

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 7815 del 18 agosto 2023

Appalti misti di servizi e lavori – Relazione tecnica da allegare all’offerta – Numero massimo di pagine – Inosservanza – No esclusione se non previsto da *lex specialis*

Pubblicato il 18/08/2023

N. 07815/2023REG.PROV.COLL.

N. 09414/2022 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 9414 del 2022, proposto da (...) S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

(...) S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in (...);

Ministero (...), in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

(...), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso

dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12

nei confronti

(...) S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima) n. 1861/2022, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di (...) S.r.l., dell'(...) S.p.A., dell'(...) e del Ministero (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 marzo 2023 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati (...);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con bando pubblicato in data 31 gennaio 2022, (...) S.p.a. indiceva una procedura evidenziale preordinata all'aggiudicazione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di un appalto misto di servizi e lavori, consistente nell'affidamento delle attività di manutenzione ordinaria e straordinaria del Centro di prima accoglienza per immigrati, sito in località (...) nel Comune di (...), per una durata di 24 (ventiquattro) mesi, con possibilità di rinnovo per altri 12 (dodici) mesi.

Il valore massimo dell'appalto, comprensivo dei servizi opzionali, era pari a €3.610.385,54, oltre IVA e oneri di legge, di cui € 75.418,41 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso.

Il disciplinare di gara individuava, quale peso ponderato dell'offerta tecnica, l'85%

del punteggio mentre, con riferimento all'offerta economica, il residuo 15%. Lo stesso disciplinare prevedeva, inoltre, all'art. 18, che “a pena di esclusione, l'offerta tecnica [avrebbe dovuto] essere composta dalla [...] relazione unica (un unico documento) che illustr[asse] le qualifiche dell'offerente e l'adeguatezza dell'offerta, nonché le metodologie proposte per lo svolgimento dell'intervento”.

Era, inoltre, specificato che “la relazione unica [avrebbe dovuto] essere costituita da un massimo di 20 pagine incluse eventuali copertina ed indice se presenti”, con la precisazione che “il contenuto delle pagine successive al limite massimo indicato per ciascun elaborato non [sarebbe stato] preso in considerazione dalla Commissione ai fini della valutazione dell'offerta tecnica”.

Con riferimento alla struttura della ridetta relazione, il disciplinare prevedeva, quindi, che la stessa fosse composta di quattro sezioni dedicate rispettivamente a: 1) “Capacità professionale e adeguatezza dell'offerta”, per un numero massimo di pagine pari a 2, con specifici limiti editoriali; 2) “Competenza tecnica, organizzazione generale e risorse dedicate all'appalto”, per un numero massimo di pagine pari a 12; 3) “Soluzioni tecniche migliorative ed innovative per la salvaguardia dell'ambiente”, per un numero massimo di pagine pari a 6; 4) “Criteri premianti”.

Era, infine, chiarito che le certificazioni eventualmente allegate “non [avrebbero contribuito] al computo del massimo numero di pagine ammesse per la relazione unica”.

In definitiva, dal punto di vista quantitativo, il disciplinare prefigurava, per la prescritta relazione tecnica, un doppio limite di lunghezza: 20 pagine complessive (inclusi indice e copertina), e un limite specifico per ciascuna sezione.

Alla procedura partecipava, oltre all'odierna appellante (...) s.p.a., l'impresa (...) s.r.l., la quale produceva, a corredo dell'offerta tecnica, una relazione unica avente un numero complessivo di 27 pagine, di cui le ultime 4 riguardanti le certificazioni possedute.

All'esito della valutazione comparativa delle offerte, sotto il profilo tecnico ed economico, la Commissione valutatrice, in data 21 aprile 2022, formulava la propria proposta di aggiudicazione a favore della (...) S.p.a., che aveva conseguito il miglior punteggio pari a 67,943, pari alla sommatoria del punteggio tecnico (54,739) e del punteggio economico (13,204), per un corrispettivo contrattuale pari a € 2.082.384,65 (di cui € 652.105,71 per le attività di manutenzione ordinaria; € 1.380.000,00 per le attività di manutenzione straordinaria; € 50.278,94 per gli oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso), con un ribasso complessivo pari al 33,23000% sia per la manutenzione ordinaria che per la straordinaria.

Preso atto della proposta, ritenuta non anomala, la gara veniva quindi aggiudicata a (...) s.r.l.

L'aggiudicazione era impugnata, con ricorso dinanzi al T.A.R. per la Calabria, dalla (...) s.p.a., che ne lamentava, sotto plurimo profilo, l'illegittimità.

Nel rituale contraddittorio delle parti, con sentenza n. 1861 del 26 ottobre 2022, il Tribunale respingeva il ricorso.

Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, (...) s.p.a. impugnava la decisione, che assumeva complessivamente erronea ed ingiusta, auspicandone l'integrale riforma.

Nella resistenza della stazione appaltante e della controinteressata, alla pubblica udienza del 16 marzo 2023 la causa, sulle ribadite conclusioni delle parti, è stata riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- Con il primo motivo di doglianza, l'appellante lamenta *error in iudicando*, relativamente alla censura con la quale aveva vanamente evidenziato che, in base alla richiamata previsione dell'art. 18.2. del disciplinare di gara, l'offerta tecnica avrebbe dovuto essere integrata da una relazione unica, composta da un massimo di 20 pagine, inclusi l'eventuale copertina e l'indice, con espressa previsione che il contenuto delle pagine successive al limite massimo indicato non

avrebbe dovuto essere preso in considerazione dalla Commissione ai fini della propria valutazione.

Per contro, la relazione unica presentata da (...) s.r.l. constava di 27 pagine, delle quali le ultime quattro dedicate agli allegati, sicché le ultime tre pagine risultavano eccedenti il limite massimo e non avrebbero, perciò, dovuto essere valutate.

Più in dettaglio, assume criticamente: *a)* che a pagina 21 della relazione era stata completata la trattazione dell'offerta tecnica relativa al sub-criterio C.2, riguardante la “*Gestione dei rifiuti da cantiere e minimizzazione della distanza di approvvigionamento dei materiali e componenti*”, iniziata a pagina 20, ottenendo per tale sub-criterio il punteggio di 1,868 su 4, come risultante dal verbale n. 3; *b)* che relativamente al sub-criterio C.3, (...) aveva sviluppato interamente la propria offerta tecnica alle pagine 22 e 23 della relazione unica, ottenendo il punteggio di 2,132 su 4; *c)* che, per tal via, applicando con il necessario rigore la *lex specialis* di gara, l'aggiudicataria non avrebbe ottenuto alcun punteggio con riferimento al sub-criterio C.3 e, al più, avrebbe dovuto ottenere la metà del punteggio ad essa attribuito per il subcriterio C.2; *d)* che, in definitiva, così correttamente interpretando il disciplinare di gara, si sarebbe avuta una complessiva diminuzione del punteggio riportato per l'offerta tecnica di 3,068 che – sottratto al punteggio complessivo ottenuto per l'offerta tecnica – avrebbe, in tesi, determinato l'attribuzione a (...) s.r.l. di 51,671; *e)* che, anche a voler ritenere inalterato il punteggio ottenuto nella valutazione dell'offerta economica, pari a 13,204, il punteggio complessivo che la stessa avrebbe ottenuto sarebbe stato, sommando il punteggio dell'offerta tecnica al punteggio dell'offerta economica, di 64,875: con il quale la società avrebbe conquistato la terza posizione della graduatoria con aggiudicazione a favore dell'appellante che, come risultante dagli atti di gara, aveva ottenuto il punteggio più alto, per un totale di 67,006.

A fronte di ciò, la sentenza impugnata ha ritenuto – sull'argomentato assunto che il disciplinare fosse poco chiaro e che, quindi, se ne dovesse dare un'interpretazione che ricostruisse l'intenzione effettiva della stazione appaltante

ex art. 1362 c.c. – che la previsione del limite massimo dovesse essere riferita “alle pagine che compon[evano] ciascun capitolo che forma[va] la relazione”: e ciò in quanto, diversamente opinando – ossia considerando il termine “elaborato” quale sinonimo della relazione nel suo complesso e non, invece, dei singoli capitoli di cui detta relazione si componeva – non avrebbe avuto giustificazione né la previsione di un numero distinto di pagine per ciascuno dei suddetti capitoli né l’utilizzo del termine “ciascuno” riferito all’elaborato.

Motivazione che l’appellante assume complessivamente errata, a fronte della perspicuità e della chiarezza della *lex specialis*.

1.1.- Il motivo non è fondato.

Importa premettere, sotto un profilo generale, che – come ancora di recente ribadito dalla Sezione, con principio dal quale non sussistono ragioni per discostarsi (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2022, n. 8326) – la prescrizione sul numero massimo delle pagine della relazione tecnica allegata all’offerta deve essere interpretata *cum grano salis*, e in ogni caso (nei casi in cui la regola, sempreché sia formulata in termini inequivoci, sia accompagnata da una espressa e specifica sanzione escludente) nel senso che l’eventuale eccedenza quantitativa rispetto al limite prefigurato dalla *lex specialis* determini, in concreto, una alterazione valutativa dell’offerta (cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2012, n. 3677).

In tale prospettiva, il superamento del limite massimo di pagine previsto dal disciplinare di gara per la redazione dei documenti componenti l’offerta rappresenta una giusta ragione di censura del provvedimento di aggiudicazione solo se previsto a pena di esclusione dalla procedura di gara (il che non è nella vicenda in esame), e non invece nel caso in cui si preveda solamente che le pagine eccedenti non possano essere considerate dalla commissione ai fini della valutazione dell’offerta: in tale ultimo caso, infatti, il ricorrente, che intenda valorizzare la violazione, deve fornire prova – anche solo presuntiva – che la violazione si sia (non solo effettivamente, ma anche specificamente: cioè a dire con

riguardo alla puntuale incidenza dello sfioramento quantitativo sul margine di valutazione della proposta negoziale) tradotta in un indebito vantaggio per il concorrente a danno dell'altro (così Cons. Stato, sez. V, 5 luglio 2021 n. 5112; Id., 9 novembre 2020, n. 6857; Id., 2 ottobre 2020, n. 5777; Id., sez. III, 25 marzo 2021, n. 2516).

Ciò posto – e ribadito, perciò, che l'incidenza del (marginale) superamento del (complessivo) limite quantitativo può essere criticamente apprezzato solo in quanto si sia strumentalmente risolto in una posizione di vantaggio immeritevole – va osservato che, nella specie, la *lex specialis*, sia pure con un margine di ambiguità, prefigurava la 'non valutabilità' delle pagine in eccedenza solo per il superamento del limite quantitativo riferito a ciascuno dei criteri di valutazione previsti.

Sul punto, appare corretta la valutazione del primo giudice, laddove ha rimarcato che, in base ad una valutazione complessiva delle disposizioni disciplinari, il possibile stralcio avrebbe potuto riguardare, per l'appunto, solo le pagine dedicate ai singoli criteri di valutazione: e ciò perché diversamente opinando – ossia considerando il termine "elaborato" quale sinonimo della relazione nel suo complesso e non, invece, dei singoli capitoli di cui detta relazione si componeva – ne sarebbe sortito l'effetto paradossale per cui "*laddove il concorrente [avesse] redatto ciascun capitolo nel massimo consentito dalla tabella ma vi [avesse] anche aggiunto indice e/o copertina, si [sarebbe trovato] passibile di stralcio pur avendo rispettato la disposizione della legge di gara che, appunto, individuava un numero di pagine massimo per ciascun capitolo*".

Si tratta di una argomentazione condivisibile, che resiste, in quanto tale, alle formalizzate ragioni di doglianza.

2.- Con un secondo motivo di doglianza, (...) s.p.a. lamenta l'illegittimità degli atti impugnati per violazione di legge, nella parte in cui non si è valutato che l'offerta tecnica proposta dall'aggiudicataria era, asseritamente, carente di indicazioni indispensabili secondo quanto richiesto dagli artt. 95, comma 10, e 97 del d.lgs. 50/2016.

In particolare: *a)* l'aggiudicataria avrebbe indicato, quale soggetto facente parte *inter alios* della struttura di coordinamento e controllo, il “Referente Unico”, con disponibilità h 24 e 365 giorni l'anno: e, tuttavia, nella successiva tabella riepilogativa dei costi della manodopera, l'offerta tecnica non avrebbe dettagliato i costi relativi a tale referente, con la conseguente violazione dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. 50/2016, che richiederebbe l'esatta indicazione dei costi previsti per la manodopera da impiegare nell'appalto; *b)* inoltre, mentre nella tabella descrittiva della struttura organizzativa avrebbe indicato l'impiego di 11 operatori, nel dettaglio dei costi gli operatori presi in considerazione sarebbero stati solamente 9, di cui 4 con qualifica di III livello, 4 con qualifica di IV livello e 1 con qualifica di V livello: con il che, in sostanza, avrebbe evidenziato un numero di risorse che non trovava riscontro nei costi della manodopera.

Sul punto, censura la sentenza impugnata, che ha ritenuto infondato il motivo sull'assunto che l'obbligo di indicare i costi della manodopera opererebbe solo in riferimento alle figure professionali impiegate in via indiretta, potendo altrimenti farsi capo alla voce di costo relativa alle spese generali. A suo dire, per contro, il referente unico della commessa sarebbe stato impiegato, nel caso di specie, “a tempo pieno”, sicché il relativo costo avrebbe dovuto essere indicato.

2.1.- Il motivo non è fondato.

In premessa, vale ribadire il tradizionale orientamento per cui l'obbligatoria indicazione dei costi della manodopera, all'interno dell'offerta, si impone solo per i dipendenti impiegati stabilmente nella commessa, in quanto voce di costo che può essere variamente articolata nella formulazione dell'offerta per la specifica commessa; non, invece, per le figure professionali impiegate in via indiretta, che operano solo occasionalmente, ovvero lo fanno in maniera trasversale a vari contratti (ad es. il direttore del servizio), il cui costo non si presta ad essere rimodulato in relazione all'offerta da presentare per il singolo appalto (cfr. per tutte Cons. Stato, sez. V, 3 novembre 2020 n. 6786; Id., sez. III, 26.10.2020 n. 6530).

Alla luce di ciò, appare condivisibile la valutazione operata dal primo giudice, laddove ha ritenuto che la figura del “*referente unico*”, seppure deputata ad un intenso controllo sull’esecuzione della commessa oggetto di controversia, risultava “*comunque inserita nell’ambito della struttura di coordinamento e controllo*” e, con ciò, costituiva figura “*caratterizzata da compiti direttivi o di coordinamento*” e non invece – in assenza sia di *obblighi specifici da parte del bando* sia di *esplicita indicazione nell’offerta* – impiegata stabilmente ed in via esclusiva nella commessa medesima: non risultando, per tal via, illegittima la sua esclusione dal novero del costo della manodopera.

Condivisibile appare – in assenza di argomenti suscettibili di confutare la conclusione – l’osservazione per cui a diverso intendimento non potrebbe condurre la valorizzazione del prefigurato impegno della presenza giornaliera sul luogo di esecuzione del servizio: di là dal rilievo che, in concreto, non risulta che l’aggiudicataria si fosse impegnata, sul punto, in termini di esclusività, rimane dirimente la circostanza, non idoneamente confutata, che l’impegno orario di 40h settimanali e la reperibilità h 24 365 giorni l’anno fosse riferita al Referente ovvero ad un suo incaricato, peraltro non specificato come individuato in forma stabile o fissa, circostanza che depotenziava il carico del suddetto impegno ad un’unica persona fisica.

2.3.- Neppure fondato è l’ulteriore rilievo critico, relativo alla “*mancata corrispondenza tra gli operatori indicati nell’Offerta tecnica e quelli per i quali l’Offerta economica indica il costo*”.

Anche su questo profilo, condivisibilmente la sentenza impugnata ha ritenuto che la previsione, nella tabella della struttura operativa, di un quantitativo risorse indicate in un numero massimo (e, perciò, dunque potenzialmente variabile, a seconda delle esigenze) finiva per depotenziare l’asserita discrasia tra la suddetta tabella e l’indicazione del costo della manodopera nell’offerta economica: nel senso che la questione potrebbe, al più, porsi in termini di coerenza e ragionevolezza

complessiva dell'offerta, dell'attendibilità dell'offerta con riferimento alla struttura organizzativa nel complesso, aspetti sui quali l'appellante non si sofferma criticamente e che, del resto, attingono ad una sfera di valutazione tecnico-discrezionale riservata, in assenza di macroscopiche incongruenze, alla stazione appaltante.

3.- Sugli esposti rilievi, l'appello di rivela complessivamente infondato e merita di essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo che segue.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante alla refusione delle spese di lite, che quantifica in complessivi € 4.000, oltre accessori di legge, a favore di (...) ed in € 4.000, oltre accessori, a favore di (...) s.r.l.. Compensa le spese nei confronti del Ministero (...).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 marzo 2023 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE

Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO