

Publicato il 23/06/2022

N. 05190/2022REG.PROV.COLL.
N. 05762/2021 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 numero di registro generale 5762 del 2021, proposto da Tala Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Galante, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Oppido Lucano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Donatello Genovese, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Poliarredo s.n.c. di Grimaldi Saverio & C., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Buscicchio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata (Sezione Prima) n. 00383/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Oppido Lucano e della Poliarredo s.n.c. di Grimaldi Saverio & C.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 aprile 2022 il Cons. Alberto Urso e, preso atto della richiesta di passaggio in decisione senza la preventiva discussione depositata in atti ai sensi del Protocollo d'intesa del 20 luglio 2021, è data la presenza degli avvocati Donatello Genovese, Giuseppe Buscicchio e Paolo Galante;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con determinazione n. 6 del 3 febbraio 2021 e successiva lettera d'invito, il Responsabile dell'Area tecnica del Comune di Oppido Lucano (PZ) indiceva procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando, ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. *b*), d.l. n. 76 del 2020, conv. legge n. 120 del 2020, per l'affidamento dei lavori per il rifacimento della pavimentazione in erba sintetica e adeguamento del campo sportivo in C.da Santa Lucia - Via Appia. Risultava aggiudicatario del procedimento il Rti verticale capeggiato dalla Poliarredo s.n.c. di Grimaldi Saverio & C.

2. Avverso il provvedimento di aggiudicazione e gli altri atti di gara proponeva ricorso la seconda classificata in graduatoria Tala Costruzioni s.r.l. formulando varie censure di legittimità.

3. Il Tribunale amministrativo adito, nella resistenza del Comune di Oppido Lucano e della Poliarredo s.n.c. respingeva il ricorso.

4. Avverso la sentenza ha proposto appello la Tala Costruzioni deducendo:

I) *error in iudicando*: violazione e falsa applicazione di legge; violazione dell'art. 97 Cost.; violazione della *par condicio* tra i concorrenti;

II) *error in iudicando*: eccesso di potere nella forma sintomatica della irragionevolezza, carente motivazione, illogicità e carenza di istruttoria; violazione della *lex specialis* per introduzione illegittima di ulteriori sub-criteri con violazione del criterio di assegnazione del punteggio; violazione del principio di autolimita.

5. Resistono all'appello il Comune di Oppido Lucano e la Poliarredo s.n.c., chiedendone la reiezione.

6. All'udienza pubblica del 12 aprile 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Col primo motivo l'appellante si duole del rigetto della censura con cui aveva dedotto in primo grado l'illegittima modifica del sub-criterio di attribuzione dei punteggi *sub* C-1) attraverso la previsione di un punteggio proporzionale alla partecipazione al Rti in caso di certificazione posseduta da uno soltanto dei componenti dello stesso: una siffatta modalità di applicazione del criterio avrebbe dovuto essere eventualmente specificata e resa nota anteriormente all'apertura delle buste, rendendo edotti tutti i concorrenti.

In ogni caso la suddetta applicazione del sub-criterio contrasta con quanto stabilito dalla lettera d'invito, che prescrive per il caso di "*assenza di certificati*" l'applicazione di "*punti 0*"; al riguardo il giudice di primo grado ha erroneamente richiamato l'art. 48, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016, che si limita a prescrivere l'indicazione delle categorie di lavori svolte dai componenti del Rti.

Nella specie, considerato che la mandataria era chiamata a svolgere l'87,13% dei lavori, con esecuzione di interventi di posa in opera di manto in erba sintetica e rimozione e smaltimento della preesistente superficie di gioco, proprio la stessa mandataria avrebbe dovuto possedere le previste certificazioni inerenti, rispettivamente, al sistema di qualità, gestione ambientale e sicurezza sul lavoro, anche a mente dei principi stabiliti dall'art.

48, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016; in assenza, alcun punteggio, neppure frazionario, avrebbe potuto essere assegnato al Rti per il detto sub-criterio C-1).

1.1. Col secondo motivo l'appellante censura il rigetto della doglianza con cui aveva dedotto in primo grado che la tabella di assegnazione dei punteggi in relazione al sub-criterio *sub* C-1) prevedeva l'assegnazione di soli punteggi con valore unitario, non contemplando frazioni di punto, come invece qui (illegittimamente) applicata dall'amministrazione, e prevedeva espressamente l'attribuzione di 0 punti in caso di assenza di certificati.

Di qui l'illegittima assegnazione di 0,65 punti al Rti aggiudicatario, in assenza dei quali la gara sarebbe stata aggiudicata all'appellante, considerata la differenza di soli 0,227 punti circa tra i punteggi assegnati alle due offerte concorrenti.

In tale contesto, l'operato della commissione sarebbe illegittimo anche sotto il profilo dell'eccesso di potere per irragionevolezza, carenza motivazionale e istruttoria, nonché illogicità: l'assegnazione del suddetto punteggio è infatti non motivata e irragionevole.

Al riguardo, l'attribuzione del punteggio di 0,65 alla controinteressata con le susposte modalità si porrebbe in contrasto peraltro anche con la previsione dell'art. 48, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016, coordinato con l'art. 84, comma 4, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016; in tale contesto, ogni diversa interpretazione, che volesse ammettere l'attribuzione di punteggi frazionati in presenza di Rti, finirebbe del resto per penalizzare l'operatore in forma singola, chiamato a possedere in proprio tutte le certificazioni richieste.

1.2. I motivi, che possono essere esaminati congiuntamente per connessione, sono fondati nei termini e per le ragioni che seguono.

1.2.1. Va anzitutto respinta l'eccezione preliminare con cui l'amministrazione deduce la carenza d'interesse assumendo che, a seguire la tesi dell'appellante, all'aggiudicataria dovrebbe attribuirsi un maggior punteggio di 5 punti totali,

sicché alcuna variazione interverrebbe nella graduatoria di gara a vantaggio della stessa appellante.

In senso contrario è sufficiente osservare come le doglianze proposte dalla Tala Costruzioni siano chiare nell'indicare in 0 punti il punteggio che dovrebbe attribuirsi alla controinteressata con la corretta applicazione (secondo la prospettazione della stessa appellante) del sub-criterio *sub* C-1) previsto dalla *lex specialis* e dell'art. 48 d.lgs. n. 50 del 2016: rispetto a ciò (fermo lo scrutinio da compiere sul merito delle doglianze, su cui cfr. *infra*, ai §§ successivi) l'appellante ha ben interesse in ragione della conformazione della graduatoria - che la vede collocata al secondo posto a distanza di circa 0,227 punti dall'aggiudicatario - in un contesto in cui lo stesso Rti aggiudicatario ha ricevuto per il detto criterio *sub* C-1) l'attribuzione di 0,65 punti.

1.2.2. Nel merito occorre premettere che con verbale n. 4 del 25 marzo 2021 la commissione giudicatrice attribuiva al Rti capeggiato da Poliarredo il punteggio tecnico di 46,40 punti, di cui - come anticipato - 0,65 punti in relazione al sub-criterio *sub* C.1.

In tale contesto, il disciplinare di gara prevedeva al sub-criterio C-1) semplicemente un riferimento alle “*Certificazioni aziendali rilasciate da enti accreditati*”, indicando l'attribuzione d'un punteggio pari a 1 per la certificazione ISO 9001:2015, pari a 2 per la ISO 14001:2004 e 2 per la OHSAS 10881:2007, con la precisazione che “*in caso di assenza di certificati [...] 0 punti*”.

Alla luce di ciò, è assorbente rilevare, ai fini della fondatezza delle censure, che il criterio non prevedeva alcuna frazionabilità dei punteggi (a ciò non valendo la dicitura “*punteggio totale massimo 5*”, che esprime solo - come per tutti gli altri criteri - il peso complessivo del criterio, a fronte delle sue varie componenti collegate alle singole certificazioni indicate), e in assenza di diverse indicazioni detto criterio valutativo non poteva che riferirsi al *concorrente in sé*, nell'identità e conformazione dallo stesso espressa.

Al riguardo la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha già esaminato fattispecie simili, affermando chiaramente sia la non graduabilità del punteggio laddove non previsto dalla *lex specialis* (cfr. Cons. Stato, V, 9 dicembre 2013, n. 5884), sia la riferibilità al concorrente nella sua integralità (e, dunque, al Rti in sé, nella sua interezza) delle certificazioni richieste in assenza di diverse previsioni, pena altrimenti la frustrazione della richiesta (premiata) della stazione appaltante, e la disparità di trattamento in danno dei concorrenti in forma singola (Cons. Stato, V, 17 marzo 2020, n. 1916; cfr. peraltro Cons. Stato, V, 13 settembre 2021, n. 6271, rispetto a fattispecie in cui la certificazione di qualità era prevista quale requisito in capo al soggetto che avrebbe eseguito i lavori).

1.2.3. Nel caso di specie la *lex specialis* non prevede per il sub-criterio *sub* C-1 alcuna graduazione del punteggio in funzione della conformazione (raggruppata, anche eventualmente in senso verticale) del concorrente, né una frazionabilità del punteggio stesso (al di là della sua diversa entità a seconda del numero e tipologia delle certificazioni possedute); è pacifico del resto, in fatto, come le prescritte certificazioni siano vantate in specie dalla sola mandante, sicché il concorrente nel suo complesso (*i.e.*, il Rti nella sua interezza) ne risulta privo, non meritando alcun punteggio per il corrispondente criterio premiale.

Né rileva, in senso contrario, il richiamare la giurisprudenza che si è soffermata sul tema della riduzione proporzionale della cauzione in caso di certificazione di qualità posseduta da alcuni componenti del Rti, se verticale (cfr. Cons. Stato, V, 26 marzo 2012, n. 1731), atteso che la stessa riguarda la diversa fattispecie della riduzione della cauzione (su cui cfr. oggi l'art. 93, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016) che non ha dirette correlazioni con il possesso degli elementi necessari ai fini dell'attribuzione dei punteggi premiali.

Quanto suesposto è sufficiente ai fini dell'accoglimento del gravame, al di là delle doglianze relative alla dedotta intervenuta modifica dei criteri valutativi: è infatti incontestato come l'eliminazione del punteggio (illegittimamente)

attribuito in ragione del sub-criterio C-1) determini *ex se* un ribaltamento della graduatoria di gara, con collocazione nella prima posizione dell'odierna appellante.

1.3. In accoglimento dell'appello, riformata la sentenza di primo grado e accolto il ricorso, va dunque annullato il provvedimento di aggiudicazione, mentre non è proposta dall'appellante domanda di subentro nell'affidamento (cfr., sulla necessità di tale domanda, Cons. Stato, V, 26 gennaio 2021, n. 788), e d'altra parte la richiesta di dichiarazione di “nullità” (*rectius*, «inefficacia», *ex* art. 122 Cod. proc. amm.) del contratto di appalto “con ogni ulteriore conseguenza di legge” non può trovare accoglimento, considerato in via assorbente che lo stesso risulta stipulato il 14 luglio 2021, con consegna dei lavori risalente già all'11 agosto 2021 e relativo stato di avanzamento pari al 61% alla data del 18 marzo 2022, sicché l'elevato avanzamento nell'esecuzione, unito alla natura dell'affidamento - relativo a lavori - conduce al rigetto della richiesta di dichiarazione d'inefficacia del contratto.

2. In conclusione, per le suesposte ragioni, l'appello va accolto nei sensi suindicati e, in riforma della sentenza, va accolto il ricorso di primo grado con annullamento del provvedimento amministrativo gravato.

2.1. La particolarità della fattispecie e delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado annullando il provvedimento gravato;

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

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE

Alberto Urso

IL PRESIDENTE

Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO