**RACCOLTA SENTENZE**

Pubblicato il 23/04/2018

N. 00619/2018 REG.PROV.COLL.

N. 01193/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1193 del 2017, proposto da

Links Management And Technology S.p.A, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luciano Calò, con domicilio eletto presso il suo studio in Lequile, via Lecce, n. 45 e dall’avvocato Saverio Sticchi Damiani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza San Lorenzo in Lucina, n. 26;

contro

Adisu Puglia - Agenzia Regionale per il Diritto allo Studio Universitario, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Cozzi, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, corso Cavour, n. 31;

nei confronti

Sim Nt S.r.l. in R.T.I., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Mariani, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via Amendola n. 21;

In4matic S.r.l. non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell’efficacia,

1. - della determinazione n. 110 del 26 settembre 2017 sub doc. 18 (comunicata tramite pec in data 28 settembre 2017 con nota prot. n. 2012 sub doc. 19) di aggiudicazione definitiva della “Procedura aperta per l'acquisizione del sistema informativo per la gestione integrata di benefici e servizi finalizzati alla tutela del diritto allo studio universitario” – C.I.G. 7047537383 in favore del costituendo R.T.I., primo classificato, composto da SIM NT S.r.l. (P.IVA 04863810729) e IN4MATIC S.r.l. (P.IVA 01972110181);

2. - del verbale di gara n. 1 del 10 luglio 2017 sub doc. 10, con cui la Commissione Giudicatrice di gara, dopo aver esaminato la documentazione amministrativa prodotta dal R.T.I. costituendo tra SIM NT S.r.l. (P.IVA 04863810729) e IN4MATIC S.r.l. (P.IVA 01972110181), ha ritenuto il possesso dei requisiti di partecipazione alla gara ed ha dichiarato “il concorrente ammesso”;

3. - del verbale di gara n. 6 del 5 settembre 2017 sub doc. 15, con cui la Commissione Giudicatrice di gara, dopo aver esaminato la documentazione inviata dal R.T.I. costituendo tra SIM NT S.r.l. (P.IVA 04863810729) e IN4MATIC S.r.l. (P.IVA 01972110181), a giustificazione della riscontrata anomalia dell'offerta, ha concluso con una valutazione positiva di congruità ed ha proposto l'aggiudicazione in favore del detto R.T.I.;

4. - di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale del procedimento indicato, ivi compresi tutti gli atti prodromici e conseguenti della procedura e di ogni altro atto antecedente, preordinato e consequenziale.

Per la sospensione dell'efficacia dell'aggiudicazione disposta nei confronti del costituendo R.T.I. composto da SIM NT S.r.l., in qualità di capofila, e da IN4MATIC S.r.l., in qualità di mandante e di tutti i provvedimenti impugnati, nonché inibire, la stipulazione del contratto ove non ancora stipulato;

Per la dichiarazione dell'inefficacia del contratto, qualora stipulato dalla Stazione appaltante con le società ritenute aggiudicatrici, prendendo atto della disponibilità della ricorrente a subentrare nella titolarità del contratto;

- ovvero, per l'ipotesi in cui Codesto Ecc.mo Giudice non ritenesse di dichiarare l'inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulato, condannare la Stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente, nella misura che sarà quantificata in corso di causa, o comunque determinata in via equitativa.

Con ogni conseguenza di legge anche in ordine alle spese.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Adisu Puglia - Agenzia Regionale per il Diritto allo Studio Universitario e di Sim Nt S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 aprile 2018 la dott.ssa Cesira Casalanguida e uditi per le parti i difensori come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. - La ricorrente, con ricorso notificato il 28.10.2017 e depositato il 13.11.2017, in quanto seconda classificata, impugna la determinazione n. 110 del 26 settembre 2017 di aggiudicazione definitiva della “Procedura aperta per l’acquisizione del sistema informativo per la gestione integrata di benefici e servizi finalizzati alla tutela del diritto allo studio universitario”, con cui la gara è stata aggiudicata da ADISU Puglia all’R.T.I. SIM NT –IN4MATIC.

1.1. - Contesta, in particolare, l’ammissione alla procedura della Sim Nt s.rl., ritenendo viziato il contratto di avvalimento stipulato con IN4MATIC s.r.l. per genericità.

Le doglianze si fondano, in estrema sintesi, sul presupposto che l’ausiliata SIM NT srl e ausiliaria IN4MATIC non abbiano indicato in maniera specifica i mezzi e le risorse messe a disposizione, così come chiesto dall’art. 89 del D.Lgs. 50/2016.

Sostiene che il contratto di avvalimento, in quanto avente ad oggetto il prestito del requisito di capacità tecnica e professionale, avrebbe richiesto la specificazione del concreto trasferimento delle risorse, dei mezzi e delle procedure prestate e del Know How messo a disposizione.

Non ritiene ostativa alla nullità del contratto di avvalimento, in quanto privo della specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione, il fatto che la relativa previsione normativa sia stata solo di recente inserita come ultimo periodo all’art. 89 del d.lgs 50/2016, dall’art. 56 comma 1 lett.a), n. 2 d.lgs. 56/2017, rinvenendo comunque un supporto normativo in tal senso anche nell’art. 88 del Regolamento di esecuzione ed attuazione del d. lgs. 163/2006. Analogamente per quanto concerne la pronuncia dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 4 novembre 2016, n. 23, in quanto afferma che nel caso in esame nessuno dei documenti prodotti consentirebbe di determinare l’oggetto del contratto.

1.2. - Con il secondo motivo di ricorso deduce la violazione dell’art. 97 del d.lgs. 50/2016 e dei principi sottesi alla verifica dell’anomalia. Il difetto di istruttoria e l’eccesso di potere sotto vari profili.

La ricorrente ritiene, altresì, l’insostenibilità dell’offerta presentata dall’aggiudicataria a causa dell’applicazione di un costo del personale inferiore ai minimi salariali retributivi di cui alle Tabelle Ministeriali.

Chiede, a fronte dell’illegittimità dell’operato della stazione appaltante, come ristoro in forma specifica, l’aggiudicazione della gara e/o il subentro nel contratto.

Chiede, altresì, consulenza tecnica per la verifica del costo del lavoro medio giornaliero sotteso all’offerta economica dell’aggiudicatario.

2. – Si sono costituite in giudizio, in data 22.11.2017, la controinteressata SIM s.r.l. in R.T.I. e in data 25.11.2017 A.DI.SU. Puglia.

3. – L’amministrazione, con memoria del 26.11.2017, ha eccepito l’inammissibilità del ricorso per avere la ricorrente cumulato l’impugnazione sia avverso l’ammissione che l’aggiudicazione dell’R.T.I. controinteressato, in ritenuta violazione delle previsioni di cui all’art. 120 c.p.a., con particolare riferimento a quelle relative al cd. rito super accelerato (art. 120 c.p.a., commi 2-bis e 6-bis, per l’impugnazione delle ammissioni) e a quella relativa al rito cd. accelerato (art. 120 c.p.a., comma 2 per l’impugnazione dell’aggiudicazione). Solleva per questo eccezione di tardività dell’impugnazione dell’ammissione di cui al primo motivo di ricorso. Sostiene che il dies a quo della decorrenza del termine dei trenta giorni previsto per l’impugnazione dell’ammissione coinciderebbe con il giorno 10.7.2017, data in cui si è svolta la seduta pubblica relativa all’ammissione alla gara, cui ha partecipato anche un rappresentante della ricorrente all’uopo espressamente delegato (ha depositato in atti copia della delega). La notifica del ricorso, avvenuta il 28.10.2017, sarebbe per questo tardiva.

3.1. - Ha, inoltre, argomentato a favore dell’infondatezza nel merito del ricorso, con specifico riferimento alla validità del contratto di avvalimento di cui si è avvalsa l’aggiudicataria (primo motivo). Ha sostenuto, a riguardo, che si tratti di avvalimento di garanzia e non operativo, che non richiede, quindi, un elenco dettagliato di beni, strumenti e personale posto a disposizione, ritenendo che abbia la sola funzione di ampliare lo spettro di responsabilità per la corretta esecuzione dell’appalto. Aggiunge che in ogni caso al contratto è stato allegato un documento in cui viene dettagliato il prestito del requisito.

3.2. - Con riferimento alla contestazione riferita al costo medio orario del personale indicato dalla controinteressata di cui al secondo motivo, ritenuto inferiore a quello delle Tabelle Ministeriali, la stazione appaltante richiama le articolate giustificazioni prodotte in data 28.8.2017 dalla ditta controinteressata, avverso le quali la ricorrente non ha sollevato alcuna censura. Si è opposta anche alla domanda risarcitoria e a quella istruttoria.

4. - Con memoria del 27.11.2017, la controinteressata SIM NT s.r.l. ha eccepito l’inammissibilità del ricorso per tardività con riferimento ai termini previsti dall’art. 120, comma 2 –bis, c.p.a., per il rito super accelerato. Afferma che pur non risultando che la stazione appaltante abbia provveduto alla pubblicazione delle ammissioni ed esclusioni sul profilo del sito internet, la ricorrente ha avuto piena conoscenza dell’ammissione partecipando un suo delegato alla riunione del seggio di gara del 10.7.2017.

5. - Con ordinanza n. 445 del 30.11.2017 è stata respinta l’istanza cautelare.

6. - In data 29.3.2018, l’A.DI.SU. Puglia ha depositato copia del contratto di appalto del 7.12.2017 stipulato con l’ATI Sim nt s.r.l. e la Info4MAtic s.r.l.

7. - Le parti hanno successivamente depositato memorie per ribadire le reciproche posizioni, ivi compresa una relazione tecnica da parte di LinKs Management.

8. - Alla pubblica udienza del 19 aprile 2018, sentite le parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

9. - Il presente giudizio ha ad oggetto la procedura aperta per l’acquisizione del sistema informativo per la gestione integrata di benefici e servizi finalizzati alla tutela del diritto allo studio universitario, per un importo a base d’asta pari ad € 610.000,00, indetta con bando di gara CIG 7047537383 del 14.4.2017 dalla Agenzia regionale per il diritto allo Studio Universitario della Puglia (di seguito anche ADISU), da aggiudicare con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Con la determinazione n. 110 del 26.9.2017, oggetto di impugnazione, la gara è stata aggiudicata all’R.T.I. SIM NT –IN4MATIC.

10. – Preliminarmente, debbono essere superate le eccezioni di inammissibilità e tardività del ricorso, sollevate dalle parte resistenti, confermando l’orientamento espresso dal Collegio in sede cautelare (ord. n. 445 del 30.11.2017), per non avere la Stazione appaltante pubblicato né comunicato alcun provvedimento di ammissione o esclusione dei concorrenti, sul profilo del committente, ai sensi dell'art. 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e D. Lgs. 19 aprile 2017, n. 56.), (cfr. TA.R. Bari sez. III, sent. 340 del 5.4.2017; T.A.R. Lazio Roma Sez. III, 09-05-2017, n. 5545).

Ad ulteriore conferma è sufficiente richiamare alcune delle ultime pronunce del Consiglio di Stato secondo cui “l’onere di immediata impugnativa dell’altrui ammissione alla procedura di gara senza attendere l’aggiudicazione, prevista dal comma 2-bis dell’art. 120 c.p.a. è ragionevolmente subordinato alla pubblicazione degli atti della procedura, perché diversamente l’impresa sarebbe costretta a proporre un ricorso al buio”. (Cons Stato, sez. III, 26.01.2018, n. 565).

E ancora, in replica al rilievo della presenza della ricorrente alla seduta pubblica relativa all’ammissione del 10.7.2017, che “non può ritenersi sufficiente a far decorrere l’onere di impugnare il provvedimento di ammissione alla gara la mera presenza di un rappresentante della ditta alla seduta in cui viene decretata l’ammissione, in mancanza della specifica prova della percezione immediata ed effettiva di tutte le irregolarità che, ove sussistenti, possano aver inficiato le relative determinazioni” (Cons Stato, sez. III, 27.3.2018, n. 1902).

Nel caso in esame la prova specifica non può ritenersi fornita attraverso il rinvio al verbale n. 1 del 10.7.2017, in quanto dallo stesso non si desume alcun elemento del contratto di avvalimento prodotto dal R.T.I. aggiudicatario.

11. – Ogni ulteriore approfondimento delle questioni preliminari è comunque irrilevante, essendo il ricorso infondato nel merito.

11.1. – La ricorrente ha fondato il primo motivo di ricorso sulla genericità del contratto di avvalimento stipulato con la mandante IN4Matic, a cui SIM NT ha fatto ricorso, non possedendo i requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativo.

Ha censurato il contratto di avvalimento per estrema genericità, ritenendo che non contenga specificazione o identificazione delle risorse nelle quali si risolvano i requisiti di prestito, sia con riferimento al fatturato specifico, sia circa il requisito esperienziale di cui all’art. 8 del disciplinare di gara.

Ha richiamato l’art 88 del d.P.R. n. 207/2010 vigente al momento in cui la gara è stata indetta, riferito alla determinatezza dell’oggetto del contratto di avvalimento.

Ha qualificato il contratto di avvalimento di natura operativa, in quanto ritiene determinante l’oggetto riferito al requisito esperienziale.

11.2. - La censura non può trovare favorevole apprezzamento.

11.3. - L’art 8 del Bando di gara, nel disciplinare i requisiti di partecipazione, prevede al n. 2 i requisiti di capacità economica e finanziaria, tra i quali alla lett. l) riferita alla “dichiarazione, di cui occorrerà dare adeguata dimostrazione, nelle modalità di seguito illustrate, del fatturato specifico, di importo non inferiore ad € 400.000,00 (euro quattrocentomila/00) conseguito nelle attività di sviluppo, gestione, manutenzione e vendita di sistemi per la gestione dei contenuti informativi (Content Management System – CMS), per la gestione dei processi aziendali (Workflow Management System – WMS), per la gestione documentale (Document Management System – DMS) eseguiti negli ultimi tre anni (anni 2014 – 2015 – 2016 )”.

La successiva lett. m) è relativa ai requisiti di capacità tecnica e professionale.

Il contratto di avvalimento concluso tra SimNT s.r.l. e IN4MATIC s.r.l., nel richiamare l’art. 8, con riferimento ai requisiti di carattere economico e tecnico professionale, riporta espressamente la previsione di cui alla lett. l) dell’art. 8.

Al punto 3 di quanto convenuto tra le parti, rinvia al “dettaglio indicato nelle dichiarazioni di avvalimento della ausiliaria e della ausiliata, allegata”, in particolare, alla dichiarazione resa ai sensi dell’art. 89 D.Lgs. 50/2016.

Al di là del dato letterale utilizzato (requisiti “tecnico professionali”), rileva in sostanza che, sia nel contratto di avvalimento, che nella dichiarazione ai sensi dell’art. 89 D.Lgs. 50/2016 (contenente, peraltro, oltre al fatturato ulteriori elementi di dettaglio), si fa espresso riferimento al fatturato specifico di cui all’art. 8 n. 2 lett. l, del Bando di gara, che come sopra evidenziato è relativo ai requisiti di capacità economica e finanziaria.

Deve, pertanto, ritenersi che nel caso in esame si configuri, diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente, un avvalimento cd. di garanzia.

11.4. - Con riferimento alla natura del contratto di avvalimento, la giurisprudenza ha chiarito che con l’avvalimento c.d. di garanzia “(in cui l’impresa ausiliaria si limita a “mettere a disposizione” il suo valore aggiunto in termini di solidità finanziaria e di acclarata esperienza di settore), non è, in via di principio, necessario che la dichiarazione negoziale costitutiva dell’impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una certa e determinata consistenza patrimoniale e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione, ma è sufficiente che dalla ridetta dichiarazione emerga l’impegno contrattuale a prestare ed a mettere a disposizione dell’ausiliata la complessiva solidità finanziaria ed il patrimonio esperienziale, così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità (cfr., ex permultis, Cons. Stato, sez. V, 30 ottobre 2017, n. 4973; Id., sez. III, 11 luglio 2017, n. 3422; Id., sez. V, 15 marzo 2016, n. 1032).

In proposito, importa precisare che Cons. Stato, ad. plen., 4 novembre 2016, n. 23, ha formulato il principio di diritto secondo cui l’art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 e l’art. 88 del d.P.R. n. 207/2010, in relazione all’art. 47, paragr. 2 della direttiva n. 2004/18/CE, vanno interpretati nel senso che essi ostano a un’interpretazione tale da configurare la nullità del contratto di avvalimento nei casi in cui una parte dell’oggetto del contratto stesso, pur non essendo puntualmente determinata, sia, tuttavia, agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli artt. 1346, 1363 e 1367 c.c.

In dette ipotesi, neppure sussistono i presupposti per fare applicazione della teorica del “requisito della forma/contenuto” (relativa alle fattispecie in cui la forma non rappresenta soltanto il mezzo di manifestazione della volontà contrattuale, ma reca anche l’incorporazione di un contenuto minimo di informazioni, che, attraverso il contratto, devono essere fornite): ciò, perché non viene in rilievo l’esigenza, tipica dell’enucleazione di tale figura, di assicurare una particolare tutela al contraente debole tramite l’individuazione di una specifica forma di cd. nullità di protezione.

La Plenaria ha aggiunto, ancora, che nessuna variazione al principio di diritto sopra enunciato può desumersi dalle sopravvenute disposizioni di cui al d.lgs. 19 aprile 2016, n. 50 (di attuazione delle direttive nn. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE).”(Cons. Stato, sez. V, sent. 1216 del 28.2.2018).

Dall’esame della documentazione sopra menzionata relativa all’avvalimento non può escludersi che “emerga l’impegno contrattuale a prestare ed a mettere a disposizione dell’ausiliata la complessiva solidità finanziaria ed il patrimonio esperienziale, così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità (cfr., ex permultis, Cons. Stato, sez. V, 30 ottobre 2017, n. 4973; Id., sez. III, 11 luglio 2017, n. 3422; Id., sez. V, 15 marzo 2016, n. 1032)”. (Cons. Stato. 1216/2018 cit.).

12. - Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente ha censurato l’ammissione e l’aggiudicazione in favore del R.T.I. controinteressato per violazione e/o falsa applicazione dell’art. 97 D. Lgs. 50/2016, sotto il duplice profilo dell’anomalia dell’offerta in punto di giustificazione del costo del personale e della violazione della previsione di cui al quinto comma del suindicato art. 97.

Ha argomentato, in particolare, sulla insostenibilità dell’offerta economica proposta dall’aggiudicataria sotto il profilo del dato relativo al costo del personale, attesa l’inderogabilità dei minimi retributivi per come individuati nelle tabelle ministeriali sul costo del personale.

12.1. - La doglianza si rivela priva di fondamento.

Secondo giurisprudenza consolidata, da cui il Collegio non ravvisa ragioni per discostarsene, “Nella sostanza poi, un'offerta non può ritenersi anomala, ed essere esclusa, per il solo fatto che il costo del lavoro sia stato calcolato secondo valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi: perché possa dubitarsi della sua congruità, occorre che le discordanze siano considerevoli e palesemente ingiustificate (cfr. Consiglio di Stato sez. III 21 luglio 2017 n. 3623). Il che deve escludersi nella presente fattispecie. (Cons Stato, sez. III, sent. 1609 del 13.3.2018).

12.2. - Analogamente, nel caso in esame, come osservato dalle parti resistenti, la sola diminuzione dei costi del personale non appare comunque idonea a dimostrare la incongruità dell’offerta, incidendo su questa le soluzioni tecniche adottate nella fornitura del servizio.

In proposito è sufficiente osservare che le censure della parte ricorrente non tengono conto delle giustificazioni rese dall’aggiudicataria in ordine all’offerta economica presentata, nella dichiarazione resa ai sensi dell’art. 97 del D.Lgs. 50/2016 in merito al costo complessivo offerto per la gara e agli elementi costitutivi dell’offerta presentata. Ebbene, poiché le medesime giustificazioni concorrono a sostenere, sul piano motivazionale, il giudizio di non anomalia dell’offerta formulato dalla stazione appaltante (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, n. 3702 del 27 luglio 2017: “la positiva valutazione di congruità della presunta offerta anomala è sufficientemente espressa anche con eventuale motivazione per relationem alle giustificazioni rese dall’impresa offerente”), ne consegue che le censure in discorso, così come supportate dalla relazione tecnica depositata il 29.3.2018, si atteggiano come volte a sollecitare un sindacato di tipo sostitutivo, inammissibile nelle materie connotate, come la presente, da discrezionalità tecnica (Cons. Stato, sent. 1825/2018, cit.).

La giurisprudenza sul tali profili ha precisato che “Com’è noto (cfr., per tutte, la fondamentale sentenza del Consiglio di Stato, Ad. Plen. 29 novembre 2012, n. 36), il giudizio di verifica dell'anomalia, finalizzato alla verifica dell'attendibilità e serietà dell'offerta ovvero dell'accertamento dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte, ha natura globale e sintetica e deve risultare da un'analisi di carattere tecnico delle singole componenti di cui l'offerta si compone, al fine di valutare se l'anomalia delle diverse componenti si traduca in un’offerta complessivamente inaffidabile.

Detto giudizio costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato all'Amministrazione ed è insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che nelle ipotesi di manifesta erroneità o irragionevolezza dell'operato della commissione.

Ed infatti, il giudizio di incongruità dell'offerta costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta.

Il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della pubblica amministrazione sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, senza poter tuttavia procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, ciò rappresentando un'inammissibile invasione della sfera propria della pubblica amministrazione. (Cons. Stato, sez. V, sent. 1350 del 5.3.2018).

12.3. - Nel caso in esame, non emergono evidenti profili di abnormità o palese erroneità del giudizio operato dall’amministrazione: invero, alla luce degli atti di causa l’aggiudicazione risulta essere stata disposta all’esito della valutazione di anomalia, nel contraddittorio con l’interessata, nel corso del quale sono state tenute in considerazione le giustificazioni dalla stessa presentate in data 28.8.2017.

Lo scostamento dalle tabelle, quindi, rappresentava un indice (seppur importante) di possibile anomalia dell’offerta, che nel caso di specie non è stato ravvisato attraverso un giudizio complessivo di rimuneratività.

Come osservato dal Consiglio di Stato, “Anche l'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti a dimostrazione della non anomalia della propria offerta rientra nella discrezionalità tecnica dell'amministrazione, con la conseguenza che soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali gravi ed evidente errori di valutazione oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto, il giudice di legittimità può esercitare il proprio sindacato, ferma restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello dell'amministrazione.

È pacifico che la cognizione del G.A. in subiecta materia sia rigidamente costretta nei limiti di un sindacato di tipo estrinseco, con conseguente inammissibilità di ogni censura preordinata ad ottenere un'illegittima riedizione del giudizio di anomalia da parte dell'organo giudiziale e, dunque, ad impingere nel merito di una valutazione che costituisce espressione tipica della discrezionalità propria della stazione appaltante”. (Cons. Sato, sez. V, sent. 1350/2018, cit.)

13. – Per tutto quanto esposto il ricorso deve essere respinto.

14. – Le spese seguono le regole della soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento in favore di ADISU Puglia e della Sim Nt S.r.l. delle spese del presente giudizio, che liquida in €. 1.500,00 (millecinquecento/00) oltre agli accessori di legge in favore di ciascuna delle due parti resistenti.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 19 aprile 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Gaudieri, Presidente

Francesco Cocomile, Consigliere

Cesira Casalanguida, Referendario, Estensore

Pubblicato il 24/04/2018

N. 00595/2018 REG.PROV.CAU.

N. 00868/2018 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 868 del 2018, proposto da

Jindal Saw Italia S.p.A, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giulia Milo e Giulia Battistel, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Giulia Milo in Napoli, piazza Municipio, 64;

contro

G.O.R.I. Gestione Ottimale Risorse Idriche S.p.A, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Alfonso Erra, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Ferdinando del Carretto, 26;

nei confronti

H2O Measurement & Systems S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Marcello Russo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Giosuè Carducci, 37;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del verbale di gara n. 2 del 22.1.2018 con il quale è stata disposta l'esclusione dell'offerta della Jindal Saw Italia Spa dall'appalto di fornitura denominato “Accordo Quadro per la fornitura delle tubazioni in ghisa sferoidale – PFA 40 - DN 60 -300, con relativi raccordi e/o pezzi speciali a corredo in ghisa sferoidale.” Codice CPV 44163000;

- del verbale di gara n. 1 del 10.1.2018 con il quale, tra l'altro, è stato disposto l'avvio del subprocedimento nei confronti della Jindal Saw Italia Spa ai sensi dell'art. 83 comma 9 del D. Lgs. 50/2016.

- della nota prot. n. 0001171/2018 del 10.1.2018 della G.O.R.I. S.p.A. avente ad oggetto: “Accordo Quadro per la fornitura delle tubazioni in ghisa sferoidale – PFA 40 – DN -300, con relativi raccordi e/o pezzi speciali a corredo in ghisa sferoidale per la realizzazione di canalizzazione per la rete idrica di distribuzione del Servizio Idrico Integrato nei comuni gestiti dalla G.O.R.I. S.p.A. e ricadenti all'interno del territorio dell'ATO 3 Sarnese – Vesuviano. Codice Identificativo Gara (CIG): 7289264AEF. Richiesta documentazione ex art. 83, comma 9 D. Lgs. 50/2016 e ss.mm.ii.”, in particolare per quanto concerne la richiesta dei DGUE relativi ai subappaltatori e alla previsione di esclusione della ricorrente dalla gara in caso di mancato invio di tutta la documentazione richiesta;

- del provvedimento, di cui non si conoscono gli estremi né il contenuto, di rigetto della richiesta di intervento in autotutela in relazione alla decisione di escludere l'offerta di Jindal Saw Italia dall'appalto di fornitura denominato “Accordo Quadro per la fornitura delle tubazioni in ghisa sferoidale – PFA 40 - DN 60 -300, con relativi raccordi e/o pezzi speciali a corredo in ghisa sferoidale.” Codice CPV 44163000”;

- di tutti gli atti della procedura di gara compresa la proposta di aggiudicazione e l'aggiudicazione definitiva alla H20 MEASUREMENT & SYSTEMS S.R.L.

- di ogni altro atto comunque connesso e/o presupposto e/o consequenziale, compresi:

- il bando con data di spedizione 24.11.2017, Codice Identificativo Gara (CIG): 7289264AEF, emesso da G.O.R.I. S.p.A. – Gestione Ottimale Risorse Idriche, avente la seguente denominazione: “Accordo Quadro per la fornitura delle tubazioni in ghisa sferoidale – PFA 40 - DN 60 -300, con relativi raccordi e/o pezzi speciali a corredo in ghisa sferoidale” Codice CPV principale 44163000, per la parte in cui dovesse prevedere a pena di esclusione la necessaria prdouzione dei DGUE dei subappaltatori;

- la nota prot. n. 0003386/2018 del 22.1.2018 della G.O.R.I. S.p.A. avente ad oggetto “Accordo Quadro per la fornitura delle tubazioni in ghisa sferoidale – PFA 40 – DN -300, con relativi raccordi e/o pezzi speciali a corredo in ghisa sferoidale per la realizzazione di canalizzazione per la rete idrica di distribuzione del Servizio Idrico Integrato nei comuni gestiti dalla G.O.R.I. S.p.A. e ricadenti all'interno del territorio dell'ATO 3 Sarnese – Vesuviano. Codice Identificativo Gara (CIG): 7289264AEF. Avviso ex art. 29 comma 1 del D.Lgs. n. 50/2016 e comunicazione di esclusione ex art. 76 comma 5 lett. B) del D. Lgs. n. 50/2016”.

Per la dichiarazione di inefficacia

del contratto eventualmente nelle more stipulato tra la stazione appaltante e la controinteressata.

Per l’assegnazione della fornitura

in tutto o almeno in parte alla ricorrente, con eventuale subentro nel contratto eventualmente stipulato ovvero, in subordine, per l'indizione di una nuova gara.

Per il risarcimento dei danni

anche in forma specifica oppure, qualora un tanto non fosse possibile, per equivalente, compresi i danni curriculari e all'organizzazione imprenditoriale.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da H2O MEASUREMENT & SYSTEMS S.R.L. il 29.3.2018:

- del verbale di gara n. 2 del 22.1.2018 con il quale è stata disposta l'esclusione della Jindal Saw Italia Spa dalla gara per l'affidamento dell'“Accordo Quadro per la fornitura delle tubazioni in ghisa sferoidale – PFA 40 - DN 60 - 300, con relativi raccordi e/o pezzi speciali a corredo in ghisa sferoidale” esclusivamente in virtù dell'omessa compilazione integrale, all'esito del soccorso istruttorio, dei D.G.U.E. dei subappaltatori indicati nella terna; per le stesse ragioni, e sempre in parte qua, del verbale di gara n. 1 del 10.1.2018, ove avrebbe dovuto essere già comminata l'esclusione in danno della Jindal Saw Italia Spa per carenza dei requisiti tecnici delle forniture, dovendosi negare il beneficio del soccorso ex art. 83 comma 9 del D. Lgs. 50/2016; di ogni altro atto comunque connesso e/o presupposto e/o consequenziale, ivi compresa, ove mai dovesse occorrere, anche per effetto di un provvedimento cautelare, l'affidamento della fornitura in favore della ricorrente principale; (...)".

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di G.O.R.I. Gestione Ottimale Risorse Idriche S.p.A e di H2O Measurement & Systems S.r.l.;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 aprile 2018 il dott. Pierluigi Russo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto, ad una prima sommaria delibazione, che il ricorso principale appare assistito da adeguati elementi di fondatezza in quanto:

in via generale, il subappalto attiene alla fase di esecuzione del contratto, rappresentando solo una possibile modalità di adempimento delle prestazioni oggetto dell’appalto aggiudicato;

le clausole ambigue della lex specialis vanno interpretate in coerenza con le previsioni del codice dei contratti pubblici, che, all’art. 105, comma 7, stabilisce che il contratto di subappalto va depositato almeno 20 giorni prima dell’inizio delle prestazioni e che solo a quel momento va trasmessa la certificazione attestante il possesso dei requisiti di qualificazione e l’assenza dei motivi di esclusione ex art. 80 dello stesso T.U. 50/2016;

l’eventuale incompletezza dei DGUE dei subappaltatori, da inserire nella busta A, pertanto, non è tale da determinare l’esclusione dalla gara dell’offerente, ma eventualmente può precludere solo la possibilità di esercitare la facoltà di subappalto, non essendo in discussione peraltro il difetto dei requisiti di qualificazione di quest’ultimo in relazione alle prestazioni oggetto di subappalto c.d. facoltativo;

Considerato, inoltre, che la società ricorrente ha individuato le attività oggetto di subappalto (trasporto e scarico a terra, nel limite del 30%) e, a seguito del soccorso istruttorio, ha indicato la terna di subappaltatori;

Ritenuto, infine, che il ricorso incidentale non appare meritevole di favorevole considerazione in quanto le doglianze prospettate, peraltro in modo dubitativo, attengono alla successiva fase della valutazione della offerta tecnica e/o della capacità tecnico-professionale del concorrente;

Ritenuto, in conclusione, che sussistono i presupposti di cui all’art. 120, comma 2 bis, c.p.a. per l’accoglimento della domanda cautelare;

Ritenuto di fissare l’udienza del 18 giugno 2018 per la definizione del merito della causa e di compensare le spese della presente fase cautelare, in relazione alla complessità delle questioni controverse.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quinta) accoglie la domanda cautelare proposta col ricorso principale.

Spese compensate.

Fissa l’udienza del 18 giugno 2018 per la definizione del merito della causa.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria del tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del 24 aprile 2018 con l'intervento dei magistrati:

Santino Scudeller, Presidente

Pierluigi Russo, Consigliere, Estensore

Gabriella Caprini, Consigliere

Pubblicato il 19/04/2018

N. 02386/2018REG.PROV.COLL.

N. 09050/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9050 del 2017, proposto da

ANAC – Autorità Nazionale Anticorruzione, INFN - Istituto Nazionale di Fisica Nucleare, in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, rappresentati e difesi dall’Avvocatura generale dello Stato, domiciliata ex lege in Roma, via dei Portoghesi 12;

contro

Vibrocementi L’Aquila s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall’avvocato Pierluigi Giammaria, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via Flaminia 135;

Consorzio Nazionale cooperative e lavoro Ciro Menotti s.coop.p.a., non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sezione terza, n. 11031/2017, resa tra le parti, concernente la procedura negoziata per l’affidamento in appalto dei lavori di realizzazione della schermatura in cemento armato per un acceleratore elettrostatico da realizzare all’interno della sala B dei laboratori del Gran Sasso dell’Istituto Nazionale di Fisica Nucleare

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio della Vibrocementi L’Aquila s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 5 aprile 2018 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati dello Stato Fiduccia e Giammaria per l’appellata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L’Autorità Nazionale Anticorruzione e l’Istituto Nazionale di Fisica Nucleare propongono appello contro la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, in epigrafe, con cui è stato accolto il ricorso della Vibrocementi L’Aquila s.r.l., integrato da motivi aggiunti, per l’annullamento della revoca dell’aggiudicazione in favore di quest’ultima della procedura negoziata per l’affidamento in appalto dei lavori di realizzazione della schermatura in cemento armato per un acceleratore elettrostatico da realizzare all’interno della sala B dei laboratori del Gran Sasso dell’Istituto Nazionale di Fisica Nucleare (di cui alla lettera di invito del 10 marzo 2017, prot. n. 622).

2. La revoca (deliberata dalla giunta esecutiva dell’ente, con atto di prot. n. 11397 del 28 giugno 2017) era disposta a causa del tardivo pagamento – «in data successiva a quella di scadenza delle offerte» - del contributo ex art. 1, comma 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 [Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2006)] a favore dell’Autorità Nazionale Anticorruzione ed era motivata sul presupposto che tale obbligo pecuniario di legge costituisce una «condizione di ammissibilità dell’offerta», come prevede la norma di legge ora citata.

3. Tuttavia, con la sentenza qui appellata il Tribunale amministrativo adito ha ritenuto illegittimo il provvedimento di revoca, sulla base dei seguenti passaggi argomentativi:

- ai fini della partecipazione alla gara è necessario che l’operatore economico sia registrato presso la piattaforma informatica AVCpass dell’Autorità nazionale anticorruzione, mentre l’attestazione sul possesso dei requisiti per la singola procedura di affidamento e di pagamento del contributo, PassOE, «può essere prodotto pure in seguito (in particolare, in esito alla procedura del soccorso istruttorio)»;

- verificato il mancato versamento del contributo l’Istituto Nazionale di Fisica Nucleare si era limitato a chiedere alla società ricorrente copia dell’attestazione in questione «senza alcuna altra precisazione», dacché doveva evincersi il ragionevole affidamento di quest’ultima circa «la possibilità di sanatoria non solo alla produzione di un versamento già effettuato, ma anche al versamento stesso, pur se tardivo»;

- la lettera di invito non prevedeva il versamento del contributo quale condizione di partecipazione alla procedura di affidamento, per cui sarebbero applicabili i principi enunciati dalla Corte di giustizia dell’Unione europea nella sentenza 2 giugno 2016, C-27/15 (Pippo Pizzo), secondo cui è contraria ai principi euro-unitari di certezza, trasparenza e parità di trattamento tra gli operatori economici una causa di esclusione da procedure di gara «non espressamente menzionata nella lex specialis», ma ricavata sulla base di una «interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale»;

- pertanto, anche in considerazione del favor partecipationis cui è ispirata la norma sul potere di soccorso istruttorio del nuovo codice del codice dei contratti pubblici (art. 83, comma 9, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50) la previsione del citato art. 1, comma 67, l. n. 266 del 2005, secondo cui il versamento del contributo all’Autorità di settore costituisce «condizione di ammissibilità dell’offerta», consente nondimeno un «interpretazione, eurounitariamente orientata» in base alla quale tale adempimento «possa essere anche tardivo, costituendo a un tempo violazione formale e di elemento essenziale», sanabile mediante il potere di soccorso istruttorio previsto dalla citata disposizione di legge nazionale.

4. Nel loro appello l’Autorità nazionale anticorruzione e l’Istituto Nazionale di Fisica Nucleare contestano il percorso motivazionale che ha condotto il giudice di primo grado ad accogliere il ricorso della Vibrocementi L’Aquila.

5. Resiste all’appello l’originaria ricorrente.

DIRITTO

1. Nel loro appello collettivo l’Autorità nazionale anticorruzione e l’Istituto Nazionale di Fisica Nucleare criticano innanzitutto l’assimilazione tra l’obbligo di versamento del contributo a favore della prima, da un lato, alla generazione dall’altro lato dalla piattaforma AVCpass dell’attestazione PassOE, cui gli operatori economici devono provvedere ai fini della partecipazione alla singola procedura di affidamento di un contratto pubblico. In contrario le due amministrazioni appellanti evidenziano che i due adempimenti in questione hanno finalità «assolutamente diverse, pur essendo entrambi legati al codice identificativo di gara»; ed in particolare che l’emissione del PassOE «non comprova che l’impresa possieda i requisiti per partecipare alla gara, ma costituisce solo lo strumento per le verifiche di competenza della stazione appaltante».

2. Sotto un distinto profilo, le appellanti evidenziano che ai sensi dell’art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016 sono sanabili le sole carenze «di qualsiasi elemento formale della domanda» di partecipazione alla gara e non anche le carenze «sostanziali» concernenti «i requisiti di partecipazione» (così a pag. 7 dell’appello).

3. Nel chiedere la riforma della pronuncia di primo grado l’appello si conclude sottolineandosi la natura di «precedente assai pregiudizievole per l’interesse pubblico» di questa, nella parte in cui ammette la possibilità di versare tardivamente il contributo a favore dell’Autorità nazionale anticorruzione consentirebbe di eludere l’obbligo di legge «consentendo ad operatori poco scrupolosi, o artatamente disattenti, di sanare la propria posizione solo se “scoperti”».

4. Tanto premesso, le pur comprensibili preoccupazioni (comunque di policy)espresse dalle amministrazioni appellanti non sono sufficienti a ritenere errata la pronuncia di primo grado.

5. Deve innanzitutto sottolinearsi che proprio con riguardo al caso dell’omesso versamento del contributo per il funzionamento dell’Autorità nazionale anticorruzione odierna appellante la Corte di giustizia ha affermato che i principi di tutela del legittimo affidamento, certezza del diritto e proporzionalità ostano ad una regola dell’ordinamento di uno Stato membro che consenta di escludere da una procedura di affidamento di un contratto pubblico l’operatore economico non avvedutosi di una simile conseguenza, perché non espressamente indicata dagli atti di gara (sentenza della Corte di giustizia UE, 2 giugno 2016, C 27/15, sopra citata, e posta dall’originaria ricorrente a fondamento delle proprie censure). Il giudice europeo ha in particolare ritenuto contrario ai principi dallo stesso posti a base della propria pronuncia l’operazione attraverso cui la causa di esclusione dalla gara è ricavata sulla base di un’interpretazione estensiva di talune previsioni dell’ordinamento positivo dello stesso Stato membro e, poi, di una etero-integrazione sotto questo profilo degli atti di gara.

6. Il caso esaminato dalla Corte di giustizia appare dunque in termini con quello oggetto del presente giudizio, dal momento che, in primo luogo, esso verte appunto sul medesimo contributo di cui all’art. 1, comma 67, l. n. 266 del 2005, e in secondo luogo che la lettera di invito con cui la procedura di affidamento è stata indetta non prevedeva in modo espresso l’esclusione per il caso di mancato versamento di tale somma.

Inoltre, come evidenziato dal Tribunale amministrativo, conduce a rafforzare questo convincimento la circostanza, non contestata nel presente appello, che l’Istituto Nazionale di Fisica Nucleare non aveva richiesto alla società originaria ricorrente di provvedere al pagamento del contributo allorché la stessa stazione appaltante si era avveduta del mancato versamento ad iniziativa di quest’ultima.

7. Non giova poi alle appellanti richiamare i limiti all’esercizio del potere di soccorso istruttorio previsti dall’art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016.

Infatti, sul punto va ancora una volta richiamata in senso contrario la giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea. Con una recente pronuncia il giudice europeo ha infatti ritenuto conforme ai principi di parità di trattamento e di trasparenza nella materia dei contratti pubblici un meccanismo di soccorso istruttorio (allora previsto dall’art. 38, comma 2-bis, del previgente codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163) inteso a salvaguardare la partecipazione alla procedura di affidamento in caso di irregolarità essenziali, purché ciò non avvenga in caso di carenze documentali sanzionate in modo espresso con l’esclusione o sia così consentito all’operatore economico di formulare nella sostanza una nuova offerta (cfr. Corte di giustizia UE, sentenza 28 febbraio 2018, C 523/16 e C 536/16 - MA.T.I. SUD s.p.a.).

Ebbene, simili evenienze non sono configurabili nel caso di mancato versamento del contributo ai favore dell’ANAC, laddove non richiesto a pena di esclusione dalla normativa di gara, dal momento che tale adempimento non inerisce «all’offerta economica e all’offerta tecnica», per il quale la regolarizzazione della domanda di partecipazione alla gara ai sensi dell’art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016 è preclusa (nella versione risultante dalle modifiche introdotte con il correttivo al codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, con funzione di chiarificazione rispetto alla versione originaria).

9. Per le ragioni finora esposte l’appello deve pertanto respinto, ma la peculiarità delle questioni controverse giustifica la compensazione integrale delle spese del grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 aprile 2018 con l’intervento dei magistrati:

Claudio Contessa, Presidente FF

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Pubblicato il 13/04/2018

N. 00640/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00026/2018 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 26 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Raggio di Sole Società Cooperativa Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Toledo, 323;

contro

Comune di Cisternino, in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituito in giudizio;

Consorzio per l’Integrazione e l’Inclusione Sociale dell’Ambito Territoriale di Cisternino – Fasano – Ostuni (C.I.I.S.A.F.), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Mary Capriglia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Angelo Vantaggiato in Lecce, via Zanardelli, 7;

nei confronti

La Scintilla Sociale Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Misserini e Valeria Fumarola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Agnese Caprioli in Lecce, via Scarambone, 56;

per l'annullamento, previa sospensione

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

a) del provvedimento di aggiudicazione emesso dalla Stazione appaltante resistente in favore della Coop. Sociale La Scintilla Sociale, mai comunicato;

b) dei verbali di gara M.E.P.A. tutti, non conosciuti;

c) ove e per quanto lesivi, del bando di gara, del disciplinare di gara e del capitolato speciale di appalto laddove interpretati ovvero interpretabili così come fatto dalla Stazione appaltante;

d) ove e per quanto lesiva, della determinazione a contrarre n. 270 del 24.11.2017;

e) ove e per quanto lesivo, del silenzio rigetto rispetto alle istanze di autotutela e di accesso agli atti del 15.12.2017;

f) ove e per quanto lesivo, del silenzio rigetto ovvero silenzio inadempimento rispetto alla istanza prot. n. 1084 del 15.12.2017;

g) ove e per quanto lesivi, di tutti gli ulteriori atti presupposti connessi e consequenziali;

Nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto di servizio eventualmente sottoscritto nelle more del presente giudizio.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti:

-della determinazione del Consorzio per l’Integrazione e l’Inclusione Sociale dell’A.T. Fasano – Ostuni – Cisternino n. 26 del 22.1.2018 di conferma dell’aggiudicazione disposta in favore della controinteressata La Scintilla Sociale Società Cooperativa Sociale;

- della determinazione del C.I.I.S.A.F. n. 377 del 28.12.2017;

- dei verbali di gara M.E.P.A. tutti, con particolare riferimento a quelli del 14.12.2017 e 15.12.2017;

- ove e per quanto lesiva, della nota del C.I.I.S.A.F. prot. n. 80 del 09.01.2017;

- ove e per quanto lesiva, della nota dell’11.01.2018 trasmessa alla società La Scintilla Sociale Cooperativa Sociale per richiesta chiarimenti ex art. 95 comma 10 Decreto Legislativo 50/2016 e ss.mm.;

- del verbale di verifica del costo della manodopera del 18.1.2018;

- ove e per quanto lesivo, di ogni ulteriore provvedimento connesso presupposto e consequenziale, anche non conosciuto, con riserva espressa di formulare ulteriori motivi aggiunti.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio per l’Integrazione e l’Inclusione Sociale dell’Ambito territoriale di Cisternino – Fasano – Ostuni (C.I.I.S.A.F.) e della società La Scintilla Sociale Società Cooperativa Sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 marzo 2018 la dott.ssa Antonella Lariccia e uditi l'avv. S. Zaza, in sostituzione dell’avv. L. Tozzi, l'avv. A. Tanzarella, in sostituzione dell’avv. M. Capriglia, e l'avv. G. Misserini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 04.01.2018, la Società Raggio di Sole Società Cooperativa Onlus invoca l’annullamento, previa sospensione, degli atti in epigrafe indicati lamentando:

- Violazione e falsa applicazione di legge (artt. 83, 95 comma 10 Decreto Legislativo n° 50/2016) – Difetto ovvero carenza di istruttoria – Illogicità ovvero irragionevolezza manifesta.

Espone, in particolare, la Società ricorrente di avere partecipato alla procedura di gara M.E.P.A. bandita dal Consorzio per l’Integrazione e l’Inclusione Sociale dell’Ambito Territoriale Sociale dei Comuni di Fasano – Ostuni – Cisternino per l’affidamento in concessione dell'Asilo nido del Comune di Cisternino, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 95 Decreto Legislativo n° 50/2016 e ss.mm., con un importo a base d’asta pari ad € 133.155,00 e durata dal 02.01.2018 al 03.07.2019, aggiudicato alla società Cooperativa Sociale La Scintilla Sociale, odierna controinteressata; già con nota prot. n. 1084 del 15.12.2017, la Società ricorrente ha chiesto alla Stazione appaltante di provvedere in autotutela alla esclusione della controinteressata dalla gara a cagione dell’omessa indicazione, nell’offerta economica di quest’ultima, dei costi della manodopera così come previsto dall’art. 95 Decreto Legislativo n° 50/2016 e dalla lex specialis, oltre che di prendere visione ed estrarre copia di tutta la documentazione di gara, nonché della offerta amministrativa tecnica ed economica della aggiudicataria, tuttavia le predette istanze sono rimaste prive di riscontro.

Con motivi aggiunti notificati in data 25.01.2018, la Società ricorrente ha poi invocato l’annullamento, previa sospensione, degli ulteriori atti in epigrafe indicati lamentando:

- Violazione e falsa applicazione di legge (Artt. 95, 97 Decreto Legislativo n° 50/2016, Art. 3 L. 241/90, Art. 97 Costituzione) – Difetto ovvero carenza di istruttoria – Illogicità ovvero irragionevolezza manifesta – Difetto di motivazione – Sviamento di potere;

- Violazione e falsa applicazione di legge (Artt. 32, 95, 97 Decreto Legislativo n° 50/2016, Art. 3 L. 241/90, Art. 97 Costituzione) – Difetto ovvero carenza di istruttoria – Illogicità ovvero irragionevolezza manifesta – Difetto di motivazione – Sviamento di potere;

- Violazione e falsa applicazione di legge (Art. 95, 97 Decreto Legislativo n° 50/2016, Art. 3 L. 241/90, Art. 97 Costituzione) – Difetto ovvero carenza di istruttoria – Illogicità ovvero irragionevolezza manifesta – Difetto di motivazione;

- Illegittimità in via derivata.

Con gli spiegati motivi aggiunti, la Società ricorrente lamenta, in particolare, che dopo la intervenuta notifica del ricorso introduttivo del presente giudizio, il Consorzio C.I.I.S.A.F., in data 11.1.2018, abbia attivato il soccorso istruttorio per richiedere alla aggiudicataria odierna controinteressata una serie di chiarimenti in ordine ai “costi del personale, al fine di verificare il rispetto di quanto previsto dall’art. 97 comma 5 lett. d) del d.lgs. 50/2016”, senza tuttavia sanare le asserite plurime illegittimità riscontrabili nella procedura di gara e procedendo, all’esito di tale verifica, a confermare l’aggiudicazione disposta in favore della controinteressata La Scintilla Sociale Società Cooperativa Sociale.

Si sono costituiti in giudizio la Società Cooperativa Sociale La Scintilla Sociale ed il Consorzio per l’Integrazione e l’Inclusione Sociale dell’Ambito Territoriale Sociale di Cisternino – Fasano – Ostuni (C.I.I.S.A.F.) eccependo l’inammissibilità, l’improcedibilità e comunque l’infondatezza nel merito dello spiegato ricorso, per come integrato dai motivi aggiunti, e codesto T.A.R., con ordinanza cautelare n° 73 del 6-7.02.2018, non ha concesso l’invocata sospensiva; quindi, all’udienza pubblica del 20.03.2018, sulle conclusioni delle parti, la causa è stata trattenuta per la decisione.

Preliminarmente, osserva il Collegio che può prescindersi dalla disamina delle pur suggestive eccezioni di inammissibilità e improcedibilità del gravame sollevate dalle difese dell’Amministrazione resistente e della Società controinteressata, risultando, tanto il ricorso quanto i motivi aggiunti del 25.01.2018, infondati nel merito e, pertanto, da respingere.

Ed invero, con l’unico motivo di gravame articolato nel ricorso introduttivo del giudizio, la Società ricorrente, in buona sostanza, si duole che l’Amministrazione resistente non abbia proceduto all’esclusione (“tout court”) dell’odierna controinteressata dalla gara M.E.P.A. di che trattasi, a cagione dell’omessa indicazione, nell’offerta economica, dei costi della manodopera, nonostante ciò sia imposto dal combinato disposto degli art. 83 e 95 comma 10 del Decreto Legislativo n° 50/2016, come novellato dal Decreto Legislativo (correttivo) n° 56/2017.

La censura non coglie nel segno.

E’ noto come l’attuale formulazione dell’art. 95, comma 10, del Decreto Legislativo n° 50/2016, come modificato dal Decreto Legislativo n° 56/2017, espressamente prevede che “nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)”; tale norma è sicuramente applicabile nel presente giudizio, considerato che il bando di gara è del 23.11.2017 e la scadenza del termine di presentazione delle offerte risulta fissato il 12.12.2017, laddove le modifiche introdotte dal Decreto Legislativo n° 56/2017 al cd. nuovo Codice degli appalti, risultano entrate in vigore a far data dal 20.05.2017 (come espressamente previsto dall’art. 131 del Decreto Legislativo n° 56/2017 citato, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 103 in data 05.05.2017, nonché dall’art. 216 comma 1 del Decreto Legislativo n° 50/2016).

E’, altresì, noto che l’articolo 83, comma 9, del Decreto Legislativo n° 50/2016 espressamente preveda che “le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere”; in particolare, è stato condivisibilmente osservato dalla più recente giurisprudenza che “per le gare indette all’indomani dell’entrata in vigore del nuovo Codice (come quella che qui viene in rilievo) non vi sono più i presupposti per ricorrere al soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione degli oneri di cui all’articolo 95, comma 10. Ciò, in quanto il Codice ha definitivamente rimosso ogni possibile residua incertezza sulla sussistenza di tale obbligo;

- più in generale, il nuovo Codice non ammette comunque che il soccorso istruttorio possa essere utilizzato nel caso di incompletezze e irregolarità relative all’offerta economica (in tal senso – e in modo espresso – l’articolo 95, comma 10, cit.). L’esclusione è anche intesa ad evitare che il rimedio del soccorso istruttorio - istituto che corrisponde al rilievo non determinante di violazioni meramente formali - possa contrastare il generale principio della par condicio concorrenziale, consentendo in pratica a un concorrente (cui è riferita l’omissione) di modificare ex post il contenuto della propria offerta economica” (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 07.02.2018 n° 815).

Tale essendo il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, il Collegio nondimeno ritiene che, nella fattispecie concreta oggetto del presente giudizio, correttamente l’Amministrazione resistente non abbia proceduto all’esclusione dell’odierna controinteressata dalla gara, nonostante l’omessa indicazione nell’offerta economica di quest’ultima dei costi di manodopera, pure espressamente imposta dal citato art. 95 comma 10 del Decreto legislativo n° 50/2016, nell’attuale formulazione ratione temporis applicabile.

Al riguardo, occorre precisare, in punto di fatto, che né il bando né il disciplinare di gara o la modulistica predisposta sulla piattaforma M.E.P.A. e da utilizzare obbligatoriamente per la redazione dell’offerta economica nella fattispecie oggetto del presente giudizio, prevedono o consentono l’indicazione separata dei costi della manodopera.

Orbene, è noto come la condivisibile giurisprudenza vieta, in linea di principio, l’eterointegrazione dei bandi di gara, sottolineando come “le condizioni di partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici devono tutte essere indicate nel bando di gara la cui eterointegrazione, con obblighi imposti da norme di legge, si deve ritenere ammessa in casi eccezionali, poiché l'enucleazione di cause di esclusione non conosciute, o conoscibili, dai concorrenti contrasta con i principi europei di certezza giuridica e di massima concorrenza” (cfr. da ultimo Consiglio di Stato, sentenza n° 3541/2017, Consiglio di Stato, A.P. n. 9/2014 e n. 19/2016, C.G.U.E., VI, 2 giugno 2016 – C-27/15).

Anche la giurisprudenza più recente che si è pronunciata nel senso dell’immediata applicabilità dell’obbligo di separata indicazione dei costi di manodopera di cui all’art. 95 comma 10 citato, anche in assenza di apposita previsione dello stesso nella lex specialis, ( cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 07.02.2018 n° 815, nonché codesta Sezione sul ricorso n° 52/2018), ha sempre giustificato e ricollegato l’ammissibilità dell’eterointegrazione, con la disciplina in discorso, del bando di gara - silente sul punto - alla presenza, quanto meno, nella lettera di invito ovvero nel modulo dell’offerta economica predisposto dalla S.A., della previsione dell’indicazione del costo della manodopera, che invece è totalmente assente nella fattispecie oggetto del presente giudizio.

Pertanto, il Collegio ritiene che, nel caso di specie, correttamente l’Amministrazione resistente abbia tutelato l’affidamento della Società controinteressata a non vedersi esclusa dalla gara per una causa (mancata indicazione dei costi della manodopera) che, pur essendo prevista quale causa escludente dalla legge – e ciò a prescindere dal dato che l’esclusione sia stata, o meno, testualmente enunciata dai citati articoli 83 e 95 del Decreto Legislativo n° 50/2016 -, non era assolutamente contemplata né nel bando né negli altri documenti di gara; pertanto, l’Amministrazione resistente legittimamente non ha escluso la controinteressata dalla gara M.E.P.A., limitandosi ad effettuare, relativamente ai costi della manodopera, la verifica del rispetto di quanto prescritto all'articolo 97, comma 5, lettera d) del Decreto Legislativo n° 50/2016, in conformità a quanto previsto dall’ultimo capoverso dell’art. 95 comma 10 in parola.

Sotto tale ultimo profilo, peraltro, si palesano infondate anche le ulteriori censure articolate dalla Società ricorrente nei motivi aggiunti del 25.01.2018.

Ed invero, osserva il Collegio che in tale fattispecie, l’Amministrazione resistente non ha posto in essere un tardivo e comunque inammissibile (alla luce del chiaro disposto dell’art. 83 Decreto Legislativo n° 50/2016) procedimento di “soccorso istruttorio” per consentire alla Società controinteressata di sanare le carenze dell’offerta economica a suo tempo presentata, come sostenuto dalla Società ricorrente nel ricorso per motivi aggiunti, ma si è limitata ad effettuare la (dovuta) verifica della congruità del costo della manodopera, comunque compreso nell’offerta economica della medesima controinteressata anche se non separatamente indicato, rispetto ai trattamenti salariali previsti nelle Tabelle ministeriali, verifica da svolgersi nel contraddittorio con la Società stessa, in conformità alle modalità caratterizzanti il subprocedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta ex art. 97 D. Lgs. 50/2016, espressamente richiamate dall’art. 95 comma 10 del nuovo codice appalti; appare pertanto evidente, sotto tale profilo, che tutte le censure articolate dalla medesima ricorrente nei motivi aggiunti del 25.01.2018, e che presuppongono che il subprocedimento attivato dall’Amministrazione resistente concreti una vera e propria (tardiva) verifica dell’anomalia dell’offerta economica presentata dalla controinteressata, risultano mal calibrate non ricorrendo, nel caso di specie, un subprocedimento di valutazione o meno dell’anomalia dell’offerta, bensì solo una verifica della rispondenza dei costi della manodopera indicati dalla controinteressata ai trattamenti salariali di cui alle Tabelle Ministeriali, sia pure effettuata osservando le modalità di cui all’art. 97 del Decreto Lgs. n° 50/2016, in conformità al richiamo contenuto nell’ultimo capoverso dell’art. 95 comma 10 citato.

La norma da ultimo citata, pertanto, a parere del Collegio, si limita ad imporre alla S.A. di verificare la rispondenza dei costi della manodopera compresi nell’offerta economica a quelli minimi indicati dalle Tabelle Ministeriali nel contraddittorio con la ditta interessata, a prescindere dall’attivazione di un vero e proprio subprocedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta, che resta meramente eventuale (al di fuori delle ipotesi in cui è, invece, imposto dalla legge).

Pertanto, il Tribunale ritiene che l’Amministrazione resistente, con i provvedimenti gravati con i motivi aggiunti, si è limitata a valutare la congruità del costo della manodopera, verificandola attraverso le garanzie procedimentali dell’art. 97 del nuovo codice degli appalti cui il citato art. 95 comma 10 rinvia, e che all’esito di tale verifica e dei chiarimenti forniti dalla Società controinteressata, abbia ritenuto di non procedere alla vera e propria verifica dell’anomalia dell’offerta, bensì a far luogo alla conferma (rectius: convalida) dell’aggiudicazione della gara già in precedenza disposta in favore della società Cooperativa Sociale La Scintilla Sociale.

Conclusivamente, per le ragioni per le ragioni sopra sinteticamente illustrate, lo spiegato ricorso, per come integrato dai motivi aggiunti del 25.01.2018, è infondato nel merito e deve pertanto essere respinto.

Sussistono i presupposti di legge, attesa la sussistenza di taluni aspetti di assoluta novità dell’oggetto del giudizio, per dichiarare integralmente compensate tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza definitivamente pronunciando sul ricorso come integrato dai motivi aggiunti, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 20 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Enrico d'Arpe, Presidente

Antonella Lariccia, Primo Referendario, Estensore

Anna Abbate, Referendario

Pubblicato il 11/04/2018

N. 02390/2018 REG.PROV.COLL.

N. 01104/2018 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 1104/18 R.G., proposto da:

Soc. Va.Ben. S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Migliarotti, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via dei Mille 16;

contro

Regione Campania, in persona del Presidente p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Calabrese, con domicilio eletto in Napoli, via S. Lucia 81, presso gli uffici dell’Avvocatura regionale;

nei confronti

Edil Roma S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Stefano Santarossa, con domicilio eletto presso la pec professionale indicata;

per l'annullamento

a) della nota prot. 2018 0171040 del 15/03/2018 con la quale la Regione ha comunicato alla ricorrente l'esclusione della gara; b) della presupposta istruttoria svolta dall'Amministrazione; c) della nota prot 0172023 del 15/03/2018 con la quale la Regione Campania ha disposto l'aggiudicazione definitiva della gara in favore della soc. Edil Roma s.r.l.; d) del decreto Dirigenziale della Regione Campania n.46 del 15/3/2018 con il quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della gara in favore della soc. Edil Roma s.r.l.; e) di ogni altro atto presupposto e/o connesso ancorché non conosciuto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Campania e della Edil Roma S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nella camera di consiglio del 4 aprile 2018 la relazione del consigliere Paolo Corciulo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con nota n. 171040 del 15 marzo 2018 la Regione Campania comunicava alla Va Ben s.r.l. l’esclusione da una procedura aperta indetta per la conclusione di un accordo biennale avente ad oggetto l’affidamento di lavori di manutenzione ed adeguamento degli impianti ubicati nell’Istituto Paolo Colosimo di proprietà dell’Amministrazione, gara nella quale la predetta concorrente era risultata miglior offerente; oggetto di impugnazione sono stati altresì il decreto dirigenziale n.46 del 15 marzo 2018 con cui è stata disposta l’aggiudicazione definitiva in favore della Edil Roma s.r.l., seconda graduata, nonché la coeva relativa nota di comunicazione 0172023.

A fondamento dell’esclusione la stazione appaltante ha addotto l’assenza del requisito di cui all’art.80, quinto comma, lettera c) del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, perché «nell’ambito delle verifiche effettuate sulle dichiarazioni rese ex art.80, codesta ditta risulta iscritta al casellario informatico dell’ANAC per essersi resa colpevole di violazioni in tema in inadempimento contrattuale; tale comunicazione, seppur resa in sede di gara, è stata oggetto di ulteriori verifiche ed approfondimento da parte della S.A.; a seguito dell’istruttoria svolta questa Amministrazione ha ritenuto non opportuno procedere ad una aggiudicazione a favore di codesta società, ritenendo gravi le inadempienze commesse».

Avverso la propria esclusione e contro l’aggiudicazione disposta in favore della Edil Roma s.r.l. ha proposto ricorso a questo Tribunale la Va Ben s.r.l. chiedendone l’annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari.

In punto di fatto, la società ricorrente deduce di aver dichiarato in sede di partecipazione alla gara di aver subìto con deliberazione di Giunta n. 4 del 4 febbraio 2015 dal Comune di Marzano di Nola la risoluzione per grave inadempimento del contratto di lavori per il restauro e la qualificazione funzionale dell’Antica Torre.

A sostegno dell’impugnazione la Va Ben s.r.l. lamenta un profilo di carenza di istruttoria, per non avere la stazione appaltante verificato e valutato che la risoluzione era stata giudizialmente contestata innanzi al Tribunale di Avellino, controversia tuttora pendente; tale circostanza ai sensi della norma codicistica de qua impedirebbe l’operatività della causa di esclusione applicata, né sarebbe consentita una differente ed autonoma valutazione di gravità da parte della stazione appaltante in punto di affidabilità del concorrente.

Con il secondo motivo è stata contestata l’assenza di contraddittorio in ordine alla rilevanza della vicenda risolutoria rispetto alla partecipazione alla gara.

Con decreto cautelare n. 393 del 19 marzo 2018 è stata respinta l’istanza di misure cautelari in sede monocratica e richiesto alla Regione Campania di depositare gli atti istruttori prodromici all’impugnata esclusione.

Si sono costituiti in giudizio la Edil Roma s.r.l. e la Regione Campania concludendo per il rigetto del ricorso e della domanda cautelare; la difesa regionale ha depositato in giudizio la nota del Comune di Marzano di Nola n. 559 del 1° marzo 2018, adottata in riscontro ad una richiesta di chiarimenti avanzata dall’ufficio regionale procedente, in cui sono rappresentate le vicende che avevano determinato la risoluzione del contratto tra la società ricorrente e l’ente comunale.

Alla camera di consiglio del 4 aprile 2018, fissata per la trattazione della domanda cautelare, il Tribunale ritenuti sussistenti i presupposti per una sentenza in forma semplificata, avvisate le parti, ha trattenuto la causa per la decisione.

Innanzitutto, deve essere respinta la censura di difetto di istruttoria, avendo la Regione Campania proceduto alle opportune verifiche sulla vicenda di risoluzione contrattuale relativa al Comune di Marzano di Nola, acquisendo specifica nota informativa, indicata anche nel corpo motivazionale del provvedimento di estromissione; né può configurarsi un profilo di carenza di istruttoria la mancata interlocuzione con la società ricorrente, rientrando nel prudente apprezzamento dell’amministrazione l’uso discrezionale del potere istruttorio, né essendo manifestamente illogico l’essersi la Regione Campania attestata su quanto emerso in base alla rappresentazione dei fatti contenuta nella nota del Comune di Marzano di Nola.

Nemmeno può ritenersi fondata la mancata audizione della Va Ben s.r.l. sotto il profilo di difetto di opportunità di partecipazione, non essendosi in presenza di un procedimento di ufficio, né essendo esigibile una comunicazione ai sensi dell’art. 10 bis della legge 7 agosto 1990 n. 241, trattandosi di una procedura di tipo concorsuale (Consiglio di Stato sez. VI 06 marzo 2009 n. 1348).

Nodo centrale della controversia è costituto dalla portata applicativa dell’art.80, comma 5, lettera c) del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 che qualifica come causa di esclusione l’ipotesi in cui « c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si e' reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrita' o affidabilita'. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione».

Rileva il Collegio che ad essere dirimente della questione, attualmente oggetto di discussione in giurisprudenza (Consiglio di Stato V Sezione 2 marzo 2018 n. 1299; Consiglio di Stato 27 aprile 2017 n. 1955) è la portata meramente esemplificativa delle ipotesi di grave illecito professionale, contemplate nel secondo periodo della disposizione citata; ne consegue la piena autonomia della fattispecie contemplata nel periodo precedente, che, nell’assumere una portata generale, si affranca dai requisiti specifici richiamati nei predicati casi esemplificativi.

In particolare, il legame esistente tra ipotesi generale e fattispecie tipizzate è rintracciabile nella «dimostrazione con mezzi adeguati» che la norma impone alla stazione appaltante, onere che, nell’ipotesi generale, non risente di alcuna conformazione particolare, restando, di conseguenza, verificabile, pro caso, alla stregua dei consueti parametri di imparzialità dal punto di vista della non manifesta irragionevolezza e proporzionalità della valutazione compiuta; invece, nel secondo caso, per effetto della naturale differenziazione, propria della tecnica redazionale di esemplificazione, l’esistenza di presunzioni sulla formazione della prova del grave illecito professionale restringe l’ambito di valutazione della stazione appaltante. Tale maggiore intensità descrittiva della fattispecie trova un punto di equilibrio tra l’alleggerimento dell’onere probatorio che grava sulla stazione appaltante – compito che si risolve nella sola acquisizione di una sentenza che abbia qualificato grave l’illecito professionale, magari con statuizione di condanna dell’impresa – e la possibilità per il contraente di neutralizzare tale effetto vincolante, avvalendosi di una giudiziale contestazione con cui gli venga consentito di opporsi ad un contestato inadempimento contrattuale.

Tuttavia, l’esistenza di una contestazione giudiziale della risoluzione non implica che la fattispecie concreta ricada esclusivamente nell’ipotesi esemplificativa, con applicazione del relativo regime operativo; difatti, il “fatto” in sé di inadempimento resta pur sempre un presupposto rilevante ai fini dell’individuazione di un grave illecito professionale, secondo l’ipotesi generale (Consiglio di Stato V Sezione 2 marzo 2018 n. 1299); invero, come visto tra le due fattispecie esiste un rapporto di parziale sovrapponibilità, sussistendo una relazione di genus ad speciem; a differenza della seconda ipotesi, nel caso generale, la stazione appaltante non può avvalersi dell’effetto presuntivo assoluto di gravità derivante dalla sentenza pronunciata in giudizio, né, per converso, l’impresa può opporne la pendenza per porre nell’irrilevante giuridico il comportamento contrattuale indiziato.

In altri termini, scomponendo la fattispecie concreta, ben può la stazione appaltante qualificare il fatto, inteso come comportamento contrattuale del concorrente, quale grave illecito professionale, dovendo tuttavia dimostrarne l’incidenza in punto di inaffidabilità, e quindi prescindendo dalla pendenza di un giudizio che viene a collocarsi all’esterno della fattispecie normativa utilizzata.

Tale soluzione trova conforto, a giudizio del Collegio, oltre che nella formulazione letterale della norma, anche nella ratio legis; in proposito, accettare la tesi propugnata dalla società ricorrente implicherebbe che, rispetto a fatti ugualmente costituenti grave illecito professionale, di certuni sarebbe sufficiente neutralizzare gli effetti ostativi della partecipazione mediante la semplice proposizione di una domanda giudiziale ed avvalersi della mera pendenza del relativo giudizio; tale idea renderebbe la norma, di fatto, di difficile applicazione concreta, poiché la stessa resterebbe soggetta ad una sorta di condizione potestativa in favore di chi dovrebbe invece subirla, vanificando, nel contempo, la funzione di tutela dell’interesse pubblico di estromettere concorrenti che la disposizione codicistica in scrutinio consente alla stazione appaltante, come ipotesi generale, di qualificare non affidabili, a prescindere da una presupposta verifica giudiziale.

Va aggiunto che nel caso in esame, quanto opinato dalla stazione appaltante, che non richiama in alcun modo possibili effetti vincolanti riconducibili ad una sentenza che abbia statuito sui fatti di risoluzione, non desta perplessità in punto di fatto, nè connotazioni di irragionevolezza o di assenza di proporzionalità, aspetti che, tra l’altro, non risultano aver costituito oggetto di specifica contestazione nel presente giudizio.

L’adesione del Collegio alla superiore opzione interpretativa consente di ritenere non rilevante e vincolante l’orientamento espresso dalla Sezione quarta di questo Tribunale con l’ordinanza n. 5893/2017, richiamata da parte ricorrente.

In conclusione, il ricorso deve essere respinto, con integrale compensazione tra le parti delle spese processuali, in ragione della novità della questione esaminata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge e compensa le spese.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2018 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Paolo Corciulo, Consigliere, Estensore

Ida Raiola, Consigliere

Pubblicato il 11/04/2018

N. 02190/2018REG.PROV.COLL.

N. 05488/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso iscritto al numero di registro generale 5488 del 2017, proposto da:

Global Engineering s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Gianfranco Di Meglio, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Innocenzo XI, 8;

contro

Unareti s.p.a., in persona del legale rappresentante – A2A s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentate e difese dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Ripetta, 142;

nei confronti

Centrotest s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Maria Di Paolo, con domicilio eletto presso lo studio dell’avv. Umberto Segarelli in Roma, via G.B. Morgagni, 2/A;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE IV n. 00843/2017, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Unareti s.p.a. e di A2A s.p.a. e di Centrotest s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 marzo 2018 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Di Meglio, Ernesto Papponetti su delega dell'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, e Di Paolo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Unareti s.p.a., società controllata da A2A s.p.a., indiceva una procedura negoziata per l’affidamento del “Servizio di verifica (ed eventuale risanamento) e certificazione di collaudo statico dei pali in acciaio degli impianti di illuminazione pubblica siti nei Comuni di Milano, Bergamo e Brescia”. A tal fine invitava nove imprese specializzate già inserite nell’albo fornitori del Gruppo A2A; la gara, da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo, veniva espletata mediante apposita piattaforma informatica messa a disposizione da A2A s.p.a..

1.1. Il bando di gara prevedeva alla voce “Offerta tecnica” l’obbligo per le imprese di dichiarare: “a) di aver eseguito negli ultimi quattro anni antecedenti la data della presente richiesta di offerta (maggio 2012 – aprile 2016) indagini sullo stato di conservazione di sostegni (pali e/o torri faro) firmate da Collaudatore abilitato (ingegnere o architetto iscritto da almeno 10 anni ad Ordine professionale competente) su un numero non inferiore ai 50.000 sostegni”.

2. La gara era aggiudicata alla Centrotest s.r.l. per aver proposto l’offerta migliore; il contratto sottoscritto il 27 maggio 2016 e dichiarato efficace, a seguito del controllo sul possesso dei requisiti dichiarati, il 12 luglio 2016; le attività, iniziate regolarmente, sono terminate nei tempi stabiliti, oggetto di verifica e positivo collaudo.

3. Avendo appreso dell’avvenuta aggiudicazione alla Centrotest s.r.l., la Global Engineering s.r.l., seconda graduata, proponeva ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, domandandone l’annullamento sulla base di tre motivi.

Con motivi aggiunti la Global Engineering s.r.l. domandava l’inefficacia del contratto stipulato tra la stazione appaltante e la Centrotest s.r.l..

3.1. Nel giudizio si costituivano la Unareti s.p.a. e la A2A s.p.a., nonché la controinteressata Centrotest s.r.l. che concludevano per il rigetto del ricorso. Con sentenza, sezione quarta, 12 aprile 2017, n. 843, il Tribunale rigettava il ricorso principale e i motivi aggiunti e condannava la ricorrente al pagamento delle spese di lite.

4. Appella la Global Engineering s.r.l.; resistono la Unareti s.p.a. e A2A s.p.a, con unica memoria, e la Centrotest s.r.l.. Le parti hanno depositato memorie in vista dell’udienza pubblica. All’udienza dell’8 marzo 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

5. La Centrotest s.r.l. eccepisce l’inammissibilità dell’[intero] appello per violazione dell’art. 13-ter (Criteri per la sinteticità e la chiarezza degli atti di parte) [aggiunto dall’art. 7-bis d.-l. 31 agosto 2016, n. 168 come integrato dalla legge di conversione 25 ottobre 2016, n. 197] delle norme di attuazione al Codice del processo amministrativo per aver l’appellante superato i limiti dimensionali stabiliti dal decreto del Presidente del Consiglio di Stato 22 dicembre 2016, n. 167 (Disciplina dei criteri di redazione e dei limiti dimensionali dei ricorsi e degli altri atti difensivi nel processo amministrativo), come modificato dal decreto del Presidente del Consiglio di Stato 16 ottobre 2017: infatti i motivi di appello sono esposti a partire da pag. 24: e altresì per mancanza di specifica critica alla sentenza, avendo l’appellante meramente riproposto, con “copia e incolla”, le censure sollevate in primo grado, senza contestare i passaggi logici della sentenza.

6. L’eccezione è infondata: a norma del ricordato art. 13-ter, il limite dimensionale di sinteticità entro cui va contenuto l’atto processuale costituisce un precetto giuridico la cui violazione non genera la conseguenza, a carico della parte che lo abbia superato, dell’inammissibilità dell’intero atto, ma solo il degradare della parte eccedentaria a contenuto che il giudice ha la mera facoltà di esaminare (art. 13-ter, comma 5: «Il giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti. L'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine successive al limite massimo non è motivo di impugnazione») . Il limite quantitativo, comunque, nel caso di specie, è rispettato in quanto l’atto di appello di Global Engineering s.r.l. consta di 39 pagine e la verifica del superamento del limite dimensionale va fatta senza tener conto de “l'epigrafe dell'atto; l'indicazione delle parti e dei difensori e relative formalità; l'individuazione dell'atto impugnato” e delle “conclusioni dell’atto” (art. 4 del decreto del Presidente del Consiglio di Stato, cit.). Ne consegue che l’odierno atto di appello, sottratte le pagine dai contenuti indicati, rientra nel limite dimensionale di 35 pagine.

Quanto alla diversa eccezione di inammissibilità, dal carattere sostanziale e non solo estrinseco, per essere l’appello una mera riproposizione dei motivi di ricorso in prime cure, si tratta di critica infondata come dimostrerà l’esame dei motivi di appello da qui appresso compiuta.

7. Con il primo motivo di appello Global Engineering s.r.l. censura la sentenza per “Errore di valutazione e difetto di motivazione circa il possesso del requisito di capacità tecnica specifica in capo alla Centrotest s.r.l.; violazione di legge per errata e falsa applicazione della previsione di bando (punto b lett. a della voce “presentazione dell’offerta” nonché della nota tecnica allegata al bando stesso (paragrafo 6 “requisiti tecnici”)”.

7.1. Per l’appellante la sentenza avrebbe erroneamente respinto il motivo di ricorso rivolto avverso l’aggiudicazione per la mancanza in capo all’aggiudicataria del requisito tecnico - speciale richiesto dal bando alle imprese partecipanti.

Precisamente, la Global Engineering s.r.l., in primo grado, assumeva che la Centrotest s.r.l. non aveva dimostrato, in sede di verifica dei requisiti dichiarati, di aver effettuato indagini sullo stato di conservazione di sostegni (pali e/o torri faro) firmate da collaudatore abilitato (ingegnere o architetto iscritto da almeno dieci anni ad ordine professionale competente) su un numero non inferiore a 50.000 sostegni. La documentazione presentata, per la ricorrente, non poteva ritenersi completa per la mancanza delle “certificazioni di collaudo statico”.

7.2. La sentenza respinge il motivo di ricorso in questi termini: “la tesi secondo la quale l’aggiudicataria sarebbe priva del requisito di capacità tecnica specifica consistente nell’aver svolto, tra maggio 2012 e aprile 2016, indagini sullo stato di conservazione con relativo collaudo sul almeno 50.000 sostegni è smentita dalle produzioni documentali effettuate dall’aggiudicataria stessa in sede procedimentale, fermo restando che la doglianza è articolata in modo generico senza una specifica indicazione di quali collaudi ed interventi non potrebbero essere valorizzati ai fini del possesso del requisito”.

7.3. L’appellante contesta la sentenza poiché la sola verifica della documentazione versata in atti dalla stazione appaltante e dalla controinteressata dimostrerebbe che quest’ultima ha presentato, a dimostrazione del requisito tecnico – specifico dichiarato, “attestazioni di esecuzione lavori” e non “certificati di collaudo”, laddove il bando di gara richiedeva che il requisito esperienziale fosse dimostrato proprio attraverso la produzione di “certificati di collaudo”.

Egli aggiunge che anche le attestazioni di esecuzioni lavori erano da considerarsi inidonee alla dimostrazione dei requisiti richiesti poiché prive di indicazioni su chi le abbia rilasciate e dove e quando siano state eseguite le verifiche tecniche, in ragione degli omissis impressi dall’impresa sui documenti stessi.

8. Il motivo è fondato e va accolto.

8.1. La doglianza dell’appellante è che la sentenza non ha esaminato adeguatamente la documentazione prodotta in giudizio dalle parti. A questo giudice d’appello, pertanto, viene domandata una nuova valutazione della stessa documentazione già presente perché ne emerga la differenza tra quanto prodotto dall’aggiudicataria a comprova del requisito speciale, vale a dire “certificazioni di esecuzione lavori”, e quanto invece richiesto dal bando, vale a dire “certificati di collaudo”.

8.2. In effetti, dall’esame dei documenti versati in atti dalla stazione appaltante e dalla controinteressata emerge che Centrotest s.r.l. ha inteso provare la sussistenza del requisito tecnico speciale dichiarato in sede di offerta mediante “attestazioni di regolare esecuzione” rilasciate, per quanto è dato immaginare (l’apposizione di numerosi – è da dire non giustificati – omissis, non consente la certezza sul punto) dalle amministrazioni cui era stato reso il servizio.

In detta documentazione, infatti, è riportato, di regola, la data di inizio dell’attività e la data di ultimazione della stessa (oltre, in vari casi, l’importo del contratto).

8.3. Vero ciò, la contestazione dell’appellante si rivela fondata alla luce della lettura del bando di gara che, inequivocabilmente, richiedeva (alla lett. B) Offerta tecnica) di corredare alla dichiarazione di pregressa esecuzione di servizio analogo (vale a dire, indagini sullo stato di conservazione di sostegni in acciaio per illuminazione pubblica) “certificazioni di collaudo statico di struttura metallica (pali e/o torri) firmate da Collaudatore abilitato (ingegnere o architetto iscritto da almeno 10 anni ad Ordine professionale competente) su un numero non inferiore ai 50.000 sostegni”.

8.4. In sostanza, la stazione appaltante, in sede di discrezionale predisposizione del bando, aveva imposto alle imprese partecipanti di dimostrare il requisito di esperienza con la produzione di “certificazioni di collaudo”, vale a dire un documento diverso dalla “certificazione di regolare esecuzione del servizio”, prodotta dalla controinteressata.

La differenza tra i due documenti non è contestabile ove solo si pone mente al fatto che l’uno, il “certificato di regolare esecuzione” proviene dall’amministrazione, l’altro, “il certificato di collaudo” da un tecnico abilitato.

9. La fondatezza del motivo di appello – e, dunque, del motivo di ricorso proposto in primo grado – emerge, inoltre, dalle difese della stazione appaltante che, nella memoria difensiva depositata nel presente grado del giudizio (a pag. 8), ha espressamente dichiarato di aver richiesto all’aggiudicataria la trasmissione dei “certificati di verifica”, vale a dire degli unici documenti di prova del requisito ammessi dal bando, solamente a seguito della proposizione del ricorso di primo grado.

In sostanza, solo a seguito del ricorso di primo grado è stata effettuata l’attività di verifica dei requisiti dichiarati che sarebbe dovuta avvenire prima di procedere alla stipulazione del contratto.

10. La conclusione è, dunque, quella cui giunge l’appellante: la stazione appaltante non poteva procedere alla stipulazione del contratto con la Centrotest s.r.l. fino alla produzione della documentazione effettivamente richiesta dal bando come prova del requisito tecnico dichiarato. Ma invece la stipulazione del contratto è avvenuta quando tale documentazione non era stata ancora trasmessa (contratto stipulato il 27 maggio e documentazione trasmessa il 25 luglio), l’operato della stazione appaltante è da reputarsi illegittimo.

11. L’accoglimento del primo motivo conduce all’assorbimento degli altri motivi di appello rivolti a censurare la violazione delle regole di trasparenza nello svolgimento della procedura di gara (il secondo motivo), delle norme sulla scelta del metodo di aggiudicazione (il terzo motivo), e sulle modalità di sottoscrizione del contratto (il quarto); ciò in quanto l’accoglimento del primo motivo consente alla società di accedere all’esame della domanda risarcitoria, l’unica ancora possibile vista la completa esecuzione del contratto d’appalto (art. 122, Cod. proc. amm.).

12. La Global Engineering s.r.l. ha, dunque, bene riproposto nel presente grado d’appello ex art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., la domanda di risarcimento del danno che quantifica nell’intero ammontare economico del contratto, vale a dire in € 330.000,00.

13. Per quanto si va ora ad esporre, nella vicenda oggetto del giudizio, non v’è alcun danno c.d. da mancata aggiudicazione.

14. Il danno da mancata aggiudicazione ricorre nel caso in cui l’annullamento in sede giudiziaria dell’aggiudicazione è motivato da ragioni di esclusione dell’aggiudicatario non rilevate dall’amministrazione, potendo in questo caso il secondo graduato richiedere l’utile che avrebbe tratto dall’esecuzione del contratto di appalto alla cui stipulazione poteva legittimamente aspirare, non nel caso, che ricorre nella vicenda in esame, in cui l’aggiudicatario non andava escluso, risolvendosi la violazione commessa dalla stazione appaltante nella sola intempestiva stipulazione del contratto di appalto.

14.1. Si è detto (al punto 9) che la stazione appaltante ha allegato che, successivamente alla presentazione del ricorso, richiesta dalla Unareti s.p.a. di trasmettere “i certificati di verifica”, la Centrotest s.r.l. aveva il 25 luglio 2016 prodotto l’intera documentazione, cui era seguita un’attività di verifica a campione conclusasi positivamente. La circostanza non è stata oggetto di specifica contestazione da parte dell’appellante.

14.2. La conclusione è che se la Unareti s.p.a., avesse richiesto la predetta documentazione prima della stipulazione del contratto, come dovuto per quanto detto in precedenza, anziché successivamente, come illegittimamente fatto, ne sarebbe comunque conseguita la verifica della sussistenza del requisito tecnico speciale dichiarato. La Global Engineering s.r.l. non poteva, pertanto, aspirare alla conclusione del contratto d’appalto.

15. La domanda risarcitoria va, dunque, respinta.

16. L’esito, solo parzialmente favorevole alla Global Engineering s.r.l., del giudizio giustifica la compensazione delle spese di lite del doppio grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia n. 843/2017, accoglie la domanda di annullamento del provvedimento di aggiudicazione a favore della Centrotest s.r.l. nei termini di cui in motivazione.

Respinge tutte le altre domande proposte.

Compensa tra tutte le parti in causa le spese del doppio grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore