

Publicato il 03/02/2021

N. 00999/2021 REG. PROV. COLL.
N. 09483/2019 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 in appello iscritto al numero di registro generale 9483 del 2019,
proposto da

Consorzio Innova soc. coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Girani, con domicilio digitale
come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Moletta Gino, rappresentato e difeso dall'avvocato Flavio Maria Bonazza, con
domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso
lo studio Paolo Migliaccio in Roma, via Cosseria, n. 5;

nei confronti

Area Blu s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Mauro Ciani e Michele Ottani, con
domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso
lo studio dell'avvocato Mauro Ciani in Roma, via Reno, n. 30;

*per la riforma della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per
l'Emilia Romagna, Sezione Prima, n. 00803/2019, resa tra le parti.*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Moletta Gino e di Area Blu s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2021, tenuta ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020, convertito dalla legge n. 176 del 2020, il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e dato atto che nessuno è comparso per le parti;

Dato atto preliminarmente della complessità della presente controversia e della stesura della motivazione della sentenza;

Rilevato che nessuna delle parti ha chiesto espressamente la previa pubblicazione del dispositivo ai sensi dell'art. 120, comma 9, c.p.a., richiesta necessaria in ragione della natura soggettiva del processo amministrativo e del suo carattere dispositivo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna ha accolto il ricorso proposto da Gino Moletta, titolare dell'omonima impresa individuale, contro Area Blu s.p.a. e nei confronti del Consorzio Innova società cooperativa per l'annullamento dell'aggiudicazione a quest'ultima della gara, indetta da Area Blu, per i lavori di restauro conservativo e miglioramento sismico della porzione del palazzo comunale di Imola denominato "Palazzo Nuovo".

1.1. La sentenza ha ritenuto che la controinteressata, nel redigere la propria offerta tecnica, avesse violato l'art. 4 del disciplinare di gara che ne fissava rigorose modalità di compilazione e la commissione giudicatrice non si fosse attenuta a quanto prescritto dall'art. 6 del disciplinare laddove prevedeva che la documentazione eccedente rispetto a quanto richiesto dall'art. 4 del disciplinare sarebbe stata considerata irrilevante e non esaminata ai fini dell'attribuzione del punteggio.

Non potendosi valutare, ad avviso del tribunale, i contenuti delle *intere facciate* dell'offerta tecnica eccedenti il numero di righe prescritte dal disciplinare, la commissione non avrebbe dovuto attribuire i punteggi relativi e, in particolare, non avrebbe dovuto attribuire alcun punteggio in relazione al sub-elemento a) del criterio di valutazione 2 (perché tutte le facciate che lo contenevano si componevano di un numero di righe superiore a quello prescritto).

Dal momento che il punteggio relativo a tale sub elemento era stato determinante ai fini della graduatoria, con l'attribuzione del primo posto al Consorzio Innova e del secondo al ricorrente Moletta, la sentenza ha concluso che il ricorso dovesse essere accolto e dovesse “*conseguentemente essere ordinata l'aggiudicazione a favore della parte ricorrente*”, col favore delle spese processuali.

2. Avverso la sentenza il Consorzio Innova soc. coop. ha proposto appello con sei motivi. Va precisato che poiché l'ultimo mezzo contiene esclusivamente argomenti difensivi contrari all'originario secondo motivo di ricorso, non esaminato in primo grado, i motivi di censura contro la sentenza sono in realtà cinque.

2.1. Area Blu e Gino Moletta si sono costituiti in giudizio, la prima al fine di aderire all'appello, il secondo al fine di resistere. Moletta ha riproposto il secondo motivo dell'originario ricorso, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.

2.2. Fissata l'udienza pubblica per il giorno 21 aprile 2020, è stato disposto rinvio a seguito di richiesta di rimessione in termini avanzata dall'appellato Moletta ai sensi dell'art. 84, comma 5, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, per non aver potuto osservare i termini per il deposito di memorie in vista della pubblica udienza, ricadendo la relativa scadenza nel periodo di sospensione stabilito dallo stesso art. 84, comma 1.

2.3. Disposto un ulteriore rinvio per ragioni d'ufficio in data 1 ottobre 2020, la causa è stata assegnata a sentenza all'udienza del 14 gennaio 2021.

3. Il primo motivo di gravame (*Erroneità della sentenza per violazione di legge –art. 4 e 6.1 disciplinare- errore in giudicando, corrispondente infondatezza del ricorso introduttivo*) si articola nei seguenti punti:

a) *corretta ricostruzione sistematica artt. 4 et 6.1*, in ragione della quale si sostiene che: il limite dimensionale è una mera “raccomandazione”; il mancato rispetto della forma porterebbe quale unica conseguenza che le parti “eccedenti” o il materiale presentato in “misura superiore” sarebbero stati da considerare irrilevanti e non esaminabili dalla commissione; sarebbe illogico, incoerente ed eccessivo prevedere la grave e cogente sanzione dell’estromissione della valutazione dell’intera pagina per la violazione del numero delle righe e, invece, considerare quale mera “raccomandazione” il presentare materiale eccedente nel numero complessivo delle pagine; in conclusione, l’art. 4 del disciplinare sarebbe stato applicato dal primo giudice “in modo fuorviato e fuori contesto”; se fosse corretta l’interpretazione data dal primo giudice, la disposizione del disciplinare sarebbe affetta da nullità, poiché finirebbe per configurare una implicita causa di esclusione, dal contenuto relativo, non contemplata né dal Codice dei contratti pubblici, né dalle regole della gara;

b) *natura dispositiva della prescrizione*: ad avviso dell’appellante, poiché il mancato rispetto della forma non è assistito da alcuna specifica sanzione, se non l’indicazione alla commissione di non utilizzare il materiale eccedente, la prescrizione del disciplinare dovrebbe essere interpretata in senso teleologico quale “raccomandazione”, nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento, della direttiva n. 24/2014 UE, del codice degli appalti e della coerenza complessiva del disciplinare, nonché dei principi elaborati dalla giurisprudenza (nei diversi precedenti citati nell’atto di appello).

4. Il motivo è fondato e va accolto, con effetto assorbente dei successivi quattro motivi.

In fatto va premesso che l’offerta tecnica, inserita nella Busta B – Offerta tecnica, si componeva di tanti elaborati quanti erano gli elementi tecnici oggetto di valutazione (in totale quattro), di modo che per ciascun elemento

tecnico andavano presentati una *relazione*, gli *elaborati grafici* e le *schede tecniche* recanti le caratteristiche dei materiali, per consentire alla commissione giudicatrice di procedere “*alla valutazione di ogni elemento dell’Offerta Tecnica*” (art. 6.1 del disciplinare).

L’art. 6.1 (*Modalità di attribuzione del punteggio relativo al criterio di valutazione dell’offerta tecnica*) del disciplinare prevedeva dei limiti dimensionali, specificando, per ben quattro volte (coincidenti con le illustrazioni dei quattro elementi di valutazione), che detta “*relazione dovrà contenere la descrizione, supportata anche dai necessari elaborati grafici, da Schede relative alle caratteristiche dei materiali che il concorrente si impegna ad utilizzare e che saranno vincolanti in sede di esecuzione, da eventuali calcoli dimostrativi e da quant’altro necessario per l’individuazione delle proposte.*”

La relazione deve essere costituita da un massimo di 3 pagine formato A3 (oppure il doppio se formato A4) oltre agli elaborati grafici (max.3 pagine formato A3) ed alle schede tecniche (max.3 pagine formato A3). Tutta la documentazione deve essere sottoscritta da tecnico abilitato e dal soggetto partecipante”.

L’art. 4 (*Contenuto della busta B – offerta tecnica*) del disciplinare, a sua volta, prevedeva, per quanto qui rileva, testualmente che:

<< [...] La documentazione deve essere presentata in forma cartacea, nonché su supporto elettronico (Cd Rom non riscrivibile, chiavetta USB).

Se sarà presentato materiale in misura superiore a quanto richiesto la Commissione esaminerà le prime pagine, nel numero richiesto. Non sarà valutato materiale non richiesto. Per consentire una facile comparazione tra i concorrenti l’offerta tecnica deve avere un’articolazione interna secondo il contenuto degli elementi di valutazione e degli elementi, ogni pagina deve essere numerata con numerazione progressiva.

[...] b) l’Offerta Tecnica deve essere illustrata separatamente e ordinatamente, in modo da individuare ciascun elemento e sub-elemento di valutazione, mediante distinte relazioni descrittive di natura tecnica, con dimostrazione degli obiettivi perseguiti e dei criteri per il loro perseguimento, costituite come precedentemente descritto;

c) note in merito alle formalità della documentazione:

c.1) per cartelle delle relazioni descrittive si intendono singole facciate di pagine in formato A4 (a tal fine le definizioni di “cartella”, “facciata” e “pagina” sono sinonimi) con non più di 40 (quaranta) righe per pagina e con scrittura in corpo non inferiore a 10 (dieci) punti, eventualmente contenenti schemi o diagrammi; per fogli in formato standard si intendono elaborati in formato non inferiore ad A4 e non superiore ad A3, con rappresentazioni in scala o fuori scala elaborate con qualunque tecnica grafica (disegni, schizzi, rendering, fotografie ecc.); non sono computati gli indici e i sommari, le copertine e le eventuali certificazioni di organismi indipendenti allegati alle relazioni; il numero di cartelle e di elaborati di cui alla lettera b) costituisce raccomandazione. Le facciate eccedenti i limiti indicati non saranno prese in considerazione per la valutazione complessiva dell’offerta tecnica; [...]]>> [n.d.r. in grassetto nel testo prodotto in giudizio].

4.1. Dirimente risulta, ai fini della decisione, l’interpretazione di tale ultimo inciso.

La sentenza, seguendo l’interpretazione sostenuta dal ricorrente Moletta, l’ha inteso come volto ad escludere in radice la possibilità di esaminare le facciate, cioè *tutte intere le pagine*, della relazione non rispettose del numero massimo di quaranta righe per pagina.

Si tratta però di un’interpretazione che, pur apparentemente compatibile col dato letterale, è smentita dall’interpretazione complessiva delle due clausole degli articoli 4 e 6 del disciplinare, nonché delle diverse parti di cui si compone l’articolo 4 (*arg. ex art. 1363 cod. civ.: cfr. Cons. Stato, VI, 24 settembre 2019, n. 6378*) oltre che da un’interpretazione conforme al principio del *favor participationis*, che impone, nel caso di clausole del bando ambigue o dubbie, di privilegiare l’esegesi che estende la platea dei partecipanti, anche al fine di dare compiuta realizzazione all’interesse dell’amministrazione di selezionare la migliore offerta (cfr. Cons. Stato, V, 16 dicembre 2019, n. 8517 ed altre).

4.1.1. Quanto al primo criterio ermeneutico, occorre sottolineare che il sistema dei limiti dimensionali risultante dalle riportate due disposizioni della legge di gara risponde alla finalità di contenere il numero massimo

complessivo delle *pagine* di cui si componeva ciascuna parte di ogni elaborato, laddove appunto viene fissato tale numero massimo nell'art. 6 e viene previsto nell'art. 4 che se fosse stato presentato “*materiale in misura superiore a quanto richiesto*” la commissione avrebbe dovuto esaminare “*le prime pagine, nel numero richiesto*”, di modo che alle *pagine* in eccesso sarebbe stato riservato lo stesso trattamento stabilito per il materiale non richiesto (“*Non sarà valutato materiale non richiesto*”). Coerente con tale finalità è l'attenzione riservata anche da altre disposizioni del disciplinare alla *numerazione delle pagine* (art. 4 “*ogni pagina deve essere numerata con numerazione progressiva*”, cui fa da *pendant* la nota di redazione dell'offerta di cui allo stesso art. 4 c.2, che prevede che ogni foglio della relazione avrebbe dovuto essere numerato “*con la formula «pagina n. X di n. Y», oppure «X/Y», oppure l'ultima pagina riporti l'indicazione «relazione composta da n. Y pagine» (dove X è il numero di ciascuna pagina e Y il numero totale della pagine della singola relazione)*”, rispondente alla palese finalità di favorire l'esposizione contenuta ed ordinata delle proposte, per agevolare il lavoro della commissione.

Inserendo l'inciso in contestazione nel contesto documentale appena descritto, la formulazione ambigua di “*facciate eccedenti i limiti indicati?*”, non atomisticamente considerata, va interpretata come riferita alle *facciate*, cioè alle *pagine, eccedenti i limiti di numero previsti*, piuttosto che i limiti interni a ciascuna pagina.

Soltanto questa interpretazione consente di attribuire coerenza e certezza alla legge di gara, perché questa viene intesa in modo che il medesimo precetto risulta affermato e ribadito sia nella prima parte dell'art. 4 (*le pagine* in eccesso non saranno esaminate), che nella parte contrassegnata con la lettera c.3 (*le pagine* eccedenti il numero indicato non saranno prese in considerazione ai fini della valutazione complessiva dell'offerta tecnica), che, ancora, nell'art. 6.1 (dove fissa, subito dopo il contenuto dell'elaborato, il numero massimo di *pagine* degli elementi costitutivi, relazione, elaborati grafici e schede tecniche).

Di qui l'irrilevanza del superamento del numero delle *righe*, fermo restando il numero delle pagine.

In alternativa, a tutto voler concedere, per rendere coerente la previsione del numero massimo di righe per ogni pagina con le previsioni del disciplinare che prevedevano il numero delle pagine, si può addivenire alla conclusione – anche questa in linea con l'interpretazione letterale e sistematica di cui sopra – che sarebbero da ignorare (*id est*, da non valutare, alla stregua del “*materiale in misura superiore a quanto richiesto*”) soltanto le righe in eccesso. L'interpretazione seguita invece dalla sentenza appellata comporta che l'eccesso di righe di una sola pagina determina per il concorrente conseguenze che si possono rivelare più gravi della lettura parziale (limitata cioè alle pagine consentite) dell'offerta composta di un numero di pagine in eccesso, perché – come riscontrato dall'esito della lite in primo grado – l'omissione di intere pagine (anche intermedie) di lunghezza superiore alle quaranta righe finisce per rendere l'offerta indeterminata.

4.1.2. Tale interpretazione consente invece di conservare integro il significato di un'altra esplicita previsione del disciplinare – su cui giustamente soffermano la loro attenzione l'appellante e la stazione appaltante – vale a dire quella secondo cui “*il numero di cartelle e di elaborati di cui alla lettera b) costituisce raccomandazione*”. Se poi si confronta tale previsione con l'esplicita elencazione delle cause di esclusione dell'offerta tecnica contenute nello stesso articolo 4 (lettere *c.4*; da *d.1 a d.5*; ultimo comma, lettere *a, b, c, d*) non solo è *per tabulas* – come riconosciuto da tutte le parti, compreso il ricorrente in primo grado – che l'eccesso di righe delle pagine delle relazioni dell'offerta tecnica non sia previsto come causa di esclusione, ma va altresì ritenuto – in ossequio al richiamato principio del *favor participationis* – che tra più interpretazioni possibili della contestata clausola del disciplinare vada preferita quella che consente di scongiurare l'esclusione del concorrente rispetto all'interpretazione che condurrebbe, in concreto, a tale risultato.

4.2. Tale approdo ermeneutico consente di dare seguito ai più recenti pronunciamenti della Sezione in tema di limiti dimensionali dettati dalla legge di gara per la redazione dell'offerta.

Precisamente:

- in un caso, con bando di gara predisposto in termini analoghi al presente (poiché disponeva che le pagine eccedenti quelle massime stabilite per la redazione dell'offerta non sarebbero state prese in considerazione dalla commissione di gara “ai fini della valutazione dell'offerta”), si è osservato come, non solo non avrebbe dovuto essere disposta alcuna esclusione, mancando una previsione in tal senso, ma *“neppure può ritenersi che le modalità redazionali prescelte si siano tradotte in una violazione della par condicio competitorum, comportando un indebito vantaggio per l'appellante principale. Peraltro, la lex specialis, pur avendo limitato la grandezza del carattere e il numero delle pagine, non ha ritenuto di indicare ulteriori parametri idonei ad equiparare realmente, sotto l'aspetto dimensionale, gli elaborati presentati dai singoli partecipanti (quali, ad esempio, i margini delle pagine, l'interlinea, il numero di battute) ed ha anzi consentito l'utilizzo di un font libero”*. Si è pertanto concluso che, per un verso, la previsione della *lex specialis* aveva *“la mera finalità di agevolare la Commissione nella lettura del testo”*, per altro verso, sarebbe stato onere della ricorrente dimostrare *“in quali termini la mancata valutazione delle parti dell'offerta contestata per il carattere di font l'avrebbe resa incompleta e incerta, e perciò meritevole di esclusione, ovvero avrebbe potuto determinare una riduzione del punteggio assegnato”* (così Cons. Stato, V, 2 ottobre 2020, n. 5777);
- in un altro caso, nel richiamare tale ultima sentenza, si è affermato che *“Il superamento del limite massimo di pagine previsto dal disciplinare di gara per la redazione dei documenti componenti l'offerta è giusta ragione di censura del provvedimento di aggiudicazione solo se previsto a pena di esclusione dalla procedura di gara, 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 deve fornire prova anche solo presuntiva – ma certo non limitarsi a mere congetture sull'operato della commissione giudicatrice – che la violazione si sia tradotta in un indebito

vantaggio per il concorrente a danno dell'altro" (Cons. Stato, sez. V, 9 novembre 2020, n.6857).

4.3. Applicando i richiamati principi giurisprudenziali al caso di specie sarebbe stato onere del ricorrente Moletta dedurre, e quindi dimostrare, che l'aggiunta di alcune righe alle pagine delle relazioni tecniche si fosse tradotta in un indebito vantaggio per il Consorzio Innova, poi risultato aggiudicatario, ovvero che l'offerta, privata delle righe in contestazione, avrebbe conseguito un punteggio inferiore.

Non è utile allo scopo la censura di cui al primo motivo dell'originario ricorso, valorizzata dal primo giudice, basata sul presupposto dell'impossibilità di valutare l'offerta per mancanza o indeterminatezza delle relazioni non rispettose dei limiti dimensionali: infatti, interpretando il disciplinare di gara nel senso dell'irrilevanza del superamento del numero delle righe per pagina o tutt'al più dell'espunzione delle righe eccedenti le quaranta per pagina, vengono meno soltanto *poche righe in eccesso* per ciascuna relazione, delle quali non è stata nemmeno allegata l'indispensabilità ai fini della valutazione di ciascun elemento; tutte le relazioni presentate dal Consorzio Innova restavano perciò valutabili dalla commissione giudicatrice, come peraltro ritenuto da quest'ultima, secondo quanto risulta dai verbali delle sedute di gara.

Per di più va considerato che la commissione era tenuta a valutare l'*elaborato*, così come composto da *relazione tecnica, elaborati grafici e schede tecniche*, per ogni singolo elemento e sub-elemento di valutazione, vale a dire che occorreva procedere mediante una *valutazione complessiva*, ai fini dell'attribuzione del punteggio, tenendo conto dell'intera composizione dell'offerta tecnica. Pertanto, contrariamente a quanto erroneamente affermato nella sentenza appellata (che ha ritenuto essenziale soltanto la relazione), la proposta andava valutata nell'insieme, nessun documento escluso (per come esposto al punto 6.1 del disciplinare che prevedeva quali "*elementi di valutazione dell'offerta*", tutte le "*relazioni/elaborati sulle soluzioni tecniche migliorative [...]*", compresi gli allegati alla relazione).

4.4. Il primo motivo di appello va accolto e, per l'effetto, va respinto il primo motivo del ricorso in primo grado.

Restano assorbiti, come detto, i motivi secondo, terzo, quarto e quinto, concernenti tutti la decisione di primo grado di accoglimento di tale motivo.

5. Va quindi esaminato il secondo motivo dell'originario ricorso, riproposto dal ricorrente Moletta con la memoria di costituzione in appello, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. civ., cui l'appellante ha opposto le difese "anticipate" nell'atto di appello sotto la rubrica del "*VI motivo di gravame*".

5.1. Il motivo riproposto in appello censura l'operato della commissione giudicatrice, affermando che il giudizio tecnico espresso con i punteggi avrebbe superato i "cogenti limiti della razionalità" riguardo alle proposte migliorative del Consorzio Innova che non rispetterebbero i criteri della "determinatezza" e della "precisione", riguardo all'elemento 1 (copertura mobile, monitoraggio polveri, cronoprogramma e tempi di cantiere), all'elemento 2 a (riferito alle "*soluzioni tecniche migliorative energetiche e prestazionali (acustiche, sicurezza, fruibilità)*"), all'elemento 3 a (riferito alle "*soluzioni tecniche migliorative delle opere di finitura delle facciate*").

5.2. Il motivo è inammissibile alla stregua della consolidata giurisprudenza - più che pertinente nel caso di specie, in cui si invoca un sindacato sul merito delle scelte tecniche dell'aggiudicataria positivamente valutate dalla commissione giudicatrice - per la quale la valutazione delle offerte e, del pari, l'attribuzione dei punteggi da parte della commissione giudicatrice è espressione dell'ampia discrezionalità riconosciuta a tale organo, così che le censure sul merito di tale valutazione sono sottratte al sindacato di legittimità, ad eccezione dell'ipotesi - non ricorrente nel presente giudizio - in cui si ravvisi manifesta irragionevolezza, arbitrarietà, illogicità, irrazionalità o travisamento dei fatti (cfr., tra le tante, Cons. Stato, III, 7 marzo 2019, n. 1574).

6. Pertanto l'appello va accolto e va invece respinto il motivo di ricorso riproposto ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.; per l'effetto, in

riforma della sentenza appellata, va integralmente respinto il ricorso proposto da Gino Moletta.

6.1. Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo, a carico di quest'ultimo, ed in favore dell'appellante, per entrambi i gradi di giudizio.

Sussistono giusti motivi di compensazione delle spese processuali tra il ricorrente Moletta ed Area Blu, in ragione della non inequivoca formulazione della legge di gara, imputabile alla stazione appaltante.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, respinto il secondo motivo dell'originario ricorso, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso proposto da Gino Moletta.

Condanna Gino Moletta al pagamento delle spese dei due gradi di giudizio in favore del Consorzio Innova, liquidate nell'importo complessivo di € 6.000,00 (seimila/00), oltre accessori come per legge. Compensa le spese processuali nei confronti di Area Blu s.p.a.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2021, tenuta ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020, convertito dalla legge n. 176 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO