

Pubblicato il 21/04/2022

N. 03052/2022REG.PROV.COLL.  
N. 02537/2022 REG.RIC.



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

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

sul ricorso numero di registro generale 2537 del 2022, proposto da Ottima s.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo R.T.I. con Gi One s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimiliano Brugnoletti e Martina Alò, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Massimiliano Brugnoletti in Roma, via Antonio Bertoloni, 26/B;

***contro***

Comune di **Legnano**, Comune di Nerviano, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Francesca Aliverti, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

***nei confronti***

Enel Sole s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Cardi, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

Tecni-Lux s.r.l. in proprio e nella qualità di mandante del R.T.I. con Enel Sole s.r.l., Comune di Rescaldina, Comune di Cerro Maggiore, non costituiti in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Sez. I) n. 521/2022, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di **Legnano** e del Comune di Nerviano, nonchè di Enel Sole s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 aprile 2022 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Tomaselli per delega di Brugnoletti, Poli per delega di Aliverti, e Abrate in dichiarata delega di Cardi;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Considerato che :

- il R.T.I. con mandataria la Ottima s.r.l. ha interposto appello nei confronti della sentenza 4 marzo 2022, n. 521 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Sez. I, che ha respinto il suo ricorso avverso la determinazione dirigenziale in data 5 luglio 2021 con cui la Centrale unica di committenza-CUC tra i Comuni di **Legnano**, Nerviano, Rescaldina e Cerro Maggiore ha aggiudicato al R.T.I. Enel Sole s.r.l. la “*concessione del servizio di pubblica illuminazione e riqualifica degli impianti*” del Comune di Nerviano, “*con la predisposizione degli stessi ai servizi di smart cities mediante il ricorso al finanziamento tramite terzi*” ai sensi dell’art. 180 del d.lgs. n. 50 del 2016;

- il contestato affidamento è stato disposto all’esito di procedura aperta con valore complessivo di euro 6.006.814,39, mediante il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, che riservava 85 punti all’offerta tecnica

e 15 punti al prezzo; in particolare la valutazione dei progetti avveniva mediante applicazione di cinque macrocriteri specificati nell'art. 15 del disciplinare di gara; in questa sede viene in rilievo il sub-criterio n. 2.3, relativo all'offerta tecnica (busta "B"), e concernente in particolare la *"proposta gestionale e manutentiva degli impianti"*;

- più nello specifico, il sub-criterio n. 2.3 richiedeva che fosse descritta da ciascun concorrente, in modo dettagliato e referenziando gli aspetti qualificanti, *«la struttura organizzativa proposta, completa di prospetto recante il numero di persone dedicate specificamente alle prestazioni oggetto della presente concessione, la loro qualifica professionale e la relativa dotazione di mezzi operativi»*;

- con il ricorso di primo grado il raggruppamento Ottima, che ha conseguito, per la valutazione del progetto, all'esito della riparametrazione, punti 71,67, e conclusivamente è risultata seconda graduata (con un punteggio totale di 86,67), ha contestato l'attribuzione di punti 85 a questo stesso titolo al R.T.I. Enel Sole (che è poi risultato aggiudicatario con complessivi punti 97,31), chiedendone l'esclusione dalla gara, tra l'altro, per avere violato la predetta prescrizione del disciplinare, nella misura in cui non ha indicato nella propria offerta tecnica il numero di persone componenti la struttura organizzativa del servizio, né le relative qualifiche professionali, essendosi limitata ad indicare i c.d. FTE (*full time equivalent*) in luogo del numero delle persone, e l'inquadramento contrattuale dei vari profili previsti (in luogo delle qualifiche);

Considerato, ancora, che :

- la sentenza di prime cure, nel respingere il ricorso, ha ritenuto necessaria un'interpretazione coordinata degli artt. 15 e 16 del disciplinare, che consente di evincere come *«[...] l'esclusione, cui fa riferimento l'art. 15, è correlata alla mancata produzione di determinati documenti, ovvero alla carenza nell'offerta di elementi essenziali e non di quanto richiesto in termini di semplice "indicazione"»*; l'art. 16 *«[...] prevede la valutazione*

*della struttura organizzativa, ma non impone un numero minimo di dipendenti da utilizzare o una determinata composizione della squadra di lavoro, rimettendo a ciascuno operatore l'individuazione della struttura ritenuta più idonea; il fatto che nel precisare la documentazione da produrre a pena di esclusione, l'art. 15 indichi le modalità di formulazione dell'offerta tecnica rispetto ai diversi criteri non vale a trasformare tali modalità in elementi essenziali dell'offerta, la cui carenza ne determini di per sé la non corrispondenza ai contenuti minimi prescritti dalla lex specialis e ne giustifichi l'esclusione», per poi concludere nel senso che «proprio la lex specialis (art. 16) prevede che se una voce è mancante o fortemente incompleta, confusa, generica, la Commissione attribuirà il coefficiente 0 e ciò significa che le eventuali lacune nella descrizione del progetto non determinano automaticamente l'esclusione, ma incidono sul punteggio conseguibile, salvo che si tratti di profili essenziali indicati dalla disciplina di gara, ma così non è per la richiesta produzione di un "prospetto recante il numero di persone dedicate specificatamente alle prestazioni", perché tale previsione non si correla alla predeterminazione, da parte della lex specialis, di una particolare definizione del personale da adibire al servizio»;*

*- la sentenza di prime cure ha ulteriormente affermato che «[...] l'indicazione da parte dell'aggiudicatario del FTE in luogo del numero di persone dedicate, non si sostanzia nella carenza di un profilo essenziale dell'offerta, tale da giustificare l'espulsione, ma nell'esposizione di un aspetto relativo alla proposta gestionale in modo diverso da quanto indicato dalla lex specialis»; allo stesso modo il profilo relativo all'indicazione delle qualifiche professionali «[...] attiene alle modalità di esposizione dell'offerta tecnica, ma non sottende un contenuto minimo indefettibile dell'offerta stessa, cui corrisponda una specifica previsione della lex specialis sulle qualifiche indispensabili», ritenendo dunque che*

tali modalità espositive da parte di Enel Sole non si traducono nel difetto di un elemento essenziale, che ne avrebbe comportato l'esclusione;

- l'appello del raggruppamento Ottima, con un unico articolato motivo, deduce l'erronea interpretazione del disciplinare di gara da parte della sentenza, che non avrebbe inteso come l'offerta del R.T.I. Enel Sole, seppure non mancante dei requisiti minimi prescritti dalla *lex specialis* (rilevanti in termini di condizioni di esecuzione o di specifiche tecniche), è comunque irregolare, in quanto formulata contenutisticamente in modo difforme rispetto a quanto richiesto dal disciplinare; la non conformità comporta che l'offerta debba essere esclusa in quanto non suscettibile di utile valutazione; in particolare, il disciplinare, come esposto, richiedeva l'indicazione in offerta di elementi puntuali (il numero delle persone da dedicare alla commessa e la loro qualifica) che non sono presenti nell'offerta del R.T.I. Enel Sole, pur costituendone elementi essenziali inferibili dall'art. 15 del disciplinare, che non è stato fatto oggetto di contestazione; l'appello evidenzia che il dato fornito dal raggruppamento risultato aggiudicatario (*full time equivalent*) è diverso dal "numero di persone" richiesto dagli atti di gara, in quanto è un'unità di misura (del monte ore complessivo per svolgere una determinata attività) e non già un dato assoluto; allo stesso modo, l'offerta tecnica del raggruppamento controinteressato non contiene alcuna indicazione delle specifiche qualifiche possedute dalle figure professionali previste nel servizio, indeterminatezza che è la naturale conseguenza dell'omessa indicazione del numero delle risorse impiegate;

Considerato, altresì, che :

si sono costituiti in resistenza il Comune di Nerviano e il Comune di **Legnano** (quale ente capofila della C.U.C.), nonché la Enel Sole s.r.l. chiedendo la reiezione dell'appello, nell'assunto che la sanzione dell'esclusione sia prevista dall'art. 25 del disciplinare in relazione alla documentazione e compilazione e non già al contenuto dell'offerta,

quand'anche idoneo ad evidenziare un'inesatta indicazione della struttura organizzativa dell'operatore (peraltro non tale da tradursi in carenza degli elementi essenziali);

Ritenuto che :

- l'appello è fondato, come, da ultimo, questa Sezione, con sentenza 3 marzo 2022, n. 1536, ha avuto modo di rilevare su di un'analogha controversia che ha coinvolto le stesse parti in relazione ad una procedura di gara indetta dal Comune di Biassono, nella quale le funzioni di C.U.C. sono state svolte dalla Provincia di Monza e della Brianza;

- in particolare, il disciplinare di gara, con riguardo all'offerta tecnica, al criterio *sub 2*, prevede che *«il concorrente dovrà descrivere il programma degli interventi, l'organizzazione del servizio, i mezzi d'opera e le modalità relative alla conduzione e manutenzione degli impianti. Il progetto gestionale dovrà comunque descrivere tutti gli elementi proposti per lo svolgimento del servizio. Ciascun concorrente dovrà illustrare esaurientemente i seguenti aspetti, dettagliando e referenziando gli aspetti qualificanti ai fini della presente procedura : [...] 2.3. la struttura organizzativa proposta, completa di prospetto recante il numero di persone dedicate specificamente alle prestazioni oggetto della presente concessione, la loro qualifica professionale e la relativa dotazione di mezzi operativi»*;

- l'offerta tecnica del R.T.I. Enel Sole non ha indicato il numero dei lavoratori che l'operatore si impegnava ad applicare per l'esecuzione delle prestazioni oggetto della concessione, e, per conseguenza, neppure le specifiche qualifiche professionali, circostanza, questa, preclusiva di un'effettiva valutazione completa della struttura organizzativa offerta e dei relativi costi;

- invero il dato fornito dal raggruppamento Enel Sole, e cioè il c.d. FTE (*full time equivalent* – equivalente a tempo pieno), è diverso dal numero di persone dedicate, in quanto rappresenta un'unità di misura corrispondente

al carico di lavoro di un dipendente a tempo pieno, e dunque nel suo complesso indica un valore pari al numero complessivo dei lavoratori a tempo pieno di un'azienda, a prescindere dal numero reale dei dipendenti e dalle variazioni delle ore lavorative in un dato periodo;

- detto in altri termini, l'unità di misura FTE si basa sul numero totale di ore lavorate e quindi non è necessariamente coincidente con il numero effettivo di persone che lavorano in un'azienda; comunque non equivale all'indicazione del numero specifico di persone assegnate a svolgere le prestazioni oggetto di concessione;

- tale difformità dell'offerta tecnica (rispetto alle prescrizioni della *lex specialis*) del raggruppamento Enel Sole doveva comportarne l'esclusione dalla gara, atteso che lo stesso disciplinare, al paragrafo relativo alla "Busta B-Offerta Tecnica" (pag. 24), ha previsto che *«la busta telematica [...] dovrà essere così formata a pena di esclusione»*, specificando, ancora, a pag. 25, che *«[...] l'offerta tecnica dovrà essere espressa e formulata secondo le indicazioni di seguito contenute, senza omettere alcuno degli elementi essenziali che saranno oggetto di valutazione»*, tra questi espressamente prevedendo, al criterio *sub 2*, relativo alla "*proposta gestionale e manutentiva degli impianti*", il ricordato sub-criterio 2.3 (relativo alla struttura organizzativa proposta);

Ritenuto conclusivamente che :

- l'appello va accolto, e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va accolto il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento del provvedimento di aggiudicazione gravato;

- non v'è luogo a provvedere sulla domanda di risarcimento del danno per equivalente, avendo anche l'amministrazione precisato, nella propria memoria difensiva, che il contratto non è stato sottoscritto, in attesa dell'esito del giudizio;

- da ultimo, la complessità ermeneutica dei profili controversi integra le ragioni previste dalla legge per compensare tra tutte le parti le spese del

doppio grado di giudizio;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento dell'impugnato provvedimento di aggiudicazione.

Compensa tra tutte le parti le spese del doppio grado di giudizio.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Stefano Fantini**

**IL PRESIDENTE**  
**Luciano Barra Caracciolo**

**IL SEGRETARIO**