

Interpretazione lex specialis, valutazione commissione di gara e giudizio di anomalia.

di Luca Pavia

Data di pubblicazione: 21-5-2024

Nell'interpretare la 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 c.c., con la precisazione che, qualora presentano delle ambiguità occorrerà prediligere il significato più favorevole al concorrente.

Il principio di segretezza delle offerte economiche e di divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica opera solo laddove concorrano elementi di giudizio a carattere discrezionale e, anche in questo caso, esso deve essere limitato alle sole ipotesi in cui gli elementi economici siano idonei a permettere la ricostruzione dell'offerta economica.

La valutazione delle offerte, nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della commissione giudicatrice attengono al sindacato-discrezionale dell'amministrazione, sicché, fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica, di norma sono inammissibili le censure che si sostanziano in un tentativo di sostituzione del punteggio attribuito dalla commissione giudicatrice.

Il giudizio di anomalia dell'offerta deve avere ad oggetto la congruità dell'offerta del singolo concorrente sicché esso deve essere rinnovato in caso di modifica del raggruppamento aggiudicatario.

Pubblicato il 22/04/2024

N. 03663/2024 REG.PROV.COLL.

N. 06811/2023 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

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 6811 del 2023, proposto da Ottima S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 8523067164, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni n. 26/B;

contro

Enel Sole S.r.l. in proprio e Nq di Mandataria Rti con Bouygues E&S Intec Italia Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Lo Pinto, Fabio Cintioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Bouygues E&S Intec Italia S.p.A. in proprio ed in Qualità di Mandante Rti, non costituito in giudizio;

nei confronti

Provincia di Savona, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Mariano Protto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Cicerone 44; Comune di Borghetto Santo Spirito, Comune di Finale Ligure, Comune di Spotorno, Comune di Stella, Sofein S.r.l., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria n. 607/2023, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Enel Sole S.r.l. in proprio e Nq di Mandataria Rti con Bouygues E&S Intec Italia Spa e di Provincia di Savona;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2023 il Cons. Diana Caminiti e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Ottima S.r.l. (d'ora in poi per brevità Ottima) ha interposto appello avverso la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria n. 607/2023, con cui si è accolto il ricorso proposto da Enel Sole S.r.l. (d'ora in poi Enel Sole) avverso la Determinazione della Provincia di Savona, Settore - Gestione viabilità edilizia ed ambiente, Servizio - Energia e coordinamento ambientale, n. 232 del 10 febbraio 2023, avente ad oggetto *“Appalto 2031 – Procedura aperta per la selezione di un operatore qualificato per l'affidamento in concessione di servizi di prestazione energetica, inclusi la riqualificazione energetica e la gestione dell'impianto di pubblica illuminazione di proprietà dei Comuni di Borghetto S. Spirito, Finale Ligure, Spotorno, Stella e Provincia di Savona (gallerie e tratti stradali). Esclusione del costituendo RTI GI ONE S.p.A. (ora Sofein S.p.A.) e Ottima S.r.l. Provvedimento di aggiudicazione”* recante l'aggiudicazione in favore di Ottima.

2. Dagli atti di causa risulta quanto di seguito specificato.

2.1. La Provincia di Savona ha indetto la procedura per la selezione del concessionario dei servizi di prestazione energetica, con riqualificazione energetica e gestione dell'impianto di pubblica illuminazione di proprietà di cinque soggetti pubblici (i comuni di Borghetto S. Spirito, Finale Ligure, Spotorno, Stella e la Provincia di Savona per le gallerie e i tratti stradali di competenza).

2.2. Il contratto oggetto della gara rientra nel *genus* del partenariato pubblico-privato con finanziamento privato degli interventi e trasferimento del rischio operativo (il conseguimento del risparmio energetico) in capo al concessionario, concernendo l'affidamento di un contratto per l'efficientamento energetico (*“Energy Performance Contract”*: EPC) previsto tra i contratti di PPP dall'art. 180 del Codice.

2.3. La procedura aperta è finalizzata all'individuazione del soggetto con cui la Provincia dovrà stipulare il *“Contratto Quadro”* a valle del quale dovranno poi essere stipulati i *“Contratti Attuativi”* con riferimento alla Provincia di Savona e ai Comuni di Borghetto S. Spirito, Finale Ligure, Spotorno, Stella.

2.4. Il disciplinare di gara prevede all'art. 1.5. *“Il valore minimo complessivo dell'investimento, soggetto ad aumento in fase di offerta economica, è pari a € 2.590.586,78 (iva esclusa), di cui il valore minimo dell'investimento per ciascun Comune e per la Provincia di Savona (Gallerie e tratti stradali) per l'efficientamento dell'Impianto di Pubblica Illuminazione, soggetto ad aumento nell'offerta di gara, è pari a:*

- € 825.954,68 al netto dell'IVA, di cui gli oneri sicurezza sono stimabili nel 2%, pari a € 16.519,09 per Borghetto S. Spirito;

- € 887.219,68 al netto dell'IVA, di cui gli oneri sicurezza sono stimabili nel 2%, pari a € 17.744,39 per Finale Ligure;

- € 438.148,20 al netto dell'IVA, di cui gli oneri sicurezza sono stimabili nel 2%, pari a € 8.762,96 Per Spotorno;

- € 157.575,47 al netto dell'IVA, di cui gli oneri sicurezza sono stimabili nel 2%, pari a € 3.151,51 per Stella;

- € 281.688,75 al netto dell'IVA, di cui gli oneri sicurezza sono stimabili nel 2%, pari a € 5.633,78 per la Provincia di Savona (Gallerie e tratti stradali)".

2.5. Al successivo art. 1.6. quanto all'importo dell'affidamento il disciplinare precisa che "Ai fini della presente procedura di gara, il valore complessivo dell'affidamento è pari a € 6.420.949,50 (IVA esclusa), calcolato moltiplicando il canone annuo complessivo riconosciuto all'aggiudicatario, stimato in € 1.639.399,50 (I.V.A. esclusa) per il Comune di Borgo S. Spirito, € 1.992.990,75 (I.V.A. esclusa) per il Comune di Finale Ligure, € 1.076.361,00 (I.V.A. esclusa) per il Comune di Spotorno, € 475.020,75 (I.V.A. esclusa) per il Comune di Stella, € 1.237.177,50 (I.V.A. esclusa) per la Provincia di Savona (Gallerie e tratti stradali), per tutta la durata della concessione, pari a un periodo di 180 (centottanta) mesi, il tutto come meglio di seguito specificato".

2.5.1. L'affidamento della concessione è stato fissato infatti in 180 mesi, decorrenti dalla data di presa in gestione (art. 2 del disciplinare).

2.6. Tra i requisiti di capacità tecnica e organizzativa la *lex specialis* di gara richiede per i concorrenti il possesso di attestazione SOA in categoria OG 10 e classifica pari o superiore all'importo per lavori degli interventi di riqualificazione energetica che ciascun concorrente avrebbe offerto: "Essere in possesso di idonea qualificazione per l'esecuzione di lavori per la categoria OG10 e rispettiva classifica, ai sensi dell'art. 84 del d.lgs. 50/2016 (Sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici), in corrispondenza alla tipologia e all'importo per lavori degli interventi di riqualificazione energetica cui l'aggiudicatario dovrà procedere in correlazione all'offerta tecnica ed economica" (art. 7.1.2.2, lett. E, pag. 17).

2.7. Ottima, in fase di partecipazione, ha speso un'attestazione SOA in categoria OG 10 per classifica V, pari ad € 5.165.000,00 (incrementata di un quinto fino ad € 6.198.000), tarata sui singoli autonomi interventi che sarebbero stati resi in favore dei singoli Enti concedenti.

2.8. In seguito allo svolgimento della gara, la graduatoria è stata più volte modificata, fino a quella che ha visto posizionato:

- al primo posto il costituendo RTI composto da Gi One S.p.a. (mandataria) e Ottima S.r.l. (mandante);

- al secondo posto il RTI Enel sole S.r.l. (mandataria) e Bouygues E&S Intec Italia S.p.a. (mandante).

Nel corso delle verifiche di rito sono emerse, in capo alla mandataria Gi One S.p.a., plurime cause di esclusione, sicché, in difetto di una rimodulazione riduttiva del raggruppamento, la

stazione appaltante ne ha disposto l'esclusione.

2.9. Successivamente Ottima S.r.l. (originaria mandante del RTI escluso) ha chiesto di essere riammessa alla gara, affermando di possedere in proprio, anche senza apporto della mandataria, tutti i requisiti per poter partecipare alla selezione e eseguire il contratto.

2.10. La stazione appaltante ha, quindi, riammesso singolarmente la società Ottima S.r.l con il provvedimento del 10.2.2023 n. 232 e, contestualmente, le ha aggiudicato la gara.

2.11. Enel Sole S.r.l. ha impugnato tale atto con il ricorso di *prime cure*, chiedendo l'annullamento dello stesso, nonché la condanna in forma specifica dell'amministrazione intimata a disporre l'aggiudicazione in suo favore, se del caso con declaratoria di inefficacia del contratto e subentro nel medesimo ove stipulato.

3. Il giudice di *prime cure* con la sentenza oggetto dell'odierno appello, disattendendo quanto allegato da parte di Ottima e dalla Provincia di Savona circa l'interpretazione della *lex specialis* di gara, ha accolto il primo motivo di ricorso, a carattere escludente, assorbendo conseguentemente gli ulteriori motivi.

3.1. Con tale motivo la ricorrente Enel Sole lamentava che l'aggiudicataria Ottima sarebbe stata priva del requisito di capacità tecnica previsto dal Disciplinare, consistente nella "*idonea qualificazione per l'esecuzione dei lavori per la categoria OG10 e rispettiva classifica ... in corrispondenza alla tipologia e all'importo per i lavori cui l'aggiudicatario dovrà procedere in correlazione all'offerta tecnica ed economica*", perché tale qualificazione doveva essere valutata sull'importo complessivo dell'accordo-quadro e non sugli importi relativi ai singoli contratti esecutivi, da stipulare con i vari enti beneficiari; ciò in quanto:

- il Disciplinare al punto 7.1.2.2.E) richiede il "*possesso di idonea qualificazione per l'esecuzione di lavori per la categoria OG10 e rispettiva classifica ... in corrispondenza alla tipologia e all'importo per lavori degli interventi di riqualificazione energetica cui l'aggiudicatario dovrà procedere in correlazione all'offerta tecnica ed economica*", senza alcun riferimento ai singoli contratti con i singoli enti;

- la concessione prevede l'ipotesi fisiologica – o quantomeno l'eventualità – che l'aggiudicatario debba eseguire contemporaneamente tutti i contratti attuativi con i vari Comuni, dovendo quindi essere dotato di capacità tecnica adeguata a far fronte ai lavori per l'intero importo dell'accordo-quadro.

Nel caso di specie, invece, la controinteressata, secondo quanto dedotto da Enel Sole, era titolare di una qualificazione OG10 con classifica V che, pur elevata di 1/5, abilitava ad interventi fino ad un importo di euro 6.198.000, mentre i lavori oggetto dell'accordo quadro hanno un valore dichiarato di euro 6.841.110,3 (importo da cui sono già state detratte le spese per i servizi che ammontano ad euro 314.877).

4. Avverso la sentenza appellata Ottima ha formulato, in due motivi, le seguenti censure:

Errores in iudicando. Sulla infondatezza della censura di primo grado relativa alla asserita carenza del requisito di capacità tecnica ed organizzativa prescritto dal disciplinare di gara – Eccesso di potere giurisdizionale, criticando la statuizione di prime cure sia nel punto in cui, ai fini della qualificazione per la categoria OG 10, aveva fatto riferimento all'offerta complessivamente considerata, e non agli importi relativi alle offerte per i singoli enti pubblici beneficiari, sia nella parte in cui, ai fini di detta qualificazione, non aveva condiviso la tesi di Ottima e della Provincia di Savona circa la scorporabilità degli importi delle forniture, nonché degli importi considerati dal Rup come afferenti ad interventi, di lavori e forniture, non necessitanti della suddetta qualificazione OG 10.

5. Enel Sole, nel resistere all'appello, ha riproposto, ex art. 101 comma 2 c.p.a., i motivi di ricorso di *prime cure*, dichiarati assorbiti dal Tar nei seguenti termini:

II. Violazione del principio di segretezza dell'offerta economica; Violazione dell'art. 3, sezione "Offerta Tecnica", paragrafo 1.C, u.c. del Disciplinare; Violazione della *par condicio* fra i concorrenti; Eccesso di potere per difetto di istruttoria e contraddittorietà; Violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.).

III. Illegittima attribuzione dei punteggi dell'offerta economica. Violazione e/ o falsa applicazione dell'art. 3, Sezione "Offerta Economica", paragrafi 1 e 4 del Disciplinare in punto di criteri di valutazione dell'offerta economica. Eccesso di potere per illogicità manifesta, contraddittorietà, carenza di istruttoria, difetto di motivazione, ingiustizia manifesta. Violazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa ex art. 97 Cost..

IV. Violazione dell'art. 97 del d.l.gs. n. 50/2016. Eccesso di potere per difetto dei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e di motivazione.

6. Si è costituita la Provincia di Savona, aderendo alla tesi di parte appellante circa la necessità di riforma della sentenza di *prime cure*, stante la correttezza del proprio operato nell'espletamento della procedura di gara.

7. Ottima ha contrastato i motivi di ricorso, dichiarati assorbiti dal giudice di *prime cure* e riproposti da Enel Sole ex art. 101 comma 2 c.p.a, depositando articolata memoria difensiva in vista dell'udienza camerale fissata per la trattazione dell'incidente cautelare, all'esito della quale, su concorde assenso delle parti, la causa è stata rinviata all'udienza pubblica per la trattazione nel merito.

7.1. Nelle more della celebrazione dell'udienza pubblica, le parti hanno depositato memorie difensive e di replica, ex art. 73 comma 1 c.p.a., insistendo nei rispettivi assunti.

8. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 19 dicembre 2024.

DIRITTO

9. La presente controversia ha ad oggetto l'aggiudicazione della procedura aperta per la

selezione di un operatore qualificato per l'affidamento in concessione di servizi di prestazione energetica, inclusi i servizi di riqualificazione energetica e di gestione dell'impianto di pubblica illuminazione di proprietà dei Comuni di Borghetto S. Spirito, Finale Ligure, Spotorno, Stella e Provincia di Savona (gallerie e tratti stradali).

9.1. Trattasi di appalto finanziato con fondi della BEI-Banca Europea per gli Investimenti come da Programma Europeo "Elena", nell'ambito del progetto provinciale volto all'efficientamento energetico degli impianti della Provincia e degli altri Comuni savonesi.

9.2. Il primo giudice ha accolto il primo motivo del ricorso proposto dalla seconda graduata, Enel Sole, a carattere escludente, ritenendo che l'aggiudicataria Ottima, odierna appellante, fosse priva dei requisiti di capacità tecnica e organizzativa che la *lex specialis* di gara richiedeva per i concorrenti circa il possesso di attestazione SOA in categoria OG 10 e classifica pari o superiore all'importo per lavori degli interventi di riqualificazione energetica che ciascun concorrente avrebbe offerto.

9.3. Enel Sole infatti aveva sostenuto che tale qualificazione doveva essere valutata sull'importo complessivo dell'accordo-quadro e non sugli importi relativi ai singoli contratti esecutivi da stipulare con i vari enti beneficiari.

10. Il giudice di *prime cure* ha accolto tale motivo, osservando che la qualificazione dovesse essere valutata sulla base dell'offerta complessivamente considerata, ossia sul totale dei lavori proposti.

A favore di tale conclusione secondo il Tar deporrebbero le seguenti plurime considerazioni.

"In primo luogo sussiste un'argomentazione letterale giacché la citata norma del Disciplinare n. 7.1.2.2.E):

- richiede il possesso di una "idonea qualificazione per l'esecuzione di lavori per la categoria OG10 e rispettiva classifica" senza alcun riferimento agli importi relativi alle offerte per i singoli enti pubblici beneficiari;

- inoltre prevede che la qualifica sia correlata "all'offerta tecnica ed economica" declinata al singolare, e non alle plurime (e atomisticamente considerate) offerte per gli interventi a favore dei singoli enti".

Né, secondo il giudice di *prime cure*, avrebbe rilievo la mancata previsione della sanzione espulsiva da parte della *lex specialis*, in quanto i requisiti tecnici minimi di partecipazione previsti dal bando hanno natura escludente *ex lege*, ai sensi dell'art. 83 comma 8 del Codice.

Inoltre il Tar ha ritenuto che a detta interpretazione dovesse giungersi anche in un'ottica finalistica, mantenendo la gara una rilevanza unitaria e dovendosi valutare la capacità del candidato di eseguire tutti i lavori anche in parallelo.

Parimenti è stata disattesa l'argomentazione invocata dalla controinteressata ed odierna

appellante secondo la quale non vi sarebbe alcuna interdipendenza tra i singoli contratti esecutivi, sulla base del rilievo che la stessa, lungi dal deporre nel senso della valutabilità frazionata della qualificazione, confermerebbe che la capacità tecnica ed organizzativa richiesta al concessionario è particolarmente elevata anche per il fatto che lo stesso è obbligato ad eseguire prestazioni tra loro non collegate che lo impegnano su più fronti contemporaneamente e senza possibilità di un utilizzo sinergico delle risorse.

10.1. Il Tar ha disatteso anche le ulteriori difese della Provincia e della controinteressata ed odierna appellante, volte a dimostrare che l'importo previsto per i lavori, anche se considerato nel suo complesso, rientrerebbe comunque entro la soglia della classifica posseduta.

In particolare le controparti avevano sostenuto che, dall'importo complessivo per i lavori, dovessero detrarsi:

- il costo di euro 3.767.276,26 perché riferito a forniture e non a lavori;
- l'ulteriore costo di euro 1.424.295,38 (6.841.110,3-5.416,814,92) in quanto *“il RUP ha accertato che non tutte le prestazioni che Ottima ha dichiarato come lavori rientrano nella categoria OG10”*.

Il Tar ha al riguardo osservato che *“a) In primo luogo l'All. A al D.p.r. 207/2010, nella parte in cui disciplina la categoria OG10, dispone espressamente che essa “comprende ... la fornitura ... [de]gli impianti di pubblica illuminazione” e quindi prevede una disciplina speciale per le opere illuminotecniche che unifica la qualificazione per i lavori e per talune forniture, con la conseguenza che i relativi importi (di lavori e forniture) devono essere sommati e non scorporati.*

b) In secondo luogo è infondata l'argomentazione sollevata dalla controinteressata in sede di replica per cui l'art. 28, comma 1, ultimo periodo, imporrebbe per i contratti “misti” di valutare distintamente la qualificazione per opere e forniture.

Tale norma stabilisce invero che “L'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e le capacità prescritte dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto”, ma nel caso di specie tale regola deve essere coordinata con quella speciale dettata dalla citata normativa in materia di qualifiche che, nel caso eccezionale della categoria OG10, prevede espressamente che la qualificazione per i lavori di costruzione e manutenzione di impianti di pubblica illuminazione “comprende” anche le forniture dei relativi materiali.

Per tale categoria, dunque, è lo stesso Codice (mediante rinvio al sistema delle qualificazioni SOA) che prevede che la qualificazione OG10 comprenda sia lavori che le forniture ivi specificate.

Pertanto gli importi per le forniture nel campo illuminotecnico rientrano nell'ambito della qualificazione per i lavori in questione e i relativi importi non possono essere sottratti.

c) Infine è infondata la tesi per cui dall'importo dell'investimento dovrebbe essere sottratto il costo di euro 1.424.295,38 che la controinteressata avrebbe erroneamente dichiarato nella categoria dei lavori mentre si tratterebbe di forniture, secondo quanto affermato nella citata relazione interna redatta dal RUP.

La citata argomentazione è infondata perché, invece di dimostrare la sussistenza del requisito tecnico in capo alla controinteressata, pone in dubbio la correttezza dell'operato di questa sia per quanto attiene alle dichiarazioni rese in sede di gara, sia per quanto concerne la redazione dell'offerta.

Ed infatti, se fosse dimostrata l'attendibilità delle affermazioni del RUP, ne discenderebbe:

- che la controinteressata avrebbe reso in sede di gara delle dichiarazioni non veritiere (con le conseguenze sanzionatorie previste dal Codice degli appalti all'art 80, comma 12, e dall'art. 75 del D.p.r. n. 445/2000);

- o, comunque, che l'offerta risulterebbe macroscopicamente errata avendo qualificato oltre il 20% degli importi come lavori invece che come forniture, con evidenti conseguenze sull'idoneità ed attendibilità dell'offerta e sulla permanenza in gara della controinteressata".

11. Con il primo motivo di appello Ottima critica la sentenza di *prime cure*, ritenendo che la stessa abbia erroneamente interpretato il disciplinare di gara, parametrando il requisito prescritto in merito al possesso della SOA per la categoria OG 10 all'importo totale dei lavori in favore di tutti gli enti pubblici beneficiari, laddove, in tesi diparte appellante, dovrebbe aversi riguardo ai singoli interventi presso i singoli enti, come palesato dalla circostanza che l'offerta tecnica doveva essere redatta con riferimento specifico agli interventi presso tali enti, stante l'assoluta autonomia dei singoli affidamenti.

Ciò anche sulla base del rilievo che secondo la *lex specialis* di gara l'offerta economica doveva essere distinta per ciascun ente concedente, con investimenti per riqualificazione energetica da offrire in aumento rispetto ai valori minimi degli investimenti previsti per ciascuno di essi.

In tale ottica sarebbero pertanto i singoli contratti attuativi a dar vita ai (distinti) rapporti concessori, atti a disciplinare puntualmente, ciascuno in modo indipendente rispetto agli altri, diritti ed obblighi tra concedenti e concessionario; onde, la qualificazione doveva necessariamente essere riferita ai singoli affidamenti.

Qualora la Stazione appaltante avesse ritenuto che si trattasse di un unico e complessivo affidamento e avesse voluto riferire il possesso della SOA al totale dei lavori, in tesi di parte appellante, ben avrebbe potuto (*rectius*: dovuto) usare il singolare ("*intervento*") in luogo del plurale ("*interventi*").

Peraltro, venendo al più in rilievo una clausola della *lex specialis* di gara non chiara, la stessa non poteva che essere interpretata in coerenza con il principio di massima partecipazione, come da costante giurisprudenza in materia, dovendo peraltro procedersi ad una

interpretazione complessiva della *lex specialis* di gara.

La circostanza per cui si sarebbe al cospetto di tanti affidamenti per quanti sono gli enti concedenti, in tesi di parte appellante, si evincerebbe agevolmente anche da una combinata lettura dell'intero disciplinare, da cui emergeva come i singoli enti erano sempre tenuti ben distinti (cfr. quanto ai consumi dei singoli enti e all'obiettivo da raggiungere, artt. 1.3. e 1.4; quanto al valore minimo dell'investimento, art. 1.5).

La Provincia si era invero fatta promotrice e coordinatrice, per conto di alcuni Comuni ricompresi nella propria circoscrizione e per sé stessa, per l'ottenimento dei finanziamenti europei per attuare misure di efficientamento energetico; una volta ottenuti, la Stazione Unica appaltante aveva bandito la relativa gara per conto di essi e della stessa Provincia di Savona, al fine di individuare l'operatore privato a cui affidare i relativi autonomi interventi. L'aggiudicazione non darebbe inoltre luogo ad un unico contratto di concessione con la Provincia di Savona ma, diversamente, a cinque contratti con altrettanti Comuni concedenti e cinque distinti ed autonomi interventi. L'aggiudicatario, a valle della firma di un contratto quadro con la Stazione Unica Appaltante pertanto sarebbe chiamata a sottoscrivere cinque distinti contratti di concessione, uno per ciascun ente concedente per conto del quale la S.U.A. aveva esperito la gara.

Né sarebbe convincente, a dire di parte appellante, l'argomentazione del giudice di *prime cure*, secondo cui gli interventi potrebbero essere eseguiti in contemporanea presso i singoli enti concedenti, donde la necessità del riferimento all'importo complessivo degli interventi, trattandosi di una mera eventualità, stante l'autonomia degli affidamenti presso i singoli enti concedenti.

In tesi attorea peraltro, accedendo alla tesi del Tar, si richiederebbe agli operatori economici il possesso di una SOA con categoria sproporzionata rispetto al valore degli interventi presso i singoli enti con cui andava stipulato l'accordo attuativo.

12. Con il secondo motivo Ottima critica la statuizione di *prime cure* nella parte in cui non aveva condiviso gli assunti avanzati dalla stazione appaltante e dalla medesima controinteressata ed odierna appellante, relativi alla non riferibilità della qualificazione SOA all'importo delle forniture, richiedendo la *lex specialis* di gara la SOA per i soli lavori e alla scorporabilità dall'investimento dell'importo di euro 1.424.295,38, afferente a prestazioni per cui non si renderebbe necessario il possesso della SOA nella categoria OG10.

In tesi di parte appellante il Tar non avrebbe esattamente inteso la portata dell'assunto difensivo in quanto Ottima non avrebbe inteso sostituire oltre il venti per cento dei lavori contenuti nell'offerta con forniture, ma avrebbe specificato che l'importo di € 1.424.295,38 aveva ad oggetto forniture e lavorazioni per le quali non era necessario il possesso della SOA OG10 in quanto – come chiarito in primo grado dall'Amministrazione appellata – afferivano, ad esempio, alla fornitura e installazione di sistemi di tele gestione e telecamere di videosorveglianza, di sensore anti allagamento per gallerie, di pannelli a messaggio variabile (doc. 15 – nota Rup depositata in primo grado dalla Provincia di Savona).

Peraltro, secondo l'appellante, non sarebbe corretta la tesi del Tar della ravvisabilità in ordine a tale secondo profilo di una dichiarazione falsa, ex art. 80 comma 5 lett f) bis, comportante l'automatismo espulsivo, venendo al più in rilievo l'art. 80 comma 5 lett. c) *bis*, secondo i noti principi di cui alla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 16 del 2020.

13. Prima di passare alla disamina di tali motivi, giova richiamare la giurisprudenza in materia di interpretazione delle clausole della *lex specialis* di gara.

13.1. Occorre al riguardo ricordare che, come già ritenuto da questa Sezione (ex multis Cons. Stato Sez. V, 31 ottobre 2022, n. 9386; Cons. Stato, Sez. V, 31 marzo 2021, n. 2710), 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..

13.2. 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.

13.3. Le preminenti esigenze di certezza, connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti, impongono pertanto in primo luogo di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara: ne va perciò preclusa qualsiasi lettura che non sia in sé giustificata da un'obiettiva incertezza del loro significato letterale. Secondo la stessa logica, sono comunque preferibili, a garanzia dell'affidamento dei destinatari, le espressioni letterali delle varie previsioni, affinché la via del procedimento ermeneutico non conduca a un effetto, indebito, di integrazione delle regole di gara, aggiungendo significati del bando in realtà non chiaramente e sicuramente rintracciabili nella sua espressione testuale (cfr. Cons. Stato, IV, 5 ottobre 2005, n. 5367; V, 15 aprile 2004, n. 2162)" (Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2017 n. 4307).

13.4. Deve pertanto reputarsi preferibile, a tutela dell'affidamento dei destinatari e dei canoni di trasparenza e di "*par condicio*", l'interpretazione letterale delle previsioni contenute nella legge di gara, evitando che in sede interpretativa si possano integrare le regole di gara, palesando significati del bando non chiaramente desumibili dalla sua lettura testuale (Consiglio di Stato sez. V, 17/06/2014, n.3093).

13.5. In tale ottica, solo se il dato testuale presenti evidenti ambiguità, l'interprete, in forza del principio di *favor participationis*, deve prescegliere il significato più favorevole al concorrente (ex multis, Cons. Stato, sez. V, 20 luglio 2023 n.7113; 29 novembre 2022, n. 10491; 4 ottobre 2022, n. 8481; 2 marzo 2022 n. 1486; 6 agosto 2021, n. 5781; 8 aprile 2021, n. 2844; 8 gennaio 2021, n. 298; III, 24 novembre 2020, n. 7345; 15 febbraio 2021, n. 1322; VI, 6 marzo 2018, n. 1447; V, 27 maggio 2014, n. 2709).

14. Alla stregua di tali coordinate ermeneutiche la prospettazione di parte appellante va disattesa in quanto tanto il dato letterale della *lex specialis* di gara – avuto altresì riguardo all'interpretazione complessiva del disciplinare di gara relativa ai requisiti di partecipazione – quanto l'interpretazione in chiave teleologica, depongono per la correttezza dell'interpretazione operata dal primo giudice.

14.1. Ed invero va in primo luogo osservato che l'art. 7.1.2.2. del disciplinare di gara fa riferimento "*all' idonea qualificazione per l'esecuzione di lavori per la categoria OG10 e rispettiva classifica, ai sensi dell'art. 84 del d.lgs. 50/2016 in corrispondenza alla tipologia e all'importo per lavori degli interventi di riqualificazione energetica cui l'aggiudicatario dovrà procedere in correlazione all'offerta tecnica ed economica*".

La circostanza che si faccia riferimento all'importo al singolare depone pertanto *ex se* nel senso che debba aversi riguardo all'importo totale degli interventi complessivi previsti in relazione all'intera procedura di gara e non dei singoli interventi, relativi all'offerta tecnica ed economica formulata in relazione a ciascun ente concedente, con il quale avrebbe poi dovuto essere sottoscritto l'accordo attuativo.

14.2. La "parcellizzazione" operata da parte appellante stride peraltro con il carattere unitario della procedura risultante dalla *lex specialis*, in coerenza con la scelta di ricorrere alla formula dell'accordo quadro.

Gli interventi, come sostenuto dal giudice di *prime cure*, andavano pertanto visti nella loro unitarietà e pertanto tutti i requisiti dovevano essere valutati avendo riguardo al valore complessivo dell'appalto.

14.3. Ciò si evince, in aggiunta rispetto a quanto osservato dal giudice di *prime cure*, anche dalle ulteriori previsioni contenute nella *lex specialis* di gara relative agli altri requisiti di partecipazione.

14.3.1. Ed invero l'art. 7.1.2. del disciplinare di gara, riferito ai requisiti di capacità economica e finanziaria richiede:

"A. Fatturato globale minimo complessivo degli ultimi 3 (tre) anni antecedenti la data di pubblicazione del presente bando di gara pari ad almeno € 2.590.586,78= (pari al valore dell'investimento minimo)" (che ha riguardo all'appalto complessivo);

"B. Fatturato specifico minimo complessivo degli ultimi 3 (tre) anni antecedenti la data di pubblicazione del presente bando di gara per interventi di efficientamento energetico di Impianti di Illuminazione Pubblica, così come definito dalla direttiva 2012/27/UE, di importo non inferiore a € 856.066,60= (pari al doppio del valore del canone complessivo annuale del presente affidamento)."

14.3.2. L'art. 7.1.2.2. riferito ai requisiti di capacità tecnica e organizzativa, oltre a richiedere tra gli altri requisiti, il possesso della qualificazione per la categoria OG 10 in contestazione, richiede "*ai sensi dell'art. 83 comma 1 lett. c) e comma 6 d.lgs. n.50/2016, di aver eseguito*

con buon esito nel triennio antecedente alla data di pubblicazione del presente bando (2016-2017-2018), contratti per servizi di riqualificazione energetica di impianti di illuminazione analoghi a quelli del presente bando, per soggetti pubblici o privati, per un numero di punti luce complessivo almeno pari a 8079”, che è esattamente il totale dei centri luminosi di proprietà di tutti gli enti pubblici beneficiari della procedura.

14.3.3. Le medesime conclusioni pertanto non possono non valere quanto al requisito di capacità tecnica ed organizzativa riferito al possesso di idonea qualificazione per l'esecuzione di lavori per la categoria OG10 e rispettiva classifica, ai sensi dell'art. 84 del d.lgs. 50/2016, in corrispondenza alla tipologia e all'importo per lavori degli interventi di riqualificazione energetica cui l'aggiudicatario dovrà procedere in correlazione all'offerta tecnica ed economica, da ritenersi riferito all'importo complessivo degli interventi offerti.

14.3.4. Né appare convincente quanto addotto nelle difese di Ottima secondo la quale “*a differenza di quanto fatto per i requisiti di fatturato e servizi analoghi, riguardo al possesso della SOA, il disciplinare non specificava che esso dovesse riguardare il totale degli interventi né, tantomeno, riportava l'importo totale degli interventi*”.

L'obiezione non coglie nel segno in quanto disciplinare prevedeva che la valutazione dell'offerta economica avesse ad oggetto, tra i vari elementi, il valore dell'investimento e, in tale ottica, richiedeva ai concorrenti di rappresentarlo in modo esplicito in un'apposita sezione dell'offerta economica. In altri termini, la quantificazione dell'importo complessivo di tutti i lavori proposti era rimessa alla libera scelta dei partecipanti alla gara; in tale ottica pertanto il disciplinare non specificava - e non avrebbe potuto farlo - in modo predeterminato la “*classifica*” minima della SOA per la categoria OG10, essendo la stessa da correlare al valore dell'investimento complessivo offerto dall'operatore economico, in linea con il comprovato carattere inscindibile della procedura concorrenziale in questione, quale evincibile anche dalle altre previsioni della *lex specialis* di gara innanzi indicate.

14.4. Peraltro l'interpretazione letterale è confortata anche dall'interpretazione in chiave teleologica, riferita alla *ratio* dell'indicata previsione della *lex specialis* di gara, in quanto, come correttamente evidenziato dal primo giudice, dovendo i contratti attuativi essere eseguiti in parallelo nel medesimo lasso temporale, e trovando gli stessi la loro fonte in un unico accordo quadro, il concorrente doveva essere in grado di dimostrare di avere i prescritti requisiti di capacità economica finanziaria e tecnica organizzativa per far fronte al complesso delle prestazioni da essi complessivamente discendenti.

14.5. Né la predetta opzione ermeneutica, del tutto coerente con il dato letterale della *lex specialis* di gara e con l'interpretazione teologica, stride con il principio di proporzionalità dei requisiti di capacità rispetto all'oggetto dell'appalto, quale codificato nell'art. 83 comma 2 d.lgs. 50 del 2016, invocato da parte appellante, dovendo nella fattispecie *de qua* l'oggetto dell'appalto essere correlato alla procedura unitaria e non ai singoli contratti attuativi.

14.5.1. Né avuto riguardo all'oggetto della procedura, quale innanzi ricostruita in termini unitari, può soccorrere in chiave meramente interpretativa il richiamo operato da parte appellante al principio di proporzionalità contenuto nel nuovo codice dei contratti pubblici di cui

al d.lgs. n. 36 del 2023 e segnatamente nell'art. 10 comma 3 "*Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione*" secondo cui "*Fermi i necessari requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese*".

Ed invero detto disposto, come evidenziato nella relazione al Codice, introduce certamente un *favor* per l'accesso al mercato ma compatibilmente con l'oggetto del contratto e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica.

15. Stante l'infondatezza del primo motivo di appello, si rende necessaria la disamina del secondo motivo.

15.1. Il motivo è infondato nella parte in cui critica la statuizione di *prime cure* laddove aveva disatteso la tesi difensiva dell'odierna appellante secondo la quale, ai fini della valutazione del requisito *de quo*, avrebbe dovuto computarsi l'importo delle forniture, posto che la *lex specialis* di gara faceva riferimento all'importo dei soli lavori.

15.1.1 Infatti, come correttamente evidenziato dal primo giudice, il disciplinare di gara *in parte qua*, non può che intendersi eterointegrato con la normativa in materia, in quanto l'All. A al D.p.r. 207/2010, nella parte in cui disciplina la categoria OG10, dispone espressamente che essa "*Riguarda la costruzione, la manutenzione o la ristrutturazione degli interventi a rete che sono necessari per la distribuzione ad alta e media tensione e per la trasformazione e distribuzione a bassa tensione all'utente finale di energia elettrica, completi di ogni connessa opera muraria, complementare o accessoria, puntuale o a rete e la costruzione, la manutenzione e la ristrutturazione degli impianti di pubblica illuminazione, da realizzare all'esterno degli edifici. Comprende in via esemplificativa le centrali e le cabine di trasformazione, i tralicci necessari per il trasporto e la distribuzione di qualsiasi tensione, la fornitura e posa in opera di cavi elettrici per qualsiasi numero di fasi su tralicci o interrati, la fornitura e posa in opera di canali attrezzati e dei cavi di tensione e gli impianti di pubblica illuminazione su porti, viadotti, gallerie, strade, autostrade ed aree di parcheggio*".

Il principio di eterointegrazione della *lex specialis* di gara richiamato anche nella Relazione all'art. 10 del d.lgs. 36 del 2023, redatta da questo Consiglio di Stato, impone infatti che, come indicato in detta Relazione "*i requisiti indicati e previsti dalle norme imperative siano osservati dal concorrente a prescindere da una espressa previsione contenuta nel bando di gara, poiché essi hanno la funzione fondamentale di soddisfare l'interesse pubblico a che le prestazioni siano rese da soggetti adeguatamente qualificati*".

15.2. Peraltro, proprio la disamina dell'All. A al D.p.r. 207/2010, depone per la fondatezza della seconda parte del secondo motivo di appello, volta a contestare la sentenza di *prime cure* laddove aveva ritenuto che, ai fini della disamina della qualificazione OG 10 posseduta da

Ottima non dovesse essere scorporato, al contrario di quanto ritenuto da Ottima e confermato con nota del Rup, l'importo di euro di € 1.424.295,38 in quanto afferente a prestazioni per cui non si rendeva necessario il possesso della SOA nella categoria OG10.

15.2.1. Ed invero, come sostenuto dall'appellante e supportato dalla nota del Rup, depositata in primo grado dalla Provincia di Savona (doc. 15), detto importo afferisce alla fornitura e installazione di sistemi di telegestione e telecamere di videosorveglianza, di sensore antiallagamento per gallerie, di pannelli a messaggio variabile, che non rientrano negli impianti di pubblica illuminazione per i quali è necessario il possesso della categoria OG 10.

Pertanto sottraendo tale importo, residuerebbe un totale di € 5.416.814,92 di interventi per cui è richiesta la SOA OG 10; importo che trova copertura nella Classe V in possesso di Ottima.

15.2.2. Né appare condivisibile la prospettazione del giudice di *prime cure* secondo cui al riguardo si sarebbe in presenza di una falsa dichiarazione, idonea *ex se* a determinare l'esclusione della concorrente, in quanto il primo giudice, come lamentato da parte appellante, non ha esattamente inteso la portata dell'assunto difensivo, in quanto Ottima non ha inteso sostituire oltre il venti per cento dei lavori contenuti nell'offerta con forniture, ma ha specificato che l'importo di € 1.424.295,38 ha ad oggetto forniture e lavorazioni per cui non è necessario il possesso della SOA OG10, assunto che, come innanzi indicato, deve ritenersi condivisibile ed è supportato anche dalla richiamata nota del Rup.

15.2.3. Ed invero il Rup, analizzando al riguardo le giustificazioni rese nel sub procedimento di anomalia dell'offerta ha precisato che *"Dall'analisi dell'Allegato 1 (Schede analisi prezzi) alle giustificazioni in merito all'anomalia, prodotte dal concorrente, Prot. 62829 del 22/12/2021, risulta che non tutte le lavorazioni proposte e analizzate in tale scheda sono ascrivibili alla Cat. OG10, e nello specifico quelle da me evidenziate in giallo nella scheda di analisi prezzi citata, che allego.*

Da quanto sopra risulta che, sull'investimento totale di 6.841.110,30 € le lavorazioni ascrivibili alla Cat. OG10 ammontano a 5.416.814,92 €, per cui sono compatibili con la Classe V della Cat OG10, la cui SOA è posseduta dal concorrente".

15.2.4. Inconferente si rileva pertanto il richiamo operato dal primo giudice alla dichiarazione falsa *ex se* idonea a determinare l'esclusione della procedura di gara, non venendo in rilievo una dichiarazione falsa, ma una specifica degli interventi, quale indicata nel subprocedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta.

15.2.5. Ciò senza mancare di rilevare peraltro che, come correttamente allegato da parte appellante, le dichiarazioni non veritiere o reticenti idonee ad influire sulla selezione dei partecipanti non rientrano nell'automatismo espulsivo di cui all'art. 80 comma 5 lett f) bis del d.l.gs. n. 50 del 2016, venendo in rilievo al riguardo l'art. 80 comma 5 lett. c) *bis* del medesimo d.l.gs., secondo i noti principi di cui alla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 16 del 2020.

Infatti come chiarito dall'Adunanza Plenaria in tale noto arresto giurisprudenziale *"a) la falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di*

contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lettera c) [ora c-bis]) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;

b) in conseguenza di ciò la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo;

c) alle conseguenze ora esposte conduce anche l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente

incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico;

d) la lettera f-bis) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici ha carattere residuale e si

applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lettera c) [ora c-bis]) della medesima disposizione”.

Improprio peraltro si rileva il richiamo operato dal primo giudice all'art. 80 comma 12 d.lgs. 50 del 2016 che attiene all'esclusione da successive procedure di gara fino a massimo due anni, avuto riguardo alla rilevanza e gravità dei fatti valutata dall'Anac, a seguito della presentazione di false dichiarazioni e falsi documenti, di segnalazione all'Anac da parte della stazione appaltante, di successiva iscrizione nel casellario informatico da parte dell'Anac, qualora le stesse siano rese con dolo o colpa grave.

16. L'appello pertanto va accolto stante la fondatezza del secondo motivo ex se idoneo a determinare la conferma dell'aggiudicazione in capo a parte appellante, per le ragioni innanzi evidenziate.

17. Stante la fondatezza dell'appello, nel senso innanzi precisato, si impone pertanto la disamina dei motivi del ricorso di *prime cure*, assorbiti nella sentenza appellata, e riproposti in questa sede da Enel Sole ai sensi dell'art. 101 comma 2 c.p.a..

18. Con il secondo motivo di tale ricorso Enel Sole lamenta la violazione del principio di segretezza delle offerte economiche e delle regole di gara per avere Ottima inserito alcuni elementi dell'offerta economica nell'offerta tecnica.

Nella parte dedicata al “progetto illuminotecnico preliminare” e, in particolare, nell'allegato recante “Schede materiale - adeguamento normativo (codice elaborato SM_AN)”, l'aggiudicataria aveva infatti proposto, per la Provincia di Savona e per tutti i Comuni interessati dalla procedura, l'utilizzo di “*tubo corrugato doppia parete in pe norma cei en*

61386-24 - tubo flessibile corrugato doppia parete in pe per protezione cavi” e di “plinti portapalo illuminazione” di cui aveva, tuttavia, indicato espressamente il valore del prezzo in euro.

Secondo la prospettazione di Enel Sole detti elementi economici consentirebbero, evidentemente, di risalire al valore dell’investimento, valore appunto da dichiarare in busta economica e premiato con l’attribuzione di massimo 12 punti. Ciò in quanto la presenza dei prezzi per alcuni materiali permetterebbe di conoscere preventivamente l’eventuale ribasso applicato ad un certo prezzario di riferimento. Sarebbe così possibile, in tesi di parte ricorrente, addivenire alla determinazione del valore complessivo dell’investimento, moltiplicando le quantità dichiarate in offerta tecnica tramite il computo metrico non estimativo con i relativi prezzi indicati nel prezzario di riferimento.

Enel Sole, a fondamento del motivo, richiama, oltre che il principio relativo alla separazione dell’offerta tecnica da quella economica, a garanzia della segretezza dell’offerta economica, la violazione dell’art. 3, sezione “Offerta Tecnica”, paragrafo 1.C, u.c. del disciplinare secondo cui *“nell’offerta tecnica non dovranno essere contenuti riferimenti ai valori dell’investimento oggetto dell’offerta economica (a pena di esclusione)”*.

18.1. Ai fini della disamina di tale motivo, giova un richiamo al principio di segretezza delle offerte economiche e di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica, quale elaborato dalla giurisprudenza in materia, alla luce del quale deve evidentemente essere interpretata la prescrizione del disciplinare invocata da Enel Sole.

18.2. 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.

18.2.1. 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.

18.2.2. 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 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 migliori non rappresentava il costo realmente sostenuto dall'appellante per la migliore 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.

18.3. Applicando tali coordinate ermeneutiche la doglianza va disattesa, non avendo parte appellante allegato in maniera sufficiente come l'indicazione del prezzo del tubo corrugato doppia parete in pe norma cei en 61386-24 - tubo flessibile corrugato doppia parete in pe per protezione cavi” e di “plinti portapalo illuminazione” possa consentire di risalire alla totalità dell'offerta economica.

Peraltro i dati al riguardo allegati nell'offerta tecnica si risolvono in meri estratti da cataloghi di produttori; della Stabilplastic S.p.a. per i tubi corrugati e della EMIC S.r.l. per i plinti porta palo, come già documentato in prime cure da Ottima (allegati n. 18 e 19 depositati in data 5 aprile 2023 e nuovamente depositati nel presente grado di appello, sub doc. 17 e 18). Tali valori, ricavabili dalla consultazione dei cataloghi e listini di tali fornitori, in quanto meri prezzi di listino, non sono in alcun modo suscettibili di anticipare il valore dell'investimento offerto dal concorrente.

19. Con il terzo motivo di ricorso Enel Sole assume che sarebbe illegittima l'attribuzione dei punteggi relativi all'offerta economica di Ottima per macroscopici errori di valutazione compiuti dalla stazione appaltante con particolare riferimento ai criteri del "*volume degli investimenti*" e della "*durata della realizzazione degli interventi*".

19.1. Il disciplinare prevedeva infatti che la valutazione dell'offerta economica avesse ad oggetto, tra i vari elementi, il valore dell'investimento, sicché era richiesto ai concorrenti di indicare "*il valore economico in euro di investimento per gli interventi previsti di efficientamento energetico, messa a norma e sicurezza, in aumento rispetto al valore posto a base di gara. Tale valore economico dovrà essere coerente con quanto dichiarato nel Piano Economico Finanziario che prevarrà in ogni caso in caso di discordanza*".

L'aggiudicataria Ottima aveva indicato un valore di investimento pari a 6.841.110 euro; la ricorrente un valore di investimento pari a 6.196.654 euro.

La Commissione, rispetto a tale voce dell'offerta economica, aveva dunque attribuito all'aggiudicataria il punteggio massimo previsto di 12 punti e ad Enel Sole 11,39 punti. Tuttavia, tale valutazione, in tesi di Enel Sole, sarebbe illogica in quanto il valore dell'investimento proposto da Ottima non risulterebbe proporzionato e coerente rispetto alla mole di interventi di efficientamento energetico, messa a norma e sicurezza contemplati nella propria offerta tecnica.

Dall'analisi della busta tecnica, risulterebbe infatti che gli interventi proposti da Ottima per i comuni di Borghetto S. Spirito, Finale Ligure, Spotorno e Stella sono in numero di molto inferiore rispetto a quelli indicati dalla ricorrente.

A fronte di un numero di interventi minore rispetto a quello indicato da Enel Sole, la controinteressata aveva pertanto enfatizzato, senza alcuna plausibile giustificazione, i relativi costi per massimizzare l'importo dell'investimento ed ottenere, quindi, un maggiore punteggio.

19.2. Parimenti ingiustificati, secondo Enel Sole, sarebbero i 2 punti attribuiti con riferimento al criterio di valutazione n. 4 dell'offerta economica, riguardante la durata dei lavori. Ed infatti, la durata dei lavori indicata nell'offerta della controinteressata (pari a due mesi) non sarebbe coerente con i lavori proposti e l'organizzazione necessaria per realizzarli, che l'ex mandataria Sofein S.p.A. (già Gi One S.p.A.) aveva dichiarato di possedere nei propri giustificativi.

20. Prima di passare alla disamina di tale motivo, giova in primo luogo richiamare la giurisprudenza in materia secondo la quale la valutazione delle offerte, nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della commissione giudicatrice attengono al sindacato-discrezionale dell'amministrazione, sicché, fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica, di norma sono inammissibili le censure che si sostanziano in un tentativo di sostituzione del punteggio attribuito dalla commissione giudicatrice, perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutorio, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134 c.p.a.. (ex multis Cons. Stato, sez. III, 5.11.2020, n.6820).

20.1. Pertanto già il richiamo a tale principio evidenzia un profilo di inammissibilità della censura, posto che dalle generiche allegazioni contenute nella memoria di costituzione di riproposizione dei motivi assorbiti *in prime cure*, non emergono profili di evidente illogicità della valutazione dell'offerta tecnica di Ottima, mirando piuttosto Enel Sole ad un sindacato sostitutorio.

20.2. Ed invero nella disamina di tale motivo non può annettersi alcun rilievo a quanto specificato dalla parte nella sola memoria difensiva ex art. 73 comma 1 c.p.a., avuto riguardo all'onere di specificità dei motivi di ricorso, che non può che presidiare anche i motivi assorbiti *in prime cure* e riproposti con la memoria da depositarsi a pena di decadenza entro il termine per la costituzione in giudizio, che devono peraltro essere del tutto corrispondenti a quelli formulati in primo grado, con la conseguente impossibilità di una integrazione successiva.

20.3. Peraltro il motivo, poste queste precisazioni circa i limiti della sua disamina, si appalesa inammissibile ed infondato anche sotto altri profili, dovendosi aderire al riguardo alle prospettazioni difensive di Ottima e della Provincia di Savona.

20.3.1. In primo luogo la prima censura, riferita all'attribuzione del punteggio per il "*Volume dell'investimento*" è inammissibile per genericità, posto che Enel Sole si è limitata al riguardo a sostenere che Ottima avrebbe enfatizzato i costi, senza alcuna allegazione e senza fornire il benché minimo principio di prova, se non una soggettiva comparazione tra il numero di interventi offerti da Enel Sole e quelli offerti da Ottima, del tutto priva di significatività con riferimento alla valutazione del volume di investimenti.

20.3.2. Peraltro detta doglianza si profila infondata anche nel merito, in considerazione del rilievo che il punteggio attribuito al valore economico dell'investimento offerto da Ottima rispetta le previsioni del disciplinare; in particolare risulta coerente con quanto dichiarato da Ottima nel proprio Piano Economico Finanziario.

Peraltro le allegazioni di Enel Sole circa un presunto maggior numero di interventi da essa offerti sono prive di qualsiasi concludenza, in quanto non contemplano – e non potrebbe essere altrimenti – una ponderazione "qualitativa", che si traduce chiaramente in un differente valore economico degli interventi offerti dai concorrenti.

Ciò senza mancare di considerare che la stazione appaltante con la clausola della *lex specialis* non contestate dall'appellata, si è autovincolata a valutare il criterio "*volume degli*

investmenti” con un parametro oggettivo, rinviando all’uopo a quanto indicato nel Piano Economico Finanziario.

Come richiesto dallo stesso disciplinare, il PEF deve garantire l’equilibrio finanziario anche con riferimento al ribasso offerto sul canone annuale, attraverso il quale viene recuperato l’investimento, e deve essere asseverato da soggetto abilitato per legge (da uno dei soggetti indicati dall’art. 183, comma 9 del D.lgs. n. 50/2016).

Pertanto, la censura mossa all’attribuzione del punteggio – al limite- avrebbe dovuto essere proposta, secondo quanto rilevato dalla Provincia di Savona, avverso il Piano Economico Finanziario, con riferimento al quale invece non è stata formulata alcuna censura, né è stato dimostrato il sovradimensionamento del valore dell’investimento e il relativo disequilibrio con il canone annuo offerto da Ottima.

20.3.3. Avuto riguardo all’inammissibilità e comunque all’infondatezza della censura riferita al “*Volume degli investimenti*” il motivo è inammissibile con riferimento al criterio riguardante la durata dei lavori, in quanto anche in ipotesi di decurtazione dei due punti al riguardo assegnati ad Ottima, Enel Sole non riuscirebbe a vincere la prova di resistenza, in quanto il suo accoglimento non colmerebbe il divario (superiore a 2 punti) tra il punteggio attribuito a Ottima (95,42) e quello attribuito a Enel Sole (93,35).

21. Con il quarto motivo di ricorso Enel Sole Enel lamenta che l’aggiudicazione sarebbe illegittima in ragione dell’anomalia dell’offerta presentata da Ottima e, prima ancora, per la mancata riedizione del subprocedimento di anomalia nei confronti dell’aggiudicataria, condotto invece solo nei confronti del raggruppamento con Sofein, poi esclusa.

21.1. Nella prospettazione della ricorrente era doveroso per l’Amministrazione, a seguito riduzione consentita in favore di Ottima, procedere ad una nuova verifica di congruità dell’offerta per valutarne la sostenibilità alla luce dei mezzi e delle risorse possedute dall’aggiudicataria.

In ogni caso Enel critica i giustificativi prodotti da Sofein nell’ambito del subprocedimento di anomalia.

22. Detto motivo è meritevole di accoglimento, in relazione all’assorbente profilo riferito alla necessità di reiterazione del subprocedimento di anomalia dell’offerta a seguito della riduzione del RTI consentita dalla stazione appaltante.

Appare infatti evidente che la circostanza che l’offerta sia risultata congrua perché presentata da un raggruppamento non può *ex se* portare a ritenere che la stessa sia parimenti attendibile nel caso in cui il contratto venga eseguito da uno solo dei membri del raggruppamento.

Alla stregua di tali rilievi è necessario che il subprocedimento di anomalia condotto nei confronti dell’offerta presentata da un raggruppamento venga nuovamente esperito, nel caso di recesso di uno dei membri del raggruppamento.

Tale considerazione di carattere generale, riferita alla necessità che il subprocedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta sia esperito con riferimento al singolo operatore economico – evidentemente diverso nell'ipotesi in cui sia consentita la riduzione del RTI – nell'ipotesi di specie è altresì supportata dal rilievo che, come dedotto da Enel Sole, i giustificativi resi dalla ex mandataria Sofein avevano come principale riferimento l'organizzazione, la struttura, il personale e i costi di tale operatore. Né è dirimente la circostanza, evidenziata nella memoria difensiva di Ottima, di essere oltreché mandataria del raggruppamento, anche ausiliaria di Sofein: infatti, i giustificativi resi da Sofein potranno aver tenuto in considerazione i costi delle risorse di Ottima non già complessivamente ma solo e nei limiti dei requisiti messi a disposizione con il contratto di avvalimento.

Stante la necessità di riedizione del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta non era onere di Enel Sole dimostrare l'incongruità dell'offerta presentata originariamente dal RTI.

23. Avuto riguardo alla fondatezza del quarto motivo del ricorso di *prime cure*, il ricorso medesimo va pertanto accolto, con conseguente annullamento del provvedimento di aggiudicazione in favore di Ottima, ai soli fini delle reiterazione del subprocedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta.

24. In conclusione l'appello va accolto, ma va del pari accolto il ricorso di *prime cure* con riferimento al motivo innanzi indicato, riproposto in questa sede, e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, il ricorso di *prime cure* va accolto per motivi diversi, dovendo essere ripetuto il subprocedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria.

25. Le questioni sopra vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, ex plurimis, per le affermazioni più risalenti, Cassazione Civile, Sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione Civile, Sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663 e per il Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 settembre 2021 n. 6209, 13 settembre 2022 n. 7949 e 18 luglio 2016 n. 3176).

26. Sussistono eccezionali e gravi ragioni, avuto riguardo alla soccombenza reciproca per compensare interamente le spese di lite del presente grado, ferma restando la liquidazione delle spese di lite operata dal primo giudice, avuto riguardo in ogni caso all'accoglimento del ricorso di *prime cure*, sia pure per motivi diversi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello ed accoglie altresì il motivo di ricorso assorbito in primo grado e riproposto in questa sede, ex art. 101 comma 2 c.p.a., e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado per motivi diversi ed annulla la Determinazione della Provincia di Savona, Settore - Gestione viabilità edilizia ed ambiente, Servizio - Energia e coordinamento ambientale, n. 232 del 10 febbraio 2023.

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

Guida alla lettura

Con la decisione in commento il Consiglio di Stato, nel decidere un appello avente ad oggetto l'aggiudicazione della procedura aperta per la selezione di un operatore qualificato per l'affidamento in concessione di servizi di prestazione energetica (inclusi i servizi di riqualificazione energetica e di gestione dell'impianto di pubblica illuminazione) di proprietà di una serie di Comuni, ha chiarito importati principi in tema di appalti.

In primo luogo, il Collegio ha ribadito il costante orientamento giurisprudenziale a mente del quale «*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.*».

Nello specifico, nell'interpretare la legge di gara, è necessario applicare **in primo luogo il criterio letterale** e, solo qualora ciò non sia possibile, occorrerà procedere a un'interpretazione **complessiva o sistematica delle varie clausole**, con la precisazione a mente della quale, in caso di evidenti ambiguità, l'interprete dovrà, in omaggio al principio del *favor participationis*, prediligere il **significato più favorevole al concorrente**.

Tanto chiarito, il Collegio ha, poi, precisato in tema di **eterointegrazione degli atti di gara** che, ai sensi dell'art. 10 del d.lgs. n. 36/23, così come chiarito dalla relazione redatta dal Consiglio di Stato, i requisiti indicati e previsti dalle **norme imperative devono essere rispettate dal concorrente a prescindere da un loro espresso richiamo negli atti di gara** in quanto esse hanno la funzione di soddisfare l'interesse pubblico a che le prestazioni siano rese da soggetti adeguatamente qualificati.

Per quanto concerne, poi, il **principio segretezza delle offerte economiche e di divieto di**

commistione tra offerta tecnica ed economica, il Collegio ha, in primo luogo, ribadito che esso impone che le offerte economiche debbano restare segrete fintanto che la Commissione valuta gli aspetti tecnici della proposta negoziale, evitando, così, che elementi economici possano influenzare la valutazione della commissione.

Tanto chiarito, il Giudice ha precisato che il principio *de quo* «*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**».*

Ne consegue che esso trova **applicazione** «*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)*», con l'ulteriore precisazione che, anche in questo caso, esso deve essere limitato alle **sole ipotesi** in cui gli elementi economici siano **idonei** a permettere la **ricostruzione dell'offerta economica**.

Il Collegio ha, poi, preso posizione circa l'ampiezza del **sindacato del giudice amministrativo** sulle **valutazioni** espresse dalla **commissione** di gara.

Nello specifico il Consiglio di Stato ha ribadito che, per giurisprudenza pacifica, «*la valutazione delle offerte, nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della commissione giudicatrice attengono al **sindacato-discrezionale dell'amministrazione**, sicché, fatto salvo il **limite della abnormità** della scelta tecnica, di norma sono inammissibili le censure che si sostanziano in un tentativo di sostituzione del punteggio attribuito dalla commissione giudicatrice, perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutorio, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134 c.p.a.*».

Il Giudice di appello ha, infine, chiarito che il **giudizio di anomalia** dell'offerta deve avere ad oggetto la **congruità dell'offerta** del singolo concorrente sicché esso deve essere **rinnovato** in caso di **modifica** del raggruppamento **aggiudicatario**.