



La redazione di
TUTTOGARE PA

Publicato il 16/11/2020

N. 00799/2020 REG.PROV.COLL.

N. 00583/2020 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 per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 583 del 2020, proposto da
Poolmilano S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato
Giuseppe Rusconi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Centrale Unica di Committenza (C.U.C.) Oltrepò Mantovano, non costituita in giudizio;
Comune di Quistello e Consorzio Oltrepò Mantovano, ciascuno in persona del proprio legale
rappresentante *pro tempore* e entrambi rappresentati e difesi dall'avvocato Paolo Colombo, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti



La redazione di
TUTTOGARE PA

Cresco Societa' Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Gorlani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della determina n. 174 del 12.10.2020, con la quale il comune di Quistello ha aggiudicato la gara per “l'affidamento del servizio di progettazione definitiva ed esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione, direzione dei lavori e contabilità relativi all'intervento di manutenzione straordinaria finalizzata all'efficientamento energetico dell'edificio scolastico posto in via S. Allende - fondo Kyoto 4 nel comune di Quistello (Mn)” alla controinteressata;
 - della proposta di aggiudicazione della CUC Oltrepò Mantovano;
 - del bando di gara, qualora interpretato nel senso qui divisato;
 - del disciplinare, qualora interpretato nel senso qui divisato (doc. 4);
 - dei verbali della commissione di gara della CUC Oltrepò Mantovano, nella parte in cui non hanno escluso la controinteressata, con particolare riferimento all'esito della verifica di anomalia;
 - dei verbali dell'11.12.2019, del 23.01.2020, del 23.01.2020, del 23.01.2020, del 06.02.2020, del 05.03.2020, dell'11.03.2020, del 12.03.2020, dell'11.06.2020;
 - del “Regolamento nomina dei componenti delle commissioni giudicatrici nelle procedure bandite dalla CUC”, qualora interpretato nel senso divisato;
 - della determina n. 4 dell'08.01.2020, con la quale il Consorzio Oltrepò Mantovano ha nominato la commissione di gara;
 - del rigetto dell'istanza di assunzione di provvedimenti in autotutela del 22.07.2020;
 - di ogni atto antecedente conseguente e comunque connesso e con riserva di motivi aggiunti per gli atti non potuti conoscere o disporre;
- e per il risarcimento del danno



La redazione di
TUTTOGARE PA

in forma specifica, mediante l'aggiudicazione della gara alle ricorrenti o l'indicazione al Comune di Quistello dell'adozione delle idonee misure per l'aggiudicazione della gara alle ricorrenti o, in subordine, mediante il risarcimento per equivalente, nella misura minima pari al 10% del valore della loro offerta, oltre al rimborso di tutte le spese sostenute ed alle ulteriori voci di danno, così come saranno provate in giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Quistello, del Consorzio Oltrepo' Mantovano e della Cresco Societa' Cooperativa Sociale Onlus;

Visti tutti gli atti della causa;

Dato atto che la controversia è stata trattenuta in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati e delle note d'udienza da ultimo prodotte, ai sensi del combinato disposto dell'art. 25 del D.L. n. 137/2020 e del primo comma dell'art. 4 del D.L. n. 28/2020;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 novembre 2020 la dott.ssa Mara Bertagnolli;

Precisato che lo stesso comma 5 dell'art. 84 del d. l. 18/2020, riconosce espressamente la possibilità di definizione del giudizio ai sensi dell'articolo 60 del codice del processo amministrativo;

Ravvisati i presupposti previsti da tale norma per l'adozione di una sentenza in forma semplificata;

La società ricorrente ha partecipato alla gara per "l'affidamento del servizio di progettazione definitiva ed esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione, direzione dei lavori e contabilità relativi all'intervento di manutenzione straordinaria finalizzata all'efficientamento energetico dell'edificio scolastico posto in via S. Allende - fondo Kyoto 4 nel comune di Quistello (Mn)", la quale



La redazione di
TUTTOGARE PA

prevedeva l'aggiudicazione mediante l'attribuzione di ottanta punti agli elementi qualitativi (rispetto a cui il disciplinare aveva cura di indicare i criteri motivazionali) e venti punti all'offerta economica.

La gara è stata, quindi, aggiudicata alla Cresco società cooperativa sociale Onlus con punti 99,25, dei quali 79,25 per l'offerta tecnica e 20 per quella economica (risultata anomala), mentre alla Poolmilano srl sono stati attribuiti punti 91.33, dei quali 75,94 per l'offerta tecnica e 15,39 per quella economica.

Avendo rilevato una palese incongruenza tra quanto dichiarato in sede di offerta tecnica (che è valsa alla controinteressata il miglior punteggio), e quanto invece offerto nella quotazione economica, la ricorrente ha inoltrato alla CUC un'istanza di annullamento dell'aggiudicazione in autotutela, ricevendo però un diniego.

Conseguentemente essa ha notificato il ricorso in esame, affidato alle seguenti ragioni di diritto:

1. Violazione e falsa applicazione dell'art. 46 del d.lgs. n. 50/2016, in quanto nella previsione dell'articolo citato non rientrerebbero, tra i soggetti che possono partecipare alle procedure di gara in materia dei servizi di architettura e ingegneria nè le ESCO (Energy Service Company) e neppure le ONLUS cooperativa sociale di tipo 'B', quale è il soggetto risultato aggiudicatario;
2. Violazione e falsa applicazione dei principi generali in tema di valutazione delle offerte, dell'art. 97, comma 3 e comma 5 del d.lgs. 50/2016. Il punteggio di 25,94 per le caratteristiche metodologiche dell'offerta (A2) sarebbe stato erroneamente attribuito atteso che la controinteressata garantiva in fase esecutiva la presenza continuativa di un ispettore di cantiere, vale a dire senza soluzione di continuità e il garantire tale prestazione ha senz'altro influito in modo positivo nell'attribuzione dei punteggi. L'offerta tecnica, però, risulta essere stata smentita in sede di verifica dell'anomalia, in quanto, nella giustificazione dell'offerta economica la presenza dell'ispettore di cantiere (Ing. Tebaldini) in fase esecutiva è stata quantificata in sole 48 ore, anziché nelle 574 ore corrispondenti alle ore necessarie per l'esecuzione dei lavori in 82 giorni naturali, come da offerta. Ciò avrebbe comportato un costo pari a 19.462,00 euro,



La redazione di
TUTTOGARE PA

invece di quello di euro 1.776,00 esposto in sede di giustificazioni, con la conseguenza che l'offerta avrebbe dovuto essere ritenuta deficitaria per euro 17.686,00. Inoltre, a fronte dei 32 giorni naturali e consecutivi offerti per la redazione del progetto definitivo e dei 31 giorni per quello esecutivo, pari ad un monte ore rispettivamente di 256 h. e 248 h., nella giustificazione dell'offerta economica sono state quotate solo 214 ore per il definitivo, e 144 per l'esecutivo. Una corretta indicazione del costo delle prestazioni avrebbe dovuto comportare un maggior esborso per la stazione appaltante e dunque un minor ribasso, che si sarebbe assestato sul 28.39 con conseguente attribuzione di 13,20 punti alla Cresco e di 18,25 punti alla ricorrente. In ogni caso, quanto offerto in sede tecnica non avrebbe trovato copertura economica nelle giustificazioni e, quindi, la concorrente avrebbe dovuto essere esclusa per falsa dichiarazione e per violazione del principio di immodificabilità dell'offerta;

3. In subordine si eccepisce la violazione e falsa applicazione dell'art. 77 del codice dei contratti e del regolamento di nomina della commissione di gara, in quanto essa sarebbe intervenuta "in modo diretto, senza rispetto alcuno (tra gli altri) del principio di trasparenza.". Ciò in quanto l'ing. Pederneschi Stefano, libero professionista, esterno alle diverse amministrazioni interessate alla gara sarebbe stato nominato senza alcun concorso concorrenziale, sorteggio o altra misura atta a garantire la trasparenza. A tal proposito viene richiamata la sentenza del TAR Molise n. 231 del 2020, secondo cui "deve ritenersi illegittima la composizione della commissione aggiudicatrice di una gara di appalto, ove il componente esterno sia stato nominato dalla P.A. appaltante senza previo esperimento di un sorteggio, senza la preventiva individuazione di criteri di trasparenza e senza una autonoma e specifica motivazione, dando mero atto di una individuazione in via diretta, sganciata da qualunque criterio preventivamente determinato o da modalità idonee ad escludere una scelta fiduciaria, a nulla rilevando che il medesimo componente sia stato scelto tra soggetti iscritti ad un Albo Nazionale Professionale". Pertanto, in mancanza dell'albo ANAC e di regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da



La redazione di
TUTTOGARE PA

ciascuna stazione appaltante, anche attingendo a un diverso Albo, “si impone alla stazione appaltante, a norma dell'art. 77, comma 3, D. Lgs. n. 50 del 2016, l'individuazione dei commissari comunque mediante l'osservanza di tecniche idonee a garantire la trasparenza della scelta, escludendosi la possibilità di una nomina fiduciaria”.

Si è costituita in giudizio la centrale unica di committenza, sostenendo l'infondatezza del ricorso, atteso che la controinteressata ha partecipato come cooperativa sociale di tipo b), regolarmente legittimata alla partecipazione alle gare e non come ESCO (qualifica che, peraltro, sarebbe aggiuntiva e non sostitutiva). Inoltre, la “presenza continuativa” dell'ispettore di cantiere, indicata nell'offerta tecnica dell'aggiudicataria, non può essere intesa come una presenza protratta per l'intera giornata lavorativa e per tutti i giorni di lavorazione. Ciò anche considerato che i lavori da eseguirsi prevedono lavorazioni e attività da svolgersi prevalentemente fuori dal cantiere, nel quale si provvederà solo al montaggio del controsoffitto, dei serramenti esterni e dei corpi illuminanti. Pertanto, “le 48 ore previste per l'impegno dell'ispettore di cantiere appaiono congrue anche rispetto all'impegno orario complessivo previsto per la direzione lavori” (così la memoria difensiva a pag. 12). Anche la quantificazione delle ore necessarie per la redazione dei progetti sarebbe immune dai vizi dedotti, al pari della nomina della commissione censurata con la terza doglianza.

Anche la controinteressata si è costituita sostenendo l'infondatezza del ricorso, per ragioni analoghe a quelle già rappresentate dalla centrale unica di committenza e a quelle sostenute, da ultimo, anche dal Comune di Quistello.

Così ricostruita la controversia, il ricorso non può trovare positivo apprezzamento.

Ragioni di ordine logico impongono di prendere in esame, in primo luogo, la censura proposta per terza e avente a oggetto la, pretesa, illegittima composizione della Commissione giudicatrice, in quanto, se



La redazione di
TUTTOGARE PA

accolta, determinerebbe la caducazione della gara intera e l'inutilità di ogni pronuncia sugli altri motivi di ricorso.

La centrale di committenza ha, invero, eccepito l'inammissibilità di tale doglianza, sostenendo che la illegittima composizione della commissione giudicatrice sarebbe deducibile “solo nella misura in cui la parte che se ne duole dimostri che ciò abbia pregiudicato in concreto (e non solo in astratto) i suoi interessi”, così come sostenuto nelle sentenze del Consiglio di Stato, sez. V, 6 luglio 2018, n. 4143 e Tar Friuli Venezia Giulia, 7 gennaio 2019, n. 5.

Nella fattispecie in esame, peraltro, si può prescindere dalla declaratoria di inammissibilità della censura, attesa la sua infondatezza nel merito.

In effetti, sebbene l'art. 1 comma 1, lettera c), della legge n. 55 del 2019 abbia (anche in ragione del differimento del termine dovuto all'art. 8, comma 7 della l. n. 120/2020) sospeso fino al 31 dicembre 2020, l'applicazione del comma 3 dell'art. 77, quanto all'obbligo di scegliere i commissari tra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'ANAC di cui all'art. 78, deve ritenersi fermo l'obbligo di individuare i commissari secondo regole di competenza e trasparenza, preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante. Ciò in conformità anche all'art. 216, co. 12 del D.Lgs. 50/2016, il quale precisa che, fino all'adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo, la commissione giudicatrice continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante.

Cionondimeno, la giurisprudenza ha ritenuto che il comma 12 dell'articolo 216 non debba “essere interpretato letteralmente come necessità di un vero e proprio regolamento, rilevando invece, sotto il profilo sostanziale, che la Commissione di gara risulti oggettivamente costituita secondo regole di trasparenza e competenza, anche per il caso di nomina di componenti interni” (così si legge nella



La redazione di
TUTTOGARE PA

recentissima sentenza del Consiglio di Stato, n. 6818/2020). Detti principi di competenza e di trasparenza devono ritenersi rispettati qualora la nomina riguardi soggetti la cui esperienza nella materia sia desumibile dal relativo *curriculum* professionale, ed a condizione che detto *curriculum* sia reso pubblico (TAR Venezia, Sez. I, 7.6.2018, n. 613; TAR Lazio – Latina, Sez. I, 21.10.2019, n. 625). Ciò che è regolarmente accaduto nel caso in esame. Come chiarito dalla centrale di committenza, infatti, la scelta che riguarda l'ing. Pederneschi “è infatti intervenuta all’esito della disamina del suo *curriculum* professionale (doc. n. 9), che ne attesta la natura di esperto in materia di progettazione termotecnica. E detto *curriculum* professionale è stato regolarmente pubblicato sul sito web della C.U.C., in una con la composizione della commissione”. Tali circostanze non sono contestate da parte ricorrente.

Inoltre, la nomina della commissione giudicatrice è stata effettuata dal R.U.P. Arch. Righi (dunque dall’organo della C.U.C. preposto a tale compito dal terzo comma dell’art. 31 del codice degli appalti, il quale riserva a tale figura tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione che non siano espressamente riservate ad altri organi o soggetti, quale, appunto, la nomina della commissione aggiudicatrice), in aderenza al disposto dell’art. 1, comma 1 dello stesso Regolamento invocato da parte ricorrente, approvato dal C.d.A. del Consorzio deducete con delibera n. 6 del 12.2.2018, la quale si limita ad indicare la nomina della commissione come una competenza della CUC, senza specificare l’organo a ciò preposto.

In sintesi deve escludersi la dedotta incompetenza, dal momento che la nomina della commissione di gara è stata effettuata dal R.U.P. quale organo competente della centrale unica di committenza, il cui ruolo è rivestito, nel caso in esame, dal Consorzio Oltrepò Mantovano, giusta deliberazione dei soci dello stesso di data 21 marzo 2017, puntualmente richiamata nell’atto di nomina censurato.

Così respinto il ricorso nella parte in cui tende a caducare gli esiti della gara in ragione della, pretesa, illegittima composizione della commissione tecnica, si può passare all’esame delle ulteriori censure,



La redazione di
TUTTOGARE PA

partendo dall'illegittimità dell'ammissione alla gara della cooperativa controinteressata, sostenuta con la prima doglianza.

A tale proposito si deve preliminarmente dare atto che l'ottenimento della qualifica di ESCO, ai sensi della UNI – CEI 11352, in capo alla società CRESCO SOCIETA' COOPERATIVA SOCIALE ONLUS, rappresenta solo un *quid pluris* che non muta la natura giuridica della concorrente, che ha partecipato alla gara in quanto cooperativa sociale in grado di assicurare la presenza, al suo interno, delle professionalità necessarie all'espletamento del servizio bandito.

La partecipazione alla gara di tale soggetto, ancorché caratterizzato dall'essere una ONLUS, risulta garantita dalla normativa comunitaria, ritenuta ostativa alla preclusione alla partecipazione alle gare di soggetti privi di scopo di lucro, così come chiarito, proprio per l'affidamento di servizi di ingegneria e di architettura, nella sentenza dell'11.06.2020 (C219/19).

Né alcuna delle disposizioni nazionali, di recepimento di tale normativa comunitaria, osta a che la nozione di «operatori economici» sia estesa anche a società cooperative, prive di scopo di lucro, ma che possano garantire l'esecuzione della prestazione, conforme allo scopo sociale della stessa (che nel caso di specie comprende espressamente l'offerta di servizi integrati, a favore di soggetti pubblici e privati, in relazione ad interventi rivolti al miglioramento dell'efficienza energetica, mediante progettazione e coordinamento della realizzazione, in proprio o per conto terzi), grazie alla disponibilità di personale qualificato (in termini, circa la conformità all'art. 46 del d. lgs. 50/2016 dell'ammissione alle gare di soggetti come la cooperativa controinteressata, anche TAR Bologna, sentenza n. 117/2020).

Quanto alla correttezza dell'offerta, non può trovare positivo apprezzamento la tesi di parte ricorrente secondo cui la controinteressata avrebbe modificato la propria offerta o comunque avrebbe formulato un'offerta anomala, non avendo previsto il costo della costante presenza dell'ispettore di cantiere per tutta la durata dell'appalto, quantificata in 82 giorni lavorativi.



La redazione di
TUTTOGARE PA

Appare ragionevole ritenere che, laddove la Cresco ha dichiarato di garantire la “costante presenza” dell’ispettore di cantiere, non intendesse garantirne la presenza quotidiana e per tutte le ore del giorno, ma assicurare una prestazione minima idonea alla regolare esecuzione dell’opera secondo gli standard ordinari e tenuto conto delle specifiche caratteristiche dell’intervento. Ne consegue la adeguatezza della somma prevista in offerta.

Nessuna irrazionalità e irragionevolezza sono rilevabili nemmeno in relazione all’indicazione dei giorni naturali e consecutivi necessari in numero di 32 per la redazione del progetto definitivo e di 31 per la redazione del progetto esecutivo, a fronte della quotazione economica di sole 248 ore necessarie per la redazione del definitivo e di 214 per l’esecutivo. Come sostenuto anche dalla difesa dell’Amministrazione comunale, non vi è norma, né principio i quali impongano al concorrente un’organizzazione del lavoro che preveda l’impegno dell’intera giornata in relazione all’attività professionale oggetto di gara, con esclusione di qualsiasi altra attività da svolgersi in parallelo. I tempi di consegna dei progetti commissionati, quindi, sono autonomamente fissati tenendo conto non solo delle ore necessarie alla loro redazione, ma anche della necessità di coordinare tale attività con altri impegni professionali dei tecnici incaricati.

Parimenti non è stato dimostrato che lo svolgimento dell’attività di cantiere determinerebbe almeno dieci viaggi del direttore lavori che non avrebbero formato oggetto di quotazione, mentre, per quanto riguarda le spese di pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale, che dovranno essere rimborsate, esse non erano prevedibili da parte di nessuno dei concorrenti al momento della partecipazione alla gara, ma possono trovare copertura, in relazione all’offerta risultata aggiudicataria, alla voce “spese generali”.

Il ricorso deve, quindi, essere respinto, sia con riferimento alla domanda caducatoria che a quella risarcitoria che, in ragione del rigetto della prima, risulta essere priva di presupposti, non essendo stata dimostrata alcuna condotta lesiva della stazione appaltante.



La redazione di
TUTTOGARE PA

Le spese non possono che seguire l'ordinaria regola della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio, che liquida, a favore di ciascuna delle amministrazioni costituite e della controinteressata, nella somma di euro 2.000,00 (duemila/00) ciascuna, per un totale di euro 6.000,00 (seimila/00), oltre ad accessori, se dovuti.

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

Così deciso in videoconferenza ai sensi del combinato disposto dell'art. 25 del D.L. n. 137/2020 e del primo comma dell'art. 4 del D.L. n. 28/2020, nella camera di consiglio del giorno 12 novembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Bernardo Massari, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere

Mara Bertagnoli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Mara Bertagnoli

IL PRESIDENTE
Bernardo Massari

IL SEGRETARIO