

Publicato il 26/05/2023

N. 05203/2023REG.PROV.COLL.
N. 08092/2022 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8092 del 2022, proposto da Innovatec Power S.r.l. in proprio e in Qualità di Mandataria del Costituendo Rti con Selettra Illuminazione Pubblica S.r.l. e Selettra Illuminazione Pubblica in proprio e in Qualità di Mandante del Costituendo Rti, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Damiano Lipani, Francesca Sbrana, Francesco Saverio Marini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Santa Teresa Lighting And Renewable Energy S.r.l. e Getec Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Saverio Sticchi Damiani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Comune di Campi Salentina, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Mastrolia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia sezione staccata di Lecce (Sezione Seconda) n. 01513/2022, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Santa Teresa Lighting And Renewable Energy S.r.l. e di Getec Italia S.p.A. e di Comune di Campi Salentina;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2023 il Cons. Diana Caminiti e uditi per le parti gli avvocati Sbrana, Marini, Sticchi Damiani e Mastrolia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con atto notificato in data 25 ottobre 2022 e depositato in pari data Innovatec Power S.r.l. in proprio e in qualità di Mandataria del costituendo RTI con Selettra Illuminazione Pubblica S.r.l. e tale seconda società, in proprio e in qualità di mandante del costituendo RTI, hanno interposto appello avverso la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, sezione Seconda, 3 ottobre 2022 n. 1513, notificata il successivo 4 ottobre, con la quale, su ricorso proposto in via principale da Santa Teresa Lighting and Renewable Energy S.r.l. e Getec Italia S.p.A., quali componenti del costituendo RTI, si è annullata la determina del Comune di Campi Salentina n. 561 del 13.05.2022, recante aggiudicazione al raggruppamento guidato da Innovatec Power s.r.l. della *“Procedura aperta per selezione operatore economico qualificato (ESCO – ENERGY SERVICES COMPANIES) per l'affidamento di un appalto misto a prevalenza servizi di prestazione energetica garantita, gestione e manutenzione (EPC - ENERGY PERFORMANCE CONTRACT) di edifici da portare in classe nZeb e della*

Pubblica Illuminazione di proprietà dei Comuni partner del Progetto GROWS (Green Revolution of Wealth in Salento) E.L.EN.A. Contratto N. 2017-092. LOTTO 1.

1.1. Si tratta della gara, suddivisa in quattro Lotti, riservata alle ESCo per la realizzazione degli investimenti del suindicato progetto GROWS, finanziato dalla Banca Europea degli Investimenti; tale progetto, presentato dal Comune di Campi Salentina nella qualità di Capofila di altri 27 partner costituiti dai Comuni delle Province di Lecce, Brindisi e Taranto nell'ambito della misura comunitaria E.L.EN.A., è finalizzato a rilanciare la crescita di una vasta area del Salento in modo intelligente e sostenibile, ed in particolare a riqualificare ed efficientare molteplici edifici situati all'interno dei citati Comuni, diminuendo l'impatto ambientale e risparmiando risorse.

1.2. Il RTI composto dalle appellanti Innovatec Power Srl e Selettra Illuminazione Pubblica Srl (a seguire, anche "RTI Innovatec"), ha partecipato alla procedura su tutti e quattro i lotti messi a gara, aggiudicandoseli, mentre il RTI composto dalle appellate Santa Teresa Lighting and Renewable Energy S.r.l. (mandataria) e Getec Italia S.p.A. (mandante) (a seguire, anche "RTI Santa Teresa") ha partecipato sui Lotti 1, 2 e 3, collocandosi al secondo posto in graduatoria.

1.3. Il Tar Puglia, Sezione distaccata di Lecce, ha accolto, con l'appellata sentenza n. 1513/2022, ritenendo fondato il secondo motivo di carattere assorbente, il ricorso proposto dal RTI Santa Teresa avverso l'aggiudicazione del Lotto n. 1, e, con le coeve sentenze nn. 1515/2022 e 1514/2022, oggetto dei distinti appelli rubricati al n. R.G. 2022/8093 e al n. 2022/8094, per l'identico motivo, i ricorsi rivolti avverso l'aggiudicazione dei lotti nn. 2 e 3, sul presupposto che la Società Innovatec Power, mandataria del RTI aggiudicatario, non possedesse il requisito di qualificazione SOA in cat. OS28, richiesto dal Disciplinare nell'ipotesi di partecipazione alla procedura evidenziale per tutti e quattro i lotti.

1.4. Infatti l'art. 14.2 del Disciplinare (Possesso di attestazione SOA), prevedeva che "*Ai sensi di quanto previsto dall'art. 84, c. 1 del D.Lgs. n. 50/2016 e*

s.m.i., i concorrenti dovranno essere in possesso di Attestazione di qualificazione, rilasciata da una SOA regolarmente autorizzata ed in corso di validità, per le seguenti categorie”, prevedendo poi, in quattro distinte Tabelle, le attestazioni richieste ai concorrenti per la partecipazione a ciascuno dei quattro Lotti messi a gara in relazione alle diverse categorie di lavori, precisando in una quinta tabella, relativa alla partecipazione a tutti e quattro i lotti, il riferimento alla classifica V° per le opere in categoria OS28.

2. Pertanto il giudice di *prime cure*, avuto riguardo a tale previsione della *lex specialis* di gara, ha accolto il ricorso proposto dalla seconda graduata, ritenendo che il par. 14.2 del Disciplinare si dovesse interpretare nel senso di richiedere, a pena di esclusione, in caso di partecipazione del concorrente a tutti e quattro i lotti, il possesso di SOA OS28 in classifica V° (e non invece la qualificazione del concorrente per una quota di lavorazioni in OS28 pari alla somma di quelle stimate dalla *lex specialis* sui quattro Lotti, raggiungibile con il cumulo delle qualificazioni possedute ed eventualmente anche con l'incremento premiale); di conseguenza, dal momento che la mandataria Innovate Power possedeva – secondo il primo giudice – una classifica per la categoria OS28 in classifica IV° bis, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, non raggiungendo la classifica V° neanche con l'aumento premiale di cui all'art. 61 comma 2 D.P.R. n. 207/2010. Trattandosi di una clausola immediatamente escludente, inoltre, essa avrebbe dovuto essere impugnata *ab origine* dal RTI Innovatec Power: da qui la declaratoria di inammissibilità del ricorso incidentale subordinatamente proposto dal RTI Innovatec per la denegata ipotesi di accoglimento del ricorso principale.

3. Parte appellante ha articolato, in quattro motivi, le seguenti censure avverso la sentenza appellata:

I) Illegittimità della sentenza impugnata nella parte in cui ha accolto il secondo motivo di ricorso senza esaminare le eccezioni di inammissibilità dello stesso, proposte da RTI Innovatec. Omessa pronuncia. Violazione del contraddittorio processuale e dei diritti di difesa dell'esponente. Violazione

degli artt.1, 2 e 3 c.p.a. (effettività della tutela, giusto processo e dovere di motivazione), nonché degli artt. 24 e 111 Cost., degli artt. 6 e 13 Cedu e dell'art. 47 CDFUE. Violazione artt. 112 c.p.c.. riproposizione delle eccezioni preliminari non esaminate ex art. 101, c. 2, c.p.a..

II) Illegittimità della sentenza impugnata per avere ritenuto la mandataria Innovatec Power non qualificata nella categoria OS28 per tutti e quattro i lotti. Violazione del par. 16 del disciplinare di gara. Violazione degli artt. 83 e 84, d.lgs. n. 50 del 2016. Violazione art. 61, D.P.R. n. 207 del 2010. Difetto di motivazione e comunque motivazione apparente, perplessa, illogica. Violazione dei principi di contraddittorio e di giusto processo.

III) In via subordinata: Illegittimità della sentenza impugnata nella parte in cui ha dichiarato tardivo il ricorso incidentale. Violazione dell'art. 42 c.p.a. Motivazione perplessa, illogica. Travisamento dei fatti. Violazione del diritto di difesa e del diritto a una tutela effettiva. Riproposizione dei motivi di ricorso incidentale.

IV) In via ulteriormente gradata: Illegittimità della sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto che, in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione, la S.A. dovrà effettuare le verifiche sul secondo classificato RTI Santa Teresa su tutti e tre i lotti impugnati. Violazione/falsa applicazione del disciplinare di gara, par. 14.2; illogicità e irragionevolezza manifesta. Difetto di motivazione.

4. Si sono costituite le appellate società del costituendo il RTI Santa Teresa in data 28 ottobre 2022 instando per il rigetto dell'appello e depositando, il successivo 15 novembre 2022, articolata memoria difensiva, con la quale sono stati riproposti, ex art. 101 comma 2 c.p.a.. i motivi del ricorso di *prime cure* dichiarati assorbiti dal primo giudice.

5. Si è del pari costituito il Comune di Campi Salentina, illustrando le ragioni per le quali non si era proceduto nel corso della procedura evidenziale ad escludere il RTI odierno appellante, risultato poi aggiudicatario della procedura.

6. Le parti, in vista della discussione dell'appello in pubblica udienza, hanno prodotto articolate memorie difensive, ex art. 73 comma 1 c.p.a. instando nei rispettivi assunti.

6.1. In particolare il Comune di Campi Salentina, nel rimettere a questo Consiglio di Stato la decisione sull'appello principale, ha concluso per l'infondatezza delle censure del ricorso di *prime cure*, assorbite nella sentenza appellata e riproposte ex art. 101 comma 2 c.p.a. dal RTI Santa Teresa, rinviando, quanto all'ultimo motivo di tale ricorso, alle controdeduzioni redatte dalla Commissione di gara, oggetto di deposito in *prime cure*.

6.2. Il RTI appellante, oltre ad insistere nell'accoglimento dell'appello, ha eccepito la tardività della riproposizione ad opera del RTI Santa Teresa dei motivi rimasti assorbiti nella sentenza di *prime cure*, sulla base del rilievo che gli stessi avrebbero dovuto essere proposti nella memoria di costituzione, laddove sono stati per contro riformulati soltanto nel secondo scritto difensivo; eccezione sulla quale il RTI Santa Teresa ha controdedotto nella memoria di replica.

7. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 26 gennaio 2023.

DIRITTO

8. *In limine litis*, al fine di delimitare il *thema decidendum* del presente giudizio, va delibata l'eccezione, proposta da parte appellante con la memoria ex art. 73 comma 1 c.p.a., di inammissibilità, *rectius* irricevibilità, delle doglianze formulate in *prime cure* dal RTI Santa Teresa e rimaste assorbite, riproposte in questa sede ex art. 101 comma 2 c.p.a., fondata sul rilievo che le stesse sarebbero state avanzate soltanto con il secondo scritto difensivo e non con la memoria di costituzione.

8.1. La stessa è infondata.

Ed invero l'art. 101 comma 2 c.p.a. al riguardo precisa che “*si intendono rinunciate le domande e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado che non siano state espressamente riproposte nell'atto di appello o, per le parti*

diverse dall'appellante, con memoria depositata a pena di decadenza entro il termine per la costituzione del giudizio”.

Pertanto quel che rileva, ai sensi della richiamata norma, è che le domande, ovvero anche i motivi di ricorso, e le eccezioni assorbite *in prime cure* siano proposte a cura di parte appellata a pena di decadenza entro il termine per la costituzione in giudizio ex art. 46 c.p.a. , ovvero vertendosi nella fattispecie *de qua* sul rito appalti, entro il termine dimezzato, ex art. 119 comma 2 e 120 comma 3 c.p.a., di trenta giorni dalla notifica dell'appello, avvenuta in data 25 ottobre 2022 e con il primo scritto in cui sono effettivamente articolate le difese; a ciò consegue la ritualità e tempestività della riproposizione avvenuta con la memoria depositata in data 14 novembre 2022, non rilevando la circostanza che in precedenza il RTI avesse prodotto, in data 28 ottobre 2022, un atto di costituzione, trattandosi di costituzione di mero rito, senza articolazione di alcuna difesa, *“con ampia ed espressa riserva di illustrare le proprie ragioni in future memorie nonché di proporre appello incidentale”*.

Non pertinente appare pertanto il richiamo effettuato da parte appellante con la memoria di replica al precedente di questa sezione Cons. Stato, Sez. V, 6 settembre 2022, n. 7742, laddove si è stabilito che

“Occorre, sul punto, considerare che l'art. 101, comma 2 cod. proc. amm. prescrive, ai fini della riproposizione, relativamente alle “parti diverse dall'appellante”, delle “domande” e delle “eccezioni” dichiarate “assorbite” (o, comunque, “non esaminate”) nella sentenza di primo grado, l'onere di formalizzazione “con memoria depositata a pena di decadenza entro il termine per la costituzione in giudizio” (e, segnatamente, nel termine di “sessanta giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notificazione del ricorso: cfr. art. 46, comma1, cod. proc. amm., applicabile anche nella fase di gravame).

Importa precisare che la “memoria” in questione – in quanto non semplicemente preordinata alla articolazione delle difese, ma alla definizione, necessariamente liminare ed incipitaria, del thema decidendum – rappresenta, di là dalla sua tempestività (non a caso presidiata dalla attitudine decadenziale del relativo termine), il primo atto difensivo, nella logica del principio di concentrazione che connota la perimetrazione, anche ai fini del

contraddittorio tra le parti e tra le parti ed il giudice, la perimetrazione (e l'ambito) della concreta materia del contendere (cfr., per analogo principio, Cass. SS.UU., 21 marzo 2019, n. 7940 e Id., 9 novembre 2021, n. 32650).

Nel caso di specie, la memoria depositata il 25 ottobre 2021, al quale la riproposizione dell'eccezione risulta affidata, è, sotto duplice e concorrente profilo, inidonea, sia in quanto non corrispondente al primo atto difensivo (la memoria di costituzione in giudizio è stata depositata il 31 dicembre 2020), sia in quanto, in ogni caso, tardiva”.

Ciò in quanto, come innanzi osservato, il primo atto difensivo depositato da parte appellata costituisce una memoria di costituzione di mero rito, presentata con espressa riserva di articolazione delle difese nel successivo scritto difensivo, inidonea pertanto alla delimitazione del *thema decidendum*; né si può ritenere che la parte sia decaduta solo perché si era riservata di articolare le proprie difese con successiva memoria, poi depositata nei termini di rito.

9. Ciò posto, venendo alla disamina dei motivi di appello, il collegio precisa che esaminerà gli stessi nell'ordine indicato da parte appellante in senso vincolante per il giudice, secondo quanto evidenziato nel noto arresto di cui alla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 2015, avendo la medesima parte, con il primo motivo di appello riproposto l'eccezione di carattere preliminare di inammissibilità del ricorso di *prime cure* – da esaminarsi pertanto prioritariamente – e formulato il terzo e quarto motivo *expressis verbis* solo in via subordinata rispetto ai precedenti motivi, graduando pertanto espressamente le censure e non limitandosi ad una mera enumerazione delle stesse.

10. Con il primo motivo il RTI Innovatec lamenta l'erroneità della sentenza di *prime cure* sulla base del rilievo che il Tar avrebbe omissso di esaminare e quindi di accogliere l'eccezione, da essa formulata nel corso del giudizio, di inammissibilità del secondo motivo di ricorso, delibato ed accolto.

Segnatamente parte appellante assumeva nel corso del giudizio di *prime cure* di essere senza dubbio in possesso della SOA OS 28 per la classifica richiesta dal

Disciplinare per i Lotti 1, 2 e 3, oggetto dell'impugnativa avversaria, mentre l'eccepito (e a suo dire insussistente) difetto di qualificazione sarebbe "scattato" solo per effetto della sua partecipazione anche al Lotto n. 4. Tuttavia il RTI Santa Teresa non aveva impugnato – sotto il profilo in esame – l'aggiudicazione di tale Lotto insieme a quella dei Lotti di cui aveva preteso l'annullamento ai fini dell'aggiudicazione in proprio favore (1, 2 e 3), né in assoluto aveva partecipato alla gara del Lotto 4. Tale omessa impugnazione e la conseguente sopravvenuta inoppugnabilità dell'aggiudicazione del Lotto 4 (attualmente contrattualizzato e in corso di esecuzione) farebbe venir meno, in tesi di parte appellante, l'interesse ad articolare la censura sui Lotti 1, 2 e 3. La mancata partecipazione al Lotto quattro non avrebbe escluso inoltre la necessità, per il RTI Santa Teresa, di attrarre anche tale Lotto nel perimetro dell'impugnazione e, dunque, dell'indagine giudiziale, costituendo – nella stessa prospettiva di parte ricorrente – soltanto la sommatoria dei quattro lotti in gara il presupposto in fatto ed in diritto (da *lex specialis*) per l'operatività e la necessaria interpretazione degli effetti della clausola controversa, comportante, in tesi di parte ricorrente, la sua esclusione per difetto dei requisiti prescritti in caso di partecipazione a tutti e quattro i lotti.

10.1. L'eccezione posta a fondamento di tale motivo, sebbene non esaminata dal primo giudice, è infondata e pertanto inidonea alla riforma della sentenza di *prime cure*.

Ed invero, al contrario di quanto dedotto da parte appellante, non si poteva ritenere che il RTI Santa Teresa, che ha partecipato alla gara solo per i primi tre lotti, fosse onerato dall'impugnare in *prime cure* anche l'aggiudicazione del quarto lotto, rispetto al quale vi sarebbe stato difetto di interesse; correttamente la parte ha contestato l'aggiudicazione dei primi tre lotti, per cui aveva presentato domanda ed in relazione ai quali vi era pertanto interesse all'annullamento dell'aggiudicazione, deducendo che il RTI controinteressato, in quanto aveva presentato domanda per tutti e quattro i lotti, non potesse

intendersi qualificato per tutti i lotti per cui aveva presentato domanda, ivi compresi i primi tre lotti oggetto di impugnativa.

Pertanto l'accertamento dell'assenza di qualificazione, ai sensi della lex specialis di gara, del RTI aggiudicatario per i quattro lotti, posto a base del secondo motivo del ricorso di *prime cure*, riveste carattere meramente propedeutico rispetto al richiesto annullamento dei primi tre lotti, per i quali il RTI Santa Teresa ha interesse, avendo solo per essi presentato domanda, classificandosi secondo in graduatoria

10.1.1. Infatti vertendosi in tema di azione di annullamento, l'impugnativa del quarto lotto non poteva che esser volta all'annullamento dell'aggiudicazione anche per tale lotto e pertanto si sarebbe profilata per il RTI Santa Teresa inammissibile in quanto non sostenuta dall'interesse a ricorrere, non potendo la parte ricevere alcuna utilità da detto annullamento, non avendo presentato domanda per tale lotto.

E' infatti noto che per costante giurisprudenza amministrativa nel giudizio amministrativo, non è consentito adire il giudice al solo fine di conseguire la legalità e la legittimità dell'azione amministrativa, se ciò non si traduca anche in uno specifico beneficio in favore di chi la propone, che dallo stesso deve essere dedotto ed argomentato, ciò in quanto in detto processo l'interesse a ricorrere è condizione dell'azione e corrisponde ad una specifica utilità o posizione di vantaggio che attiene ad uno specifico bene della vita, contraddistinto indefettibilmente dalla personalità e dall'attualità della lesione subita, nonché dal vantaggio ottenibile dal ricorrente (*ex multis* Cons. Stato, Sez. VII, Sent., 13 dicembre 2022, n. 10922; Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2016, n. 265).

Pertanto l'interesse a ricorrere è condizione dell'azione e corrisponde ad una precisa utilità o posizione di vantaggio che attiene ad uno specifico bene della vita, contraddistinto indefettibilmente dalla personalità e dall'attualità della lesione subita, nonché dal vantaggio ottenibile dal ricorrente (*ex multis* Cons. Stato, Sez. VI, 14 luglio 2022, n. 6001).

11. Con il secondo motivo il RTI appellante assume che la sentenza appellata sarebbe errata per avere il primo giudice ritenuto non qualificata la mandataria Innovatec Power, a fronte del mancato possesso di qualificazione SOA per le opere di categoria OS28, classifica V° , nonostante la stessa fosse pienamente qualificata per la somma delle lavorazioni in detta categoria, richiesta per i quattro Lotti complessivamente considerati.

Il par. 16 del Disciplinare, recante *“Modalità di presentazione dell’offerta”*, precisa infatti che *“Gli operatori economici potranno partecipare e aggiudicarsi uno o più Lotti. Si precisa sin da ora che i requisiti di cui al presente disciplinare (economico/finanziari, attestazione SOA ecc.), per l’Operatore Economico che intenderà partecipare a più lotti, dovranno essere posseduti in relazione al valore complessivo dei singoli lotti a cui si partecipa”*.

Nel caso di specie, la somma delle lavorazioni in OS28 per i complessivi quattro Lotti ammontava a € 3.693.938,29, ed è per tale ragione che la Tabella riepilogativa finale indicava la classifica V° per la qualificazione in esame, essendo essa la prima utile a coprire tale somma di lavorazioni (consentendo di eseguire lavori fino a euro 5.165.000,00, mentre la classifica IV° bis, immediatamente precedente, copre lavorazioni solo fino a euro 3.500.000,00). Ciò però non significherebbe, ad avviso di parte appellante, che il concorrente debba necessariamente possedere la classifica V° , come ritenuto dal Tar, dovendo tenersi conto di quanto statuito nel citato art. 16 del disciplinare; pertanto sarebbe sufficiente che l’O.E. sia qualificato per l’importo delle lavorazioni in OS28 stimate nella *lex specialis* sui quattro Lotti.

Nel caso di specie la mandataria Innovatec Power, mediante avvalimento, era in possesso di due attestazioni SOA OS28, una in classifica III° bis (che consente di eseguire lavorazioni fino a euro 1.500.000,00), e una in classifica IV° (che consente di eseguire lavorazioni fino a euro 2.582.000,00), che dunque le consentirebbero di eseguire lavori in cat. OS28 fino a € 4.082.000,00. Ne conseguirebbe che la società era qualificata a eseguire lavorazioni in OS28 per un importo ben superiore a quello complessivamente

stimato dalla *lex specialis* per le lavorazioni in tale categoria sui quattro Lotti, pari a euro 3.693.938,29.

Peraltro il possesso della necessaria qualifica SOA prescritta per la categoria OS28 sarebbe, secondo la prospettazione di parte appellante, desumibile anche dall'applicazione all'art. 61 del D.P.R. n. 207 del 2010, a norma del quale il concorrente può partecipare alle gare pubbliche ed eseguire i lavori nei limiti della propria classifica, con la possibilità aggiuntiva – rispondente a una ratio di *favor participationis* – di avvalersi dell'incremento premiale del 20%. Infatti, anche a voler ritenere – come considerato erroneamente dal Tar – che la qualificazione in OS28 posseduta dalla mandataria Innovatec Power corrisponda a una classifica IV° bis, che copre fino a € 3.500.000,00 di lavori, la società risulterebbe comunque pienamente qualificata per la partecipazione ai quattro Lotti, mediante l'applicazione dell'incremento premiale di cui all'art. 61, comma 2 del D.P.R. n. 207 del 2010, pari al 20 % della classifica posseduta.

Il par. 14.2 del Disciplinare non era infatti esplicito nel prevedere una regola *ad hoc* per la partecipazione congiunta ai quattro Lotti, limitandosi a inserire una tabella finale, senza alcuna specificazione, mentre il successivo par. 16 chiariva espressamente – in senso esattamente opposto a quanto ritenuto dal primo giudice e invece perfettamente aderente a quello applicato dal seggio di gara – che in caso di partecipazione del medesimo concorrente a più Lotti, ai fini della qualificazione (anche SOA), occorresse avere riguardo alla somma complessiva delle lavorazioni.

Pertanto la mandataria sarebbe ampiamente qualificata per la somma delle lavorazioni in categoria OS28 dei quattro Lotti unitariamente intesi, in base alle qualificazioni SOA possedute in avvalimento, eventualmente applicando l'istituto dell'incremento premiale, ove ritenuta in possesso della qualifica IV° bis.

Ciò sarebbe ulteriormente dimostrato dal fatto che il Comune, in sede di risposta ai chiarimenti, di fronte alla domanda se fosse stato possibile

partecipare ai quattro Lotti con una OS28 in classifica IV° bis invece che V°, avvalendosi dell'incremento premiale del 20% di cui all'art. 61, comma 2, del Regolamento, aveva risposto nei seguenti termini: “*si conferma, altresì, la possibilità di utilizzare l'aumento premiale nei casi consentiti dall'articolo 61 comma 2, del D.P.R. 207/ 2010*”.

Tutte queste circostanze dimostrerebbe, in tesi di parte appellante, che la previsione della *lex specialis* di cui al paragrafo 14.2 del disciplinare, anche ove interpretata nel senso ritenuto dal primo giudice, non fosse immediatamente escludente e quindi non dovesse essere immediatamente impugnata, avendo riguardo al pronunciamento del Cons. Stato, Adunanza Plenaria n. 4 del 2018, secondo cui il carattere ambiguo della clausola, che non rende immediatamente percepibile l'effetto preclusivo alla partecipazione per chi sia privo di un requisito soggettivo richiesto dal bando, ne esclude l'immediata lesività.

In ogni caso, in tesi di parte appellante, la clausola in esame, anche se interpretata nel senso ritenuto corretto dal primo giudice, avrebbe dovuto ritenersi nulla per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, sicché il Tar avrebbe comunque dovuto dichiararne la nullità anche a prescindere dalla tempestività dell'impugnazione.

12. Il Comune di Campi Salentina in relazione a tale motivo ha dedotto che la previsione del paragrafo 14.2. del disciplinare di gara aveva fatto riferimento al possesso della qualifica V° per la categoria OS28 in caso di partecipazione a tutti e quattro i lotti in quanto la sommatoria dei quattro lotti portava ad un importo complessivo dei lavori pari ad € 3.693.938, 29, rientrante nel *range* della qualifica V°.

Peraltro la stazione appaltante aveva ritenuto che anche la classifica IV° bis potesse consentire di partecipare ai quattro lotti di gara, ove la qualificazione per l'importo complessivo dei lavori fosse raggiungibile con l'applicazione dell'istituto dell'aumento premiale di cui all'art. 61 del DPR 207/2010.

Per tale ragione in fase di gara, in risposta ad un quesito pervenuto da un operatore economico, aveva confermato la possibilità di utilizzare l'aumento premiale nei casi consentiti dal citato art. 61 comma 2.

La Stazione appaltante, inoltre, non aveva applicato, *sic et simpliciter* tale disposto ma aveva proceduto anche a verificare la sussistenza delle condizioni (previste da tale norma) per consentire l'aumento premiale in ipotesi di ricorso all'avvalimento e a verificare che l'operatore fosse qualificato in misura pari ad *“un quinto dell'importo dei lavori a base di gara”*.

13. Il RTI Santa Teresa ha per contro dedotto che il riferimento operato dal RTI Innovatec all'istituto dell'incremento premiale sarebbe non pertinente, in quanto l'art. 61, comma 2, del D.P.R. n. 207/2010 non troverebbe applicazione al caso di specie. Ciò, sul duplice presupposto che: i) l'aver acquisito il requisito *de quo* tramite avvalimento non consentirebbe di aggiungere l'ulteriore requisito premiante, esulando una tale fattispecie dalle previsioni della norma in parola; ii) mancherebbe comunque l'ulteriore presupposto, nel caso di imprese raggruppate, secondo cui l'impresa deve essere qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara.

14. Il motivo di appello è fondato nel senso di seguito precisato.

14.1. Ed invero come innanzi precisato l'art. 14 paragrafo 2 del disciplinare *“Possesso di attestazione SOA”*, precisava che: *“Ai sensi di quanto previsto dall'art. 84, c. 1 del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i., i concorrenti dovranno essere in possesso di Attestazione di qualificazione, rilasciata da una SOA regolarmente autorizzata ed in corso di validità, per le seguenti categorie”*, specificando, in quattro distinte Tabelle, le attestazioni richieste ai concorrenti per la partecipazione ai quattro Lotti messi a gara in relazione a ciascuna categoria, prevedendo poi, nella quinta tabella, relativa alla partecipazione a tutti e quattro i lotti, il riferimento alla classifica V° nella categoria OS28.

14.2. Peraltro detto disposto della *lex specialis* deve interpretarsi congiuntamente alla previsione dell'art. 16 del medesimo disciplinare secondo

cui “*Si precisa sin da ora che i requisiti di cui al presente disciplinare (economico/finanziari, attestazione SOA ecc.), per l’Operatore Economico che intenderà partecipare a più lotti, dovranno essere posseduti in relazione al valore complessivo dei singoli lotti a cui si partecipa*”.

Comprensibile appare la *ratio* di tale previsione, avuto riguardo alla contemporanea realizzazione dei lavori riferiti ai singoli lotti messi a gara.

Risulta del pari comprensibile come, avendo riguardo alla sommatoria degli importi previsti per la qualificazione delle opere in categoria OS28, la stazione appaltante avesse richiesto, nell’ipotesi di partecipazione a tutti e quattro i lotti, il possesso della qualifica V°, per equivalere la sommatoria dell’importo dei lavori per tale categoria ad un totale di euro 3.693.938, 29, rientrante nel *range* della qualifica V°, coprendo la classifica IV° bis importi per lavori fino ad euro 3.500,00.

La Tabella riepilogativa inserita nel paragrafo 14.2 , in questo contesto, aveva pertanto una funzione indicativa ed il riferimento alla Classifica V° è stato inserito, come confermato dal Comune nella propria memoria difensiva, unicamente in quanto essa costituiva la prima classifica utile a “coprire”

l’ammontare delle relative lavorazioni, senza avere la pretesa di imporre un’ipotesi di esclusione laddove il concorrente non possedesse la Classifica V°, ma fosse qualificato per l’esecuzione delle citate lavorazioni nell’ambito di tutti e quattro i Lotti di gara, avuto riguardo alla sommatoria dell’importo dei lavori, quale prevista dal paragrafo 16 dl disciplinare.

14.3. Infatti la previsione del paragrafo 14.2. del disciplinare va interpretata, avendo riguardo alla *ratio* evidenziata dal successivo art. 16, ovvero alla necessità che l’operatore economico sia qualificato per un importo corrispondente alla somma degli importi relativi ai singoli lotti per cui ha presentato domanda; interpretazione questa peraltro coerente con la previsione dell’art. 83 comma 2 del Codice dei contratti pubblici, secondo cui “*i requisiti e le capacità di cui al comma 1 sono attinenti e proporzionati all’oggetto*”

dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione”.

14.4. Ed invero, come anche ritenuto da questa Sezione (Cons. Stato Sez. V, 31/10/2022, n. 9386) nelle gare pubbliche, nell'interpretazione della *lex specialis* di gara devono trovare applicazione le norme in materia di contratti, e dunque anzitutto i criteri letterale e sistematico previsti dagli artt. 1362 e 1363 cod. civ.. Ciò significa che ai fini dell'interpretazione della *lex specialis* devono essere applicate anche le regole di cui all'art. 1363 cod. civ., con la conseguenza che le clausole previste si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo ad esse il senso che risulta dal complesso dell'atto. Pertanto se un'aporia tra i vari documenti costituenti la *lex specialis* impedisce l'interpretazione in termini strettamente letterali, è proprio la tutela dei principi dell'affidamento e della parità di trattamento tra i concorrenti che conduce all'interpretazione complessiva o sistematica delle varie clausole.

14.5. La giurisprudenza amministrativa ha inoltre chiaramente affermato che in caso di clausole o disposizioni normative di dubbia e/o incerta interpretazione deve essere privilegiato il principio del *favor participationis* al fine di consentire la più ampia partecipazione alle procedure di gara (Cons. St., Sez. V, 15.01.2018, n. 187).

Tale principio si pone in continuità con la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato a mente del quale "l'interpretazione delle clausole della *lex specialis* di gara che presentino margini di opinabilità deve essere improntata al principio eurounitario della massima partecipazione. È stato condivisibilmente osservato al riguardo che a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della *lex specialis* di gara (una avente quale effetto l'esclusione dalla gara e l'altra tale da consentire la permanenza del concorrente), non può legittimamente aderirsi all'opzione che, ove condivisa, comporterebbe l'esclusione dalla gara, dovendo essere favorita l'ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del *favor participationis* e

dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale" (ex multis, cfr. Cons. St., Sez. V, 5.10.2017, n. 4644; Cons. St., Sez. V, 5.07.2017, n. 3302).

14.6. Ciò posto deve ritenersi - interpretando la previsione del paragrafo 14.2. del disciplinare in coerenza con la sua *ratio*, rinvenibile nella previsione del successivo paragrafo 16 – che sebbene per le opere in categoria OS28 fosse indicata, in ipotesi di partecipazione alla procedura evidenziale per tutti e quattro i lotti, la SOA con classifica V°, la qualificazione richiesta dalla *lex specialis* potesse ritenersi raggiunta con la sommatoria degli importi corrispondenti alle SOA in possesso dell'operatore economico anche mediante avvalimento, ove le stesse fossero in grado di coprire l'importo complessivo dei lavori relativi a detta categoria. Nell'ipotesi di specie, avuto riguardo alle due attestazioni SOA possedute da Innovatec Power, mediante avvalimento, per le opere in categoria OS28, una in classifica IV° e una in classifica III° bis, la stessa sarebbe in grado di eseguire lavori in cat. OS28 fino a euro 4.082.000,00, ovvero per un importo superiore a quello complessivamente stimato dalla *lex specialis* per le lavorazioni in tale categoria sui quattro Lotti, pari a euro 3.693.938,29.

La possibilità di avvalersi della SOA per la medesima categoria attraverso una pluralità di operatori è stata infatti riconosciuta dalla Corte di Giustizia UE sin dalla sentenza 10 ottobre 2013 in causa C-94/12 che ha ritenuto che l'integrazione dei requisiti minimi di capacità imposti dall'amministrazione aggiudicatrice può essere dimostrata sia utilizzando l'avvalimento frazionato che l'avvalimento plurimo, poiché ciò che rileva è la dimostrazione da parte del candidato o dell'offerente, che si avvale delle capacità di uno o di svariati altri soggetti, di poter disporre effettivamente dei mezzi di questi ultimi che sono necessari all'esecuzione dell'appalto.

La circostanza che il paragrafo 14.2. debba interpretarsi avendo riguardo alla previsione del paragrafo 16 è inoltre supportata dal rilievo che solo con riferimento alla partecipazione a tutti e quattro i lotti la tabella ivi indicata fa riferimento a specifiche classifiche per le singole categorie, limitandosi le altre

tabelle alla previsione delle classifiche previste per le diverse categorie in relazione alla partecipazione ai singoli lotti; pertanto, in relazione all'ipotesi di partecipazione a più lotti, ma inferiore ai quattro lotti, la verifica sul possesso della SOA abilitante all'esecuzione dei lavori per le singole categorie non avrebbe che potuto essere condotta mercè la previsione dell'art. 16 del disciplinare di gara.

15. Peraltro, anche a ritenere che la sommatoria delle SOA in possesso di Innovate Power corrispondesse, come ritenuto dal primo giudice nonché dalla stessa stazione appaltante, ad una classifica IV° bis, per un importo di lavori pari ad euro 3.500.000,00, Innovatec Power doveva intendersi comunque qualificata, in applicazione dell'istituto dell'aumento premiale previsto dall'art. 61, comma 2, del D.P.R. 207/2010 (applicabile in virtù dell'art. 216 comma 14 del decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016 - il quale richiama la Parte II, Titolo III, del D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, artt. da 60 a 96, imponendone l'applicazione sino all'intervento della nuova disciplina in materia di qualificazione prevista dall'art. 83 comma 2 del medesimo decreto legislativo n. 50/2016) il quale prevede che *“1. Le imprese sono qualificate per categorie di opere generali, per categorie di opere specializzate, nonché per prestazioni di sola costruzione, e per prestazioni di progettazione e costruzione, e classificate, nell'ambito delle categorie loro attribuite, secondo gli importi di cui al comma 4. 2. La qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la medesima disposizione si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziate, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la disposizione non si applica alla mandataria ai fini del conseguimento del requisito minimo di cui all'articolo 92, comma 2)”*.

Si tratta dell'istituto del c.d. incremento del quinto introdotto nel settore dei lavori pubblici dall'art. 5 della l. n. 57 del 1962, istitutiva dell'Albo Nazionale

degli appaltatori, per quanto concerne l'impresa singola, e dall'art. 21 della l. n. 584 del 1977 sugli appalti pubblici, per quanto concerne le imprese riunite. L'art. 61, comma 2, del D.P.R. n. 207 del 2010, tuttora vigente, in forza della ricordata previsione dell'art. 216 comma 14 del decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016, nel cristallizzare un lungo percorso normativo e giurisprudenziale, ha inteso pertanto codificare nella stessa disposizione le due distinte regole, relative, la prima, all'impresa singola e, la seconda, al raggruppamento di imprese.

15.1. Ciò posto detto aumento premiale ben poteva essere utilizzato dalla stazione appaltante, nonostante non fosse *expressis verbis* previsto nella *lex specialis* di gara in applicazione dell'orientamento giurisprudenziale che ammette l'eterointegrazione della stessa da parte di fonti primarie in relazione ai requisiti di partecipazione specie laddove gli stessi valgano ad allargare la platea degli offerenti e non a determinare l'esclusione (*ex multis a contrario* Consiglio di Stato, sez. V, 27/07/2017, n. 3699).

Pertanto nell'ipotesi di specie bene poteva ammettersi, in un'ottica di *favor participationis* l'eterointegrazione della *lex specialis* di gara ad opera di una fonte alla quale rinvia la fonte primaria, ovvero nell'ipotesi di specie, l'art. 216 comma 14 del decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016.

15.2. Né si potrebbe sostenere, come correttamente dedotto da parte appellante che, per giustificare la sua ammissione, l'incremento premiale riferito alla sola categoria OS28, come ritenuto dal primo giudice, avrebbe dovuto consentire il raggiungimento della V° classifica: una simile interpretazione renderebbe materialmente impossibile l'applicazione dell'istituto dell'incremento premiale di cui all'art. 61, comma 2 del Regolamento, risolvendosi in una *interpretatio abrogans* e, dunque, sostanzialmente inutile detta previsione normativa. Infatti nessuna delle classifiche, incrementata di un quinto, consentirebbe di raggiungere la classifica superiore.

In tale ottica vanno pertanto letti i chiarimenti resi nel corso della procedura di gara dalla stazione appaltante, secondo i quali anche il possesso della classifica IV° bis avrebbe consentito la partecipazione alla procedura evidenziale, nella ricorrenza dei presupposti per la concessione dell'aumento premiale di cui all'art. 61, comma 2, del D.P.R. n. 207 del 2010.

E' infatti pur vero che secondo consolidata giurisprudenza *“le uniche fonti della procedura di gara sono costituite dal bando, dal capitolato e dal disciplinare, unitamente agli eventuali allegati; i chiarimenti resi dall'amministrazione nel corso della procedura non possono che avere una mera funzione di illustrazione e interpretazione della disciplina di gara, al fine di renderne chiaro e comprensibile il significato e la ratio in caso di dubbi, riconducendo a sistema le eventuali oggettive contraddizioni o ambiguità presenti nella lex specialis, attraverso una precisazione compatibile con le proprie originarie esigenze, senza alcuna modificazione delle regole ivi stabilite. Ciò che dunque è precluso alla stazione appaltante è una modifica della volontà già espressa nella legge di gara, giungendo ad attribuire, mediante l'attività interpretativa, a una disposizione del bando un significato e una portata diversa o maggiore di quella che risulta dal testo stesso (Consiglio di Stato, Sez. III, 7 febbraio 2018, n. 78); sicché va escluso che l'amministrazione, a mezzo di chiarimenti, possa modificare o integrare la disciplina di gara, pervenendo a una sua sostanziale disapplicazione; i chiarimenti a mezzo dei quali ciò sia avvenuto non costituiscono disciplina vincolante nell'ambito della procedura di gara, che rimane regolata dalle previsioni della lex specialis”* (Cons. Stato, sez. V, 20 luglio 2022, n. 6361).

Peraltro nell'ipotesi di specie il chiarimento reso dalla stazione appaltante mirava per un verso a ricondurre a coerenza le due distinte previsioni del paragrafo 14.2. e del paragrafo 16 del disciplinare di gara, apparentemente fra loro confliggenti, ma da leggersi in coerenza con la *ratio*, sottesa al paragrafo 16, di pieno rispetto della previsione dell'art. 83 comma 2 del Codice dei contratti pubblici, per altro verso a precisare come fosse possibile eterointegrare la *lex specialis* di gara con la previsione dell'art. 61, comma 2, del D.P.R. n. 207 del 2010, applicando l'aumento premiale, nella ricorrenza dei relativi presupposti.

Pertanto con l'applicazione dell'incremento, pari a € 700.000,00 (20% di € 3.500.000,00), la mandataria Innovatec Power risultava qualificata a eseguire lavorazioni in OS28 fino a euro 4.200.000,00 (3.500.000,00 + 700.000,00), e quindi per un importo di lavorazioni ben superiore a quello complessivamente stimato dalla *lex specialis* per tutti e quattro i Lotti messi a gara (pari a € 3.693.938,29).

15.3. Né sono ammissibili in quanto avanzate in chiara violazione del divieto dei *nova* di cui all'art. 104 comma 1 c.p.a. le deduzioni del RTI Santa Teresa formulate con la memoria depositata in data 15 novembre 2022 secondo cui :

a) l'incremento premiale di cui all'art. 61, c. 2 del DPR n. 207/2010 si applicherebbe soltanto “*all'impresa singola che partecipa alla gara*”, mentre nella specie la SOA risulterebbe posseduta in avvalimento; inoltre non potrebbe applicarsi l'incremento del quinto sulla somma degli importi delle due SOA in OS28 ottenute in avvalimento; b) non sarebbe soddisfatto il presupposto richiesto per l'utilizzo dell'incremento premiale in caso di RTI, e cioè che il concorrente che utilizza il premio sia qualificato per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara (nella specie pari a € 6.111.348,278).

15.3.1. Ciò in quanto nel ricorso di primo grado il RTI Santa Teresa, contestando l'asserita mancata qualificazione di Innovatec per la categoria OS28 sui 4 Lotti, aveva formulato tale censura: a) sul mancato possesso della classifica V°, pretesamente richiesta a pena di esclusione; b) sul fatto che “la somma delle due SOA OS28 classifica IV° e classifica III° bis, pur aggiungendo l'incremento premiale del 20% ex art. 61 comma 2 del DPR 207/2010, non consente di coprire la classifica V° richiesta dal disciplinare di gara”; pertanto il giudice di *prime cure* si è pronunciato (solo) su tali censure, accogliendole.

Soltanto nel presente giudizio di appello pertanto il RTI Santa Teresa ha (inammissibilmente) contestato sotto i rilevati profili l'applicazione che la stazione appaltante ha pacificamente effettuato dell'art. 61, comma 2 del DPR

n. 207/2010, al fine di ammettere alla procedura evidenziale il RTI Innovatec, in palese violazione del disposto dell'art. 104 comma 1 c.p.a..

15.4. Ciò in disparte dalla considerazione che le deduzioni svolte soltanto nella presente sede sono comunque infondate posto, quanto al primo rilievo, che l'art. 61 del Regolamento riconosce la possibilità per il concorrente, singolo o raggruppato, di usufruire dell'incremento premiale sulla qualificazione SOA, risultando irrilevante il fatto che la classifica SOA su cui operare l'incremento sia posseduta dal concorrente stesso o ottenuta in avvalimento (in questo senso depone anche la giurisprudenza, cfr. ex plurimis Cons. Stato, sez. V, sentt. nn. 1295/2017, 2563/2015, 5446/2014, 2200/2014; sez. III, n. 5057/2014 e n. 3599/2014 secondo cui *“la portata generale dell'istituto dell'avvalimento, quale strumento che consente l'utilizzo dei requisiti soggettivi di altri operatori economici messi a disposizione del concorrente alla stregua di idonea documentazione probatoria, implica l'utilizzabilità, in assenza di norme derogatorie, anche del beneficio dell'incremento della classifica ai sensi dell'art. 61, comma 2, D.P.R. 207/2010”*).

15.5. Il secondo rilievo del pari si appalesa infondato, avuto riguardo alle conclusioni di recente espresse con il noto arresto di cui alla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 13 gennaio 2023 n. 2, secondo cui *«la disposizione dell'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, laddove prevede, per il raggruppamento c.d. orizzontale, che l'incremento premiale del quinto si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara, si applica anche, per il raggruppamento c.d. misto, alle imprese del singolo sub-raggruppamento orizzontale per l'importo dei lavori della categoria prevalente o della categoria scorporata a base di gara»*, dovendosi, avuto riguardo al rilievo della differenziazione delle categorie dei lavori, considerare non il totale complessivo dei lavori posti a base di gara, ma l'importo della categoria scorporata.

16. Alla luce di quanto innanzi esposto l'appello risulta fondato, avendo la sentenza di *prime cure* ritenuto che ai fini dell'ammissione alla gara fosse necessario il possesso della classifica V° per le opere in categoria OS28 nell'ipotesi di partecipazione a tutti e quattro i lotti, laddove, come innanzi osservato, la tabella allegata al paragrafo 14.2. del disciplinare di gara doveva essere interpretata alla luce del successivo paragrafo 16; pertanto doveva intendersi necessaria una qualificazione, nel caso di partecipazione a più lotti, abilitante all'esecuzione del totale dell'importo dei lavori dei singoli lotti, raggiungibile anche mediante avvalimento plurimo, avendo riguardo alla sommatoria delle classifiche possedute mercè il ricorso all'avvalimento.

Peraltro, anche a ritenere che la sommatoria delle due SOA in avvalimento portasse a ritenere che Innovatec Power fosse in possesso di una classifica IV° bis, lo stesso era abilitato all'esecuzione dei lavori per i quattro lotti in relazione alle opere in categoria OS28, in applicazione dell'istituto dell'aumento premiale di cui all'art. 61 comma 2 D.P.R. 207 del 2010, avuto riguardo ai motivi del ricorso di *prime cure* che hanno delimitato il *thema decidendum*, non essendo necessario il raggiungimento della classifica V°, ma di una classifica, che, tenuto conto dell'aumento premiale, consentisse l'esecuzione dei lavori per l'importo complessivo dei quattro lotti, in coerente applicazione della previsione dell'art. 16 del disciplinare.

17. In considerazione della fondatezza del secondo motivo di appello, risultano assorbiti il terzo e quarto motivo in quanto formulati in via meramente subordinata.

18. Peraltro, stante l'accoglimento del secondo motivo di appello di carattere assorbente, avuto riguardo alla ritualità della riproposizione dei motivi del ricorso di *prime cure* ad opera del RTI Santa Teresa, quale innanzi precisata, riformulati in questa sede, ex art. 101 comma 2 c.p.a., deve procedersi alla disamina degli stessi.

19. Nel primo motivo del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, il RTI Santa Teresa ha assunto che il RTI Innovatec avrebbe dovuto essere

escluso dalla procedura per non avere sufficientemente specificato le quote del servizio che sarebbero state eseguite dalle imprese riunite, ai sensi dell'art. 48, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i..

Nella prospettazione attorea, trattandosi di un appalto complesso, la sola indicazione percentuale delle quote di esecuzione risulterebbe insufficiente, dovendo i concorrenti indicare anche descrittivamente il tipo di prestazioni a carico di ciascun operatore raggruppato. Si tratterebbe di un vizio direttamente connesso alla struttura dell'offerta, e quindi non sanabile in sede di soccorso istruttorio; dal che discenderebbe anche l'illegittimità del par. 23 del Disciplinare di gara, oggetto del pari di impugnativa, che consentiva tale soccorso in caso di mancata presentazione della dichiarazione di cui all'art. 48, comma 4, del Codice.

19.1. Il motivo è infondato in quanto il RTI Innovatec ha allegato alla documentazione amministrativa apposita dichiarazione in cui è indicata la quota percentuale delle prestazioni che saranno eseguite dalle imprese riunite, ex art. 48, comma 4 del Codice.

Tale adempimento deve considerarsi sufficiente ad assicurare lo scopo perseguito dalla norma, che è quello di riscontrare la serietà e l'affidabilità dell'offerta e di consentire l'individuazione dell'oggetto e dell'entità delle prestazioni che saranno eseguite dalle imprese raggruppate.

In questo senso si è espressa sia l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato, con la sentenza n. 26 del 2012 nel vigore del d.lgs. 163/2006, sia, dopo l'entrata in vigore del Codice del 2016, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, secondo la quale – con passaggio che ricalca in parte qua la Plenaria – l'obbligo di cui all'art. 48, comma 4 *“deve ritenersi assolto sia in caso di indicazione, in termini descrittivi, delle singole parti del servizio da cui sia evincibile il riparto di esecuzione tra le imprese associate, sia in caso di indicazione, in termini percentuali, della quota di riparto delle prestazioni che saranno eseguite tra le singole imprese, tenendo conto della natura complessa o semplice dei servizi oggetto della prestazione e della sostanziale idoneità delle indicazioni ad assolvere alle finalità di*

riscontro della serietà e affidabilità dell'offerta ed a consentire l'individuazione dell'oggetto e dell'entità delle prestazioni che saranno eseguite dalle singole imprese raggruppate" (Cons. Stato, Sez. III, n. 2641/2019; Sez. V, n. 3264/2017).

Ed invero, anche aderendo alla tesi della necessità di una descrizione delle parti di servizio, avendo riguardo alla natura complessa dei servizi – evincibile nell'ipotesi di specie dai chiarimenti della stazione appaltante che ha ammesso l'ATI verticale e dalla circostanza che la legge di gara prevedeva delle qualificazioni per categorie SOA diverse in relazione al tipo di prestazioni richieste – la censura va disattesa in quanto dalla documentazione amministrativa depositata dal RTI appellante sono chiaramente evincibili le parti del servizio da svolgersi ad opera delle imprese raggruppate, desumibili sia dalle attestazioni di qualificazione spese, sia dalla documentazione di avvalimento, sia dalle dichiarazioni di subappalto, elementi tutti riportati anche nei rispettivi DGUE.

In particolare nel DGUE di Innovatec Power S.r.l. si specifica che la Società svolgerà, anche attraverso le imprese ausiliarie KREA Consorzio Stabile e Jonico Scarl, le prestazioni in SOA OG1 e in OS28 e vi è successiva indicazione specifica delle prestazioni che l'impresa avrebbe svolto e che si riservava di subappaltare nei limiti di legge.

Parimenti nel DGUE di Selettra si precisa, in All. 2, che la Società è qualificata in OG9 classifica IV° bis, in OG10 classifica V° e in OS30 classifica II°, con qualificazione per prestazione di progettazione e costruzione fino alla quinta classifica; nel DGUE si attesta che la Società si avvarrà della SOA OG10 in classifica VI° dall'impresa S.I.L.E.S. Soc. Imp. Elettrici Linee Elettriche Settimo S.r.l.; inoltre, ancora nel DGUE, si specifica che la Società intende avvalersi del subappalto nei limiti di legge con riferimento alle prestazioni da essa svolte, come dettagliatamente precisate.

Pertanto, il motivo è comunque infondato, avuto riguardo alla prescrizione dell'art. 48 comma 4 del Codice interpretata in chiave teleologica, in quanto le Società del RTI Innovatec, in sede di documentazione amministrativa, hanno

comunque specificato le parti del servizio che ciascuna di esse svolgerà in fase esecutiva, secondo la dichiarazione di impegno e l'indicazione della quota percentuale di esecuzione resa ai sensi dell'indicato disposto normativo.

19.1.1. Nè rileva l'impugnativa della ricorrente *in prime cure* della previsione del disciplinare che consentiva il soccorso istruttorio su tale dichiarazione, atteso che avuto riguardo alle chiare indicazioni evincibili dalla documentazione di gara, la stazione appaltante, al più, in caso di dubbio, avrebbe dovuto disporre un mero soccorso procedimentale e non un vero e proprio soccorso istruttorio volto ad integrare l'offerta.

Ed invero il soccorso procedimentale era senz'altro ammissibile, dovendo applicarsi il principio espresso, sia pure in relazione al Codice previgente, nella sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 26/2012 secondo cui ai fini della verifica dell'assolvimento dell'onere di cui all'art. 48, comma 4, del Codice, anche in virtù del principio di tassatività delle clausole di esclusione, è necessario *“seguirsi un approccio ermeneutico di natura sostanzialistica che valorizzi il dato teleologico del raggiungimento dello scopo della norma senza che assuma rilievo dirimente il profilo estrinseco del modo in cui siffatta esigenza sia soddisfatta”*.

Peraltro il soccorso procedimentale, proprio in quanto non volto ad integrare l'offerta (ma a chiarire la reale portata della stessa in relazione alla sua imputabilità al RTI), è ammesso dalla giurisprudenza anche in relazione all'offerta tecnica ed economica e quindi a maggior ragione era esperibile in relazione alla dichiarazione ex art. 48 comma 4 del Codice.

Il rimedio – diverso dal “soccorso istruttorio” di cui all'art. 83 comma 9 d. lgs. 18 aprile 2016 n. 50, che non potrebbe riguardare né il profilo economico né quello tecnico dell'offerta (tra altre, Cons. Stato, III, 2 febbraio 2021, n. 1225; V, 27 gennaio 2020, n. 680, che rammenta che, nei pareri nn. 855 del 21 marzo 2016 e 782 del 22 marzo 2017 relativi allo schema del Codice degli appalti pubblici e del “correttivo” di cui al d.lgs. 56/2017 resi dalla Commissione speciale, questo Consiglio di Stato ha espressamente sottolineato, in relazione all'art. 83, l'opportunità di conservare il “soccorso

procedimentale” in caso di dubbi riguardanti “gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica”) – consiste nella possibilità di richiedere al concorrente di fornire chiarimenti volti a consentire l'interpretazione della sua offerta e a ricercare l'effettiva volontà dell'offerente, superando le eventuali ambiguità dell'offerta, ciò fermo il divieto di integrazione dell'offerta, senza attingere a fonti di conoscenza estranee alla stessa e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con essa assunta (Cons. Stato, III, 13 dicembre 2018, n. 7039; 3 agosto 2018, n. 4809; V, 27 aprile 2015, n. 2082; 22 ottobre 2014, n. 5196; 27 marzo 2013, n. 1487).

Il Consiglio di Stato infatti nei pareri relativi allo schema del Codice degli appalti pubblici di cui al d.lgs. 50/2016 e del “correttivo” di cui al d.lgs. n. 56/2017, resi dalla Commissione speciale (n. 855 del 21 marzo 2016; n. 782 del 22 marzo 2017) ha sottolineato, in relazione all'art. 83, l'opportunità di conservare un “soccorso procedimentale”, nettamente distinto dal “soccorso istruttorio”, in virtù del quale possano essere richiesti, in caso di dubbi riguardanti “gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica”, chiarimenti al concorrente, fermo il divieto di integrazione dell'offerta, laddove i chiarimenti valgono a chiarire la portata dell'offerta.

Si tratta, in particolare, di quei chiarimenti che, per la giurisprudenza, sono ammessi, in quanto finalizzati a consentire l'interpretazione delle offerte e ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità, e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con esse assunte (Cons. Stato, V, 27 aprile 2015, n. 2082; 22 ottobre 2014, n. 5196; 27 marzo 2013, n. 1487).

Detta interpretazione, relativa all'ammissibilità del soccorso procedimentale, volto a ricercare, alla luce dei chiarimenti richiesti, la volontà negoziale dalla stessa offerta e non ab externo o tramite la produzione di nuovi documenti, si pone del resto in linea con quanto previsto dalla Corte di Giustizia UE che, in tema di soccorso istruttorio in caso di carenze dell'offerta tecnica, ha ritenuto (nella sentenza della Sez. VIII, 10 maggio 2017, nella causa C-131/16

Archus), che una richiesta di chiarimenti non può ovviare alla mancanza di un documento o di un'informazione la cui comunicazione era richiesta dai documenti dell'appalto, se non nel caso in cui essi siano indispensabili per chiarimento dell'offerta o rettifica di un errore manifesto dell'offerta e sempre che non comportino modifiche tali da costituire, in realtà, una nuova offerta.

20. Con il terzo motivo del ricorso di *prime cure* il RTI Santa Teresa ha lamentato che il RTI Innovatec avrebbe dovuto essere escluso dalla gara in quanto la mandataria Innovatec Power non aveva reso le dichiarazioni di cui all'art. 80 del Codice anche in riferimento alla società di revisione Ria Grant Thornton S.p.A., come invece richiesto dal par. 13 del Disciplinare.

20.1. Il motivo va disatteso, proprio avendo riguardo alla previsione dell'art. 13 del Disciplinare, non oggetto di impugnativa, che dopo avere indicato i soggetti nei cui confronti il concorrente avrebbe dovuto rendere la dichiarazione di assenza delle cause di esclusione, aggiunge: *“Qualora tale elencazione non venga prodotta in sede di gara, la dichiarazione di assenza delle cause di esclusione previste dall'art. 80, commi 1 e 2, resa dal concorrente tramite la compilazione del DGUE si riterrà riferita anche a tutti i soggetti di cui al citato art. 80, comma 3 del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i.”*. Pertanto l'onere deve intendersi implicitamente assolto in base alla previsione *de qua*; né parte ricorrente ha dedotto che la stessa dichiarazione implicitamente resa con la compilazione del DGUE presentasse elementi di falsità in relazione alla società di revisione.

21. Con il quarto motivo il RTI ricorrente in *prime cure* assumeva che il RTI Innovatec avrebbe dovuto essere escluso per violazione dell'art. 48, comma 6, del Codice e dell'art. 92 del D.P.R. n. 207/2010.

21.1. Anche tale motivo è infondato in quanto sia l'art. 48, comma 6, del Codice, sia l'art. 92 del Regolamento, si riferiscono infatti agli appalti di lavori, laddove nell'ipotesi di specie, come chiarito dalla *lex specialis* (bando e disciplinare), *“il presente appalto si configura quale “appalto misto” a prevalenza servizi, ai sensi dell'art. 28 comma 9 del D.Lgs. n. 50/2016 s.m.i. in cui le diverse prestazioni, non separabili, sono tutte finalizzate ad ottenere il risparmio energetico ...”*.

Conseguentemente, anche in materia di partecipazione e qualificazione degli RTI si applicano i principi relativi agli appalti di servizi, ex art. 28, comma 1 del Codice secondo cui “*I contratti, nei settori ordinari o nei settori speciali, o le concessioni, che hanno in ciascun rispettivo ambito, ad oggetto due o più tipi di prestazioni, sono aggiudicati secondo le disposizioni applicabili al tipo di appalto che caratterizza l’oggetto principale del contratto in questione*”.

21.1.1. Negli appalti di servizi e forniture non vige *ex lege* il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni di *lex specialis* (Cons. Stato, Adunanza Plenaria n. 27/2014); pertanto, in assenza – come nella specie – di una diversa previsione nella *lex specialis* di gara, è sufficiente che i requisiti di qualificazione siano garantiti dal RTI nel suo complesso (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 2 dicembre 2019 n. 8249 che ha richiamato al riguardo il principio affermato dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato).

Per l’effetto la giurisprudenza che precisato che laddove l’amministrazione ritenga di non dover inserire una clausola di tale tenore, valutando sufficiente limitarsi a prevedere una quota minima di fatturato a prescindere dalla quota di esecuzione della prestazione, non può disporsi l’esclusione di una concorrente per la mancanza di un requisito non previsto dalla *lex specialis* di gara e neppure stabilito dalla legge mediante eterointegrazione (Cons. Stato, III, 13 settembre 2017, n. 4336).

Anche Cons. Stato, III, 21 gennaio 2019, n. 491, conferma tali conclusioni, ribadendo che, ove non sia stata espressamente richiesta dalla *lex specialis* la corrispondenza tra le quote di qualificazione e quelle di esecuzione si verte in una situazione nella quale i requisiti di capacità tecnica sono previsti per l’intero raggruppamento, senza alcuna distinzione in relazione ai componenti, di talché “*in mancanza di una specifica previsione contenuta nella lex specialis, e in assenza di una norma imperativa con valenza eterointegrativa*”, non può disporsi

l'esclusione della concorrente (cfr. anche Cons. Stato, III, 16 novembre 2018, n. 6471).

A tali principi peraltro si è attenuta la stazione appaltante che in relazione ad altro quesito relativo alla distribuzione delle prestazioni in RTI verticale/misto ha precisato infatti che *“si deve fare applicazione dei principi stabiliti dalla giurisprudenza per la partecipazione alle gare delle ATI, secondo la quale: l'obbligo di piena corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento, a loro volta coerenti con le quote di esecuzione della prestazione, e requisito di partecipazione posseduto, è riferito ai soli appalti aventi ad oggetto lavori; per gli appalti aventi ad oggetto servizi e forniture, invece, non vige più ex lege il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della lex specialis della gara. Ovviamente al fine della corretta applicazione dei suddetti principi nel caso in esame si deve tenere conto che l'appalto in questione è un appalto misto a prevalenza servizi?”*.

22. Con il quinto motivo del ricorso di prime cure il RTI Santa Teresa lamentava che il RTI Innovatec avrebbe dovuto essere escluso dalla gara, *“per aver anticipato rilevanti elementi dell'offerta economica nella propria offerta tecnica”*. Più precisamente lo stesso avrebbe indicato, negli elaborati grafici allegati all'offerta tecnica (Tav. B5), il valore relativo ai consumi annui di energia elettrica stimati dal RTI nel progetto proposto, così consentendo *“mediante una semplice moltiplicazione per il costo unitario dell'energia elettrica posto a base di gara”*, di individuare un valore avente incidenza sull'offerta economica, correlato al parametro C2 di valutazione della stessa (*“Ribasso percentuale sugli obiettivi di consumo rispetto al valore posto a base di gara”*).

22.1. Il motivo è infondato.

22.2. Al riguardo va innanzi tutto richiamata la consolidata giurisprudenza del giudice amministrativo formatasi in relazione al principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica.

Detto principio, che impone che le offerte economiche debbano restare segrete per tutta la fase procedimentale in cui la Commissione compie le sue

valutazioni sugli aspetti tecnici della proposta negoziale, trae fondamento dall'obiettivo di evitare che elementi di valutazione di carattere automatico possano influenzare la valutazione degli elementi discrezionali: costituisce, con ciò, presidio all'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, per garantire il lineare e libero svolgimento dell'iter che si conclude con il giudizio sull'offerta tecnica e l'attribuzione dei punteggi ai singoli criteri di valutazione.

Il principio si declina in una triplice regola, per cui: a) la componente tecnica dell'offerta e la componente economica della stessa devono essere necessariamente inserite in buste separate e idoneamente sigillate, proprio al fine di evitare la ridetta commistione; b) è precluso ai concorrenti l'inserimento di elementi economico-quantitativi all'interno della documentazione che compone l'offerta tecnica (qualitativa); c) l'apertura della busta contenente l'offerta economica deve necessariamente seguire la valutazione dell'offerta tecnica.

Invero, la conoscenza di elementi economici da parte della Commissione di gara, nella fase della valutazione dell'offerta tecnica, che precede quella di valutazione dell'offerta economica, appare di per sé idonea a determinare anche solo in astratto un condizionamento dell'operato della Commissione medesima, alterando o perlomeno rischiando potenzialmente di alterare la serenità e l'imparzialità dell'attività valutativa della Commissione stessa.

Nondimeno, per consolidato orientamento giurisprudenziale, il principio e le relative regole operative trovano applicazione, *propter tenorem rationis*, nei soli in casi in cui sussista effettivamente il pericolo di compromissione della garanzia di imparzialità della valutazione, il che accade, appunto, solo laddove concorrano elementi di giudizio a carattere discrezionale (inerenti l'apprezzamento dei profili tecnici e qualitativi della proposta negoziale articolata dagli operatori economici in concorrenza) ed elementi di giudizio a rilevanza obiettiva ed automatica (quali sono quelli della componente economica dell'offerta) e, dunque, soltanto allorché il criterio di

aggiudicazione (che ingloba entrambi i profili) sia – come nella specie – quello della «offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo» (art. 95, 2° comma, d.lgs. n. 50 del 2016): la peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica impone, in effetti, che la tutela si estenda a coprire non solo l'effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio al medesimo, perché anche la sola possibilità di conoscenza dell'entità dell'offerta economica, prima di quella tecnica, è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità dell'operato dell'organo valutativo.

Il divieto in parola, peraltro, non può essere interpretato in maniera indiscriminata, al punto da eliminare ogni possibilità di obiettiva interferenza tra l'aspetto tecnico e quello economico dell'appalto posto a gara; in particolare, possono essere inseriti nell'offerta tecnica voci a connotazione (anche) economica o elementi tecnici declinabili in termini economici se rappresentativi di soluzioni realizzative dell'opera o del servizio oggetto di gara (cfr. Cons. Stato, III, 9 gennaio 2020, n. 167): è, perciò, ammessa l'indicazione nell'offerta tecnica di alcuni elementi economici, resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché tali elementi economici non consentano di ricostruire la complessiva offerta economica o purché non venga anticipatamente reso noto il «prezzo» dell'appalto.

Con ciò, in definitiva, il divieto di commistione non va inteso né in senso assoluto, né in senso formalistico, ben potendo nell'offerta tecnica essere contenuti “elementi economici che non fanno parte dell'offerta economica, quali i prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato, ovvero siano elementi isolati e del tutto marginali dell'offerta economica che non consentano in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica” (Cons. Stato, V, 29 aprile 2020, n. 273; Id., V, 11 giugno 2018, n. 3609; Id., V, 11 giugno 2018, n. 3609; Id., III, 12 luglio 2018, n. 4284; Id., III, 3 aprile 2017 n. 1530).

In tali termini si è espressa questa sezione, con sentenza 2 agosto 2021, n. 5645, rigettando la censura riferita a fattispecie in cui il valore riportato nel computo metrico non estimativo delle migliorie non rappresentava il costo realmente sostenuto dall'appellante per la miglioria considerata (“impianto fotovoltaico”), ma solo il “Prezzo Unitario rif. Listino OO.PP. Puglia 2019 = $5400/3 = 1800$ euro”, cioè a dire la mera descrizione della “voce EA.002.031”, riportata nel prezzario della Regione Puglia.

22.3. Applicando tali coordinate ermeneutiche la doglianza va disattesa.

Ed invero la tavola B5 dell'offerta tecnica è dedicata esclusivamente alla pubblica illuminazione e non anche agli edifici; in tale tavola viene indicato il valore numerico in kWh dei consumi annui di energia elettrica stimati, appunto, per la sola pubblica illuminazione.

Si tratta, quindi, di un mero dato tecnico – del tutto parziale rispetto al complesso dell'appalto (pubblica illuminazione + edifici) – che non consente in alcun modo di anticipare il contenuto dell'offerta economica rispetto al criterio di valutazione C2, richiamato dal RTI Santa Teresa. Quest'ultimo – “C.2 - Ribasso percentuale sugli obiettivi di consumo rispetto al valore posto a base di gara” – è infatti relativo ai consumi di energia elettrica complessivi, e cioè sia di quelli per gli impianti di illuminazione pubblica, sia di quelli di tutti gli edifici oggetto di intervento, mentre nella tavola in esame è indicato il solo dato del consumo per la pubblica illuminazione. In ogni caso, l'indicazione del mero consumo energetico non può, in alcun modo, rivelare l'offerta economica. Quest'ultima consiste infatti nello sconto percentuale del costo dell'energia elettrica a €/kWh sul prezzo di riferimento ARERA: “Re – ribasso percentuale offerto sul prezzo di riferimento ARERA da applicarsi per tutta la durata del contratto – note – Udm – Volore a Base di Gara – Valori offerti”. Dunque, era totalmente impossibile desumere “con una semplice moltiplicazione” quale sarebbe stata l'offerta economica di RTI Innovatec, proprio perché era assente uno dei fattori. E ciò a maggior ragione considerato che, come detto, quello indicato nella Tav. B.5 è il valore del consumo energetico presunto per la sola

pubblica illuminazione, e non anche per gli edifici: mancherebbero pertanto entrambi i fattori della moltiplicazione. Pertanto dal dato esposto nel citato elaborato (TAV. B.5) non solo non era possibile ottenere il valore economico offerto in sede di gara, ma nemmeno lo stesso parametro del consumo energetico offerto, poiché manchevole del consumo relativo agli edifici oggetto di intervento.

23. Con l'ultimo motivo del ricorso di *prime cure* il RTI Santa Teresa ha contestato l'operato della Commissione di gara nella valutazione delle offerte tecniche e nell'attribuzione dei relativi punteggi, assumendo che una corretta valutazione delle proposte dei concorrenti avrebbe dovuto *“portare la Commissione a non attribuire alcun punteggio o un punteggio di molto inferiore al RTI Innovatec”*.

23.1. Nello specifico, secondo la deducente, sarebbe in primo luogo errato il punteggio attribuito alle due offerte concorrenti in riferimento al criterio A.1 (*Ai fini dell'attribuzione del punteggio si terrà conto delle proposte finalizzate al miglioramento del pregio architettonico dell'opera e dell'armonizzazione con gli elementi visibili (es. non esaustivo: finiture interne ed esterne, qualità dei materiali di rivestimento e finitura, risanamento strutture in c.a. ecc.) nonché al miglioramento della efficienza dell'involucro e qualità dei materiali. Occorre specificare in quale edificio si collocano le migliorie proposte indicandole sia nella relazione che nel computo metrico allegato al criterio”*); ciò in quanto il RTI Santa Teresa aveva proposto nel progetto di gara la realizzazione del cappotto termico sugli involucri edilizi per la totalità degli edifici e dei lotti oggetto di partecipazione, laddove invece il RTI aggiudicatario Innovatec, in maniera comparativamente peggiorativa, aveva predisposto di intervenire solo parzialmente sugli edifici.

Inoltre il RTI Santa Teresa Italia aveva proposto su tutti gli edifici il ripristino delle strutture ammalorate in c.a., elemento considerato premiante nel criterio di gara, anche in questo caso differenziandosi dal RTI Innovatec, il quale non aveva fatto alcun cenno in merito, limitandosi a proporre un intonaco termoisolante.

Ancora l'intervento di isolamento termico della copertura proposto dal RTI Santa Teresa aveva previsto l'utilizzo di materiali con eccellenti caratteristiche a differenza del RTI Innovatec.

Inoltre, a dire del RTI Santa Teresa, le tavole da esso allegate al progetto di gara erano particolarmente dettagliate, recando planimetrie con indicazione degli spazi oggetto di intervento, risparmi energetici ottenuti, riepilogo e proprietà tecniche dei materiali e degli impianti installati, render grafici, ecc. contestualizzate per ogni edificio, laddove le tavole allegate al progetto del RTI Innovatec erano meno dettagliate.

Il deducente RTI si era inoltre impegnato a realizzare propedeuticamente alla progettazione esecutiva una serie di indagini diagnostiche, laddove il RTI Innovatec non aveva previsto tali indagini diagnostiche.

Il RTI Innovatec, invece, non aveva dettagliato né specificato i materiali e le finiture considerate per il miglioramento del pregio architettonico dell'opera e dell'armonizzazione con gli elementi visibili.

Il RTI Santa Teresa infine, aveva previsto l'installazione di linee vita sulle coperture degli edifici al fine di garantire un grado elevato di sicurezza per gli operatori impiegati nelle attività di manutenzione.

Tale intervento non era stato invece previsto dal RTI Innovatec.

Pertanto, in tesi del RTI Santa Teresa, le carenze del progetto del RTI Innovatec avrebbe dovuto portare a un punteggio pari a zero o, al limite, di molto inferiore a quello assegnato. Ciononostante, la commissione aveva assegnato solo 10,6/15 al RTI Santa Teresa e 13,5/15 all'offerta del RTI Innovatec.

23.2. Parimenti errato sarebbe il punteggio attribuito alle due offerte in relazione al criterio A2 (*“Potenziamento delle caratteristiche funzionali e tecnologiche degli impianti. Ai fini dell'attribuzione del punteggio si terrà conto delle proposte rivolte al miglioramento qualitativo degli impianti tecnologici (es. non esaustivo: building automation, impianto termico e/o condizionamento, impianto elettrico, ecc.), in termini di miglioramento della funzionalità, della efficienza, della facilità di manutenzione e dell'economia di*

gestione, nella salvaguardia di tutte le funzioni previste nel progetto a base di gara. Occorre specificare in quale edificio si collocano le migliorie proposte indicandole sia nella relazione che nel computo metrico allegato al criterio”).

Ciò in quanto il RTI Santa Teresa aveva proposto per tutti gli edifici la realizzazione di un impianto di trattamento e ricambio aria con tecnologia VMC (ventilazione meccanica controllata) che consente l’ottenimento di notevoli recuperi energetici, con conseguente risparmio energetico.

Inoltre l’offerta del deducente RTI prevedeva un numero maggiore di pompe di calore, funzionanti in “parallelo”, consentendo un utilizzo delle macchine senza dispersioni grazie alla parzializzazione, che diventa utilissima anche nelle “mezze stagioni”.

Parimenti superiore doveva ritenersi l’offerta del RTI deducente in relazione alla proposta di Building Automation.

Il RTI Santa Teresa aveva inoltre proposto, con riferimento agli impianti fotovoltaici, una potenza complessiva maggiore rispetto al RTI Innovatec.

Le carenze del progetto del RTI Innovatec avrebbe dovuto portare ad azzerare il punteggio assegnatole o, al limite, ad assegnare un punteggio di molto inferiore a quello assegnato al RTI Santa Teresa, laddove la commissione aveva assegnato 10,5/15 punti al RTI Santa Teresa e 13,5/15 punti al RTI Innovatec.

23.4. Errato ancora sarebbe il punteggio attribuito dalla commissione di gara alle due offerte in relazione al criterio A3 (*“Ai fini dell’attribuzione del punteggio si terrà conto delle proposte rivolte al miglioramento qualitativo per elevare i livelli di sicurezza del cantiere in fase esecutiva e mitigare le interferenze con il funzionamento di: scuole/uffici/caserme, redazione APE ecc. Occorre specificare in quale edificio si collocano le migliorie proposte indicandole sia nella relazione che nel computo metrico allegato al criterio”*), avendo il deducente RTI dettagliato in maniera approfondita le modalità di riduzione al minimo delle interferenze tra le realizzazioni dei lavori e le ordinarie attività che vengono svolte negli edifici al contrario del RTI Innovatec.

Inoltre il deducente RTI aveva proposto di realizzare ex novo la segnaletica informativa e cartellonistica generale per l'indirizzamento degli utenti nell'individuazione dei servizi e dei locali presenti per tutti gli edifici nonché l'installazione di un totem interattivo multimediale, laddove alcun intervento era stato previsto dal RTI Innovatec in merito alla segnaletica.

Anche in relazione a tale criterio pertanto, in tesi della deducente, la commissione di gara avrebbe dovuto attribuire all'offerta tecnica del RTI Innovatec un punteggio pari a zero o comunque molto inferiore, laddove per contro aveva assegnato lo stesso punteggio di 3,25/5 ad entrambe le offerte.

23.5. Parimenti incongruo, a dire del RTI Santa Teresa, sarebbe il punteggio attribuito alle due offerte in relazione al criterio B2 (*“miglioramento qualitativo del piano di gestione, conduzione, manutenzione e monitoraggio, proposta di costo di gestione e di manutenzione del punto luce aggiuntivo (ampliamenti futuri), con l'indicazione delle migliorie proposte per messa a norma, sicurezza e la manutenzione ordinaria e/o programmata degli impianti di illuminazione”*) avendo la deducente offerto un sistema gestionale progettato per soddisfare tutte le esigenze operative e gestionali tipiche del contratto e del servizio oggetto di gara, in conformità con quanto previsto dai C.A.M di cui al D.M. 28/03/2018 e dei C.A.M. di cui al D.M. 27/09/2017 e con un miglioramento rispetto alle prescrizioni del Capitolato Speciale posto a base gara riconducibili a differenza del RTI Innovatec che aveva offerto nella maggior parte delle voci valori sempre inferiori al RTI Santa Teresa.

Malgrado ciò, al RTI Innovatec era stato assegnato il maggior punteggio di 7,33/8, mentre al RTI Santa Teresa il punteggio di 6/8.

23.6. Parimenti irrazionale in tesi del RTI Santa Teresa sarebbe il punteggio assegnato alla due offerte in relazione al criterio B3 (*“qualità delle armature dei punti luce LED proposte per la riqualificazione dell'impianto di illuminazione, durata di vita degli apparecchi installati, miglioramento sistema di telecomando”*) in quanto le armature stradali proposte da Santa Teresa conseguono una vita utile fino a oltre 160.000 ore, mentre gli apparecchi stradali proposti da Innovatec

dichiarano una vita utile > 100.000 ore; malgrado ciò al RTI Innovatec era stato assegnato il maggior punteggio di 3,67/4, mentre al RTI Santa Teresa il punteggio di 3,12/8.

23.7. Viziato sarebbe infine il punteggio attribuito dalla commissione di gara alle due offerte in relazione al criterio B4 (*“proposta qualitativa di aggiornamento del rilievo e presa in carico di eventuali differenze”*) in quanto la qualità del rilievo presente nella documentazione di gara proposta da Santa Teresa era superiore a quella di Innovatec in termini di numero e dettaglio qualitativo delle informazioni rilevate e rendicontate in offerta tecnica, tanto è vero che l’accuratezza dell’attività di censimento aveva messo in evidenza un numero di punti luce e quadri elettrici differenti dalla base gara maggiori rispetto a quelli della Concorrente Innovatec. La deducente aveva inoltre effettuato un’analisi paesaggistica (mediante cartografia tematica del PPTR) già in fase di studio del sistema impiantistico, al fine di conoscere gli eventuali vincoli di tutela, salvaguardia e valorizzazione, ovvero di attribuire un criterio di valutazione della criticità delle installazioni, definito come valore percentuale dei punti luce sottoposti a vincolo rispetto al numero totale di punti luce individuati sul territorio comunale. Cionostante al RTI Innovatec era stato assegnato il maggior punteggio di 9,3/10, mentre al RTI Santa Teresa il punteggio di 7,5/10.

24. Il motivo è infondato.

24.1. *In primis* va ricordato che secondo la costante giurisprudenza in materia *la valutazione delle offerte nonché l’attribuzione dei punteggi da parte della Commissione rientrano, (infatti) nell’ampia discrezionalità di cui essa gode, con la conseguenza che, fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica, sono inammissibili le censure che impingono nel merito di valutazioni per loro natura opinabili, e sollecitano il giudice amministrativo a esercitare un sindacato sostitutorio, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall’ art. 134 c.p.a”* (cfr ex multis, Cons. Stato, Sez. V , 25/03/2021 , n. 2524; Sez. V, 17/04/2020 n. 2051).

Infatti la valutazione delle offerte tecniche, effettuata dalla Commissione attraverso l'espressione di giudizi e l'attribuzione di punteggi, a fronte dei criteri valutativi previsti dal bando di gara, costituisce apprezzamento connotato da chiara discrezionalità tecnica sì da rendere detta valutazione insindacabile salvo che sia affetta da manifesta illogicità (Cons. St., sez. V, 18 marzo 2019, n. 1748; 14 gennaio 2019, n. 291)” (in termini, Cons. Stato, Sez. III, 9 marzo 2022, n. 1699).

24.2. I rilievi mossi dal RTI Santa Teresa al riguardo circa l'operato della commissione giudicatrice lungi dal denotare l'irrazionalità dell'attribuzione del punteggio sono fondati sul giudizio soggettivo della deducente che in relazione ai criteri di attribuzione del punteggio indicati nella lex specialis di gara, aventi carattere multifattoriale, ha valorizzato determinati profili presenti nella sua offerta tecnica laddove la commissione giudicatrice, nell'attribuire un maggiore punteggio all'offerta tecnica del RTI Innovatec, ha valorizzato altri profili ritenuti più rispondenti alle esigenze della stazione appaltante.

24.2.1. Ciò è comprovato dalla circostanza che il RTI Santa Teresa non ha contestato specificatamente il giudizio della Commissione riportato nelle Tabelle allegate ai verbali di valutazione dell'offerta tecnica (verbali nn. 2,3,4,5) facenti riferimento ai criteri di valutazione elencati unitamente alla relativa ripartizione dei punteggi di cui all'art. 21 del disciplinare di gara, limitandosi a mettere a confronto le due offerte, valorizzando alcuni elementi a discapito di altri.

Nello specifico, in relazione al criterio A1, la commissione di gara ha espresso il seguente giudizio in relazione all'offerta del RTI Santa Teresa “*Relazione esauriente, chiarezza degli impegni assunti, soluzioni tecniche più che adeguate alle richieste del bando*”, pronunciando per contro il presente giudizio in relazione all'offerta del RTI Innovatec “*Relazione esauriente; chiarezze degli impegni assunti, concretezza e semplicità delle soluzioni adottate; soluzioni tecniche pienamente rispondenti alle richieste del bando; ottima risposta agli standard richiesti*”.

In relazione al criterio A2 la commissione ha ritenuto del pari, quanto all'offerta del RTI Santa Teresa *“Relazione esauriente, chiarezza degli impegni assunti, soluzioni tecniche più che adeguate alle richieste del bando”* e quanto all'offerta del RTI Innovatec *“Relazione esauriente; chiarezze degli impegni assunti, concretezza e semplicità delle soluzioni adottate; soluzioni tecniche pienamente rispondenti alle richieste del bando; ottima risposta agli standard richiesti”*.

In relazione al criterio A3 la commissione si è espressa nell'identico modo sia sull'offerta del RTI Santa Teresa che su quella del RTI Innovatec: *“Relazione abbastanza chiara e più che adeguata agli standard richiesti sebbene un maggior dettaglio avrebbe reso più evidenti le soluzioni proposte”*.

In relazione al criterio B2, del pari censurato dal RTI Innovatec, la commissione di gara ha formulato il seguente giudizio sull'offerta del RTI Santa Teresa: *“Soluzione più che adeguata anche in considerazione della proposta di gestione e manutenzione dei punti luce”*; ha per contro ritenuto in relazione all'offerta del RTI Innovatec che *“La scelta del SGS è da ritenersi ottima in base ai risultati che si vogliono raggiungere. E' ritenuta anche ottima l'analisi energetica ed ambientale del piano di gestione proposto”*.

In relazione al criterio B3 la commissione ha espresso il seguente giudizio sull'offerta del RTI Santa Teresa *“Soluzione più che adeguata anche per quanto riguarda il sistema di telecontrollo dei corpi illuminanti?”* mentre ha ritenuto, quanto all'offerta del RTI Innovatec che *“la proposta è da ritenersi ottima in termini di qualità e prestazione di tutti i punti luce indicati nell'offerta anche per quanto riguardo il sistema di telecontrollo dei corpi illuminanti?”*.

Infine in relazione al criterio B4 la commissione ha ritenuto, quanto all'offerta del RTI Santa Teresa *“più che adeguata la proposta qualitativa di aggiornamento degli impianti?”* e quanto all'offerta del RTI Innovatec che *“la proposta qualitativa è da ritenersi ottima”* .

Pertanto le censure formulate dal RTI Santa Teresa in quanto non volte a censurare l'iter logico seguito dalla commissione di gara, quale evincibile da giudizi allegati ai verbali di gara, ma a sostituire il proprio soggettivo giudizio

a quello formulato dalla commissione esaminatrice, avendo riguardo al mero punteggio attribuito alle due offerte, presentano un primo ed assorbente profilo di inammissibilità.

24.3. Peraltro, a prescindere da tale rilievo la commissione di gara ha dettagliatamente illustrato le ragioni dell'attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche nelle controdeduzioni depositate nel corso del giudizio di *prime cure* e le contestazioni al riguardo esposte nelle memorie difensive dal RTI Santa Teresa, lungi dall'evidenziare profili di manifesta irragionevolezza, impingono nel merito della discrezionalità tecnica.

Con tale relazione la commissione ha in primo luogo precisato di aver operato *“nel rispetto del Disciplinare di Gara che stabilisce criteri di valutazione per l'attribuzione del punteggio relativo all'efficientamento degli edifici nZeb e criteri di valutazione per l'efficientamento della illuminazione pubblica. Il punteggio complessivo attribuito ad ogni singolo partecipante è somma dei punteggi dei sotto criteri di valutazione puntualmente descritti dal Disciplinare a cui si rimanda per ogni ulteriore dettaglio. I sotto criteri, ad ogni modo, richiamano l'attenzione sulla necessità di valutazione di specifici aspetti operativi, che in maniera indicativa non esaustiva, interessano la scelta dei materiali, le modalità di posa in opera e di esecuzione degli interventi, la sicurezza intrinseca del cantiere, la ricaduta sulle attività socioeconomiche, formative e istituzionali svolte all'interno degli edifici e su altri importanti questioni riportate nella griglia di valutazione che costituisce parte integrante del disciplinare. Analoga metodologia di valutazione viene indicata nel Disciplinare per l'attribuzione dei punteggi relativi all'efficientamento dell'illuminazione pubblica. In sostanza, la Commissione è chiamata alla valutazione delle offerte tecniche sulla scorta di un “analisi multicriteria” che impone una valutazione complessiva di più elementi che incidono, secondo differenti pesi, sui valori del punteggio complessivo attribuito alle proposte dei partecipanti. In particolare il criterio di valutazione “A” relativo all'efficientamento degli edifici nZeb si suddivide a sua volta nei sotto criteri A1,A2,A3;A4 che a loro volta si suddividono in ulteriori sotto criteri A.1.1 , A.1.2 , A.1.3 e così via (vedasi Disciplinare) ; analogamente il criterio di valutazione “ B” relativo all'efficientamento dell'illuminazione pubblica, comprende i sotto criteri*

B1,B2,B3,B4,B5,B6. Ogni sotto criterio ha richiesto particolare attenzione per la valutazione del relativo punteggio attese le “difficoltà” innanzi descritte ed evidenziate”.

Ha inoltre evidenziato come il RTI Santa Teresa abbia formulato il suo ricorso rinnegando l'analisi multicriteria sostanzialmente stabilita dal Disciplinare di gara per l'attribuzione del punteggio, procedendo ad individuare singoli aspetti operativi e/o singoli interventi della sua proposta laddove l'attribuzione del punteggio era dipendente da più fattori, dimenticando inoltre, che il confronto dovrebbe essere effettuato tra interventi omogenei laddove il RTI Innovatec aveva seguito indirizzi e scelte di progettazione diversi dagli indirizzi del RTI Santa Teresa; pertanto le offerte andavano valutate globalmente avendo riguardo ai risultati finali proposti da entrambi gli operatori. Con tale logica, risulterebbe non significativo il confronto di singoli elementi delle soluzioni adottate che, con pesi diversi, concorrono alla costruzione della proposta complessiva formulata dal concorrente in sede di gara.

Così la commissione di gara ad esempio, in relazione al criterio A1 ha evidenziato come l'efficientamento energetico degli edifici non dipende soltanto dal cappotto termico, valorizzato dal RTI Santa Teresa, ma anche dai sistemi di protezione delle finestre e balconi (infissi, frangisole, tende), dalla quantità e qualità dei materiali impiegati, dagli impianti tecnologici di produzione calore e raffrescamento, dai sistemi di produzione di energia da fonti rinnovabili, dall'energia assorbita dai sistemi e impianti etc. e come l'offerta di Innovatec sia risultata più soddisfacente, avendo proposto interventi differenziati per i vari tipi di edifici, privilegiando l'impiantistica e riducendo in tal modo l'impatto della realizzazione dei cappotti che richiedono l'impiego di ponteggi e quant'altro necessario per garantire l'esecuzione lavori in realtà operative (scuole, municipi etc) che non possono istituzionalmente fermarsi.

In tale ottica pertanto la commissione, come evincibile dal giudizio valutativo espresso in seno al verbale di gara, ha privilegiato la semplicità e la

concretezza delle soluzioni proposte dal RTI Innovatec (“*concretezza e semplicità delle soluzioni adottate; soluzioni tecniche pienamente rispondenti alle richieste del bando; ottima risposta agli standard richiesti*”).

Parimenti la commissione ha controdedotto in relazione ai rilievi riferiti al criterio A2, evidenziando in particolare come la soluzione proposta dal RTI Santa Teresa sia più energivora in quanto prevede sistemi di ricambio di aria che va trattata e condizionata con dispendio di ulteriore energia.

Ha inoltre evidenziato come l’offerta tecnica del RTI Santa Teresa si sia limitata alla generica indicazione di impianto fotovoltaico con pannelli in silicio monocristallino da 410 Wp/cad, mentre Innovatec aveva indicato pannelli in silicio monocristallino più performanti da 450 Wp/cad che richiedono una minore superficie di installazione e un minor impatto ambientale.

Particolarmente dettagliate ed indicative dell’altissima discrezionalità tecnica che ha caratterizzato il giudizio della commissione giudicatrice sono inoltre le controdeduzioni svolte dalla commissione in relazione ai motivi di ricorso riferiti agli ulteriori criteri.

24.4. Avuto riguardo all’elevatissima discrezionalità tecnica che ha caratterizzato il giudizio della commissione, riferito peraltro a multicriteri non considerati dal RTI Santa Teresa nel loro complesso, ma valorizzando alcuni elementi a discapito di altri, in relazione peraltro a due proposte di carattere non omogeneo, il giudizio della commissione esaminatrice non può che intendersi sottratto al sindacato di questo giudice amministrativo, non risultando elementi di irrazionalità nel predetto giudizio, le cui direttrici sono state analiticamente esposte nelle controdeduzioni provenienti dalla commissione esaminatrice, prodotte in prime cure dal Comune di Campi Salentina e contestate dalla deducente con considerazioni che, lungi dal denotare l’irrazionalità del giudizio formulato dalla commissione impingono nel merito tecnico.

25. In considerazione della infondatezza dei motivi del ricorso di *prime cure* riproposti nella presente sede da parte del RTI Santa Teresa, ex art. 101

comma 2 c.p.a. e per contro della fondatezza del secondo motivo di appello di carattere assorbente, l'appello va accolto e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata va rigettato il ricorso di prime cure.

26. Sussistono nondimeno eccezionali e gravi ragioni, avuto riguardo alla complessità delle questioni sottese al presente giudizio, per compensare integralmente fra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, rigetta il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Diana Caminiti

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO