



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 Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1368 del 2010, proposto dalla società X
S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv.
Francesco Massimo Pozzi, con domicilio eletto presso lo stesso in Firenze,
Lungarno A. Vespucci n. 20;

contro

Comune Y, in persona del Sindaco p.t., costituitosi in giudizio,
rappresentato e difeso dagli avv. Lorenzo Magrini e Alberto Bianchi, con domicilio
eletto presso l'avv. Giuseppe Gabbrielli in Firenze, via Cavour n. 32;

nei confronti di

Società Z, in persona del legale rappresentante p.t.,
costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv. Elena Paolini, con domicilio
eletto presso l'avv. Bernardo Parrini in Firenze, Borgo Pinti n. 80;

per l'annullamento

- dell'aggiudicazione definitiva avvenuta con Determinazione dirigenziale n. 463
del 5 luglio 2010 e comunicata con nota prot. n. 11729 del 7 luglio 2010 del

Comune di *Y*, inviata via fax alla ricorrente in pari data, con la quale lo stesso Comune ha aggiudicato alla *Società Z* l'appalto concorso per la progettazione e realizzazione di un impianto di produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile mediante l'utilizzo di moduli solari fotovoltaici da installare sulla copertura della Scuola Media E. Fermi in Casalguidi;

- del verbale di gara, relativo alla seduta pubblica del 24 maggio 2010, di valutazione delle offerte e di aggiudicazione provvisoria;
- del silenzio serbato dall'Amministrazione sull'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale;
- di ogni altro atto di gara presupposto, connesso e consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune *Y* e di *Società Z*;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2011 il dott. Carlo Testori e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società *X* s.r.l. ha partecipato alla procedura aperta indetta dal Comune *Y* per l'affidamento della "Progettazione e realizzazione di impianto di produzione energia elettrica da fonte rinnovabile mediante utilizzo di moduli solari fotovoltaici da installare sulla copertura della Scuola Media E. Fermi di Casalguidi"; il criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Nella graduatoria finale della gara è risultata prima classificata *la società Z* con punti 78,20 (40,68 per l'offerta tecnica + 37,52 per l'offerta economica), che ha

preceduto ~~X~~ s.r.l. (punti 68,29: 42,14 + 26,15). Con determinazione dirigenziale n. 463 del 5/7/2010 la stazione appaltante ha approvato le risultanze delle operazioni di gara e l'appalto in questione è stato definitivamente aggiudicato *alle società Z*

Contro tale esito ~~X~~ i s.r.l. ha proposto il ricorso in epigrafe, formulando censure di violazione della disciplina di gara e di eccesso di potere sotto diversi profili.

Si è costituito in giudizio il Comune *Y* e che ha chiesto il rigetto del ricorso perché infondato.

In data 31/8/2010 la società ricorrente ha depositato un atto di motivi aggiunti previamente notificato.

Nella camera di consiglio dell'1 settembre 2010 questo Tribunale, con ordinanza n. 757, ha accolto la domanda incidentale di sospensione del provvedimento impugnato; con ordinanza n. 5618 del 13 dicembre 2010 la Sezione Quinta del Consiglio di Stato ha respinto l'appello contro la decisione di primo grado.

Si è successivamente costituita in giudizio per resistere al gravame anche *la società Z*.

Le parti hanno depositato ulteriori scritti difensivi in vista dell'udienza del 12 gennaio 2011, in cui la causa è passata in decisione.

DIRITTO

- 1) Le censure formulate dalla ricorrente possono essere così sintetizzate:
 - a) l'offerta dell'aggiudicataria doveva essere esclusa perché riferita ad un impianto di potenza inferiore a quella prevista dal bando di gara (pari a 100 KWp);
 - b) in relazione a quanto sopra l'offerta tecnica della controinteressata non poteva comunque essere valutata più favorevolmente di quella della ricorrente, mentre invece ha irragionevolmente ottenuto punti 15 contro 3; tale valutazione risulta del tutto immotivata e in contrasto con le valutazioni formulate dal consulente esterno del quale la Commissione di gara aveva deciso di avvalersi;

c) l'operato della predetta Commissione risulta contraddittorio, perplesso e illogico perché non ha tenuto adeguatamente conto dell'apporto del consulente esterno, del quale non risultano neppure verbalizzate le risposte fornite ai chiarimenti richiesti;

d) - motivo aggiunto - l'aggiudicataria andava esclusa dalla gara anche perché il suo progetto prevede per il solaio un sovraccarico eccedente quello massimo ammissibile.

2) La prima censura è fondata nei limiti che seguono.

Il capitolato prestazionale faceva riferimento a *"un impianto fotovoltaico con potenza nominale di picco di 100 KWp, che assumiamo quindi come taglia ottimale per l'impianto in questione"*. Taglia *"ottimale"* non significa taglia minima o comunque necessaria; nella disciplina di gara non si rinviene nessun elemento testuale che consenta di attribuire a tale parametro il significato e la valenza vincolante ed escludente (di progetti riferiti ad impianti di potenza inferiore) che pretende di ravvisare la ricorrente; in senso contrario è anzi il bando di gara, che al punto II.I.9) ammette la possibilità di varianti. E' peraltro evidente che una potenza inferiore a quella ottimale va considerata come elemento penalizzante, ai fini della valutazione e dell'attribuzione del punteggio, per l'impianto così progettato, tenuto tra l'altro conto che una minore potenza dell'impianto consente di formulare l'offerta economica in termini più convenienti; da qui l'esigenza del riesame, *in parte qua*, dell'offerta risultata aggiudicataria.

3) Anche la censura proposta come motivo aggiunto è volta all'esclusione della controinteressata dalla gara, nella prospettiva di una possibile aggiudicazione alla ricorrente, seconda classificata; essa va perciò esaminata prioritariamente rispetto agli ulteriori motivi.

In proposito si osserva innanzitutto che le affermazioni della ricorrente si fondano su calcoli operati dalla predetta e non su dati quantitativi risultanti direttamente

dalla documentazione prodotta in gara dalla controinteressata; in particolare, non trova riscontro testuale la quantificazione in almeno 126 kg/mq del sovraccarico imposto sul solaio. Al contrario, nell'elaborato CSA01 presentato da Z si legge al punto 5.2, relativo alle "strutture di sostegno dei moduli": *"Gli ancoraggi della struttura saranno effettuati con lastre in cls posate sul coperchio esistente... Il dimensionamento dei supporti e dei contrappesi verrà effettuato in sede esecutiva in esito all'acquisizione dei dati significativi relativi ai carichi strutturali che il coperto è in grado di sopportare in riferimento alle normative vigenti applicabili"*.

La ricorrente evidenzia che il limite massimo di sovraccarico sostenibile dalla copertura dell'edificio (pari a 50 kg/mq) è stato indicato dalla stazione appaltante in risposta ad una richiesta di chiarimenti (formulata dalla medesima Diddi s.r.l.) pubblicata sul sito internet del Comune resistente; tale dato, relativo ad un elemento essenziale della progettazione, doveva dunque essere conosciuto anche dalla controinteressata, che avrebbe dovuto adeguarvisi.

Il Collegio rileva al riguardo:

- il bando di gara (punti I.1 e VI.3 lett. l) e il disciplinare (pag. 19 punto 2 lett. c) precisavano che la documentazione relativa alla procedura concorsuale era disponibile presso il sito internet [www.comune y .it](http://www.comune.y.it); il medesimo disciplinare, sempre al punto 2 di pag. 19, faceva riferimento alle richieste di informazioni (lett. a-b), ma non precisava che le risposte sarebbero state anch'esse pubblicate sul predetto sito internet, con effetto nei confronti di tutti i concorrenti;
- in tale quadro il solo richiamo alle previsioni di cui agli artt. 70 e 71 del Codice dei contratti pubblici non appare sufficiente per far gravare sui concorrenti un onere di consultazione del sito in questione e, correlativamente, una presunzione (assoluta) di conoscenza delle informazioni, notizie e chiarimenti ivi pubblicati;
- il dato relativo al sovraccarico, per quanto effettivamente essenziale, non era riportato negli originari atti di disciplina della gara, ma il chiarimento

successivamente fornito in proposito via internet non bastava per vincolare i concorrenti in sede di predisposizione del progetto, restando evidente che in ogni caso di esso si sarebbe dovuto tenere conto nelle ulteriori fasi di elaborazione (e in tal senso va inteso il rinvio al progetto esecutivo del "*dimensionamento dei supporti e dei contrappesi*" contenuto nell'elaborato CSA01 - punto 5.2 - presentato da $\mathcal{E}$).

In relazione a quanto sopra la censura esaminata, in quanto finalizzata all'esclusione della controinteressata dalla gara, risulta infondata. In proposito il Collegio ritiene però necessario precisare quanto segue, anche al fine di orientare il futuro operato dell'Amministrazione:

- atteso il carattere rilevante, anche in termini di tutela della pubblica incolumità, del dato in questione (ricavato dal Comune resistente sulla base degli atti relativi alla copertura della scuola di cui si tratta depositati presso il Genio Civile di Pistoia), lo stesso, anche se non era contenuto negli originari atti della disciplina di gara, non poteva essere trascurato dalla Commissione giudicatrice;
- tale organo doveva dunque valutare se i progetti presentati erano comunque rispettosi di tale dato (e in tal caso apprezzarli positivamente per detto profilo) ovvero, se così non era, verificarne la conformabilità al dato stesso, vista anche la prescrizione di cui al punto VI.3 lett. b.2) del bando di gara, che imponeva la presentazione del progetto definitivo "*in conformità agli articoli da 25 a 34 del d.P.R. n. 554 del 1999*"; ciò per evitare il rischio di aggiudicare la gara ad un progetto che in un momento successivo poteva rivelarsi non fattibile perché non adeguabile al limite di sovraccarico già noto alla stazione appaltante o comunque bisognoso di interventi tali da modificare in modo sostanziale le caratteristiche valutate in sede di gara; e se tale riscontro fosse risultato negativo la predetta Commissione avrebbe dovuto segnalare tale circostanza al Comune per l'adozione dei conseguenti provvedimenti (eventualmente in vista della rinnovazione dell'intera procedura sulla base di dati completi).

4) Le censure sub 1.b) e 1.c) possono essere trattate congiuntamente, tenendo conto:

- che il bando di gara prevedeva l'attribuzione per l'offerta tecnica di max 60 punti, di cui fino a 15 punti per la *"qualità tecnica del progetto definitivo"*;
- che il capitolato prestazionale individuava nel dettaglio gli elementi di valutazione relativi alla voce di cui sopra precisando: *"Proposta tecnica: Qualità tecnica del progetto (ingegnerizzazione dell'illustrazione progettuale, accuratezza, correttezza tecnica e formale, rispondenza alle specifiche della stazione appaltante), quantità e qualità delle schede tecnico descrittive dei materiali proposti, leggibilità e completezza del cronoprogramma di realizzazione dell'opera proposto, materiali di scorta consigliati per ogni anno di esercizio. Verranno valutati anche l'utilizzo di materiali e tecnologie che riducano gli oneri di montaggio e di manutenzione, migliorino l'igiene e la sicurezza in prossimità degli impianti ed aumentino l'affidabilità e la durabilità delle opere"*;
- che per tale voce la ricorrente ha ottenuto soltanto 3 punti contro i 15 (cioè il massimo) attribuiti all'aggiudicataria;
- che per la medesima voce il consulente esterno, in sede di raffronto delle offerte *"in relazione ad alcuni parametri prestazionali"*, ha attribuito alla ricorrente p. 14,1 a fronte dei p. 12,6 della controinteressata (cfr. allegato 1 depositato da - ~~X~~ s.r.l. come doc. 10 e dall'Amministrazione resistente come doc. 3).

Va innanzitutto precisato che le valutazioni del consulente esterno non erano vincolanti, in particolare per quanto riguarda il punteggio da attribuire; e che (come evidenziato dalla difesa del Comune Y) la qualità del progetto è stata valutata dal predetto consulente con specifico riferimento ad alcuni soltanto dei parametri prestazionali. Anche a tener conto di tali circostanze, peraltro, la valutazione espressa dalla Commissione di gara in relazione al criterio *"qualità tecnica del progetto definitivo"* (risultato poi sostanzialmente determinante ai fini

dell'esito della procedura) risulta - come sostenuto nel ricorso - illegittima perché immotivata e contraddittoria.

Come recentemente ribadito dalla Sezione Quinta del Consiglio di Stato nella sentenza 3 dicembre 2010 n. 8410 *"la giurisprudenza ha da tempo chiarito che nella fase di valutazione delle offerte da parte di una commissione di gara, l'attribuzione dei punteggi in forma soltanto numerica è consentita quando il numero delle sottovoci, con i relativi punteggi, entro le quali ripartire i parametri di valutazione di cui alle singole voci, sia talmente analitica da delimitare il giudizio delle commissioni nell'ambito di un minimo ed un massimo di portata tale da rendere di per sé evidente l'iter logico seguito nel valutare i singoli progetti sotto il profilo tecnico in applicazione di puntuali criteri predeterminati, essendo altrimenti necessaria una puntuale motivazione del punteggio attribuito"*.

Nel caso in esame la *lex specialis* di gara contiene nel capitolato prestazionale un accurato dettaglio delle sottovoci da considerare in sede di attribuzione del punteggio per il parametro *"qualità tecnica del progetto definitivo"*, ma a tali sottovoci non sono correlati specifici punteggi; dal solo punteggio complessivo assegnato per il parametro in questione non è dunque desumibile l'iter logico seguito dalla Commissione per esprimere tale valutazione numerica, non essendo possibile distinguere il peso attribuito alle diverse sottovoci; solo una motivazione puntuale, ancorché eventualmente sintetica, poteva dar conto delle ragioni sottostanti alla valutazione espressa. E l'esigenza di motivazione era in questo caso ancora più consistente, tenuto conto delle conclusioni a cui era giunto il consulente esterno - del quale la Commissione stessa aveva deciso di avvalersi - che, seppure per profili parziali, aveva comunque valutato di maggior pregio il progetto della ricorrente rispetto a quello della controinteressata.

L'esito diametralmente opposto cui è pervenuta la Commissione non trova in effetti spiegazioni negli atti di gara; ed anche la lettera del 29/6/2010 (doc. 18 della produzione comunale) indirizzata dal Presidente della predetta Commissione a

~~D~~ s.r.l. non fornisce lumi sufficienti, limitandosi ad affermare che nella valutazione complessiva dei progetti si è tenuto conto, oltre che della potenza nominale dell'impianto, *"anche degli altri aspetti previsti nel capitolato prestazionale quali, per esempio, quelli relativi alla sicurezza e alla statica del fabbricato"*.

In realtà solo nella memoria di costituzione del Comune resistente nel presente giudizio si afferma che, nella valutazione della qualità tecnica del progetto ~~d~~ *X*, *nel* hanno avuto peso determinante, in senso negativo, le ritenute carenze sotto i profili della sicurezza degli operai addetti alla manutenzione dell'impianto e della stabilità dello stesso in termini di ancoraggio dei pannelli al tetto dell'edificio: profili prima non emersi, né comunque desumibili dagli atti di gara. E ciò concreta una integrazione postuma della motivazione (evidentemente carente in origine), operata solo nel giudizio e perciò inammissibile (cfr. sul punto la già citata sentenza della Sez. V n. 8410/2010); né tale carenza motivazionale può essere superata attraverso una CTU, perché in tal modo sarebbe questo stesso Giudice ad integrare (eventualmente) la motivazione carente.

5) Per le ragioni illustrate al punto precedente il ricorso va accolto nella parte impugnatoria, con conseguente annullamento degli atti impugnati; per l'affidamento dell'appalto in questione l'Amministrazione resistente dovrà dunque provvedere a rinnovare l'attività amministrativa illegittimamente svolta alla luce di quanto precisato ai precedenti punti 2), 3) e 4): in relazione a ciò non sussistono i presupposti per accogliere la domanda risarcitoria avanzata dalla ricorrente.

Le spese del giudizio vanno poste a carico del Comune resistente e sono liquidate nel dispositivo, tenuto conto dell'esito del giudizio, di non integrale accoglimento delle richieste avanzate dalla ricorrente; con compensazione nei confronti della parte controinteressata..

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe nei limiti di cui in motivazione e conseguentemente annulla il provvedimento impugnato.

Condanna il Comune  al pagamento delle spese del giudizio in favore della società ricorrente nella misura di euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00) oltre a CPA e IVA, con compensazione nei confronti della controinteressata  oc. cons. coop.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Carlo Testori, Consigliere, Estensore

Riccardo Giani, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/01/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)