

Massima: *Va altresì rilevato che, per la stessa giurisprudenza, la commistione tra offerta tecnica e offerta economica va apprezzata in concreto e non in astratto, nel contesto di un esercizio proporzionato e ragionevole della discrezionalità tecnica e con riguardo alla concludenza degli elementi economici esposti o desumibili dall'offerta tecnica, che debbono essere effettivamente 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 al seggio di gara di apprezzare prima del tempo la consistenza e la convenienza di tale offerta (Cons. Stato, V, 2 agosto 2021, n. 5645; 17 maggio 2021, n. 3833; 29 aprile 2020, n. 273; 11 giugno 2018, n. 3609; III, 3 dicembre 2021, n. 8047; 26 marzo 2021, n. 2581; 9 gennaio 2020, n. 167; 12 luglio 2018, n. 4284; 3 aprile 2017, n. 1530).*

Alla luce di tali coordinate ermeneutiche, deve concludersi che i riferimenti temporali del cronoprogramma, pur essendo declinabili in astratto in termini economici, quali indicazioni della riduzione delle tempistiche di lavorazione, non refluiscono nella violazione del divieto di commistione, rilevando preminentemente nella sola fase contrattuale e non essendo tali da disvelare in via anticipata l'offerta economica, né nella sua interezza né nei suoi aspetti economicamente significativi.

Consiglio di Stato n. 7147 del 16/08/2022



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 7012 del 2021, proposto da Fratelli Gentile Francesco e Raffaele Autotrasporti e Commercio Rottami Metallici s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con mandanti TB Teseco Bonifiche s.r.l. ed Edilgen s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Migliarotti e Antonio Parisi, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Regione Lazio, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocata Fiammetta Fusco, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

HTR Bonifiche s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con mandanti HTR Ambiente s.r.l. e Pavoni s.p.a., rappresentata e difesa dall'avvocato Davide Angelucci, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;
HTR Ambiente s.r.l., Pavoni s.p.a., non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione prima *quater*) n. 7506/2021, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;

Visto il ricorso incidentale di Htr Bonifiche s.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Lazio;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 28 aprile 2022 il Cons. Anna Bottiglieri e preso atto delle richieste di passaggio in decisione, senza preventiva discussione, depositate dagli avvocati Migliarotti, Parisi, Fusco e Angelucci;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

La Regione Lazio indiceva con bando 12 ottobre 2020 una procedura aperta *ex art.* 60 del d.lgs. 18 aprile 2018 n. 50, da gestire mediante piattaforma telematica, per l'affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di tutti i lavori, le prestazioni, le forniture e le provviste necessari al "capping definitivo" della discarica di Cupinoro di Bracciano.

La gara si concludeva con l'aggiudicazione a favore del raggruppamento temporaneo di imprese primo classificato nella graduatoria di merito, con mandataria HTR Bonifiche s.r.l. e mandanti HTR Ambiente s.r.l. (poi fusa per incorporazione in HTR Bonifiche s.r.l.) e Pavoni s.p.a., disposta con determina n. G00543 del 22 gennaio 2021 e resa efficace dopo le verifiche di legge con determina n. G1609 del 17 febbraio 2021.

Con ricorso e motivi aggiunti proposti davanti al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio Fratelli Gentile Francesco e Raffaele Autotrasporti e Commercio Rottami Metallici s.r.l., TB Teseco Bonifiche s.r.l. ed Edilgen s.p.a., la prima quale mandataria e le restanti quali mandanti del RTI secondo classificato nella predetta graduatoria, impugnavano l'aggiudicazione e tutti gli atti presupposti.

Le ricorrenti sostenevano con tre ordini di censure che il RTI controinteressato avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura: per avere inserito nell'offerta tecnica e non nella "offerta economica e tempo" il cronoprogramma delle lavorazioni, contro l'obbligo previsto a pena di esclusione dal paragrafo 9.6 del disciplinare di gara e il principio di segretezza dell'offerta economica sino alla valutazione dell'offerta tecnica, operante in tutte le gare rette dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ed espressamente richiamato a pena di esclusione dal paragrafo 11.3 del disciplinare della procedura; per non aver prodotto le dichiarazioni di impegno a sostegno dell'offerta economico-temporale, in violazione dell'art. 9.6 del disciplinare di gara; per non aver dimostrato il possesso del requisito di capacità tecnico-professionale di cui all'art. 4.3.4 dello stesso disciplinare. Denunziavano quindi l'illegittimità dell'aggiudicazione, perché violativa, oltre che del principio di segretezza dell'offerta economica, dei principi di *favor participationis* e di *par condicio*, dell'art. 97 Cost. e di varie clausole della legge di gara, nonché affetta da plurimi profili di eccesso di potere. Domandavano l'annullamento degli atti gravati e il risarcimento del danno, in forma specifica, mediante declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more e subentro nello stesso, o in subordine per equivalente.

La Regione Lazio e HTR Bonifiche si costituivano in giudizio, concludendo per la reiezione del ricorso perché infondato.

HTR Bonifiche formulava altresì ricorso incidentale, con il quale, tra altro, premesso che l'inserimento del cronoprogramma nell'ambito dell'offerta tecnica non aveva comportato la commistione tra questa e l'offerta economica, in quanto il documento non conteneva alcun riferimento ai tempi di esecuzione e inoltre, contrariamente a quanto affermato dalle ricorrenti, questo non andava inserito, a pena di esclusione, nell'ambito dell'offerta economica, affermava per l'ipotesi del riconoscimento della fondatezza di una opposta lettura l'illegittimità e la nullità *in parte qua* della *lex specialis* o comunque la necessità della sua disapplicazione, ai sensi degli artt. 95 comma 6 e 83 comma 8 del d.lgs. 50/2016 e della direttiva 24/2014/UE, che prevedono per un verso che l'elemento tempo sia uno dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica, e per altro verso vietano l'inserimento nei bandi di gara di clausole espulsive non previste dal legislatore.

L'adito Tribunale definiva la causa con sentenza della Sezione prima *quater* n. 7506/2021, che respingeva il ricorso principale e i motivi aggiunti, dichiarava improcedibile il ricorso incidentale per sopravvenuto difetto d'interesse e condannava la parte ricorrente alle spese del giudizio.

Le società soccombenti in primo grado hanno appellato la predetta sentenza, avverso cui hanno dedotto: 1) *Error in iudicando* ed *error in procedendo*; violazione e falsa applicazione del principio di derivazione comunitaria del c.d. *favor participationis*; violazione del principio di *par condicio*; violazione del principio di segretezza dell'offerta economica; violazione dell'art. 97 Cost.; violazione del principio di segretezza; violazione della *lex specialis*, con particolare riferimento ai paragrafi 9.1, 9.2, 9.3, 9.4, 9.5, 9.6 e 11 del disciplinare di gara; eccesso di potere; sviamento; incompetenza; irragionevolezza; illogicità manifesta; erronea ponderazione della fattispecie contemplata; abnormità; altri profili; 2) *Error in iudicando* ed *error in procedendo*; violazione, falsa ed erronea applicazione del principio di derivazione comunitaria del c.d. *favor participationis*; violazione del principio di *par condicio*; violazione dell'art. 97 Cost.; violazione della *lex specialis*, con particolare riferimento al paragrafo 9.6. del disciplinare di gara; eccesso di potere; sviamento; irragionevolezza; illogicità manifesta; erronea ponderazione della fattispecie contemplata; abnormità; altri profili; 3) *Error in iudicando* ed *error in procedendo*; violazione del principio di derivazione comunitaria del c.d. *favor participationis*; violazione dell'art. 97 Cost.; violazione della *lex specialis*, con particolare riferimento al paragrafo 4.3.4 del disciplinare di gara; eccesso di potere; sviamento; irragionevolezza; illogicità manifesta; erronea ponderazione della fattispecie contemplata; abnormità; altri profili. Hanno domandato la riforma della sentenza impugnata e

l'annullamento dei provvedimenti gravati in primo grado con tutte le conseguenze di legge, ivi compresa la declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto e il loro subentro nello stesso.

HRT Bonifiche, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del RTI aggiudicatario, si è costituita in resistenza. Ha poi formulato appello incidentale condizionato, con cui, sostenuta l'infondatezza dell'appello principale, ha impugnato la pronuncia di improcedibilità del suo ricorso incidentale di primo grado al solo fine di "neutralizzare" gli effetti sfavorevoli discendenti dall'eventuale accoglimento dell'appello principale. Ha a tale fine dedotto: 1) Violazione degli artt. 95 comma 6 e 83 comma 8 del d.lgs. 50/2016; violazione dell'art. 67 della direttiva 24/2014/UE; violazione del giusto procedimento; 2) Violazione dell'art. 83 comma 8 del d.lgs. 50/2016; violazione del principio del *favor participationis*; violazione del principio di divieto di aggravio del procedimento. Ha poi rappresentato l'avvenuta sottoscrizione del contratto ((21 giugno 2021) con consegna preliminare e parziale dei lavori (12 luglio 2021), illustrato i lavori già eseguiti e le attività in corso e concluso per la reiezione dell'appello principale e, occorrendo, per l'accoglimento dell'appello incidentale.

Anche la Regione Lazio si è costituita in resistenza, concludendo per la reiezione dell'appello, di cui ha illustrato l'infondatezza.

L'appellante principale ha replicato alle difese della controinteressata.

Con ordinanza n. 5545/2021 la Sezione ha respinto la domanda cautelare formulata nell'appello principale, ritenendo prevalente in sede di comparazione dei contrapposti interessi l'interesse pubblico alla prosecuzione dei lavori, anche in considerazione dell'oggetto del contestato affidamento.

Nel prosieguo, tutte le parti hanno affidato a memorie lo sviluppo delle proprie argomentazioni difensive, nell'ambito del quale le parti private, assumendo opposte posizioni, hanno anche dibattuto circa la praticabilità nel caso di specie del subentro contrattuale.

La causa è stata quindi trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 28 aprile 2022.

DIRITTO

1. L'appellante principale evidenzia come il tema centrale del suo appello sia quello rappresentato dalla commistione tra l'offerta "economica e tempo" e l'offerta tecnica proposte nella gara di cui in fatto dall'aggiudicataria, qui resistente e appellante incidentale, asseritamente operata mediante l'inserimento nell'offerta tecnica del cronoprogramma delle lavorazioni.

La questione va quindi immediatamente esaminata, anche perché essa forma oggetto del primo motivo dell'appello principale.

2. Al riguardo, va rammentato che le odierne appellanti hanno sostenuto nel ricorso di primo grado che l'aggiudicataria, inserendo nell'offerta tecnica il cronoprogramma delle lavorazioni, avesse violato sia il paragrafo 9.6 del disciplinare di gara, che ne prevedeva a pena di esclusione la presentazione nella "offerta economica e tempo", sia il principio di segretezza dell'offerta economica sino alla valutazione dell'offerta tecnica, operante in tutte le gare rette dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ed espressamente richiamato a pena di esclusione dal paragrafo 11.3 dello stesso disciplinare.

La sentenza gravata ha escluso entrambe le violazioni.

In particolare:

A) Ha rilevato che il paragrafo 9.6 del disciplinare di gara, nel prevedere il contenuto della busta C “offerta economica e tempo”, ha previsto al capoverso 7 che i concorrenti avrebbero dovuto presentare il cronoprogramma come parte integrante dell’offerta tempo a pena di esclusione, ma non ha tuttavia prescritto che tale documento avrebbe dovuto essere inserito nell’offerta tempo. Ne ha dedotto che l’aggiudicataria, presentando l’offerta economica e l’offerta tempo nella busta C, e il cronoprogramma nella busta B “offerta tecnica”, aveva ottemperato agli obblighi ivi previsti, *“non essendo a tal fine rilevante che detto documento sia stato collocato al di fuori della busta C, essendo l’esclusione prevista, per quanto detto, solamente per il caso di omessa allegazione del documento”*. Ha ancora rilevato che, sempre per l’art. 9.6 del disciplinare di gara, il cronoprogramma e l’offerta tempo erano due documenti diversi, tant’è che lo schema riportato all’allegato 4 ha indicato i soli elementi dell’offerta economica e dell’offerta tempo, e, quanto al cronoprogramma, si è limitato a ribadire esclusivamente la necessità della sua allegazione;

B) Ha poi osservato che il paragrafo 11.3 dello stesso disciplinare, al penultimo capoverso e per quanto di interesse, ha previsto l’esclusione solo in caso di mancata separazione dell’offerta tempo da quella tecnica, e ha ritenuto che tale fattispecie non si fosse concretizzata, in quanto l’offerta tempo della controinteressata, redatta secondo lo schema allegato al disciplinare, era stata tenuta separata dall’offerta tecnica, e l’inserimento del cronoprogramma nella busta B “offerta tecnica” non avesse comportato alcuna violazione della clausola, in quanto: il cronoprogramma e l’offerta tempo erano documenti, come sopra, diversi; l’inserimento era comunque avvenuto in un “file” separato rispetto a quelli contenenti l’offerta tecnica; *“con riferimento al rapporto tra offerta tempo e offerta tecnica, il disciplinare sanziona con l’esclusione la mancata separazione di esse e non anche, come nel caso di rapporto tra offerta economica ed offerta tecnica, l’inserimento di elementi della prima nella seconda”*; infine, sulla piattaforma telematica utilizzata dalla stazione appaltante non vi era alcuno spazio per l’inserimento del cronoprogramma come documento diverso e distinto dall’offerta tempo.

Ha quindi concluso che la giurisprudenza richiamata in ricorso in punto di violazione del divieto di segretezza dell’offerta economica fosse inconferente, e rilevato che alla luce della disciplina dell’offerta tempo, estranea a quella propriamente e specificamente indicata come “offerta prezzo”, la commissione di gara avesse legittimamente ritenuto che il suo erroneo inserimento da parte della controinteressata nell’offerta tecnica non avesse inficiato il principio di segretezza dell’offerta, anche alla luce della distinzione tra l’offerta economica e l’offerta tempo, che, ancorchè da inserire nella medesima busta C, non erano considerate unitariamente dall’art. 10 del disciplinare che, ai fini dell’assegnazione del punteggio, ha distinto tra offerta tecnica, offerta economica e offerta tempo, con previsione di attribuire a quest’ultima un massimo di 10 punti su un totale di 100. Dal che ha desunto che *“l’offerta tempo costituisce una sezione distinta dell’offerta economica nel suo insieme considerata, il che è naturale in ragione del contenuto sostanziale dell’offerta tempo, che consiste in una riduzione percentuale rispetto al tempo previsto di realizzazione dell’appalto [...]. Di conseguenza, le clausole del disciplinare di gara risultano correttamente applicate, anche nell’ottica di un corretto bilanciamento fra l’ossequio al principio del favor participationis e quello della segretezza delle offerte”*;

3. Le predette conclusioni non sono scalfite dalle argomentazioni dell’appellante.

3.1. Queste poggiano fondamentalmente sull’affermazione che il paragrafo 9.6 del disciplinare di gara obbligasse gli operatori economici, a pena di esclusione, a inserire nella busta C tutti gli elementi dell’offerta economica e temporale, tra cui il cronoprogramma.

Ma così non è.

Il paragrafo 9.6 in esame, per quanto qui di interesse, prevede che “*La busta ‘C - Offerta economica e tempo’ contiene, a pena di esclusione, l’offerta economica e tempo [...] resa utilizzando l’apposito Allegato 5 [...]*”. Dopo aver esposto gli elementi da dichiarare nell’offerta, la previsione stabilisce che “*Come parte integrante della riduzione proposta, il concorrente dovrà, a pena di esclusione, allegare il cronoprogramma dettagliato delle lavorazioni previste. Tale elaborato, in caso di aggiudicazione, sarà elemento contrattuale vincolante. In caso di discordanza tra la riduzione proposta ed il dato emergente dal cronoprogramma stesso, quest’ultimo, ai fini dell’attribuzione del punteggio, sarà prevalente. L’offerta economica e tempo, comprensiva del computo metrico estimativo, giustificativi e cronoprogramma, è sottoscritta digitalmente con le modalità indicate per la sottoscrizione della domanda di partecipazione*”.

Ciò posto, ai fini dell’interpretazione delle clausole di una *lex specialis* trovano applicazione le norme in materia di contratti e anzitutto il criterio letterale e quello sistematico, *ex artt.* 1362 e 1363 Cod. civ. (da ultimo, Cons. Stato, V, 6 agosto 2021, n. 5781; 8 aprile 2021, n. 2844; 8 gennaio 2021, n. 298; III, 24 novembre 2020, n. 7345; 15 febbraio 2021, n. 1322): conseguentemente, le stesse clausole non possono essere assoggettate a procedimento ermeneutico in una funzione integrativa, diretta a evidenziare in esse pretesi significati impliciti o inespressi, ma vanno interpretate secondo il significato immediatamente evincibile dal tenore letterale delle parole utilizzate e dalla loro connessione; soltanto ove il dato testuale presenti evidenti ambiguità, deve essere prescelto dall’interprete il significato più favorevole al privato (Cons. Stato, VI, 6 marzo 2018, n. 1447; V, 27 maggio 2014, n. 2709).

Il Tar ha fatto buon governo degli anzidetti principi, avendo tenuto conto, nell’interpretazione della clausola del disciplinare qui in rilievo, sia del criterio letterale che di quello sistematico.

In particolare, la previsione, sotto il profilo letterale, commina l’esclusione dalla gara per la mancata presentazione del cronoprogramma, ma non per il suo mancato inserimento nella busta C.

3.2. Nulla muta considerando che, come pure rileva la deducente, il precedente paragrafo 9.4. non abbia inserito il cronoprogramma tra gli elementi dell’offerta tecnica.

La questione non è infatti quella di individuare quale era per la *lex specialis* la sede propria della presentazione del cronoprogramma, quesito che alla luce del paragrafo 9.6. ha una risposta scontata (busta C “offerta economica e tempo”), cosa che il primo giudice ha bene chiarito, definendo “erroneo” il suo inserimento da parte della controinteressata nella busta B “offerta tecnica”.

Si tratta invece di valutare se, accanto all’obbligo puro e semplice di cui allo stesso paragrafo 9.6. di presentare in gara il documento, posto a pena di esclusione e pacificamente assolto dalla controinteressata, ve ne fosse uno ulteriore, parimenti munito di sanzione espulsiva, circa il suo inserimento nella busta C; in altre parole, occorre stabilire se per l’errore in cui è incorsa la controinteressata nella presentazione del documento la *lex specialis* prevedesse la sanzione espulsiva.

E allora deve rilevarsi che la lettera del paragrafo in parola non depone in alcun modo in tal senso, neanche quando, come pure rileva la deducente, chiarisce, per il caso di contrasto con l’offerta tempo, la prevalenza del cronoprogramma.

Invero tale prescrizione, da riguardare stavolta sotto il profilo sistematico, non investe l’ambito di interesse delle odierne censure della ritualità della partecipazione alla gara del concorrente, bensì il

diverso piano della individuazione, in caso di discordanza, dell'offerta da questi effettivamente proposta in gara, che proprio tale ritualità presuppone, tant'è che lo stesso paragrafo 9.6. in commento chiarisce che, in caso di aggiudicazione, il cronoprogramma è elemento contrattuale vincolante, rilevante quindi in fase esecutiva, e risolve la discordanza di cui trattasi ai fini "dell'attribuzione del punteggio".

Non può convenirsi pertanto con l'appellante principale circa la "oscurità" della lettura operata dal Tar delle norme del disciplinare in parola, né, quindi, sulla sua emendabilità.

3.3. Proseguendo nell'esposizione del motivo, la deducente afferma, in uno al primo giudice, che "è indubitabilmente vero che il cronoprogramma costituisce un documento diverso dall'offerta tempo", e chiarisce di non aver mai affermato il contrario, per poi affermare la perfetta coincidenza tra i due documenti, perché entrambi contenenti la "dettagliata rappresentazione dell'impiego sul campo di uomini e mezzi secondo un arco temporale che segna il limite dell'offerta di riduzione sul tempo".

Ora, tali affermazioni sono evidentemente contraddittorie, e in quanto tali non possono essere seguite né complessivamente né singolarmente.

In particolare, oltre a non chiarire quale sia la critica puntuale, ex art. 101 Cod. proc. amm., concretamente rivolta al capo della sentenza impugnata che ha affermato, come sopra, la diversità dei due documenti, e, ulteriormente, anche la diversità tra l'offerta tempo e quella economica, esse propongono una tesi palesemente contraria alla legge di gara, che, senza alcuna ambiguità o contraddittorietà, ha tenuto bene distinti il cronoprogramma e l'offerta tempo, restando solo da rammentare il rigoroso principio formale che assiste la *lex specialis*, a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost. (*ex multis*, Cons. Stato, V, 29 settembre 2015, n. 4441; III, 20 aprile 2015, n. 1993; VI, 15 dicembre 2014, n. 6154), da cui discende che le prescrizioni ivi stabilite impegnano i concorrenti e la stessa stazione appaltante, che non conserva margini di discrezionalità nella loro concreta attuazione, né può disapplicarle, neppure quando alcune di queste regole risultino inopportune o incongrue o comunque superate, fatta salva naturalmente, in tale ultimo caso, la possibilità di procedere all'annullamento del bando nell'esercizio del potere di autotutela (tra tante, Cons. Stato, V, 5 marzo 2020, n. 1604; 13 settembre 2016, n. 3859; 28 aprile 2014, n. 2201; 30 settembre 2010, n. 7217; 22 marzo 2010, n. 1652; Ad. plen., 25 aprile 2014, n. 9).

Sicché è priva di qualsiasi fondamento la pretesa in cui sostanzialmente involve l'argomentazione in esame, e cioè che si operi una indebita sovrapposizione tra i due documenti tecnici, al fine di sottoporre la obbligatoria presentazione del cronoprogramma a una regola che, a pena di esclusione, la legge di gara ha previsto solo per l'offerta tempo.

3.4. Non convincono neanche le argomentazioni con cui la deducente attacca il capo della sentenza impugnata che, come sopra, non ha ravvisato la denunciata violazione del paragrafo 11.3. del disciplinare di gara, laddove si prevede l'esclusione dell'operatore economico per:

“- mancata separazione dell'offerta economica dall'offerta tecnica, ovvero l'inserimento di elementi concernenti il prezzo in documenti contenuti nelle buste A e B;

- mancata separazione dell'offerta tempo dall'offerta tecnica”.

Infatti, una volta accertate l'insussistenza nella legge di gara dell'obbligo munito di sanzione espulsiva di inserire il cronoprogramma nella busta C, la diversità tra il cronoprogramma e l'offerta tempo, l'avvenuta separazione da parte della controinteressata tra l'offerta tempo e quella tecnica e

l'inserimento del cronoprogramma in un file separato della busta B, e ulteriormente rilevato che il disciplinare sanziona con l'esclusione la mancata separazione dell'offerta tecnica e dell'offerta tempo *“e non anche, come nel caso di rapporto tra offerta economica ed offerta tecnica, l'inserimento di elementi della prima nella seconda”*, come rilevato dal Tar, non è possibile per tale via sostenere che la controinteressata andava esclusa dalla gara: depone in senso contrario proprio la giurisprudenza richiamata nel motivo (Cons. Stato, Ad. Plen. n. 9 del 2014), che rimarca, nei sensi già sopra precisati, come le cause di esclusione dalle gare pubbliche previste nella *lex specialis* vincolano i concorrenti e anche l'amministrazione, e vanno interpretate *“secondo il criterio formale (testuale e oggettivo), con esclusione di letture ermeneutiche in chiave soggettiva e integrativa, e con l'applicazione automatica e vincolata laddove previsto dalla normativa di gara”*.

Corretta, pertanto, anche la conclusione del Tar circa l'inconferenza degli arresti giurisprudenziali richiamati in ricorso (e qui largamente ripetuti) in punto di violazione del divieto di segretezza dell'offerta economica, non essendo assistita da alcun elemento di rilievo giuridico l'affermazione della deducente che la presentazione del cronoprogramma nell'ambito dell'offerta tecnica abbia determinato lo *“stravolgimento delle regole poste a presidio della serenità e della terzietà del giudizio della commissione”* e la pretesa di questa che nella fattispecie debba aderirsi a un orientamento più rigoroso circa il rischio di condizionamento del seggio di gara, di cui peraltro non sono ben chiare le basi giuridiche.

Quanto poi all'affermazione per cui il contenuto del cronoprogramma sarebbe idoneo a determinare il predetto stravolgimento, essa costituisce, in sostanza, una riproposizione, sotto altro profilo, della questione della sostanziale identità tra tale documento e l'offerta tempo, già sopra respinta, mentre il richiamo alla *par condicio* operato dalla deducente conferma, piuttosto che indebolire, la posizione assunta dal primo giudice, dal momento che il fondamento di tale principio riposa sul conferimento alla legge di gara delle sole interpretazioni giustificate dal suo obiettivo tenore.

Lo stesso è a dirsi per il richiamo al rilievo che assume il punteggio massimo assegnabile al dato quantitativo/temporale dell'offerta (max 10/100), atteso che esso è correlato all'offerta tempo, e non al cronoprogramma (art. 10 disciplinare di gara).

3.5. Non è conducente neanche il rilievo della appellante principale secondo cui la circostanza evidenziata dal primo giudice circa la carenza nella piattaforma telematica attraverso la quale è stata gestita la gara di un apposito *slot* in cui inserire il cronoprogramma non determinerebbe *“la sostanziale inoperatività del precetto secondo cui il documento doveva essere inserito nella busta C”*.

Il precetto in parola non è infatti assistito dalla sanzione espulsiva, sicchè la carenza di cui sopra bene può quindi assumere la valenza giustificativa che la sentenza appellata gli ha attribuito.

3.6. In definitiva, in relazione alle censure sin qui esaminate, va considerato che, per la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato: a) la valutazione delle offerte tecniche deve precedere la valutazione delle offerte economiche; b) le offerte economiche devono essere contenute in buste separate dagli altri elementi (documentazione e offerte tecniche) e debitamente sigillate; c) la commissione non può aprire le buste delle offerte economiche prima di aver completato la valutazione delle offerte tecniche; d) nell'offerta tecnica non deve essere inclusa né l'intera offerta economica, né elementi consistenti dell'offerta economica o elementi che comunque consentano di ricostruirla; e) nell'offerta tecnica possono essere 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 (Cons. Stato, V, 12 novembre 2015, n. 5181; VI, 27 novembre 2014, n. 5890).

Va altresì rilevato che, per la stessa giurisprudenza, la commistione tra offerta tecnica e offerta economica va apprezzata in concreto e non in astratto, nel contesto di un esercizio proporzionato e ragionevole della discrezionalità tecnica e con riguardo alla concluzione degli elementi economici esposti o desumibili dall'offerta tecnica, che debbono essere effettivamente 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 al seggio di gara di apprezzare prima del tempo la consistenza e la convenienza di tale offerta (Cons. Stato, V, 2 agosto 2021, n. 5645; 17 maggio 2021, n. 3833; 29 aprile 2020, n. 273; 11 giugno 2018, n. 3609; III, 3 dicembre 2021, n. 8047; 26 marzo 2021, n. 2581; 9 gennaio 2020, n. 167; 12 luglio 2018, n. 4284; 3 aprile 2017, n. 1530).

Alla luce di tali coordinate ermeneutiche, deve concludersi che i riferimenti temporali del cronoprogramma, pur essendo declinabili in astratto in termini economici, quali indicazioni della riduzione delle tempistiche di lavorazione, non refluiscano nella violazione del divieto di commistione, rilevando preminentemente nella sola fase contrattuale e non essendo tali da disvelare in via anticipata l'offerta economica, né nella sua interezza né nei suoi aspetti economicamente significativi.

In tal senso, del resto, si è già espressa la giurisprudenza (Cons. Stato, III, 2 agosto 2017, n. 3874; 10 giugno 2016, n. 2510),

4. La sentenza impugnata ha ulteriormente osservato che anche l'eventuale accessione alla tesi delle ricorrenti tendente a interpretare il disciplinare di gara (paragrafi 9.6 e 11.3) nel senso di richiedere a pena di esclusione l'inserimento del cronoprogramma nell'offerta economica non avrebbe comunque potuto condurre all'accoglimento del ricorso principale, dovendo nel caso prevalere il primo motivo del ricorso incidentale che la controinteressata ha diretto avverso la legge di gara (violazione degli artt. 95 comma 6 e 83 comma 8 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, dell'art. 67 della direttiva 24/2014/UE, del giusto procedimento), in quanto *“la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di rilevare che il cronoprogramma è un elemento ‘quantitativo temporale’, ma nel significato proprio delle leggi fisiche (è misurabile nel tempo), non in quello delle leggi giuridiche, il che rende illegittimo il divieto di inserimento nell’offerta tecnica a pena di esclusione (Cons. Stato, n. 3874 del 2017). Ciò in considerazione dello stesso contenuto e della stessa disciplina dell’offerta tempo, che non ha a che fare con la parte propriamente e specificamente indicata come offerta prezzo, soprattutto quando, come nel caso di specie, l’offerta tempo è una sezione distinta di quella economica”*.

5. L'appellante principale avversa tale capo di sentenza con il primo motivo in esame, ancorché esso sia stato sviluppato in via meramente ipotetica, atteso che il ricorso incidentale è stato dichiarato improcedibile per carenza di interesse.

5.1. Al riguardo, anche al di là di ogni questione circa l'interesse della appellante principale a contestare le predette argomentazioni, si osserva che la doglianza della deducente circa il contrasto tra le ragioni che il primo giudice ha posto a base della ventilata fondatezza del ricorso incidentale e gli artt. 95 comma 6 e 83 comma 8 del d.lgs. 50/2016, espressivi dell'art. 67 della direttiva 24/2014/UE, non può essere accolta.

5.2. L'indirizzo giurisprudenziale fatto proprio dal primo giudice è stato infatti di recente confermato da questa Sezione del Consiglio di Stato (4 marzo 2021, n. 2683) che, in un contenzioso

in cui si agitavano questioni non dissimili da quelle odierne, ha rilevato che *“come risulta dal consolidato indirizzo giurisprudenziale correttamente indicato nella sentenza appellata, l’indicazione della riduzione delle tempistiche di lavorazione non costituisce un’anticipazione dell’offerta economica, bensì una caratteristica dell’offerta tecnica. Ciò si ricava dall’art. 67, comma 2, lett. c), della direttiva 24/2014/UE, che menziona, tra i criteri per la valutazione dell’offerta tecnica, proprio il ‘termine di consegna o di esecuzione’, nonché dall’art. 95, comma 6, lett. g), del D.Lgs. n. 50 del 2016, che, tra i criteri oggettivi per la valutazione delle offerte economicamente più vantaggiose, prevede ‘le condizioni di consegna quali la data di consegna, il processo di consegna e il termine di consegna o di esecuzione’ (nello stesso senso, vedi Cons. Stato, Sez. III, 10 giugno 2016, n. 2510). Nel senso su indicato è stato affermato anche che: ‘Nelle gare pubbliche il cronoprogramma è un elemento ‘quantitativo temporale’, ma nel significato proprio delle leggi fisiche (è misurabile nel tempo), non in quello delle leggi giuridiche, con conseguente possibilità del suo inserimento nell’offerta tecnica’ (Cons. Stato, Sez. III, 2 agosto 2017, n. 3874). Nel caso di specie, in cui la lex specialis contemplava una clausola che imponeva l’allegazione del cronoprogramma e vietava esplicitamente solo l’anticipazione del contenuto economico dell’offerta (art. 16 del disciplinare), non poteva essere escluso un concorrente che si era attenuto all’obbligo di indicazione dei tempi di esecuzione del contratto nell’offerta tecnica. E’ da ritenere pertanto corretta sul punto la sentenza impugnata, anche con riferimento alla eventuale ambiguità o quanto meno contraddittorietà della citata clausola, dalla cui applicazione in ogni caso non avrebbe potuto derivare tout court l’esclusione dalla gara”*.

Ed è evidente che tali argomentazioni, che il Collegio condivide, impediscono di aderire alla tesi spesa dell’appellante principale secondo cui il dato temporale dell’offerta è di carattere quantitativo e quindi, come tale, non deve essere conosciuto all’atto della valutazione tecnica, altrimenti integrandosi *“la violazione del principio di separazione tra il momento in cui va espressa una valutazione qualitativa discrezionale e quello in cui va espresso un giudizio quantitativo automatico”*, anche perché essa tesi, oltre a porsi in contrasto con la giurisprudenza precitata, prosegue nell’equiparazione tra il *“cronoprogramma”* e la *“offerta tempo”* (tant’è che fa riferimento ai 10 punti massimi previsti per quest’ultima dal disciplinare), laddove invece, come sopra visto, per un verso, detti documenti non sono coincidenti, e, per altro verso, non si discute qui della mancata separazione dell’offerta tempo da quella tecnica, obbligo che la controinteressata ha pacificamente assolto.

Nulla muta, per le stesse ragioni, considerando la decisione di questa Sezione 20 luglio 2021, n. 5463, che l’appellante principale invoca in sede di memoria difensiva, e che è relativa a una fattispecie in cui la pronuncia di illegittimità ha colpito la legge di gara per aver incluso l’offerta tempo nell’ambito di quella tecnica.

6. Per tutto quanto precede, il primo motivo va respinto.

7. L’appellante principale, mediante il secondo motivo del suo ricorso di primo grado, ha sostenuto che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non aver prodotto le dichiarazioni di impegno a sostegno dell’offerta economico-temporale di cui all’art. 9.6 del disciplinare di gara, e in particolare, per essersi limitata a inserire i ribassi economici e temporali invece di redigere lo schema dell’offerta economico-temporale secondo l’allegato 4 del disciplinare, contenente le predette dichiarazioni di impegno.

Il Tar ha escluso la fondatezza della censura, rilevando che:

“Come chiarito dalla Stazione appaltante nel diniego dell’istanza di autotutela, sulla piattaforma telematica utilizzata, non era previsto alcuno spazio per inserire l’offerta economica e tempo,

secondo lo schema dell'allegato 4. Peraltro, l'art. 9.6 non prevede l'utilizzo dell'apposito schema riportato all'allegato 4 a pena di esclusione e, comunque, prevede che tale schema, una volta scaricato, compilato e firmato digitalmente, dovesse essere 'inserito a sistema nell'apposito campo predisposto su Stella', che, come detto, nel caso di specie non vi era. La Stazione appaltante ha quindi ritenuto di dover far prevalere, rispetto ad una lettura formalistica, il principio del favor participationis e della tutela dell'affidamento. Il RTI aggiudicatario ha infatti inserito i ribassi economici e temporali proposti (doc. n. 5, allegato 6 al ricorso incidentale) e, comunque, ha reso le dichiarazioni di impegno richieste, nel documento 'schema di dichiarazioni integrative' inserito nella busta A (doc. n. 7, allegato 8 al ricorso incidentale), nello schema di contratto (doc. n. 8, allegato 9 al ricorso incidentale), nel capitolato speciale (doc. n. 9, allegato 10 al ricorso incidentale)".

8. Ciò posto, il secondo motivo dell'appello in esame, che contesta tali conclusioni, si rivela infondato.

8.1. La censura non costituisce infatti una reale critica alla sentenza impugnata - che ha accertato che la controinteressata ha presentato le dichiarazioni di impegno in parola, ancorchè non utilizzando l'apposito schema allegato al disciplinare, il cui utilizzo, peraltro, non era previsto a pena di esclusione - consistendo nella mera ripetizione delle doglianze formulate in primo grado, e ciò sul rilievo che il primo giudice abbia interpretato le stesse doglianze "sotto un profilo formalistico", cosa che all'evidenza non è, considerato che l'iter argomentativo appena sopra riportato è strettamente ancorato a dati sostanziali.

Sul punto, quindi, in assenza di elementi contrari a quanto rilevato dal giudice di prime cure in relazione alle prescrizioni della *lex specialis* e alla documentazione presente al fascicolo di causa, che la deducente non ha allegato, non resta al Collegio che rammentare che gli schemi o modelli allegati ai bandi di gara, di regola, non costituiscono altro che strumenti predisposti dall'amministrazione a scopo meramente esemplificativo, per facilitare la partecipazione alla procedura, sicchè il loro mancato utilizzo non può essere sanzionato con l'esclusione (Cons. Stato, V, 19 luglio 2018, n. 4395; 7 luglio 2014, n. 3449).

9. Con l'ultimo motivo del suo ricorso di primo grado l'appellante principale ha sostenuto che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura per non aver dimostrato di possedere il requisito di capacità tecnico-professionale prescritto dall'art. 4.3.3 del disciplinare di gara, relativo alla gestione, nel triennio precedente, di servizi di trasporto e gestione dei rifiuti per un importo complessivo di 1 milione di euro.

Il Tar ha escluso la fondatezza della censura, rilevando che:

"dai documenti in atti, e in particolare dal DGUE della mandante HTR Ambiente Srl, poi fusa per incorporazione nella HTR Bonifiche Sr, risulta che il fatturato annuo generale per il triennio 2017-2019, nonché quello specifico, che è relativo al 'settore di attività oggetto dell'appalto', superino la soglia richiesta dal disciplinare di gara".

10. Tale conclusione è contestata nell'ultimo motivo dell'appello, rilevandosi l'inidoneità della dichiarazione contenuta nel DGUE a dimostrare il possesso del requisito, in quanto correlato dal paragrafo 4.3.4 del disciplinare di gara alla presentazione di bilanci approvati (per le società di capitali) o del Modello Unico o dichiarazione Iva (per le imprese individuali e le società di persone), o, in alternativa, di "idonea documentazione dalla quale si evincano servizi svolti e importi percepiti", nonché da documentazione attestante la "regolare esecuzione dei servizi resi".

10.1. La doglianza è contraddittoria e infondata.

Chiarito infatti che il paragrafo 4.3.4 di cui trattasi non ha previsto che la dimostrazione del possesso del requisito fosse da inserire nella documentazione di gara a pena di esclusione, rileva che è la stessa deducente ad affermare che la controinteressata ha prodotto “copia dei bilanci approvati relativi agli ultimi tre esercizi finanziari” (la stazione appaltante chiarisce che tale produzione, in uno al dettaglio dei servizi, corredato da importi, date e destinatari, come da documenti già depositati in primo grado, è avvenuta a seguito delle disposte verifiche), e il rilievo che tale allegazione non permetta la dimostrazione del requisito dichiarato in gara è privo di qualsiasi pregio, perchè manifestamente contrario alla lettera della legge di gara, la quale ha altresì richiamato anche l’art. 86 comma 4 del d.lgs. 5072016, stabilendo che, ai sensi di tale norma, *“l’operatore economico, che per fondati motivi non è in grado di presentare le referenze richieste può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante”*.

11. In definitiva, l’appello principale è infondato e va pertanto respinto, mentre l’appello incidentale condizionato va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Le spese del grado seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sulla causa di cui in epigrafe, respinge l’appello principale e dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse l’appello incidentale.

Condanna l’appellante principale alla refusione in favore dell’appellante incidentale e della resistente amministrazione delle spese del grado, che liquida in misura pari a € 5.000,00 (euro cinquemila/00) per ciascuna di esse.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 28 aprile 2022 con l’intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

Gianluca Rovelli, Consigliere

L’ESTENSORE
Anna Bottiglieri

IL PRESIDENTE
Diego Sabatino