

Pubblicato il 06/10/2021

N. 06647/2021 REG.PROV.COLL.  
N. 03294/2021 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 3294 del 2021,  
proposto da

Protea S.r.l. - Soc. di ingegneria in proprio e quale capogruppo del  
costituendo r.t.p. Protea S.r.l., Carra Giuseppe, Russo Tommaso, Urso  
Vincenzo, Zichi Alessandro, Delle Donne Melissa”, in persona del legale  
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro De  
Matteis, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

*contro*

Comune di Martano, non costituito in giudizio;

*nei confronti*

DFP Engineering S.r.l., Studio Conversano S.r.l., T&T Engineering S.r.l., in  
persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi  
dall'avvocato Marcello Russo, con domicilio digitale come da PEC Registri di  
Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Cardito, via Murillo De  
Petti n. 8;

*per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, Sezione Terza, n. 00470/2021, resa tra le parti;*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di DFP Engineering S.r.l., Studio Conversano S.r.l. e T&T Engineering S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 settembre 2021 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e preso atto delle richieste di passaggio in decisione, senza discussione, degli avvocati De Matteis e Russo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia - Lecce ha respinto il ricorso proposto dalla Protea s.r.l. – Società di ingegneria, seconda classificata, in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo r.t.p. *“Protea s.r.l. – Carra Giuseppe – Russo Tommaso – Urso Vincenzo – Zichi Alessandro – Delle Donne Melissa”* contro il Comune di Martano e nei confronti del r.t.p. – DFP Engineering s.r.l., Studio Conversano s.r.l. e T&T Engineering s.r.l., primo classificato, per l’annullamento dell’aggiudicazione a quest’ultimo dei servizi professionali di progettazione esecutiva, direzione lavori e coordinamento della sicurezza nella fase progettuale ed esecutiva per il *“progetto di efficientamento energetico degli edifici denominati Palazzo Comunale e Scuola Media Clemente Antonaci”*.

Le spese processuali sono state compensate.

2. Avverso la sentenza la Protea s.r.l. – Società di ingegneria, in proprio e quale capogruppo del detto raggruppamento temporaneo, ha avanzato appello con quattordici motivi.

2.1. Il Comune di Martano non si è costituito in appello.

Le società DFP Engineering s.r.l., Studio Conversano s.r.l. e T&T Engineering s.r.l., la prima in qualità di mandataria e le seconde in qualità di mandanti del

r.t.i., si sono costituite per resistere al gravame.

2.2. All'udienza in camera di consiglio del 6 maggio 2021 è stato disposto un rinvio del ricorso cautelare per abbinamento al merito, fissato per il 16 settembre 2021.

Il 19 maggio 2021 l'appellante ha però richiesto l'adozione di misure cautelari monocratiche perché frattanto, il 13 maggio 2021, era stato stipulato il contratto tra il Comune di Martano ed il r.t.i. controinteressato.

Respinta l'istanza con decreto del 20 maggio 2021, n. 2660, l'appellante ha rinunciato alla domanda cautelare, con dichiarazione di sopravvenuta carenza di interesse depositata il 17 giugno 2021. Con ordinanza cautelare del 24 giugno 2021, n. 3518 l'istanza cautelare è stata dichiarata improcedibile.

2.3. All'udienza del 16 settembre 2021 la causa è stata assegnata a sentenza, previo deposito di memoria delle società appellate, di replica della società appellante e di note di passaggio in decisione di entrambe le parti costituite.

3. Con un primo gruppo di censure del ricorso di primo grado, la Protea, in proprio e nella qualità indicata in epigrafe, aveva contestato la valutazione della commissione di gara concernente il sub-criterio C.1.1, per il quale al r.t.p. aggiudicatario era stato attribuito il punteggio di 1 su 2 disponibili. La ricorrente aveva dedotto che avrebbe dovuto essere attribuito il punteggio di 0 perché all'interno del r.t.p. non figurava alcun "*esperto sugli aspetti energetici ed ambientali degli edifici*" munito di certificazione nei termini di cui al disciplinare di gara e al d.m. 11 ottobre 2017, tale non potendosi qualificare, ad avviso della Protea, l'ing. Massimo Tessitore, munito di certificato "E.G.E."

3.1. Il Tribunale amministrativo regionale ha respinto le censure, richiamando la propria precedente ordinanza cautelare n. 811/2020, con la quale si era ritenuto che la prospettazione della ricorrente non fosse coerente né col dato letterale, né con "*le complessive prescrizioni della lex specialis di gara, dettate dalla Stazione appaltante in conformità con l'art. 34 del d.lgs. n. 50/2016*".

Quanto alle prescrizioni della legge di gara, l'ordinanza aveva sottolineato che la tipologia dell'incarico professionale era stata espressa in termini di

“*efficientamento energetico*” e che i criteri di valutazione di cui ai punti A.1 e A.2.1 del disciplinare di gara erano stati fissati coerentemente con tale tipologia di incarico, così come i criteri premianti del punto C.1.1 in contestazione. Dato ciò, aveva concluso che:

*<< La lettura sistematica e coordinata della lex specialis di gara, da un lato, impedisce al Collegio di ritenere che l'A.C. di Martano abbia inteso limitare la professionalità richiesta alle abilitazioni rilasciate successivamente all'entrata in vigore del D.M. 11 ottobre 2017 - vieppiù ivi indicate in maniera assolutamente esemplificativa - , dato che ciò non risulterebbe coerente con quanto previsto ai fini della dimostrazione della professionalità quinquennale richiesta dal disciplinare di gara (tanto più che i C.A.M. sono stati introdotti dall'art. 18 della L. 221/2015 e resi cogenti con l'art. 34 del D.Lgs. n. 50/2016) - limitando eccessivamente o, addirittura escludendo, la partecipazione dei concorrenti - e, dall'altro, il rilievo del c.d. “efficientamento energetico” posto nella fase propedeutica progettuale, esclude la rilevanza premiante della sola certificazione attestante la sostenibilità ambientale prevista dal D.M. 11 ottobre 2017>>.*

La motivazione dell'ordinanza è stata completata con quella della sentenza, dove si è precisato che, nell'alternativa tra due possibili interpretazioni della legge di gara, si dava preferenza all'interpretazione più coerente con “*lo scopo del servizio richiesto*”, cioè con gli obiettivi perseguiti dalla stazione appaltante nell'affidamento del servizio (*id est* di “*efficientamento energetico*”). Si è aggiunto che si trattava di interpretazione da preferire anche perché opposta a quella che avrebbe comportato l'esclusione dalla gara o comunque la riduzione dell'operatività del principio della libera concorrenza, in nome del principio del *favor participationis* e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale.

3.1.1. Corollario del ragionamento su esposto è stato il rigetto della deduzione di illegittimità del chiarimento reso dalla stazione appaltante su specifico quesito del r.t.p. aggiudicatario volto a conoscere se sarebbe stata considerata nel criterio premiante la presenza nel gruppo di progettazione di professionisti esperti in gestione dell'energia (E.G.E.), al quale era stata

fornita la risposta che “*Il disciplinare di gara prevede la valutazione dei requisiti da Voi indicati?*”.

La sentenza ha ritenuto legittimo il chiarimento, perché si sarebbe limitato a richiamare o comunque interpretare la legge di gara “*correttamente e sistematicamente nel senso della possibilità di valutazione della certificazione E.G.E.*”, come d'altronde la commissione di gara avrebbe fatto anche nei confronti dello stesso r.t.p. ricorrente, oltre che dei raggruppamenti Morciano Ingegneria s.r.l. e META - Studio associato di architettura e paesaggio.

3.1.2. Il giudice di primo grado ha inoltre affermato che nessun elemento letterale e sistematico inserito nella *lex specialis* di gara e nella norma richiamata (la norma internazionale ISO/IEC 17024) consentiva di ritenere *tout court* la non equivalenza “*quanto meno sotto il profilo della certificazione energetica*” della certificazione E.G.E. prodotta dal r.t.p. DFP Engineering specificamente per il Settore Civile, ossia per gli interventi da eseguirsi su immobili da parte delle pubbliche amministrazioni.

3.1.3. Infine, è stata ritenuta infondata la censura, espressa in via subordinata dalla società ricorrente, di illegittimità della legge speciale di gara per violazione del d.m. 11 ottobre 2017, perché la clausola *sub iudice* sarebbe, ad avviso del primo giudice, “*perfettamente coincidente con il punto 2.6.1 dell'allegato [...]*” al detto decreto ministeriale.

La sentenza richiama, a tale riguardo, i chiarimenti forniti dal Ministero dell'Ambiente in ordine ai Criteri Ambientali Minimi (C.A.M.), laddove indicano quale professionista accreditato per la “*Diagnosi energetica*” le figure specializzate E.G.E. “*in riferimento norma UNI CEI 11339 e già oggetto di certificazione attraverso organismi accreditati secondo la norma internazionale ISO/IEC 17024*”.

3.2. Le argomentazioni poste a fondamento della decisione appellata vengono criticate con distinti punti di gravame, esposti dopo un prologo sullo stato della questione (punto I) e rubricati come segue:

- II. *la disattesa prevalenza del criterio letterale*: ad avviso dell'appellante, la sola piana lettura ed applicazione del criterio C.1.1, nella sua chiara ed univoca formulazione letterale, avrebbe dovuto indurre il seggio di gara a non attribuire alcun punteggio per la certificazione *EGE* esibita in gara dall'ing. Tessitore ed il T.a.r. si sarebbe sottratto a tale evidenza con una motivazione che travisa e viola le regole esegetiche e lo stesso criterio C.1.1, poiché - contrariamente a quanto ritenuto in sentenza - non sarebbero state affatto possibili due interpretazioni della clausola *sub iudice*;

- III. *la non corrispondenza e non equivalenza della certificazione E.G.E. ai fini dell'attribuzione del punteggio premiante C.A.M. sub punto 2.6.1 del D.M. 11.10.2017 e sub criterio C.1.1*: l'appellante confuta le argomentazioni esposte in sentenza per affermare siffatta equivalenza;

- IV. *errata identificazione della tipologia dell'incarico oggetto di affidamento*: l'appellante sostiene che - diversamente da quanto affermato in sentenza - il progetto in gara non è affatto di "*mero efficientamento energetico*", per come si evincerebbe dalla "*Relazione sui criteri ambientali minimi Palazzo Comunale e Scuola*" (Allegato 1A) del progetto definitivo a base di gara, dove la stazione appaltante passa in rassegna tutte le valutazioni ed attività progettuali richieste ai progettisti in gara, che comprendono valutazioni ed attività previste dai C.A.M. di tipo ambientale (d.m. 11 ottobre 2017);

- V. *sulla non sindacabilità del criterio C.1.1. - ragionevolezza, adeguatezza, proporzionalità e coerenza del criterio*: l'appellante sostiene che, in difetto di impugnazione incidentale condizionata, il T.a.r. non avrebbe potuto trattare la questione della legittimità dell'inserzione nella *lex specialis* di gara del criterio premiante di cui al punto 2.6.1 del d.m. 11 ottobre 2017 "*in funzione della tipologia di intervento*", in quanto il criterio C.1.1, quale che sia il suo grado di proporzionalità o coerenza rispetto all'oggetto ed alla tipologia dell'intervento, si sarebbe cristallizzato quale inoppugnabile regola di gara; comunque, ad avviso dell'appellante, la previsione di una premialità in favore di progettisti in possesso di certificazioni conformi al punto 2.6.1 del d.m. 11

ottobre 2017 sarebbe ragionevole, adeguata, proporzionata e coerente rispetto ai contenuti effettivi della progettazione messa in gara ed alla tipologia dell'intervento;

- *VI. conclusioni sul criterio C.1.1. e sull'applicazione fattane dalla stazione appaltante:* in conclusione, il certificato *E.G.E.* non sarebbe né corrispondente né equivalente alla certificazione prevista dalla formulazione letterale del criterio C.1.1 e l'accoglimento della censura sarebbe sufficiente ai fini dell'accoglimento del ricorso della società Protea, in proprio e nella qualità di capogruppo del r.t.p., posto che determinerebbe la perdita di 1 punto per il r.t.p. controinteressato, distanziato di soli 0,63 punti, di modo che sarebbe superato in graduatoria dal r.t.p. ricorrente;

- *VII. in ordine alla ritenuta portata restrittiva dell'interpretazione letterale del criterio C.1.1: l'effetto di "limitare la professionalità richiesta alle abilitazioni rilasciate successivamente all'entrata in vigore del d.m. 11.10.2017"* sostenuto dal T.a.r. sarebbe errato perché va tenuto distinto il tempo di entrata in vigore del d.m. 11 ottobre 2017 dal tempo a partire dal quale era possibile per i professionisti acquisire le certificazioni di cui al criterio C.1.1, di gran lunga precedente (dato che le certificazioni energetico ambientali degli edifici secondo i più diffusi *rating systems* – LEED, ITACA, WELL, BREEAM etc.- richieste dal criterio C.1.1 sarebbero acquisibili ed esistenti sul mercato dal almeno undici anni e perciò preesisterebbero al d.m. 11 ottobre 2017);

- *VIII. ancora in ordine alla ritenuta portata restrittiva dell'interpretazione letterale del criterio C.1.1: l'effetto di "limitare eccessivamente od addirittura escludere la partecipazione dei ricorrenti"*, parimenti affermato dal T.a.r., non sarebbe affatto conseguenza della corretta applicazione del criterio, come sostenuta dall'appellante, poiché trattasi di criterio derivante dall'applicazione di una norma regolamentare (punto 2.6.1 del d.m. 11 ottobre 2017) e ragionevole ed adeguato alla tipologia di intervento; d'altronde i criteri C.1.1 e C.1.2 sono capaci nel loro complesso di portare all'assegnazione di massimo (e solo) 10 punti su un totale di 80 punti riservati all'offerta tecnica;

- IX. *sulla eterogeneità, complementarità ed irrilevanza esegetica dei criteri “A” di attribuzione del punteggio*: l'appellante critica l'argomento esegetico che il primo giudice ha tratto dai criteri A.1.1 e A.2.1, osservando come questi ultimi siano eterogenei rispetto ai criteri C.1.1 e C.1.2 e come essi non presentino alcuna attinenza con l'applicazione dei C.A.M., cui sono riferiti i criteri in contestazione;
- X. *l'assenza di limitazioni temporali per i criteri “C”*: a completamento della censura che precede, l'appellante sottolinea come - diversamente da quanto sembra aver presupposto il primo giudice - per i criteri C.1.1 e C.1.2 la legge di gara non individua alcun periodo di riferimento quinquennale, né alcuna limitazione temporale espressa;
- XI. *sulla ritenuta valutazione del certificato E.G.E. dell'ing. Urso (RTP Protea) ai fini del criterio C.1.1*: infine, l'appellante contesta in punto di fatto che la commissione di gara abbia attribuito al r.t.p. Protea il punteggio di 2 per il criterio C.1.1 per avere favorevolmente valutato il certificato *EGE* dell'ing. Urso, facente parte del raggruppamento; aggiunge che, comunque, si tratterebbe di questione irrilevante, perché, per effetto della riparametrazione (applicata al criterio in oggetto), il r.t.p. Protea otterrebbe comunque il punteggio massimo di 2, avendo al suo interno un professionista (l'ing. Zichi) in possesso di certificazione LEED AP.

4. Per come si evince dall'esposizione dei mezzi di gravame, nessuno di questi né tutti nel loro complesso danno luogo alla violazione del divieto dei *nova* in appello, eccipita dalle società appellate in riferimento all'art. 104, comma 1, Cod. proc. amm. (specificamente con riguardo alle censure di cui ai motivi sub II, VII e VIII, nonché, sotto altro profilo, alle censure di cui ai motivi sub IX e X).

Il divieto di domande nuove in appello ha ad oggetto, infatti, il *thema decidendum* del giudizio, risultando perciò violato ogniqualvolta questo venga ad essere ampliato mediante la proposizione da parte dell'appellante, già ricorrente e soccombente in primo grado, di ragioni di censura dei

provvedimenti impugnati (o di altri provvedimenti) che non siano state tempestivamente proposte col ricorso introduttivo (o con motivi aggiunti), laddove per le parti resistenti in primo grado il divieto di *ius novorum* ha ad oggetto le eccezioni nuove in senso tecnico non rilevabili d'ufficio (cfr., tra le tante, Cons. Stato, IV, 29 dicembre 2020, n. 8475).

Peraltro, così come alle parti resistenti è consentito svolgere mere difese (ulteriori rispetto a quelle di primo grado) in opposizione agli altrui motivi di impugnazione, il cui accoglimento determina l'interesse a formulare ogni censura volta ad ottenere la riforma della sentenza in sede di appello (Cons. Stato, IV, n. 8475/20 citata, nonché Cons. Stato, II, 17 marzo 2020, n. 1892 e id., 31 ottobre 2019, n. 7467, menzionate dalle appellate), alla parte già ricorrente in primo grado, ed ivi soccombente, l'art. 101, comma 1, Cod. proc. amm., non solo consente, ma addirittura richiede di svolgere, a pena di inammissibilità dell'appello, “*specifiche censure contro i capi della sentenza gravata*”.

Si tratta di un onere di specificità che va parametrato agli argomenti esposti in sentenza riguardo a ciascuno dei capi di cui si compone. Pertanto è ostativa all'ammissibilità dell'appello la mera pedissequa riproposizione delle censure di primo grado, non la critica puntuale ed, appunto, specifica degli argomenti a sostegno della decisione gravata.

Dato ciò, è indifferente, ai fini dell'ammissibilità dell'appello, la tecnica espositiva o redazionale seguita nel ricorso in appello, dovendo ritenersi ammissibile la critica di un unico capo di sentenza articolata in censure formalmente distinte.

4.1. Quest'ultima è la scelta effettuata dall'appellante società Protea, laddove le censure sopra esposte, contenute nei punti da sub II e sub XI attengono tutte agli argomenti che il Tribunale amministrativo regionale ha posto a fondamento della decisione di rigetto del primo motivo di ricorso.

Il *thema decidendum* è rimasto esclusivamente quello oggetto di tale motivo (esplicitato nel prologo sub I: se, in presenza di un criterio premiante C.A.M. come quello collegato dal punto C.1.1 del disciplinare di gara al possesso di

“certificazioni rilasciate in conformità alla norma internazionale ISO/IEC 17024, che applicano uno dei protocolli di sostenibilità degli edifici (rating systems) di livello nazionale o internazionale” possa essere ammesso al punteggio anche il possessore della certificazione di *Esperto in Gestione dell’Energia – E.G.E.*) e i motivi di impugnazione altro non sono che critiche specifiche ai diversi punti dell’iter logico giuridico della motivazione della sentenza gravata, sicché non avrebbero certo potuto essere avanzate precedentemente al giudizio di appello (cfr. Cons. Stato, V, 26 marzo 2020, n. 2130).

Siffatta conclusione vale anche per i punti di gravame sub IX e X. Questi infatti non criticano *ex novo* i criteri di attribuzione dei punteggi di cui alle caselle A1 e A2. Piuttosto censurano il criterio ermeneutico del quale ha dichiarato di avvalersi il primo giudice, collegando ai criteri di valutazione dell’offerta sotto il profilo della professionalità e adeguatezza (punti A1 e A.2) i criteri premianti C.1.1 e C.1.2 in contestazione.

4.2. L’eccezione di inammissibilità dei motivi di gravame sollevata dalle appellate va quindi respinta.

5. Per la già evidenziata ragione di connessione i motivi di appello su esposti vanno esaminati congiuntamente.

5.1. Sono fondate e decisive, per la loro portata assorbente, le censure attinenti all’interpretazione della *lex specialis* seguita nella sentenza gravata (contenute essenzialmente nei motivi sub II, V, VII, VIII).

La lettera C dell’art. 18.1 (*Criteri di valutazione dell’offerta tecnica*) del disciplinare di gara riguarda testualmente, come da rubrica, i Criteri premianti di cui al d.m. 11 ottobre 2017 (CAM) “*Criteri ambientali minimi per l’affidamento di servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici pubblici*”.

Il criterio sub C è distinto nei sub-criteri C.1.1 e C.1.2.

Il sub- criterio C.1.1 è, nella sua interezza, articolato come segue:

<<*Competenze del concorrente maturate in materia di applicazione dei Criteri Ambientali Minimi.*

- *La Stazione Appaltante richiede l'indicazione per la Struttura Operativa Minima di un professionista responsabile per l'applicazione dei Criteri Ambientali Minimi in fase progettuale ed esecutiva, come prescritto dal D.M. Ambiente e Tutela del Territorio e del Mare 11 Ottobre 2017, al quale possono essere affiancate ulteriori figure professionali.*

- *In relazione al punto 2.6.1 dell'Allegato al D.M. 11/10/2017, saranno valutate le certificazioni presentate da ciascuno dei professionisti che affiancano il responsabile, rilasciate in conformità alla norma internazionale ISO/IEC 17024, che applicano uno dei protocolli di sostenibilità degli edifici (rating systems) di livello nazionale o internazionale (a titolo di esempio: Breeam, Casaclima, Itaca, Leed, Well).*

-*Nello specifico, sarà attribuito 1 punto per ogni certificato in capo ai professionisti ulteriori presenti all'interno della Struttura Operativa Minima, fino ad un massimo di 2 punti>>.*

5.1.1. La lettera del secondo alinea della clausola del disciplinare (che contiene l'enunciazione del criterio premiante, per il quale il terzo alinea specifica la modalità attributiva del punteggio) è chiara sia nel collegamento realizzato tra il criterio di cui allo stesso disciplinare ed il criterio premiante CAM di cui al punto 2.6.1 dell'allegato al d.m. 11 ottobre 2017 (che è testualmente riprodotto) sia nella richiesta – in tutto conforme alla norma regolamentare – del rilascio del certificato da parte di un organismo accreditato secondo la norma ISO/IEC 17024 ma anche dell'accREDITAMENTO del professionista “certificato” in conformità alla stessa norma internazionale e in applicazione di “uno dei protocolli di sostenibilità degli edifici (rating systems) di livello nazionale od internazionale (come ad esempio: Breeam, Casaclima, Itaca, Leed, Well)”.

La clausola del disciplinare contiene in effetti un'elencazione esemplificativa, ma, contrariamente a quanto si legge in sentenza, l'elenco non concerne distinte tipologie di certificazioni, bensì certificazioni che attengono tutte agli aspetti *energetici e ambientali* degli edifici perché rilasciate in applicazione dei c.d. *rating systems* (tra i quali il disciplinare di gara indica, tra parentesi, i protocolli già elencati a titolo di esempio nel d.m. 11 ottobre 2017).

In sintesi, la lettera del disciplinare richiedeva chiaramente, non solo che l'organismo certificatore fosse accreditato ISO-IEC 17024, ma anche che il

certificato da esibirsi da parte del r.t.p. concorrente fosse una certificazione attinente agli *aspetti energetici e ambientali* degli edifici, perché la professionalità premiata era quella di “un professionista esperto sugli aspetti energetici ed ambientali degli edifici” (secondo la previsione del punto 2.6.1 del d.m. 11 ottobre 2017 richiamato nell'*incipit* della clausola).

Si rivela pertanto “atomistica” (secondo la terminologia delle appellate) l'interpretazione seguita dal T.a.r. e dalle controinteressate, laddove insistendo soltanto sull'inciso di “*certificazioni presentate da ciascuno dei professionisti che affiancano il responsabile, rilasciate in conformità alla norma internazionale ISO/IEC 17024*” trascura di considerare la prima (“*In relazione al punto 2.6.1 dell'Allegato al D.M. 11/10/2017*”) e l'ultima parte (“*che applicano uno dei protocolli di sostenibilità degli edifici (rating systems) di livello nazionale o internazionale (a titolo di esempio: Breeam, Casaclima, Itaca, Leed, Well)*”) della stessa clausola del disciplinare di gara.

5.1.2. Dato quanto sopra, la regola ermeneutica da applicare è quella della prevalenza dell'interpretazione letterale ogniqualvolta le espressioni letterali contenute nella *lex specialis* siano chiare, di modo che soltanto in presenza di una non univoca formulazione dei documenti di gara è possibile il ricorso ai criteri ermeneutici ulteriori e diversi da quello strettamente letterale (cfr. Cons. Stato, V, 12 settembre 2017, n. 4307 e id., V, 13 agosto 2020, n. 5029).

A fronte della chiara lettera del disciplinare e della portata del testo regolamentare inserito nel disciplinare di gara ai sensi dell'art. 34 del Codice dei contratti pubblici, vanno disattesi gli argomenti svolti in sentenza per sostenere un'interpretazione non strettamente letterale della legge di gara.

5.1.3. Quanto a questi ultimi, è sufficiente obiettare che:

- la valorizzazione della tipologia dell'incarico professionale da affidare come riferito al (solo) efficientamento energetico non è utile a fini interpretativi, come preteso dal T.a.r., perché - in disparte la valutazione dei contenuti effettivi della progettazione messa a gara e dell'intervento da effettuare in concreto - l'attenzione allo “scopo del servizio richiesto”, cioè agli obiettivi

perseguiti dalla stazione appaltante con l'affidamento del servizio si giustifica solo quando la legge di gara si presti a possibili interpretazioni alternative;

- la rispondenza dei documenti di gara alla prescrizione dell'art. 34, comma 2, del Codice dei contratti pubblici (secondo cui i criteri ambientali minimi “*sono tenuti in considerazione, per quanto possibile, in funzione della tipologia di intervento e della localizzazione delle opere da realizzare, sulla base di adeguati criteri definiti dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare*”) più che criterio interpretativo è parametro di valutazione della legittimità della corrispondente clausola contrattuale; tuttavia, è condivisibile la critica dell'appellante secondo cui la trattazione della questione se sia o meno legittima l'inserzione nella *lex specialis* del criterio premiante di cui al punto 2.6.1 del d.m. 11 ottobre 2017, in funzione della tipologia di intervento (anche presupponendolo limitato all'efficientamento energetico) è preclusa dalla mancanza di impugnazione incidentale condizionata della legge di gara e quindi dalla sua vincolatività;
- l'effetto limitativo della partecipazione dei concorrenti è conseguenza dell'applicazione della norma regolamentare, che la stazione appaltante ha inteso richiamare ai sensi dell'art. 34 del d.lgs. n. 50 del 2016, senza che sia possibile sindacare l'adeguatezza e la proporzionalità della scelta effettuata;
- detto effetto limitativo peraltro non ha l'estensione affermata in sentenza: per un verso, esso non attiene ad un requisito di partecipazione ma soltanto di attribuzione di punteggio premiante (fino ad un massimo di appena 2 punti); per altro verso, non limita la professionalità richiesta “*alle abilitazioni rilasciate successivamente all'entrata in vigore del D.M. 11 ottobre 2017*”, poiché sul punto sono fondati i rilievi di cui ai motivi sub VII e sub VIII, circa la possibilità di acquisire le certificazioni energetiche e ambientali secondo i più diffusi *rating systems* in tempi di gran lunga precedenti l'entrata in vigore del d.m. del 2017.

5.2. Parimenti fondati sono gli argomenti posti a base dei motivi sub III, nonché sub IX e sub X.

5.2.1. Quanto alla possibile equivalenza della certificazione *E.G.E.* alle certificazioni *energetico-ambientali* richieste dalla legge di gara, affermata dal

T.a.r. “*quanto meno sotto il profilo della certificazione energetica*”, va premesso che non è affatto in discussione la competenza più o meno estesa dell’*Esperto in Gestione dell’Energia* su cui pure si è soffermato il giudice di primo grado e si sofferma il r.t.p. controinteressato.

In punto di fatto, inoltre, non è contestato che la certificazione *E.G.E.* esibita dal r.t.p. aggiudicatario sia stata rilasciata da un organismo accreditato secondo le norme ISO/IEC 17024.

Tuttavia, la certificazione *EGE 0222* in oggetto è stata rilasciata - per come si legge anche in sentenza - per qualificare “*l’esperto in gestione dell’energia secondo la norma UNI CEI 11339 [...]*”, quindi non secondo uno dei protocolli di sostenibilità degli edifici richiesti dal disciplinare e dal punto 2.6.1. del d.m. 11 ottobre 2017.

A proposito della differenza tra le certificazioni in materia *energetica* e quelle in materia *energetica ed ambientale degli edifici* va dato seguito al precedente di questa Sezione V, 8 aprile 2021, n. 2844, avente ad oggetto una clausola di disciplinare di portata sostanzialmente coincidente con quella oggetto del presente contenzioso (riferita al d.m. 24/12/2015, ma corrispondente al punto 2.6.1 del d.m. 11/10/2017).

Con la detta sentenza si è escluso che l’accreditamento dell’organismo certificatore secondo la norma internazionale ISO/IEC 17024 sia, di per sé, sufficiente a qualificare la certificazione come energetico-ambientale e si è precisato che <<*quantunque l’accreditamento Iso-Iec 17024 per “certificazione energetico-ambientale degli edifici” non possa che riguardare l’organismo certificatore in sé anziché il singolo professionista, nondimeno il certificato da quest’ultimo posseduto deve afferire anch’esso al detto settore ai fini dell’attribuzione del punteggio aggiuntivo, finendo diversamente per assegnarsi (irragionevolmente) rilevanza a qualsivoglia certificato - ancorché relativo a tutt’altro settore - purché rilasciato da un organismo accreditato Iso-Iec 17024 (anche) per certificazione energetico-ambientale.*>>.

In disparte quindi l’ammissibilità in appello dei chiarimenti forniti dalla Divisione II del Ministero dell’ambiente con email del 6 aprile 2021 su

richiesta della società appellante, l'esegesi stessa del criterio di cui al punto 2.6.1 del d.m. 11 ottobre 2017, intitolato *“Capacità tecnica dei progettisti”*, riprodotto nel disciplinare di gara, consente di marcare la differenza tra la figura professionale dell'esperto *<< sugli aspetti energetici ed ambientali degli edifici >>* e quella dell'Esperto in Gestione dell'Energia – E.G.E., tenuto conto delle competenze di quest'ultimo quali elencate nel d.m. 12 maggio 2015 di approvazione dello *“Schema di certificazione e accreditamento per la conformità alla norma UNI CEI 11339:2009 in materia di Esperti in Gestione dell'Energia (EGE)”*. Giova precisare che nel giudizio di primo grado sono stati prodotti i *“Chiarimenti sui Criteri ambientali minimi per l'affidamento di servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici pubblici, adottati con DM 11 ottobre 2017 e pubblicati sulla G.U n. 259 del 6 novembre 2017”* – Versione 12/6/2018.

Il T.a.r. ha valorizzato la risposta fornita dal Ministero ad un quesito concernente il professionista accreditato per la *“Diagnosi energetica”*, che però riguarda il criterio 2.3.1 del d.m. (cfr. pag. 3 del documento 16, allegato 22 in appello). Invece, come detto, il disciplinare di gara indicava come criterio premiante quello di cui al punto 2.6.1 *“Capacità tecnica dei progettisti”*, sul quale lo stesso documento ministeriale utilizzato dal primo giudice così risponde al quesito su quali siano i professionisti accreditati ai fini dell'applicazione del criterio:

*<< Nell'ambito di questo criterio, che riguarda la professionalità dei progettisti, per “professionista accreditato” s'intende un professionista che ha sostenuto e superato un esame di accreditamento presso Organismi di livello nazionale o internazionale accreditati secondo la norma internazionale ISO/IEC 17024 – “Requisiti generali per gli Organismi che operano nella certificazione del personale” e abilitati al rilascio di una Certificazione energetico-ambientale degli edifici secondo i più diffusi rating systems (LEED, WELL, BREEAM, etc). Tali professionisti, che devono avere competenze generali sulla sostenibilità degli edifici e quindi non solo in ambito di efficienza energetica, in via esemplificativa, possono essere: LEED AP, WELL AP, BREEAM AP, etc. La*

*stazione appaltante potrà verificare il requisito richiedendo lo specifico certificato di accreditamento ISO/IEC 17024 del suddetto Organismo.>>.*

5.2.2. Parimenti inconferente a sostenere un'interpretazione non strettamente letterale del criterio di cui al punto C.1.1 è l'argomentare della sentenza riguardo ai criteri di valutazione della professionalità e adeguatezza dell'offerta di cui ai punti A.1.1 e A.2.1 poiché l'esperienza *quinquennale* richiesta sia per la *progettazione esecutiva* che per la *direzione dei lavori* non riguarda affatto l'applicazione dei C.A.M., attributivi di punteggio aggiuntivo premiante.

5.2.3. Coerentemente, d'altra parte, quest'ultimo era conferibile a prescindere da qualsivoglia riferimento alla data di rilascio della certificazione comprovante la professionalità richiesta, in linea con le modalità di verifica prescritte dalla norma regolamentare (*"I singoli progettisti presentano il proprio c.v. e l'attestato di certificazione in corso di validità (con i crediti di mantenimento professionale in regola)"*).

5.3. Sono perciò fondati anche i motivi sub XI e sub XIII, che attengono, rispettivamente, alle modalità di attribuzione del punteggio da parte della commissione di gara ed alla legittimità dei chiarimenti forniti dalla stazione appaltante.

5.3.1. Quanto a questi ultimi, va ribadita l'illegittimità dei chiarimenti che comportino una modifica oggettiva della legge di gara o che si pongano in contrasto con questa (cfr. Cons. Stato, V, 5 aprile 2019, n. 2243, nel senso che i chiarimenti *"non possono modificare o integrare le fonti della procedura rappresentate da bando, disciplinare e capitolato, le quali vanno interpretate e applicate per quello che oggettivamente prescrivono, vincolando l'operato dell'amministrazione, che deve farne applicazione senza alcun margine di discrezionalità, in forza del principio di tutela della parità di trattamento dei concorrenti, che sarebbe pregiudicata ove si consentisse la modifica delle regole di gara nel corso della procedura"*, nonché, tra le altre, Cons. Stato, V, 5 marzo 2020, n. 1604, che rammenta il consolidato principio secondo cui l'amministrazione, a mezzo di chiarimenti auto-interpretativi, non può

modificare o integrare la disciplina di gara pervenendo alla sua sostanziale disapplicazione).

Alla stregua dei richiamati consolidati principi giurisprudenziali, va reputato illegittimo il chiarimento reso dalla stazione appaltante con la PEC del 20 luglio 2020, ove riferito al criterio C.1.1.

Resta così assorbita la questione concernente l'inutilizzabilità del chiarimento dedotta dall'appellante per la sua mancata pubblicazione ai sensi del punto 2.2 del disciplinare di gara e dell'art. 74, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016.

5.3.2. In merito poi all'attribuzione dei punteggi, risulta *per tabulas* che la commissione di gara ha attribuito punti 0,50 per il certificato di E.G.E. a tutti i r.t.p. che ne hanno indicato il possesso da parte di uno dei professionisti interni, laddove peraltro il criterio attributivo del punteggio era fissato, per via tabellare, nella misura di punti 1 per ciascun certificato, fino a un massimo di 2.

Tuttavia la questione se il punteggio di 0,50 sia stato attribuito anche al r.t.p. Protea per il certificato di E.G.E. dell'ing. Urso è irrilevante ai fini della decisione (così come quella dei punteggi assegnati ai raggruppamenti partecipanti diversi da quelli in giudizio), in quanto il r.t.p. ricorrente ha al suo interno un professionista, l'ing. Zichi, in possesso di certificazione LEED AP, rispondente al criterio C.1.1 di disciplinare, perciò meritevole di punteggio premiale.

5.4. In conclusione, la certificazione E.G.E. dell'ing. Tessitore, facente parte del raggruppamento controinteressato, recante la qualifica di "*esperto in gestione dell'energia*" e attestante il rilascio "*in conformità alla norma UNI CEI 11339:2009 in materia di Esperti della Gestione dell'Energia (EGE) elaborato secondo l'art. 12 comma 1 del D.Lgs. 4 luglio 2014 n. 102*" non è equivalente alla certificazione *energetico ambientale* premiabile ai sensi del criterio C.1.1 e del punto 2.6.1 del d.m. 11 ottobre 2017.

L'attribuzione del punteggio aggiuntivo presupponeva il possesso di certificazione coincidente con quella prescritta dalla *lex specialis* (cfr. Cons.

Stato, V, n. 2844/2021, citata).

Vanno perciò accolti i motivi di gravame fin qui esaminati ed, in riforma della sentenza di primo grado, va accolto il primo motivo del ricorso introduttivo di Protea.

6. L'accoglimento del primo motivo comporta l'assorbimento del secondo, essendo sufficiente all'accoglimento del ricorso. Infatti, in mancanza di impugnazione incidentale, e dato il divario di punti 0,63 tra i due r.t.p. in giudizio, l'annullamento del punteggio premiale di 1 punto in favore del r.t.p. DFP Engineering comporta l'attribuzione al r.t.p. appellante Protea del primo posto in graduatoria.

6.1. L'assorbimento della censura di cui al secondo motivo del ricorso introduttivo concernente la non corretta applicazione del criterio C.1.2 rende improcedibile per carenza di interesse il motivo di gravame sub XII, che ne censura il rigetto.

6.2. Risultano inoltre assorbiti i motivi di impugnazione della *lex specialis* riproposti dall'appellante in via subordinata.

7. Accolto l'appello, essendo stato stipulato il contratto in data 13 maggio 2021, va annullata, nei limiti dell'interesse dell'appellante, l'aggiudicazione al r.t.i. controinteressato e vanno assunte le determinazioni di cui agli artt. 122 e 124 Cod. proc.amm.

7.1. Quanto alla sorte del contratto, va dato atto che la comparazione degli interessi pubblici e privati coinvolti è stata inserita già nel testo contrattuale.

Questo contiene in premessa l'esposizione dell'iter giudiziale ed all'art. 2 la seguente previsione:

*<<1. La Stazione appaltante concede all'Appaltatore, che accetta senza riserva alcuna, l'appalto per le seguenti prestazioni del servizio professionale di progettazione esecutiva e coordinamento della sicurezza nella fase progettuale per "progetto di efficientamento energetico degli edifici denominati Palazzo Comunale e Scuola Media Clemente Antonaci" – Piano Operativo Ambiente FSC 2014- 2020 – Interventi per l'efficientamento energetico degli edifici pubblici e ad uso pubblico – Delibere CIPE n. 25 del 10/08/2016*

*e n. 55 del 01/12/2016 in applicazione della Legge n. 190 del 23/12/2014. Per le suindicate attività sono previste in modo esemplificativo, i compiti seguenti, fermo restando quanto previsto negli atti di gara: Progettazione esecutiva; Coordinamento della sicurezza in fase di progettazione;*

*2. La Stazione appaltante concede all'Appaltatore, che accetta senza riserva alcuna, l'appalto per le seguenti prestazioni del servizio professionale di direzione lavori coordinamento della sicurezza nella fase esecutiva, assistenza giornaliera e contabilità, subordinando l'efficacia del predetto affidamento così come di seguito riportato.*

*Poiché è stato presentato appello al Consiglio di Stato avverso la sentenza del Tar Puglia sez. Terza di Lecce n. 470/2021, si stabilisce di subordinare l'esecutività dell'affidamento del servizio professionale relativo alla direzione lavori, coordinamento della sicurezza nella fase esecutiva, assistenza giornaliera e contabilità all'esito della sentenza del Consiglio di Stato (udienza fissata per il giorno 16/9/2021) e che, quindi, in caso di esito contrario della sentenza del Consiglio di Stato decadrà automaticamente la parte relativa all'affidamento del servizio professionale per la direzione lavori, coordinamento della sicurezza nella fase esecutiva, assistenza giornaliera e contabilità. [...]>>.*

Tale previsione contrattuale consente di valutare gli interessi coinvolti, ai sensi dell'art. 122 Cod. proc. amm., in conformità alla stessa e quindi di dichiarare l'inefficacia del contratto, così come prevista dalle parti contraenti, limitatamente all'affidamento del servizio professionale relativo *alla direzione dei lavori, coordinamento della sicurezza nella fase esecutiva, assistenza giornaliera e contabilità.*

7.2. La parte appellante ha espressamente ribadito la domanda di subentro e fatto presente di avere ancora interesse a subentrare anche soltanto in tale parte dell'affidamento.

In accoglimento della domanda, va perciò dichiarato il corrispondente diritto al subentro, fermi restando la verifica del possesso dei requisiti e gli adempimenti di competenza della stazione appaltante.

7.3. Spetta al r.t.i. appellante il risarcimento dei danni sofferti per la mancata aggiudicazione della parte non eseguita del servizio, da determinarsi con

accordo tra le parti ai sensi dell'art. 34, comma 4, Cod. proc. amm., in base ai criteri che di seguito si espongono.

7.3.1. E' risarcibile la voce di danno da lucro cessante, che va parametrato al margine di utile effettivo ricavabile secondo l'offerta economica del r.t.p. Protea.

Tale voce di danno va considerata nella sua interezza, escludendo l'operatività della presunzione dell'*aliunde perceptum vel percipiendum*, così come richiesto dal r.t.p. appellante.

E' noto, infatti, che, di regola, in mancanza della prova da parte dell'operatore economico danneggiato di non aver utilizzato o non aver potuto utilizzare altrimenti maestranze e mezzi, si presume, sulla base dell'*id quod plerumque accidit*, che li abbia altrimenti impiegati o avrebbe dovuto farlo, secondo l'ordinaria diligenza ed in ossequio all'obbligo di non aggravamento del danno ex art. 1227, comma 2, cod. civ. (cfr., da ultimo, Cons. Stato, V, 23 agosto 2019, n. 5803).

Tuttavia, nel caso di specie, va considerata la tipologia di servizi in gara, per i quali, non sono impiegati mezzi e maestranze destinabili ad altri appalti, bensì risorse professionali, di norma simultaneamente applicabili a più servizi di progettazione.

In una situazione siffatta, venendo meno la presunzione di *aliunde perceptum vel percipiendum*, opera pienamente la regola di riparto dell'onere probatorio per la quale il *fatto impeditivo* della pretesa risarcitoria – quale è da reputarsi la decurtazione, parziale o totale, del pregiudizio economico in ragione dell'*aliunde perceptum vel percipiendum* – va provato dal danneggiante.

Il Comune di Martano avrebbe dovuto perciò dimostrare lo svolgimento, da parte del raggruppamento dei professionisti appellante, di prestazioni contrattuali alternative all'esecuzione del contratto *de quo*, che lo stesso r.t.p. o i suoi componenti non avrebbero potuto eseguire se si fossero dovuti dedicare alle attività di progettazione esecutiva e di coordinamento della sicurezza in fase progettuale oggetto di affidamento.

In mancanza di qualsivoglia deduzione sul punto da parte del Comune di Martano, non costituito nel giudizio di appello, rimane ferma la liquidazione equitativa del danno da lucro cessante commisurata per intero al margine di utile effettivo venuto a mancare al raggruppamento non aggiudicatario per la parte dei servizi non eseguita, tenuto conto del ribasso offerto in gara e dei costi quantificabili in base all'offerta presentata.

7.3.2. Quanto alla richiesta di risarcimento del c.d. danno curriculare, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato è ormai attestata nel ritenere necessaria la prova specifica e circostanziata di tale profilo di danno, che va fornita dal danneggiato (cfr., tra le altre, Cons. Stato, V, 20 gennaio 2021, n. 632).

Nel caso di specie la parte appellante chiede il risarcimento del danno *c.d. da perdita di qualificazione*, assumendo che si tratterebbe del danno correlato all'impossibilità di inserire nel proprio curriculum professionale l'aggiudicazione di un appalto di progettazione applicativo dei criteri ambientali minimi di cui al d.m. 11 ottobre 2017.

Siffatta deduzione - in sé oggettivamente riscontrata dalla vicenda procedimentale e contrattuale - attiene però alla sussistenza di un evento di danno non sufficiente all'accoglimento della domanda risarcitoria.

Ai sensi dell'art. 1223 e 2056 cod. civ., dato un evento di danno, sono risarcibili - tranne che in ipotesi del tutto eccezionali di c.d. danno *in re ipsa* (non ricorrente nel caso di specie, alla stregua della richiamata più rigorosa giurisprudenza in tema di prova del danno curriculare) - soltanto le conseguenze pregiudizievoli, patrimoniali o non patrimoniali, che derivano in via immediata e diretta dal fatto dannoso.

Orbene, il danno da *c.d. perdita di qualificazione* va correlato, alla stregua delle deduzioni dell'appellante, all'impossibilità od al ritardo nell'acquisizione delle certificazioni da parte degli organismi accreditati ovvero alla preclusione alla partecipazione a futuri affidamenti, se ed in quanto gli uni o l'altra siano, in tutto o in parte, determinati dalla perdita della commessa di che trattasi.

Pur trattandosi di un danno che non può essere provato nel suo preciso ammontare, quindi liquidabile in via equitativa (in tesi anche in misura percentuale applicata alla somma liquidata a titolo di lucro cessante), l'applicazione dell'art. 1226 cod. civ. non esonera la parte danneggiata dalla prova della sua esistenza.

Nel caso di specie, il danneggiato r.t.p., per ottenere il corrispondente risarcimento, avrebbe dovuto esplicitare come l'esecuzione della parte di servizio relativa alla progettazione esecutiva ed al coordinamento della sicurezza in fase progettuale dell'appalto in oggetto avrebbe potuto far conseguire (o concorrere a fare conseguire) in capo a professionisti suoi componenti le certificazioni energetiche e ambientali di cui ai detti criteri ambientali minimi ovvero come la mancata esecuzione possa incidere negativamente su futuri affidamenti.

In mancanza non solo della prova anzidetta, ma anche delle allegazioni corrispondenti, va escluso il risarcimento del danno curriculare.

7.4. In conclusione, il risarcimento del danno per equivalente dovrà essere commisurato soltanto al lucro cessante, corrispondente al margine di utile effettivo ricavabile dalla parte di servizi non eseguita.

L'importo come sopra determinato dovrà essere incrementato della rivalutazione secondo gli indici Istat dalla data della stipulazione del contratto fino alla data di pubblicazione della presente sentenza e di interessi legali dalla stessa data di stipulazione del contratto e fino al soddisfo.

7.4.1. Il Comune di Martano dovrà avanzare la relativa proposta entro il termine di giorni novanta dalla notificazione della presente sentenza, da effettuarsi a cura dell'appellante.

8. Le spese di entrambi i gradi vanno compensate per giusti motivi, attese la novità della questione posta dal ricorso e la sopravvenienza della citata decisione di questa Sezione V, 8 aprile 2021, n. 2844.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie secondo quanto specificato in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso proposto dalla società Protea s.r.l., in proprio e nella qualità indicata in epigrafe, ed annulla, nei limiti dell'interesse, l'aggiudicazione in favore del r.t.i. controinteressato; dichiara l'inefficacia del contratto e il diritto al subentro del r.t.i. appellante nei limiti specificati in motivazione. Accoglie la domanda di risarcimento danni per equivalente, secondo quanto pure specificato in motivazione, ed assegna al Comune di Martano il termine di giorni novanta dalla notificazione della presente sentenza a cura dell'appellante per proporre il pagamento del dovuto, ai sensi dell'art. 34, comma 4, Cod. proc. amm.

Compensa integralmente tra tutte le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Giuseppina Luciana Barreca**

**IL PRESIDENTE**  
**Carlo Saltelli**

**IL SEGRETARIO**

