



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7252 del 2020, proposto dall'impresa Spare Nav. I. Services S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianfranco Garancini e Giacomo Garancini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Biopower Sardegna S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Federica Scafarelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via G. Borsi, n. 4; Alperia S.p.A., Alperia Ecoplus S.r.l., non costituite in giudizio nel presente grado;

nei confronti

So.Co.Mar. - Costruzioni Riparazioni Meccaniche e Navali S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Reggio d'Acì e Gianni Zgagliardich, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via degli Scipioni, n. 268/A;

per la riforma

della sentenza del T.R.G.A. - SEZIONE AUTONOMA DI BOLZANO, n. 184/2020, resa tra le parti e concernente: procedura aperta relativa all'affidamento del servizio di manutenzione programmata di due motogeneratori Wärtsilä 18V46 alimentati a olio di palma, situati nella centrale elettrica di proprietà della Biopower Sardegna S.r.l. a Ottana (NU) – a sua volta compresa nell'elenco degli impianti essenziali per la sicurezza del sistema elettrico ai sensi dell'articolo 63, comma 63.1, dell'Allegato A alla delibera ARERA n. 111/06 –, indetta con bando pubblicato il 25 ottobre 2019;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti appellate;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 120, commi 11, 9 e 10, e 74 cod. proc. amm.;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 21 gennaio 2021, il consigliere Bernhard Lageder e uditi, per le parti, gli avvocati Garancini Gianfranco, Scafarelli Federica, Reggio d'Acì Andrea e Zgagliardich Gianni, in collegamento da remoto ai sensi degli artt. 4, comma 1, d.-l. n. 28/2020 e 25, comma 2, d.-l. n. 137/2020;

1. PREMESSO che:

- il TRGA - Sezione autonoma di Bolzano con la sentenza in epigrafe ha respinto il ricorso n. 24 del 2020, proposto dall'impresa Spare Nav. I. Services S.r.l. avverso gli atti della procedura aperta relativa all'affidamento del servizio di manutenzione programmata di due motogeneratori Wärtsilä 18V46 (alimentati a biomassa) dell'impianto di produzione elettrica di proprietà della Biopower Sardegna S.r.l. a Ottana, indetta con bando pubblicato il 25 ottobre 2019, per il periodo aprile 2020 - febbraio 2024 e secondo il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa

al prezzo base di euro 14.692.228,17, sfociata nell'aggiudicazione in favore dell'impresa So.Co.Mar. S.r.l., prima classificata con punti 92.69 davanti alla ricorrente, seconda classificata (su due sole concorrenti) con punti 70, ritenendo infondati i tre motivi su cui era incentrato il ricorso;

- il TRGA, a fronte della reiezione del ricorso principale, dichiarava improcedibile il ricorso incidentale condizionato proposto dalla controinteressata So.Co.Mar. (rubricato *sub* r.g. n. 60 del 2020), vagliandone in via deliberativa la fondatezza ai soli fini della regolazione delle spese in applicazione del criterio della soccombenza virtuale e condannando la ricorrente principale a rifondere alle controparti le spese di causa;

- avverso tale sentenza interponeva appello l'originaria ricorrente Spare. Nav. I., sostanzialmente riproponendo i motivi di primo grado, seppure adattati all'impianto motivazionale dell'impugnata sentenza, nonché censurando la statuizione sulle spese;

- si costituivano in giudizio sia la stazione appaltante Biopower sia l'originaria controinteressata So.Co.Mar., contestando l'avversario appello e chiedendone la reiezione, in rito e nel merito;

- all'odierna udienza pubblica la causa è stata trattenuta in decisione (anche sulla domanda cautelare – abbinata al merito all'esito della camera di consiglio del 19 novembre 2020 e rinnovata con istanza depositata il 21 dicembre 2020 –, la quale è stata respinta con separata ordinanza n. 206/2021);

2. RITENUTA la parziale inammissibilità e, per il resto e comunque, l'infondatezza del primo motivo d'appello, con il quale l'appellante censura l'erronea reiezione del primo motivo di primo grado – con cui era stata dedotta la violazione dell'art. 80, commi 5, lettere b), c) ed *f-bis*), e 6, d.lgs. 50/2016 (nel testo risultante dalla novella apportata dal d.-l. n. 32/2019 convertito nella legge n. 55/2019, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie *sub iudice*), sotto il profilo che

So.Co.Mar. avrebbe omesso di dichiarare che il presidente del consiglio di amministrazione, consigliere delegato e legale rappresentante Teodori Massimo era stato anche presidente del consiglio di amministrazione e legale rappresentante della società S.a.r.d.i.l. s.r.l., nonché amministratore unico e legale rappresentante della società Co.me.t. - Costruzioni Meccaniche Turritane s.r.l., entrambe dichiarate fallite dal Tribunale di Sassari con provvedimenti del 28 febbraio 2019 e, rispettivamente, del 22 marzo 2019 –, in quanto:

- soltanto nel ricorso in appello si lamenta, per la prima volta, anche la violazione della previsione normativa di cui alla lettera c-*bis*) del comma 5 del citato art. 80, non dedotta nel ricorso di primo grado – nel quale invece erano state invocate le sole ipotesi di cui alle lettere b), c) ed f-*bis*) del comma 5 dell'art. 80 (sulla diversità ed autonomia delle varie ipotesi disciplinate nelle distinte lettere del comma 5, v. Ad. Plen. n. 16/2020) –, con la conseguente fondatezza dell'eccezione di inammissibilità di tale ulteriore profilo di censura per violazione del divieto dello *ius novorum* in appello, espressamente sollevata dall'appellata So.Co.Mar. nelle proprie memorie difensive;
- come correttamente rilevato dal TRGA, deve escludersi l'integrazione delle fattispecie disciplinate dall'art. 80, comma 5, lettere b), c) ed f-*bis*), d.lgs. n. 50/2016;
- infatti, in primo luogo non si verte in un caso di sottoposizione dell'operatore economico partecipante alla gara a procedura fallimentare, non risultando essere stati sottoposti a procedura fallimentare né la società aggiudicataria So.Co.Mar. né il suo amministratore e rappresentante legale;
- irrilevante è la circostanza che quest'ultimo fosse stato amministratore, legale rappresentante o socio di società di capitale terzo, non collegate in alcun modo con la società partecipante all'appellato (difetta al riguardo qualsiasi allegazione e prova), le quali erano state dichiarate fallite senza estensione del fallimento ai soci e

senza sottoposizione degli amministratori o soci a eventuali procedimenti penali o di altra natura sanzionatoria connessi alla procedura fallimentare per condotte in ipotesi integranti illeciti professionali rilevanti in sede di partecipazione ad una procedura di evidenza pubblica, per gli eventuali effetti di cui alla lettera c) del citato comma 5;

- da quanto sopra deriva l'inconfigurabilità, in relazione alla circostanza del fallimento delle società terze, della causa escludente costituita dall'asserita presentazione di documentazione o dichiarazioni non veritiere (nel senso chiarito dalla citata pronuncia n. 16/2020 dell'Ad. Plen.), con la conseguente mancata integrazione della fattispecie di cui alla lettera f-bis) del citato comma 5;

- a ciò si aggiunga che, in applicazione dei principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità, nonché del principio del rispetto dei diritti della difesa, le cause facoltative di esclusione, quali quelle delineate nelle lettere c) e c-bis) del comma 5 dell'art. 80 – il quale *in parte qua* recepisce le previsioni di cui all'art. 57, comma 4, della direttiva 2014/24/UE –, possono venire in rilievo soltanto alla condizione che gli operatori economici siano stati apertamente informati in via preventiva, in maniera chiara, precisa e univoca, dell'esistenza di siffatte cause escludenti e dei correlativi obblighi dichiarativi, vuoi che tale informazione risulti direttamente dai documenti di gara, vuoi che essa risulti da un rinvio, in tali documenti, alla normativa legislativa pertinente (v. sul punto *ex plurimis*, da ultimo, Corte Giust. UE sent. 14 gennaio 2021, causa C-387/19), mentre, nel caso di specie, la *lex specialis* non contiene previsione alcuna in ordine alla presunta causa di esclusione invocata dall'originaria ricorrente;

- né nel caso di specie – alla luce delle ipotesi indicate a titolo esemplificativo nelle linee-guida n. 6/2016 e ss.mm.ii. emanate in materia dall'ANAC ai sensi del comma 13 del citato art. 80 con riguardo alle previsioni di cui alle citate lettere c) e c-bis), interpretate dalla consolidato orientamento di questo Consiglio di Stato quali

norme di chiusura in grado di comprendere tutti i fatti anche non predeterminabili *ex ante*, ma in concreto comunque incidenti in modo negativo sull'integrità e affidabilità dell'operatore economico (v. Ad. Plen. n. 16/2020, § 13.) – è ravvisabile una situazione che in modo manifesto ed evidente sia idonea ad incidere sulla moralità ed affidabilità dell'operatore economico, della quale quest'ultimo avrebbe dovuto ritenersi consapevole e rispetto alla quale non fosse configurabile un'esclusione 'a sorpresa' a carico dello stesso, attesa la non significatività, in tale contesto valutativo, della semplice circostanza di rivestire la qualifica di amministratore, legale rappresentante e/o socio di una società di capitali dichiarata fallita, terza ed estranea alla procedura di evidenza pubblica, in assenza dell'estensione del fallimento ai soci e dell'avvio di procedimenti penali o *lato sensu* sanzionatori o di azioni di responsabilità nei confronti dell'amministratore per condotte *in eventu* qualificabili come illeciti professionali incidenti in modo univoco in senso pregiudizievole sull'affidabilità dell'operatore partecipante alla gara;

- per le esposte ragioni, di rito e di merito, in reiezione del mezzo all'esame deve essere confermata la statuizione reiettiva del primo motivo di primo grado;

3. RITENUTA altresì l'infondatezza del secondo motivo d'appello, con il quale l'appellante censura l'erronea reiezione del secondo motivo di primo grado – per cui la stazione appaltante avrebbe violato l'art. 95 d.lgs. n. 50/2016 e la *lex specialis*, sotto il profilo che avrebbe applicato l'ivi prevista riparametrazione dei punteggi alla sola componente tecnica dell'offerta e non anche a quella economica, con ciò trasformando in modo surrettizio il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nel criterio del minor prezzo, e sotto altra angolazione sarebbe incorsa in un'erronea applicazione dello strumento della riparametrazione nella valutazione delle offerte tecniche, appiattendolo il confronto concorrenziale tra i partecipanti –, in quanto:

- nella *lex specialis* di gara era prevista l'attribuzione del punteggio relativo al prezzo a mezzo di una formula lineare interdipendente ovvero un'interpolazione lineare attributiva di tutto il *range* dei punti previsti in modo proporzionale in base allo scarto tra l'offerta più conveniente e quella meno conveniente;
- come correttamente rilevato nell'impugnata sentenza, una simile formula, pur potendo condurre a differenze significative anche a fronte di scarti in valore assoluto limitati – il che, peraltro, è da escludere nel caso di specie, a fronte di una differenza tra le due offerte economiche di ben 1,3 milioni di euro –, incentiva la concorrenza nell'interesse della stazione appaltante, inducendo i concorrenti a formulare offerte al ribasso ed è dunque improntata a un criterio non manifestamente illogico o irragionevole;
- in particolare, non può ritenersi sovvertita la *ratio* che informa il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, pur sempre rispettata dalla previsione di un punteggio massimo di 70 per l'offerta tecnica (di cui 60 per «*Valore tecnico*» e punti 10 per «*Organizzazione*») e di 30 per l'offerta economica (v. il punto 6 del disciplinare di gara che richiama il documento «*Criteri di valutazione*»);
- pertanto, l'attribuzione del punteggio pieno di 30 punti per l'offerta economica migliore e di 0 punti per quella succedanea, risultante dall'applicazione della formula del prezzo contenuta nel documento da ultimo citato in caso di partecipazione di due soli concorrenti, deve ritenersi conforme all'art. 95 d.lgs. n. 50/2016;
- occorre, al riguardo, precisare che tale formula – come puntualmente rilevato nell'impugnata sentenza – esclude *ab imis* la necessità di una successiva riparametrazione per l'assegnazione del massimo punteggio prevista per la migliore offerta economica, e che nel caso di specie, alla luce del notevole scarto sostanziale tra le due offerte economiche (v. sopra), la partecipazione di soli due concorrenti

non ha affatto snaturato o sovvertito il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa quale delineato dal citato art. 95;

- le considerazioni che precedono assorbono la questione dell'inammissibilità dell'impugnazione delle previsioni della *lex specialis* in punto di criteri di valutazione dell'offerta economica, attesa la sopra rilevata legittimità di dette previsioni, a prescindere dal rilievo che difetta qualsiasi prova che, in caso di partecipazione di più di due concorrenti, il risultato sarebbe stato sostanzialmente diverso: infatti, anche in tal caso, al fine di evitare l'attribuzione del punteggio '0' per l'offerta economica, sarebbe stato necessario che l'odierna appellante non avesse offerto il prezzo più alto, circostanza di cui difetta qualsiasi allegazione e prova neppure in termini probabilistici;

- quanto all'attribuzione dei punteggi per le offerte tecniche, deve condividersi la statuizione del TRGA, per cui la commissione aggiudicatrice si era attenuta ai criteri fissati dalla *lex specialis* – secondo la quale la riparametrazione sarebbe stata effettuata nel caso in cui nessun concorrente avesse ottenuto sui criteri di valutazione tecnica un punteggio pari al peso complessivo assegnato ai diversi criteri, e sarebbe stata effettuata per ciascun criterio e sub-criterio –, poiché la commissione aveva assegnato, in relazione ai singoli sub-criteri, almeno ad una delle due concorrenti il punteggio massimo previsto, sicché per un verso non restava spazio alcuno per effettuare una riparametrazione sui punteggi dei sub-criteri e, per altro verso, deve ritenersi legittima la riparametrazione sul punteggio finale complessivo assegnato per l'offerta tecnica tramite l'assegnazione, al concorrente con il punteggio complessivo più alto, del punteggio massimo previsto per tale offerta;

4. RITENUTO che non sia condivisibile neppure il terzo motivo d'appello, con il quale si deduce l'erronea reiezione (rispettivamente l'omessa pronuncia) dei profili di censura fatti valere con il terzo motivo di primo grado – con cui era stata

dedotta la violazione dell'obbligo dell'aggiudicataria di documentare le autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti soggettivi e oggettivi per la partecipazione e per la stipula del contratto, ed era stato censurato l'operato della stazione appaltante successivo alla formazione della graduatoria e relativo alla verifica del possesso dei requisiti richiesti e della congruità economica dell'offerta dell'aggiudicataria –, in quanto:

- per un verso, nella sentenza è stato correttamente evidenziato come la stazione appaltante non abbia ancora compiutamente esercitato i poteri in relazione al punto controverso – anche in conseguenza dell'accoglimento della domanda cautelare in prima istanza con l'ordinanza n. 25/2020 del TRGA –, con la conseguente preclusione *ex art. 34*, comma 2, cod. proc. amm. all'adozione di una correlativa statuizione giudiziale, rimanendo con ciò assorbite le censure di omessa pronuncia formulate in relazione all'asserita insufficienza della documentazione di gara di So.Co.Mar. ai fini della comprova dei requisiti di partecipazione;
- per altro verso, in reiezione della censura relativa alla mancata verifica dell'anomalia dell'offerta presentata dall'aggiudicataria, va osservato che ai sensi dell'art. 97, commi 3 e 6, ultimo periodo, d.lgs. n. 50/2016 si verte in fattispecie di verifica facoltativa rimessa all'ampia discrezionalità della stazione appaltante, sindacabile *sub specie* di macroscopica irragionevolezza o di errore di fatto nella specie di escludere, a prescindere dal rilievo che la circostanza che l'odierna appellante, in sede di procedura negoziata d'urgenza sfociata nella determinazione a contrarre del 10 aprile 2020 (impugnata con separato ricorso) per le prestazioni da eseguire nel periodo primaverile 2020, aveva offerto prezzi più bassi rispetto ai quelli offerti da So.Co.Mar. nella procedura *de qua*, ad ulteriore dimostrazione dell'insussistenza di giustificate ragioni per procedere alla verifica della congruità dell'offerta;

5. RITENUTA, infine, l'infondatezza anche dell'ultimo motivo – con cui si censura la statuizione sulle spese –, in quanto il TRGA ha fatto corretta applicazione del criterio regolatore della soccombenza, avendo la reiezione del ricorso principale di primo grado comunque determinato la soccombenza totale dell'originaria ricorrente, sicché, in applicazione del cd. 'primato della ragione più liquida', si ravvisa superfluo affrontare i profili di censura articolati avverso la delibazione della fondatezza del ricorso incidentale di primo grado ai fini della soccombenza virtuale (ricorso incidentale, peraltro proposto in via meramente condizionata, subordinatamente all'accoglimento del ricorso principale, con conseguente corretta declaratoria di improcedibilità);

6. RITENUTO, conclusivamente, che per le considerazioni tutte sopra esposte s'impone la reiezione dell'appello, con assorbimento di ogni altra questione, ormai irrilevante ai fini decisorii;

7. RITENUTO – sia alla luce delle controverse vicende cautelari postesi nel presente grado, sia in considerazione dei sopravvenuti (rispetto alla pronuncia della sentenza di primo grado, pubblicata in data 20 luglio 2020) arresti giurisprudenziali della Corte Giust. UE del 14 gennaio 2021 nella causa C-387/2019 e dell'Ad. Plen. n. 16 del 28 agosto 2020, con i quali è rimasto ulteriormente chiarito il regime delle cause facoltative di esclusione su cui verteva il primo, centrale motivo d'appello – che sussistano giustificati motivi per dichiarare le spese del presente grado di giudizio, comprese le spese della fase cautelare, interamente compensate tra tutte le parti;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto (ricorso n. 7252 del 2020), lo respinge e, per l'effetto, conferma l'impugnata sentenza, ai sensi di cui in

motivazione; dichiara le spese del presente grado di giudizio (comprese le spese della fase cautelare) interamente compensate tra tutte le parti.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2021, con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere, Estensore

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

L'ESTENSORE
Bernhard Lageder

IL PRESIDENTE
Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO