

## **TAR Lazio – Latina, Sezione Prima, Sentenza n. 742 del 26 ottobre 2023**

Appalto integrato – Valutazione offerte – RUP non può sostituirsi alla Commissione giudicatrice – Organo tecnico composto da esperti nel settore

Publicato il 26/10/2023

**N. 00742/2023 REG.PROV.COLL.**

**N. 00526/2023 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**sezione staccata di Latina (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

### **SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 526 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., in relazione alla procedura CIG -OMISSIS- rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

#### ***contro***

Provincia di (...), in persona del presidente p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Ministero (...), (...), Ministero (...), Ministero (...), (...), in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

#### ***nei confronti***

(...) S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con

domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per l'annullamento***

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- (i) del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla Procedura aperta per l'Appalto Integrato dell'affidamento del Servizio di Architettura e Ingegneria per la Progettazione Esecutiva e CSP e dell'esecuzione di lavori sulla base del Progetto Definitivo, per l'intervento denominato "PNRR \_ Intervento finanziato dall'Unione Europea a valere sulle risorse "NextGeneration EU" –Missione 4, Componente 1 – Istruzione e Ricerca – Investimento 3.3:Piano di messa in sicurezza e riqualificazione delle scuole"\_ "Lavori per il completamento dell'ITIS "Don G. Morosini" di Ferentino - 2° Lotto Funzionale" CUP I82E20000010001 CIG -OMISSIS- di cui al verbale datato 11 settembre 2023 e reso noto alla ricorrente mediante pubblicazione del relativo avviso sul Portale Gare della Provincia di (...) il 12 settembre 2023 e di tali verbale ed avviso;
- (ii) della proposta di aggiudicazione della gara al raggruppamento controinteressato, pubblicata sul Portale Gare della Provincia di (...) il 15 settembre 2023;
- (iii) della non conosciuta aggiudicazione al raggruppamento controinteressato;
- (iv) di ogni atto presupposto e/o conseguente e/o comunque attinente, con particolare – ma non esclusivo – riferimento alla nota del RUP prot. n. 26957 del 20 luglio 2023, di convocazione della ricorrente per il giorno 24 luglio 2023, al fine di fornire chiarimenti su aspetti della propria offerta tecnica, al verbale della riunione del 24 luglio 2023; e alla convocazione dei partecipanti alla gara per l'apertura della documentazione amministrativa del secondo graduato;

***nonché per la declaratoria di inefficacia***

- del contratto, se nel frattempo stipulato;

***e per la condanna***

- dell'Amministrazione resistente alla reintegrazione in forma specifica con aggiudicazione dell'appalto alla ricorrente o, in subordine, al risarcimento per equivalente;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 29 settembre 2023, per l'annullamento:

- (v) della nota del RUP prot. n. 22994 del 23 giugno 2023 di richiesta di chiarimenti ai Commissari di

gara;

- (vi) della determinazione dirigenziale n. 2704 del 15 settembre 2023 di aggiudicazione della gara al raggruppamento controinteressato;

- (vii) della nota pec prot. n. 35276/2023 del 28 settembre 2023 di comunicazione di detta aggiudicazione ai sensi dell'art. 76, comma 5, lett. a), D.lgs. n. 50/2016;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati in data 8 ottobre 2023 per l'annullamento:

- (viii) per quanto di ragione, del Disciplinare di gara se interpretato come attributivo al RUP del potere di valutare l'idoneità, la convenienza e l'apprezzabilità positiva dei tutti gli elementi dell'offerta tecnica;

***nonché***

per la declaratoria di inefficacia del contratto, se nel frattempo stipulato, e per la condanna dell'Amministrazione resistente alla reintegrazione in forma specifica con aggiudicazione dell'appalto alla ricorrente o, in subordine, al risarcimento per equivalente.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di (...), del Ministero (...), della (...), del Ministero (...), del Ministero (...), della (...), e della (...) S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 ottobre 2023 la dott.ssa Emanuela Traina e uditi per le parti i difensori come da separato verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. La società ricorrente ha partecipato alla procedura aperta finalizzata all'affidamento del Servizio di Architettura e Ingegneria per la Progettazione Esecutiva e CSP e dell'esecuzione di lavori sulla base del Progetto Definitivo (Appalto integrato), per l'intervento denominato "PNRR \_ Intervento finanziato dall'Unione Europea a valere sulle risorse "NextGeneration EU" –Missione 4, Componente 1 – Istruzione e Ricerca – Investimento 3.3: Piano di messa in sicurezza e riqualificazione delle scuole"\_ "Lavori per il completamento dell'ITIS "Don G.Morosini" di Ferentino - 2° Lotto Funzionale" (CUP

I82E20000010001 CIG (...)), indetta dalla Provincia di (...), quale Stazione Unica Appaltante (SUA), con determinazione n. 4296 del 29 dicembre 2022, per l'importo complessivo di euro 2.973.769,65 (di cui euro 2.842.940,16 per lavori, euro 37.500,00 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso, e euro 93.329,49 per la progettazione definitiva ed esecutiva).

1.1. All'esito delle operazioni valutative delle offerte presentate dai partecipanti la ricorrente veniva individuata dalla commissione giudicatrice quale aggiudicataria provvisoria, avendo l'offerta da essa presentata ottenuto il punteggio complessivo di 80,45 punti, di cui 63,82 per l'offerta tecnica e punti 16,63 per l'offerta economica; la controinteressata (...) S.r.l. risultava, invece, al secondo posto nella graduatoria finale della procedura.

1.2. Successivamente alla ricezione della proposta di aggiudicazione, il RUP rilevava alcune incongruenze nell'offerta presentata dalla ricorrente; procedeva pertanto, con nota prot. 22994 del 23 giugno 2023, a richiedere alla commissione di gara alcuni chiarimenti (con particolare riferimento alle valutazioni svolte relativamente ai criteri «A.1», «A.2» e «B.1»), avendo rilevato – in sintesi – sia l'impossibilità di verificare se la struttura proposta (da realizzarsi in legno), in quanto non inserita nel computo metrico presentato, fosse equivalente o migliorativa rispetto a quella individuata nella soluzione originaria, sia la proposta di pannelli aventi uno spessore inferiore a quello previsto, senza la precisazione della relativa capacità, sia l'incertezza circa gli elementi degli impianti elettrico e fotovoltaico.

1.3. Con note del 19 luglio 2023 due dei commissari riscontravano la richiesta, facendo presente che «le valutazioni sono state espresse (...) valorizzando i punteggi sulla base dei criteri e sub criteri previsti dal disciplinare di gara», e dichiarando la propria disponibilità alla verifica dell'offerta economica.

1.4. Con nota 26957 del 20 luglio 2023 il RUP convocava l'aggiudicataria provvisoria al fine di acquisire chiarimenti in merito agli aspetti di criticità già sottoposti alla commissione.

1.5. Ottenute il riscontro della società, e ritenuto che le spiegazioni dalla stessa fornite non fossero idonee a risolvere i rilievi sollevati, con verbale dell'11 settembre 2023 (sottoscritto anche dal dirigente del settore competente) il RUP disponeva, «in applicazione di quanto previsto dall'art. 95 comma 12 del d.lgs. 50/2016 e di quanto previsto dal punto C) della sezione 4.1.1. del disciplinare di gara», l'esclusione della società ricorrente dalla gara, nonché il conseguente scorrimento della graduatoria e

l'aggiudicazione dell'appalto alla odierna controinteressata.

2. Con il ricorso introduttivo del presente giudizio è stato chiesto l'annullamento – previa concessione di misure cautelari - di tali provvedimenti, deducendo avverso gli stessi le seguenti censure: violazione e falsa applicazione dell'art. 95, comma 12, del d.lgs. 50/2016 (I), violazione e falsa applicazione degli artt. 31, 33, comma 1, e 77, comma 1, del d.lgs. 50/2016 e delle linee guida ANAC n. 3, incompetenza, eccesso di potere per violazione del par. 7.3. del disciplinare di gara (II), eccesso di potere per erroneità del presupposto e violazione dei principi di tassatività delle cause di esclusione e del favor participationis (III), eccesso di potere per erroneità del presupposto ed illogicità manifesta (IV).

2.1. La ricorrente lamenta, in sintesi, oltre all'erroneità del riferimento normativo posto dalla stazione appaltante a fondamento del provvedimento – riguardando l'art. 95 comma 12 del d.lgs. 50/2016 la diversa ipotesi in cui nessuna offerta idonea sia stata presentata – che il RUP non avrebbe il potere di disporre l'esclusione dalla procedura in forza di una propria soggettiva rivalutazione dell'offerta tecnica, sostituendo cioè il proprio giudizio a quello della commissione; lamenta inoltre che, avendo la gara ad oggetto un appalto integrato, la pretesa del RUP di acquisire già in fase di gara un livello particolarmente dettagliato di progettazione sarebbe illegittima e che, in ogni caso, sarebbero stati compiutamente forniti tutti i chiarimenti sugli aspetti dell'offerta oggetto di contestazione.

3. Nel giudizio così introdotto si sono costituite la Provincia di (...) e la (...) S.r.l. che, spiegando articolate controdeduzioni, si sono opposte all'accoglimento del gravame, in particolare deducendo la natura “estrinseca” della valutazione condotta dal RUP e la spettanza a quest'ultimo del potere di escludere le offerte inattendibili e/o indeterminate.

4. Si sono, altresì, costituite le amministrazioni statali indicate in epigrafe – evocate in giudizio dalla ricorrente in quanto il ricorso ha ad oggetto una procedura di affidamento di cui al PNRR – le quali hanno eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva.

5. Con un primo ricorso per motivi aggiunti l'impugnazione è stata estesa al provvedimento di aggiudicazione della gara, del quale è stata dedotta l'invalidità derivata.

6. Con un ulteriore ricorso sono stati, infine, proposti motivi aggiunti avverso del Disciplinare di gara, qualora interpretato come attributivo al RUP del potere di valutare l'idoneità, la convenienza e l'apprezzabilità positiva dei tutti gli elementi dell'offerta tecnica.

7. Alla camera di consiglio del 18 ottobre 2023, dato avviso alle parti della ricorrenza dei presupposti di cui all'art. 60 c.p.a. per la definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata, la causa è stata trattenuta in decisione.

8. Deve essere preliminarmente respinta l'eccezione di difetto di legittimazione sollevata dalle amministrazioni statali, in quanto priva di fondamento.

8.1. L'art. 12-bis comma 4 del d.l. 16 giugno 2022 - n. 68 – inserito dall'articolo 1, comma 1, della legge di conversione 5 agosto 2022, n. 108 – individua, infatti, quali parti necessarie dei giudizi dallo stesso disciplinati (inerenti «qualsiasi procedura amministrativa che riguardi interventi finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR»), tra cui rientra quello all'esame, le amministrazioni centrali titolari degli interventi previsti nell'ambito del PNRR, ai sensi dell'articolo 1, comma 1, lettera l), del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 109.

9. Può, dunque, procedersi all'esame dei motivi di illegittimità veicolati avverso i provvedimenti impugnati.

9.1. Deve essere in primo luogo scrutinata, per la sua portata potenzialmente dirimente, la censura sviluppata nel secondo motivo del ricorso introduttivo.

La stessa è fondata nei termini e nei limiti di quanto di seguito esposto.

9.1.1. Come riportato ai superiori punti 1.1. - 1.4., successivamente alla ricezione dell'aggiudicazione provvisoria il RUP ha eseguito su quest'ultima i prescritti controlli.

Deve in proposito rilevarsi che, secondo il disposto di cui all'art. 32 del d.lgs. 50/2016, sono attribuiti a tale organo «tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti» (comma 3); lo stesso cura, tra l'altro, «il corretto e razionale svolgimento delle procedure».

9.1.2. Nell'esercizio di tale potere di ordine generale il RUP non può, tuttavia, giungere fino a sostituire le proprie valutazioni a quelle svolte dalla commissione tecnica, essendo la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico attribuita, dall'art. 77 comma 1 del citato d.lgs. 50/2016, a tale organo, il quale deve essere costituito da «esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto».

9.1.3. Il delineato riparto di competenze non ha, peraltro, natura meramente formale, rilevando in

materia anche il disposto di cui all'art. 84 del codice dei contratti che, nel richiedere specifici requisiti di professionalità dei componenti, «dimostra che la valutazione delle offerte sia rimessa in via esclusiva alla commissione e non possa essere surrogata dalla stazione appaltante che, al più, potrebbe formulare rilievi e stimolare un riesame della valutazione condotta, ma giammai provvedere in sostituzione di essa, ponendosi altrimenti nel nulla le stesse garanzie di professionalità prescritte dal codice»; esiste, pertanto, una «chiara ripartizione di compiti e funzioni tra la commissione, a cui è rimessa la valutazione del merito delle proposte con l'attribuzione del relativo punteggio, e la stazione appaltante che, pure per il tramite del RUP, svolge controlli in ordine alla legittimità della procedura, anche verificando l'operato della Commissione, ma senza tuttavia potersi sostituire alle sue valutazioni di merito» (TAR Campania, sez. I, 3 gennaio 2022, n. 42).

9.1.4. Nel caso di specie il RUP – pur esercitando quella che, per quanto detto, certamente è una propria competenza, oltre che un dovere d'ufficio - ha dapprima chiesto alla commissione di fornire i chiarimenti ritenuti necessari in merito alle valutazioni dalla stessa svolte con riferimento ai criteri A.1, A.2, B.1, avendo rilevato delle incongruenze necessitanti di un approfondimento; successivamente, tuttavia, pur non avendo ottenuto i chiarimenti richiesti (essendosi, come detto, solo due componenti della commissione, peraltro individualmente, limitati a confermare di avere svolto le proprie valutazioni nel rispetto dei criteri stabiliti e di essere disponibili ad approfondire i rilievi sull'offerta economica), lo stesso ha proceduto a una vera e propria rivalutazione soggettiva dell'offerta, sovvertendo in tal modo le risultanze dei lavori della commissione.

Quest'ultima aveva, infatti, (come peraltro ribadito dai due commissari, cfr. punto 1.3. che precede) valutato l'offerta, con riferimento ai profili critici, in termini di piena idoneità e meritevolezza del punteggio assegnato, facendo applicazione dei criteri e punteggi previsti dal disciplinare di gara.

9.1.5. Come recentemente affermato dal Consiglio di Stato (che ha, sul punto, riformato la sentenza di primo grado, la quale aveva invece sostenuto l'opposta tesi secondo cui competesse al RUP il rilievo di una difformità progettuale e la ritenuta inadeguatezza dell'offerta, già tuttavia positivamente valutata dalla commissione) il RUP, nell'esercizio del proprio potere di verifica sulla regolarità della procedura, non può sostituire alle valutazioni discrezionali della commissione, «organo tecnico munito della necessaria preparazione ed esperienza professionale nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del

contratto, inteso in modo coerente con la molteplicità delle competenze richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare», il proprio «opposto, soggettivo e autonomo giudizio sui medesimi profili di “accettabilità” dell’offerta tecnica già vagliati dalla stessa Commissione», spettando, secondo le disposizioni sopra citate, a quest’ultima l’attività di valutazione e qualificazione delle proposte progettuali, connotata da «un ampio margine di discrezionalità tecnica, con conseguente insindacabilità nel merito delle valutazioni e dei punteggi attribuiti, ove non inficiate da macroscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza manifesta (Cons. Stato, V, 1.2.2022, n. 696, Id. 3 maggio 2019, n. 2873; Cons. Stato, sez. III, 14 novembre 2017, n. 5258; Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2015, n. 601; Cons. Stato, V, 11 dicembre 2015, n. 5655; 7 marzo 2014 n. 1072)» (Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2023 n. 2512).

9.1.6. Rileva, peraltro, il Collegio che, come correttamente eccepito nell’ambito del I motivo del ricorso introduttivo, l’art. 95 comma 12 del d.lgs. 50/2016, espressamente richiamato dal RUP a fondamento del potere esercitato, nel prevedere che «le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all’aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all’oggetto del contratto» riguarda l’ipotesi, ben diversa da quella all’esame, in cui la valutazione di non convenienza e/o inidoneità sia «rapportata all’insieme complessivo delle offerte pervenute» (Cons. Stato, sez. III, 29 maggio 2023 n. 5231, che sul punto richiama id. sez. V, n. 4904 del 2021).

9.1.7. Parimenti il punto C) della sezione 4.1.1. del disciplinare, nell’individuare gli elementi che l’offerta non deve contenere (cioè maggiori oneri economici, elementi proposti sotto condizione di variazioni del prezzo, soluzioni tecniche ambigue o condizionate) non altera, ad avviso del Collegio, in alcun modo il riparto di competenze emergente dalla normativa delineata.

9.1.8. Pertanto, indipendentemente dalla correttezza e fondatezza dei rilievi tecnici svolti dal RUP, comunque contestati dalla ricorrente - la quale ha, altresì, sul punto evidenziato che essendo l’appalto affidato ai sensi dell’art. 48 comma 5 del d.lgs. 77/2021, dunque ponendo a base di gara solo uno studio di fattibilità, non fosse esigibile la produzione, nella stessa, di una progettazione avente il dettaglio preteso - l’impugnata esclusione si rivela viziata dai profili di violazione di legge ed eccesso di potere enucleati nel motivo all’esame, che deve quindi essere accolto.

10. A ciò consegue l’annullamento della disposta esclusione della ricorrente dalla procedura, nonché dei



provvedimenti alla stessa successivi, tra cui in particolare l'aggiudicazione disposta nei confronti della controinteressata, in quanto affetti da invalidità derivata; devono, invece, ritenersi assorbite tutte le altre censure svolte nel ricorso e nei motivi aggiunti, dovendo l'amministrazione resistente, in relazione alla natura del motivo accolto, rideterminarsi nel rispetto del sopra delineato ordine delle competenze.

10.1. Tale evenienza determina, altresì, la reiezione della domanda risarcitoria in forma specifica, conseguendo, come detto, alla presente decisione un nuovo esercizio del potere connotato da ulteriore discrezionalità valutativa dell'amministrazione; parimenti non può essere accolta la domanda di risarcimento dei danni per equivalente, spiegata dalla ricorrente in via subordinata, anche perché generica e priva del necessario supporto probatorio.

11. La peculiarità delle questioni affrontate e l'esito complessivo del giudizio costituiscono, infine, giustificati motivi per disporre la compensazione delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio sezione staccata di Latina (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti:

- li accoglie, nei termini e con gli effetti di cui in motivazione, con riferimento alla domanda ex art. 29 c.p.a. e, per l'effetto, dispone l'annullamento del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla procedura CIG -OMISSIS- nonché degli atti alla stessa conseguenti, tra cui la determinazione dirigenziale n. 2704 del 15 settembre 2023 di aggiudicazione della gara alla società controinteressata;
- respinge la domanda risarcitoria.

Spese compensate.

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

Così deciso in Latina nella camera di consiglio del giorno 18 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Savoia, Presidente

Francesca Romano, Consigliere

Emanuela Traina, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Emanuela Traina**

**IL PRESIDENTE**

**Riccardo Savoia**

**IL SEGRETARIO**