

Publicato il 07/09/2022

N. 07793/2022REG.PROV.COLL.
N. 05264/2022 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

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 5264 del 2022, proposto da Falp Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Saverio Sticchi Damiani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Novoli, non costituito in giudizio;

nei confronti

M.G.M. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Quinto, Pietro Quinto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Anacleto Longo S.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia sezione staccata di Lecce (Sezione Seconda) n. 1002/2022.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
visto l'atto di costituzione in giudizio di M.G.M. S.r.l.;
visti tutti gli atti della causa;
relatore nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2022 il Cons. Gianluca Rovelli e uditi per le parti gli avvocati Saverio Sticchi Damiani e Luigi Quinto;
sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;
ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Novoli ha indetto una procedura aperta per l'affidamento, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei lavori di "*Adeguamento recapiti finali della fognatura pluviale e realizzazione collettori - centro abitato - 2° stralcio funzionale*", per un importo stimato di € 1.996.869,12 al netto di IVA (di cui € 60.405,00 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso). Alla procedura hanno partecipato 4 concorrenti, tra cui l'appellante Falp Costruzioni S.r.l. che si è classificata al terzo posto della graduatoria. La gara è stata aggiudicata alla ditta M.G.M.
2. Con ricorso proposto dinanzi al TAR Lecce la Falp Costruzioni ha impugnato l'aggiudicazione e ne ha chiesto l'annullamento.
3. Il TAR ha rigettato il ricorso con la sentenza indicata in epigrafe.
4. Di tale sentenza, asseritamente ingiusta ed illegittima, Falp Costruzioni S.r.l. ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello alla stregua di due articolati motivi, rubricati: "*A - Error in iudicando. Erroneità della sentenza appellata nella parte cui ha ritenuto non dovuto a Falp Costruzioni il punteggio previsto dal disciplinare di gara per il criterio di valutazione A.5; B - Error in procedendo. Erroneità della sentenza appellata nella parte in cui ha dichiarato inammissibili per difetto di interesse le restanti censure*".
6. Ha resistito al gravame, chiedendone il rigetto M.G.M. S.r.l.
7. Alla camera di consiglio del 19 luglio 2022, sentite le parti ex art. 60 c.p.a., la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

8. Con il primo motivo l'appellante, in sintesi, lamenta l'erroneità della decisione del TAR nella parte in cui ha ritenuto non dovuto a Falp Costruzioni il punteggio previsto dal disciplinare di gara per il criterio di valutazione A.5.

8.1. La questione riguarda i SAL intermedi, come quelli prodotti in gara da Falp, che, secondo la ricostruzione del TAR, non potrebbero essere considerati “*documentazione equivalente a comprovare la corretta esecuzione delle analoghe esperienze lavorative*”, ai fini della valorizzazione del punteggio per il criterio qualitativo che ne occupa”, e ciò in quanto i SAL sarebbero documenti che, diversamente dal “*certificato di collaudo*”, avrebbero “*natura contabile*” e, come tali, sarebbero “*inidonei ad attestare la corretta esecuzione*” della parte di lavori rendicontata.

8.2. Secondo l'appellante il primo giudice sarebbe incorso in una duplice aporia, innanzi tutto per avere attribuito al sintagma “*altra documentazione equivalente*” un significato non desumibile dal suo tenore letterale; e poi per avere ritenuto illegittimo un chiarimento, reso dalla stessa stazione appaltante, che, invece, non presenta un contenuto integrativo/modificativo della *lex specialis*.

8.3. Sarebbe dunque illegittimo l'operato della commissione di gara che, disapplicando un chiarimento della stazione appaltante, ha attribuito 0 punti all'offerta della Falp Costruzioni per il criterio A.5, laddove invece a quest'ultima sarebbero spettati 5 punti in ragione del possesso e della avvenuta prova, mediante idonea documentazione, delle pregresse esperienze lavorative necessarie ai fini dell'attribuzione del punteggio in questione.

8.4. La Falp Costruzioni si è attenuta al citato chiarimento allegando alla propria offerta tecnica 2 SAL intermedi (con relativi certificati di pagamento) attestanti ciascuno l'esecuzione nel triennio antecedente la pubblicazione del

bando di gara di lavori nella categoria OG6 per importi superiori a quello dell'appalto per cui è causa, e segnatamente:

- il 3° stato di avanzamento lavori del 18.2.2022 emesso da Acquedotto Pugliese per gli interventi di completamento del servizio idrico e fognante nel Comune di Morciano di Leuca, di € 3.258.274,76;

- il 3° stato di avanzamento lavori del 2.2.2022 (con relativo certificato di pagamento) emesso da Acquedotto Pugliese per gli interventi di completamento del servizio idrico e fognante nel Comune di Gagliano del Capo, attestante l'esecuzione nel triennio antecedente la pubblicazione del bando di gara di lavori nella categoria OG6 per un importo di € 2.142.747,49.

9. Con il secondo motivo l'appellante lamenta l'erroneità della decisione del TAR nella parte in cui ha dichiarato inammissibili per difetto di interesse i restanti profili di censura prospettati in primo grado.

9.1. Con il motivo sub II del ricorso di primo grado l'appellante ha dedotto un'ulteriore censura con cui, ferma restando l'illegittimità delle operazioni valutative per omessa riparametrazione dei punteggi tecnici, ha altresì contestato l'attribuzione all'offerta della MGM del punteggio di cui al criterio A.5, evidenziando come a quest'ultima non spettasse alcun punteggio avendo prodotto una mera dichiarazione, priva di qualsivoglia concretezza e attendibilità, resa da un altro operatore economico che avrebbe affidato alla stessa M.G.M. l'esecuzione in subappalto di una commessa privata. Il TAR ha dichiarato inammissibili tali censure, asserendo che dall'accoglimento delle stesse non sarebbe derivata alcuna utilità (capi 3 e 6 della sentenza appellata).

9.2. Il TAR avrebbe travisato il contenuto del ricorso di primo grado, esaminando in maniera formalistica, atomistica e parcellizzata i profili di censura con esso dedotti, e senza tener conto della evidente connessione logica e testuale tra gli stessi.

9.3. Le censure non scrutinate dal TAR dovrebbero quindi essere esaminate nel merito.

9.3.1. In violazione di quanto espressamente stabilito ai punti 5.1.1 e 5.1.2 del disciplinare di gara, la commissione non ha proceduto alla riparametrazione dei punteggi delle offerte tecniche; ha calcolato la media dei coefficienti attribuiti dai singoli commissari per il peso di ciascun elemento di valutazione, senza previamente rapportare ad uno quella più elevata e via via proporzionando a tale valore le altre. Ove le prescrizioni del disciplinare di gara fossero state esattamente applicate, la Falp Costruzioni avrebbe dovuto conseguire 70,52 punti per l'offerta tecnica a seguito di riparametrazione e, quindi, un maggior punteggio complessivo di 81,70 anziché di 63,18,

9.3.2. L'aggiudicazione sarebbe poi illegittima perché, in relazione al già esaminato criterio di valutazione A.5, la M.G.M. avrebbe dovuto conseguire 0 punti in luogo dei 5 attribuiti dalla Commissione, in quanto la ditta controinteressata avrebbe documentato in modo non corretto, ovvero mediante documentazione non idonea perché priva di valenza probatoria ai fini della dimostrazione delle esperienze pregresse, l'esecuzione di lavori analoghi nel periodo e per l'importo richiesto.

9.3.3. In particolare, la ditta M.G.M. ha prodotto in sede di offerta:

- una dichiarazione resa in data 25.8.2021 dal Project manager della Renco S.p.a. (società appaltatrice dei lavori di costruzione del terminale di ricezione affidatile dal committente privato Trans Adriatic Pipeline AG), secondo cui *“la M.G.M. Srl (ex Edilcostruzioni S.r.l. firmataria del contratto in oggetto) ha operato per conto della Renco S.p.a. in subappalto sulla commessa privata per la Realizzazione di Pipeline Receiving Terminale Lavori architettonici dei “buildings” e opere esterne nel Comune di Melendugno – (Le), per un importo totale del progetto di € 8.139.294,96 al netto dell’IVA. I lavori sono stati ultimati nel mese di Aprile 2021 e, nel dettaglio, hanno riguardato: finiture dei fabbricati, realizzazione di piastre ad alta resistenza, sistemazioni esterne in genere, realizzazione di sistemi di raccolta delle acque piovane, realizzazione di collettore finale per lo smaltimento delle acque piovane, realizzazione di viabilità interna ed esterna, realizzazione della recinzione del sito, opere di sistemazione del verde, come da categoria SOA di seguito indicate: - Categoria – Edifici civili ed industriali – importo*

contab. € 1.898.634,16 - Categoria OG3 – Strade, autostrade, ponti, viadotti, ferrovie, meterpolitan – importo contab. € 2.600.130,40 - Categoria OG6 – Acquedotti, gasdotti, oleodotti, opere di irrigazione e di evacuazione – importo contab. € 2.990.210,40 - Categoria OG13 – Opere di ingegneria naturalistica – importo contab. € 650.320,00”;
- un certificato di pagamento datato 7.12.2021, emesso dal Comune di Nociglia nei confronti della MGM con riferimento ai *“lavori di messa in sicurezza idrogeologica e idrogeomorfologica del territorio del Comune di Nociglia, attraverso il rifacimento e il ripristino delle sedi stradali al fine di garantire la corretta regimentazione delle acque piovane”*, per un importo eseguito pari a € *“607.997,04”*.

9.3.4. Tale documentazione sarebbe inidonea a dimostrare il possesso, in capo alla ditta M.G.M., delle esperienze pregresse così come richiesto dalla stazione appaltante. La dichiarazione resa da Renco S.p.a. secondo cui la ditta M.G.M. avrebbe eseguito in subappalto i lavori di Pipeline Receiving sarebbe inidonea ad attestare l'effettiva esecuzione di detti lavori. Si tratta di una mera dichiarazione dell'impresa appaltatrice (ovvero la Renco S.p.a.) ed è priva di qualsivoglia valenza certificativa. Per i lavori privati (art. 86, comma 7, del d.P.R. 207/2010) è prescritta l'obbligatorietà dell'esibizione, ai fini della qualificazione SOA, del CEL rilasciato dalla committenza e sottoscritto dal direttore dei lavori, i quali sono responsabili anche dell'indicazione degli eventuali subappaltatori.

9.3.5. Quanto al certificato di pagamento emesso dal Comune di Nociglia, sarebbe evidente l'inidoneità di tale documento a dimostrare il possesso delle esperienze pregresse in capo alla ditta M.G.M., atteso che lo stesso attesta l'esecuzione di lavori per un importo (€ 607.997,04) insufficiente rispetto a quello richiesto dalla *lex specialis* e, peraltro, non specifica se e in quale misura tali lavori siano riconducibili alla categoria OG6. Alla ditta M.G.M. spettavano dunque 0 punti per l'elemento di valutazione A.5.

10. Le censure, così sintetizzate, sono infondate.

11. Quanto alla prima, va osservato che il disciplinare di gara, al Capo 4, criterio valutativo A.5 così dispone: *“Esperienze pregresse. Saranno valutate*

positivamente le analoghe esperienze lavorative eseguite direttamente dall'impresa concorrente. In dettaglio dovrà essere stata eseguita, nel triennio antecedente la pubblicazione del bando di gara, almeno una commessa di importo almeno pari a quello del presente appalto; a tal fine dovrà essere prodotto il Certificato di collaudo o l'attestazione/certificazione di buon esito di esecuzione o altra documentazione equivalente. p.ti 5”.

11.1. L'appellante confonde l'esecuzione di un lavoro con la “buona esecuzione”.

11.2. Il collaudo, come è noto, ha la funzione di verificare e certificare che l'opera sia stata eseguita a regola d'arte e secondo le prescrizioni tecniche prestabilite, in conformità al contratto, alle sue eventuali varianti e ai conseguenti atti di sottomissione o aggiuntivi debitamente approvati. La verifica include il fatto che i dati risultanti dalla contabilità e dai documenti giustificativi corrispondano tra loro e con le risultanze di fatto, non soltanto per dimensioni, forma e quantità, ma anche per qualità dei materiali, dei componenti e delle provviste utilizzati. Il certificato di collaudo rappresenta l'atto conclusivo recante l'accertamento tecnico sulla rispondenza dell'opera al dovuto e la verifica del credito finale dell'appaltatore.

11.3. In sostanza il collaudo svolge una duplice funzione:

a) di accertamento della conformità della prestazione alle regole dell'arte e alle prescrizioni contrattuali;

b) di accertamento della corrispondenza dei dati risultanti dalla contabilità con le risultanze di fatto, ai fini del pagamento del corrispettivo; nell'appalto pubblico non esiste la mera consegna dell'opera intesa come atto istantaneo, il quale, seguendo l'ultimazione dei lavori, implica, per il committente che voglia evitare di essere ritenuto accettante, l'insorgere dell'onere di una precisa formulazione di riserve.

11.4. Le considerazioni sin qui svolte possono essere estese al certificato di regolare esecuzione che sostituisce il collaudo, in base agli importi dei lavori, servizi e forniture.

11.5. Le statuizioni del TAR sono dunque da condividere posto che, come correttamente sottolineato dalla difesa di M.G.M. s.r.l. (pagina 9 della memoria depositata il 15 luglio 2022) è pacifico che ai fini dell'attribuzione del punteggio non potesse valere la generica esecuzione di lavori di importo pari a quello dell'appalto senza che vi fosse l'attestazione del buon esito degli stessi.

11.6. Che lo stato di avanzamento lavori e il certificato di collaudo o di regolare esecuzione non siano equivalenti è questione talmente pacifica da non dover particolarmente indugiare sul punto. Lo stato di avanzamento lavori è un atto, ricavato dal registro di contabilità, funzionale al pagamento di rate di acconto. In esso sono riassunte tutte le lavorazioni eseguite dall'inizio dell'appalto fino al momento di emissione. Il direttore dei lavori effettua il controllo della spesa legata all'esecuzione dell'opera o dei lavori, attraverso la compilazione dei documenti contabili. Egli provvede all'accertamento e alla registrazione di tutti i fatti producenti spesa contemporaneamente al loro accadere, affinché possa sempre rilasciare gli stati d'avanzamento dei lavori entro il termine fissato nella documentazione di gara e nel contratto, ai fini dell'emissione dei certificati per il pagamento degli acconti da parte del RUP.

11.7. In definitiva, il certificato SAL intermedio non poteva dimostrare nulla che potesse essere utilizzato per ottenere il punteggio previsto al Capo 4 punto A.5 del disciplinare di gara.

11.8. Quanto al chiarimento reso dalla Stazione appaltante è sufficiente ricordare che i chiarimenti resi nel corso di una gara d'appalto non hanno alcun contenuto provvedimentale, non potendo costituire, per giurisprudenza consolidata, integrazione o rettifica della *lex specialis*; i chiarimenti della stazione appaltante, infatti, sono ammissibili solo se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione della *lex specialis*, un significato ed una portata diversa o maggiore di quella che risulta dal testo stesso (Consiglio di

Stato sez. III, 7 gennaio 2022, n. 64). Il caso qui all'esame è paradigmatico di un chiarimento che modifica la *ratio* della clausola del disciplinare, e, pertanto, non era possibile tenerne conto.

12. Anche il secondo motivo è infondato.

12.1. Al contrario dell'appellante, M.G.M. s.r.l. ha prodotto un documento, rilasciato da Renco S.p.A., equivalente ad un certificato di esecuzione lavori, fornendo quindi la prova richiesta dal disciplinare di gara.

12.2. Quanto alla riparametrazione di c.d. "primo livello", oggetto del primo profilo di censura contenuto nel primo motivo del ricorso di primo grado, il TAR ha ampiamente e correttamente motivato in ordine al fatto che l'esame e l'accoglimento della censura non sarebbe in ogni caso sufficiente al conseguimento del risultato agognato dalla ricorrente.

13. Per tutto quanto sopra detto, il Collegio ritiene che l'appello debba essere respinto, con conseguente conferma della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia sezione staccata di Lecce (Sezione Seconda) n. 1002/2022.

14. Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia sezione staccata di Lecce (Sezione Seconda) n. 1002/2022.

Condanna Falp Costruzioni S.r.l. al pagamento delle spese del presente grado del giudizio, che liquida in € 4.000/00 (quattromila) oltre accessori e spese di legge in favore di M.G.M. S.r.l.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Giovanni Grasso, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

Massimo Santini, Consigliere

L'ESTENSORE
Gianluca Rovelli

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO