

Pubblicato il 16/07/2024

N. 01494/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00950/2024 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 60 e 120, comma 5, cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 950 del 2024, proposto da
Omissis S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e
difesa dall'avvocato Omissis, con domicilio eletto presso il suo studio, in Salerno,
via Omissis;

contro

Comune di Cuccaro Vetere, non costituito in giudizio;
Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del Ministro pro tempore,
rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Salerno,
domiciliataria ex lege in Salerno, corso Vittorio Emanuele, n. 58;

nei confronti

Omissis S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e
difesa dagli avvocati Omissis, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in

Salerno,

Omissis;

Omissis S.r.l.s, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

della determina del Responsabile dell'Ufficio Tecnico Urbanistica del Comune di Cuccaro Vetere n. 38 dell'11 maggio 2024: aggiudicazione dell'appalto integrato di progettazione ed esecuzione della "Antica Via del Sale – Valorizzazione del percorso storico da Velia al Bosco Sacro della Bruca" (procedura CIG A004EFAD3B).

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e della Omissis S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla Omissis S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 luglio 2024 il dott. Olindo Di Popolo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Premesso che:

- col ricorso in epigrafe, la Omissis s.r.l. (in appresso, OMISSIS) impugnava, chiedendone l'annullamento, previa sospensione, i seguenti atti, inerenti alla procedura negoziata, indetta dal Comune di Cuccaro Vetere, per l'affidamento, col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto integrato di progettazione ed esecuzione della "Antica Via del Sale – Valorizzazione del percorso storico da Velia al Bosco Sacro della Bruca" (atto di invito prot. n. 2547 del 23 ottobre 2023): -- determina del Responsabile dell'Ufficio Tecnico Urbanistica del Comune di Cuccaro Vetere n. 38 dell'11 maggio 2024, recante l'aggiudicazione in

favore della Omissis s.r.l. (in appresso, L.); -- verbali di gara dell'8 marzo 2024, del 13 marzo 2024, del 20 marzo 2024 e del 17 aprile 2024;

- richiedeva, altresì, la declaratoria di inefficacia e il subentro nel contratto eventualmente stipulato con l'aggiudicataria, nonché la condanna dell'amministrazione intimata al risarcimento per equivalente monetario del danno derivante dal suo operato asseritamente illegittimo ed al pagamento delle sanzioni ex art. 123 cod. proc. amm.;

- a sostegno dell'esperito gravame, lamentava, in estrema sintesi, che: a) la concorrente Omissis s.r.l. (in appresso, G. I.), classificatasi al primo posto della graduatoria provvisoria di gara, non avrebbe dovuto essere esclusa dalla competizione soltanto all'esito della verifica di anomalia – come, invece, avvenuto nella specie –, ma avrebbe dovuto esserne estromessa già in sede di esame preliminare dell'offerta economica, il ribasso sull'importo a base di gara della progettazione (€ 17.641,16) essendo stato abnormemente e inammissibilmente praticato, nella misura del 95% (per un ammontare di € 882,06), in violazione delle norme imperative sull'equo compenso di cui agli artt. 1 ss. l. n. 49/2023, e non essendo, inoltre, assistito dalla firma del legale rappresentante dell'impresa (non surrogabile dalla firma digitale apposta sul corrispondente plico in formato zip); per modo che, se il confronto concorrenziale fosse stato così impostato, la OMISSIS avrebbe riportato un punteggio complessivo più alto (82,590) rispetto a quello (81,245) dell'aggiudicataria L.; b) pur avendo proposto, in prevalenza, le medesime migliorie in relazione ai sub-criteri A.1, A.2, B.1 e B.2, la L. avrebbe illogicamente ottenuto, per ciascuno di questi ultimi punteggi pari (15) o, comunque, prossimi (14,757) al massimo conseguibile (15), così da lucrare una indebita sopravvalutazione degli elementi costitutivi della propria offerta tecnica; c) per di più, le migliorie proposte in relazione ai sub-criteri A.1 e A.2 sarebbero, oltre che generiche, inconferenti rispetto all'oggetto di questi ultimi;

- l'intimato Comune di Cuccaro Vetere non si costituiva in giudizio;
- si costituiva, invece, in giudizio il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;
- costituitasi in resistenza, la controinteressata L. eccepiva l'infondatezza del gravame esperito ex adverso e proponeva ricorso incidentale avverso gli atti di gara impugnati in via principale;
- in particolare, a dire della ricorrente incidentale: a) in violazione dei punti 18.3 e 19.5 dell'atto di invito, la Commissione giudicatrice, nel valutare le offerte tecniche, avrebbe omesso di riparametrare il punteggio corrispondente al sub-criterio C.1 ed avrebbe, per tal via, finito per alterare il risultato concorsuale, che, senza un simile lapsus, avrebbe visto la L. classificarsi al primo posto della graduatoria di gara (con un punteggio complessivo pari a 91,062, in caso di esclusione della G. I. all'esito della verifica di anomalia, ovvero pari a 95,728, in caso di esclusione immediata della G. I.); b) in sede di domanda di partecipazione, il progettista designato dalla OMISSIS avrebbe omesso di attestare il possesso del requisito di capacità economico-finanziaria di cui al punto 7.1.3, lett. A, dell'atto di invito («fatturato globale nel settore specifico del presente appalto, riferito ai migliori tre degli ultimi cinque esercizi finanziari, non inferiore a 1,5 volte l'importo stimato dell'appalto, dunque non inferiore a 1 x 17.641,16, Cassa ed IVA escluse»); c) in pendenza della procedura di affidamento, la OMISSIS avrebbe perso la propria soggettività giuridica, la relativa durata essendo scaduta il 31 dicembre 2023; d) ed avrebbe perso, altresì, la propria qualificazione SOA, scaduta il 12 giugno 2024;
- il ricorso veniva chiamato all'udienza del 10 luglio 2024 per la trattazione dell'incidente cautelare;
- nell'udienza camerale emergeva che la causa era matura per la definizione immediata nel merito, essendo integro il contraddittorio, completa l'istruttoria e sussistendo gli altri presupposti di legge;

- le parti venivano sentite, oltre che sulla domanda cautelare, sulla possibilità di definizione del ricorso nel merito e su tutte le questioni di fatto e di diritto che la definizione nel merito pone;

Considerato, in rito, che:

- all'indomani della sentenza della Corte di giustizia UE del 5 settembre 2019, C-333/18, l'ordo questionum impone di dare priorità al gravame principale; e ciò in quanto, l'eventuale fondatezza del ricorso incidentale non potrebbe, in ogni caso, comportare l'improcedibilità del ricorso principale, mentre, in omaggio ai principi di economia dei mezzi processuali e della c.d. ragione più liquida, l'eventuale inammissibilità, irricevibilità o infondatezza del ricorso principale consentirebbe di dichiarare l'improcedibilità del ricorso incidentale: infatti, in seguito alla reiezione in rito o nel merito del gravame principale, con conseguente formazione del giudicato sulla legittimità (rectius: sulla non illegittimità sulla base dei motivi dedotti) della controversa ammissione in gara del controinteressato, quest'ultimo non potrebbe nutrire alcun ulteriore interesse all'accoglimento del ricorso incidentale, essendo divenuto intangibile il bene sostanziale della vita da lui ambito (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. IV, n. 4431/2020; n. 6151/2020; n. 3094/2021; sez. V, n. 1536/2022; TAR Campania, Napoli, sez. IV, n. 1559/2022; TAR Lazio, Roma, sez. III, n. 14376/2022; sez. V, n. 5663/2023; sez. III, n. 6825/2024; TAR Friuli Venezia Giulia, Trieste, n. 539/2022; cfr., già prima di CGUE 5 settembre 2019, C-333/18, Cons. Stato, ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9);

Considerato, in merito al ricorso principale, che:

a) con riguardo alla questione della lesione dell'equo compenso ex artt. 1 ss. l. n. 49/2023:

- in primis, giova, precipuamente, rammentare che la l. n. 49/2023: -- all'art. 1, definisce l'equo compenso come «compenso proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione

professionale», nonché conforme ai parametri di cui ai relativi decreti ministeriali per le varie professioni (avvocato, ingegnere, architetto, ecc.); -- all'art. 2, individua l'ambito di applicazione della normativa, che afferisce anche alle prestazioni rese dai professionisti in favore della pubblica amministrazione; -- all'art. 3, comma 1, sanziona con la nullità le clausole che non prevedono un compenso equo e proporzionato all'opera prestata, e cioè le clausole che individuano una remunerazione inferiore agli importi stabiliti dai cennati parametri ministeriali; -- all'art. 3, comma 5, prevede che il professionista possa impugnare il contratto recante importo inferiore ai suddetti parametri innanzi al tribunale competente, per farne valere la nullità e chiedere la rideterminazione giudiziale del compenso per l'attività svolta;

- ora, il Collegio non ignora che TAR Veneto, Venezia, sez. II, n. 632/2024 e TAR Lazio, Roma, sez. V, n. 8580/2024, nel presupposto dell'applicabilità del principio dell'equo compenso ai rapporti tra prestatori d'opera intellettuale e pubblica amministrazione, sancita dall'art. 8 del d.lgs. n. 36/2023, nonché nel presupposto della ravvisata compatibilità della disciplina dettata dalla l. n. 49/2023 a salvaguardia dell'equilibrio sinallagmatico del rapporto di prestazione d'opera professionale con quella dettata dal citato d.lgs. n. 36/2023 in materia di contratti pubblici, hanno ritenuto che le norme prescrittive dell'equo compenso in favore dei professionisti – riguardati nella relativa posizione di 'contraenti deboli' – siano imperative ed eterointegrative della lex specialis di gara, così da rendere in radice incongrue le offerte economiche – quale, a dire della OMISSIS, quella della G. I. – formulate in violazione di esse, laddove contemplanti ribassi sui corrispettivi delle prestazioni professionali richieste in appalto;

- entrambe le pronunce richiamate postulano, tuttavia, l'estromissione di simili offerte economiche non già – come propugnato dalla ricorrente principale – a

monte, bensì – come, appunto, avvenuto nella specie – a valle della relativa verifica di anomalia;

- è, infatti, soltanto all'esito di quest'ultimo subprocedimento che si rende compiutamente e concretamente apprezzabile, entro il contesto complessivo dell'offerta economica scrutinata, la voce corrispondente alle remunerazioni spettanti ai professionisti incaricati dall'impresa concorrente, la cui esatta entità andrà, in tale appropriata sede, rapportata ai parametri tabellari vigenti;

- la predicata eterointegrazione della disciplina di gara con quella sull'equo compenso professionale sconta, peraltro, i limiti intrinseci ed estrinseci di compatibilità o sovrapponibilità dei due impianti normativi (d.lgs. n. 36/2023 e l. n. 49/2023), che incidono su campi di materie e rispondono a finalità tra loro non perfettamente coincidenti ed omogenee;

- in particolare, detta compatibilità o sovrapponibilità (forse più efficacemente definibile in termini di 'non antinomia') è stata considerata dall'ANAC, nell'atto del Presidente del 19 aprile 2024, indirizzato alla Cabina di Regia per il Codice dei contratti pubblici, sotto un'angolazione diversa rispetto a quella da cui muovono i richiamati arresti giurisprudenziali; e cioè nella plausibile prospettiva che il regime dell'equo compenso non deroghi, bensì integri il sistema dei contratti pubblici, senza frustrarne la sostanza proconcorrenziale di derivazione euro-unitaria (artt. 49, 56, 101 TFUE, 15 della dir. 2006/123/CE), e, quindi, senza elidere in radice la praticabilità del ribasso sui corrispettivi professionali, la cui determinazione non è da intendersi rigidamente vincolata a immodificabili parametri tabellari, ma la cui congruità (in termini di equilibrio sinallagmatico) rimane, in ogni caso, adeguatamente assicurata dal modulo procedimentale di verifica all'uopo codificato, quale, appunto, esperito nei confronti della G. I., esclusa per acclarata anomalia anche del ribasso praticato sul corrispettivo dei servizi di progettazione;

- in altri termini, il Codice dei contratti pubblici, tramite il subprocedimento di verifica di anomalia delle offerte, risulta apprestare meccanismi idonei ad evitare che le prestazioni professionali siano rese a prezzi incongrui, consentendo, nel contempo, alle amministrazioni di affidare gli appalti a prezzi più competitivi;

- «Nel definire il rapporto esistente tra i due sistemi – argomenta il citato atto del Presidente dell'ANAC del 19 aprile 2024 – occorre ... considerare che la legge n. 49/2023, sebbene successiva al Codice, non ha derogato espressamente allo stesso, ai sensi del relativo art. 227, e pertanto la stessa si applica ai contratti pubblici nell'ambito della relativa disciplina. D'altra parte, lo stesso art. 3, comma 3, della legge n. 49/2023 stabilisce che non sono nulle le clausole che riproducono disposizioni di legge ovvero che riproducono disposizioni o attuano principi europei.

Occorre inoltre evidenziare che anche il codice dei contratti pubblici già persegue la finalità sottesa alla legge n. 49/2023, pur dovendo naturalmente orientarsi nel rispetto del diritto europeo e dei principi generali in esso declinati, oltre che con modalità adeguate al meccanismo della gara pubblica. In tale ottica devono essere lette le disposizioni di seguito richiamate. In attuazione dell'articolo 8, comma 2, il quale prevede che la pubblica amministrazione garantisca l'applicazione del principio dell'equo compenso; l'articolo 41, comma 15, fissa la modalità per l'individuazione dei corrispettivi da porre a base di gara facendo riferimento alle tabelle contenute nell'allegato I.13. L'articolo 108, comma 2, individua, quale criterio di aggiudicazione per i servizi tecnici di importo pari o superiore a 140.000,00 euro quello del miglior rapporto qualità-prezzo, garantendo un'adeguata valutazione dell'elemento qualitativo. È prevista l'applicazione di specifici meccanismi volti a scongiurare la presentazione di offerte eccessivamente basse e, quindi, non sostenibili (la disciplina sull'anomalia dell'offerta, la possibilità di prevedere

un'appropriata ponderazione tra punteggio qualitativo ed economico, la possibilità di utilizzare formule per il punteggio economico che disincentivino eccessivi ribassi). Così interpretato, il quadro normativo di riferimento appare coerente sia a livello nazionale che a livello europeo. Sotto quest'ultimo profilo occorre considerare che l'articolo 3, comma 3, della legge n. 49/2023 fa salve dalla sanzione della nullità le clausole che prevedono l'applicazione di compensi inferiori ai minimi tabellari in quanto riprodottrici di disposizioni di legge (tra cui rientrano le disposizioni comunitarie e nazionali in materia di contratti pubblici) o attuative di principi europei (tra cui il principio di concorrenza).

Appare opportuno evidenziare, altresì, che la previsione di tariffe minime non soggette a ribasso rischia di porsi in contrasto con il diritto euro-unitario, che impone di tutelare la concorrenza. Come chiarito dalla Corte di Giustizia con la sentenza del 4 luglio 2019, causa C-377/2017, infatti, in materia di compensi professionali, l'indicazione delle tariffe minime e massime è vietata in quanto incompatibile con il diritto dell'Unione Europea, ma sono comunque ammesse deroghe per motivi di interesse pubblico, come la tutela dei consumatori, la qualità dei servizi e la trasparenza dei prezzi, posizione confermata dalla successiva sentenza del 25/1/2024, causa C-438/2022 secondo cui le tariffe minime relative al compenso professionale degli avvocati devono essere disapplicate in quanto contrastanti con il principio di concorrenza.

È inoltre opportuno evidenziare che la legge n. 49/2023 è applicabile ai rapporti professionali aventi ad oggetto prestazioni d'opera intellettuale di cui all'art. 2230 del Codice civile (contratto d'opera caratterizzato dall'elemento personale nell'ambito di un lavoro autonomo) e più in generale a tutti quei rapporti contrattuali caratterizzati dalla posizione dominante del committente, in cui è necessario ripristinare l'equilibrio sinallagmatico. I contratti pubblici aventi ad oggetto la prestazione di servizi di ingegneria e architettura, invece, sono normalmente riconducibili ai

contratti di appalto ex articolo 1655 del Codice civile, con cui una parte assume l'organizzazione dei mezzi necessari e la gestione a proprio rischio.

Nel merito si ritiene utile considerare che la concorrenza sul prezzo, in ogni sua componente, rappresenta un elemento essenziale per il corretto dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali delle gare pubbliche e che l'eventuale limitazione alle sole spese generali o all'elemento qualitativo rischierebbe di introdurre di fatto una barriera all'ingresso per gli operatori, più giovani, meno strutturati e di minore esperienza.

Sotto il profilo della spesa pubblica, l'Autorità ritiene ulteriormente necessario mettere in evidenza che, ai sensi dell'articolo 13 della legge n. 49/2023, dall'attuazione della stessa legge “non devono derivare, nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica”, circostanza che, invece, si realizzerebbe in caso di gare a prezzo fisso. L'opzione individuata consente di mantenere il quadro economico finanziario della programmazione che è già stata fatta per gli investimenti del PNRR, quadro economico-finanziario che invece rischierebbe di essere compromesso, con evidenti ricadute sui tempi di attuazione ed aumento del contenzioso, in caso di valutazioni diverse. Considerazioni analoghe possono essere effettuate anche per gli investimenti non legati al PNRR.

Infine, va considerato che l'applicazione dell'articolo 3, comma 5, della richiamata legge n. 49/2023, che ammette il ricorso al giudice civile per contestare l'affidamento ad un prezzo inferiore rispetto a quello definito in ossequio all'allegato I.13 del d. lgs 36/2023, oltre a determinare una sovrapposizione con i poteri e le competenze delle stazioni appaltanti in termini di verifica della congruità delle offerte, produrrebbe una situazione di assoluta instabilità e incertezza sull'affidamento e sulle relative condizioni, con evidenti ripercussioni sulla spesa pubblica. In particolare, l'esito positivo del giudizio ordinario comporterebbe la necessaria modifica del quadro economico finanziario dell'intervento, con conseguenti

ricadute, anche sulla capacità di spesa futura, che appaiono tanto più evidenti per gli interventi finanziati con i fondi del PNRR»;

- l'illustrata specialità del sistema dei contratti pubblici, che risponde ad una sua immanente logica proconcorrenziale, per certi versi antagonista rispetto all'irrigidimento tabellare di singole voci di offerta, impedisce, dunque, di cristallizzare i compensi professionali tramite la propugnata eterointegrazione automatica delle disposizioni della l. n. 49/2023; e induce, piuttosto, a considerare queste ultime a guisa di principi direttivi cui la stazione appaltante deve indefettibilmente improntare la propria valutazione di congruità dell'offerta provvisoriamente aggiudicataria;

- ne è riprova la previsione dell'art. 8, comma 2, del d.lgs. n. 36/2023, il quale, se da un lato, stabilisce che «la pubblica amministrazione garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso», d'altro lato, ammette, sia pure «in casi eccezionali e previa adeguata motivazione», perfino «prestazioni d'opera intellettuale ... rese dai professionisti gratuitamente»;

- in ogni caso, il predicato meccanismo di eterointegrazione – che, stando alla prospettazione attorea, dovrebbe, nella specie, operare in relazione punto 19.6 dell'atto di invito, non annoverante tra le cause di esclusione delle offerte economiche la violazione della l. n. 49/2023 – non appare fondatamente invocabile a fronte del delineato quadro normativo, tutt'altro che univoco e perspicuo circa l'incidenza della disciplina in materia di equo compenso professionale sul regime dei contratti pubblici;

- in questo senso, l'ANAC, nel parere di precontenzioso n. 101 del 28 febbraio 2024, ha così argomentato la ritenuta inapplicabilità delle disposizioni della l. n. 49/2023 in via di eterointegrazione della lex specialis: «secondo il prevalente indirizzo giurisprudenziale, di regola, le condizioni di partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici devono essere tutte indicate nel bando di gara, la

cui eterointegrazione con obblighi imposti da norme di legge deve ritenersi ammessa in casi eccezionali, poiché l'enucleazione di cause di esclusione non conosciute o conoscibili dai concorrenti contrasta con i principi europei di certezza giuridica e di massima concorrenza Cons. Stato, V, 28 ottobre 2016, n. 4553); si è osservato, in particolare, che l'eterointegrazione del bando costituisce – in relazione alla sua attitudine ad incidere in maniera significativa sull'affidamento che la platea dei potenziali concorrenti deve poter nutrire sulla chiarezza, precisione ed univocità delle condizioni richieste per l'accesso alle procedure evidenziali, la cui formulazione incombe alla stazione appaltante – dispositivo del tutto eccezionale, suscettibile di operare solo in presenza di norme di settore a generale attitudine imperativa, la cui deroga sia in principio preclusa alle opzioni programmatiche della stessa amministrazione aggiudicatrice (Cons. Stato, 28 agosto 2019, n. 5922). Anche la Corte di Giustizia ha riconosciuto che il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, consentendo allo stesso un termine per regolarizzare la posizione (Corte di Giustizia, sentenza 2 giugno 2016, C-27/15, Pippo Pizzo)»;

b) con riguardo alla questione della mancata sottoscrizione digitale, da parte del legale rappresentante della G. I., del ribasso offerto sull'importo della progettazione:

- innanzitutto, il tenore dell'atto di invito è tutt'altro che univoco circa le ricadute (espulsive o meno) dell'obliterata sottoscrizione digitale dell'offerta economica;
- ed invero, se, da un lato, il punto 19.6 stabilisce che «sono escluse, dopo l'apertura della busta telematica dell'«Offerta Economica», le offerte ... mancanti della firma del soggetto competente o, in caso di raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario non ancora formalizzati, di uno dei soggetti competenti degli operatori

economici raggruppati o consorziati», d'altro lato, il punto 19.4 stabilisce che «il difetto di sottoscrizione della domanda di partecipazione, delle dichiarazioni richieste e dell'offerta è sanabile»;

- a fronte dell'ambiguità della *lex specialis*, la denunciata omissione era, dunque, rimediabile tramite soccorso istruttorio, in omaggio al principio ordinamentale del *favor participationis*;

- peraltro, come illustrato da TAR Campania, Napoli, sez. I, n. 4363/2023, nel contesto delle procedure telematiche, dove una serie di elementi tecnologici impedisce l'incertezza sulla provenienza dell'offerta, l'offerta priva di firma digitale è da reputarsi sanabile tramite soccorso istruttorio (cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. I, n. 1911/2022);

- ed invero è «più aderente alla procedura telematica una visione sostanzialistica del problema», poiché «le piattaforme informatiche . . . garantiscono la piena tracciabilità dei dati immessi in procedura e della tempistica del relativo trattamento [e] di fatto rendono conoscibili tutte le fasi della procedura e tutti gli atti che in essa sono confluiti, con piena garanzia di immodificabilità, segretezza e inviolabilità delle offerte» (cfr. TAR Campania, Napoli, sez. VIII, n. 7692/2021);

- in questo senso, l'ANAC «ha sostenuto quindi l'illegittimità dell'esclusione nei casi in cui, in base alle circostanze concrete, l'offerta risultava con assoluta certezza riconducibile e imputabile a un determinato soggetto o operatore economico (cfr. delibera n. 265 del 17 marzo 2020). La carenza strutturale dell'atto viene in tal caso superata in considerazione del superiore interesse dell'amministrazione nella procedura di gara a non escludere un concorrente che è identificabile con assoluta certezza sulla base di altri elementi acquisiti aliunde, nell'ambito della documentazione prodotta. Di conseguenza, è esperibile il soccorso istruttorio nell'ipotesi in cui la documentazione di partecipazione prodotta sia priva di sottoscrizione [ove] la domanda di partecipazione e la relativa documentazione

allegata siano in qualche modo riconducibili al concorrente e che quindi la mancata sottoscrizione non precluda la riconoscibilità della provenienza della documentazione di partecipazione e non comporti un'incertezza assoluta sulla stessa»;

- ferme restando le superiori considerazioni, nel caso in esame, l'offerta economica relativa all'importo della progettazione neppure risultava tout court priva della sottoscrizione digitale del legale rappresentante della G. I., quest'ultima figurando, comunque, apposta sul plico in formato "zip" (busta telematica "C – Offerta economica"), contenente l'offerta economica sui servizi di progettazione;

- proprio la sottoscrizione digitale della busta telematica è, infatti, ciò che, prima e più di tutto, garantisce la certezza in ordine alla paternità ed autenticità dell'offerta economica ivi contenuta;

- al riguardo, giova richiamare la seguente descrizione della procedura telematica elargita, in termini puntuali e sintetici, da Cons. Stato, sez. III, n. 4050/2016: «... ciò che caratterizza le gare telematiche rispetto ad una tradizionale gara d'appalto è l'utilizzo di una piattaforma on-line di e-procurement e di strumenti di comunicazione digitali (firma digitale e PEC), che di fatto rendono l'iter più efficiente, veloce e sicuro rispetto a quello tradizionale, basato sull'invio cartaceo della documentazione e delle offerte. Le fasi di gara seguono una successione temporale che offre garanzia di corretta partecipazione, inviolabilità e segretezza delle offerte: la firma digitale garantisce infatti la certezza del firmatario dell'offerta e la marcatura temporale ne garantisce la data certa di firma e l'univocità della stessa. Attraverso l'apposizione della firma e marcatura temporale, da effettuare inderogabilmente prima del termine perentorio fissato per la partecipazione, e la trasmissione delle offerte esclusivamente durante la successiva fase di finestra temporale, si garantisce la corretta partecipazione e inviolabilità delle offerte. I sistemi provvedono, infatti, alla verifica della validità dei certificati e della data e ora

di marcatura: l'affidabilità degli algoritmi di firma digitale e marca temporale garantiscono la sicurezza della fase di invio/ricezione delle offerte in busta chiusa. Nella gara telematica la conservazione dell'offerta è affidata allo stesso concorrente, garantendo che questa non venga, nelle more, modificata proprio attraverso l'imposizione dell'obbligo di firma e marcatura nel termine fissato per la presentazione delle offerte. Firma e marcatura corrispondono alla "chiusura della busta". Il Timing di gara indica all'impresa non solo il termine ultimo perentorio di "chiusura della busta", ma anche il periodo e relativo termine ultimo di upload (trasferimento dei dati sul server dell'azienda appaltante). Alla chiusura del periodo di upload, le offerte in busta chiusa sono disponibili nel sistema; al momento dell'apertura delle offerte il sistema redige in automatico la graduatoria, tenendo conto anche dei punteggi tecnici attribuiti dalla Commissione, graduatoria che viene pubblicata con l'indicazione delle offerte pervenute, del punteggio tecnico ed economico complessivo attribuito e del miglior prezzo. Inoltre, nessuno degli addetti alla gestione della gara potrà accedere ai documenti dei partecipanti, fino alla data ed all'ora di seduta della gara, specificata in fase di creazione della procedura»; - in tale prospettiva, TAR Puglia, Lecce, sez. II, n. 695/2022, sulla scorta della giurisprudenza secondo cui «la funzione della sottoscrizione della documentazione e dell'offerta è di renderla riferibile al presentatore dell'offerta vincolandolo all'impegno assunto, con la conseguenza che laddove tale finalità risulti in concreto conseguita, con salvaguardia del sotteso interesse dell'amministrazione, non vi è spazio per interpretazioni formali delle prescrizioni di gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2016, n. 4881; sez. V, 27 aprile 2015, n. 2063; sez. VI, 15 dicembre 2010, n. 8933), ha ritenuto che «la sottoscrizione con firma digitale del file compresso in formato "zip" ad opera dell'operatore economico accreditato sulla piattaforma di gara appare sufficiente ad assicurare certezza sulla provenienza e

sull'integrità dei documenti da cui detto file è composto, garantendo il sostanziale rispetto del principio di par condicio tra i concorrenti in gara»;

c) con riguardo alla questione dell'indebita valutazione delle migliori proposte dalla L. in relazione ai sub-criteri A.1, A.2, B.1 e B.2:

- in primis, va ricordato che la valutazione e la conseguente attribuzione dei punteggi ai vari elementi di un'offerta tecnica attiene all'espressione di un giudizio tecnico-discrezionale di competenza esclusiva della commissione all'uopo preposta: nelle gare pubbliche da aggiudicarsi sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'amministrazione non applica, infatti, 'scienze esatte', che conducono ad un risultato certo e univoco, ma formula un giudizio tecnico-discrezionale di ordine sintetico-globale, connotato da un fisiologico margine di opinabilità, per sconfessare il quale non è sufficiente evidenziare la sua mera non condivisibilità sotto profili parcellizzati, dovendosene, piuttosto, dimostrare la palese e complessiva inattendibilità, con la conseguenza che, ove non emergano travisamenti, pretestuosità o irrazionalità, ma solo margini di opinabilità e non condivisibilità della valutazione operata dalla stazione appaltante, l'adito organo giurisdizionale non può sovrapporre a quest'ultima la propria, pena, altrimenti, il suo indebito sconfinamento nella sfera di potere riservata all'agere amministrativo (sul punto, cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. V, 7 luglio 2015, n. 3339; 5 aprile 2016, n. 1331; sez. III, 24 maggio 2017, n. 2452; sez. V, 24 luglio 2017, n. 3645; sez. V, 18 dicembre 2017, n. 5934; sez. III, 19 aprile 2019, n. 2550; sez. V, 6 maggio 2019, n. 2893; sez. IV, 20 aprile 2023, n. 4019; sez. V, 25 agosto 2023, n. 7942; 4 dicembre 2023, n. 10494; sez. III, 15 dicembre 2023, n. 10883; sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1911);

- ebbene, nella specie, la OMISSIS risulta aver fornito una rappresentazione decettivamente unilaterale, autoreferenziale ed ellittica della contestata meritevolezza dell'offerta tecnica della L., fondandosi sul prevenuto assioma della

replicazione dei punteggi conseguiti in relazione alle medesime voci migliorative e dell'inconferenza di talune di queste rispetto ai sub-criteri ad esse applicati;

- al riguardo, giova rammentare che i cennati sub-criteri A.1, A.2, B.1 e B.2 sono così declinati al punto 18.1 dell'atto di invito:

«A. Soluzioni progettuali volte al miglioramento della proposta architettonica. Ai fini dell'attribuzione dei punteggi, gli interventi proposti saranno valutati in base alla funzionalità, alla qualità, al pregio estetico:

A.1. Qualità architettonica della proposta: soluzioni funzionali e inserimento nel contesto urbano e ambientale dell'intervento di viabilità pedonale e di raccordo tra le pavimentazioni esistenti dei centri storici.

A.2. Qualità della proposta: miglioramento degli attraversamenti sui corsi d'acqua ed opere accessorie.

B. Soluzioni migliorative e/o innovative dal punto di vista tecnologico nel rispetto dei C.A.M. Ai fini dell'attribuzione dei punteggi, gli interventi proposti saranno valutati in base al pregio tecnico ed utilizzo di materiali che diminuiscono il costo di manutenzione e prolunghino la vita media delle opere.

B.1. Miglioramento dei materiali di pavimentazione e loro sistema di posa in opera al fine di aumentarne la durata e ridurre le manutenzioni anche con opere di completamento ed integrazione nel rispetto dei requisiti estetici e di inserimento ambientale di progetto.

B.2. Miglioramenti della segnaletica ed accessori al fine di aumentare la riconoscibilità dell'unità dell'opera»;

- ora, è pur vero che l'offerta tecnica della L. riferisce le seguenti proposte migliorative sia al sub-criterio A.1 sia al sub-criterio A.2 sia al sub-criterio B.1: -- ulteriori mq 200 di pavimentazione in calcestruzzo drenante colorato tipo ecodrain; -- sostituzione dello strato di fondazione in misto granulare stabilizzato con legante naturale previsto in progetto nel Tratto B Pian del Pero – Cognulo con mq 2.258 di

pavimentazione tipo nature stabil road; -- ulteriori mq 100 di pavimentazione in scheggioni di pietrame calcareo, spessore cm 20, e mq 100 di pavimentazione in scheggioni di pietrame calcareo, spessore cm 10; -- mq/cm 3.000 di conglomerato bituminoso per strato di usura (tappetino);

- ed è pur vero che la stessa riferisce le seguenti proposte migliorative sia al sub-criterio A.1 sia al sub-criterio A.2: -- n. 3 biciclette elettriche a pedalata assistita; - n. 3 portabici; - ulteriori n. 2 tabelle rettangolari di informazioni turistiche; -- m 300 di recinzione in ferro per delimitazione percorso ciclopedonale; -- stazione di allenamento multifunzionale; -- n. 2 panchine; -- n. 3 cestini circolari; -- n. 1 cestino triplo; -- ulteriori mc 100 di muratura per elevazione in pietrame calcareo; -- m 100 di palizzata di contenimento; -- sostituzione di m 55 di passerella pedonale per attraversamento depressioni altimetriche, canali o corsi d'acqua, previsti in progetto, con m 55 di passerella in lamiera pressopiegata in corten; -- n. 30 tabelle segnavia in MEG/Laminato a forma di freccia; -- n.40 di tabelle località in MEG; -- n. 30 tabelle “Rispetta la natura segui il sentiero”; -- n. 20 tabelle di sentiero tematico; -- n.10 tabelle di itinerario per bici e/o cavalli; -- n. 5 tabelloni o pannelli di insieme; -- n. 10 segnavia semplici di colore bianco; -- n. 10 segnavia a bandiera di colore rosso-bianco-rosso; -- n. 5 frecce di colore rosso; -- n. 10 picchetti segnavia; mentre riferisce gli ulteriori mq 200 di pavimentazione in calcestruzzo drenante colorato tipo ecodrain sia al sub-criterio A.1 sia al sub-criterio B.1;

- ma è altrettanto vero che, nel coacervo di migliorie offerte dalla controinteressata, svariate voci risultano rilevare sia a guisa di «soluzioni funzionali e inserimento nel contesto urbano e ambientale dell'intervento di viabilità pedonale e di raccordo tra le pavimentazioni esistenti dei centri storici» (sub-criterio A.1), sia a guisa di «miglioramento degli attraversamenti sui corsi d'acqua ed opere accessorie» (sub-criterio A.2), sia a guisa di «miglioramento dei materiali di pavimentazione e loro sistema di posa in opera al fine di aumentarne la durata e ridurre le manutenzioni

anche con opere di completamento ed integrazione nel rispetto dei requisiti estetici e di inserimento ambientale di progetto» (sub-criterio B.1) (sostituzione dello strato di fondazione in misto granulare stabilizzato con legante naturale previsto in progetto nel Tratto B Pian del Pero – Cognulo con mq 2.258 di pavimentazione tipo nature stabil road; ulteriori mq 100 di pavimentazione in scheggioni di pietrame calcareo, spessore cm 20, e mq 100 di pavimentazione in scheggioni di pietrame calcareo, spessore cm 10; mq/cm 3.000 di conglomerato bituminoso per strato di usura), ovvero sia a guisa di «soluzioni funzionali e inserimento nel contesto urbano e ambientale dell'intervento di viabilità pedonale e di raccordo tra le pavimentazioni esistenti dei centri storici» (sub-criterio A.1), sia a guisa di «miglioramento degli attraversamenti sui corsi d'acqua ed opere accessorie» (sub-criterio A.2) (biciclette elettriche a pedalata assistita; portabici; stazione di allenamento multifunzionale; panchine; tabelle segnaletiche; m 300 di recinzione in ferro per delimitazione percorso ciclopedonale; cestini per rifiuti; ulteriori mc 100 di muratura per elevazione in pietrame calcareo; m 100 di palizzata di contenimento; sostituzione di m 55 di passerella pedonale per attraversamento depressioni altimetriche, canali o corsi d'acqua, previsti in progetto, con m 55 di passerella in lamiera pressopiegata in corten), ovvero sia a guisa di «soluzioni funzionali e inserimento nel contesto urbano e ambientale dell'intervento di viabilità pedonale e di raccordo tra le pavimentazioni esistenti dei centri storici» (sub-criterio A.1), sia a guisa di «miglioramento dei materiali di pavimentazione e loro sistema di posa in opera al fine di aumentarne la durata e ridurre le manutenzioni anche con opere di completamento ed integrazione nel rispetto dei requisiti estetici e di inserimento ambientale di progetto» (sub-criterio B.1) (sostituzione dello strato di fondazione in misto granulare stabilizzato con legante naturale previsto in progetto nel Tratto B Pian del Pero – Cognulo con mq 2.258 mq di pavimentazione tipo nature stabil road)

- così come è altrettanto vero che tra le voci 'comuni' la L. ne ha enfatizzato la specifica ed elettiva pertinenza ai singoli sub-criteri; e ciò, ad es., precisando: -- con precipuo riferimento al sub-criterio A.1, le caratteristiche delle ulteriori n. 2 tabelle rettangolari di informazioni turistiche, della stazione di allenamento multifunzione, delle panchine, dei cestini per rifiuti; -- con precipuo riferimento al sub-criterio A.2, le caratteristiche della sostituzione di m 55 di passerella pedonale previsti in progetto con m 55 di passerella pedonale realizzata in lamiera pressopiegata in corten (in dettaglio: «Passerella pedonale, per attraversamento depressioni altimetriche, canali o corsi d'acqua, realizzata in lamiera pressopiegata in corten di giusto spessore, di luce netta da m 3,00 a m 10, di larghezza netta non inferiore a m 2,00, così costituita: - n. 2/3 profilati in corten pressopiegata sezione a C portanti di adeguata sezione in funzione della luce; - traversi di irrigidimento in profilato metallico corten pressopiegati sezione a C posizionati a intervalli non inferiori a m 1,00, di adeguata sezione; - diagonali orizzontali con funzione di controventamento, di adeguata sezione, in funzione della luce netta;- tavolato in legno di essenza dura, stagionato, protetto con impregnante, di spessore non inferiore a mm 50, fissato con viti al supporto in acciaio;- parapetto costituito da montanti in legno di essenza dura, protetto con impregnante e rinforzati da profilati in acciaio incastrati e resi solidali, con correnti orizzontali aventi le stesse caratteristiche costruttive. La passerella sarà assemblata sul posto di installazione, su spalle in cls. armato tramite piastre in acciaio o direttamente su altra struttura di appoggio realizzata come da prescrizioni e relazioni tecniche progettuali fuori dall'alveo»); -- con precipuo riferimento al sub-criterio B.1, le caratteristiche sostituzione dello strato di fondazione in misto granulare stabilizzato con legante naturale previsto in progetto nel Tratto B Pian del Pero – Cognulo con mq 2.258 di pavimentazione tipo nature stabil road (in dettaglio: «Premiscelato legante-consolidante ecocompatibile a base di calce idrauliche e ossidi inorganici, specifico per gli interventi di stabilizzazione di inerti granulari naturali in

zone vincolate e coadiuvante di stagionatura in dispersione acquosa, specifico per il trattamento superficiale stagionante ed antievaporante di pavimentazioni in inerte naturale legato e stabilizzato. L'utilizzo di questo prodotto permette la realizzazione di pavimentazioni conformi a quanto previsto nel criterio 2.3.2, permeabilità della superficie territoriale, del C.A.M. "Affidamento di servizi di progettazione e affidamento di lavori per interventi edilizi" (approvato con d.m. 23 giugno 2022 n. 256, G.U. n. 183 del 6 agosto 2022 – in vigore dal 4 dicembre 2022), sia in termini di superficie permeabile che per il coefficiente di deflusso $< 0,5$, con l'aggiunta di Prodotto coadiuvante tipo stabilcure in dispersione acquosa ad azione antievaporante specifico per il trattamento superficiale di pavimentazioni realizzate con inerte naturale legato e stabilizzato»);

- non senza soggiungere che, in relazione al solo al sub-criterio B.1, sono contemplate, in via esclusiva, i seguenti interventi migliorativi: «Le attrezzature e gli automezzi che saranno utilizzati durante l'esecuzione dei lavori, e necessari per la realizzazione degli stessi, saranno ad alta efficienza e a basso impatto ambientale, dotati di particolari dispositivi di riduzione delle emissioni dagli scarichi e di riduzione del rumore. In progetto è prevista la pavimentazione con vecchi selci ... su letto di sabbia o pietrisco fine di spessore 10 cm. Per migliorare il sistema di posa, al fine di aumentare la durata e ridurre le manutenzioni, la scrivente propone di aumentare lo spessore della sabbia o pietrisco a 12 cm. In progetto è prevista la realizzazione di staccionata dell'altezza utile di 1.00 mt, realizzata con paletti di castagno ... Voce AP01 e Staccionata rinforzata in paletti di castagno ... Voce AP02. Con l'obiettivo di migliorare l'opera al fine di aumentarne la durata e ridurre le manutenzioni a carico della stazione appaltante, la scrivente impresa propone, per migliorare entrambe le tipologie di staccionate, i seguenti trattamenti: - Bruciatura della punta del palo. Si tratta di una tecnica antica ecologica al 100%, che consiste nella carbonizzazione della punta del palo e della zona a contatto con il terreno.

Applicandola, il legno diverrà molto più resistente all'aggressione di insetti, funghi e muffe»;

- tanto basta al Collegio per escludere la sussistenza di palesi illogicità o travisamenti, suscettibili di infirmare la valutazione compiuta dalla Commissione giudicatrice, nei limiti dei quali quest'ultima è da intendersi giurisdizionalmente sindacabile;

Ritenuto, in conclusione, che:

- stante la sua ravvisata infondatezza, il ricorso principale va respinto;
- dalla reiezione del ricorso principale discende, poi, l'improcedibilità del ricorso incidentale, per carenza di interesse a coltivarlo;
- la particolare complessità delle questioni dedotte giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando:

- respinge il ricorso principale;
- per l'effetto, dichiara improcedibile il ricorso incidentale;
- compensa interamente tra le parti le spese di lite.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 10 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Nicola Durante, Presidente

Olindo Di Popolo, Consigliere, Estensore

Gaetana Marena, Referendario

L'ESTENSORE
Olindo Di Popolo

IL PRESIDENTE
Nicola Durante

IL SEGRETARIO