



Ill.mo

**TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
PER LA LOMBARDIA – MILANO**

RICORSO

Per il **Consorzio Leonardo Servizi e Lavori “Società Cooperativa Consortile Stabile”** (C.F./P. IVA 01535090474), in persona del legale rappresentante *pro tempore* Gino Giuntini, con sede in Pistoia alla Via degli Orafi, 2, rappresentato e difeso dagli Avvocati Matteo Valente (c.f. VLNMTT81C30H501F), Antonietta Favale (c.f. FVLNNT80M49G786Q), Angelo Annibali (c.f. NNBNG76E18C773B) e Gabriele Tricamo (TRCGRL77R31F205P) ed elettivamente domiciliato presso lo studio AOR Avvocati in Milano, alla Via Durini, n. 25, giusta procura in calce al presente atto. I recapiti per la ricezione delle comunicazioni sono:

06.39738792 (fax),

matteovalente@ordineavvocatiroma.org

antoniettafavale@ordineavvocatiroma.org

angelo.annibali@pecavvocaticivitavecchia.it

gabriele.tricamo@milano.pecavvocati.it (pec)

- *ricorrente*

contro

Ministero dell’Interno (C.F. 97149560589), in persona del Ministro in carica, legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso *ex lege* dall’Avvocatura Distrettuale dello Stato di Milano;

Città di Lodi (C.F. 84507570152 - P.IVA 03116800156), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Lodi, piazza Broletto, n. 1;

Oltreché, over occorrer possa, dandone notizia a

Azienda Regionale per l’Innovazione e gli Acquisti - ARIA S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,

- *resistente*

e nei confronti di

- **Ricci S.p.a.** (C.F. 07442170580 - P.I. 01777861004), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale in Roma, Via Sabotino, n. 45,

- *controinteressata*

per l'annullamento,

previa concessione di misure cautelari,

- del provvedimento prot. n. 31901 del 25 maggio 2023, comunicato in pari data, con il quale la città di Lodi ha escluso il Consorzio Leonardo Servizi e Lavori dalla procedura di gara avente ad oggetto “*intervento di ristrutturazione, recupero e rigenerazione urbana del complesso dell'Ex Linificio sito in Piazzale Forni in Lodi e realizzazione del nuovo polo storico culturale intervento finanziato dall'Unione Europea*” - CIG: 9694623FF8 (**doc. 1 – comunicazione esclusione**);

- del verbale del 23 maggio 2023 con il quale la Commissione giudicatrice ha rilevato come sussistenti i presupposti per procedere all'esclusione del Consorzio Leonardo ed ha dunque demandato al comune di Lodi la questione circa l'ammissione del concorrente alla gara (**doc. 2 – verbale del 23 maggio 2023**);

- della nota prot. n. 33819 del 5 giugno 2023, con la quale il Comune di Lodi ha fornito riscontro negativo all'istanza in autotutela del Consorzio Leonardo, confermando l'esclusione disposta (**doc. 3 – nota del 5 giugno 2023**);

- la comunicazione di esclusione del 6 giugno pervenuta dal gestore Sintel recante la motivazione dell'esclusione (**doc. 4 – comunicazione del 6 giugno**);

- di tutti gli atti della procedura e segnatamente degli art. 1.2; art. 12 relativo alla “*piattaforma telematica*”; art. 14 e 14.1 riguardanti le “*modalità di presentazione delle offerte*” e, in particolare, del punto 14.4 recante “*contenuto della Busta C: offerta economica in senso lato*” del disciplinare (**doc. 5 –**

disciplinare) nella misura in cui risultano pregiudizievoli per l'odierno
ricorrente;

- dei chiarimenti forniti agli operatori economici nella misura in cui risultano pregiudizievoli per l'odierna ricorrente (**doc. 6 – chiarimenti**);
- di ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso ai precedenti ancorché non cognito;

nonché per l'annullamento

- della Determinazione Dirigenziale n. 661 del 21 giugno 2023, con la quale il Comune di Lodi ha disposto l'aggiudicazione della gara di cui sopra alla società Ricci S.p.A. (**doc. 7 – provvedimento di aggiudicazione**);

e per l'accertamento della nullità

- dell'art. 1.2; art. 14, 14.1 e 14.4 del disciplinare.

**nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto laddove
medio tempore stipulato e per il risarcimento danni**

FATTO

Gli atti della procedura.

Con Bando pubblicato in G.U. quinta Serie Speciale - Contratti Pubblici n.31 del 15.3.2023 (**doc. 8 – bando**), il comune di Lodi ha indetto una procedura aperta avente ad oggetto *“intervento di ristrutturazione, recupero e rigenerazione urbana del complesso dell'Ex Linificio sito in Piazzale Forni in Lodi e realizzazione del nuovo polo storico culturale intervento finanziato dall'Unione Europea”* - CIG: 9694623FF8.

Il valore dell'appalto è pari a 17.178.083,55 euro e il criterio di aggiudicazione prescelto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

In particolare, viene prevista l'assegnazione di massimo 80 punti per la parte tecnica e 20 punti per l'offerta economica.

Il disciplinare prevede che per gli 80 punti relativi al pregio tecnico delle offerte, 68 punti sarebbero stati assegnati dalla Commissione di gara

sulla base di criteri di tipo discrezionale (elencati al punto 2.7 e 3.4 del disciplinare, cfr. doc. 5, p. 23 e ss).

Veniva, inoltre, prevista l'assegnazione di altri 12 punti aventi natura tabellare da attribuire con la c.d. modalità *on/off* a seconda che la Commissione valuti la presenza o assenza del criterio nell'offerta del concorrente.

Si tratta, in particolare, dei seguenti criteri:

- videoriprese e render per comunicazione ai cittadini (3 punti);
- estensione garanzie, formazione utenti (3 punti);
- sistemi di gestione ambientale (3 punti);
- lubrificanti biodegradabili (diversi dagli oli motore): possesso del marchio Ecolabel (UE) o di altre etichette ambientali conformi alla UNI EN ISO 14024 (3 punti);

Ebbene, non ci sarebbe nulla di strano in questa impostazione se non fosse che la particolarità della gara sta nella collocazione della documentazione tecnica con cui il concorrente avrebbe dovuto dimostrare il possesso delle caratteristiche tecniche richieste dalla legge di gara: invero, solo per i 68 punti relativi ai criteri discrezionali l'offerta avrebbe dovuto essere prodotta *“a pena di esclusione nella busta telematica dell'offerta tecnico discrezionale”*.

Per i criteri di tipo tabellare il Disciplinare prevede, invece, che *“da inserire a pena di esclusione nella busta dell'offerta economico-quantitativa”* (doc. 5, p. 30).

Vale la pena anticipare, come meglio si dirà nella parte in diritto, che in relazione ad uno dei criteri tabellari, ossia quello relativo ai lubrificanti biodegradabili in possesso del marchio Ecolabel, il disciplinare è davvero poco chiaro sull'individuare la busta dove va inserita la documentazione tecnica circa il possesso di tale criterio.

In effetti, il disciplinare prevede che *“l'appaltatore allega alla domanda di partecipazione alla gara, dichiarazione di impegno a impiegare grassi ed oli*

biodegradabili come indicato nel criterio”, salvo poi specificare qualche rigo più avanti che “si fa presente che la suddetta «dichiarazione di impegno» non va inserita nella «domanda di partecipazione alla gara» ma nell’offerta tecnica, in quanto si tratta pacificamente di un criterio premiale”, eccetto poi concludere con la seguente formula “Da inserire a pena di esclusione nella busta dell’offerta economica-quantitativa” (doc. 5, p. 30).

Lo svolgimento della procedura.

Alla gara hanno partecipato solo due concorrenti, tra cui anche l’odierno ricorrente (doc. 2).

All’atto del caricamento della documentazione inerente alla presente gara il Consorzio Leonardo si è trovato di fronte a una situazione alquanto singolare.

Nella schermata della Piattaforma Sintel inerente al caricamento della documentazione della busta tecnica, erano presenti anche le sezioni per l’inserimento della documentazione relativa alle videoriprese e render per comunicazione ai cittadini; estensione garanzie, formazione utenti; sistemi di gestione ambientale; lubrificanti biodegradabili (**doc. 9 - videata Busta tecnica su portale Sintel**). Si trattava, dunque, proprio di quei criteri di valutazione tabellari per i quali il disciplinare ne richiedeva l’inserimento nella busta economica.

È bene sin d’ora sottolineare che i campi relativi ai suddetti criteri erano contrassegnati da un asterisco (*) il quale, sulla base di quanto riportato nel manuale di Sintel, va a contrassegnare la documentazione che deve essere indiscutibilmente caricata a sistema pena l’impossibilità di procedere nella compilazione dell’offerta (**doc. 10 – manuale tecnico Sintel**).

Il Consorzio Leonardo, indotto in errore dalla predisposizione della piattaforma, ha dunque proceduto a carica la documentazione tecnica di cui ai citati criteri tabellari all’interno della busta tecnica, anziché di quella economica.

A fronte di tali circostanze, con il provvedimento odiernamente impugnato del 25 maggio 2023 il Consorzio Leonardo è stato escluso dalla presente procedura, proprio in ragione dell'erroneo caricamento della documentazione inerente ai criteri tecnici c.d. "automatici" nella busta tecnica (doc. 1).

Il Consorzio, stante le plurime illegittimità che affliggevano il provvedimento e tenuto conto dell'errore a cui era stato indotto dalla stessa piattaforma Sintel, oltretutto la poca chiarezza della legge di gara, ha formulato in data 31 maggio istanza di annullamento in autotutela (**doc. 11 – istanza di annullamento in autotutela**).

L'Amministrazione resistente ha riscontrato a detta istanza con nota prot. n. 33819 del 5 giugno 2023, rigettando l'istanza e confermando dunque l'esclusione a suo tempo disposta (**doc. 12 – nota di riscontro prot. n. 33819/2023**).

A seguito dell'esclusione dell'odierno ricorrente, la Commissione di gara ha proseguito con speditezza le fasi di valutazione tecnica ed economica dell'offerta dell'unica altra concorrente rimasta in gara, tant'è che con provvedimento n. 661 del 21 giugno 2023 ha aggiudicato la presente procedura alla controinteressata Ricci S.p.A. (doc. 7).

Anche tale Determina è stata impugnata in questa sede in quanto atto consequenziale e connesso che verrebbe inevitabilmente travolto in caso di annullamento giudiziale del provvedimento di esclusione.

I provvedimenti impugnati risultano, pertanto, illegittimi e meritano di essere annullati in questa sede per le seguenti ragioni di

DIRITTO

I. Violazione degli artt. 30, 83 e 95 del d.lgs. 50/2016; eccesso di potere; difetto di istruttoria e di motivazione; ingiustizia manifesta; sproporzione e sviamento.

Il provvedimento di esclusione si fonda sull'asserita violazione della previsione del disciplinare secondo cui i concorrenti avrebbero dovuto inserire i profili attinenti a quattro criteri tecnici nell'offerta economica.

In altre parole, dal momento che la legge di gara richiedeva che la "risposta" a detti quattro criteri dovesse essere inserita nella Busta C (quella propria dell'offerta economica), il fatto che l'odierno ricorrente abbia inserito dette risposte nella Busta B (quella propria dell'offerta tecnica), avrebbe giustificato il provvedimento espulsivo.

Vale la pena rilevare che i quattro criteri in questione non avessero alcuna attinenza con gli elementi quantitativi oppure economici; si tratta a dire il vero di criteri a valutazione automatica (cd. criteri on/off) ma sempre e comunque relativi ad **aspetti tecnici dell'offerta**.

Questi i quattro criteri:

- videoriprese e render per comunicazione ai cittadini (3 punti);
- estensione garanzie, formazione utenti (3 punti);
- sistemi di gestione ambientale (3 punti);
- lubrificanti biodegradabili (diversi dagli oli motore): possesso del marchio Ecolabel (UE) o di altre etichette ambientali conformi alla UNI EN ISO 14024 (3 punti).

La decisione assunta dall'Amministrazione è gravemente illegittima per le seguenti ragioni.

In primo luogo, è da smentire l'assunto che l'Amministrazione utilizza quale fondamento della propria scelta; la ragione per cui richiedere l'allegazione dei profili attinenti ai suddetti quattro criteri nella Busta C sarebbe da individuarsi, a detta della stazione appaltante, nella necessità di rendere i commissari di gara "liberi" di poter giudicare le offerte sui criteri a valutazione non automatica. In buona sostanza, la stazione appaltante ritiene che evitare che i commissari siano a conoscenza di come i concorrenti abbiano risposto ai criteri tecnici a valutazione automatica, renderebbe la commissione scevra da possibili condizionamenti. È questo il

principio che il disciplinare individua allorquando afferma che esso si sostanzia nell’*“esigenza di trasparenza che la commissione giudicatrice non conosca, in sede di valutazione discrezionale dell’offerta tecnica, quella che è un’offerta soggetta ad automatismo di valutazione”*. Quindi in nome di una presunta *“trasparenza”* nella valutazione dei progetti tecnici, la stazione appaltante ha optato per far inserire ai concorrenti i profili a valutazione automatica nell’offerta economica.

Iniziamo con il dire che tale principio non trova riscontro in precedenti giurisprudenziali. Ciò vuol dire che non è stato affermato dal giudice amministrativo come tale *modus procedendi* sia da ritenersi legittimo.

La stazione appaltante sia nel disciplinare che nel riscontro all’istanza di annullamento proposta dal ricorrente cita una serie di sentenze, sostenendo che in esse sarebbe espresso il principio per cui è legittimo (oltre che opportuno) che criteri tecnici a valutazione automatica siano inseriti nell’offerta economica.

In realtà **nessuna** delle pronunce citate esprime il principio di cui sopra. Si tratta, come si vedrà a breve, di sentenze del giudice amministrativo che esprimono il condivisibile e consolidato principio del divieto di commistione tra offerta tecnica ed offerta economica. Tutte le pronunce citate, in altre parole, affrontano un tema assolutamente **diverso** da quello che pretende la stazione appaltante.

Ma vediamo i principi espressi dalle singole sentenze citate dalla stazione appaltante:

1. **La sentenza T.A.R. Puglia, Bari, I, 2 settembre 2014, n. 1053** citata attiene al caso in cui nell’offerta tecnica sia stato inserito il **cronoprogramma dei lavori** rivelando indirettamente, in tal modo, al seggio di gara l’indicazione temporale per la redazione del progetto esecutivo, il tempo per l’esecuzione dei soli lavori, **nonché il prezzo**. È evidente, dunque, come la sentenza citata attenga al caso in cui già nell’offerta tecnica venga inserito un elemento (quello del

cronoprogramma) di fondamentale rilievo destinato ad esser reso noto solo nella successiva fase di valutazione dell'offerta economica – temporale e che pertanto rappresenta legittima causa di esclusione.

2. Allo stesso modo si è espresso il Consiglio di Stato con la pronuncia n. 5461/2016. Anche in tale pronuncia l'elemento in discussione è l'inserimento del cronoprogramma all'interno dell'offerta tecnica. Pertanto il Consiglio di Stato, in tale specifico caso, ribadisce come *“il cronoprogramma è elemento quantitativo temporale, con ricadute economiche, il quale, come l'elemento schiettamente economico, è assoggettato a una attribuzione di punteggi con metodo automatico e in quanto tale dev'essere conosciuto dalla commissione esclusivamente nel momento della valutazione dell'elemento della offerta economica, a tutela della segretezza della offerta”* (cfr. *Cons. Stato, VI, 27 dicembre 2016, n. 5461*).

3. Con la sentenza del T.A.R. Puglia, Lecce, I, 15 giugno 2016, n. 960, invece, il Giudice ha espressamente riconosciuto l'ambiguità del disciplinare di gara nella parte in cui prevedeva per la redazione dell'offerta tecnica anche la necessità di indicare elementi che sarebbero poi dovuti far parte dell'offerta economica. Il Tar ha disposto l'annullamento del disciplinare proprio nella parte in cui rilevava tale ambiguità ed ha ordinato alla S.A. di riformulare correttamente la legge di gara.

4. La sentenza del T.A.R. Calabria, Catanzaro, I, 6 giugno 2016, n. 1172, poi, si riferisce nello specifico al caso in cui alcuni elementi, quali la riduzione dei tempi di progettazione e di esecuzione dei lavori, unitamente al prezzo, sono considerati nel disciplinare quali coefficienti degli elementi di valutazione quantitativa e, quindi, quali elementi di valutazione di carattere automatico; in tal caso, allora, il TAR ha confermato che secondo la regola costituente chiaro corollario del principio di segretezza delle offerte, essi non devono essere conosciuti al momento della valutazione discrezionale degli elementi dell'offerta tecnica.

Nel caso *de quo*, però, non si tratta di elementi quantitativi o economici ma solamente di elementi la cui valutazione è automatica. Questo conferma il fatto che tutta la giurisprudenza citata nel disciplinare invero attiene, diversamente dal caso *de quo*, a casi in cui ci si interroga se ci sia stata una obiettiva commistione tra elementi tecnici ed elementi economici.

5. Il disciplinare cita ancora la sentenza del Consiglio di Stato n.5392 del 2017 con la quale il Collegio ha riformato la sentenza di primo grado relativamente all'impugnazione del criterio di assegnazione del punteggio alle offerte economiche applicato all'importo lordo totale del computo metrico estimativo complessivo, cioè al totale dei prezzi unitari riportati nel computo metrico estimativo complessivo, comprensivo delle lavorazioni migliorative ed aggiuntive.

Ebbene, in verità, nel caso citato, il collegio ha espressamente ricordato che “*Peraltro, si deve altresì rilevare che nell'offerta tecnica possono essere comunque inclusi singoli elementi economici che siano resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché siano elementi economici che non fanno parte dell'offerta economica, quali i prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato, ovvero siano elementi isolati e del tutto marginali dell'offerta economica che non consentano in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica”.*

Sulla scorta di tale principio viene poi chiarito che “*l'art. 11 del bando e disciplinare imponesse che tutti i computi metrici non contenessero alcun riferimento ai relativi prezzi né unitari, né totali pena l'esclusione dalla gara [...] Resta, in questo quadro di riferimento delle regole applicabili, la facoltà riconosciuta alla stazione appaltante e quindi, ai concorrenti, di attribuire rilevanza economica alle opere di variante (o migliorie) progettuali offerte, dalle quali non è comunque ricostruibile, come nella specie, il complesso dell'offerta economica. Tale eventualità, riconosciuta dall'art. 119 d.P.R. n. 2017-2010, si deve ritenere ancora possibile nel nuovo ambito normativo, che non ha riprodotto*

tale disposizione, ma non l'ha nemmeno esclusa, rispondendo a criteri di logica e di funzionalità che in alcun modo incidono sul principio di segretezza delle offerte economiche (cfr. Consiglio di Stato, V, 21 novembre 2017, n. 5392).

6. Il disciplinare poi cita anche due delibere ANAC; anche qui, i riferimenti non sono in alcun modo conferenti al caso che ci occupa.

Entrambe le delibere si riferiscono, infatti, sempre alla valutazione di elementi inseriti nell'offerta tecnica che, **se in grado di anticipare alla Commissione di gara aspetti di tipo economico**, intaccano il granitico principio del divieto della commistione.

In particolare, nella delibera ANAC n. 711 del 24 luglio 2018, tra l'altro, viene espressamente precisato che *“il divieto di commistione non va inteso in senso assoluto, ben potendo nell'offerta tecnica essere inclusi singoli elementi economici [...] che non consentano in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica [...]. L'applicazione del divieto di commistione deve quindi essere effettuata in concreto e non in astratto, con riguardo alla concludenza degli elementi economici esposti o desumibili dall'offerta tecnica, che devono essere tali da consentire di ricostruire in via anticipata l'offerta economica nella sua interezza ovvero, quanto meno, in aspetti economicamente significativi, idonei a consentire potenzialmente alla commissione di gara di apprezzare “prima del tempo” la consistenza e la convenienza di tale offerta.*

È evidente, piuttosto, che le precisazioni dell'ANAC, volgono a favore del caso *de quo* dove in alcun modo può dirsi che criteri automatici quali, a titolo di esempio, i lubrificanti biodegradabili aventi il possesso di etichette ambientali conformi o i render e le videoriprese per comunicazioni ai cittadini, possano avere un rilievo economico al punto da incidere sulla segretezza dell'offerta economica.

I medesimi principi vengono ribaditi nella **delibera Anac n. 442 del 9 giugno 2021** nella quale si chiarisce, in buona sostanza, che la violazione o meno del divieto di commistione attiene sempre alla possibilità che certuni elementi (relativi al tempo e/o al prezzo) vengano conosciuti con anticipo,

e quindi in sede di valutazione dell'offerta tecnica, e non successivamente con la valutazione delle offerte economiche al punto da influenzare la valutazione del seggio di gara.

Anche tale ultimo caso, ancora una volta, non è conferente con la vicenda *de qua*.

7. Tutti i suesposti principi sono richiamati anche nelle sentenze **T.A.R. Lazio, Roma, II-bis, 22 luglio 2020, n. 8590 e T.A.R. Lazio, Roma, III, 18 settembre 2020, n. 9610**, nelle quali le argomentazioni in ordine ad una possibile commistione derivano sempre dalla valutazione effettiva dei criteri se considerarsi qualitativi o al contrario quantitativi così da incidere o meno sull'attività discrezionale della commissione di gara a seconda che questi restino ancorati alla sola offerta economica o vengano anticipati in sede di valutazione dell'offerta tecnica.

8. E ancora, nella **sentenza T.A.R. Toscana, I, 22 aprile 2021, n. 568**, vengono richiamati i medesimi principi di diritto in forza dei quali, nell'eventualità in cui taluni criteri vengano considerati nel disciplinare di gara quali coefficienti degli elementi di valutazione economica, essi non devono essere conosciuti al momento della valutazione discrezionale dell'offerta tecnica. Evenienza che, nel caso *de quo*, non rileva.

9. Anche le ulteriori due pronunce del Consiglio di Stato, citate nel disciplinare della gara *de qua*, siano del tutto incoerenti al caso di specie: ebbene, nella sentenza **Cons. di Stato, V, 17 maggio 2021, n. 3833**, il collegio ha ritenuto fondato il terzo motivo di appello, in relazione al divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica, in quanto l'offerta tecnica presentata dalla concorrente, nella parte in cui era previsto l'inserimento degli elaborati "aggiornamento elenco prezzi", ha indicato il costo delle singole voci specificate in evidente violazione del granito principio più volte richiamato nonché del principio di segretezza delle offerte. Di fatti "*il motivo è fondato, in quanto l'aggiornamento delle voci predette dell'elenco prezzi non consentiva, come invece è accaduto, di indicare anche i singoli*

importi, ma solo le integrazioni (migliorie) alle voci dell'elenco stesso” (Consiglio di Stato, V, 17 maggio 2021, n. 3833).

Anche la pronuncia del **Consiglio di Stato, V, 20 luglio 2021, n. 5463** ribadisce che *“la giurisprudenza prevalente ritenga che la riduzione dei tempi di progettazione e di esecuzione dei lavori, unitamente al prezzo, costituiscano elementi di valutazione di carattere meramente economico che non devono essere conosciuti al momento della valutazione discrezionale degli elementi dell'offerta tecnica.”*.

10. E ancora, l'ulteriore sentenza citata nel disciplinare conferma il principio di doverosa separazione tra offerta tecnica e offerta economica; tuttavia, è la stessa sentenza ad ammettere che *“ciò non esclude che nell'offerta tecnica possono essere inclusi singoli elementi economici”* (T.A.R. Campania, Napoli, I, 27 luglio 2021, n. 5300).

11. Analogamente, la sentenza del Tar Campania (T.A.R. Campania, Napoli, VI, 16 febbraio 2022, n. 1042) citata attiene ad un caso in cui nell'offerta tecnica erano stati inseriti elementi chiaramente economici e ovviamente non è questo il caso che ci occupa.

12. Ma è con l'ultima citazione che si raggiunge l'apice dell'irragionevolezza. Il disciplinare afferma espressamente che detta pronuncia *“si perita di precisare che è la disciplina di gara che può comunque stabilire a pena di esclusione che l'offerta sui criteri di valutazione “automatici” non deve stare nella stessa busta dell'offerta “tecnico-discrezionale”*. Quindi sembrerebbe finalmente essere un precedente che ben si attaglia alla fattispecie in esame. Orbene, purtroppo per l'Amministrazione, così non è. Questo il principio espresso dal Consiglio di Stato: *“l'aver valutato prima quelli quantitativi non è ex se indice di un illegittimo o parziale agire da parte della Commissione, dovendo a tal fine essere allegare circostanze che denotino che la Commissione abbia modulato i punteggi discrezionali in funzione di quelli già assegnati per gli aspetti quantitativi o tabellari”* (Consiglio di Stato, Sez. III, 3 maggio 2022, n. 3442). Quindi il principio affermato dai Giudici di Palazzo Spada è esattamente contrario a quello

inteso dalla stazione appaltante: anche la conoscenza antecedente di elementi quantitativi e tabellari, laddove non accompagnata da circostanze che denotino un inquinamento del giudizio dei commissari, è sempre e comunque legittima. Dunque, non vi è alcun dovere di inserire gli elementi quantitativi nella Busta economica.

Da quanto sopra emerge incontrovertibilmente come la decisione della stazione appaltante non sia corroborata da nessuna delle pronunce citate nel disciplinare.

Sgombrato il campo, dunque, dalla asserita “*copertura giurisprudenziale*” del principio di cui l’Amministrazione si è servita per redigere la legge di gara, si passa ora ad analizzare l’intrinseca irragionevolezza e sproporzione della previsione del disciplinare.

Il primo quesito a cui rispondere inerisce l’effettiva utilità che i commissari trarrebbero dal non conoscere preventivamente le risposte rese dai concorrenti in relazione ai criteri a valutazione automatica. In buona sostanza, dobbiamo chiederci se lo scopo che si è prefissata l’Amministrazione venga raggiunto dagli atti di gara o meno. A parere di chi scrive la risposta non può che essere negativa e ciò per le seguenti ragioni.

In primo luogo, dato per assodato che i criteri in parola afferiscono unicamente al pregio tecnico dell’offerta, non si comprende perché questi dovrebbero essere valutati congiuntamente all’elemento economico della stessa. Nessun profilo di rilevanza economica può essere, in effetti, assegnato ai criteri in parola.

In secondo luogo, non si comprende come il conoscere le risposte che i concorrenti hanno reso in merito ai criteri a valutazione automatica possa condizionare i commissari nella valutazione sui criteri discrezionali. Sul punto occorre essere molto chiari: il divieto per i commissari di conoscere elementi economici dell’offerta allorquando si accingono a valutare i progetti tecnici è funzionale a non consentire loro una previa

consapevolezza di quello che sarà il contenuto dell'offerta economica e ciò per una ragione precisa; laddove il commissario fosse a conoscenza del ribasso offerto (o di altri elementi economici) la propria valutazione tecnica potrebbe essere condizionata. Detto condizionamento si sostanzia nel fatto che i commissari potrebbero avere sin da subito contezza dell'esito della procedura e ciò poiché, conoscendo l'offerta economica in anticipo, la loro valutazione determinerebbe "consapevolmente" il soggetto vincitore. Ci si spiega meglio: il sistema delle procedure ad evidenza pubblica antepone la fase di valutazione tecnica a quella di valutazione economica proprio poiché la prima ha natura discrezionale (e quindi ontologicamente può essere in teoria soggetta a condizionamenti) mentre la seconda ha natura oggettivo/aritmetica. Quindi lo scopo del legislatore è stato da sempre quello di consentire ai commissari di poter esprimere il proprio apprezzamento all'oscuro dell'offerta economica e ciò poiché, mentre quest'ultima produce il punteggio economico mediante un automatismo matematico (e quindi sempre certo), la valutazione discrezionale sul progetto tecnico è per definizione variabile a seconda del giudizio dei vari commissari.

Analizzata dunque la *ratio* del divieto di commistione tra elementi economici ed elementi tecnici, emerge tutta l'irragionevolezza di una legge di gara che ha voluto equiparare i criteri tecnici a valutazione automatica al criterio economico. Si tratta di criteri differenti di valutazione che afferiscono a fasi distinte e non accumulabili.

Per di più, in tale errata assimilazione tra i criteri tecnici automatici ed il criterio economico, ciò che manca è l'elemento principe che ha fatto esprimere alla giurisprudenza il principio di divieto di commistione di profili economici nell'offerta tecnica: detto elemento è costituito dalla consapevolezza che la commissione potrebbe avere della graduatoria definitiva allorquando la stessa sta ancora effettuando la propria valutazione. Ci si spiega meglio: laddove un commissario, intento

nell'esercizio del proprio dovere di valutare il progetto tecnico, fosse già consapevole delle offerte economiche presentate, quest'ultimo potrebbe ipotizzare (se non già conoscere) l'esito della procedura; sommando, infatti, il punteggio economico con quello tecnico (che dipende dalla propria personale valutazione) il commissario sarebbe sicuramente influenzato nel giudizio.

Orbene, nel caso in esame, laddove i commissari avessero conosciuto anche i punteggi relativi ai quattro criteri tecnici incriminati, il giudizio non ne sarebbe stato affatto influenzato e ciò proprio poiché gli stessi non sarebbero stati a conoscenza delle offerte economiche, la valutazione delle quali avrebbe determinato la graduatoria finale in modalità automatica.

Quindi, se avessero conosciuto le risposte dei concorrenti ai criteri tecnici a valutazione automatica, i commissari non avrebbero potuto conoscere alcunché dell'elemento economico, con la conseguenza di concludere la fase valutativa dei progetti tecnici con la medesima "trasparenza" che avrebbero avuto se, come ipotizzato dalla stazione appaltante, quei quattro criteri automatici fossero stati conosciuti soltanto dopo.

E che l'elemento economico avrebbe avuto in ogni caso un ruolo essenziale nella definizione della graduatoria finale è dato dal fatto che all'offerta economica erano assegnati 20 punti massimi mentre ai criteri quest'oggi in contestazione era assegnati un massimo di 12 punti. Quindi, i commissari non avrebbero potuto farsi influenzare dalla valutazione sui quattro criteri automatici, posto che i punti in palio non sarebbero stati mai determinanti. Invero, i 20 punti economici avrebbero determinato la competizione; avendo questi ultimi un peso ben maggiore dei 12 in palio per i criteri in parola, non v'è nessuno che non veda come i criteri automatici non avrebbero potuto mai "anticipare" l'esito della procedura.

Ciò che si vuol dire dunque è che non vi è alcuna finalità logico-razionale per sottrarre ai commissari di gara la conoscenza di criteri a valutazione automatica nel mentre si sta valutando l'offerta tecnica.

D'altro canto, anche il bando tipo n. 1 di Anac – quello che concerne il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - conferma tale assunto, affermando al punto 17 che *“La commissione, terminata l'attribuzione dei coefficienti agli elementi qualitativi e quantitativi, procede, in relazione a ciascuna offerta, all'attribuzione dei punteggi per ogni singolo criterio”*. In altre parole, il Bando tipo espressamente prevede che tutti i criteri tecnici – anche di natura quantitativa – debbano essere inseriti nella busta tecnica e valutati dai commissari ben prima dell'apertura dell'offerta economica.

E questo anche per un altro profilo. Come è noto, è possibile che la stazione appaltante decida di servirsi dell'istituto della riparametrazione delle offerte. In tale evenienza (che, lo si ribadisce, non è automatica ma deve essere espressamente prevista dagli atti di gara) l'offerta tecnica viene riparametrata al massimo punteggio previsto dal disciplinare. Ciò significa che il concorrente che ha presentato il miglior progetto tecnico, laddove non ha ottenuto tutti i punti in palio, vedrà riparametrato il proprio punteggio sino a raggiungere il massimo punteggio e gli altri concorrenti vedranno proporzionalmente riparametrati i rispettivi punteggi. Orbene, che tutti i criteri tecnici debbano essere ricompresi all'interno dell'offerta tecnica, è confermato proprio dall'istituto della riparametrazione e ciò poiché, se così non fosse, detto istituto non potrebbe trovare concreta applicazione. Infatti, inserendo nell'offerta economica alcuni dei criteri tecnici, sarebbe impossibile riparametrare il punteggio tecnico totale e ciò poiché lo stesso si formerebbe in due momenti distinti.

Egual discorso può farsi in merito alla soglia di sbarramento, vale a dire quel valore limite che, se non viene superato, comporta l'esclusione immediata del concorrente. Orbene, la soglia di sbarramento viene prevista per il punteggio tecnico con la conseguenza che terminate le operazioni di

valutazione del progetto tecnico, la commissione deve essere in grado di valutare quali offerte superano detta soglia e quali no. Queste ultime non possono proseguire nella procedura. Anche in questo caso, dunque, è evidente come l'offerta tecnica debba necessariamente essere affrontata in maniera e misura unitarie, senza che sia possibile dirottare parte dei profili di valutazione ad una fase, quale quella della valutazione dell'offerta economica, che è profondamente differente da quella della valutazione dell'offerta tecnica.

Alla luce di quanto sopra, la previsione del disciplinare di prevedere l'inserimento delle risposte ai quattro criteri incriminati nell'offerta economica è assolutamente illegittima. Ne discende che la legge di gara merita di essere disapplicata così da consentire al ricorrente di poter proseguire nella procedura di gara al fine di vedersela aggiudicare.

II. Nullità delle clausole del disciplinare di cui all'art. dell'art. 1.2; art. 14, 14.1 e 14.4 del disciplinare. Violazione dell'art. 83, comma 8 del D.Lgs. n. 50/2016. Violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione.

Occorre poi rilevare che le clausole sulla base delle quali è stata disposta l'esclusione del ricorrente Consorzio sono da considerarsi nulle. Ciò renderebbe illegittimo e, dunque, annullabile il provvedimento di esclusione che di tali clausole ha fatto applicazione.

Ma procediamo con ordine.

È noto che l'art. 83 comma 8 disponga che *“I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*. Il cd principio di tassatività mira ad evitare che la legge di gara possa introdurre prescrizioni a pena di esclusione che non derivano da un'apposita norma di legge, sia essa contenuta nel Codice dei contratti stesso sia essa disposta da altra fonte normativa.

Orbene, nel caso che ci occupa l'aver previsto che a pena di esclusione i 4 criteri di cui si controverte dovessero essere inseriti nella busta economica, è un lampante esempio di violazione del principio di tassatività.

È noto che l'art. 95 del Codice dei contratti è quello che disciplina i criteri di aggiudicazione; nel farlo detta norma prevede al comma 10bis espressamente che *“La stazione appaltante, al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici”*. Si tratta di una disposizione che sancisce la differenza ontologica tra elemento economico ed elemento tecnico. Così facendo, la norma distingue nettamente il criterio qualitativo da quello quantitativo e sancisce il dovere di “separazione” tra gli stessi.

Orbene, una previsione della legge di gara che sovverta detta disciplina, prevedendo, a pena di esclusione, l'inserimento di elementi tecnici all'interno della offerta economica viola apertamente il principio di tassatività delle cause di esclusione ed è per l'effetto irrimediabilmente nulla.

Una prescrizione come quella oggetto di impugnazione che prevede una causa espulsiva nel caso in cui non si rispetti un obbligo che non trova alcuna conferma nella normativa di settore (anzi che confligge con detta normativa) è palesemente violativa del disposto dell'art. 83 comma 8.

Se si aderisse alla tesi dell'Amministrazione, ritenendo legittimo il suo *modus operandi*, si finirebbe per consentire alle stazioni appaltanti l'introduzione negli atti di gara di modalità di presentazione delle offerte le più varie (e fantasiose) con contestuale comminatoria di esclusione. Si tratta a ben vedere proprio di quello che il principio di tassatività si prefigge di escludere: ovverosia l'introduzione di cause di esclusioni non previste dalla normativa di settore.

Per tale ragione, le prescrizioni impugnate sono tutte **nulle**.

III. Violazione e falsa applicazione degli art. 30, 58, art. 79 comma 5-bis del D.Lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 12, 14 e 14.1 del disciplinare. Violazione dell'art. 97 della Cost. Eccesso di potere per contraddittorietà. Violazione del principio dell'autovincolo e del principio del *favor participationis*. Violazione del principio del legittimo affidamento.

Fermo tutto quanto precede, occorre rilevare come il provvedimento di esclusione odiernamente impugnato si appalesi illegittimo sotto un ulteriore e dirimente profilo.

Come anticipato in narrativa, il Consorzio Leonardo è stato escluso per un errore nel caricamento della documentazione tecnica relativa ad alcuni criteri tecnici sulla piattaforma. Nello specifico, come rappresentato nei precedenti motivi di gravame, il disciplinare reca una disposizione nel quale veniva richiesto ai concorrenti il caricamento di taluni documenti inerenti al possesso di quattro criteri tecnici c.d. “automatici” all'interno della busta economica anziché di quella tecnica.

In disparte dalle considerazioni già esposte circa l'illegittimità di clausole di tale portate, preme rilevare che l'Amministrazione resistente non ha comunque tenuto in considerazione una dirimente circostanza, ossia che il Consorzio Leonardo ha caricato la documentazione nella busta “sbagliata” presente sul portale in quanto è stato indotto in errore dalla stessa predisposizione degli atti di gara e dalla medesima formulazione della gara così per come impostata sulla piattaforma telematica.

Ma procediamo con ordine.

L'art. 12 del disciplinare recante le regole per l'utilizzo della Piattaforma telematica di negoziazione ARIA/Sintel prevede che “*la stazione appaltante non assume alcuna responsabilità [...] per pregiudizi derivanti all'operatore economico, da: [...] utilizzo della Piattaforma da parte dell'operatore economico in maniera non conforme al Disciplinare e a quanto previsto nel documento denominato “modalità tecniche per l'utilizzo della piattaforma SINTEL” (p. 96, doc. 5).*

Da questa disposizione notiamo già un primo ed evidente riferimento al fatto che il concorrente nell'utilizzo della piattaforma telematica avrebbe dovuto seguire alla lettera tanto le disposizioni contenute nel disciplinare tanto le norme regolatorie della piattaforma stessa.

A chiarire ogni dubbio circa l'obbligatorietà delle regole relative alla fruizione della piattaforma vi è un altro passaggio del citato art. 12, il quale afferma espressamente che *“l'utilizzo e il funzionamento della Piattaforma avvengono in conformità a quanto riportato nel **documento modalità tecniche per l'utilizzo della Piattaforma Sintel che costituisce parte integrante del presente disciplinare** (ANAC, Bando tipo n. 1/2021, sub-paragrafo n. 1.1., richiamato per analogia)”*.

Il concetto espresso dall'art. 12 è chiaro per il concorrente, ossia che le regole per l'utilizzo della piattaforma devono essere rispettate pena la violazione di una prescrizione dello stesso disciplinare.

È necessario, inoltre, riportare un altro passaggio del disciplinare contenuto nell'art. 14.1 riguardante le *“modalità di presentazione delle offerte”*. Tale disposizione prevede, nello specifico, che nel caricamento della documentazione sulla piattaforma Sintel *“in **ciascun** campo a disposizione per l'upload, è consentito il caricamento di documenti (file, anche sotto forma di cartella compressa) **con dimensioni superiori a 0 byte (non sono quindi accettati file completamente vuoti)** ...”* (p. 98, doc. 5).

Ciò detto, per comprendere in che misura l'odierno ricorrente è stato indotto in errore occorre allora ribadire come sia andata in concreto la partecipazione alla gara per l'odierno ricorrente.

Si è già anticipato in narrativa del fatto che nella schermata della Piattaforma Sintel inerente al caricamento della documentazione della busta tecnica erano presenti anche specifiche sezioni per l'inserimento della documentazione relativa alle videoriprese e render per comunicazione ai cittadini; estensione garanzie, formazione utenti; sistemi di gestione ambientale; lubrificanti biodegradabili (doc. 9). Si tratta, dunque, proprio di

quei criteri di valutazione tabellari per i quali il disciplinare ne richiedeva l'inserimento nella busta economica.

I campi relativi ai suddetti criteri automatici, contenuti sempre nella pagina relativa alla busta tecnica, erano contrassegnati da un asterisco (*) il quale, sulla base di quanto riportato nel manuale di Sintel, va a contrassegnare la documentazione che deve essere indiscutibilmente caricata a sistema pena l'impossibilità di procedere nella compilazione dell'offerta (doc. 10).

Che l'asterisco individui la documentazione obbligatoria è confermato proprio dal Manuale di utilizzo del portale Sintel, il quale lo si ricorda costituisce "*parte integrante del presente disciplinare*" in cui è chiaramente riportato che nella Busta tecnica i campi contrassegnati dall'asterisco individuano degli elementi "obbligatori" (doc. 10).

Si ribadisce, inoltre, che come previsto dal disciplinare per ogni campo della piattaforma in cui era richiesto il caricamento di documentazione il concorrente avrebbe dovuto obbligatoriamente inserire un file che non fosse completamente vuoto.

A fronte di tali plurime circostanze e basandosi su quanto prescritto nel disciplinare circa la vincolatività di quanto inserito sulla piattaforma, il Consorzio Leonardo ha in totale buona fede fatto affidamento sul fatto che fosse corretto caricare la documentazione così per come richiesta dal portale(!)

L'odierno ricorrente è stato, quindi, indotto in errore proprio dalla formulazione della gara così per come è stata predisposta sulla piattaforma.

Il comportamento dell'Amministrazione risulta, pertanto, gravemente illegittimo nella misura in cui, nonostante tali chiare circostanze - adeguatamente rappresentate anche con apposita istanza in autotutela (doc. 11) - ha comunque scelto di escludere il Consorzio Leonardo dalla procedura *de qua*.

L'operato del comune di Lodi si pone, altresì, in contrasto con la normativa in materia di utilizzo degli strumenti telematici per l'indizione e lo svolgimento di una procedura di gara.

L'art. 58 D.Lgs. n. 50/2016 prevede, invero, che *“ai sensi della normativa vigente in materia di documento informatico e di firma digitale, nel rispetto dell'articolo 52 e dei principi di trasparenza, semplificazione ed efficacia delle procedure, le stazioni appaltanti ricorrono a procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici nel rispetto delle disposizioni di cui al presente codice. **L'utilizzo dei sistemi telematici non deve alterare la parità di accesso agli operatori o impedire, limitare o distorcere la concorrenza o modificare l'oggetto dell'appalto, come definito dai documenti di gara**”*.

La *ratio* di tale norma è evidente: gli strumenti telematici devono, infatti, essere un mezzo che facilita la gestione della gara da parte della Stazione appaltante e che agevola anche il concorrente nella partecipazione alla procedura.

Nel caso di specie, invece, è proprio il ricorso allo strumento telematico – o meglio, il come è stato utilizzato dall'Amministrazione – che ha invece ostacolato la corretta partecipazione dei concorrenti.

Né si può negare che la responsabilità della predisposizione degli atti di gara così come dei contenuti della piattaforma ricada sulla Stazione appaltante.

Invero, ai sensi dell'art. 79, comma 5-*bis* del D.Lgs. n. 50/2015 *“nel caso di presentazione delle offerte attraverso mezzi di comunicazione elettronici messi a disposizione dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 52, ivi incluse le piattaforme telematiche di negoziazione, **qualora si verifichi un mancato funzionamento o un malfunzionamento di tali mezzi tale da impedire la corretta presentazione delle offerte, la stazione appaltante adotta i necessari provvedimenti al fine di assicurare la regolarità della procedura nel rispetto dei principi di cui all'articolo 30, ...**”*

Tale disposizione pone, dunque, un principio di responsabilità della Stazione appaltante rispetto al gestore dello strumento telematico a cui si affida. In altre parole, in caso di malfunzionamenti che compromettono la partecipazione di un concorrente ad una procedura, è onere della stazione appaltante controllare e assicurarne il corretto svolgimento, non potendo semplicemente scaricare la responsabilità di eventuali disguidi sul gestore della piattaforma, né tantomeno - come nel caso di specie – direttamente sull'operatore economico (v. sul punto **Consiglio di Stato, sez. V, 04.04.2023, n. 3452**).

D'altro canto, è noto che nelle procedure ad evidenza pubblica, laddove gli atti di gara, o il portale telematico ove la stessa si svolge, richiedano delle attività che inducono in errore l'operatore economico, detto errore debba essere considerato emendabile e non escludente e ciò in virtù del principio del *favor participationis* e della buona fede. Infatti, secondo consolidato orientamento giurisprudenziale, *“l'applicazione dei principi di tutela dell'affidamento e di correttezza dell'azione amministrativa, in una con la generale clausola di buona fede, impedisce che le conseguenze di una condotta colposa della stazione appaltante possano essere traslate a carico del soggetto partecipante con la comminatoria dell'esclusione dalla procedura, così come non è ammissibile l'iscrizione in capo al concorrente delle conseguenze negative di un errore indotto dalla disciplina di gara o dal comportamento tenuto dall'Amministrazione appaltante”* (cfr. Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2016, n. 4991; Cons. Stato, sez. V, 2 dicembre 2015, n. 5454; T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 20 settembre 2019, n. 214; T.A.R. Veneto, sez. I, 4 marzo 2019, n. 266).

Il tutto quest'oggi è amplificato dalla codificazione nel “nuovo” Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 36 del 2023) dei principi di “Fiducia” (cfr. art. 2), “Risultato” (cfr. art. 1) e “buona fede e affidamento” (cfr. 5). Orbene, anche se la nuova norma non trova applicazione diretta nella procedura di gara in esame, è tuttavia incontestabile che detti principi generali debbano trovare applicazione anche nella previgente disciplina

posto che gli stessi sono stati da sempre presenti nell'ordinamento italiano per il tramite dell'orientamento giurisprudenziale.

Ma vi è di più.

Nel caso di specie, la violazione del legittimo affidamento è resa ancora più grave per il fatto che non confligge solo il contenuto del disciplinare rispetto a quanto richiesto dalla piattaforma telematica ma, a ben vedere, sono più disposizioni dello stesso disciplinare ad entrare in contrasto tra loro.

Laddove, come nel caso di specie, la piattaforma genera confusione nelle regole di caricamento dell'offerta, l'imporre al concorrente di seguire le regole prescritte dalla piattaforma entra in patente contrasto con la regola di inserire la documentazione relativa ai c.d. criteri automatici nella busta economica.

A ben vedere tale contrasto viola i principi di trasparenza e chiarezza nella predisposizione degli atti di gara di cui all'art. 30 del Codice degli appalti.

Come evidenziato anche dalla costante giurisprudenza *“sussiste in capo all'amministrazione che indice la gara l'obbligo di chiarezza (espressione del più generale principio di buona fede), la cui violazione comporta – in applicazione del principio di autoreponsabilità – che **le conseguenze derivanti dalla presenza di clausole contraddittorie nella lex specialis di gara non possono ricadere sul concorrente che, in modo incolpevole, abbia fatto affidamento su di esse** (Cons. Stato, sez. III, 10 giugno 2016, n. 2497). Tutte le disposizioni che in qualche modo regolano i presupposti, lo svolgimento e la conclusione della gara per la scelta del contraente, siano esse contenute nel bando ovvero nella lettera d'invito e nei loro allegati (disciplinare e capitolato), concorrono a formarne la disciplina e ne costituiscono, nel loro insieme, la lex specialis, per cui in caso di oscurità ed equivocità o erroneità attribuibile alla stazione appaltante, un corretto rapporto tra amministrazione e privato, che sia rispettoso dei principi generali del buon andamento dell'azione amministrativa e di imparzialità e di*

*quello specifico enunciato nell'art. 1337 c.c., che presidia con la buona fede lo svolgimento delle trattative e la formazione del contratto, **impone che di quella disciplina sia data una lettura idonea a tutelare l'affidamento degli interessati in buona fede** ...”(Consiglio di Stato, Sez. III, 3 marzo 2021 n. 1804).*

Nel caso esaminato dal Consiglio di Stato, proprio come nel presente caso, non si trattava di singole clausole ambigue nel loro contenuto ma di un palese contrasto, tanto più che le singole prescrizioni erano chiare, tra diverse disposizioni della *lex specialis* di gara.

Ad ogni buon conto, anche a voler considerare le clausole come poco chiare, resta comunque il fatto che l'interpretazione che alle stesse andava fornita doveva essere pro-concorrenziale e non restrittiva della partecipazione dei concorrenti.

La giurisprudenza ha avuto, in effetti, modo di precisare che nell'individuazione del contenuto delle clausole del disciplinare deve prediligersi l'interpretazione che garantisca la partecipazione del maggior numero di concorrenti alla procedura: *“corollario in materia di procedure di **gara** ad evidenza pubblica è la necessità di attuare il principio del favor participationis secondo il quale, in caso di clausole del bando ambigue o dubbie, va preferita la soluzione che tende ad estendere la platea dei partecipanti alla **gara**, e non quella restrittiva della partecipazione, al fine di realizzare l'interesse dell'amministrazione alla selezione della migliore offerta presentata tra quelle concorrenti”* (Consiglio di Stato , sez. III , 23/11/2022 , n. 10301).

Tanto basti a rilevare l'illegittimità dell'esclusione disposta nei confronti dell'odierno ricorrente.

IV. In subordine: per l'annullamento dell'intera gara. Violazione e falsa applicazione degli art. 30, 58, art. 79 comma 5-*bis* del D.Lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 12, 14 e 14.1. Violazione dell'art. 97 della Cost. Eccesso di potere per contraddittorietà. Violazione del principio dell'autovincolo e del principio del *favor participationis*.

Laddove codesto Ecc.mo Collegio dovesse ritenere il contrasto tra le disposizioni di gara insanabile e dunque non ritenesse possibile fornire una

lettura idonea degli atti di gara volta a superarne le sopra evidenziate ambiguità e/o comunque nel caso in cui non fosse ritenuto coerente con l'attuale assetto della gara la riammissione del Consorzio Leonardo alla procedura, allora si chiede in via subordinata l'annullamento dell'intera procedura di gara.

Per le medesime motivazioni in fatto e diritto esposte nel terzo motivo del presente ricorso, alle quali per ragioni di sinteticità integralmente si rinvia, voglia dunque codesto Ecc.mo Collegio valutare l'annullamento dell'intera procedura di gara e ciò al fine di garantire la massima partecipazione, a condizioni paritarie, tra i concorrenti che hanno attualmente presentato offerta.

In tal modo sarà consentito alla Stazione appaltante di espungere dal disciplinare le parti di esso affette da insanabile contraddittorietà che erano potenzialmente in grado, così come in effetti è stato, di compromettere la corretta partecipazione dei concorrenti alla gara ovvero quantomeno di correggere i riferimenti equivoci presenti sulla piattaforma telematica al momento del caricamento dell'offerta.

Come rilevato anche dalla giurisprudenza, invero, la confusione ingenerata dalla *lex specialis* circa la corretta formulazione dell'offerta non può che comportare l'annullamento dell'intera gara (**Cons. St., Sez. III, 3 marzo 2021, n. 1813**).

Istanza risarcimento danni

Interesse del ricorrente è quello di essere riammesso alla procedura di gara e ottenere l'aggiudicazione dell'appalto con conseguente esecuzione del servizio.

Nel caso in cui non fosse possibile subentrare nella gestione del servizio sin dal suo avvio, si formula con il presente ricorso istanza di risarcimento danni per equivalente.

Ebbene, competono, a titolo di risarcimento danni, il lucro cessante, il danno emergente, il danno da perdita di *chance*, nonché il danno curriculare e le altre occasioni di lavoro perse. Voci di danno che ci si riserva di quantificare in corso di giudizio.

Istanza cautelare

Il *fumus* è dimostrato dalle considerazioni che precedono.

Quanto al *periculum* lo stesso deriva da plurimi fattori.

In primo luogo, il Consorzio Leonardo pur essendo risultato idoneo a seguito del vaglio della documentazione amministrativa è stato escluso prima ancora che si procedesse ad una valutazione del pregio tecnico ed economico della propria offerta.

A seguito dell'esclusione del ricorrente, la Commissione ha proceduto con speditezza dal momento che l'unica altra concorrente rimasta in gara era ed è l'attuale aggiudicataria.

Ben si comprende come su una gara di tale valore - si ricorda infatti che la base d'asta è pari a oltre 17 milioni di euro - il pregiudizio sarebbe enorme non solo per l'odierno ricorrente ma anche per la stessa Amministrazione, nella misura in cui ha aggiudicato una gara di tale portata senza che vi fosse alcuna competizione, alcun raffronto tra le offerte e/o i progetti di più concorrenti.

Data la speditezza della procedura non è poi inverosimile supporre che le attività prodromiche alla stipula del contratto e all'avvio dei lavori oggetto di gara sia già in corso, il che renderebbe estremamente difficoltoso il subentro dell'odierno ricorrente nell'esecuzione in caso di accoglimento del ricorso.

È chiaro, dunque, che ove non venisse concessa la misura cautelare invocata, l'auspicato accoglimento del presente gravame non produrrebbe nel ricorrente l'utilità sperata, ossia quella di prendere regolarmente parte alla presente procedura e se del caso aggiudicarsi la gara per la quale ha,

d'altro canto, già prestato impegno negoziale. Trattandosi di appalto integrato di progettazione ed esecuzione, il ricorrente ha infatti già sostenuto notevoli costi ai fini della predisposizione non solo della documentazione di gara ma anche del progetto da presentare.

Del resto, la sospensione dei provvedimenti impugnati in tale fase gioverebbe anche all'Amministrazione resistente, la quale potrebbe veder ampliata la platea dei concorrenti e delle offerte su una gara di notevole importanza, sia economica che sociale, come quella di cui trattasi; il che ai fini del miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico le sarebbe vantaggioso sia in termini di qualità che di costi.

Si consideri, inoltre, che ai sensi dell'art. 12-bis del D.L. n. 68/2022 in caso di accoglimento dell'istanza cautelare la data di discussione del merito verrebbe comunque fissata nei brevi termini ivi previsti, il che garantirebbe sia gli interessi dell'odierno ricorrente che quello pubblico a una celere definizione della presente controversia.

In subordine, si formula sin d'ora istanza affinché sia fissata con ordinanza la data della discussione del ricorso nel merito, ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a. e

P.Q.M.

Voglia l'Ecc.mo Tar adito:

in sede cautelare accogliere l'istanza cautelare proposta dal ricorrente e disporre la sospensione del provvedimento di esclusione e, per l'effetto, di quello con cui è stata disposta l'aggiudicazione;

nel merito:

- in via principale: accogliere il ricorso e disporre l'annullamento degli atti impugnati con conseguente riammissione del ricorrente alla procedura in oggetto.

- in subordine: accoglimento del quarto motivo di ricorso con conseguente annullamento dell'intera procedura di gara.

Con vittoria di onorari e spese.

L'importo della presente controversia è maggiore di € 1.000.000,00 e per l'effetto il contributo unificato è dovuto in misura pari ad € 6.000,00.

Si producono i documenti come separato elenco.

Roma, 23 giugno 2023

Avv. Matteo Valente

Avv. Antonietta Favale

Avv. Angelo Annibali

Avv. Gabriele Tricamo