

Il momento della verifica della praticabilità del contenuto dell'offerta e quello della comminatoria di penali: diversità di funzioni e tempi.

di Alessandro Sgrulletta

Data di pubblicazione: 23-5-2024

Se l'amministrazione, nell'ambito della valutazione del pregio tecnico dell'offerta, ha inteso valorizzare un determinato elemento "promesso" dall'operatore economico e tale elemento, poi, in concreto, è risultato decisivo per l'aggiudicazione della commessa, esso non può "degradare" a mera penalità nell'eventualità in cui ne venga accertata l'insussistenza durante la fase di verifica dei requisiti (quindi, prima della stipula del contratto e della conclusione della gara). Viceversa, dovrà essere necessariamente rinnovata la valutazione dell'offerta.

Difatti, mentre la verifica della praticabilità del contenuto dell'offerta ha la precipua funzione di tutelare l'interesse della stazione appaltante a scegliere un contraente affidabile e a selezionare, con l'attribuzione del relativo punteggio, un'offerta seria, così prevenendo possibili inadempimenti futuri nella fase dell'esecuzione, la comminatoria di penali ha la diversa (e opposta) funzione di sanzionare l'inadempimento intervenuto nella fase esecutiva negoziale (dunque, in una fase patologica sopravvenuta dell'offerta che, ex ante, era seria e realizzabile).

N. 03739/2024REG.PROV.COLL.

N. 07801/2022 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7801 del 2022, proposto dalla società Omnitech s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 8828708053, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabrizio Lofoco, Claudia Pironti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

la Minerva Società Consortile a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Marsili, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale dei Parioli n. 44;

nei confronti

del Rti Socram Meccanica s.r.l. - Vrent s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Chiara Romanelli, Salvatore Patanè, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Salvatore Patane' in Roma, via Giuseppe A. Guattani n. 2/A;

della Confservizi Lazio, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio.

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio n.06943/2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Minerva Società Consortile a r.l. e del Rti Socram Meccanica S.r.l. - Vrent s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 febbraio 2024 il consigliere Giuseppe Rotondo;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale

FATTO e DIRITTO

1. Il presente giudizio ha ad oggetto la domanda di annullamento:

- del provvedimento di aggiudicazione, prot. 302/2022, datato 14 febbraio 2022, in favore del

R.T.I. SOCRAM s.r.l. e VRENT s.p.a. del primo lotto della procedura aperta ex art. 60 del d.lgs. 50/2016 suddivisa in lotti, per l'affidamento del servizio di noleggio "FULL SERVICE", senza conducente, della durata di 48 mesi, oltre eventuale 6 mesi di proroga, di n. 53 automezzi da adibire alla raccolta differenziata dei rifiuti presso i Comuni gestiti dalla Minerva SCARL, di cui alla nota prot. 302/2022, del 14 febbraio 2022, comunicato via pec il successivo 15 febbraio;

- di tutti i verbali della procedura, in particolare dei verbali di gara nn. 4 e 5, recanti l'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica presentata dal concorrente R.T.I. e la specificazione metodologica relativa alla valutazione della "prova su strada" e del punteggio attribuito alla "riduzione dei tempi di consegna";

- del bando e degli atti di gara, ove interpretati nel senso di consentire l'illegittima attribuzione dei punteggi per come effettuata al RTI controinteressato;

- del contratto, ove stipulato, con espressa richiesta del risarcimento in forma specifica mediante subentro nel rapporto contrattuale, ovvero risarcimento per equivalente.

2. Questi gli aspetti essenziali della vicenda:

a) con determinazione n. 22 del 15 luglio 2021, la Minerva s.c.a.r.l. pubblicava il bando di gara per l'affidamento del servizio di noleggio "FULL SERVICE" senza conducente della durata di 48 mesi, oltre eventuale 6 mesi di proroga, di n. 53 automezzi da adibire alla raccolta differenziata dei rifiuti presso i Comuni gestiti dalla ridetta società;

b) la gara era divisa in quattro lotti, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il valore del primo lotto (di interesse nel presente giudizio) si assestava in euro 1.555.200,00;

c) alla procedura di aggiudicazione del lotto 1 partecipavano tre concorrenti: i costituenti RTI Socram Meccanica s.r.l.- Vrent s.p.a.; One Group s.r.l.-Cu.Ma; Omnitech s.r.l.;

d) all'esito della prima pubblicazione degli atti di gara, il lotto 1 risultava (alla data del 17 dicembre 2021) essere stato aggiudicato alla Omnitech s.r.l. (con 75.090 punti per l'offerta tecnica), mentre il RTI Socram - Vrent si assestava al secondo posto in graduatoria (con 72.800 punti per l'offerta tecnica);

e) con successiva rimodulazione, il 15 febbraio 2022 veniva comunicata l'aggiudicazione a favore del RTI Socram- Vrent, collocandosi al secondo posto la Omnitech (con 64.2500 punti per l'offerta tecnica).

3. Avverso l'aggiudicazione della gara in favore della controinteressata, la Omnitech s.r.l. proponeva ricorso innanzi al T.a.r. per il Lazio (nrg2945/2022) formulando le domande di cui sopra (v. par. 1).

3.1. La ricorrente, a sostegno del gravame, deduceva i seguenti motivi.

A) Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara – sproporzione nell’attribuzione dei punteggi dell’offerta tecnica - eccesso di potere per ingiustizia manifesta, travisamento dei fatti e dei documenti posti a base dell’offerta tecnica - eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria, illogicità ed irragionevolezza manifesta.

B) Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara e, in particolare, dell’art. 4 del disciplinare di gara - eccesso di potere per ingiustizia manifesta e difetto assoluto di istruttoria - eccesso di potere per sviamento e violazione della par condicio tra i concorrenti - eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria, illogicità e irragionevolezza manifesta.

3.2. La società istante lamentava, con un primo ordine di censure, l’illegittima attribuzione del punteggio in relazione al criterio relativo alla “Riduzione dei tempi previsti da capitolato per la messa a disposizione dell’intero lotto)” che avrebbe “del tutto falsato il risultato cui si perviene con l’esame delle offerte tecniche: infatti, senza l’attribuzione del suddetto punteggio le due concorrenti avrebbero ottenuto: la RTI Socram p. 30.450; la Omnitech p. 35 con l’effetto di vedersi quest’ultima aggiudicata l’appalto (con il punteggio ulteriormente incrementato dagli esiti della “prova su strada”).

La società Omnitech osservava (prima censura del motivo n. 1 articolato in primo grado) che: i) “il tempo di consegna dei mezzi è previsto da capitolato nel massimo valore di 120 giorni”; ii) l’aggiudicataria ha “offerto il massimo della riduzione ipotizzabile, assumendo di poter consegnare i veicoli in un solo giorno (proponendo, dunque, 119 giorni di riduzione dei tempi)”; iii) il RTI Socram ha offerto 119 giorni di riduzione mentre la Omnitech ha offerto 90 giorni di riduzione.

Il dato relativo al tempo di consegna dei mezzi, contemplato nella offerta dell’aggiudicataria, sarebbe illogico poiché il “RTI aggiudicatario non aveva nella sua disponibilità alcuna delle macchine offerte, per come risulta dai fatti di gara”.

Poiché tale dato (in questi termini ipotizzato: consegna dei mezzi in un giorno- rispetto al termine max di 120 - decorrente dalla data dalla comunicazione di cui all’art. 76 del d.lgs. 50/2016, così come testualmente previsto nel bando), non è stato rispettato, l’aggiudicazione spetterebbe alla seconda classificata (Omnitech).

3.2.1. La società lamentava, altresì (sempre con motivo n. 1 dedotto in primo grado), che:

a) alla attribuzione sproporzionata di un così rilevante punteggio (p. 15 su 50) rispetto alla prospettata riduzione dei tempi di consegna, non si affiancherebbe una proporzionata sanzione in caso di mancato rispetto di questi (capitolato art. 11.2.2);

b) l’amministrazione avrebbe “ipervalorizzato” l’elemento dei termini di consegna, pur non trattandosi di un appalto indetto con “estrema urgenza”: la stessa stazione appaltante avrebbe colpevolmente impiegato ben tre mesi dall’attribuzione dei punteggi per chiudere l’affidamento del lotto in esame;

c) il punteggio, così come previsto e assegnato, sarebbe del tutto sproporzionato (sia in termini

assoluti - rispetto agli altri sub-criteri dell'offerta tecnica - sia in termini relativi, rispetto alla sua stessa applicazione);

d) la formula della "proporzione inversa", applicata per l'attribuzione del punteggio in questione, disattenderebbe il bando, i criteri di logicità sottesi alla stessa formula matematica e le offerte per come previsto che venissero proposte, cioè valorizzando i tempi di riduzione e non quelli di consegna; infatti "applicando la formula con i valori dei tempi di riduzione (dichiarati espressamente dalle imprese, perché così è richiesto dal bando e dal capitolato), e utilizzando quale divisore il parametro preso in esame e non quello considerato per la singola analisi, i risultati cui si perviene" sarebbero "diversi e ben più ponderati: per il RTI Socram (15 x 119) / 119 = 15, per la Omnitech (15 x 90) / 119 = 11.34".

3.3. Con il motivo n. 2, la società Ominitech lamentava che:

a) la commissione avrebbe commesso ulteriori illegittimità nella valutazione dell'offerta tecnica del RTI aggiudicatario, sia rispetto alla "prova su strada", effettuata in totale spregio delle disposizioni della lex specialis, in particolare, del disciplinare di gara, sia rispetto alla valutazione dei mezzi come offerti. In particolare:

a) "l'esame fisico dei veicoli poteva essere effettuato solo sui veicoli concretamente offerti in sede di gara, onde consentire la verifica della rispondenza delle caratteristiche riportate nell'offerta tecnica e alla valutazione delle peculiarità dei veicoli che possano essere analizzate anche in condizioni non operative";

b) i veicoli per la prova su strada non sarebbero stati nuovi;

c) la loro vetustà avrebbe dovuto incidere in modo sensibile su uno degli elementi oggetto espressamente di valutazione, il comfort di guida, che invece non sembra aver comportato una riduzione di punteggio (anche perché, come si dirà in seguito, non vi è alcuna specifica indicazione delle singole voci considerate);

d) i prototipi non presentavano i requisiti minimi di cui all'art. 4 del capitolato tecnico, non essendo dotati del richiesto sistema di blocco manuale in caso diguasto o di blocco, che è ritenuto essenziale "al fine di concludere le attività di scarico della frazione di rifiuto in conferimento";

d) la Omnitech avrebbe offerto mezzi che hanno una tara inferiore, ma una portata maggiore, mentre l'offerta del RTI concorrente sarebbe in questo senso di minore impatto, anche perché non sarebbero state fornite, durante l'accesso agli atti, le schede tecniche di valutazione dei singoli mezzi;

e) il RTI aggiudicatario avrebbe dichiarato di avere l'officina di riferimento ad oltre 30 km di distanza dai cantieri, e quindi di voler intervenire con officine mobili, in loco per le manutenzioni senza, tuttavia, spiegare come ciò poteva avvenire;

f) nel capitolato si fa riferimento all'onere mensile di "Lavaggio dei mezzi", che mancherebbe

del tutto nell'offerta presentata dal RTI Socram.

3.4. Si costituivano, per resistere, la Minerva società consortile a r.l. e la RTISocram Meccanica s.r.l.-Vrent s.p.a.

3.5. Il T.a.r., con la sentenza n. 6943 del 30 maggio 2022, respingeva il ricorso sulla base delle seguenti considerazioni:

- "Il punteggio previsto per la riduzione dei tempi di consegna non si appalesa arbitrario, tenuto conto dell'oggetto dell'appalto (connesso al servizio di raccolta dei rifiuti) e delle esigenze della stazione appaltante alla più celere esecuzione della prestazione";

- "la rilevanza della riduzione dei tempi di consegna rimane ... circoscritta nell'ambito degli elementi non essenziali dell'offerta, quale premialità aggiuntiva per il "fattore tempo" di cui, peraltro, ha beneficiato la stessa ricorrente, e la cui inosservanza è, quindi, efficacemente sanzionata dal capitolato con l'applicazione delle penalità previste dall'art. 11.2.2 (clausola, peraltro, tardivamente impugnata)";

- "In base al capitolato tecnico di gara il punteggio per il fattore "tempo" è attribuito con le modalità della proporzionalità inversa, riservando il punteggio massimo (15 punti) all'operatore che avrà offerto il numero di giorni più basso [rispetto agli altri operatori] in applicazione della seguente formula: Punteggio $i = 15 \times \text{giorni di consegna più basso} / \text{giorni offerti dal concorrente medesimo}$ ";

- "Tenuto conto che il numero di giorni di consegna più basso è stato offerto dall'aggiudicatario (giorni 1) e che per "giorni offerti dal concorrente medesimo" deve farsi necessariamente riferimento al valore del ribasso – in termine di tempo di consegna - offerto dal singolo concorrente, all'aggiudicatario è stato correttamente attribuito il punteggio massimo di 15[$15 \times 1/1$], mentre alla ricorrente, che ha offerto una riduzione di 30 gg per la consegna dei veicoli, è stato assegnato il punteggio di 0,5 [$15 \times 1/30$];

- "L'utilizzo della cd. variante inversa, peraltro, non costituisce alterazione della par condicio fra i concorrenti o lesione dei canoni di trasparenza e di buona amministrazione tecnica, rientrando tra le metodiche di calcolo pacificamente utilizzabili in sede di gara la cui scelta è comunque rimessa alla discrezionalità della P.A.";

- "a tutti i concorrenti, compresa la ricorrente, è stato consentito di presentare, per l'esame fisico veicoli, campioni similari (verbale n. 4), e ... la *lex specialis* non imponeva ai concorrenti di presentare alla prova tecnica proprio i veicoli offerti in gara ...";

- "entrambi i veicoli messi a disposizione dall'aggiudicataria per l'esame fisico erano conformi alle prescrizioni tecniche di cui all'art. 4 del capitolato ...";

- "l'aggiudicatario ha ammesso di aver indicato nell'offerta tecnica - in atti – il carico utile legale pari a 10.500 Kg, e per mero errore materiale di aver indicato il carico pari a 14.600 Kg nella scheda descrizione automezzo senza che però a tale errore sia conseguita alcuna

utilità”;

- “nella formulazione dell’offerta economica (pag. 2) il raggruppamento controinteressato ha indicato che gli oneri di manutenzione e lavaggio sono “corrispondenti al 20% della fornitura oggetto della presente offerta”.

4. Ha appellato la società Omnitech a r.l., che censura la sentenza per i seguenti motivi.

A) Erroneità in relazione al primo motivo di ricorso di primo grado (eccepita violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara; sproporzione nell’attribuzione dei punteggi dell’offerta tecnica; eccesso di potere per ingiustizia manifesta, travisamento dei fatti e dei documenti posti a base dell’offerta tecnica; eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria, illogicità ed irragionevolezza manifesta): i) il criterio relativo alla “Riduzione dei tempi previsti dal capitolato per la messa a disposizione dell’intero lotto” avrebbe “del tutto falsato il risultato”; ii) il solo punteggio relativo ai tempi di consegna ha consentito al RTI Socram di avanzare rispetto alla Omnitech nella graduatoria, pur avendo ottenuto per tutte le altre voci dell’offerta tecnica un punteggio complessivamente inferiore, di ben cinque punti: dunque, a fronte di 5 diversi criteri, uno solo ha alterato del tutto l’esito della gara; iii) il criterio prevedeva che i termini dovessero computarsi non dalla stipula del contratto, ma dal momento della mera comunicazione dell’aggiudicazione; iv) l’aggiudicataria doveva essere dichiarata decaduta, perché inadempiente già a far tempo dell’aggiudicazione, e non alla stipula del contratto; v) sproporzione del punteggio alla luce delle conseguenze sulla tardiva consegna; vi) l’applicazione della c.d. variante inversa e l’alterazione -anche per fatti successivi - avrebbe alterato la par condicio fra i concorrenti.

B) Erroneità in relazione al secondo motivo di ricorso di primo grado (eccepita violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara e, in particolare, dell’art. 4 del disciplinare di gara; eccesso di potere per ingiustizia manifesta e difetto assoluto di istruttoria. eccesso di potere per sviamento e violazione della par condicio tra i concorrenti; eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria, illogicità ed irragionevolezza manifesta): i) illegittima attribuzione del punteggio alla prova su strada; ii) l’esame fisico dei veicoli poteva essere effettuato solo sui veicoli concretamente offerti in sede di gara.

4.1. Si sono costituite, per resistere, la Minerva società consortile a r.l. e la RTI Socram Meccanica s.r.l.-Vrent s.p.a. che hanno eccepito, altresì, l’inammissibilità dell’appello in quanto la società appellante si sarebbe limitata a ribadire le proprie richieste respinte dal giudice di primo grado, senza prendere in esame la motivazione di rigetto e senza sottoporla a critica.

4.2. Con ordinanza n. 5173 del 28 ottobre 2022, la Sezione ha respinto la domanda cautelare di sospensione degli effetti della sentenza per i seguenti motivi: “le censure poste a sostegno del gravame in trattazione sono meritevoli di essere approfondite nella fase propria di merito; stante l’intervenuta sottoscrizione del contratto, il collegio reputa opportuno, nel bilanciamento dei contrapposti interessi, preservare l’interesse pubblico alla continuità del servizio appaltato nelle more della definizione del giudizio”.

5. All'udienza dell'8 febbraio 2024, la causa è stata trattenuta per la decisione.

6. Preliminarmente, vanno respinte le eccezioni di inammissibilità dell'appello.

7. In linea di diritto, costituisce principio ormai consolidato quello secondo il quale nel processo amministrativo di appello, innanzi al Consiglio di Stato, è inammissibile la mera riproposizione dei motivi di primo grado senza che sia sviluppata alcuna confutazione della statuizione del primo giudice, atteso che l'effetto devolutivo dell'appello non esclude l'obbligo dell'appellante di indicare nell'atto di appello le specifiche critiche rivolte alla sentenza impugnata e le ragioni per le quali le conclusioni, cui il primo giudice è pervenuto, non sono condivisibili, non potendo il ricorso in appello limitarsi ad una generica riproposizione degli argomenti dedotti in primo grado (cfr. ex multis Consiglio di Stato, sez. IV, 23/02/2022, n. 1287).

7.1. Nel caso di specie, parte appellante ha sviluppato precise critiche alla sentenza di primo grado, pur riprendendo i motivi dedotti nel ricorso di primo grado in quanto tutti respinti dal T.a.r.

7.2. Quanto al primo motivo, si legge a pagina 7 dell'atto di appello che "Sul punto, nella sentenza gravata si assume che l'offerta così come presentata non sia irrealizzabile in astratto (infatti è stata irrealizzabile in concreto...) e che, ad ogni modo, il punteggio relativo ai tempi di consegna non sia quello di maggior peso. Invece, proprio quel punteggio ha determinato l'ingiusta vittoria". L'appellante censura espressamente il passaggio motivazionale reso in parte qua dalla sentenza, mettendo in evidenza (nel periodo successivo) l'errata lettura della censura da parte del giudice di primo grado.

7.2.1. Analoghi rilievi sono riportati a pagina 10 e 12 dell'atto di appello, chiaramente rivolti avverso la sentenza e la percezione che delle censure ha avuto il giudice di prime cure.

7.3. In ordine al secondo motivo di appello, si legge a pagina 16 che il Tar "accogliendo acriticamente le deduzioni delle parti avverse, assumeva erroneamente che la censura sarebbe in primo luogo inammissibile per carenza di interesse, poiché si sostiene che la ricorrente stessa si sarebbe agevolata della stessa modalità censurata". Il motivo di appello prosegue sviluppando le ragioni della critica mossa alla decisione impugnata.

7.3.1. Analoghe censure alla sentenza si colgono a pagina 18 e 20 dell'atto di appello.

8. Nel merito, parte appellante contesta (primo motivo) l'illegittima attribuzione del punteggio previsto per l'offerta tecnica alla voce "Riduzione dei tempi previsti da capitolato per la messa a disposizione dell'intero lotto", nonché (secondo motivo) l'illegittima attribuzione dei punteggi alla controinteressata.

9. In particolare, essa lamenta: i) l'attribuzione di punteggi sproporzionati e sperequati all'offerta della controinteressata, in particolare avuto riguardo al punteggio relativo ai tempi di consegna dei mezzi che l'aggiudicataria ha dichiarato in gara di rispettare impiegando un solo giorno dalla comunicazione dell'aggiudicazione senza avere la disponibilità dei mezzi; ii) il

mancato svolgimento (secondo i termini della *lex specialis*, in violazione dei principi di ragionevolezza e logicità) della prova su strada dei mezzi per come prevista; iii) la mancata, concreta valutazione dei mezzi offerti, in parte carenti dei requisiti minimi richiesti dagli atti di gara ed in parte non conformi ai requisiti ivi previsti.

9.1. L'aggiudicataria ha ottenuto punti 92.440 (di cui 72.800 per l'offerta tecnica e 19.640 per l'offerta economica).

9.2. La ricorrente/appellante ha ottenuto punti 82.5300 (p. 64.250 per offerta tecnica + p. 18.2800 per offerta economica).

9.3. Il punteggio massimo attribuibile per l'offerta tecnica era pari a 50.00, di cui punti 15.00 max per la "Riduzione dei tempi previsti da capitolato per la messa a disposizione dell'intero lotto dei veicoli, termine decorrente dalla comunicazione ex art. 76 d.lgs. 50/2016".

9.4. L'aggiudicataria ha ottenuto il massimo punteggio avendo ridotto i 120giorni previsti dal capitolato per la consegna dei mezzi di ben 119 giorni(consegna in solo giorno).

9.5. La società appellante, invece, ha indicato nell'offerta una riduzione di 90giorni (consegna entro 30 giorni).

10. Il primo motivo di appello (corrispondente al primo motivo dedotto nel ricorso di primo grado) muove dal rilievo che la società aggiudicataria non avrebbe avuto la disponibilità dei mezzi così come dichiarato e offerto in gara.

10.1. Essa avrebbe beneficiato di un punteggio elevato, decisivo per l'esito positivo della gara, dichiarando in sede di gara di poterli consegnare in un solo giorno.

10.2. Senza l'ottenimento di tale punteggio (attribuito in ragione dell'offerta formulata sui tempi di consegna) l'offerta dell'aggiudicataria sarebbe stata "perdente".

10.3. L'elenco delle sanzioni comminate all'aggiudicataria comproverebbe, secondo l'appellante (dichiarazioni rese in camera di consiglio del 22 ottobre2024), il ritardo, rilevando sul piano confessorio a riprova della violazione della par condicio tra i concorrenti.

11. L'appello è fondato avuto riguardo al primo, dirimente motivo col quale la Omnitech si duole della illegittima attribuzione del punteggio previsto per l'offerta tecnica alla voce "Riduzione dei tempi previsti da capitolato per la messa a disposizione dell'intero lotto".

12. Il Collegio rileva, innanzitutto, che il criterio relativo, appunto, alla "Riduzione dei tempi previsti da capitolato per la messa a disposizione dell'intero lotto" ha da solo determinato il risultato cui si perviene con l'esame delle offerte tecniche.

Senza l'attribuzione di tale punteggio, infatti, le due concorrenti si troverebbero ad avere punti 30.450 il RTI Socram e punti 35.000 la Omnitech.

13. Il tempo di consegna dei mezzi è stato previsto nel capitolato tecnico di gara (v. Allegato 5 al capitolato) nel massimo valore di 120 giorni.

14. L'aggiudicataria ha offerto il massimo della riduzione ipotizzabile (pari ad un solo giorno, proponendo, dunque, 119 giorni di riduzione dei tempi): segnatamente, il RTI Socram ha offerto 119 giorni di riduzione, la Omnitech ha offerto 90 giorni di riduzione.

15. Il dato relativo al tempo di consegna dei mezzi, contemplato nella offerta dell'aggiudicataria, si è rilevato tale da condizionare, "falsandolo" il risultato cui si perviene con l'esame delle offerte tecniche.

16. Il dato rilevante è rappresentato dalla formulazione dell'offerta tecnica: consegna dei mezzi in un giorno, rispetto al termine massimo di 120, da intendersi decorrente dalla data dalla comunicazione di cui all'art. 76 del d.lgs.n. 50 del 2016 (*ratione temporis* vigente), così come testualmente previsto nel bando: "Riduzione dei tempi previsti da capitolato per la messa a disposizione dell'intero lotto veicolo da comunicazione ex art. 76 d.lgs n. 50/2016".

17. Tale elemento dell'offerta tecnica non si è rivelato veritiero; di ciò la stazione appaltante avrebbe dovuto (e potuto agevolmente) rendersi conto nella fase di verifica dei requisiti oggettivi dell'offerta, tra l'aggiudicazione del lotto (14 febbraio 2022) e la stipula del contratto (6 luglio 2022).

Riprova ne è che i mezzi sono stati messi a disposizione con una tempistica non corrispondente alla formulazione dell'offerta tecnica, con le seguenti cadenze: 21 febbraio 2022 (5 mezzi), mese di marzo 2022, mesi di giugno –luglio 2022 (cfr allegato 7 alla memoria di RTI SOCRAM MECCANICAS.R.L.-VRENT s.p.a., depositata il 24 ottobre 2022).

18. Non vi è dubbio che l'offerta tecnica, nei termini formulati, abbia consentito alla controinteressata di ottenere l'aggiudicazione grazie ai 15 punti ottenuti (mediante criterio della proporzione inversa) per la voce "riduzione dei tempi di consegna": 119 giorni di riduzione su 120 previsti dal bando (consegna dei mezzi in un giorno).

19. Il bando (capitolato speciale) prevedeva l'attribuzione di massimo 15 punti, su un totale di 80 punti previsti per l'offerta tecnica (comprensivi dei 30 punti previsti per la "Prova su strada"), da assegnare con la modalità della proporzionalità inversa, calcolato in ragione dei giorni (in meno rispetto al valore massimo di 120) offerti in gara per la messa a disposizione dell'intero lotto dei veicoli; termine decorrente non già dalla stipula del contratto, ciò che avrebbe comportato un inadempimento e l'applicazione delle relative penali, bensì dalla comunicazione dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 76 del d.lgs. 50 del 2016.

20. Tale comunicazione è stata formalizzata alle ditte concorrenti (inclusa la controinteressata) in data 14 febbraio 2022, con nota prot. 302/2022.

21. La messa a disposizione dell'intero lotto dei veicoli si è completata soltanto nei successivi mesi di giugno-luglio 2022 (come riconosciuto con atto stragiudiziale dalla stessa aggiudicataria).

22. Il contratto è stato stipulato il 6 luglio 2022.

23. Il procedimento di gara, quindi, non si era ancora concluso con la stipula del contratto d'appalto.

24. Esso si trovava ancora nella fase procedimentale intermedia di verifica della congruità e affidabilità dell'offerta (14 febbraio-6 luglio 2022).

26. Ragion per cui l'amministrazione, a fronte della mancata messa a disposizione dell'intero lotto, avrebbe dovuto inferire non già un inadempimento (a giustificazione delle penali) bensì la inaffidabilità stessa dell'offerta tecnica rivelatasi in grado di alterare il corretto esplicarsi del principio concorrenziale in funzione della scelta del miglior contraente e della migliore offerta.

27. Il giudice di primo grado ha ritenuto di poter valorizzare la penale prevista dal capitolato.

Senonché, la questione non è il pagamento della penale a fronte di un inadempimento (ritardo) bensì la circostanza che se l'amministrazione ha inteso valorizzare ai fini dell'attribuzione del punteggio un determinato elemento dell'offerta (riconoscimento fino a 15 punti su 50 per la riduzione dei tempi di consegna, mediante applicazione della formula della proporzione inversa), e se tale criterio consente all'impresa (poi risultata aggiudicataria) di ottenere l'intero punteggio (15 punti), che poi risulteranno decisivi per l'aggiudicazione della commessa, allora questo stesso criterio non può successivamente "degradare" a mera penalità per il ritardo nella consegna dei mezzi.

28. Diversamente opinando verrebbero compromessa la serietà stessa delle offerte e quindi della gara, in contrasto con l'interesse pubblico perseguito consistente nella ricerca dell'aggiudicatario più attendibile.

29. L'aggiudicazione della gara in favore dell'aggiudicataria è stata, pertanto, orientata (meglio, decisa) da una dichiarazione resa dalla controinteressata in sede di composizione e formulazione dell'offerta tecnica, ovvero un elemento oggettivo essenziale della stessa, determinante per la formazione della volontà in merito alla affidabilità e serietà dell'offerta medesima, in grado di incidere a valle sulla formazione della graduatoria finale; offerta risultata immediatamente inattendibile in ragione di una prestazione (oggetto dell'offerta medesima) rivelatasi impossibile.

30. Sul punto, il Collegio osserva che la verifica della percentuale di riduzione non ha una rilevanza soltanto in sede esecutiva.

31. Il Collegio condivide l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui "La comminatoria di penali in sede esecutiva ha infatti la funzione di sanzionare il mancato assolvimento dell'obbligo negoziale: laddove la verifica della praticabilità del contenuto dell'offerta ha la diversa (ed anzi opposta: in chiave di prevenzione di possibili inadempimenti) funzione di tutelare l'interesse della stazione appaltante a scegliere un contraente affidabile e a selezionare, con l'attribuzione del relativo punteggio, un'offerta seria. Portando ad estreme conseguenze l'argomento dell'appellante si avrebbe che l'offerente – in base ad una valutazione di

convenienza economica – potrebbe deliberatamente offrire una prestazione impossibile, pur di aggiudicarsi la commessa, salvo monetizzare in termini di penali i propri inadempimenti: il che, a tacer d'altro, altererebbe un corretto esplicarsi della dinamica concorrenziale sottesa al procedimento di evidenza pubblica e frustrerebbe l'interesse dell'Amministrazione a selezionare il miglior contraente e la migliore offerta cui il medesimo procedimento è pure funzionale. Altro è infatti l'imprevisto ed episodico mancato rispetto degli impegni negoziali ed altro è una proposta contrattuale fondata su impegni a priori non mantenibili, o comunque con la riserva di verificarne l'effettiva praticabilità a valle” (cfr. Cons. Stato, sez. III, sentenza n. 4225 del 26 maggio 2022 – par. 5.1.).

32. Alla luce di quanto esposto l'appello, in ragione dell'assorbente motivo esaminato, è fondato. 32.1. Non è, pertanto, necessario esaminare gli altri motivi prospettati alla luce dell'utilità che la parte ottiene dalla sentenza con l'accoglimento del suddetto motivo, tenuto conto peraltro di quanto prospettato dalla stessa appellante (v. sopra par. 4, lett. A, *i-ii* - par. 10 - par.10.2 - par. 12).

33. Per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, va annullato il provvedimento di aggiudicazione in favore del R.T.I. SOCRAM s.r.l. e VRENT s.p.a. del primo lotto della procedura aperta ex art. 60 del d.lgs.50/2016 suddivisa in lotti, per l'affidamento del servizio di noleggio “FULLSERVICE”, senza conducente, della durata di 48 mesi, oltre eventuale 6 mesi di proroga, di n. 53 automezzi da adibire alla raccolta differenziata dei rifiuti presso i comuni gestiti dalla Minerva SCARL.

34. Per l'effetto, l'amministrazione è tenuta a riformulare la graduatoria, emendandola dei vizi accertati in questa sede, e, previo (ri)calcolo del punteggio, provvedere all'aggiudicazione definitiva della gara in favore della società che risulterà prima in graduatoria, la quale, se dovesse risultare essere la Omnitech s.r.l., subentrerà nel contratto alle condizioni offerte in gara per l'intera durata originaria della commessa stabilita dal capitolato/bando di gara.

35. Le spese relative al doppio grado di giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza della Minerva Scarl e del R.T.I. Socram s.r.l. e Vrent s.p.a., mentre possono essere compensate nei confronti della Confservizi Lazio non costituita.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, annulla, nei sensi in motivazione, il provvedimento prot. 302/2022, datato 14 febbraio 2022, con cui la Minerva Scarl ha aggiudicato in favore della R.T.I. Socram s.r.l. e Vrent s.p.a. l'affidamento del servizio di noleggio “FULL SERVICE”, senza conducente.

Condanna la società MINERVA s.c.a.r.l. e il R.T.I. Socram s.r.l. e Vrent s.p.a. al pagamento delle spese relative al presente giudizio che liquida, in favore della società Omnitech s.r.l., in complessivi euro 6.000,00 (seimila/00) oltre accessori di legge e spese generali, di cui euro 3.000,00 (tremila/00) a carico della società MINERVA s.c.a.r.l. ed euro 3.000,00 (tremila/00) a carico di R.T.I. Socram s.r.l. e Vrent s.p.a.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Lopilato, Presidente FF

Giuseppe Rotondo, Consigliere, Estensore

Michele Conforti, Consigliere

Luigi Furno, Consigliere

Paolo Marotta, Consigliere

Guida alla lettura

Nella pronuncia in commento i Giudici di Palazzo Spada hanno avuto modo di soffermarsi – con riguardo ad una gara aperta ex art. 60 del “vecchio” d.lgs. n. 50/2016 per l'affidamento del servizio di noleggio di un lotto di automezzi senza conducente, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – sulla diversa natura e funzione di due distinti momenti del ciclo di vita di un contratto pubblico: la verifica, in sede di gara, della praticabilità del contenuto dell'offerta e la comminatoria di penali nella fase negoziale.

Il giudizio prende le mosse dall'appello proposto dall'operatore economico secondo graduato, che è insorto avverso la decisione della stazione appaltante – ritenuta legittima dal TAR capitolino in primo grado – la quale, ancora in costanza della fase di verifica della congruità e affidabilità dell'offerta (e, dunque, quando il procedimento evidenziale di gara era ancora in piedi e il contratto non ancora stipulato), preso atto dell'inattuazione della parte della promessa contrattuale su cui si reggeva l'aggiudicazione, si era limitata ad applicare penali anziché procedere alla rideterminazione dell'offerta dell'aggiudicatario.

Nello specifico, la *lex specialis* di gara prevedeva, nell'ambito della valutazione dell'offerta tecnica, l'attribuzione di un punteggio premiale in caso di riduzione del termine massimo di consegna dei mezzi, fissato dall'amministrazione in 120 giorni a decorrere dalla comunicazione di aggiudicazione ex art. 76 del d.lgs. n. 50/2016 e l'operatore resistente era riuscito ad ottenere l'aggiudicazione (solo) perché aveva proposto una riduzione di 119 giorni (consegna in un solo giorno).

Tuttavia, poi, nel lasso temporale intercorrente tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, l'aggiudicatario non aveva consegnato i mezzi nei tempi offerti, non rispettando neanche il termine massimo previsto dall'amministrazione.

Ciononostante, la stazione appaltante, anziché procedere a rideterminare l'offerta vincente, si

era limitata ad applicare penali per il ritardo.

Per cui, il ricorrente, che, a fronte della rideterminazione dei punteggi, sarebbe stato il miglior offerente, chiedeva – a mezzo del ricorso giurisdizionale – l’aggiudicazione (e il subentro nel contratto *medio tempore* stipulato).

Tuttavia, il Tribunale di prime cure – per quanto qui direttamente interessa – statuiva che «*la rilevanza della riduzione dei tempi di consegna rimane ... circoscritta nell’ambito degli elementi non essenziali dell’offerta, quale premialità aggiuntiva per il “fattore tempo” [...] la cui inosservanza è, quindi, efficacemente sanzionata dal capitolato con l’applicazione delle penalità*».

Di contro, invece, il Giudice del gravame, con la decisione *de qua*, ha chiarito che la stazione appaltante, a fronte della mancanza di un elemento essenziale dell’offerta, avrebbe dovuto prendere atto della relativa inidoneità emersa durante la fase di verifica dei requisiti intercorrente – nella scansione dettata dal “vecchio” art. 32 del d.lgs. n. 50/2016 (cfr. invece, oggi, l’art. 17, comma 5, del d.lgs. n. 36/2023) – tra l’aggiudicazione del lotto e la stipula del contratto.

Viceversa, sempre ad avviso della decisione in commento, se non fosse stato rispettato un termine decorrente dalla stipula del contratto vi sarebbe stato un inadempimento rilevante unicamente sul piano negoziale e, conseguentemente, sarebbe stata giustificata (questa volta sì) la mera applicazione di penali.

Questo il nodo focale della decisione, che si ritiene opportuno riportare per esteso (con enfasi aggiunta), anche in considerazione della pregnanza ed esaustività delle considerazioni ivi espresse dal Collegio (pag. 13-15, punti 19 e ss. della sentenza): «*19. Il bando (capitolato speciale) prevedeva l’attribuzione di massimo 15 punti, su un totale di 80 punti previsti per l’offerta tecnica [...], da assegnare con la modalità della proporzionalità inversa, calcolato in ragione dei giorni (in meno rispetto al valore massimo di 120) offerti in gara per la messa a disposizione dell’intero lotto dei veicoli; **termine decorrente non già dalla stipula del contratto, ciò che avrebbe comportato un inadempimento e l’applicazione delle relative penali**, bensì dalla comunicazione dell’aggiudicazione ai sensi dell’art. 76 del d.lgs. 50 del 2016.*

20. Tale comunicazione è stata formalizzata alle ditte concorrenti (inclusa la controinteressata) in data 14 febbraio 2022, con nota prot. 302/2022.

21. La messa a disposizione dell’intero lotto dei veicoli si è completata soltanto nei successivi mesi di giugno-luglio 2022 (come riconosciuto con atto stragiudiziale dalla stessa aggiudicataria).

22. Il contratto è stato stipulato il 6 luglio 2022.

23. Il procedimento di gara, quindi, non si era ancora concluso con la stipula del contratto d’appalto.

24. **Esso si trovava ancora nella fase procedimentale intermedia di verifica della congruità e affidabilità dell'offerta (14 febbraio-6 luglio 2022).**

26. **Ragion per cui l'amministrazione, a fronte della mancata messa a disposizione dell'intero lotto, avrebbe dovuto inferire non già un inadempimento (a giustificazione delle penali) bensì la inaffidabilità stessa dell'offerta tecnica rivelatasi in grado di alterare il corretto esplicarsi del principio concorrenziale in funzione della scelta del miglior contraente e della migliore offerta.**

27. *Il giudice di primo grado ha ritenuto di poter valorizzare la penale prevista dal capitolato.*

Senonché, la questione non è il pagamento della penale a fronte di un inadempimento (ritardo) bensì la circostanza che se l'amministrazione ha inteso valorizzare ai fini dell'attribuzione del punteggio un determinato elemento dell'offerta (riconoscimento fino a 15 punti su 50 per la riduzione dei tempi di consegna, mediante applicazione della formula della proporzione inversa), e se tale criterio consente all'impresa (poi risultata aggiudicataria) di ottenere l'intero punteggio (15 punti), che poi risulteranno decisivi per l'aggiudicazione della commessa, allora questo stesso criterio non può successivamente "degradare" a mera penalità per il ritardo nella consegna dei mezzi.

28. **Diversamente opinando verrebbero compromessa la serietà stessa delle offerte e quindi della gara, in contrasto con l'interesse pubblico perseguito consistente nella ricerca dell'aggiudicatario più attendibile.**

29. *L'aggiudicazione della gara in favore dell'aggiudicataria è stata, pertanto, orientata (meglio, decisa) da una dichiarazione resa dalla controinteressata in sede di composizione e formulazione dell'offerta tecnica, ovvero un elemento oggettivo essenziale della stessa, determinante per la formazione della volontà in merito alla affidabilità e serietà dell'offerta medesima, in grado di incidere a valle sulla formazione della graduatoria finale; offerta risultata immediatamente inattendibile in ragione di una prestazione (oggetto dell'offerta medesima) rivelatasi impossibile.*

30. *Sul punto, il Collegio osserva che la verifica della percentuale di riduzione non ha una rilevanza soltanto in sede esecutiva.*

31. **Il Collegio condivide l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui "La comminatoria di penali in sede esecutiva ha infatti la funzione di sanzionare il mancato assolvimento dell'obbligo negoziale: laddove la verifica della praticabilità del contenuto dell'offerta ha la diversa (ed anzi opposta: in chiave di prevenzione di possibili inadempimenti) funzione di tutelare l'interesse della stazione appaltante a scegliere un contraente affidabile e a selezionare, con l'attribuzione del relativo punteggio, un'offerta seria. Portando ad estreme conseguenze l'argomento dell'appellante si avrebbe che l'offerente – in base ad una valutazione di convenienza economica – potrebbe deliberatamente offrire una prestazione impossibile, pur di aggiudicarsi la commessa, salvo monetizzare in termini di penali i propri inadempimenti: il che, a tacer d'altro, altererebbe un corretto esplicarsi della dinamica concorrenziale sottesa al**

procedimento di evidenza pubblica e frustrerebbe l'interesse dell'Amministrazione a selezionare il miglior contraente e la migliore offerta cui il medesimo procedimento è pure funzionale. Altro è infatti l'imprevisto ed episodico mancato rispetto degli impegni negoziali ed altro è una proposta contrattuale fondata su impegni a priori non mantenibili, o comunque con la riserva di verificarne l'effettiva praticabilità a valle" (cfr. Cons. Stato, sez. III, sentenza n. 4225 del 26 maggio 2022 – par. 5.1.)».

Alla luce di tali considerazioni, pertanto, l'aggiudicazione è stata annullata e l'amministrazione obbligata a rivalutare le offerte con ricalcolo dei punteggi; il Consiglio di Stato, poi, ha altresì specificato che se, all'esito della rideterminazione, risultasse primo graduato il ricorrente appellante, lo stesso, in ragione delle domande spiegate in giudizio, «*subentrerà nel contratto alle condizioni offerte in gara per l'intera durata originaria della commessa stabilita dal capitolato/bando di gara*».