

Publicato il 08/04/2021
N. 02861/2021REG.PROV.COLL.
N. 10192/2020 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10192 del 2020, proposto da
OMISSIS, in proprio e quale Mandataria della Costituenda Associazione Temporanea di Imprese,
OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati
Andrea Reggio D'Acì, Armin Reinstadler, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e
domicilio eletto presso lo studio Andrea Reggio D'Acì in Roma, via degli Scipioni, n. 268;
contro

Comune di OMISSIS, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Gudrun
Agostini, Alessandra Merini, Bianca Maria Giudiceandrea, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Alessandra Merini in OMISSIS, vicolo Gumer, n.
7;

nei confronti

Roberto OMISSIS, rappresentato e difeso dagli avvocati Federica Scafarelli, Arthur Frei, Lukas Von
Lutterotti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio
Federica Scafarelli in Roma, via G. Borsi N 4;

OMISSIS non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.R.G.A. - SEZIONE AUTONOMA DI OMISSIS, n. 257/2020, resa tra le parti e
concernente domanda di annullamento:

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva in forma della determinazione dirigenziale del Comune
di OMISSIS n. 105 dd. 15 gennaio 2020, a firma della direttrice OMISSIS, riguardante la gara aperta
per l'affidamento dei servizi di direzione lavori, coordinamento sicurezza fase esecutiva -
riqualificazione energetica complesso edilizia abitativa, Via Parma n. 63-65-67-69-71-73-75, CIG
7950342DC1 - CUP I56B18001390004, comunicato in data 22 gennaio 2020;

- del presupposto atto di verbale di seduta pubblica dd. 11.12.2019;

- del presupposto verbale n. 6 della commissione per la valutazione tecnico-qualitativa delle offerte dd.
07.11.2019;

- della presupposta tabella di valutazione;

- del presupposto verbale n. 2 dd. 11.12.2019;

- della graduatoria;

- di tutti i relativi verbali e atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché non conosciuti;

e con successivi motivi aggiunti:

- della determinazione dirigenziale del Comune di OMISSIS n. 2290 dd. 17.06.2020, a firma della
direttrice OMISSIS, riguardante la gara aperta per l'affidamento dei servizi di direzione lavori,
coordinamento sicurezza fase esecutiva - riqualificazione energetica complesso edilizia abitativa, Via
Parma n. 63-65-67-69-71-73-75, CIG 7950342DC1 - CUP I56B18001390004, comunicata in data
18.06.2020, con la quale si conferma il provvedimento di aggiudicazione definitiva in forma della
determinazione dirigenziale del Comune di OMISSIS n. 105 dd. 15.01.2020, a firma della direttrice
OMISSIS, riguardante la gara aperta per l'affidamento dei servizi di direzione lavori, coordinamento
sicurezza fase esecutiva - riqualificazione energetica complesso edilizia abitativa, Via Parma n. 63-65-
67-69-71-73-75, CIG 7950342DC1 - CUP I56B18001390004 (doc. 2 ricorso principale), comunicato in
data 22.01.2020;

- del presupposto verbale della seduta straordinaria del 10.06.2020 della commissione di valutazione
per presa di posizione in autotutela dd. 16.06.2020, comunicato in data 18.06.2020, con il quale la
Commissione di valutazione conferma in autotutela le valutazioni ed i punteggi di cui nel presupposto
verbale n. 6 della commissione per la valutazione tecnico-qualitativa delle offerte dd. 07.11.2019, nella
presupposta tabella di valutazione e nel presupposto verbale n. 2 dd. 11.12.2019;

- di tutti i relativi verbali e atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché non conosciuti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di OMISSIS e di Roberto OMISSIS;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 marzo 2021 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Andrea Reggio D'aci, Alessandra Merini, Lukas Von Lutterotti in collegamento da remoto, ai sensi degli artt. 25 del Decreto Legge 137 del 28 ottobre 2020 e 4 comma 1, Decreto Legge 28 del 30 aprile 2020, attraverso videoconferenza con l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams" come previsto della circolare n. 6305 del 13 marzo 2020 del Segretario Generale della Giustizia Amministrativa.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al TRGA di OMISSIS l'odierna appellante invocava l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva in forma della determinazione dirigenziale del Comune di OMISSIS n. 105 dd. 15.01.2020, riguardante la gara aperta per l'affidamento dei servizi di direzione lavori, coordinamento sicurezza fase esecutiva - riqualificazione energetica complesso edilizia abitativa, Via Parma n. 63-65-67-69-71- 73-75, CIG 7950342DC1 - CUP I56B18001390004, comunicato in data 22.01.2020 e degli atti presupposti meglio indicati in epigrafe. L'iniziativa giurisdizionale veniva proseguita con la proposizione di ricorso per motivi aggiunti avente ad oggetto la richiesta di caducazione della determinazione dirigenziale del Comune di OMISSIS n. 2290 dd. 17.06.2020, riguardante la gara aperta per l'affidamento dei servizi di direzione lavori, coordinamento sicurezza fase esecutiva - riqualificazione energetica complesso edilizia abitativa, Via Parma n. 63-65-67-69-71-73-75, CIG 7950342DC1 - CUP I56B18001390004, comunicata in data 18.06.2020, con la quale si conferma il provvedimento di aggiudicazione definitiva in forma della determinazione dirigenziale del Comune di OMISSIS n. 105 dd. 15.01.2020, riguardante la gara aperta per l'affidamento dei servizi di direzione lavori, coordinamento sicurezza fase esecutiva - riqualificazione energetica complesso edilizia abitativa, Via Parma n. 63-65-67-69-71-73-75, CIG 7950342DC1 - CUP I56B18001390004, comunicato in data 22.01.2020 e dei correlati atti presupposti.

2. Il primo giudice rigettava il ricorso introduttivo, ivi compresa la domanda risarcitoria, e dichiarava inammissibile il ricorso per motivi aggiunti.

3. Avverso la pronuncia di prime cure propone appello l'originario ricorrente che ne lamenta l'erroneità per le seguenti ragioni: a) il primo giudice avrebbe errato nel valutare come inammissibile il ricorso per motivi aggiunti dal momento che il provvedimento impugnato con il detto atto non avrebbe natura meramente confermativa, e in ogni caso, i detti motivi aggiunti avrebbero anche avuto il fine di estendere il *thema decidendi* introdotto con il ricorso di primo grado, atteso che la Commissione ivi avrebbe integrato la motivazione resa nei precedenti verbali; b) il TAR avrebbe errato nel respingere il primo motivo del ricorso di primo grado con il quale era stato contestato il contenuto delle dichiarazioni rese dalla controinteressata nelle schede descrittive da lei prodotte e riferite alle referenze A e B dei pregressi incarichi di direzioni lavori, come richieste dal punto 20.9 (pagg.51-53) del Disciplinare di gara ai fini della attribuzione dei punteggi secondo quanto previsto dal successivo art.21 (pagg.58-60) del medesimo Disciplinare. Ciò nonostante la dichiarazione resa dalla controinteressata per entrambe le referenze A e B avesse indicato in relazione all'incarico di direzione lavori delle opere dei Lotti 1, 2 e 3 di ristrutturazione e ampliamento dell'ospedale di Bressanone "... *che il certificato di ultimazione lavori è stato emesso in data 01.07.2014*". Invece, sarebbe emerso che per entrambe le referenze in realtà il certificato di ultimazione dei lavori dell'1.7.2014 fosse solo quello riferito al Lotto 3, mentre i certificati di ultimazione lavori relativi ai Lotti 1 e 2 avrebbero avuto date diverse, rispettivamente del 20.3.2007 e del 15.10.2008. Sicché la dichiarazione della originaria controinteressata non sarebbe stata veritiera. Infatti, in ragione della detta dichiarazione l'aggiudicataria per i lotti 1 e 2 avrebbe ottenuto un punteggio non decurtato del 20% come previsto dalla *lex specialis*. Il carattere non veritiero della dichiarazione avrebbe dovuto comportare l'applicazione nei confronti dell'odierna appellata dell'espulsione dalla procedura di gara; c) errato sarebbe il ragionamento del TRGA in relazione alla natura del lotto unico, atteso che l'argomento speso dall'appellante in prime cure sarebbe stato teso a dimostrare il carattere non veritiero della dichiarazione presentata dall'aggiudicataria; d) il TRGA avrebbe omesso di pronunciarsi sul secondo motivo dell'originario ricorso di primo grado, nel quale era stata contestato il fatto che la controinteressata avuto riguardo alle medesime referenze già citate aveva dichiarato espressamente "*che la categoria principale è la seguente CODICE ID E.20*"; e) il TRGA avrebbe omesso di considerare che se si fosse tenuto conto della risalenza ante decennio delle opere dichiarate dalla controinteressata nelle referenze A e B e, quindi, se fosse stata correttamente applicata la riduzione del 20% prevista dal Disciplinare, la Commissione avrebbe dovuto attribuire alla controinteressata i punteggi di 17,28 (+ 1 punto per importo valori = 18,28) per la referenza A e di 11,20 (+ 1 punto per importo valori = 12,20) per la referenza B; con la conseguenza che, prima della riparametrazione, il punteggio tecnico finale della controinteressata avrebbe dovuto essere pari ad

34,26 e, dopo la riparametrazione, pari a 71,99, inferiore quindi di oltre 8 punti rispetto al punteggio ottenuto dalla ricorrente (punti 80) come emerge dalle tabelle di calcolo matematico già in atti; f) il primo giudice avrebbe dovuto appurare che i lavori attinenti al Lotto 1 e al Lotto 2, dichiarati dall'aggiudicataria, riguardavano in modo prevalente e principale lavori di nuova costruzione, che rientrano nella categoria ID E.10 anziché nella categoria ID E.20. La valutazione delle referenze, però, ai sensi del disciplinare di gara avrebbe dovuto essere fatta in riferimento a lavori "affini". Tra la categoria E.10 e la categoria E.20 non sussiste tuttavia *per tabulas* l'affinità *ex lege* prevista. Da ultimo l'appellante ripropone in via devolutiva la domanda risarcitoria, riservando la quantificazione del danno subito.

4. Costituitasi in giudizio, l'originaria controinteressata invoca la conferma della sentenza di primo grado. Innanzitutto, eccepisce l'inammissibilità della doglianza con la quale l'appellante lamenta la dichiarazione di inammissibilità dei motivi aggiunti, perché non correttamente riformulati in seconde cure. Nel merito, invece, sostiene il carattere meramente confermativo del provvedimento impugnato per motivi aggiunti e di conseguenza la bontà della decisione del TRGA. Quanto alle ulteriori doglianze l'appellato evidenzia che: a) l'omissione di non aver indicato le ulteriori date di ultimazione lavori dei lotti 1 e 2 non costituirebbe però omissione ingannevole, perché sarebbe evidente, che i lotti 1 e 2 erano stati ultimati prima del 1.7.2014. Pertanto, non sarebbe viziato il procedimento di valutazione della commissione di gara. La controversia su cui si incentra il ricorso sarebbe invece quella meramente filosofica ed ipotetica su incarico unico piuttosto che sulla suddivisione in lotti, ma questo discorso non avrebbe cambiato il punteggio attribuito all'offerta, come ha confermato la stazione appaltante con il provvedimento del 17.06.2020; b) la giustificazione della tesi dell'incarico unico non potrebbe essere contraddetta dal fatto che per l'ulteriore direzione della medesima opera di ristrutturazione dell'ospedale di Bressanone, per i successivi lotti 4, 5 e 6 sia stata indetta una nuova e diversa gara d'appalto. In ogni caso, la commissione nel verbale del 10.06.2020, sarebbe stata perfettamente in grado di valutare anche soltanto la direzione lavori relativa al lotto 3, attribuendo alla stessa esattamente gli stessi punteggi; c) l'indicazione della categoria di servizio nella parte riassuntiva evidenziata dal ricorrente (E.20) sarebbe un mero dato formale e secondario che non altera la realtà dei fatti rappresentati in offerta. In effetti, il giudizio sul contenuto della referenza è un giudizio tecnico che spetta alla commissione tecnica di gara, nell'ambito della sua discrezionalità tecnica e non spetterebbe all'offerente, il quale dunque, con la propria classificazione, non avrebbe nemmeno potuto fuorviare il giudizio della commissione. Anche se si volesse condividere l'assunto che il servizio della referenza fosse quello di cui alla categoria E.10, la stessa sarebbe comunque affine alla categoria E.20 ed indica piuttosto una prestazione di servizi ancora più complessa rispetto a quella richiesta; d) nessuna riduzione percentuale si sarebbe potuto applicare all'offerta della controinteressata dal momento che il termine di ultimazione dei lavori si deve intendere riferito al lotto 3; e) sarebbe corretto il giudizio attribuito dalla commissione di gara per le referenze.

5. Costituitasi in giudizio, l'amministrazione comunale sposa considerazioni adesive alle argomentazioni articolate dall'aggiudicataria.

6. Nelle difese in vista dell'odierna udienza le parti del giudizio insistono nelle proprie conclusioni, affrontando tra le altre la questione del grado di esecuzione del contratto e dell'eventuale possibilità di subentro.

7. Preliminarmente, deve rilevarsi la fondatezza dell'eccezione di parziale inammissibilità dell'appello, atteso che il primo motivo di gravame ripropone i motivi contenuti nel ricorso per motivi aggiunti mediante un rinvio generico senza chiaramente specificarli.

8. L'appello è parzialmente fondato e merita di essere accolto per quanto di seguito esposto. La soluzione dell'odierno contenzioso è agevolmente rinvenibile all'esito della seguente ricostruzione in fatto delle vicende che ne sono all'origine. Il Comune di OMISSIS bandiva in data 24 luglio 2019 una gara aperta per l'affidamento dei servizi di direzione lavori, coordinamento sicurezza fase esecutiva – riqualificazione energetica complesso edilizia abitativa, Via Parma n. 63-65-67-69-71-73-75, CIG 7950342DC1 – CUP I56B18001390004. Il criterio di aggiudicazione veniva identificato in quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. I requisiti tecnici speciali venivano individuate una referenza in merito a servizi di cui alla categoria E.20 (referenza A) e una referenza in merito alla categoria IA.02 (referenza B). In particolare il disciplinare di gara per entrambe le referenze richiedeva il deposito di certificato/attestazione di ultimazione lavori con la duplice specificazione che: I) Il certificato di ultimazione lavori deve essere stato emesso da parte del direttore lavori in data antecedente la data di pubblicazione del bando; II) il punteggio per i servizi di referenza ultimati oltre dieci anni prima dalla data di pubblicazione del bando (fa fede la data del certificato di ultimazione lavori) viene ridotto ai sensi dell'art. 18, comma 5, della LEGGE PROVINCIALE APPALTI, del 20%. La riduzione avviene prima della prima riparametrazione. Tanto premesso l'originaria controinteressata depositava quale

referenza A la ristrutturazione e ampliamento dell'Ospedale di Bressanone – Lotti 1-2-3, allegando un certificato di ultimazione lavori emesso in data 01.07.2014 e ricevendo una correlata valutazione immune dalla decurtazione del 20%. Sicché in modo univoco la commissione di gara valutava i lavori indicati dall'aggiudicataria come ultimati oltre dieci anni prima dalla data di pubblicazione del bando.

8. Tanto premesso in fatto, è opportuno chiarire la portata della pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 16/2020. La sentenza in questione ha chiarito che la falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lettera c) [ora c-bis]) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50. In conseguenza di ciò la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo. Alle conseguenze ora esposte conduce anche l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico. La lettera f-bis) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici ha carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lettera c) [ora c-bis]) della medesima disposizione. L'art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016 distingue, quindi, tra dichiarazioni omesse, rilevanti in quanto abbiano inciso, in concreto, sulla correttezza del procedimento decisionale, fuorvianti, rilevanti nella loro attitudine decettiva, di influenza indebita e propriamente false rilevanti, per contro, in quanto tali. Nella fattispecie è evidente che la dichiarazione dell'originaria controinteressata nella misura in cui indica i lavori inerenti i lotti 1-2-3 di ristrutturazione e ampliamento dell'ospedale di Bressanone, e specifica che il certificato di ultimazione dei lavori è stato emesso in data 1 luglio 2014, omette di precisare che quest'ultima certificazione vale solo per il lotto 3 e ciò incide in modo diretto sulla valutazione operata dalla commissione di gara, che per i lotti 1 e 2 (entrambi dotati di autonomo certificato di ultimazione lavori rispettivamente del 20.3.2007 e del 15.10.2008) non opera infatti quella decurtazione del 20% prevista dalla *lex specialis*. Risulta evidente, pertanto, la portata decettiva del comportamento omissivo posto in essere dall'aggiudicataria e ciò è sufficiente per ritenere integrato dall'art. 80, comma 5, lett. c-bis, d.lgs. n. 50/2016.

9. L'accoglimento del secondo motivo di gravame comporta l'assorbimento delle residue censure. Quanto, invece, alla domanda risarcitoria, la stessa deve essere respinta, atteso che risulta proposta in modo assolutamente generico senza alcuna dimostrazione della sussistenza degli elementi costitutivo dell'illecito come della quantificazione del danno in ipotesi subito.

10. Dall'annullamento dell'impugnata aggiudicazione discende, sussistendone i presupposti, la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato tra le appellate e il subentro nel contratto, stante l'esecuzione dello stesso appena avviata, in favore dell'odierna appellante.

11. Nella particolare complessità delle questioni in fatto e in diritto trattate si ravvisano eccezionali motivi per compensare le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza annulla il provvedimento di aggiudicazione definitiva, dichiara l'inefficacia del contratto stipulato tra le parti appellate e dispone il subentro dell'appellante nel contratto in corso.

Respinge la domanda risarcitoria.

Dichiara in parte inammissibile l'appello nei sensi di cui in motivazione.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 marzo 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere

Thomas Mathà, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Luigi Massimiliano Tarantino

Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO