

Publicato il 27/10/2022

N. 09165/2022REG.PROV.COLL.
N. 02817/2022 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2817 del 2022, proposto dalla società Caris Vrd s.r.l. in proprio e in qualità di mandataria del RTI con la società Seruso s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Giuseppe Tempesta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini n.30;

contro

il Comune di Monza, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Annalisa Bragante, Giancosimo Maludrottu e Paola Giovanna Brambilla, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

della società Masotina s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Bellocchio, Massimiliano Pozzi e Alberto Cappellini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di

Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Massimiliano Pozzi
in Roma, Lungotevere Marzio 3;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sede
di Milano (Sezione quarta), n. 164 del 25 gennaio 2022, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Monza e della società
Masotina s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 settembre 2022 il consigliere
Silvia Martino;

Viste le conclusioni delle parti, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società odierna appellante, partecipava alla gara di appalto per
l'affidamento, con il criterio del prezzo più basso, del servizio di selezione del
sacco multimateriale "leggero" (imballaggi in plastica, misti e imballaggi in
acciaio e alluminio – lattine e cassette in plastiche non CONAI), periodo
luglio 2021 - giugno 2023, per un totale di 24 mesi con opzione di rinnovo di
ulteriori 12 mesi, indetta dal Comune di Monza, classificandosi, all'esito della
gara, al secondo posto, dietro la società Masotina s.p.a..

1.1 Con ricorso proposto innanzi al T.a.r di Milano essa impugnava
l'aggiudicazione in favore della controinteressata, sulla base di cinque
articolati mezzi di gravame (da pag. 4 a pag. 27), successivamente integrati da
motivi aggiunti, articolati sulla base di tre ulteriori censure (da pag. 3 a
pag.10).

2. Nella resistenza del Comune di Monza e della società controinteressata, il
T.a.r., ha accolto le censure con cui erano stati dedotti il vizio di

incompetenza del Rup e il difetto di motivazione della valutazione del costo della manodopera quale risultante dall'offerta.

Gli atti impugnati sono stati pertanto annullati *“nei sensi e nei limiti di cui in motivazione”* e con l'indicazione conformativa di *“riaprire la gara per una nuova valutazione”*.

3. La sentenza è stata impugnata dalle originarie ricorrenti, rimaste soccombenti.

Esse ritengono la pronuncia lesiva dei propri interessi in quanto il giudice di primo grado ha respinto, o non ha esaminato, i motivi di ricorso con i quali le società avevano chiesto l'esclusione dalla gara della Masotina s.p.a. per la mancata allegazione del modello offerta firmato digitalmente, per l'inaffidabilità dell'offerta e per la modifica dell'offerta in sede di valutazione di congruità svolta dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 97, comma 6, ultimo periodo, d.lgs. n. 50/2016).

Inoltre, le indicazioni conformative, relativa alla rinnovazione della valutazione, sono state limitate alla sola congruità del costo del lavoro e non hanno riguardato, invece, la sostenibilità dell'offerta.

3.1. *Nello specifico, le società hanno dedotto:*

I. Error in iudicando, *violazione art. 58, d.lgs. n. 50/2016, art. 21, co. 2, d.lgs. n. 82/2005 s.m.i.; violazione del principio della par condicio competitorum; violazione della lex specialis (disciplinare di gara).*

Le appellanti, con il primo motivo di ricorso articolato in primo grado, avevano censurato l'aggiudicazione dell'appalto in favore della Masotina s.p.a., in quanto quest'ultima avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per omessa allegazione, a pena di esclusione, nella busta *“Offerta economica”*, del *“Modello offerta”* firmato digitalmente.

Questo adempimento è previsto dalla *lex specialis* a pena di esclusione, poiché il *“Modello Offerta”* reca l'indicazione del *“prezzo offerto (in cifre e in lettere) rispetto al valore posto a base di gara (€. 40,00/tonn) per la selezione dei materiali in ingresso”*, *“del Valore B: prezzo offerto (in cifre e in lettere) rispetto al valore posto a base*

di gara (€ 125,00/tonn) per la gestione della frazione estranea” e “del corrispettivo unitario offerto (in cifre e in lettere) espresso in Euro/ton. IVA esclusa (calcolato come da art. 4 del Capitolato speciale d'appalto)”, nonché “la percentuale di ribasso corrispondente al corrispettivo unitario”.

Il “Modello offerta” è, dunque, l'unico documento in cui il concorrente ha dichiarato la propria offerta, riportando la Busta “Offerta economica” un valore fittizio: “sconto percentuale di 0,01”.

Il primo giudice avrebbe disatteso il chiaro tenore della *lex specialis*, al riguardo, in quanto il concorrente non può allegare un modello “Multimateriale_leggero Mod Offerta” qualsiasi, ma soltanto quello firmato digitalmente.

Il T.a.r. non avrebbe considerato, altresì, che il “Documento Offerta”, di cui allo Step 4 della procedura prevista dal disciplinare di gara per l'invio dell'offerta, non contiene il valore dell'offerta economica del concorrente, ma soltanto “*valore meramente fittizio indicante lo sconto percentuale di 0,01*”. Quindi, il “Documento offerta” non può ritenersi “equipollente” del “Modello Offerta” (Step 3), non avendo “*carattere riassuntivo di tutti i dati dell'offerta predisposta dal ricorrente*”.

L'adempimento richiesto dal disciplinare di gara non può essere ricondotto a un puro formalismo, in quanto l'omessa allegazione nella Busta “Offerta economica” del “Modello offerta” firmato digitalmente non consente di attribuire all'offerta della Masotina s.p.a. l'impegno giuridico -economico di una valida offerta in sede di gara pubblica, perché l'unico documento che contiene l'offerta economica è privo di un suo requisito essenziale: la firma dell'offerente.

II. Error in iudicando, *violazione degli artt. 83, 95, 97, co.6, d.lgs. n. 50/2016, violazione dei criteri di verifica dell'anomalia dell'offerta, dei principi di immutabilità dell'offerta e della par condicio competitorum, illogicità e irragionevolezza della valutazione di congruità effettuata dal RUP. Contraddittorietà. Omessa pronuncia sulle censure sollevate.*

Il T.a.r. ha ritenuto che *“Il secondo motivo del ricorso introduttivo e il primo motivo aggiunto sono fondati con riferimento alla valutazione di congruità dei costi della manodopera effettuata dal RUP nella relazione prot. n. 115561 del 21.6.2021”*, concludendo che: *“l'accoglimento dei vizi di incompetenza e di difetto di motivazione con riferimento alla valutazione di congruità del costo del lavoro, comporta che, all'esito della decisione, la stazione appaltante è tenuta a riaprire la gara per una nuova valutazione”*.

La decisione non è tuttavia congruente con i vizi di legittimità sollevati e le domande formulate dalle odierne appellanti.

Le società hanno sottolineato che, nel corso del procedimento di gara, il responsabile del servizio centrale unica acquisti del Comune di Monza, con nota del 14.5.2021, prot. n. 0092146, richiamata la *lex specialis* ha disposto che in caso di offerte inferiori a 5 le offerte fossero trasmesse al RUP *“per l'eventuale valutazione di congruità di cui all'art. 97, co. 6, ultimo periodo, del d.lgs. 50/2016 s.m.i.”*.

Il T.a.r. ha ritenuto che, dalle richiamate disposizioni, discenda l'obbligo *“per la stazione appaltante di procedere, prima dell'aggiudicazione, alla verifica del rispetto del costo del personale di cui alle tabelle ministeriali, ciò anche laddove – come accade nel caso di specie – non si verta in ipotesi di offerta da sottoporre al giudizio di anomalia in forza di quanto previsto dall'art. 97, d.lgs. n. 50/2016 (cfr. TAR Puglia, Lecce, Sezione III, 18.6.2019, n. 1065; 16.3.2020, n. 329; TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 1.6.2020, n. 978)”*.

Il T.a.r. si è quindi limitato a fare riferimento all'obbligo della Stazione appaltante di verificare, *“sempre e comunque”*, il rispetto dei minimi salariali da parte dell'aggiudicataria, mentre, nel caso di specie, la Stazione appaltante, nel rispetto della *lex specialis*, ha svolto il procedimento di valutazione di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria, ai sensi dell'art. 97, co. 6, ultimo periodo, d.lgs. n. 50/2016, seppur concludendo tale verifica erroneamente, in quanto l'offerta della Masotina s.p.a. è stata ritenuta *“non anomala”*.

Pertanto, la decisione del giudice di primo grado, secondo il quale la Stazione appaltante deve effettuare, nel caso di specie, una valutazione di congruità, “che è diversa da quella di anomalia”, ordinando di “riaprire la gara” per una nuova valutazione di congruità del costo del lavoro, avrebbe stravolto la procedura di gara, in quanto la Stazione appaltante ha svolto una valutazione facoltativa di congruità dell’offerta della Masotina s.p.a., ai sensi dell’art. 97, co. 6, ultimo periodo, d.lgs. n. 50/2016 s.m.i. nel rispetto delle prescrizioni *della lex specialis*.

Il T.a.r., sia pure accogliendo la censura relativa al giudizio del RUP, sotto il profilo del difetto motivazione, l’ha tuttavia respinta *“con riferimento alla denunciata differenza con i costi quantificati nella lex specialis, in considerazione del fatto che il bando contiene una valutazione di massima che non tiene conto della quantità di personale proposta nell’offerta e non contestata nel caso specifico. A ciò si aggiunge, nel caso specifico che, non essendo prevista dal bando la clausola sociale, non esisteva alcun obbligo dell’offerente di farsi carico dei costi del personale in essere nell’appalto precedente e quindi i costi del personale sono connessi solo a quanto indicato nell’offerta”*.

La ricorrente sottolinea tuttavia che la differenza notevole tra il costo complessivo della manodopera indicato dall’aggiudicataria nella fase di valutazione di congruità per l’intero periodo dell’appalto (€ 160.520,28 per due anni e € 240.780,42 per tre anni in caso di rinnovo) e la previsione della stazione appaltante negli atti di indizione della gara (importo complessivo previsto per l’affidamento è pari a € 760.000 “di cui costi per la manodopera presunti stimati pari a € 367.321,50”) sarebbe significativa dell’inaffidabilità dell’offerta della Masotina s.p.a..

Quanto alla reiezione dell’ulteriore profilo di censura relativo al mancato rispetto del CCNL idoneo allo svolgimento l’appellante ha ribadito che dalle giustificazioni offerte dalla controinteressata risulta impossibile individuare esattamente il livello applicato al personale utilizzato per lo specifico appalto nonché rilevare direttamente il costo orario, poiché nelle tabelle fornite

dall'aggiudicataria sono indicati soltanto valori su base mensile della retribuzione lorda.

III. Error in iudicando. *Violazione degli artt. 97, co. 6 e 83, co. 9 d.lgs. 50/2016, violazione dei principi di immodificabilità dell'offerta e della par condicio competitorum, illogicità e irragionevolezza della valutazione di congruità effettuata dal RUP. Omessa pronuncia.*

Il primo giudice avrebbe quindi erroneamente mancato di esaminare le censure relative all'incongruità dell'offerta della Masotina s.p.a. e, comunque, all'illegittima conduzione ed esito della valutazione di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria effettuata dal RUP.

In particolare, la società controinteressata non avrebbe dimostrato come recupera la differenza di costo in aumento della manodopera nell'ambito delle altre voci di cui usualmente si compone l'offerta (personale, attrezzature, materiale di consumo, spese amministrative e generali, utile).

A ciò si aggiunga che la società non avrebbe prodotto nessun documento giustificativo, né *“prospetto analitico delle singole voci relative ai costi della sicurezza e dei relativi importi”* come richiesto dal RUP.

Inoltre, non sarebbe stata data valida risposta alla richiesta del RUP volta alla conferma che il prezzo offerto non risultasse modificato in conseguenza delle variazioni di costi del personale.

La modifica in aumento, in sede di giustificazioni, del costo della manodopera, nella misura del 25% e degli oneri per la sicurezza, quadruplicati rispetto ai costi dichiarati nell'offerta, avrebbe alterato la consistenza dell'offerta attraverso la modifica di elementi costitutivi essenziali.

IV. *Error in iudicando, violazione degli artt. 31 e 77 d.lgs. n. 50/2016, art. 6 l. n. 241/1990 s.m.i., Linee guida ANAC n. 3, art. 19 regolamento sui contratti del Comune di Monza, determinazione a contrarre n. 475/2021.*

Il giudice di primo grado ha ritenuto fondato il quinto motivo del ricorso introduttivo perché *“dall'esame degli atti di gara risulta che le funzioni di RUP della procedura di gara sono state svolte dalla dott.ssa Valentina Guelpa, senza che risulti*

alcuna delega specifica. Nemmeno in senso opposto può ritenersi che le funzioni della dott.ssa Laura Brambilla fossero limitate alla fase successiva all'aggiudicazione, a cagione della chiarezza del dettato della determinazione a contrattare che fa riferimento anche alla fase della procedura di affidamento.

Né può ritenersi che il RUP potesse essere di fatto persona diversa da quella indicata nella determinazione a contrarre, in quanto tale atto costituisce la prima fase della procedura di gara (art. 32, co. 2, d.lgs. 18.4.2016, n. 50) e in quanto solo la nomina radica la competenza all'adozione degli atti endoprocedimentali ai sensi dell'art. 5 della l. 241/90 e in particolare della valutazione di congruità dell'offerta'.

Anche in questo caso vi sarebbe stata una parziale e riduttiva valutazione delle censure delle appellanti le quali, nel richiamare la disciplinare recata dall'art. 77 del Codice dei contratti pubblici circa l'imparzialità/terzietà dei soggetti chiamati a valutare le offerte rispetto ai soggetti che si sono occupati della fase della progettazione, avevano richiamato il regolamento dei contratti del Comune di Monza, secondo cui *“l'analisi e la valutazione della documentazione amministrativa, nonché la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione, sono svolte dal Responsabile unico del procedimento, assistito da due testimoni”* (art. 19, comma 1). Il comma 2 della medesima dispone che il Segretario generale del Comune possa istituire *“con provvedimento motivato un seggio di gara ad hoc”*.

Nessuna di tale modalità sarebbe stata seguita nella fattispecie.

In particolare, la determinazione a contrarre n. 475/2021 attribuisce alla dott.ssa V. Guelpa la responsabilità del procedimento per le fasi della progettazione e dell'esecuzione, mentre per le fasi della procedura di affidamento e di controllo sugli atti delle procedure di affidamento, la responsabilità è attribuita alla dirigente del settore organizzazione, centrale unica acquisti, dott.ssa L. Brambilla.

Senonché, è poi accaduto che l'attività del RUP sia stata svolta illegittimamente dalla dott.ssa V. Guelpa.

Le società appellanti hanno sottolineato che nell'appalto da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo le offerte possono essere valutate: a) dal RUP quale

organo monocratico, previa motivata verifica circa l'assenza nel caso di specie di motivi ostativi; b) da un seggio di gara o da un ufficio istituito *ad hoc*, sulla base di disposizioni organizzative interne della stazione appaltante, ovvero del segretario generale dell'ente locale; c) dal dirigente non RUP, quale presidente di un organo collegiale.

Nel caso di specie, le fasi dell'affidamento e la correlata valutazione delle offerte delle concorrenti sono state svolte dal dirigente del Settore ambiente e dal RUP, modalità questa non prevista da alcuna norma primaria, ovvero sub-primaria vincolante (Linee guida ANAC n. 3, in forza del richiamo di cui all'art. 31), né dalle prescrizioni regolamentari della Stazione appaltante, in precedenza richiamate.

In sostanza, l'intera procedura di affidamento dell'appalto, sarebbe stata condotta da soggetti incompetenti.

L'accoglimento del quinto motivo di ricorso in primo grado, avrebbe quindi dovuto condurre all'integrale rinnovazione della procedura di gara, a partire dall'esame e valutazione delle offerte;

V. Error in iudicando: *violazione artt. 32, co. 8, d.lgs. n. 50/2016; 8, co. 1, d.l. n.76/2020, conv. In l. n.120/2020; 3 l. n. 241/1990 s.m.i.. Omessa pronuncia.*

La Stazione appaltante ha ritenuto di procedere alla consegna in via di urgenza del servizio in favore della Masotina s.p.a., nelle more della stipula del contratto.

Questa decisione sarebbe inficiata da illegittimità propria nonché derivata da quella che affligge l'aggiudicazione dell'appalto in favore della controinteressata.

VI. Le appellanti hanno infine lamentato il fatto che il T.a.r. abbia compensato le spese di lite in quanto non sarebbero ravvisabili i presupposti della soccombenza reciproca.

4. Si sono costituiti, per resistere, il Comune di Monza e la società controinteressata.

5. Le parti hanno depositato ulteriori memorie: in data 6 settembre e 10 settembre 2022 l'appellante; in data 9 settembre 2022 il Comune e la società controinteressata.

6. L'appello, infine, è stato trattenuto per la decisione alla pubblica udienza del 22 settembre 2022.

7. In via preliminare debbono essere respinte le eccezioni preliminari sollevate dal Comune di Monza in ordine all'ammissibilità del presente appello.

7.1. Per quanto riguarda l'interesse a ricorrere, è del tutto evidente la maggiore satisfattività per le ricorrenti dell'eventuale accoglimento del primo motivo di ricorso articolato in primo grado, relativo all'illegittimità della mancata esclusione dalla gara della società controinteressata, rispetto alla pronuncia impugnata il cui effetto conformativo comporta soltanto la (parziale) rinnovazione della fase di valutazione delle offerte.

Nella prima ipotesi, l'effetto conformativo derivante dalla pronuncia di annullamento è infatti in grado di assicurare direttamente al raggruppamento appellante, secondo classificato, il conseguimento dell'aggiudicazione del contratto cui aspira, ferme restando le ulteriori verifiche previste dalla disciplina di gara.

7.2. Per la stessa ragione sono destituite di fondamento le deduzioni del Comune in ordine all'inammissibilità della domanda di "esclusione" della società controinteressata in quanto la stessa sarebbe stata formulata solo in appello.

Il primo motivo articolato in primo grado censurava infatti proprio la mancata esclusione di quest'ultima per un vizio attinente alla presentazione dell'offerta economica, essendo del tutto irrilevante che non sia stata esplicitamente formulata – accanto alla domanda di annullamento dell'aggiudicazione e di subentro nel contratto eventualmente stipulato nelle more – anche una "domanda di esclusione".

A tale proposito va ricordato che gli effetti delle pronunce giurisdizionali sono stabiliti dalla legge e non sono disponibili dalle parti né dal giudice (cfr.,

sul punto, Cons. Stato, Adunanza plenaria n. 4 del 2015).

Quest'ultimo è al più vincolato dalla graduazione dei motivi dedotti dalle parti ma non dagli effetti dalle stesse eventualmente pretesi i quali scaturiscono dalla legge e, solo in casi eccezionali (come nelle ipotesi disciplinate dall'art. 122 c.p.a.), da una valutazione rimessa all'apprezzamento discrezionale del giudice medesimo.

Nei limiti della domanda, il giudice è poi tenuto ad individuare gli effetti della sentenza, intendendo come tali quelli derivanti dal suo contenuto accertativo, conformativo ed eventualmente di condanna, attraverso l'indicazione delle misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio ovvero anticipando quelle necessarie all'attuazione del giudicato, così come oggi espressamente previsto dall'art. 34, c.p.a.

Questa disposizione (cfr. ad esempio il comma 1, lett. e) che consente oggi al giudice, già in sede di cognizione, di disporre *“le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato”*, ovvero, la lett. c) del medesimo comma relativo alle *“misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio”*) ha dato consistenza positiva all'“effetto ripristinatorio” ed all'“effetto conformativo” delle pronunce di annullamento.

In tal senso, anche l'art. 113, comma 1, c.p.a. - sia pure ai limitati fini dell'individuazione del giudice competente per l'ottemperanza al giudicato - fa espresso riferimento al *“contenuto dispositivo e conformativo”* dei provvedimenti del giudice amministrativo

L'individuazione degli effetti “conformativi” dell'annullamento va poi rapportata ai vizi dedotti.

Pertanto, l'annullamento di un provvedimento di aggiudicazione di un contratto pubblico dovuto all'accertamento in sede giurisdizionale dell'esistenza di una causa di esclusione, non rilevata dall'Amministrazione, non può che essere l'esclusione dell'impresa, indipendentemente dal fatto che la parte ricorrente abbia o meno specificamente chiesto al giudice di

esplicitare l'esclusione quale effetto conformativo derivante dalla pronuncia di annullamento.

7.3. Nel caso di specie, l'interesse a ricorrere si apprezza peraltro anche con specifico riferimento alle censure riguardanti la mancata, o, comunque, illegittima valutazione della congruità dell'offerta di Masotina.

Le indicazioni conformative date dal primo giudice hanno infatti limitato la rinnovazione delle operazioni di gara ad uno specifico profilo (quello relativo alla verifica del rispetto dei minimi retributivi *ex art.* 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016), laddove le censure articolate in primo grado dalle ricorrenti erano finalizzate a dimostrare il difetto di motivazione del giudizio di congruità emesso dal RUP in rapporto all'asserita, complessiva inaffidabilità dell'offerta dell'aggiudicataria, con l'auspicata esclusione dell'offerta dell'aggiudicataria (per un diverso ed ulteriore profilo rispetto a quello, dedotto *in primis*, della carenza di un requisito di ammissione dell'offerta medesima).

7.4. Infine, con specifico riferimento alla fase di valutazione delle offerte, le appellanti avevano dedotto anche una censura di incompetenza sia del RUP, dottoressa G. (in quanto designata nella determina a contrarre per curare gli adempimenti relativi alla progettazione ed esecuzione dell'appalto), sia, più in generale, del seggio di gara (composto dalla predetta e dal dirigente del Settore ambiente), in quanto tale modalità non sarebbe prevista da alcuna norma né disposizione regolamentare della stazione appaltante.

Nella prospettazione delle ricorrenti, le indicazioni conformative date dal T.a.r. non sarebbero coerenti con l'accoglimento della censura la cui fondatezza avrebbe dovuto comportare l'integrale rinnovazione di tale segmento procedimentale.

7.4.1. A tale riguardo – facendo seguito alla discussione che si è svolta in sede di udienza pubblica – è opportuno precisare che nella fattispecie non trova applicazione il principio, approfondito dalla decisione n. 5 del 2015 dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio, secondo cui nel giudizio

impugnatorio di legittimità in primo grado la parte può graduare, esplicitamente e in modo vincolante per il giudice, i motivi e le domande di annullamento ad eccezione dei casi in cui, *ex art. 34, comma 2, c.p.a.*, il vizio si traduca nel mancato esercizio di poteri da parte dell'autorità per legge competente e quindi comporti, per la sua radicalità, l'assorbimento di ogni altra censura eventualmente dedotta.

Come già statuito dalla Sezione in fattispecie analoga (sentenza n. 5201 del 2022), i vizi relativi alla composizione della commissione giudicatrice e/o alla nomina del RUP non configurano un vizio di incompetenza (nel senso inteso dall'art. 29 del c.p.a.), ma semmai un vizio di violazione di legge e, in particolare, della disciplina recata dall'art. 77 del Codice dei contratti in ordine ai requisiti e alle modalità di nomina dei commissari.

A maggior ragione, nel caso in esame (in cui non era obbligatoria la nomina di una commissione giudicatrice), la violazione della previsione della determina a contrarre ovvero del regolamento della stazione appaltante circa l'individuazione dei funzionari competenti a valutare le offerte, non poteva determinare gli effetti preclusivi previsti dall'art. 34, comma 2, c.p.a.

Tuttavia è evidente che, nel caso in esame, le stesse ricorrenti avessero implicitamente graduito il motivo rubricato al n. 5 del ricorso di primo grado, attribuendogli, nell'ambito delle censure rivolte avverso la valutazione delle offerte (ivi compreso il giudizio di congruità svolto dal RUP), una priorità logica poiché volto a privare di ogni efficacia tutti gli atti della procedura svolti dai funzionari della stazione appaltante, in ipotesi privi dei necessari requisiti e/o non correttamente designati.

Deve in definitiva convenirsi con le appellanti che, anche in questo caso, l'accoglimento del motivo in esame avrebbe dovuto comportare un effetto conformativo più ampio di quello, invece, delineato dal T.a.r.

8. Ciò posto, il Collegio reputa peraltro fondato, nonché assorbente ai fini dell'accoglimento del gravame, il primo motivo di ricorso articolato in primo grado, con il quale le appellanti hanno dedotto che la società controinteressata

avrebbe dovuto essere esclusa per la mancata allegazione del modello di offerta economica munito di firma digitale.

Al riguardo, si osserva quanto segue.

8.1. Giova anzitutto richiamare il contenuto del disciplinare di gara.

La procedura di scelta del contraente è stata condotta in forma telematica previa la registrazione dell'operatore economico alla piattaforma della Regione Lombardia denominata "Sintel" e la successiva predisposizione di una "busta telematica" contenente la documentazione amministrativa e una "busta telematica" contenente l'offerta economica.

Nello specifico, per quanto riguarda l'offerta economica il disciplinare (Sezione V) prevede quanto segue.:

“- Step 3 (Busta economica)

La gestione dello Step 3 –Busta economica- sulla piattaforma Sintel verrà effettuata mediante la

modalità off-line.

Il concorrente dovrà inserire negli appositi campi:

- nel campo “offerta economica” il concorrente dovrà indicare un valore meramente fittizio indicante lo sconto percentuale di 0,01 (in cifre);

- nel campo “di cui costi della sicurezza afferenti l'attività svolta dall'operatore economico” l'ammontare dei costi della sicurezza relativi ai rischi specifici della propria attività d'impresa previsti per l'esecuzione del servizio;

- nel campo “di cui costi del personale” il proprio costo della manodopera relativo alla presente gara, ai sensi dell'art. 95 comma 10 del D. Lgs. n. 50/2016;

- nel campo “di cui costi della sicurezza derivanti da interferenze” gli oneri della sicurezza indicati

dalla Stazione Appaltante per la presente gara: indicare 0 (zero).

Il concorrente dovrà allegare, a pena di esclusione, nella busta Offerta economica, il modello “Multimateriale_leggero Mod_Offerta” firmato digitalmente, in cui dovrà specificare:

1) l'indicazione del Valore A: prezzo offerto (in cifre ed in lettere) rispetto al valore posto a base di

gara (€ 40,00/tonn) per la selezione dei materiali in ingresso, espresso in Euro/ton. IVA esclusa;

2) l'indicazione del Valore B: prezzo offerto (in cifre ed in lettere) rispetto al valore posto a base di

gara (€ 125,00/tonn) per la gestione della frazione estranea (che ai soli effetti del calcolo per l'aggiudicazione, viene indicata nella percentuale del 20% del materiale in ingresso) espresso in Euro/ton. IVA esclusa;

3) l'indicazione del corrispettivo unitario offerto (in cifre ed in lettere) espresso in Euro/ton. IVA esclusa (calcolato come da art. 4 del Capitolato Speciale d'Appalto);

4) L'indicazione ai sensi dell'art. 95, comma 10, del D. Lgs. n. 50/2016 e s.m.i. del costo della

manodopera e dell'ammontare dei costi della sicurezza interni relativi ai rischi specifici della propria attività d'impresa previsti e stimati per l'esecuzione e per tutta la durata dell'appalto.

Il concorrente dovrà allegare il prospetto analitico delle singole voci e dei relativi importi.

[...].

- Step 4 (Firma digitale dell'offerta)

Il concorrente deve allegare il "documento d'offerta" scaricato dalla piattaforma e firmato digitalmente come segue:

1. scaricare il documento d'offerta, tramite l'apposito pulsante;

2. firmare digitalmente il documento scaricato;

3. caricare il documento tramite il pulsante "Sfogli" e cliccare su "Effettua il caricamento/ upload del file selezionato".

In caso di R.T.I., l'offerta economica deve essere sottoscritta digitalmente, a pena di esclusione e di

inammissibilità alla procedura di soccorso istruttorio, da tutte le imprese che compongono il raggruppamento.

- Step 5 (Riepilogo ed invio offerta)

Al quinto step del percorso guidato “Invia offerta” l’operatore economico visualizza il riepilogo di tutte le informazioni componenti la propria offerta. L’operatore economico, per concludere il percorso guidato ed inviare l’offerta, deve cliccare l’apposito tasto “Invia offerta”.

8.2. Il T.a.r. ha ritenuto che *“Dall’esame delle norme di azione risulta chiaro che la sottoscrizione digitale del modello “Multimateriale_leggero Mod Offerta” non è richiesta a pena di esclusione in quanto la norma della gara sancisce con l’esclusione solo la mancata allegazione, nella busta Offerta economica, del modello “Multimateriale leggero Mod Offerta”.*

Il principio di tassatività delle cause di esclusione e il principio di massima partecipazione alle gare escludono che la causa di esclusione possa essere estesa anche alla mancata firma digitale del suddetto modello, trattandosi di profilo diverso non specificamente sanzionato con l’esclusione”.

Inoltre, *“Nemmeno l’esclusione può desumersi dall’art. 83, co. 9, d.lgs. n. 50/2016 in quanto nel caso di specie il disciplinare di gara prevede, oltre alla firma del modello “Multimateriale_leggero Mod Offerta”, anche la sottoscrizione digitale del “Documento offerta”, predisposto nello Step successivo all’invio dell’offerta (Step 4) e precedente allo Step 5 che consiste nel “Riepilogo e invio dell’offerta”. Il documento offerta ha carattere riassuntivo di tutti i dati dell’offerta predisposta dal ricorrente e di conseguenza è stato correttamente ritenuto equipollente del Modello Offerta predisposto nello Step 3. Infatti, la legge non prevede alcuna duplicazione di firme dell’offerta economica, a differenza di quanto richiesto dalla piattaforma informatica in uso, con la conseguenza che deve ritenersi sufficiente una firma soltanto, in mancanza di contestazioni in merito al diverso contenuto dei documenti redatti nei diversi Step previsti dalla procedura”.*

8.3. Relativamente all’interpretazione degli atti di gara, trovano applicazione le norme in materia di interpretazione dei contratti.

L’art. 1362, comma 1, cod. civ. impone di ricercare la “comune intenzione delle parti” senza limitarsi al senso letterale delle parole.

La giurisprudenza ha tuttavia chiarito che il significato letterale costituisce criterio prioritario dell’operazione interpretativa cui vanno affiancati gli altri

criteri - tra cui, in particolare, il criterio logico - sistematico di cui all'art. 1363 cod. civ. – solo se le espressioni utilizzate risultino incoerenti con altri indici rivelatori di una diversa volontà dei contraenti.

Pertanto, “*qualora il criterio letterale risulti sufficiente a dire il risultato che le parti intendevano conseguire, l'operazione ermeneutica deve ritenersi utilmente, quanto definitivamente, conclusa*” (Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2022, n. 4731).

La dovuta prevalenza da attribuire alle espressioni letterali, se chiare, contenute nel bando esclude ogni ulteriore procedimento ermeneutico inteso ad evidenziare significati inespressi e impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti e la parità di trattamento tra i concorrenti (*ex plurimis*. Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 2021, n. 5970).

L'interpretazione letterale è quella che attiene al significato immediatamente evincibile dal tenore letterale delle parole utilizzate e dalla loro connessione (Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2022 n.3452).

8.4. Il Collegio reputa che, nella fattispecie, la disciplina di gara, in precedenza trascritta, non presenti alcuna ambiguità e che, secondo una piana interpretazione letterale della clausola riportata nello *step* 3, la sanzione dell'esclusione sia chiaramente riferita alla mancata allegazione del modello di offerta economica “*firmato digitalmente*”.

Non ha infatti alcun senso scindere, come fatto dal primo giudice, l'“allegazione” dalla “firma”, poiché senza quest'ultima l'offerta economica è *tamquam non esset*.

Solo la firma digitale (come in passato la firma cartacea), assicura la paternità dell'offerta, l'assunzione di responsabilità in ordine al suo contenuto e l'impegno giuridicamente vincolante del concorrente.

La firma rappresenta, cioè, un elemento costitutivo dell'offerta che, nel caso in esame, era contenuta nel modello previsto dallo *step* 3.

8.4.1. Va soggiunto che nemmeno l'interpretazione sistematica del disciplinare consente di individuare forme “equipollenti” di sottoscrizione dell'offerta economica.

Al riguardo, vanno confutate le determinazioni del seggio di gara, riportate nel verbale della terza seduta, ed avallate dal primo giudice, secondo cui la mancanza della firma digitale in calco all'allegato "Multimateriale_leggero Mod_Offerta" *"non comporta l'esclusione dalla gara sia per la sussistenza della sottoscrizione del documento offerta sia per il procedimento seguito per la presentazione dell'offerta che offre adeguate garanzie in merito all'inviolabilità della stessa, alla sua riconducibilità a un determinato operatore economico e alla dimostrata sussistenza di un nesso indissolubile tra la volontà negoziale del concorrente e i contenuti dell'offerta economica, attestandone la provenienza e la veridicità.*

Argomentazione quest'ultima ulteriormente supportata dal sistema di svolgimento della procedura di gara telematica, che prevede il caricamento della documentazione previa registrazione e creazione di un account accreditato all'accesso alla piattaforma e che, proprio per queste due caratteristiche, offre adeguate garanzie in merito all'accertamento della provenienza, all'immodificabilità, inviolabilità dell'offerta e alla conseguente riconducibilità ad un determinato concorrente della stessa (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 19 marzo 2020, n. 1963).

Peraltro, il sistema e-procurement "Sintel" di Regione Lombardia non ha generato, all'atto della presentazione dell'offerta, una risposta che segnalasse un'anomalia, facendo quindi legittimamente presupporre la regolarità dell'invio da parte del concorrente".

8.4.2. In contrario, si osserva che la circostanza che la procedura di gara telematica preveda il *"caricamento della documentazione previa registrazione e creazione di un account accreditato all'accesso alla piattaforma"*, attiene esclusivamente all'uso della piattaforma; diversamente opinando, non avrebbe alcun senso la previsione del disciplinare che richiede, per procedere nei vari *step*, la compilazione (*off line*) e sottoscrizione con firma digitale di una serie di Modelli, dichiarativi e di offerta.

È poi evidente che il caricamento dei documenti sulla piattaforma può essere fatto da chiunque sia in possesso delle credenziali di accesso mentre solo la firma digitale garantisce l'imputabilità soggettiva dell'offerta al legale rappresentante dell'impresa concorrente.

8.4.3. Relativamente al rilievo da attribuirsi al Manuale “Sintel” va soggiunto che il disciplinare di gara, nelle premesse, rimanda ad esso esclusivamente in ordine al “*funzionamento*” e alle “*condizioni di accesso ed utilizzo del Sistema*” ma non già ai fini dell’integrazione della disciplina relativa alla presentazione delle offerte, contenuta nella Sezione V del medesimo disciplinare.

È pertanto irrilevante il passaggio del Manuale, richiamato da Masotina, che prevederebbe come essenziale ed obbligatoria la firma elettronica del solo “documento di offerta” (punto 9.1.), poiché tale previsione non è stata puntualmente trasposta nella *lex specialis*, né in altro modo richiamata.

Tale previsione non è quindi sovrapponibile a quella inserita nel disciplinare né, comunque, trova rispondenza nel documento di offerta compilato da Masotina ed esibito in atti.

Il par. 9.1. del Manuale Sintel recita infatti “*Il documento d’offerta rappresenta un elemento essenziale dell’offerta, in quanto è l’unico documento in cui vengono sottoscritte tutte le dichiarazioni rese “a video”, i dati tecnici sui file allegati (hash, dimensione, formato) e i valori dell’offerta economica. Pertanto, con la sottoscrizione del documento d’offerta l’operatore economico assume la paternità dell’offerta inserita in Sintel e si assume la responsabilità sulla verifica dell’integrità e leggibilità di tutti gli elementi della stessa.*”-

Nel caso in esame, al contrario, l’esame del documento di offerta di Masotina (prodotto sia dal Comune che dagli appellanti), evidenzia che esso non riproduce, in sé, il valore dell’offerta economica del concorrente, ma reca soltanto, alla pag. 1, l’indicazione di un “*valore meramente fittizio indicante lo sconto percentuale di 0,01 (in cifre)*”, mentre per il resto si limita a richiamare i codici informatici identificativi dei vari modelli, dichiarativi e di offerta, allegati e caricati a sistema negli *step* precedenti.

È altresì significativo che l’omissione della firma del “documento di offerta” non sia espressamente sanzionata con l’esclusione, al contrario della mancata allegazione nella “Busta Offerta economica” del “Modello” di offerta economica firmato digitalmente.

Nello stesso senso depone la previsione finale, inserita nello Step (4), secondo cui *“In caso di RTI, l’offerta economica deve essere sottoscritta digitalmente, a pena di esclusione e di inammissibilità alla procedura di soccorso istruttorio da tutte le imprese che compongono il raggruppamento”*.

Anche in questo caso la sanzione dell’esclusione è riferita non già al documento di offerta, ma all’offerta economica, che è contenuta nel Modello la cui compilazione è prevista nello *step* immediatamente precedente.

9. In definitiva, per quanto appena argomentato, il ricorso proposto in primo grado deve essere accolto, con il conseguente annullamento degli atti impugnati.

Tale annullamento travolge anche, in via derivata, il provvedimento con cui è stata disposta la consegna anticipata del servizio ai sensi dell’art. 8 comma 1 del d.l. n. 76 del 2020, in favore della società controinteressata.

9.1. Infine, poiché l’Amministrazione ha affermato – senza idonea contestazione *ex adverso* – che il contratto di appalto non è stato ancora stipulato, non vi è luogo a provvedere in ordine alla declaratoria di inefficacia del contratto medesimo.

10. Le spese del doppio grado seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull’appello n. 2817 del 2022 di cui in premessa, lo accoglie e, in riforma della sentenza impugnata:

- accoglie il ricorso principale instaurato in primo grado;
- per l’effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna il Comune di Monza e la società Masotina s.p.a., in solido tra loro, a rifondere alla parte appellante le spese del doppio grado di giudizio, che liquida complessivamente in euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre IVA, CPA e spese generali al 15%, come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 settembre 2022

con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Lopilato, Presidente FF

Nicola D'Angelo, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere, Estensore

Michele Conforti, Consigliere

Claudio Tucciarelli, Consigliere

L'ESTENSORE

Silvia Martino

IL PRESIDENTE

Vincenzo Lopilato

IL SEGRETARIO