

Publicato il 20/07/2021

N. 05463/2021REG.PROV.COLL.
N. 09993/2020 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9993 del 2020, proposto da M.P. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Campagnola, Monica Galano e Giuseppe Fiengo, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Centrale Unica di Committenza Senise - Episcopia, Comune di Episcopia, Comune di Senise, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Epi Edil s.a.s. di Celano Antonio & C., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Vincenzo Viceconte, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata n. 703 del 2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Epi Edil s.a.s. di Celano Antonio & C.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 maggio 2021 il Cons. Stefano Fantini; si dà atto del deposito delle note di udienza da parte degli avvocati Campagnola, Galano, Fiengo, Viceconte;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- La M.P. s.r.l. ha interposto appello nei confronti della sentenza 10 novembre 2020, n. 703 del Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata, che ha respinto il suo ricorso avverso la determina n. 131 in data 11 giugno 2020 con cui la centrale unica di committenza Senise-Episcopia ha aggiudicato alla Epi Edil la procedura aperta, indetta il 16 gennaio 2020, per l'affidamento dell'appalto dei *“lavori di adeguamento sismico dell'edificio sede della scuola primaria sito in via Ing. G. Bruno del Comune di Episcopia”*, per l'importo a base d'asta di euro 375.089,88.

All'esito delle operazioni di gara Epi Edil s.a.s. è risultata prima graduata (con punti 69,870), mentre l'appellante seconda (con un punteggio complessivo di 66,415); in data 19 ottobre 2020 è intervenuta la stipulazione del contratto con la Epi Edil s.a.s.

Con il ricorso di primo grado la M.P. s.r.l. ha impugnato l'aggiudicazione deducendone l'illegittimità nell'assunto che la stazione appaltante non ha attribuito alcun punteggio alla sua offerta tecnica in relazione al criterio *“C-Riduzione in giorni sul tempo di esecuzione”*, avendo inserito la dichiarazione sul ribasso temporale all'interno della busta recante l'offerta economica, ed al contempo in ragione dell'esistenza di vizi escludenti dell'offerta aggiudicataria sotto il profilo qualitativo ed economico (in particolare, comportando modifiche al progetto esecutivo aventi consistenza di inammissibili varianti).

2. - La sentenza appellata ha respinto il ricorso, osservando che il criterio *“C-Riduzione in giorni sul tempo di esecuzione”* è stato qualificato dalla *lex specialis*

come elemento di valutazione dell'offerta tecnica, sì che la dichiarazione dei giorni per l'esecuzione dei lavori era elemento costitutivo della "busta B-offerta tecnica", e pertanto coerentemente non è stato attribuito all'odierna appellante alcun punteggio a tale titolo stante l'assenza, all'interno della busta contenente l'offerta tecnica, di qualsivoglia elemento utile ai fini della ponderazione di detto profilo. Inoltre la sentenza ha escluso che le proposte migliorative al progetto esecutivo presentate dall'offerta aggiudicataria (quali la realizzazione di un marciapiede antistante la scuola in relazione al criterio qualitativo "A", ovvero la sostituzione del sistema CAM-cucitura attiva muratura con il sistema Φ in relazione al criterio qualitativo "B") eccedessero il concetto di miglioria, assurgendo ad inammissibili varianti; ha infine dichiarato inammissibile la censura concernente la sottostima dei costi della manodopera e degli oneri di sicurezza aziendale.

3.- Con l'appello la M.P. s.r.l. ha dedotto l'erroneità della sentenza per avere omesso di pronunciarsi sulla doglianza, svolta nella prima censura, relativa alla illegittimità della *lex specialis* ove interpretata nel senso di prevedere l'inserimento della dichiarazione sul "ribasso tempo" (elemento quantitativo) solo all'interno dell'offerta tecnica (elemento qualitativo); ha inoltre criticato la statuizione che non ha ravvisato la sussistenza di una variante non autorizzata nell'offerta tecnica dell'aggiudicataria.

4. - Si è costituita in resistenza la Epi Edil s.a.s. chiedendo la reiezione del ricorso in appello.

5. - All'udienza pubblica del 27 maggio 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Il primo motivo di appello critica la statuizione della sentenza impugnata che ha ritenuto l'insussistenza di incertezze nella *lex specialis* in ordine alla necessità di inserire la dichiarazione relativa alla riduzione dei tempi di esecuzione dei lavori all'interno del plico contenente l'offerta tecnica, senza però prendere posizione sulla contestazione della legittimità del bando e del

disciplinare di gara ove interpretati nel senso di prevedere l'inserimento obbligatorio della predetta dichiarazione all'interno dell'offerta tecnica. Ciò nella considerazione che l'offerta temporale è elemento di natura quantitativa, come tale facente parte dell'offerta economica; in tale senso deporrebbe peraltro il punto 8 del disciplinare di gara, che intitola l'offerta economica come “*Busta C-Offerta economica e temporale*”, locuzione espressiva, quanto meno, dell'ambiguità della *lex specialis*. Ne consegue, per l'appellante, l'illegittimità della valutazione della Commissione di gara, contenuta nel verbale del 29 maggio 2020, nella parte in cui assegna zero punti ad M.P. s.r.l. per l'elemento “C”-ribasso tempo, senza attribuirle il punteggio spettante, una volta vagliata la sua offerta economica inclusiva di quella temporale.

Il motivo è fondato.

Giova premettere come, in effetti, la giurisprudenza prevalente ritenga che la riduzione dei tempi di progettazione e di esecuzione dei lavori, unitamente al prezzo, costituiscano elementi di valutazione di carattere economico, che, in quanto tali, non devono essere conosciuti al momento della valutazione discrezionale degli elementi dell'offerta tecnica (Cons. Stato, V, 4 aprile 2017, n. 1556; III, 9 gennaio 2020, n. 167).

Nella fattispecie controversa si ha però la particolare previsione del bando di gara (art. 4.1) che qualifica come “criterio qualitativo” quello di cui all'elemento “C”-Riduzione in giorni sul tempo di esecuzione (120 giorni); analogamente, il Titolo VII include nell'ambito della busta “B”-offerta tecnica, la dichiarazione relativa ai giorni per l'esecuzione dei lavori.

Tali clausole sono state fatte oggetto di specifico motivo di gravame in primo grado; il primo motivo deduce che, al punto 8.1, con riguardo alla busta “C”-offerta economica, si fa riferimento all'offerta economica e temporale, determinandosi dunque un'intrinseca contraddittorietà della *lex specialis*, che imponeva di ritenere giustificata la dichiarazione sul ribasso temporale contenuta all'interno dell'offerta economica da parte dell'appellante, cui dunque doveva essere attribuito il punteggio a tale titolo; di contro, andavano

esclusi tutti i concorrenti che hanno inserito la dichiarazione sul ribasso tempo nell'offerta tecnica. Il bando ed il disciplinare sono stati impugnati, ove interpretati in modo differente da quanto dedotto, per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, di separatezza e segretezza delle offerte, nonchè di *par condicio competitorum*.

Osserva il Collegio come la *lex specialis* non sia ambigua, assumendo un valore ermeneutico assorbente le clausole specifiche di cui ai punti 4.1 e 7 del disciplinare di gara, ma illegittima per violazione del principio di segretezza delle offerte, comportante come regola quella per cui non devono essere conosciuti al momento della valutazione dell'offerta tecnica elementi di valutazione di carattere automatico.

La peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica impone che la tutela si estenda a coprire non solo l'effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio al medesimo, atteso che anche la sola possibilità di conoscenza dell'entità dell'offerta economica, prima di quella tecnica, è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità dell'operato dell'organo valutativo (Cons. Stato, III, 7 aprile 2021, n. 2819). Il divieto di commistione tra offerta economica ed offerta tecnica costituisce espressione del principio di segretezza dell'offerta economica, ed è posto a garanzia dell'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'art. 97 Cost., *sub specie* della trasparenza e della *par condicio* tra i concorrenti; ciò in quanto la conoscenza di elementi economici dell'offerta da parte della Commissione aggiudicatrice può essere di per sé potenzialmente idonea a determinare un condizionamento, anche in astratto, da parte dell'organo deputato alla valutazione dell'offerta, alterandone la serenità ed imparzialità valutativa; di conseguenza nessun elemento economico deve essere reso noto alla Commissione prima che questa abbia reso le proprie valutazioni sull'offerta tecnica (da ultimo, Cons. Stato, III, 18 gennaio 2021, n. 544).

Ne consegue che la *lex specialis* impugnata in primo grado, nella parte in cui include l'offerta tempo nell'ambito di quella tecnica, è illegittima, e vizia in via derivata l'aggiudicazione in favore di Epi Edil s.a.s.

2. - L'accoglimento di tale motivo appare assorbente ai fini del decidere, comportando l'integrale rinnovazione della procedura di gara; ciò esime il Collegio dalla disamina del secondo motivo, con il quale viene contestata la sussistenza di varianti non autorizzate nell'offerta tecnica aggiudicataria (con riguardo alla realizzazione di un marciapiede sulla strada vicinale ed alla utilizzazione di un sistema di costruzione non attraverso il sistema CAM-cucitura attiva muratura, bensì attraverso il sistema Φ che contempla una maglia tridimensionale di rinforzi in acciaio).

3. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, l'appello va accolto; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va accolto il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato.

La natura della controversia integra le ragioni che per legge consentono la compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei termini di cui in motivazione; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato.

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

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

Così deciso nelle camere di consiglio del giorno 27 maggio 2021 e del giorno 15 luglio 2021, tenute 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

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

L'ESTENSORE

Stefano Fantini

IL PRESIDENTE

Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO