

Pubblicato il 28/10/2021

N. 06794/2021 REG.PROV.COLL.
N. 01762/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1762 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

S.TE.M S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Michele Romaniello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Parete, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Gennaro Martino e Giovanni Midiocestomarco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Pevit S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi M. D'Angiolella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia ed eletto presso il suo studio in Napoli al Viale Gramsci n. 16;

per l'annullamento

(quanto al ricorso introduttivo e ai motivi aggiunti depositati il 4/6/2021)

1) della determinazione n. 97 del 22.03.2021, Reg. Gen. n. 310, a firma del Responsabile Area LL.PP. e Ambiente del Comune di Parete avente ad oggetto l'approvazione della proposta di aggiudicazione della gara pubblica per la "realizzazione di infrastrutture per la fruizione ecosostenibile del parco agricolo urbano"; 2) dei verbali di gara n. 1 del 19.01.2021, n. 2 del 16.02.2021, n. 3 del 16.02.2021 adottati dalla commissione di gara nominata con determinazione del responsabile del Settore Tecnico del Comune di Parete n. 397 del 17.12.2020; 3) della determinazione prot. n. 4660 del 09.04.2021 a firma del Responsabile Area Tecnica - LL.PP. e Ambiente del Comune di Parete avente ad oggetto il diniego di ostensione degli atti di gara; 4) degli atti preordinati, connessi e consequenziali, tra cui quatenus opus del provvedimento del 16.02.2021 contenente la proposta di aggiudicazione in favore della ditta PEVIT s.r.l.;

per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more tra il Comune di Parete e la società PEVIT s.r.l. e per la condanna al risarcimento del danno in forma specifica, con subentro della società S.TE.M S.r.l. nel contratto eventualmente stipulato, o per equivalente pecuniario;

(quanto ai motivi aggiunti depositati il 10/9/2021)

dell'atto prot. n. 256 dell'11.08.2021 con il quale il Responsabile dell'Area LL.PP. e Ambiente del Comune di Parete ha dichiarato l'efficacia dell'aggiudicazione alla ditta PEVIT Srl ai sensi dell'art. 32, comma 7, del D.lgs. n. 50/2016; della nota prot. n.10064 dell'11.08.2021 di trasmissione della predetta dichiarazione di efficacia.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Parete e della Pevit S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 ottobre 2021 il dott. Giuseppe Esposito e udito l'avvocato Acquaviva per delega dell'avvocato D'Angiolella; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente partecipava alla gara telematica indetta dal Comune di Parete con determinazione del Responsabile Area LL.PP. e Ambiente n. 157 dell'8/7/2020 (bando prot. n. 6905 del 27/7/2020, pubblicato sulla piattaforma MEPA di CONSIP s.p.a.), per la “realizzazione di infrastrutture per la fruizione ecosostenibile del parco agricolo urbano” (CIG: 8367894C91).

Alla gara (dall'importo a base d'asta di € 919.305,00, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) concorrevano unicamente la ricorrente e la controinteressata.

All'esito delle operazioni della Commissione la Pevit era dichiarata aggiudicataria con il punteggio totale di 57,91, di cui 49,00 per il punteggio tecnico e 8,91 per l'offerta economica, a fronte del punteggio di 48,67 ottenuto dalla ricorrente (38,67 + 10).

Quest'ultima ha impugnato la determina del Responsabile del settore di approvazione della proposta di aggiudicazione unitamente ai verbali della Commissione, avversando altresì il diniego alla sua richiesta di ostensione degli atti di gara.

Si sono costituiti in giudizio per resistere il Comune e la controinteressata, producendo memorie difensive e allegando documentazione.

Con motivi aggiunti depositati il 4/6/2021 la ricorrente ha ulteriormente articolato le censure, anche in relazione ai documenti visionati ed ha, in particolare, dedotto la falsità del verbale della Commissione del 19/1/2021 (in relazione al quale proponeva querela di falso con atto di citazione al Tribunale di Napoli Nord, depositato in copia in data 22/6/2021).

L'istanza incidentale di accesso veniva accolta con ordinanza del 10/6/2021 n. 3930, ordinando al Comune di rendere disponibile l'offerta economica

integrale della Pevit, tra cui i documenti specificamente indicati dalla ricorrente (computi estimativi e quadro di raffronto).

L'istanza cautelare è stata respinta con ordinanza del 24/6/2021 n. 1195.

Con atto depositato il 5/8/2021 la ricorrente ha formulato istanza per l'esecuzione della citata ordinanza del 10/6/2021 n. 3930, deducendo di non aver ottenuto gli atti di cui era stata ordinata l'esibizione.

Con motivi aggiunti depositati il 10/9/2021 ha inoltre impugnato l'atto prot. n. 256 dell'11/8/2021 con il quale il Responsabile ha dichiarato l'efficacia dell'aggiudicazione, deducendone l'illegittimità derivata con la riproposizione delle censure articolate.

L'istanza di esecuzione dell'ordine di esibizione degli atti è stata dichiarata inammissibile con ordinanza del 23/9/2021 n. 5979.

Per l'udienza di merito le parti hanno prodotto scritti difensivi; la ricorrente e il Comune hanno chiesto con note il passaggio in decisione.

All'udienza pubblica del 20 ottobre 2021 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. - Le censure della ricorrente investono l'operato della Commissione di gara e l'esame delle offerte, facendo valere vizi che attengono alla regolarità dell'attività nel suo complesso e alla valutazione dei progetti.

1.1. È dedotto sotto il primo profilo che:

- l'esame delle offerte tecniche è avvenuto a distanza, senza verbalizzazione delle operazioni e nemmeno comunicandone l'effettuazione (primo motivo del ricorso introduttivo);
- all'apertura delle offerte non ha fatto seguito la contestuale valutazione, avvenuta invece dopo 28 giorni, senza garantire la continuità dei lavori della Commissione e non offrendo garanzie di conservazione dei plichi (secondo motivo);
- non è stata adeguatamente motivata l'attribuzione del voto da parte di ciascun commissario, essendosi espressa una votazione identica con il solo

punteggio numerico (terzo e quarto motivo);

- sono stati adottati tempi esigui, di circa 2,50 minuti, per la valutazione di ogni elaborato (quarto motivo).

1.2. Relativamente alla valutazione dei progetti, sono contestati i punteggi assegnati, adducendo che essi non corrispondono alla bontà delle soluzioni offerte e si è privilegiata con un maggior punteggio, sotto più aspetti, l'offerta della aggiudicataria meno meritevole (sesto motivo).

1.3. Con i primi motivi aggiunti la ricorrente deduce altresì la falsità del verbale della Commissione n. 1 del 19/1/2021.

Con l'ausilio dell'esibita relazione tecnica, si afferma che *“il giorno 19.01.2021, senza averne dato atto nel verbale di gara, è stato eseguito il download dei files avente estensione. p7m”*.

Se ne fa derivare la non veridicità del resoconto dell'indicato verbale n. 1, adducendo che la Commissione aveva stabilito di procedere all'apertura dell'offerta tecnica per la sola verifica degli elaborati trasmessi (*“al solo scopo di constatare e accertare la presenza del contenuto che risulta quello elencato e riportato attraverso le seguenti schermate catturate sulla piattaforma ME.PA”*), mentre avrebbe *“rotti i sigilli dell'offerta tecnica”* (pag. 5 dei motivi aggiunti).

2. - Si può partire da quest'ultima censura.

2.1. La stessa si mostra volta a far valere, attraverso la denuncia della falsità, l'irregolarità dell'intera procedura e la sottintesa necessità di una sua integrale rinnovazione.

Si è detto che avverso il verbale la ricorrente ha proposto querela di falso con atto di citazione al Tribunale di Napoli Nord, depositato in copia in data 22/6/2021.

A prescindere da una più adeguata prova della pendenza del giudizio civile, reputa il Collegio che la proposta querela di falso non incida sulla decisione della causa, atteso che *“per pacifica giurisprudenza la presentazione della querela di falso implica la sospensione necessaria del giudizio, ai sensi*

dell'art. 77 cod. proc. amm., solo nel caso in cui la questione di falso abbia il carattere di pregiudizialità e, inoltre, qualora la stessa non appaia manifestamente infondata o essenzialmente dettata da ragioni dilatorie (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 7/5/2019, n. 2929)” (TAR Basilicata, 16/1/2020 n. 50).

Nella specie, è offerta dalla ricorrente una lettura del verbale della Commissione n. 1 del 19/1/2021 non corrispondente alla realtà delle operazioni riassunte.

In esso si dà conto che:

<<La commissione giudicatrice procede ai sensi del punto 4.1 del disciplinare di gara all'apertura della documentazione delle offerte tecniche caricate sulla piattaforma, al solo scopo di constatare e accertare la presenza del contenuto che risulta quello elencato e riportato attraverso le seguenti schermate catturate sulla piattaforma telematica ME.PA.>>.

Il resoconto non attesta che la Commissione non abbia proceduto al download dei files (ossia, come inteso dalla ricorrente, che: “Nessun file viene dichiarato "scaricato" (download) dalla piattaforma telematica MEPA”: pag. 24 della relazione tecnica depositata il 4/6/2021).

In effetti, la Commissione dichiara di aver proceduto “*all'apertura della documentazione delle offerte tecniche caricate sulla piattaforma*”.

Così facendo, non avrebbe potuto far altro che effettuare il download dei files, occorrendo verificare la presenza del contenuto richiesto dal richiamato punto 4.1 del disciplinare (relazioni, quadro riepilogativo, computo metrico, ecc.).

Il “*solo*” scopo di “*constatare e accertare la presenza del contenuto*” sta a significare che non è stata effettuata alcuna valutazione nel merito del contenuto delle buste telematiche, ma non denota che le stesse non siano state invece aperte per accertare la presenza di quanto richiesto dal disciplinare.

Tant'è che il successivo verbale n. 2 del 16/2/2021 dà atto che, con il precedente verbale, si era proceduto alla *“constatazione del contenuto delle offerte tecniche”*.

Per le considerazioni che precedono la censura sul punto va respinta, sicché non si mostra necessario il compimento di attività istruttoria e vanno conseguentemente disattese le richieste istruttorie della ricorrente (contenute nella memoria del 4/10/2021), di acquisizione dei files utilizzati dalla Commissione o recuperabili dai server del sistema Mepa, nonché di nomina di un verificatore o consulente tecnico d'ufficio, per l'analisi della verifica della data di confezionamento dei documenti trasmessi, della loro acquisizione e di ogni eventuale tentativo di modifica.

2.2. Le restanti censure sono infondate.

2.2.1. Quanto alla deduzione secondo cui la Commissione avrebbe operato al di fuori della sua sede naturale e senza verbalizzazione, va considerato che, con il verbale n. 2 del 16/2/2021, la Commissione dà atto di aver *“proceduto ad un primo sommario esame delle offerte tecniche a distanza, mentre nella seduta odierna prosegue nell'esame e confronto delle offerte tecniche, attraverso la stesura di appunti volte ad individuare le caratteristiche salienti delle offerte proposte, iniziando i propri confronti a coppia, riportando di seguito il riepilogo delle valutazioni”*.

Tale modo di procedere non può essere sospettato di illegittimità, poiché l'effettuazione di sedute a distanza per l'esame riservato delle offerte da parte della Commissione (non occorrendo pertanto darne comunicazione) può intendersi come una normale e fisiologica modalità di espletamento del proprio lavoro, tanto più nella contingenza storica dettata dall'emergenza epidemiologica da Covid-19.

Inoltre, è possibile che se ne dia atto sia pur riassuntivamente, anche in un unico verbale.

La giurisprudenza ha infatti chiarito che non è illegittima la riunione in un unico atto della verbalizzazione delle operazioni compiute, di cui non è

necessaria la puntuale esplicazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 29/10/2014 n. 5377: *“non è necessario per la correttezza dei verbali che vi sia un’indicazione specifica di quale parte dell’analisi è stata realizzata in un giorno o nell’altro, essendo ben possibile la verbalizzazione sintetica e la compilazione di un unico verbale di tutte le operazioni compiute”*; conf., Cons. Stato, sez. III, 1/9/2014 n. 4449: *“va esclusa la necessità di redigere contestuali e distinti verbali per ciascuna seduta della commissione di gara potendosi legittimamente accorpate in un unico atto la verbalizzazione delle varie sedute della commissione ed anche la sua redazione non contestuale al compimento delle operazioni di gara”*).

Quanto ora affermato esclude la fondatezza, altresì, del motivo che postula la violazione del principio di continuità e dell’esigenza di concentrazione nei lavori della Commissione (apparendo dedicati all’esame delle offerte i 28 giorni intercorsi), dovendosi per altro verso osservare che, in una gara telematica, la modalità stessa di espletamento della procedura garantisce la conservazione delle offerte e l’intangibilità della documentazione.

2.2.2. Deve essere respinta anche la censura rivolta all’espressione unitaria del voto dei singoli commissari e alla mancanza di motivazione (con l’attribuzione cioè del solo punteggio numerico).

Il disciplinare ha dettato al punto 5.1 i criteri di valutazione e i punteggi dell’offerta tecnica (suddivisi per le proposte migliorative per l’area Parco, per il recupero dei fabbricati rurali e sui criteri minimi ambientali), adottando per il calcolo del punteggio totale il metodo aggregativo compensatore di cui alle linee guida ANAC n. 2/2016, par. VI, stabilendo che:

<<A ciascuno degli elementi qualitativi di cui alle tabelle riportate nel precedente paragrafo 5.1 è attribuito, in maniera discrezionale, da ciascun commissario un coefficiente V variabile da zero ad uno così come riportato nella tabella sottostante (cfr. linee guida dell’ANAC n. 2/2016, par. V)>>.

La tabella descrive in modo dettagliato il giudizio corrispondente al coefficiente assegnabile, che va da quello di “Appena sufficiente”, coefficiente

0,20 (*“Trattazione appena sufficiente e/o descrizioni lacunose che denotano scarsa rispondenza della proposta rispetto al tema costituente il parametro e/o sotto parametro oggetto di valutazione rispetto ad alternative possibili desunte dal mercato e/o dalla regola dell’arte. I vantaggi e/o benefici conseguibili dalla stazione appaltante non risultano chiari, e/o non trovano dimostrazione analitica o, comunque, non appaiono particolarmente significativi”*), sino al giudizio di *“Ottimo”*, coefficiente 1 (*“Il parametro preso in esame viene giudicato eccellente. Risulta del tutto aderente alle aspettative della S.A. e alle potenzialità medie dei professionisti di riferimento operanti sul mercato. La sua presentazione è più che esaustiva ed ogni punto di interesse viene illustrato con puntualità e dovizia di particolari utili ed efficaci in rapporto alla natura del parametro considerato. Le relazioni illustrano con efficacia le potenzialità del candidato ed evidenziano le eccellenti caratteristiche di offerta prestazionale”*).

È pur vero che successivamente è indicato che: *“Ciascun commissario attribuisce un punteggio a ciascuna offerta. Le ragioni di tale attribuzione devono essere adeguatamente motivate in relazione ai criteri/subcriteri presenti nel disciplinare”*.

Senonché, a fronte di una spiegazione dettagliata degli elementi che compongono il giudizio, la mancanza della motivazione regredisce ad elemento che non vizia il giudizio espresso, il quale può essere agevolmente desunto dalla esplicazione, anticipatamente fissata in maniera puntuale dal disciplinare, delle ragioni del giudizio medesimo.

Né risulta viziato il giudizio espresso uniformemente dai commissari, atteso che *“la circostanza che i singoli commissari abbiano espresso tutti lo stesso punteggio o un unico punteggio, come ormai afferma la consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, non è ex se indice di illegittimità, per la stringente ragione che essa prova troppo (cfr., ex plurimis, Cons. St., sez. III, 6 novembre 2019, n. 7595; Cons. St., sez. V, 24 marzo 2014, n. 1428, Cons. St., sez. V, 17 dicembre 2015, n. 517), «non essendo*

nemmeno sufficientemente chiaro il punto di caduta di tale rilievo censoreo ben potendo spiegarsi la detta circostanza come una fisiologica evoluzione del confronto dialettico svoltosi in seno a tale organo» (Cons. St., sez. III, 26 ottobre 2020, n. 5130)» (Cons. Stato, sez. III, 23/12/2020 n. 8295).

2.2.3. Quanto alla supposta ristrettezza dei tempi di valutazione, anche in tal caso non può desumersi che i giudizi siano in ragione di ciò viziati, dovendosi tener conto del caso concreto ed emergendo in particolare, dal verbale n. 2 del 19/21/2021, che i commissari abbiano proceduto a distanza al “primo sommario esame delle offerte tecniche”, procedendo nella seduta “nell’esame e confronto delle offerte tecniche, attraverso la stesura di appunti volti ad individuare le caratteristiche salienti delle offerte proposte, iniziando i primi confronti a coppia”.

Risulta quindi che la valutazione delle offerte non sia stata isolatamente resa nella sola seduta protrattasi dalle ore 15:45 alle ore 19:00, ma che in quella sede si sia proceduto alla rielaborazione finale dell’esame compiuto.

Del resto, la giurisprudenza ha chiarito che nelle controversie in materia di appalti pubblici è da escludere che possa essere addotta a indice di illegittimità dell’operato del seggio di gara la pretesa inadeguatezza dei tempi impiegati per la valutazione delle offerte, in quanto “*la brevità del tempo impiegato per la valutazione di un’offerta (come di un elaborato concorsuale) può dipendere da molteplici fattori quali, ad esempio, le particolari doti, anche di sintesi, dei commissari, l’efficienza nell’organizzazione dei lavori della commissione, l’utilizzo di modelli precompilati, la rilevazione ictu oculi delle peculiari caratteristiche delle offerte presentate (cfr. le sentenze già richiamate dal giudice di primo grado: Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 255; V, 28 luglio 2014, n. 3998; IV, 23 marzo 2011, n. 1871)» (Cons. Stato, sez. V, 21/2/2020 n. 1323).*

2.2.4. Resta infine da esaminare il motivo con cui si contesta l’illogicità delle valutazioni, ritenendo che la Commissione abbia errato nel merito delle valutazioni, assegnando un immeritato punteggio alla controinteressata per

ognuno dei criteri segnalati nel ricorso introduttivo e nei motivi aggiunti, corrispondenti a tutte le soluzioni migliorative valutabili (per l'Area Parco, per il recupero dei fabbricati rurali e sui criteri minimi ambientali: criteri A.1, A.2, A.3, A.4, B.1, B.2, B.3 e C, di cui al p. 5.1 del disciplinare).

Trattasi di una generale critica al giudizio della Commissione, fondata su elementi di valutazione propri della ricorrente, accomunati dall'intento di far valere che il suo progetto meritasse una migliore considerazione, su ognuno degli aspetti indicati (videosorveglianza, pista ciclabile, percorsi, impianti fotovoltaici, miglioramento della viabilità rurale e percezione visiva del paesaggio, illuminazione, ecc.).

Sennonché, dall'enunciazione fatta non traspare alcuna macroscopica illegittimità della valutazione comparativa della Commissione, la quale non può essere sovvertita se non a fronte di evidenze tali da denotare un uso distorto della discrezionalità ad essa appartenente (cfr. la sentenza della Sezione del 5/10/2020 n. 4212: *“Ampia è la discrezionalità omissa ai giudizi espressi dai commissari, i quali non esaminano il possesso dei requisiti minimi di partecipazione (presupposto per l'ammissione al confronto) ma, al contrario, esprimono una valutazione, inevitabilmente soggettiva e opinabile, circa le diverse soluzioni tecniche offerte; di conseguenza, il sindacato giurisdizionale incontra forti limitazioni, non potendo il giudice inserirsi in valutazioni di merito spettanti per legge all'amministrazione, salva il ricorrere di un uso palesemente distorto, logicamente incongruo, macroscopicamente irrazionale del metodo in parola, evenienza che, tuttavia, è preciso onere dell'interessato allegare e dimostrare, evidenziando non già la mera e fisiologica non condivisibilità del giudizio comparativo, bensì la sua radicale ed intrinseca inattendibilità tecnica o la sua palese insostenibilità logica (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 29 maggio 2020, n. 3401; Idem, 25 giugno 2019, n. 4364, Idem, 3 febbraio 2017, n. 476)”*.

3.- Conclusivamente, alla stregua delle considerazioni che precedono il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti vanno interamente respinti.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata nel dispositivo, con attribuzione per la Pevit S.r.l. al difensore che ne ha chiesto la distrazione nella memoria di replica depositata l'8/10/2021, ferma restando la già disposta condanna alle spese della fase cautelare.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Condanna la Società ricorrente, in persona del legale rappresentante pro tempore, al pagamento delle spese di giudizio in favore delle controparti, liquidate in complessivi € 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge, di cui € 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre accessori di legge, in favore del Comune di Parete, ed € 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre accessori di legge, in favore della Pevit S.r.l. con attribuzione all'avvocato Luigi M. D'Angiolella, ferma restando la condanna alle spese della fase cautelare disposta con l'ordinanza del 24/6/2021 n. 1195.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Giuseppe Esposito, Consigliere, Estensore

Maurizio Santise, Consigliere

L'ESTENSORE
Giuseppe Esposito

IL PRESIDENTE
Salvatore Veneziano

IL SEGRETARIO

