata tecnicità, quali quelle della progettazione di impianti fotovoltaici o solari termici di produzione dell'energia elettrica. Infatti qualora la relazione di calcolo (come, ad altro fine, il progetto) rappresenta elemento costitutivo dell'offerta tecnica, la sua mancata sottoscrizione da parte di un tecnico abilitato si traduce nella mancanza di un suo elemento essenziale, costituendo la sottoscrizione un'imprescindibile garanzia a tutela della serietà e sostenibilità delle soluzioni tecniche proposte, in quanto comporta un'assunzione di responsabilità tecnica da parte del progettista.

Tale aspetto, al contrario, non è ravvisabile nella sottoscrizione delle relazioni di calcolo da parte del legale rappresentante dell'impresa, seppure qualificata al rilascio delle relazioni di calcolo ex d.m. n. 37 del 2000, in quanto differente è il titolo speso sotto il profilo dello *status* professionale.

Né possono utilmente invocarsi i chiarimenti resi (con FAQ nn. 7 e 13) dalla stazione appaltante in ordine al contenuto della relazione, in quanto, fermo restando che i chiarimenti resi in sede di gara sono ammissibili nella misura in cui contribuiscano a rendere chiara e comprensibile una disposizione della *lex specialis* e non anche a modificarne il contenuto (Cons. Stato, V, 5 marzo 2020, n. 1604; V, 30 novembre 2020, n. 7555), nella specie la precisazione che la relazione non sia quella di cui all'art. 28 della legge 9 gennaio 1991, n. 10 (dettante norme per l'attuazione del piano energetico nazionale in materia di uso razionale dell'energia, di risparmio energetico e di sviluppo delle fonti rinnovabili di energia), ma attenga alla dimostrazione delle caratteristiche termiche ed igrometriche migliorative, nulla sposta circa la questione, formale e funzionale, della sottoscrizione da parte di professionista abilitato.

2. - Il secondo motivo di appello (pur costruito come articolazione separata del primo), che si esamina nonostante il carattere assorbente, ai fini della decisione, del mezzo scrutinato, critica la statuizione di primo grado che ha respinto il motivo svolto avverso l'offerta temporale (sub-criterio di valutazione "D") della società Vella Salvatore, contenuta sempre nella busta "B", priva del cronoprogramma, o comunque recante un documento illeggibile, prescritto a pena di esclusione dall'art. 15.B del disciplinare di gara, senza che possa desumersene il contenuto (relativo alla descrizione diacronica della distribuzione dei lavori) da altri elementi dell'offerta.

Anche tale motivo è fondato.

Il disciplinare, con riferimento al punto "D. Riduzione dei tempi di esecuzione", sempre inserito all'art. 14.2, dispone, con riguardo al contenuto dell'offerta tecnica, che *«il concorrente dovrà depositare un'offerta temporale in cui indica (espressa in giorni di esecuzione) il tempo di esecuzione offerto rispetto a quello del C.S.A., corredata da un cronoprogramma. Il tempo offerto dal concorrente diverrà, se aggiudicatario, il nuovo termine contrattuale a tutti gli effetti in sostituzione del termine indicato nel CSA»* ed *il «cronoprogramma aggiornato ai nuovi termini contrattuali proposti»*. Aggiunge, ancora una volta evidenziandolo in grassetto e sottolineato, che *«la mancata presentazione di tutta o di parte della documentazione dell'offerta tecnica in relazione al parametro comporterà l'esclusione del concorrente dalla gara»*.

Il cronoprogramma era dunque previsto a pena di esclusione dalla *lex specialis*, che all'art. 15.B), già *supra* ricordato, sanzionava con l'esclusione del concorrente dalla gara la mancata presentazione di tutta o parte della documentazione dell'offerta tecnica in relazione al parametro (oggetto di esame).

La sentenza ha ritenuto che non si potesse formalmente parlare di mancata allegazione del cronoprogramma poiché il documento non leggibile, consistente in un diagramma di Gantt, non era l'unico contenente la descrizione temporale della distribuzione dei lavori, esistendo comunque la relazione descrittiva dell'offerta temporale dalla quale era evincibile il tempo di realizzazione dell'opera e le fasi di realizzazione della medesima.

L'assunto non è condivisibile, in quanto dall'offerta tecnica della Vella è evincibile solamente il tempo di esecuzione (173 giorni) ed il *modus procedendi* in ordine all'allestimento del cantiere, difettando quelle informazioni, ritenute essenziali, sull'andamento complessivo dei lavori (suddiviso per fasi) commisurato ai tempi di realizzazione; difetta dunque, al di là di ogni inutile formalismo, l'elemento "quantitativo temporale" che costituisce il *quid proprium* del cronoprogramma.

Né può utilmente distinguersi tra mancata allegazione del documento e sua illeggibilità, in quanto in una procedura informatizzata un documento illeggibile già nella creazione del *file* comporta l'esclusione dell'offerta, tanto più ove non sia contestato che il problema discenda dal mancato funzionamento del sistema; si tratta infatti di un documento tecnicamente irregolare (Cass., I, 16 dicembre 2020, n. 28721), ma sostanzialmente invalido (Cons. Stato, V, 21 giugno 2017, n. 3042).

3. - Il terzo motivo (nella scansione propria del ricorso rubricato come secondo) ripropone poi le censure svolte avverso l'offerta (seconda graduata) della Esteel, che la sentenza ha ritenuto improcedibili per carenza di interesse anche strumentale (in ragione della ritenuta infondatezza dei motivi svolti avverso l'offerta aggiudicataria).

Lamenta anzitutto come l'offerta tecnica di Esteel negli elaborati "aggiornamento elenco prezzi" B-B1, B-B2, B-B3 e B-B4 indichi i costi delle singole voci specificate, in violazione del divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica, e dunque del principio di segretezza delle offerte.

Il motivo è fondato, in quanto l'aggiornamento delle voci predette dell'elenco prezzi non consentiva, come invece è accaduto, di indicare anche i singoli importi, ma solo le integrazioni (migliorie) alle voci dell'elenco stesso.

E' noto invero il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui il principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica (che impone che le offerte economiche debbano rimanere segrete per tutta la fase procedimentale in cui la Commissione compie le sue valutazioni sugli aspetti tecnici) trae fondamento dall'obiettivo di evitare che elementi di valutazione di carattere automatico possano influenzare la valutazione degli elementi discrezionali e costituisce presidio all'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, per garantire il lineare e libero svolgimento dell'iter che si conclude con il giudizio sull'offerta tecnica e l'attribuzione dei punteggi ai singoli criteri di valutazione (Cons. Stato, III, 9 gennaio 2020, n. 167).

Il divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica fa sì che nell'offerta tecnica possano al massimo essere inclusi singoli elementi economici che non fanno parte dell'offerta economica o comunque inidonei a ricostruire l'offerta economica; una siffatta condizione non è dimostrata dall'amministrazione, che si è limitata ad affermarne la marginalità.

Tale regola risulta violata da Esteel all'aggiornamento elenchi prezzi del criterio B-B1 (miglioramento dispersioni energetiche elementi opachi verticali), del criterio B-B2 (miglioramento dispersioni energetiche chiusure trasparenti comprensive di infissi) e del criterio B-B3 (aumento energia elettrica prodotta *in situ* da impianto fotovoltaico).

Ulteriori difformità (cui solo per completezza si fa cenno, stante la portata escludente della commistione delle offerte) inficiano, con diversa rilevanza, per quanto desumibile dalla documentazione in atti, l'offerta di Esteel, con particolare riguardo al criterio B1, avendo proposto uno spessore della muratura di mm. 738 (anziché di mm. 578, prevista in progetto), e soprattutto al criterio B2 in relazione al valore di trasmittanza degli infissi proposti ed al criterio B4 in relazione all'aumento della percentuale di produzione dell'acqua calda sanitaria da impianto solare termico, elementi, tutti, che ne avrebbero imposto quanto meno una riduzione del punteggio attribuito.

4.- L'ultimo motivo deduce infine la misura asseritamente sproporzionata della condanna alle spese di giudizio in favore della società Vella Salvatore (nella misura di euro cinquemila).

La fondatezza del motivo è conseguenza dell'accoglimento dell'appello, che esclude la soccombenza in primo grado.

5. - Alla stregua di quanto esposto, l'appello va accolto; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va accolto il ricorso principale di primo grado della Melillo Appalti s.r.l., con conseguente annullamento dell'impugnato provvedimento di aggiudicazione.

Va invece dichiarata inammissibile la domanda di risarcimento del danno (in forma specifica od, in subordine, per equivalente) solo genericamente enucleata nell'epigrafe del ricorso.

Quanto alle spese di giudizio, ne va disposta la compensazione per entrambi i gradi di giudizio in ragione della complessità anche fattuale della controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 22 aprile 2021, tenuta con le modalità di cui al combinato disposto dell'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 e dell'art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE

Stefano Fantini

IL PRESIDENTE

Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO