**SENTENZE OGGIPA**

Pubblicato il 04/07/2019
**N. 08849/2019 REG.PROV.COLL.**
**N. 03972/2019 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**
**(Sezione Seconda Bis)**
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3972 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da
OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati OMISSIS;
***contro***
OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati OMISSIS;
***nei confronti***
OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato OMISSIS;
***per l'annullamento,***
per quanto riguarda il ricorso introduttivo:
a. del provvedimento prot. n. 0266483/19 del 27.2.2019 reso da OMISSIS, Dipartimento Immobili e Appalti Servizio Appalti Divisione Appalti Immobiliari, recante la Aggiudicazione, in favore della società OMISSIS, della procedura ristretta in cinque lotti indetta dalla OMISSIS ex art. 61 del D.lgs. n. 50/2016 avente ad oggetto “l'affidamento della manutenzione ordinaria programmata, assistenza tecnica, pronto intervento e presidio, nonché dei lavori di riparazione dei guasti degli impianti di riscaldamento, di climatizzazione, idrici e del gas installati nelle Filiali della OMISSIS (Lotto 2 BARI: 16L019R-02 – CIG 7242576AC7)” nonché della relativa comunicazione prot. 0266942/19 del 27.2.2019;
b. della Proposta di Aggiudicazione, prot. n. 0170043/19 del 8.2.2019, in favore della società OMISSIS; c. di tutti gli atti endoprocedimentali e dei verbali adottati dalla Commissione di gara, ivi comprese le valutazioni discrezionali, i punteggi assegnati alle offerte dei concorrenti ed in particolare: 1. verbale seduta riservata prot. n. 0436660/18 del 10.4.2018; 2. verbale seduta riservata prequalifica prot. n. 0237401/18 del 23.2.2018; 3. verbale seduta riservata del 10.4.2018; 4. verbale prot. n. 0896444/18 del 26.07.2018; 5. verbale prot. n. 0953283/18 del 10.08.2018; 6. verbale seduta pubblica apertura offerte tecniche prot. n. 1077770/18 del 19.09.2018; 7. verbale seduta riservata del 4.10.2018 esame offerte tecniche prot. n. 1156671/18 del 08.10.2018; 8. verbale seduta riservata attribuzione punteggi tecnici Prot. n. 1466977/18 del 14.12.2018; 9. verbale seduta pubblica apertura offerte economiche del 19.12.2018; 10. graduatoria provvisoria e quella finale; c. ove occorra e nei limiti dell'interesse dedotto, del bando di gara, del disciplinare di prequalifica, del Capitolato Speciale d'Appalto, dei relativi allegati e di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale, quand'anche non conosciuto.
nonché per la declaratoria della nullità e/o inefficacia del contratto di appalto, eventualmente nelle more stipulato, e per la condanna al risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica, con aggiudicazione dell'appalto in capo alla ricorrente e conseguente stipulazione del contratto o, in subordine, al risarcimento per equivalente del danno patito dalla stessa ricorrente in conseguenza dell'operato dell'Ente resistente nella procedura di selezione qui avversata.
Per quanto riguarda i motivi aggiunti:
a. del provvedimento prot. n. 0266483/19 del 27.2.2019 reso da OMISSIS, Dipartimento Immobili e Appalti Servizio Appalti Divisione Appalti Immobiliari, recante la Aggiudicazione, in favore della società OMISSIS, della procedura ristretta in cinque lotti indetta dalla OMISSIS ex art. 61 del D.lgs. n. 50/2016 avente ad oggetto “l'affidamento della manutenzione ordinaria programmata, assistenza tecnica, pronto intervento e presidio, nonché dei lavori di riparazione dei guasti degli impianti di riscaldamento, di climatizzazione, idrici e del gas installati nelle Filiali della OMISSIS (Lotto 2 BARI: 16L019R-02 - CIG 7242576AC7)” nonché della relativa comunicazione prot. 0266942/19 del 27.2.2019;
b. della Proposta di Aggiudicazione, prot. n. 0170043/19 del 8.2.2019, in favore della società OMISSIS;
c. di tutti gli atti endoprocedimentali e dei verbali adottati dalla Commissione di gara, ivi comprese le valutazioni discrezionali, i punteggi assegnati alle offerte dei concorrenti ed in particolare: 1. verbale seduta riservata prot. n. 0436660/18 del 10.4.2018; 2. verbale seduta riservata prequalifica prot.n. 0237401/18 del 23.2.2018; 3. verbale seduta riservata del 10.4.2018; 4. verbale prot. n. 0896444/18 del 26.07.2018; 5. verbale prot. n. 0953283/18 del 10.08.2018; 6. verbale seduta pubblica apertura offerte tecniche prot. n. 1077770/18 del 19.09.2018; 7. verbale seduta riservata del 4.10.2018 esame offerte tecniche prot. n. 1156671/18 del 08.10.2018; 8. verbale seduta riservata attribuzione punteggi tecnici Prot. n. 1466977/18 del 14.12.2018; 9. verbale seduta pubblica apertura offerte economiche del 19.12.2018; 10. graduatoria provvisoria e quella finale;
c. ove occorra e nei limiti dell'interesse dedotto, del bando di gara, del disciplinare di prequalifica, del Capitolato Speciale d'Appalto, dei relativi allegati e di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale, quand'anche non conosciuto,
nonché per la declaratoria della nullità e/o inefficacia del contratto di appalto, eventualmente nelle more stipulato, e per la condanna al risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica, con aggiudicazione dell'appalto in capo alla ricorrente e conseguente stipulazione del contratto o, in subordine, al risarcimento per equivalente del danno patito dalla stessa ricorrente in conseguenza dell'operato dell'Ente resistente nella procedura di selezione qui avversata.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di OMISSIS e di OMISSIS;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 giugno 2019 il dott. Dauno Trebastoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

Con il ricorso in esame sono impugnati gli atti di gara relativi all’aggiudicazione in favore della società OMISSIS, sulla base del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, della procedura ristretta in cinque lotti indetta dalla OMISSIS, ex art. 61 del D.lgs. n. 50/2016, avente a oggetto “l'affidamento della manutenzione ordinaria programmata, assistenza tecnica, pronto intervento e presidio, nonché dei lavori di riparazione dei guasti degli impianti di riscaldamento, di climatizzazione, idrici e del gas installati nelle Filiali della OMISSIS (Lotto 2 BARI: 16L019R-02 – CIG 7242576AC7)”.
L’appalto veniva suddiviso in cinque lotti, che interessavano distinte aree geografiche afferenti le Filiali della OMISSIS di Ancona (Lotto 1: 16L018R-01 CIG 7242477915), Bari (Lotto 2: 16L019R-02 – CIG 7242576AC7), Cagliari (Lotto 3: 16L018R-03 CIG 7242506106), Perugia (Lotto 4: 16L018R-04 CIG 7242510452), Potenza (Lotto 5 - 16L018R-05 CIG 7242519BBD) e le Filiali non operative presenti nelle rispettive regioni.
Il valore quadriennale dell’appalto a base di gara risultava pari a euro 277.536,00, al netto dell’IVA, degli oneri per la sicurezza e dei lavori in economia non soggetti a ribasso.
All’esito della procedura di gara, con provvedimento n. 0170043/19 dell’08.02.2019 veniva formulata proposta di aggiudicazione in favore della società OMISSIS, risultata prima nella graduatoria di gara avendo conseguito un punteggio complessivo di 93,378/100 (punti n. 67 per l’elemento tecnico e punti n. 26,378 per l’elemento economico), a fronte del punteggio di 93,00 conseguito dalla ricorrente (punti n. 63 per l’elemento tecnico e punti n. 30,00 per l’elemento economico).
Una volta eseguita la verifica di congruità dell’offerta, con provvedimento n. 0266483/19 del 27.02.2019, comunicato in pari data, ora impugnato, l’appalto veniva così aggiudicato alla OMISSIS
Con un primo motivo di ricorso, la ricorrente fa valere: “Violazione e falsa applicazione di legge (artt. 94, 95 e 134 d.lgs. 50/2016; art. 3 e 97 Cost., violazione dei principi generali di buon andamento e imparzialità; violazione del principio della par condicio competitorum e del giusto procedimento, principi generali in tema di concorrenzialità nonché di proporzionalità). Violazione e/o falsa applicazione del bando di gara (previsione sub IV. 2.4), del Disciplinare di prequalifica (previsione sub 2.3), della Lettera d’invito (paragrafo 2.2) e dell’Allegato C “Criteri di valutazione dell’offerta tecnica” e “Tabella requisiti” (criterio “A” di valutazione dell’offerta tecnica). Illegittimità dell'offerta tecnica della aggiudicataria in quanto fuorviante, contraddittoria e non rispondente alle prescrizioni della lex specialis. Eccesso di potere per arbitrarietà, sviamento, travisamento, contraddittorietà, illogicità, difetto d'istruttoria e di motivazione, erronea presupposizione di fatto e diritto. Ingiustizia manifesta e disparità di trattamento. Violazione del principio dell’autovincolo”.
La ricorrente lamenta che la controinteressata non sia stata esclusa, nonostante abbia presentato in inglese, e non in italiano, non soltanto alcuni documenti ma anche il curriculum del responsabile della manutenzione, tutti facenti parte dell’offerta.
Col secondo motivo, la ricorrente fa valere: “Violazione ed erronea e fuorviante applicazione della lex specialis della gara, della Lettera d’invito (paragrafo sub 2.4), dell’Allegato C (“Criteri di valutazione dell’offerta tecnica” e “Tabella requisiti”) anche in riferimento agli artt. 83, 94 e 95 d.lgs. n. 50/2016 e alla l. n. 241/90 (violazione dei principi generali di buon andamento e imparzialità; violazione del principio della par condicio competitorum e del giusto procedimento, principi generali in tema di concorrenzialità). Incertezza del contenuto dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria; eccesso di potere per errore di fatto, difetto di istruttoria, contraddittorietà. Eccesso di potere per difetto di presupposto valido ed efficace nonché per erroneo apprezzamento dei presupposti, illogicità ed irrazionalità manifesta, iniquità, disparità di trattamento. Violazione di principi generali in tema di auto vincolo e del principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti”.
L’illegittimità contestata è legata al fatto che è stato considerato il curriculum del tecnico responsabile della manutenzione, ing. Gargiulo Salvatore, nonostante non fosse stato firmato, anzi utilizzando il curriculum firmato relativo ad altra procedura in corso.
Col terzo motivo, la ricorrente fa valere: “Violazione e falsa applicazione di legge (art. 94, art. 95, co. 1 e 6, art. 83 co. 2, co. 6, co. 8 d.lgs. 50/2016; art. 3 e 97 Cost., violazione dei principi generali di buon andamento e imparzialità; violazione del principio della par condicio competitorum e del giusto procedimento). Violazione e falsa applicazione della Lettera d’invito (paragrafo 6 punto 6.1) e dell’Allegato C (criterio “A” di valutazione dell’offerta tecnica), difetto di motivazione, illogicità manifesta, erroneità dei presupposti di fatto, incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti, non plausibilità dei criteri valutativi o della loro applicazione. Eccesso di potere per ingiustizia manifesta e disparità di trattamento”.
La ricorrente contesta la mancata attribuzione del punteggio per il sub-criterio “Responsabile della Manutenzione”.
Col quarto motivo, la ricorrente fa valere: “Violazione e falsa applicazione di legge (artt. 87 e 95 d.lgs. 50/2016; art. 3 L. 241/90, principi di imparzialità, adeguatezza e proporzionalità). Violazione e falsa applicazione del Disciplinare di prequalifica (paragrafo 2, previsione sub 2.1), e dell’Allegato C “Criteri di valutazione dell’offerta tecnica” e “Tabella requisiti” (criterio “C” di valutazione dell’offerta tecnica). Eccesso di potere per sviamento, travisamento, contraddittorietà, illogicità, difetto d'istruttoria, errore manifesto. Violazione del principio della par condicio competitorum e del giusto procedimento”.
La ricorrente contesta l’attribuzione di 3 punti alla certificazione “UNI CEI 11352:2014” prodotta dalla controinteressata, nonostante essa non fosse prevista al sub criterio del criterio C (“Certificazioni attinenti all’oggetto dell’appalto”).
Con ordinanza n. 2195 dell’11.04.2019 questa Sezione ha accolto l’istanza cautelare, sebbene “al solo fine della fissazione della discussione del merito all'udienza pubblica del 26.06.2019”, “considerata la sussistenza, pur nella valutazione sommaria propria della fase cautelare,…oltre che “di un pregiudizio grave e irreparabile”, anche “di profili di fondatezza del ricorso”, con riferimento, in particolare, alla firma del curriculum e all’uso della lingua italiana”.
Il 07.05.2019 la ricorrente ha proposto motivi aggiunti, perché “La produzione documentale della controinteressata ha reso necessario estendere l’ambito dell’odierno gravame, introducendo nel giudizio, già instaurato, motivi di ricorso ulteriori rispetto a quelli già dedotti, in ragione della conoscenza di atti diversi rispetto a quelli noti alla parte ricorrente”.
In particolare, la ricorrente lamenta che il documento di identità, che accompagna il curriculum, è stato depositato solo in un secondo momento, insieme a quello firmato.
Alla pubblica udienza del 26.06.2019 la causa è stata posta in decisione.
Preliminarmente, va rigettata l’eccezione di incompetenza territoriale sollevata dalla OMISSIS, “dovendosi riconoscere la competenza del TAR di Bari a giudicare la presente controversia”, perché in una gara di appalto di servizi suddivisa in più lotti, rispetto alla quale i singoli lotti riguardano servizi da svolgere in diverse e specifiche aree territoriali di dimensioni regionali, la competenza territoriale del TAR riguardo l’impugnativa degli atti di gara spetta al TAR Lazio qualora la stazione appaltante abbia dato luogo, come nel caso in esame, ad un’unica procedura di gara, ancorché divisa in lotti diversi, e non, invece, a diverse procedure di gara per quanti sono i lotti indicati dal bando (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I bis, 11 marzo 2019 n. 3171).
Il Collegio ritiene il che ricorso sia fondato, e vada pertanto accolto, con particolare riferimento alla firma del curriculum.
Nell’ambito dell’offerta tecnica, per quanto riguarda il criterio di valutazione “A. Struttura organizzativa e operativa”, per il sub criterio previsto nella sezione “responsabile della manutenzione” l’Allegato B “Scheda offerta tecnica”, prevede che la richiesta “Esperienza lavorativa in attività analoghe in siti con particolari restrizioni di security” (indicata all’allegato C) dovesse essere dimostrata allegando il curriculum.
Più precisamente, l’Allegato C, riportante i “criteri di valutazione offerta tecnica”, nella “tabella dei requisiti”, a sua volta riportante le “precisazioni per l'attribuzione dei punteggi”, al “criterio A - struttura organizzativa e operativa”, specifica che “non è richiesto che il responsabile della manutenzione sia già assunto dall’azienda al momento della presentazione dell’offerta. Sarà sufficiente che il relativo curriculum allegato all’offerta tecnica venga sottoscritto personalmente dall'interessato”.
Dalle citate previsioni di gara risulta quindi che il curriculum vitae, in quanto necessario a comprovare la sussistenza del profilo professionale richiesto, dovesse intendersi quale documento integrante l’offerta tecnica, potendo implicare l’assegnazione da 0 a 7 punti.
D’altra parte, la stessa commissione giudicatrice, nel verbale della seduta riservata di esame offerte tecniche (prot. n. 1156671/18 dell’08.10.2018), esclude una delle imprese concorrenti (La Stella) per non aver validamente compilato le “Schede di offerta tecnica” proprio con riferimento all’indicazione del nominativo indicato nel ruolo di responsabile della manutenzione. In disparte la circostanza che tale esclusione è intervenuta per incertezza assoluta sul contenuto dell’offerta e non univocità della stessa, avendo tale concorrente inserito nella busta dell’offerta tecnica due ‘schede di offerta tecnica’, con diverse indicazioni del nominativo del responsabile della manutenzione e delle prestazioni aggiuntive, decisivo rilievo assume quanto dichiarato dalla stessa commissione, in quella sede, ovvero che tali profili sono “oggetto di valorizzazione nell’ambito dell’offerta tecnica e non possono essere oggetto di soccorso istruttorio, ai sensi dell’art. 83, comma 9, del Codice. Ciò posto […] ritiene l’offerta tecnica presentata non univoca e non idonea a manifestare la volontà certa dell’impresa”.
E pertanto, il curriculum del tecnico, ing. Gargiulo Salvatore, indicato dalla odierna controinteressata, avrebbe dovuto essere sottoscritto “personalmente dall’interessato” non risultando, questi, suo dipendente; e invece il curriculum presentato era privo di sottoscrizione.
Il seggio procedeva, in seduta riservata, come da verbale n. 1156671/18 dell’08.10.2018, all’esame delle offerte tecniche, alla verifica della rispondenza delle stesse alle prescrizioni dei documenti di gara e all’attribuzione dei punteggi nell’ambito dell’offerta economicamente più vantaggiosa.
Però, con riferimento al “lotto 2 Bari”, alla odierna controinteressata veniva contestato che “il concorrente, in relazione al Criterio A (struttura organizzativa e operativa) e al sub criterio relativo all’esperienza professionale, ha allegato il curriculum dell’ingegnere indicato come responsabile della manutenzione, non recante alcuna sottoscrizione da parte del medesimo, che, peraltro, non risulta essere dipendente dell’impresa. Pertanto, la Commissione ritiene di invitare il concorrente a far sottoscrivere dal responsabile della manutenzione il curriculum”.
Nella successiva seduta riservata (verbale n. 1466977/18 del 14.12.2018), “in merito alla mancata sottoscrizione del curriculum dell’ingegnere indicato come responsabile della manutenzione” della C.N. Costruzioni Generali, la Commissione “dà atto che lo stesso rilievo era stato effettuato con riferimento alla documentazione presentata dal medesimo concorrente in altra procedura di gara, attualmente in corso; …pertanto si acquisisce agli atti della presente sede di valutazione il documento validamente firmato e si attribuisce il corrispondente punteggio. ….la Commissione riconosce un’esperienza professionale inferiore a 10 anni; poiché tale esperienza supera i cinque anni ma non i dieci anni, la Commissione attribuisce n. 4 punti”.
Risulta quindi provato che l’attribuzione del punteggio per quella voce è stata determinante per l’aggiudicazione della gara alla controinteressata.
Quest’ultima sostiene che “anche qualora non avesse acquisito d’ufficio la predetta documentazione, la Commissione di gara avrebbe dovuto qualificare la mancata sottoscrizione del c.v. del Responsabile della manutenzione come una irregolarità certamente sanabile (così come è accaduto nell’altra gara di cui si è detto), con conseguente invito all’odierna controinteressata a provvedere alla regolarizzazione”.
Ma tale tesi è infondata, perché ha ragione la ricorrente a sostenere che “nel richiedere, quale condizione necessaria e sufficiente, la sottoscrizione personale dell’interessato, l’invocato Allegato C, difatti, intendeva sopperire alla circostanza che il tecnico responsabile della manutenzione non fosse dipendente dell’impresa concorrente. La sottoscrizione del curriculum, pertanto, rivestiva indubbia valenza di assunzione di paternità e manifestazione di volontà di prendere parte alla specifica procedura selettiva istruenda. Ad ulteriore sostegno, si fa rilevare che il responsabile della manutenzione non è chiamato a sottoscrivere nessun altro documento di gara. È allora innegabile che il valore della “personale sottoscrizione”, specie ove il tecnico non sia un “dipendente”, consiste non solo nel garantire l'effettiva riferibilità del relativo contenuto, ma anche la serietà del formalizzato impegno a rendere le proprie prestazioni lavorative/professionali in caso di aggiudicazione”.
Ma se così è, la scelta della Commissione di acquisire un curriculum firmato (peraltro a seguito di soccorso istruttorio) presentato in “altra” e “diversa” procedura di gara, non soddisfa in alcun modo la ratio posta a base della previsione della firma del curriculum.
Risulta quindi del tutto irrilevante la circostanza, valorizzata dalla controinteressata, che “la Stazione appaltante e, quindi, anche la Commissione di gara non solo erano in possesso di tutta la documentazione necessaria e sufficiente a comprovare l’esperienza professionale attestata dal c.v. del Responsabile della manutenzione indicato dall’odierna deducente e riportata nella “Scheda di offerta tecnica”, ma ben conoscevano anche gli esiti dell’approfondita analisi di tale documentazione condotta in occasione dell’altra, coeva ed analoga gara sopra richiamata”.
Questa Sezione ha già avuto modo di precisare che l’omissione della firma dei partecipanti alla gara in una riunione temporanea costituenda su un elemento dell’offerta tecnica, proprio in quanto incidente sulla certezza della provenienza e della piena assunzione di responsabilità in ordine ai contenuti della dichiarazione nel suo complesso, non può essere considerata mera irregolarità formale sanabile con il soccorso istruttorio ai sensi dell’art. 83 comma 9 del d.lgs. n. 50/2016, essendo ciò anche coerente con il principio di par condicio tra i concorrenti, e senza che sia necessaria ai fini dell’esclusione una espressa previsione della legge di gara (cfr. sentenza 7 giugno 2019 n. 7470, e la giurisprudenza ivi citata).
Tale ultima precisazione è legata alla constatazione che l’esclusione del partecipante alla gara, in tali ipotesi, non si pone neanche in contrasto col principio di tassatività delle clausole di esclusione dalle procedure previsto dall’articolo 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, il quale si riferisce ai criteri di selezione dei concorrenti e non riguarda le modalità di formulazione delle offerte, ivi comprese quelle tecniche, che sono espressamente sottratte alla sfera di applicazione del soccorso istruttorio (Cons. St., sez. III, 25.7.2018 n. 4546; vedi anche Id., sez. V, 27/11/2017 n. 5552: “la certezza della provenienza dell'offerta è assicurata dalla sottoscrizione del documento contenente la manifestazione di volontà, con cui l'impresa partecipante «fa propria la dichiarazione contenuta nel documento», vincolandosi ad essa ed assumendone le responsabilità; il difetto di sottoscrizione invalida la manifestazione contenuta nell'offerta, e legittima l'esclusione dalla gara pur in assenza di espressa previsione della lex specialis”).
D’altra parte, non può non condividersi la giurisprudenza che precisa che “con riferimento alle procedure comparative e di massa, caratterizzate dalla presenza di un numero ragguardevole di partecipanti, il soccorso istruttorio non può essere invocato, quale parametro di legittimità dell'azione amministrativa, tutte le volte in cui si configurino in capo al singolo partecipante obblighi di correttezza - specificati attraverso il richiamo alla clausola generale della buona fede, della solidarietà e dell'autoresponsabilità - rivenienti il fondamento sostanziale negli artt. 2 e 97 Cost., che impongono che quest'ultimo sia chiamato ad assolvere oneri minimi di cooperazione, quali il dovere di fornire informazioni non reticenti e complete, di compilare moduli, di presentare documenti” (cfr. Cons. St., sez. III, 04/01/2019 n. 96).
E pertanto, assorbiti vizi e censure non esaminati, nonché gli stessi motivi aggiunti, il ricorso va accolto. La richiesta di risarcimento dei danni va rigettata, perché nelle more della decisione la ricorrente non ha subito alcun danno.
Le spese seguono la soccombenza, e vengono liquidate in dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Sezione Seconda Bis, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie, nei termini di cui in motivazione, e per l’effetto annulla i provvedimenti impugnati.
Condanna le parti costituite al pagamento in favore della ricorrente delle spese di giudizio, liquidate in € 1.500,00, oltre accessori, a carico di ciascuna di esse.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:
Elena Stanizzi, Presidente
Dauno Trebastoni, Consigliere, Estensore
Ofelia Fratamico, Consigliere

Pubblicato il 03/07/2019
**N. 08721/2019 REG.PROV.COLL.**
**N. 05966/2019 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**
**(Sezione Seconda Bis)**
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 5966 del 2019, proposto da
OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato OMISSIS;
***contro***
Comune di Anzio non costituito in giudizio;
***nei confronti***
Prevenzione e Intervento Roma 81
***per l'annullamento***
*previa sospensione cautelare*
a) della comunicazione PEC del 4 aprile 2019 nella misura in cui la Stazione Appaltante ha richiesto di “precisare che i destinatari siano alunni disabili nelle scuole dell'infanzia primarie e secondarie di primo grado”;
b) del provvedimento di esclusione della costituenda ATI capeggiata dalla OMISSIS, con l'impresa OMISSIS e OMISSIS, dalla gara d'appalto indetta dal Comune di Anzio per l'affidamento del “Servizio di Assistenza Scolastica Specialistica agli alunni disabili nelle scuole dell'infanzia, primarie e secondarie di primo grado” - CIG 7826411EA8 - comunicato attraverso l'area messaggistica del sistema il 5 aprile 2019 -;
c) degli atti di gara e dei verbali, non conosciuti;
d) del disciplinare di gara e del capitolato speciale d'appalto
e) nonché di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, connesso e/o conseguenziale
per la condanna dell'Ente resistente
al risarcimento del danno in forma specifica mediante riammissione in gara della costituenda ATI con designata mandataria la OMISSIS ovvero in subordine, per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 29 maggio 2019 la dott.ssa Ofelia Fratamico e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Rilevato che
- con il ricorso in epigrafe la OMISSIS ha chiesto al Tribunale di annullare, previa sospensione dell’efficacia, a) la comunicazione del 4.04.2019 con cui il Comune di Anzio, nell’ambito della procedura negoziata indetta per l’affidamento del servizio di assistenza scolastica specialistica agli alunni disabili nelle scuole dell’infanzia, primarie e secondarie di primo grado indetta attraverso RDO – MEPA n. RDO 2246907, le aveva chiesto di “precisare che i destinatari (delle prestazioni dedotte per dimostrare il possesso del requisito del fatturato specifico – riferito <<ai soli servizi identici a quello oggetto di gara>>) … (fossero) alunni disabili nelle scuole dell’infanzia, primarie e secondarie di primo grado”; b) il provvedimento di esclusione della costituenda ATI della OMISSIS con OMISSIS e OMISSIS dalla gara stessa, comunicata in data 5.04.2019; c) gli atti di gara ed i verbali; d) il disciplinare ed il capitolato speciale d’appalto; e) ogni atto comunque connesso, presupposto o consequenziale della procedura;
- con il medesimo ricorso la OMISSIS ha anche agito per la condanna dell’Ente resistente al risarcimento del danno in forma specifica, attraverso la sua riammissione in gara, o in via subordinata, per equivalente;
- avverso gli atti impugnati la ricorrente ha dedotto l’illegittimità dell’esclusione della costituenda ATI di cui faceva parte dalla procedura, assumendo di aver “ampiamente dimostrato di possedere i requisiti di partecipazione alla gara de qua, in ottemperanza alle prescrizioni della lex specialis … ed alle richieste della S.A. in sede di soccorso istruttorio”;
- la ricorrente ha, in particolare, rappresentato che, per ciò che atteneva al fatturato specifico inerente i servizi di assistenza specialistica agli alunni disabili svolti anche presso gli istituti superiori, “l’oggetto dei predetti servizi …(doveva considerarsi) perfettamente identico a quello oggetto della gara de qua, con l’unica - e non significativa – differenza che lo stesso è stato svolto presso le scuole di secondo grado” e che “l’interpretazione restrittiva fornita dalla S.A. dell’art. 6 c) e d) del disciplinare di gara… risulta(va) altamente lesiva e non corrispondente ai canoni ermeneutici forniti dalle pronunce giurisprudenziali” sull’ampliamento da parte del legislatore dell’ambito delle tipologie di servizi da far valere ai fini della partecipazione alle gare;
- nonostante la ritualità della notifica del ricorso, il Comune di Anzio non si è costituito in giudizio;
- alla camera di consiglio del 29.05.2019, fissata per esame dell’istanza cautelare, la causa è stata trattenuta in decisione ex art. 60 c.p.a., sussistendone i presupposti;
Ritenuto che
- il ricorso sia infondato e non possa essere accolto;
- dinanzi al chiaro disposto dell’art. 6 lettere c) e d) del disciplinare - per cui, il fatturato specifico annuo (non inferiore ad € 400.000,00) doveva intendersi “riferito ai soli servizi identici a quello oggetto di gara (assistenza scolastica agli alunni disabili nelle scuole dell’infanzia, primarie e secondarie di primo grado)” e per cui, anche per dimostrare il possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale, i concorrenti avrebbero dovuto produrre “dichiarazione attestante l’elenco dei servizi identici … a quello oggetto di gara gestiti negli ultimi tre anni (2016/2017/2018)” – i servizi svolti dalla Cooperativa Sociale OMISSIS presso la Provincia di Cagliari, di cui la Insieme avrebbe inteso avvalersi, riferendosi ad assistenza specialistica ad alunni disabili prestata, però, nelle scuole secondarie di secondo grado e, dunque, in favore di allievi più grandi, con problematiche e necessità indubbiamente differenti da quelle dei bambini e dei ragazzi più piccoli, non possano essere considerati “identici” a quelli oggetto di gara (assistenza scolastica agli alunni disabili nelle scuole dell’infanzia, primarie e secondarie di primo grado);
- la espressa richiesta da parte della Stazione Appaltante, ai fini della prova del possesso dei requisiti di capacità economica, tecnica e professionale, dell’attestazione dello svolgimento di servizi “identici” a quelli oggetto di gara e non semplicemente di servizi “analoghi”, appartenenti cioè al medesimo settore, non possa essere ritenuta illegittima né manifestamente irragionevole o incongrua, in considerazione della particolarità del servizio e delle predette differenze circa l’effettivo contenuto e le modalità stesse di espletamento dell’attività di assistenza in funzione della diversa età dei destinatari;
- alla luce delle suddette evidenti diverse esigenze, tenute presenti dall’Amministrazione nella formulazione del bando e del disciplinare, e della finalità della previsione della lex specialis di gara, volta alla selezione delle imprese maggiormente esperte nello svolgimento della specifica attività, non determinante appaia la circostanza, sottolineata dalla ricorrente, relativa al fatto che “gli operatori addetti (debbano)… in ogni caso possedere la stessa qualifica, a prescindere dal grado dell’istituto scolastico ove prestano la propria attività lavorativa”;
- corrispondendo, dunque, la previsione di “servizi identici”, come detto, ad una precisa nozione giuridica, ben distinta da quella di “servizi (semplicemente) analoghi”, l’operato dell’Amministrazione che ha dapprima fatto uso del soccorso istruttorio per verificare, al di là di eventuali imprecisioni commesse nella redazione della domanda di partecipazione, l’effettivo possesso del requisito in capo alla costituenda ATI della ricorrente e, solo dopo averne accertato la mancanza, ha emesso il provvedimento di esclusione sia del tutto corretto ed immune dalle dedotte censure di violazione e falsa applicazione dell’art. 83 del d.lgs. n. 50/2016 e della lex specialis di gara così come dalle doglianze di eccesso di potere per travisamento dei fatti e per sviamento nonché di violazione dei principi di proporzionalità di massima partecipazione e di non aggravamento del procedimento;
- in conclusione, il ricorso debba essere, come anticipato, integralmente respinto;
- nulla debba essere disposto sulle spese, stante la mancata costituzione dell’Amministrazione Comunale;

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis),
definitivamente pronunciando,
- rigetta il ricorso;
- nulla spese.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:
Elena Stanizzi, Presidente
Silvio Lomazzi, Consigliere
Ofelia Fratamico, Consigliere, Estensore

Pubblicato il 01/07/2019
**N. 04512/2019REG.PROV.COLL.**
**N. 01574/2019 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
**Il Consiglio di Stato**
**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**
ha pronunciato la presente
**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1574 del 2019, proposto dalla Ge.Sa. s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall’avvocato Marco Boari e con questi elettivamente domiciliata presso lo Studio Placidi Alfredo s.r.l., Via Barnaba Tortolini, n. 30,
***contro***
l’Azienda Sanitaria Locale di Viterbo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Rosaria Russo Valentini e Michele Cristoni presso il cui studio in Roma, Piazza Grazioli n. 5, è elettivamente domiciliata, nonché
***nei confronti***
della Gedap s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio,
della Methodo s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio,
***per la riforma***
della sentenza del Tar Lazio, sede di Roma, sez. III quater, n. 243 dell’8 gennaio 2019, che ha respinto il ricorso, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla Ge.Sa. s.p.a. avverso la delibera n. 1257 del 19 luglio 2018, con la quale è stata indetta una procedura aperta telematica aggregata, suddivisa in tre lotti ad aggiudicazione singola, per l’affidamento in concessione del servizio di distribuzione automatica di bevande calde e fredde, prodotti alimentari preconfezionati dolci e salati nonché di oggetti e prodotti per l’igiene personale, per la durata di cinque anni, con eventuale rinnovo per un anno, suddivisa in tre lotti, nonché della deliberazione n. 1986 del 23 ottobre 2018, che ha in parte rettificato la deliberazione n.1257 del 19 luglio 2018.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l’atto di costituzione in giudizio della Asl di Viterbo;
Viste le memorie depositate dall’appellante in date 4 e 7 giugno 2019;
Viste le memorie depositate dalla Asl di Viterbo in date 8 marzo 2019 e 3 e 7 giugno 2019;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 giugno 2019 il Cons. Giulia Ferrari e uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1. Con delibera n. 1257 del 19 luglio 2018 è stata indetta una procedura aperta telematica aggregata, suddivisa in tre lotti ad aggiudicazione singola, per l’affidamento in concessione del servizio di distribuzione automatica di bevande calde e fredde, prodotti alimentari preconfezionati dolci e salati nonché di oggetti e prodotti per l’igiene personale, per la durata di cinque anni, con eventuale rinnovo per un anno, suddivisa in tre autonomi lotti: lotto 1: Asl Viterbo, A.O Sant’Andrea; lotto 2: A.O San Giovanni Addolorata, A.O. San Camillo Forlanini, e Ares 118; lotto 3: Asl Roma 1.
La Ge.Sa. s.p.a. ha impugnato (con atto introduttivo del giudizio e con un atto di motivi aggiunti) dinanzi al Tar Lazio, sede di Roma, gli atti di indizione dei tre lotti oggetto di gara, sul rilievo che gli stessi erano carenti di informazioni e non consentitvano di presentare una offerta economicamente consapevole, anche dopo la loro rettifica ad opera della stazione appaltante (deliberazione n. 1986 del 23 ottobre 2018).
2. L’adito Tar Lazio, sez. III quater, con sentenza n. 243 dell’8 gennaio 2019 ha dichiarato improcedibile l’atto introduttivo del giudizio e inammissibile l’atto di motivi aggiunti (proposto avverso la delibera di indizione della gara rettificata) sul rilievo che l’impossibilità relativa, riferibile unicamente ad una determinata impresa, non può certamente, in assenza della presentazione di un’offerta, legittimare l’impugnazione del bando di gara, dato che la mancata presentazione è unicamente imputabile alla sfera giuridica dell’impresa e non alla particolare disciplina della lex specialis di gara.
3. La sentenza del Tar Lazio n. 243 del 2019 è stata impugnata dalla Ge.Sa. con ricorso notificato il 7 febbraio 2019 e depositato il successivo 21 febbraio, deducendo l’erroneità della decisione del giudice di primo grado che ha deciso in rito il ricorso. Ha aggiunto che il Tar avrebbe dovuto esaminare la censura con la quale era stato dedotto che l’Amministrazione – limitandosi ad esporre in via apodittica e senza riscontri oggettivi un fatturato complessivo pari ad euro 10.000.000,00 – era incorsa nella violazione dell’art. 167, comma 3, del Codice che impone(va) alla Pubblica amministrazione di specificare nei documenti della concessione il metodo oggettivo utilizzato per arrivare alla stima del fatturato (indicativo poi del valore della concessione).
4. Si è costituita in giudizio la Asl di Viterbo, che ha sostenuto l’infondatezza, nel merito, dell’appello.
5. La Gedap s.r.l. non si è costituita in giudizio.
6. La Methodo s.r.l. non si è costituita in giudizio.
7. Alla pubblica udienza del 20 giugno 2019 la causa è stata trattenuta per la decisione.

**DIRITTO**

1. Deve preliminarmente essere esaminata l’eccezione di inammissibilità dell’appello, sollevata dalla Asl di Viterbo sul rilievo che con lo stesso non verrebbero svolte specifiche censure alla sentenza del Tar Lazio nella parte in cui ha ritenuto improcedibile il ricorso introduttivo (stante l’intervenuta modifica del Disciplinare impugnato con l’atto introduttivo del giudizio, modifica gravata nella via dei motivi aggiunti) e inammissibile il ricorso per motivi aggiunti (stante l’omessa partecipazione alla gara da parte della ricorrente).
L’eccezione non è suscettibile di positiva valutazione.
E’ principio consolidato che nel processo amministrativo di appello è inammissibile la mera riproposizione dei motivi di primo grado senza che sia sviluppata alcuna confutazione della statuizione del primo giudice, atteso che l'effetto devolutivo dell'appello non esclude l'obbligo dell'appellante di indicare nel relativo atto le specifiche critiche rivolte alla sentenza impugnata e le ragioni per le quali le conclusioni, cui il primo giudice è pervenuto, non sono condivisibili, non potendo l’appello limitarsi ad una generica riproposizione degli argomenti dedotti in primo grado (Cons. St., sez. IV, 28 maggio 2018, n. 3162; id. sez. V, 7 febbraio 2018, n. 816; id., sez. VI, 7 febbraio 2018, n. 778; id., sez. III, 10 ottobre 2017, n. 4722).
Nella specie la Ge.Sa. s.p.a. (dora in poi, Ge.Sa.) ha censurato la decisione in rito del Tar Lazio affermando che era impossibile la formulazione di una offerta seria in relazione a tutti e tre i lotti di gara, con la conseguenza che la lex specialis di gara doveva essere impugnata immediatamente anche senza aver presentato domanda di partecipazione alla procedura.
2. Nel merito, l’appello è infondato.
Ed invero, alla luce dei principi espressi dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nel recente arresto (26 aprile 2018, n. 4), richiamando propri precedenti in termini (29 gennaio 2003, n. 1; id. 7 aprile 2011, n. 4), le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impugnate unitamente al provvedimento lesivo e solo dall’operatore economico che abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura.
L’Alto Consesso ha poi ricordato che la sentenza dell’Adunanza plenaria n. 9 del 25 febbraio 2014, dopo avere richiamato i propri precedenti (n. 4 del 2011 e n. 1 del 2003), ha rilevato che, in materia di controversie aventi ad oggetto gare di appalto, il tema della legittimazione al ricorso (o titolo) è declinato nel senso che tale legittimazione "deve essere correlata ad una situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione" e che "chi volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione non è dunque legittimato a chiederne l'annullamento ancorché vanti un interesse di fatto a che la competizione - per lui res inter alios acta - venga nuovamente bandita".
E’ stato poi ivi precisato che a tale regola generale può derogarsi, per esigenze di ampliamento della tutela della concorrenza, solamente in tre tassative ipotesi e, cioè, quando: a) si contesti in radice l'indizione della gara; b) all'inverso, si contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto; c) si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti.
Dunque, la possibilità di impugnare immediatamente il bando di gara, senza la preventiva presentazione della domanda di partecipazione alla procedura, è stata configurata quale eccezione alla regola in base alla quale i bandi di gara possono essere impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, in quanto solo in tale momento diventa attuale e concreta la lesione della situazione giuridica soggettiva dell’interessato.
Pertanto, il rapporto tra impugnabilità immediata e non impugnabilità immediata del bando è traducibile nel giudizio di relazione esistente tra eccezione e regola.
Regola generale è, dunque, quella per cui soltanto colui che ha partecipato alla gara è legittimato ad impugnare l'esito della medesima, in quanto soltanto a quest’ultimo è riconoscibile una posizione differenziata; né quanto si afferma sulle regole di gara in via generale potrebbe essere in contrasto con l’assetto fondamentale della giustizia amministrativa.
L’eccezione riguarda i bandi che sono idonei a generare una lesione immediata e diretta della posizione dell’interessato.
La ratio sottesa a tale orientamento deve essere individuata nell’esigenza di garantire la massima partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica e la massima apertura del mercato dei contratti pubblici agli operatori dei diversi settori, muovendo dalla consapevolezza che la conseguenza dell’immediata contestazione si traduce nell’impossibilità di rilevare il vizio in un momento successivo.
Tale impostazione è stata seguita puntualmente dal giudice amministrativo di primo (Tar Lazio, sez. III bis, 20 giugno 2019, n. 8102) e di secondo grado (Cons. St., sez. III, 28 giugno 2019, n. 4459), fermi nell’affermare che è inammissibile per difetto di legittimazione l’impugnativa dell’impresa che non abbia partecipato ab imis alla procedura, ovvero sia stata legittimamente esclusa dalla gara, dato che tale soggetto, per effetto della mancata presentazione della domanda o dell'esclusione, rimane privo non soltanto del titolo a partecipare alla gara ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle scansioni procedimentali; il suo interesse protetto, invero, da qualificare interesse di mero fatto o strumentale, non è diverso da quello di qualsiasi operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non ha titolo a impugnare gli atti, essendo portatore di un interesse di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione, al fine di poter presentare la propria offerta in ipotesi di riedizione della nuova gara.
Come correttamente rilevato dal Tar Lazio nessuna delle condizioni richieste dall’Adunanza plenaria n. 4 del 2018 era configurabile, con la conseguenza che la Ge.Sa., alla quale non era precluso di presentare la domanda di partecipazione ai tre lotti di gara – come hanno fatto altre concorrenti (5 imprese per il Lotto n. 1; 6 imprese per il Lotto n. 2 e 4 imprese per il Lotto n. 3) – non poteva impugnare immediatamente la lex specialis di gara senza aver prima qualificato il proprio interesse, presentando la domanda di partecipazione alla procedura. Aggiungasi che la Ge.Sa. non ha neanche dimostrato il possesso dei requisiti per partecipare alla gara, essendosi unicamente definita un operatore interessata alla partecipazione.
A differenza di quanto afferma l’appellante, le offerte presentate da alcuni operatori (non rileva quanti, essendo comunque di numero non irrisorio) hanno fatto venire meno il presupposto che, ai sensi dell’Adunanza plenaria n. 4 del 2018, legittima l’impugnazione dell’indizione di una gara senza aver manifestato concretamente, attraverso la presentazione della domanda, l’interesse a parteciparvi, non essendo stato, in punto di fratto, impossibile la formulazione di una offerta seria.
3. Rileva peraltro il Collegio che in ogni caso – ove pure potesse prescindersi da questo profilo di inammissibilità, il ricorso sarebbe inammissibile sotto altro e assorbente profilo, di cui è stata data comunicazione alle parti ai sensi dell’art. 73, comma 3, c.p.a., e cioè aver impugnato con un unico ricorso l’indizione più lotti, in contrasto con quanto previsto dall’art. 120, comma 11 bis, c.p.a..
Giova ricordare, infatti, che ai sensi del comma 11 bis dell’art. 120 c.p.a. “Nel caso di presentazione di offerte per più lotti l'impugnazione si propone con ricorso cumulativo solo se vengono dedotti identici motivi di ricorso avverso lo stesso atto”. Tale norma, introdotta dall’art. 204, comma 1, lett. i), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ha in effetti codificato un orientamento ormai consolidato della giurisprudenza del giudice amministrativo (Cons. St., sez. III, 4 febbraio 2016, n. 449; id., sez. V, 26 giugno 2015, n. 3241), secondo cui l’ammissibilità del ricorso cumulativo degli atti di gara pubblica resta subordinata all’articolazione, nel gravame, di censure idonee ad inficiare segmenti procedurali comuni (ad esempio il bando, il disciplinare di gara, la composizione della Commissione giudicatrice, la determinazione di criteri di valutazione delle offerte tecniche ecc.) alle differenti e successive fasi di scelta delle imprese affidatarie dei diversi lotti e, quindi, a caducare le pertinenti aggiudicazioni; in questa situazione, infatti, si verifica una identità di causa petendi e una articolazione del petitum che risulta giustificata dalla riferibilità delle diverse domande di annullamento alle medesime ragioni fondanti la pretesa demolitoria che, a sua volta, ne legittima la trattazione congiunta.
Il cumulo di azioni è quindi ammissibile solo a condizione che le domande si basino sugli stessi presupposti di fatto o di diritto e/o siano riconducibili nell’ambito del medesimo rapporto o di un’unica sequenza procedimentale.
Tale essendo la ratio sottesa alla novella del 2016 – che, in ragione della argomentazioni che la sottendono, si estende, al di là del dato letterale, anche all’ipotesi in cui, come nella specie, non è stata presentata la domanda di partecipazione alla gara – il Collegio ritiene inammissibile, anche per questo profilo, il ricorso.
Ed invero, le carenze riscontrate nella lex specialis di gara non sono di tenore identico per ciascun lotto, come può evincersi con riferimento a specifiche censure dedotte per il solo lotto n. 2 (pag. 13 dell’appello) e per i soli lotti 1 e 3 (pag. 6 della memoria depositata il 4 giugno 2019) ed in ogni caso si riferivano a lotti di diverso valore (ognuno dei quali ha un proprio fatturato: Lotto 1 - € 3.750.000,00; Lotto 2 - € 3.750.000,00; Lotto 3 - € 2.500.000,00), con la conseguenza che l’indicazione data dalla stazione appaltante per uno poteva non essere estensibile per un altro; parimenti il vizio rilevato in relazione all’incertezza della cd. clausola sociale, che assume consistenza diversa a seconda dell’ampiezza e dell’oggetto specifico del lotto al quale si deve applicare.
In altri termini e per concludere, le carenze denunciate dalla Ge.Sa. potevano avere peso diverso per ognuno dei tre lotti, con la conseguenza che in relazione a ciascun lotto andava proposto separato ricorso, che rispecchiasse la specificità dello stesso, il relativo fatturato, l’ambito di applicazione della concessione, ecc..
4. I profili di inammissibilità rilevati hanno carattere assorbente, con conseguente carenza di interesse a decidere i motivi dedotti avverso il capo della sentenza del Tar che ha respinto il ricorso, reiezione pronunciata sottolineando che la stessa è “irrilevante, ai fini dell’esito della presente controversia”, tanto che nel dispositivo la pronuncia è di rito (dichiara il ricorso in parte improcedibile ed in parte inammissibile) e non di merito (respinge il ricorso).
5. L’appello deve quindi essere respinto.
Sussistono giusti motivi, in relazione alla particolarità della vicenda contenziosa, per compensare le spese e gli onorari del presente grado di giudizio.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza),
definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.
Compensa tra le parti in causa le spese e gli onorari del presente grado di giudizio.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:
Franco Frattini, Presidente
Massimiliano Noccelli, Consigliere
Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere
Stefania Santoleri, Consigliere
Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

Pubblicato il 01/07/2019

N. 00593/2019 REG.PROV.COLL.

N. 00231/2019 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 231 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Convatec Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Alfonso Celotto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Emilio de' Cavalieri n. 11;

contro

Azienda per la Tutela della Salute Sardegna, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Paola Trudu e Anna Sedda, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Seda S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Riccardo Villata, Andreina Degli Esposti e Silvia Curto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell’avv. Silvia Curto in Cagliari, viale Bonaria n. 80;

Smith & Nephew S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giorgio Calesella, Francesco Paolo Francica e Roberta Valentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell’avv. Francesco Paolo Francica in Milano, via Principe Amedeo n. 3;

Mölnlycke Health Carl S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giancarlo Turri e Laura Erika Negri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

B Braun Milano S.p.A., Bsn Medical S.r.l., Cardiomed S.r.l., Coloplast S.p.A., Dealfa S.r.l., Eurofarm S.p.A., Lohmann & Rausher S.r.l., Medical S.p.A., Medtronic Italia S.p.A., Mölnlycke Health Care S.r.l., Paul Hartmann S.p.A., Siad Healthcare S.p.A., Tegea S.r.l. non costituiti in giudizio;

per l'annullamento:

a) con il ricorso introduttivo:

- della nota ATS Sardegna – Azienda Tutela Salute, prot. n. PG/2019/89582 del 20 marzo 2019, con la quale la stazione appaltante ha comunicato il provvedimento definitivo di esclusione della ricorrente;

- di tutti i Verbali di gara, ancorché dagli estremi non conosciuti, con particolare ma non esaustivo riguardo al Verbale della seduta pubblica del 14 marzo 2019 nella parte in cui il Presidente del seggio di gara ha affermato che l'offerta economica non firmata digitalmente costituisce un errore insanabile ed ha comunicato l'esclusione di Convatec Italia S.r.l. dal prosieguo della gara;

- ove occorrer possa, del Bando di gara, in parte qua e nei limiti dei motivi di ricorso;

- ove occorrer possa, del Disciplinare di gara, in parte qua e nei limiti dei motivi di ricorso;

- ove occorrer possa, del Disciplinare Telematico, in parte qua e nei limiti dei motivi di ricorso;

- ove occorrer possa, del Capitolato Speciale d'Appalto, in parte qua e nei limiti dei motivi di ricorso;

- di ogni atto inerente alla procedura di gara presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché allo stato non conosciuto, ivi compresa l'eventuale stipula del contratto nei Lotti per la cui aggiudicazione la ricorrente ha concorso;

e per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto che dovesse nelle more essere stipulato con le controinteressate in relazione ai lotti cui la ricorrente ha preso parte e con espressa dichiarazione di disponibilità all'eventuale subentro nel contratto medesimo;

b) con i motivi aggiunti presentati il 23.4.2019:

- della determinazione dirigenziale di ATS Sardegna – Azienda Tutela Salute n. 3037 del 11.04.2019, comunicata alla ricorrente con messaggio PEC del 17.04.2019, con la quale la stazione appaltante ha determinato di approvare le operazioni risultanti dai verbali di gara e, conseguentemente, “di disporre l'aggiudicazione della procedura, suddivisa nella piattaforma Net4Market nelle due Sezioni “Lotti aggiudicati al prezzo più basso” e “Lotti aggiudicati con criterio prezzo qualità”, a favore delle Ditte e per gli importi di cui agli Allegati Graduatoria\_round\_1 e Graduatoria\_round\_1-1, elaborati dalla stessa piattaforma”;

- degli Allegati “Graduatoria\_round\_1” avente ad oggetto “Lotti aggiudicati al prezzo più basso - procedura aperta in modalità telematica per la fornitura dei dispositivi medici "medicazioni speciali - cnd m04"” e “graduatoria\_round\_1-1” avente ad oggetto “lotti aggiudicati con criterio prezzo qualita` - procedura aperta in modalita' telematica per la fornitura dei dispositivi medici "medicazioni speciali - cnd m04"”;

- di tutti i Verbali di gara, ancorché dagli estremi non conosciuti;

- di ogni altro atto inerente alla procedura di gara presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché allo stato non conosciuto, ivi compresa l'eventuale stipula del contratto nei Lotti per la cui aggiudicazione la ricorrente ha concorso.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Seda S.p.A. e di Smith & Nephew S.r.l. e di Mölnlycke Health Carl S.r.l. e di Ats Sardegna – Azienda Tutela Salute;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 maggio 2019 il dott. Giorgio Manca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. – La società ricorrente ha partecipato alla procedura di gara aperta, in modalità telematica, indetta dalla Azienda per la Tutela della Salute (A.T.S.), A.S.S.L. di Nuoro, in unione d'acquisto tra la medesima A.T.S., le Aziende Ospedaliere-Universitarie e l'Azienda Ospedaliera Brotzu della Regione Sardegna, per l'aggiudicazione di alcuni lotti relativi alla fornitura di “Medicazioni Speciali-CND M04”.

In specie, la Convatec Italia S.r.l. ha presentato la domanda di partecipazione per l’aggiudicazione dei lotti nn.: 33, 36, 37, 38, 40, 53, 54, 63, 66, 68, 69, 72, 130, 137 e 151; risultando ammessa alla successiva fase di apertura della busta contenente l’offerta economica, solo per i lotti nn. 37, 38, 53, 54, 63, 66, 68, 69, 72, 130 e 137.

2. - All'esito delle operazioni di gara relative all’esame delle offerte economiche dei predetti lotti, l'offerta economica della Convatec Italia è stata esclusa, con la seguente motivazione: «il file dell'offerta economica, caricato in piattaforma in modo conforme rispetto al timing di gara, è stato marcato temporalmente ma non è stato firmato digitalmente» (nota ATS Sardegna – Azienda Tutela Salute, prot. n. PG/2019/89582 del 20 marzo 2019, di cui al doc. 15 di parte ricorrente).

3. - Con il ricorso in esame, la Convatec ha chiesto l'annullamento del menzionato provvedimento di esclusione, assumendo che il difetto di firma digitale, nelle gare gestite con procedure telematiche, non può integrare una legittima causa di esclusione dalla gara. Tale modalità, infatti, a differenza di quella tradizionale cartacea, sarebbe in grado di assicurare, da sola, adeguate garanzie, sia per quanto concerne l'inviolabilità e l'integrità dell’offerta, sia per quanto attiene alla sua provenienza.

La gestione telematica della gara, infatti, richiede l’accreditamento degli operatori a un sistema informatico (piattaforma di e-procurement), il rilascio di credenziali personali a ciascun operatore per poter eseguire l’accesso all’area riservata, l’accesso alla piattaforma on-line per la presentazione della domanda di partecipazione e di tutta la documentazione di gara, l’utilizzo di sistemi di marcatura temporale.

Nella fattispecie, aggiunge la ricorrente, il file contenente l’offerta di Convatec Italia S.r.l., già per il solo fatto di essere stato caricato, tramite upload, previa registrazione al portale telematico gestito da Net4market e previo accesso - a mezzo di inserimento di password personale - alla pagina riservata della società, si rivela certamente integro e inviolato/bile. Inoltre, come ha ricordato la stessa stazione appaltante nella nota impugnata, detto file risulta “caricato in piattaforma in modo conforme rispetto al timing di gara” e “marcato temporalmente”.

Peraltro anche la marcatura temporale garantisce l’integrità del documento marcato, poiché non modificabile, e stabilisce in maniera certa l’ora e il minuto esatto di avvenuta marcatura.

Alla luce delle previsioni della stessa documentazione di gara, dunque, la presenza della marcatura temporale certificata, seguita dalla comunicazione del numero di serie della marca medesima alla stazione appaltante nel timing da questa comunicato, è sicura garanzia della univoca provenienza dell’offerta.

Per cui nessun dubbio potrebbe prospettarsi in ordine alla provenienza dell’offerta (e alla sua inviolabilità ed integrità).

Ciò sarebbe determinante anche ai fini della concedibilità del soccorso istruttorio, di cui all’art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016.

Sul punto, la società ricorrente richiama l'orientamento espresso dall’A.N.A.C. che, in riferimento a una gara tradizionale (ma a fortiori ciò dovrebbe valere nella gara telematica), ha ritenuto sanabile la mancanza di sottoscrizione, a patto di poter ricondurre comunque l'offerta alla ricorrente e, dunque, escludendola solo nell'ipotesi di incertezza assoluta sulla provenienza. L’Autorità, infatti, richiamando quanto già espresso con la delibera n. 432 del 27 aprile 2017, e con la determinazione n. 1 del 8 gennaio 2015, con la delibera n. 1179 del 15 novembre 2017 ha nuovamente ribadito, in relazione a un caso in cui era stata presentata un’offerta tecnica in sé totalmente priva di sottoscrizione, il principio per cui “È possibile affermare quindi che, ferma restando la riconducibilità dell’offerta al concorrente (che escluda l’incertezza assoluta sulla provenienza), anche ai sensi dell’art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, in applicazione del principio del soccorso istruttorio, è sanabile ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità, ivi incluso l’elemento della sottoscrizione”.

4. - Con i motivi aggiunti, depositati il 13 maggio 2019, la ricorrente estende l’impugnazione alla determinazione dirigenziale n. 3073 del 11 aprile 2019, con la quale l’A.T.S. Sardegna ha aggiudicato la gara, chiedendone l’annullamento per illegittimità derivata dall’illegittima esclusione dalla procedura, per i lotti suindicati, dell’offerta di Convatec Italia.

5. - Chiede altresì che sia dichiarato inefficace il contratto eventualmente stipulato e sia disposto il subentro della ricorrente.

6. - Si è costituita in giudizio l’Azienda per la Tutela della Salute (A.T.S.) Sardegna, chiedendo che il ricorso sia respinto. L’Azienda sostiene la correttezza della scelta di negare il soccorso istruttorio, la cui attivazione avrebbe comportato la violazione della parità di trattamento tra i concorrenti. L'assenza di sottoscrizione concretizzerebbe un vizio insanabile nella partecipazione alla gara del concorrente, in quanto determinerebbe la mancanza di volontà negoziale imputabile al concorrente.

All'applicazione del soccorso istruttorio osterebbe, inoltre, il dettato espresso dell'articolo 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016, che lo esclude quando si tratti di elementi relativi alla formulazione dell'offerta tecnica o economica.

7. - Si è costituita in giudizio anche la controinteressata Mölnycke, chiedendo la reiezione del ricorso e dei motivi aggiunti, sul presupposto che la mancanza della firma digitale non rappresenterebbe una mera irregolarità formale suscettibile di sanatoria mediante soccorso istruttorio. Sottolinea come lo stesso disciplinare telematico contempli espressamente la mancata apposizione della firma tra le cause di esclusione della gara, richiedendo che l'offerta economica possa dirsi validamente presentata solo allorquando sia caricata sulla piattaforma, completa di firma e marcatura temporale. È la lex specialis, quindi, a non ammettere l'alternatività tra la firma digitale e la marcatura temporale del file, in ragione della differente funzione assolta dall'una e dall'altra: solo la prima, infatti, è in grado di assicurare la provenienza dell'offerta, mentre la seconda consente solo di collocare temporalmente il documento; l'identificazione univoca dell'offerta può dirsi quindi determinata solo dalla presenza congiunta della marcatura e della firma.

Sussisterebbe poi un ulteriore profilo, insuscettibile di sanatoria mediante soccorso istruttorio: in assenza di firma il documento non verrebbe neppure ad esistenza, posto che è solo all'atto della firma (e non certo con la mera iscrizione al portale) che l'operatore economico impegna la propria volontà negoziale.

8. - Resiste in giudizio, altresì, la controinteressata Smith & Nephew, richiamando, in buona parte, le argomentazioni comuni alle altre parti, resistente e controinteressate, e concludendo per il rigetto del ricorso e dei motivi aggiunti.

9. - Infine, si è costituita in giudizio la controinteressata Seda S.p.A., la quale preliminarmente rileva, in riferimento al lotto 151 aggiudicato alla controinteressata, la mancata impugnazione - da parte di Covatec Italia - della determinazione di cui alla nota PG/2019/42913 del 7 febbraio 2019, con cui A.T.S. Sardegna ha comunicato l’esclusione della ricorrente dai lotti nn. 33, 36, 40 e 151.

Nel merito, condivide le medesime argomentazioni già esposte supra, sostenute anche dalla giurisprudenza più recente (Consiglio di Stato, sez. III, 14 gennaio 2019, n. 350; Consiglio di Stato sez. V, 5 marzo 2019, n. 1516), circa l'impossibilità di concedere il soccorso istruttorio nel caso de quo.

10. - All’udienza pubblica del 22 maggio 2019, la causa è stata trattenuta in decisione.

11. - Il ricorso è fondato.

12. - La questione giuridica sottoposta all’esame della Sezione è incentrata sulla rilevanza della omessa sottoscrizione dell’offerta, ai fini della ammissibilità dell’offerente, in una procedura di gara telematica.

Risulta infatti pacificamente dagli atti che, nella fattispecie, Convatec ha trasmesso in via telematica la sua offerta, caricandola sulla apposita piattaforma con le modalità previste e nel rispetto dei termini, e che tale offerta è dotata dell’apposita marca temporale ma non è stata sottoscritta con la firma digitale.

12.1. - Si deve preliminarmente ricordare che la sottoscrizione dell’offerta è essenziale nelle gare pubbliche sia per verificare la necessaria coincidenza tra il soggetto apparentemente autore dell'atto e colui che lo ha sottoscritto, sia perché quest'ultimo attraverso la firma fa proprio il contenuto del documento (e quindi fa propria anche la dichiarazione che il documento rappresenta). La dichiarazione, quindi, è giuridicamente imputata all'autore del documento, nel tenore risultante dal documento stesso.

Sia per la domanda di partecipazione ad una procedura che per l'offerta, il primo elemento necessario è l'identificazione del candidato (nella prima) o dell'offerente (nella seconda), ossia – come detto – del soggetto giuridico cui l'atto deve essere giuridicamente imputato.

La mancanza nell'atto delle indicazioni concernenti questi aspetti (ovvero una loro carenza che determini una assoluta incertezza) implica necessariamente la impossibilità di attribuire la paternità dei contenuti dell'atto, e quindi la sua inidoneità a produrre effetti giuridici.

12.2. - Fissati questi principi, e considerato che la sottoscrizione può essere identificata come uno degli elementi indefettibili per l’esistenza o l’ammissibilità dell’offerta, il problema che si pone è quello di stabilire quali conseguenze ricollegare ad un documento rappresentativo di un'offerta, che sia privo della sottoscrizione. In tali ipotesi le conseguenze vanno individuate, non tanto sul piano della inefficacia, quanto della irrilevanza giuridica dell’atto, per un difetto strutturale di questo (si osservi, infatti, che l’inefficacia viene solitamente riferita al piano funzionale dell’atto e non alla sua struttura).

Ne deriva che le domande di partecipazione o le offerte, prive di sottoscrizione, devono normalmente essere considerate inammissibili e devono normalmente essere escluse dalla procedura di gara.

12.3. - Tuttavia, la giurisprudenza del Consiglio di Stato e dei Tribunali Amministrativi, cui ha aderito anche l’ANAC (in sede di pareri di precontenzioso: si vedano le deliberazioni richiamate anche da parte ricorrente), non sempre è arrivata alle rigorose conclusioni sopra esposte, ritenendo di dover escludere l’irrilevanza giuridica, e quindi l’inammissibilità, di offerte prive di sottoscrizione (o con la sottoscrizione solo di alcuni dei soggetti dell’atto) quando, in base alle circostanze concrete, l’offerta risultava con assoluta certezza riconducibile e imputabile a un determinato soggetto o operatore economico (si veda in tal senso Consiglio di Stato, sez. V, 21 novembre 2016, n. 4881).

Il difetto strutturale dell’atto è stato, in tali casi, superato alla luce della funzione dell’atto nell’ambito della procedura di gara, da individuarsi nell’interesse dell’amministrazione a non escludere un concorrente che è identificabile con assoluta certezza sulla base di altri elementi comunque acquisiti alla procedura.

12.4. - Applicando l’anzidetto principio giurisprudenziale al caso di specie, appare dirimente osservare come la procedura telematica in oggetto contempla sicuri elementi da cui desumere la riconducibilità dell'offerta all’autore.

In particolare, ciò si ricava da quanto previsto dal disciplinare telematico, secondo cui la partecipazione alla procedura di gara e la presentazione dell’offerta erano possibili solo attraverso l’accesso al sistema effettuato mediante la creazione di un apposito “account” (che lo stesso disciplinare definisce come «insieme dei codici personali di identificazione costituiti da e-mail e password che consentono alle imprese abilitate l’accesso al Sistema e la partecipazione alla gara telematica»).

Ogni offerta, caricata sulla piattaforma, era quindi, preliminarmente, biunivocamente associata a un dato account. Ogni account, inoltre, a seguito dell'invio di una copia del documento di identità, era abbinato all'utente.

Come ha sostenuto la ricorrente, il file contenente l’offerta di Convatec Italia S.r.l., già per il solo fatto di essere stato caricato, tramite upload, previa registrazione al portale telematico gestito da Net4market e previo accesso - a mezzo di inserimento di password personale - alla pagina riservata della società, si rivela, quindi, certamente proveniente dalla stessa società. Inoltre, come ha ricordato la stessa ricorrente, anche la stazione appaltante nella nota impugnata, ha evidenziato che il file risulta “caricato in piattaforma in modo conforme rispetto al timing di gara” e “marcato temporalmente”. Il caricamento nella piattaforma dell’offerta e l’apposizione della marca temporale, con la comunicazione del numero di serie della marca medesima alla stazione appaltante, sono stati quindi evidentemente effettuati dalla stessa Convatec Italia.

12.5. - Alla luce di quanto appena esposto, deve ritenersi che sussistano gli elementi che consentono di superare qualsiasi incertezza sulla provenienza dell’atto, determinata dalla mancanza della firma digitale sull’offerta; e, conseguentemente, consentono di imputare il contenuto dell’offerta al soggetto (la Convatec Italia s.r.l.) cui indubbiamente appartiene.

12.6. È pur vero, come sostenuto dalle resistenti, che la lex specialis riteneva necessaria sia la firma digitale e sia la marcatura temporale del file, in ragione della differente funzione assolta dall'una e dall'altra, ma nella fattispecie si ritiene che la sicura provenienza dell’offerta, dotata anche di marca temporale, e la sicura riconducibilità del suo contenuto alla ricorrente non potevano determinarne la sua automatica esclusione dalla gara.

13. - Accertato che l’offerta economica in questione è, con un sufficiente grado di certezza, riferibile alla Convatec Italia s.r.l. non è rilevante stabilire se in relazione al difetto di sottoscrizione sia ammissibile il soccorso istruttorio.

In effetti, l’art. 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici, esclude la sanatoria di ogni irregolarità essenziale afferente all’offerta tecnica ed economica; il soccorso istruttorio non è, quindi, ammissibile come strumento per correggere una carenza essenziale dell’offerta. Ma, nella fattispecie, il problema riscontrato è ben diverso (riguardando la provenienza dell’offerta e la sua imputabilità all’offerente) e la soluzione accolta (ossia l’ammissibilità dell’offerta e l’illegittimità dell’esclusione) deriva proprio dalla sicura riconducibilità dell’offerta al soggetto autore della medesima.

In tale contesto è comunque necessario che l’Amministrazione inviti la società ricorrente ad apporre la firma digitale sul documento contenente l’offerta economica, ai fini di una “regolarizzazione” dell’atto.

14. - In conclusione, il ricorso e i motivi aggiunti devono essere accolti, con il conseguente annullamento del provvedimento di esclusione della ricorrente e del provvedimento di aggiudicazione dei lotti nn. 37, 38, 53, 54, 63, 66, 68, 69, 72, 130 e 137.

15. - Devono essere invece dichiarate inammissibili le domande aventi per oggetto la dichiarazione di inefficacia dei contratti e di subentro nei medesimi, giacchè, allo stato, non vi è prova della stipula dei predetti contratti.

16. - Le spese giudiziali debbono essere compensate tra tutte le parti, in ragione della novità della questione trattata e delle incertezze che caratterizzano le questioni esaminate e decise.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l’effetto, dispone l’annullamento del provvedimento di esclusione della ricorrente dai lotti nn. 37, 38, 53, 54, 63, 66, 68, 69, 72, 130 e 137 nonché del successivo provvedimento di aggiudicazione dei lotti in questione.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

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

Pubblicato il 27/06/2019
**N. 04418/2019REG.PROV.COLL.**
**N. 06234/2018 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
**Il Consiglio di Stato**
**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 6234 del 2018, proposto da
Omissis S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati OMISSIS
***contro***
OMISSIS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difeso dall'avvocata OMISSIS;
***nei confronti***
- OMISSIS S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati OMISSIS;
- OMISSIS S.r.l., non costituita in giudizio;
***per la riforma***
della sentenza del TAR Puglia, Bari, Sez. II, 29 giugno 2018, n. 955 resa tra le parti, concernente aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento del “servizio di gestione, distribuzione e fornitura dei gas medicinali e tecnici, compresa la manutenzione degli impianti di stoccaggio e della rete di distribuzione presso le strutture sanitarie della ASL BT”;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di OMISSIS e di OMISSIS S.r.l.;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 febbraio 2019 il Cons. Giorgio Calderoni e uditi per le parti gli avvocati Filippo Brunetti, Andrea Sticchi Damiani e Elia Barbieri su delega dichiarata di Stefano Vinti;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. Si controverte della gara per l'affidamento quinquennale del “servizio di gestione, distribuzione e fornitura dei gas medicinali e tecnici, compresa la manutenzione degli impianti di stoccaggio e della rete di distribuzione presso le strutture sanitarie della ASL BT” (importo: 5.045.000 euro), bandita dall’OMISSIS nel 2015, sotto il vigore del precedente Codice appalti, e aggiudicata a Sapio Produzione, stante la differenza di punteggio tra RTI OMISSIS s.r.l.-OMISSIS s.r.l., (1^ classificato: per brevità anche solo Sapio) e Omissis S.p.A. (II^ classificata: per brevità anche solo OMISSIS) pari a p. 1,71: il contratto è stato stipulato il 12.7.2017.
2. In primo grado OMISSIS ha:
- sostenuto che l’aggiudicataria non avrebbe dimostrato di possedere i requisiti di qualità richiesti, avendo fatto un uso non consentito dell’istituto giuridico, di matrice comunitaria, del cd. avvalimento;
- contestato la valutazione effettuata dalla Commissione mediante l’attribuzione di coefficienti intermedi;
- dedotto, altresì, la difformità tra relazione tecnica allegata all’offerta Sapio e previsione del Capitolato speciale di appalto (C.S.A.).
3. La sentenza impugnata ha disatteso le anzidette censure, respinto il ricorso e compensato le spese di lite.
4. Avverso tale pronuncia, OMISSIS ha interposto il presente appello affidato ai seguenti motivi, mediante i quali si deducono censure di eccesso di potere e violazione di legge sotto molteplici profili:
I) l’avvalimento della certificazione di qualità di Sapio Produzione da parte di OMISSIS non sarebbe ammissibile, trattandosi di produzione di medicinali soggetta ad autorizzazione amministrativa AIFA.
La dichiarazione di avvalimento sarebbe comunque generica e solo cartolare, senza specificazione di mezzi, dotazioni, risorse umane e processi ai sensi del d.lgs 219/2006 (Sapio è titolare di 14 diverse officine farmaceutiche): del tutto irrilevante sarebbe il rapporto di collegamento societario intercorrente tra Sapio Produzione e OMISSIS.
In ogni caso, altrettanto generico sarebbe l’ulteriore avvalimento di Gascar, sempre del gruppo Sapio.
In definitiva, l’avvalimento non potrebbe essere disgiunto dalla cessione/prestito dell’intero complesso aziendale.
Inoltre, in corso di procedura vi sarebbe stata una modifica - mediante i chiarimenti forniti dalla stazione appaltante - dei requisiti di partecipazione fissati dalla disciplina di gara e concernenti le certificazioni di qualità: modifiche che avrebbe potuto essere introdotte solo attraverso l’annullamento in autotutela del bando di gara e la sua ripubblicazione;
II) in relazione al subcriterio “Qualità e caratteristiche degli accessori ai punti di utilizzo” (3 punti complessivi), la Commissione Tecnica avrebbe omesso di valutare 3 dei 4 elementi stabiliti dal disciplinare di gara (proposta di monitoraggio e tracciabilità delle attività; tempi proposti per la loro effettuazione; struttura deputata per i rilievi e l’anagrafica tecnica e i *curricula*dei tecnici), limitandosi a prendere in considerazione il solo *sub*elemento “dettaglio delle operazioni di consegna che saranno effettuate” (A21) e altri *sub*elementi (A22, A23 e A24) che in realtà afferirebbero al diverso sub-criterio di valutazione “qualità e caratteristiche dei recipienti mobili” (max punti 6).
Né varrebbe, anche in questo caso, il chiarimento n. 3 (in realtà: 4) fornito dalla stazione appaltante, ma mai pubblicato con le stesse modalità del bando e cioè in GURI e GUCE, bensì solo sul sito *internet* dell’ASL e in prossimità (9 novembre 2015) della scadenza del termine per la presentazione delle offerte (26 novembre 2015);
III) Sapio-OMISSIS prevede una metodologia di analisi quali-quantitative dei gas alle utenze del tutto difforme rispetto a quanto previsto dal CSA e dalle prescrizioni previste dalla Farmacopea con il metodo PRODUCTION in categoria III (analisi *in loco* tramite laboratorio accreditato), poiché Sapio propone il prelievo *in loco*, il trasporto presso il laboratorio di analisi e solo successivamente l’effettuazione dell’analisi: quindi Sapio doveva essere esclusa dalla gara.
Alternativamente, l’offerta di OMISSIS s.r.l. doveva essere esclusa anche laddove sembra subordinare il rispetto della specifica tecnica in questione alla disponibilità di locali presso la struttura sanitaria di riferimento, prevedendo, altrimenti, che le analisi vengano effettuate non in *loco*, ma addirittura in altra Regione (Ancona);
IV) in ogni caso, tale difformità avrebbe dovuto comportare, se non l’esclusione, la non attribuzione di punteggio a favore di Sapio, quantomeno per la voce di valutazione “caratteristiche della fornitura” e per il criterio di valutazione “qualità e sicurezza dei rifornimenti”, per il quale sono previsti 3 punti, sufficienti a superare la prova di resistenza.
La Commissione di gara avrebbe, inoltre, utilizzato - dopo l’apertura delle offerte - anche coefficienti di ponderazione diversi da quelli fissati dalla disciplina di gara, così discostandosi dai corrispondenti giudizi esprimibili (da ottimo a insufficiente), modificando la graduazione fissata nella disciplina di gara e inficiando il risultato finale.
5. A tali censure, l’appellata Sapio ha controdedotto nella memoria 27.8.2018, sostanzialmente riprodotta nella memoria finale 10.1.2019.
6. Anche l’appellata ASL (memoria di costituzione del 22.8.2018, i cui argomenti sono ripresi nella memoria finale 21.1.2019) controdeduce nel merito alle censure avversarie con argomentazioni in parte coincidenti con quelle di Sapio ed eccepisce la tardività dei motivi aggiunti di primo grado OMISSIS, riproposti in appello (essenzialmente sulla certificazione di qualità e relativo avvalimento).
7. Nella propria memoria finale 22.1.2019, OMISSIS:
- replica all’eccezione ASL di tardività di alcune censure che esse sarebbero conseguenti alla documentazione visionata in sede di accesso;
- insiste in particolare sulla genericità delle dichiarazioni di avvalimento che, invece, anche per l’avvalimento infragruppo dovrebbero essere specifiche;
- insiste, altresì, sull’illegittimità dei chiarimenti forniti dalla stazione appaltante;
- chiede il subentro nel contratto e il risarcimento per equivalente per quanto non eseguito prima del subentro.
8. ASL e OMISSIS hanno, altresì, dimesso rispettive memorie di replica, nelle quali:
• l’ASL ritorna sulla eccezione di tardività e cita il precedente specifico di questa Sezione III n. 3517/2015, riferito proprio a un avvalimento di certificazione di qualità, ritenuto legittimo, tra OMISSIS e Gascar;
• OMISSIS replica ancora sulla tardività e denuncia - quanto ai chiarimenti pubblicati solo sul sito internet dell’ASL a 17 giorni dal termine di presentazione delle offerte - la violazione dell’art. 83 D.Lgs. 50/2016.
9. Dopodiché, all’odierna pubblica udienza la causa è passata in decisione e, su richiesta della difesa di parte appellante, il giorno successivo (8/02/2019) si è proceduto alla pubblicazione anticipata del dispositivo di sentenza n. 952/2019, del seguente tenore:
<*Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.*
*Spese del grado compensate*>.
10. Di seguito si rendono, pertanto, le motivazioni del suddetto dispositivo.
10.1. E’ incontroverso che nel caso di specie venga in rilievo un c.d. “avvalimento infragruppo”, a proposito del quale la giurisprudenza di questo Consiglio è nel senso che:
\* nelle gare pubbliche l'appartenenza al gruppo societario (e dunque il collegamento in senso ampio) rappresenta un possibile fattore, genetico e giustificativo, dell'avvalimento da parte di un concorrente dei requisiti posseduti da un altro soggetto: cfr. sez. V, 22/09/2017, n. 4432 e 12 marzo 2014, n. 1251;
\* nel caso di avvalimento infragruppo l’onere probatorio e documentale risulta semplificato, non sussistendo neppure l'obbligo di stipulare con l'impresa appartenente allo stesso gruppo un contratto di avvalimento, con il quale l'impresa ausiliaria si obbliga a mettere a disposizione del concorrente le risorse necessarie per tutta la durata del contratto, essendo sufficiente una dichiarazione unilaterale attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo: Sez. III, 13 settembre 2017, n. 4336 (richiamata da sez. V, 30/10/2017, n. 4973) e Sez. IV 12/1/2017 n. 52.
Nella specie, siffatta dichiarazione unilaterale è stata resa in data 23 Novembre 2015 da OMISSIS che l’ha indirizzata all’Azienda Sanitaria Locale BT facendo specifico riferimento, nell’oggetto, alla gara *de qua* e al relativo numero di CIG; tale dichiarazione risponde ampiamente ai canoni individuati dalla giurisprudenza sopramenzionata in quanto specifica espressamente:
- “*di avvalersi della certificazione ISO 9001:2008 inerente il trasporto dei gas oggetto di gara, degli automezzi di cui ai punti 2) e 3) dell'art. 6,2 del Disciplinare di gara e della struttura organizzativa tutta, messi a disposizione dalla società GASCA.R S39, per fare fronte a quanto previsto dalla gara in oggetto in tema di trasporto, la quale rende a tal fine dichiarazione di disponibilità totale e continuativa*”;
- che “*OMISSIS S.r.l. e Gascar appartengono al medesimo gruppo societario, nello specifico sia Gascar che OMISSIS S.r.l. sono controllate al 100% dalla Sapio Produzione Idrogeno Ossigeno S.r.l.*”
10.2. Del resto, in una fattispecie analoga (gara pluriennale per la fornitura di gas) questa Sezione (sentenza 14/07/2015, n. 3517, citata dall’ASL) ha ritenuto legittimo l’avvalimento - da parte dell’aggiudicataria (anche in quel caso) OMISSIS - di Gascar per il trasporto e di Sapio Produzione idrogeno e ossigeno s.r.l. per la certificazione di qualità: il che consente di superare anche il profilo di censura del primo motivo di appello con cui OMISSIS contesta l’ammissibilità del ricorso all’avvalimento per la certificazione di qualità *in subiecta materia*, in quanto afferente a produzione di medicinali soggetta ad autorizzazione amministrativa AIFA.
10.3. Quanto all’ultimo profilo di censura del medesimo primo motivo, relativo ai chiarimenti forniti in corso di gara dalla Stazione appaltante, questa Sezione ne ha precisato recentemente (29 gennaio 2019, n. 726) l’ammissibilità nei termini che seguono, richiamando ulteriori precedenti specifici della stessa Sezione (n. 781 del 2018) ovvero di altra Sezione di questo Consiglio (Sez. V, n. 2097 del 2015):
a) la risposta dell'Amministrazione appaltante ad una richiesta di chiarimenti avanzata dai concorrenti non costituisce un'indebita e perciò illegittima modifica delle regole di gara, ma una sorta d'interpretazione autentica con cui la stazione appaltante chiarisce la propria volontà provvedimentale, precisando e meglio delucidando le previsioni della *lex specialis*;
b) i chiarimenti operano a beneficio di tutti e - laddove trasparenti, tempestivi, ispirati al principio del *favor partecipationis* e resi pubblici - non comportano alcun pregiudizio per gli aspiranti offerenti, per cui non occorre procedere, a dispetto del principio di economicità, all'autoannullamento del bando e alla sua ripubblicazione.
10.4. Il primo motivo d’appello risulta, pertanto, infondato nel merito, potendosi così prescindere dall’esame delle eccezioni di inammissibilità delle relative censure sollevate dall’ASL appellata.
10.5. Le considerazioni sopra svolte a proposito dei chiarimenti forniti dalla stazione appaltante consentono, con ogni evidenza, di disattendere anche il secondo motivo di appello, in quanto la mancata valutazione, ivi lamentata, di alcuni *sub* elementi costituisce consequenziale applicazione di uno specifico chiarimento fornito in proposito dalla stazione appaltante: ad inficiare la validità del quale non vale - come pure si adombra nel medesimo secondo motivo - l’intervallo di tempo (17 giorni) che lo separa dal termine di scadenza per la presentazione delle offerte, giacché la giurisprudenza di questo Consiglio non ha dubitato dell’ammissibilità di un chiarimento reso appena una settimana prima di detta scadenza (cfr. sez. VI, 13/02/2018, n. 907, ultimo periodo del capo 8.2.3.).
Né - *ratione temporis* (gara bandita nel 2015) - viene in rilievo nel caso di specie l’art. 83 D.Lgs. 50/2016, invocato d OMISSIS nella sua memoria finale di replica.
10.6. Il terzo motivo d’appello è infondato in punto di fatto, in quanto Sapio ha offerto effettivamente una metodologia con analisi *in loco* (in un locale indicato dall’ASL), solo prudenzialmente prospettando un’ipotesi alternativa ove il locale messo a disposizione dall’ASL non fosse stato idoneo: nessuna difformità è, dunque, dato ravvisare nella sua offerta rispetto alle previsioni del Capitolato, per cui nessuna esclusione doveva essere comminata nei suoi confronti.
10.7. Per la stessa ragione Sapio non doveva essere penalizzata con la non attribuzione del punteggio relativo alla voce “caratteristiche della fornitura” e per il criterio di valutazione “qualità e sicurezza dei rifornimenti”, come di deduce nel primo profilo del quarto motivo d’appello.
10.8. Quanto al secondo profilo di detto motivo (asserito utilizzo di coefficienti di ponderazione non conformi a quelli fissati dalla *lex specialis*), merita condivisione l’argomento utilizzato dal primo Giudice per disattenderlo (cfr. par. 2 della sentenza appellata) e cioè: “*non è dimostrato che l’attribuzione dei predetti coefficienti abbia inficiato il risultato della gara, avendo invero l’organo straordinario dell’Amministrazione inteso effettuare una valutazione più puntuale, utilizzando una scala di valori più articolata; modalità da ritenersi consentita nell’esercizio della discrezionalità*
*tecnica*”.
Invero, a fronte di censure simili (come quella denunciante l’illegittimità di *sub* punteggi intermedi e la mancata c.d. doppia riparametrazione dei punteggi delle offerte tecniche) la giurisprudenza di questo Consiglio (sez. V, 5/02/2018, n. 726) ha analogamente statuito (cfr. capo 6.1.) che <*l'appellante avrebbe dovuto dimostrare - e non soltanto apoditticamente sostenere - che, ove si fosse proceduto alla c.d. doppia riparametrazione e all'eliminazione dei punteggi di 0,1 attribuiti alla prima (ed alla seconda) classificata, la società* (…) *si sarebbe utilmente collocata al primo posto in graduatoria>*.
Dimostrazione tanto più necessaria nel caso qui all’esame, in cui la Commissione di gara (cfr. verbale n. 21 del 13.12.2016) ha:
\* non solo effettuato la valutazione degli elementi qualitativi delle offerte secondo il metodo aggregativo-compensatore indicato dal disciplinare e cioè: applicazione della formula ivi prevista; calcolo delle medie dei valori attribuiti da ciascun commissario a ciascun *sub*requisito; moltiplicazione del valore della media originale per il fattore di conversione sino ad ottenere così le medie definitive e i punteggi attribuiti a ciascuno dei 14 requisiti dell’offerta per le 4 offerte pervenute;
\* ma, sulla base di tali calcoli, ha, altresì, espresso la motivazione finale che “*la miglior offerta qualitativa è stata quella dell’ATI OMISSIS-Crio Service, che in effetti ha elaborato un prodotto molto ben definito, dettagliato, chiaro e sempre ben rispondente alle richieste sia del capitolato speciale d’appalto che del Disciplinare di gara, come può evincersi da tutti i verbali sottoscritti dalla Commissione esaminatrice*”.
Ebbene, tale motivazione non è stata oggetto di espressa contestazione da parte dell’appellante OMISSIS, per cui per questa ragione e per tutte le altre sin qui esposte, non resta al Collegio che disattendere anche questo ultimo profilo di censura.
11. Conclusivamente, l’appello deve essere respinto.
Le spese del grado possono, tuttavia, essere compensate tra tutte le parti, attesa la obiettiva peculiarità e la prevalente natura interpretativa della controversia.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.
Spese del grado compensate
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:
Roberto Garofoli, Presidente
Giulio Veltri, Consigliere
Massimiliano Noccelli, Consigliere
Stefania Santoleri, Consigliere
Giorgio Calderoni, Consigliere, Estensore

Pubblicato il 27/06/2019
**N. 08414/2019 REG.PROV.COLL.**
**N. 11405/2018 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**
**(Sezione Prima Quater)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 11405 del 2018, proposto dalla società OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato OMISSIS;
***contro***
Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'OMISSIS;
Presidenza del Consiglio dei Ministri - Segretariato Generale - Dipartimento per i Servizi Strumentali, in persona dei legali rappresentanti p.t. non costituiti in giudizio;
***nei confronti***
-OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato OMISSIS;
-OMISSIS S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati OMISSIS;
***per l'annullamento, previa sospensiva,***
a) del decreto del 1° agosto 2018 di seguito comunicato, a firma del Capo Dipartimento per i Servizi Strumentali del Segretariato Generale - Presidenza del Consiglio dei Ministri, che dispone “…l'aggiudicazione alla FRA.SI srl di Roma della richiesta MePA n. 1852624 - C.I.G. 7381610944 - con offerta economica di (€ 199.920,00) euro centonovantanovemilanovecentoventi/00…”, per l'affidamento dei servizi di gestione del “Micronido PCM”, con sede in via della Mercede, n. 96 – Roma, per il periodo 1 settembre 2018 - 31 luglio 2020 - RDO 1852624;
b) del verbale di gara n. 3, relativo alla seduta riservata del 22.05.2018 concernente la valutazione delle offerte tecniche, nella parte in cui si è attribuito alla OMISSIS il punteggio di appena 46/70, del tutto inferiore rispetto a quello ad essa spettante in virtù della esperienza dichiarata nell'offerta tecnica;
c) del Verbale di gara n. 7 del 04.06.2018, relativo alla comunicazione dei punteggi tecnici, e del Verbale di gara n. 8 del 06.06.2018, contenente la graduatoria e la proposta di aggiudicazione alla FRA.SI s.r.l.;
d) del verbale di gara n. 9 del 10.07.2018, con il quale, a seguito del ricalcolo dei punteggi attribuiti alle offerte economiche, sono stati comunicati i punteggi definitivi, nella parte in cui è stato attribuito alla OMISSIS il punteggio complessivo di 76,00, anziché di quello dovuto di 93 punti nella parte in cui non modifica l'ordine della precedente graduatoria e la proposta di aggiudicazione alla FRA.SI s.r.l.;
e) per quanto possa occorrere: 1) della lettera dell'11.06.2018 della Presidenza del Consiglio dei Ministri; 2) della lettera dell'11.06.2018 a firma del R.U.P.; 3) della lettera del 27.06.2018 a firma del R.U.P.; 4) della lettera prot. n. DSS 0005628 del 09.07.2018 a firma del Coordinatore dell'Ufficio Patrimonio Gare e Contratti; 5) della lettera prot. n. DIP 0032193 del 10.07.2018 a firma del Presidente della Commissione giudicatrice;
f) per quanto possa ulteriormente occorrere, delle F.A.Q. - risposte a richieste di chiarimenti nn. 3 e 5, nella parte in cui riportano argomentazioni che non trovano alcun corrispondenza nella lex specialis e ove possano essere intese ad una inammissibile integrazione delle prescrizioni di gara e, segnatamente di quelle dettate dal bando di gara e dagli artt. 3.7, punto II) e 3.9, punto II.1), del Disciplinare di gara;
g) di ogni altro atto presupposto connesso e consequenziale, ivi comprese, se e per quanto occorrere, di tutte le operazioni della Commissione di gara, specificatamente quelle attributive di punteggio minore alla ricorrente e di tutti i verbali di gara per quanto di interesse; g.1.) della graduatoria finale nella parte in cui contempla al primo posto FRA.SI srl, invece della ricorrente e addirittura superata da Raggio di Sole Soc. Coop. Sociale; g.2.) sempre per quanto di interesse ed ove diverso dall'atto sub a), dell'atto con cui sono state approvate tutte le operazioni di gara e la graduatoria finale, la proposta di aggiudicazione in capo alla FRA.SI srl; h) del silenzio serbato sulla richiesta della ricorrente di assegnazione del maggior punteggio dell'11.6.2018;
Nonché per l'accertamento e la conseguente declaratoria dell'aggiudicazione in favore della ricorrente, con ogni conseguente statuizione, ivi compresa la declaratoria ai sensi degli artt. 121 e 122 C.P.A. dell'inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per i servizi strumentali con la FRA.SI s.r.l. per l'affidamento del servizio posto a gara, tenuto conto dell'effettiva e concreta disponibilità della società ricorrente di subentrare immediatamente nell'esecuzione del servizio,
nonché ai sensi degli artt. 121, c. 4, e 123 C.P.A. per l'applicazione delle sanzioni alternative alla declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto in modo che siano effettive, dissuasive, proporzionate al valore del contratto, alla gravità della condotta della stazione appaltante e all'opera svolta dalla stazione appaltante per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze delle gravi violazioni di legge in cui è incorsa,
nonché, ed in via gradata, per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento del danno in forma specifica o, in alternativa, per equivalente monetario.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio della Presidenza del Consiglio dei Ministri, di Frasi S.R.L, di Raggio di Sole Soc. Coop. Onlus;
Vista l’ordinanza n.6667/2018 cha ha respinto la suindicata domanda cautelare;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 marzo 2019 il Cons. Mariangela Caminiti e uditi per le parti i difensori presenti, come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1.La società “Nasce un sorriso soc.coop.sociale” (nel prosieguo N.u.S.) riferisce di aver presentato la propria offerta alla procedura negoziata sotto soglia - riservata agli operatori economici iscritti al Me.PA, categoria merceologica servizi di gestione nel nido e micronido - indetta con la Determina del Segretariato Generale del 30.1.2018 del Dipartimento per i servizi strumentali presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, per l’affidamento della gestione del servizio di micronido aziendale presso la sede di via della Mercede n.96, in Roma, per il triennio 1.9.2018 – 31.7.2018; il criterio di selezione previsto dalla procedura è stato quello della offerta economicamente vantaggiosa di cui all'art. 95, comma 3, lett.a) del d.lgs. n.50 del 2016 con la seguente ripartizione secondo il Disciplinare dei pesi e dei punteggi : - Valutazione tecnica: fino a un massimo di (70) settanta punti su (100) cento; - Valutazione economica: fino a un massimo di (30) trenta punti su (100) cento.
La Commissione giudicatrice disponeva di 17 punti da attribuire all’<Esperienza maturata nella sola gestione di asili nido (assistenza all’infanzia 3-36 mesi>, così ripartiti:
- per l’esperienza anteriore al 2015: n. 1 punto per ogni anno, o frazione d’anno non inferiore a 6 mesi, fino ad un max 3 punti;
- per l’esperienza di sostegno all’handicap: n. 0,5 punti per ogni documentata esperienza relativa ad una tipologia di handicap o per l’assistenza generica all’handicap, fino ad un max 3 punti;
- per il numero di asili gestiti nel triennio 2015-2016-2017, n. 2 punti per ogni asilo gestito con 12 o più bambini, fino ad un max 11 punti>.
Il documento di gara ha indicato sub criteri e sub punteggi per l’assegnazione del punteggio tecnico (art.3.9).
La società riferisce di aver redatto l’offerta tecnica in un unico elaborato progettuale, con il dettaglio (a pag. 30 dello stesso) dell’esperienza maturata nella gestione di asili nido, con specificazione (proprio ai fini dell’attribuzione del punteggio) dell’esperienza anteriore all’anno 2015, quella maturata nel triennio 2015 -2018 e quella sviluppata al servizio di bambini bisognosi di sostegno all’handicap (come descritti in tabelle allegate). Tale offerta tecnica è stata dichiarata ammissibile con completezza documentale (verbale di gara n.1 del 17.5.2018) e la Commissione ha attribuito a tale offerta tecnica il punteggio totale di 46/70 (verbale n. 3), assegnando però “0 punti” in esito alla valutazione dell'esperienza pregressa maturata nella gestione degli asili nido: le plurime annualità di servizio svolto presso strutture comunali con più di 12 bambini attestate dalla N.u.S. (autodichiarazione firmata digitalmente dal legale rappresentante della società concorrente) non sarebbero valse per l’attribuzione di alcun punteggio. La Commissione avrebbe addebitato una presunta e inesistente carenza documentale tale da precludere all'organo di gara di apprezzare l'esperienza pregressa.
Per quanto riguarda l'offerta economica la proposta della N.u.S. sarebbe risultata più vantaggiosa per la Presidenza del Consiglio dei Ministri, concorrendo all’attribuzione del punteggio massimo di 30/100.
Espone la società che in virtù del punteggio complessivo di 76,00 sarebbe risultata terza nella graduatoria finale, recepita nel decreto di aggiudicazione del 1.8.2018 (FRA.SI srl 1° in graduatoria e aggiudicataria con punteggio complessivo di 79,76, Raggio di Sole soc. coop.sociale, 2^ in graduatoria con il punteggio di 79,02).
Lamenta quindi la società N.u.S. l’erronea valutazione dell’offerta tecnica da parte dell’Amministrazione per non aver considerato sufficienti i dati di Esperienza autodichiarati dalla stessa con l'attribuzione del massimo punteggio, ossia 17 che, sommato ai 46 già riconosciuti per il progetto educativo e ai 30 per la miglior offerta economica, avrebbe garantito alla concorrente stessa il punteggio complessivo di 93 su 100, sufficiente al raggiungimento del primo posto in graduatoria.
1.1.Pertanto ha proposto ricorso avverso il decreto di aggiudicazione della gara del 1.8.2018 e gli altri atti della procedura, indicati in epigrafe, deducendo:
1*) Violazione e falsa applicazione di legge (artt. 2, 3, 41, 42 e 97 Cost; artt. 36, 83 e 95 d.lgs.n. 50/2016; artt. 1, 3 e 6 l. n. 241/90) - Violazione del criterio di aggiudicazione e del principio di economicità dell’azione amministrativa. Violazione del principio della massima concorrenzialita’. Violazione dei principi di imparzialità e trasparenza. Eccesso di potere (carenza d’istruttoria - difetto di motivazione - sviamento - manifesta ingiustizia*): la Commissione avrebbe errato nell'attribuzione del punteggio (0/17), in relazione al subcriterio “Esperienza”, assumendo che *“non si rilevano elementi relativi all'esperienza come richiesti dalle FAQ n.3 e 5 e pertanto si assegnano 0 punti*”. Di fatto parte ricorrente si sarebbe conformata all’onere di redazione dell’offerta tecnica inserendo nella relativa busta virtuale un elaborato contenente sia il Progetto tecnico educativo ed organizzativo nonché gli Elementi per la valutazione dell'esperienza, per complessive 30 pagine e firmato digitalmente dal soggetto responsabile della stessa. Del resto il contenuto della busta tecnica avrebbe superato il vaglio di ammissibilità e la Commissione con il verbale n.3 in sede di valutazione dei contenuti e assegnazione dei punteggi avrebbe violato la lex specialis, con un esame superficiale della relazione illustrativa dell’esperienza maturata nella gestione degli asili nido, come dettagliati nella tabella di valutazione allegata dalla società. La società N.u.S. avrebbe gestito senza soluzione di continuità nel settennio 2008-2014 l’asilo nido del Comune di Pignola (PZ), nel quinquennio 2010-2014 l’asilo nido del Comune di Lagonegro (PZ), negli anni 2008-2011 e dal 2014 fino ad oggi l’asilo nido del Comune di Maratea (PZ), negli anni 2008-2012 l’asilo nido del Comune di Senise (PZ); annualità di servizio dichiarate e idonee per l’attribuzione del sub-punteggio massimo di 3 punti. E inoltre riguardo alla ulteriore esperienza espone la ricorrente che nel corso dell’ultimo triennio la cooperativa avrebbe gestito senza soluzione di continuità ben 5 asili nido comunali, con più di 12 bambini (Comuni di Adrano, Avigliano, Lagonegro, Maratea e Rapagnano): tale esperienza da sola sarebbe valsa l’attribuzione del massimo punteggio di 11 punti; a ciò aggiunge di aver gestito nel corso della propria esperienza servizi a favore di minori affetti da molteplici handicap con diritto all’attribuzione di almeno 1 punto, con un totale quindi di almeno 15 punti di riconoscimento per tale voce di “Esperienza”. La motivazione della Commissione giudicatrice sulla mancata attribuzione del sub punteggio tecnico relativo all’Esperienza, rinviando al contenuto delle FAQ, sarebbe illegittima e illogica in quanto i dati esperienziali sarebbero stati puntualmente dichiarati e completi di ogni elemento, ai sensi del disciplinare di gara (art. 3.7 e 3.9) non recante alcuna prescrizione redazionale e onere documentale specifico. Inoltre la Commissione rinviando al contenuto delle F.A.Q. nn. 3 e 5 (risposte a richieste di chiarimenti) elaborate dalla Stazione appaltante, persuasa dell’onere della concorrente di attestare/documentare/certificare <ciascuna esperienza di cui è in possesso>, avrebbe valutato l’Esperienza dichiarata dalla società N.u.S non conforme agli atti di gara vincolanti; infatti le risposte fornite dalla Stazione appaltante (e applicate dalla Commissione) non avrebbero chiarito o illustrato le prescrizioni di gara, ma avrebbero introdotto oneri documentali e di allegazione totalmente estranei al contenuto della Relazione illustrativa per come definito e circoscritto agli artt. 3.7 e 3.9 del Disciplinare (non recante specifici oneri documentali attestanti l’esperienza anteriore al 2015 e il numero di asili gestiti nel triennio di riferimento, a pena di non valutazione).
2*) Violazione e falsa applicazione di legge (artt. 2, 3, 41, 42 e 97 Cost; artt. 36, 83 e 95 decreto legislativo n. 50/2016; artt. 1, 3 e 6 l. n. 241/90) - Violazione del criterio di aggiudicazione e del principio di economicità dell’azione amministrativa. Violazione del principio della massima concorrenzialita’. Violazione dei principi di imparzialità e trasparenza. eccesso di potere (carenza d’istruttoria - difetto di motivazione - sviamento - manifesta ingiustizia*): l’azione amministrativa sarebbe illegittima per violazione dell’art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, in materia di soccorso istruttorio, in quanto la Commissione se pervenuta al convincimento della non rilevanza degli elementi relativi all'esperienza come richiesti dalle FAQ avrebbe dovuto investire della questione il RUP per far attivare il procedimento del soccorso istruttorio con invito alla ricorrente del deposito della documentazione mancante; trattandosi di dati certi relativi ad esperienze pregresse sarebbe sufficiente la loro indicazione con la possibilità della verifica di quanto dichiarato in ogni momento successivo (in quanto la documentazione probatoria sarebbe attinente ad elementi esperienziali già dichiarati). L’aggiudicazione definitiva risulterebbe viziata, anche in via derivata, sotto i medesimi motivi come sopra denunciati.
Conclude la ricorrente con la richiesta di annullamento, previa sospensiva, dell’aggiudicazione in favore della OMISSIS srl, con domanda per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente sottoscritto e per la condanna dell'Amministrazione alle sanzioni alternative con risarcimento del danno
1.2. Si è costituita in giudizio la società Raggio di sole, soc. coop Onlus per resistere al ricorso, opponendosi all’accoglimento dello stesso con riserva di ulteriori motivi.
1.3. La Presidenza del Consiglio dei Ministri si è costituita in resistenza con comparsa di stile.
1.4. La ricorrente ha depositato ulteriore documentazione relativa alla procedura di gara.
1.5. La società controinteressata Raggio di sole soc. coop. Onlus, seconda classificata, con memoria si è opposta al ricorso, rilevando che l’attribuzione dei punteggi da parte della Commissione di gara rientrerebbe nell’ampia discrezionalità tecnica riconosciuta all’organo, costituendo un giudizio che sfugge al controllo di legittimità del ga, il quale può sindacare solo per irragionevolezza o illogicità. La validità dei requisiti di esperienza della ricorrente sarebbe una soggettiva opinione della stessa e inoltre sulla base del disciplinare (tabella pag. 17) sussisterebbe un onere di supporto documentale alle dichiarazioni rese dal partecipante “per servizio sostegno Handicap” (documentata esperienza). Nella propria offerta invece parte ricorrente si sarebbe limitata a dichiarare le attività svolte nel periodo (come ammesso dalla stessa la mancata documentazione). Non solo l’interpretazione di quanto prescritto nella tabella (pag.17) del disciplinare ma anche la interpretazione della lex specialis di gara (alla luce della FAQ 3) imporrebbe il deposito di idonea documentazione a supporto delle dichiarazioni rese. Ed infatti la FAQ 3 avrebbe disposto per tale tipo di documentazione relativa all’Esperienza l’attestazione dell’ente pubblico della presenza nel nido di uno a più casi di handicap (attestazione documentale da parte dell’ente pubblico; gestione asili documentata dai contratti stipulati)). Inoltre assume la controinteressata che non sarebbe applicabile il soccorso istruttorio per integrare documenti essenziali a corredo dell’offerta economica, come nella specie, integrazione documentale invece consentita per documenti incompleti relativi a requisiti di partecipazione.
1.6.La società FRA.SI SRL si è costituita in resistenza con comparsa di stile.
1.7. La Presidenza del Consiglio dei Ministri costituita in giudizio con memoria si è opposta al ricorso ed ha controdedotto alle censure di parte, rilevando che nel caso in esame non sarebbe applicabile il soccorso istruttorio, utilizzabile per supplire a carenze dell’offerta, già ammessa, riguardo alla quale seguirebbe da parte dell’Amministrazione l’attribuzione del punteggio senza possibilità di integrazioni. Le FAQ avrebbero la funzione di chiarire e risolvere, legittimamente, dubbi interpretativi circa il grado e le modalità di specificazione dell’offerta in ordine al know
how aziendale, onde consentire, in primo luogo, la più ampia comparabilità delle offerte tecniche e, dunque, la migliore valutabilità delle stesse, ed agevolare, in secondo luogo, le verifiche in caso di aggiudicazione provvisoria. Il documento Relazione Esperienza presentato dalla soc. N.u.s. nell’offerta tecnica non sarebbe conforme al disciplinare di gara (documento di gara, alle pagg. 9, 11 e 17, individua il contenuto della Busta virtuale “Offerta tecnica” che, a pena di esclusione, deve contenere il progetto tecnico educativo e la “Relazione Esperienza da valutarsi in base alla relazione illustrativa”). L’Amministrazione avrebbe perimetrato la documentazione necessaria e obbligatoria ai fini del prosieguo della gara, individuando espressamente, le indicazioni contenute nelle FAQ come adempimenti della procedura (esplicitando il contenuto della tabella di attribuzione dei punteggi (All.p, pag 17) e i contenuti del documento Relazione illustrativa per la valutazione dell’Esperienza. La valutazione di attribuire “zero punti” sarebbe derivato dalla impossibilità di leggere le tabelle presentate della ricorrente per la divergenza del documento rispetto a quanto previsto nelle FAQ e per la totale difformità dello stesso in relazione al Disciplinare di gara, con conseguente regolarità della graduatoria e delle attività successive dell’Amministrazione, pienamente efficaci.
1.8. Con ordinanza n. 6667/2018 la domanda cautelare è stata respinta.
1.9. In prossimità della odierna udienza la società controinteressata FRA.SI srl ha depositato copia del provvedimento di aggiudicazione e del contratto sottoscritto in data 14.11.2018 nonché memoria conclusionale con la quale ha ulteriormente insistito sulle proprie posizioni difensive.
Con successive memorie parte ricorrente ha replicato argomentando con articolate considerazioni ed ha concluso per l’accoglimento del ricorso.
Alla udienza del 19 marzo 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.
2. Come sopra esposto la controversa vicenda verte sulla illegittimità della attribuzione del punteggio in sede di valutazione dell’offerta tecnica in relazione al subcriterio “ Esperienza” in quanto tutti gli elementi rilevanti e le informazioni necessarie all’attribuzione del sub-punteggio tecnico sarebbero stati forniti dalla società con l’elaborato tecnico depositato all'atto della partecipazione, documentazione volta a confermare i dati esperienziali già dichiarati dal concorrente, per i quali in quanto riferiti a esperienze pregresse sarebbe stata sufficiente la loro indicazione e la possibile verifica di quanto dichiarato in ogni momento, con l’applicazione del cd.soccorso istruttorio, di cui all’art. 83, comma 9, Codice Appalti.
2.1. Il “principio della ragione più liquida”, corollario del principio di economia processuale (cfr. Cons. Stato, Ad.Plen., 27 aprile 2015, n. 5; Cass.SS.UU., 12 dicembre 2014, n. 26242), consente di derogare all’ordine logico di esame delle questioni - e quindi di tralasciare ogni valutazione pregiudiziale sulle eccezioni di inammissibilità - e di risolvere la lite nel merito.
2.2. Con il primo motivo di impugnazione parte ricorrente deduce, nella sostanza, la violazione del criterio di aggiudicazione e la errata attribuzione del punteggio da parte della Commissione in relazione al subcriterio “Esperienza” rispetto invece ai dati esperienziali dichiarati dalla stessa, in quanto secondo la ricorrente gli artt. 3.7 e 3.9 del disciplinare, si limiterebbe a richiedere l’elencazione dei servizi prestati, senza alcun onere documentale, non dovendo tener conto delle FAQ, le quali richiedendo l’allegazione/indicazione di certificazioni/attestazioni/documentazione comprovanti le esperienze dichiarate, avrebbero illegittimamente modificato la lex specialis medesima.
Il motivo è infondato per le seguenti considerazioni.
Osserva il Collegio che il procedimento della gara per l’affidamento del servizio in esame è delineato dal disciplinare di gara che ha prescritto quanto segue:
- “*la documentazione di gara comprende: -il presente Disciplinare di gara: - Fac simile Dichiarazione sostitutiva (all.a); - il Capitolato tecnico (all.b);…..Eventuali modifiche o integrazioni apportate ufficialmente ai documenti di gara dalla stazione Appaltante, fino alla presentazione delle offerte, sono da considerarsi parte integrante del presente Disciplinare di gara, del capitolato tecnico e della annessa documentazione di gara, e formano un unico corpus documentale. Anche le eventuali FAQ saranno considerate parte integrante della documentazione di gara”* (art. 8);
- nella Dichiarazione sostitutiva “*il Concorrente sulla base del facsimile….dovrà dichiarare che: i. ha completa conoscenza di tutte le clausole contenute nel presente Disciplinare di gara, nel Capitolato Tecnico (all.b) e negli altri documenti di gara comunque denominati accettandone le condizioni ivi previste*;” (art.3.2);
- con riferimento al “Contenuto dei file di caricamento busta virtuale – offerta tecnica*”* il concorrente “*a pena di esclusione, dovrà inserire nel Portale MePA –RdO n.1852624 la seguente documentazione:.….II Elementi per la valutazione dell’Esperienza. II.1.Relazione illustrativa dell’esperienza maturata nella gestione di asili nido (assistenza all’infanzia (3) tre –(36) trentasei mesi)*” (art.3.7);
- quanto ai criteri di valutazione dell’offerta tecnica è previsto che: “*Relazione esperienza. Da valutarsi*
*in base alla relazione illustrativa dell’esperienza maturata nella sola gestione di asili nido (assistenza all’infanzia 3-36 mesi). Il punteggio sarà così attribuito:*
*- per l’esperienza anteriore al 2015: n.1 punto per ogni anno, o frazione d’anno non inferiore a 6 mesi, fino ad un max 3 punti;*
*- per l’esperienza di sostegno all’handicap: n. 0,5 punti per ogni documentata esperienza relativa ad una tipologia di handicap o per l’assistenza generica all’handicap, fino ad un max 3 punti;*
*- per il numero di asili gestiti nel triennio 2015 2016 2017, n. 2 punti per ogni asilo gestito con 12 o più bambini, fino ad un max 11 punti”* (art 3.9).
Gli altri documenti di gara comunque denominati, rilevanti ai fini della presentazione della offerta (art.3.2), sono le FAQ, poiché come sopra rilevato l’art. 8 del Disciplinare di gara prevede che la documentazione di gara comprende tra gli altri anche le eventuali FAQ, da considerare parte integrante della detta documentazione di gara.
Orbene l’Amministrazione prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte ha fornito chiarimenti mediante la pubblicazione delle FAQ nn.3 e 5; secondo quest’ultima “*nella Relazione i concorrenti dovranno illustrare le esperienze maturate nella gestione di asili nido con riferimento agli ambiti specificati nella tabella di attribuzione dei punteggi (pag. 17),indicando per ciascuna esperienza il tipo di certificazione/documentazione di cui sono in possesso (FAQ 3), che l’Amministrazione si riserva di acquisire in qualsiasi momento”.*
A sua volta la FAQ 3 prevede che (risposta 1) “*Come espressamente indicato nel punto II. 1 nei Criteri di valutazione dell’offerta tecnica (cfr. pag. 17 del disciplinare di gara), sulla base della Relazione illustrativa dell’esperienza si valuterà l’esperienza maturata nella sola gestione di asili nido (assistenza all’infanzia 3-36 mesi). Pertanto, l’esperienza di assistenza ad una sola tipologia di handicap o di assistenza generica all’handicap, senza ulteriori specificazioni, dovrà riferirsi al solo ambito degli asili nido. L’impresa, cioè, specificherà se e quali tipi di handicap ha trattato nel corso della propria esperienza all’interno di asili nido con alunni in età 3-36 mesi, precisando, oltre agli altri elementi identificativi, gli anni educativi di riferimento e gli asili nido presso cui ha prestato l’assistenza.*
*Per documentare l’esperienza di sostegno all’handicap è ammessa - i) nel caso di asili nido gestiti in concessione da enti pubblici (o analoga forma): attestazione da parte dell’ente pubblico della presenza nel nido o di uno o più casi di handicap a cui è stata prestata assistenza nell’anno educativo di riferimento; ii) nel caso di asili nido gestiti NON in concessione da enti pubblici (o analoga forma): pertinente documentazione da cui risulti la presenza nel nido o di uno o più casi di handicap a cui è stata prestata assistenza nell’anno educativo di riferimento” (risposta 2); “per documentare il numero di asili gestiti per ciascun anno in concessione da enti pubblici (o analoga forma), è ammessa sia la presentazione del contratto stipulato, sia l’attestazione degli uffici pubblici competenti dalla quale risultino, oltre agli elementi identificativi, il periodo di concessione e il numero di bambini utenti del servizio”.*
Nella specie, le FAQ, che la lex specialis ha considerato parte integrante della documentazione di gara, hanno fornito chiarimenti sulle modalità di specificazione e rappresentazione dell’offerta, esplicitando l’onere documentale imprescindibile per la valutabilità della stessa da parte della Commissione di gara (già prescritto dalla lex specialis “documentata esperienza”).
A questi fini secondo quanto specificato nella FAQ 3 era quindi necessario o produrre direttamente tale documentazione, o autocertificarla, oppure indicare specificamente di quale documentazione il concorrente era in possesso, in relazione a ciascun periodo e specifica tipologia di esperienza.
Al riguardo, come risulta in atti, parte ricorrente ha prodotto un documento intitolato “Relazione illustrativa” con indicazione di tabelle (e periodo di riferimento del servizio generico per annualità e non specifico), senza allegare la certificazione/documentazione nei sensi di cui sopra (documentata esperienza), e pertanto non conforme al disciplinare e alla documentazione di gara prescritta.
Né varrebbe obiettare la “illogica” e “illegittima” motivazione della decisione della Commissione giudicatrice per non aver analizzato le tabelle fornite dalla ricorrente, ritenute dalla stessa redatte in conformità al disciplinare di gara, atteso che come emerge dal contenuto di dette tabelle le stesse non contengono gli specifici riferimenti temporali, richiesti invece dal Disciplinare di gara (anno o frazione di anno non inferiore a 6 mesi), elemento necessario per l’attribuzione corretta dei punti, né riportano gli elementi dettagliati e la “documentata esperienza” di sostegno all’handicap, elementi necessari all’adeguata e congrua valutazione del requisito esperienziale della medesima come richiesti nelle FAQ, adempimenti esplicativi della procedura e parte integrante della documentazione di gara, posto che, come già rilevato, lo stesso disciplinare di gara definisce chiaramente “lex specialis” anche le FAQ.
Alla luce di ciò non sussiste la censurata illogicità dell’operato della Commissione e la valutazione della stessa appare corretta e logica nell’attribuzione del punteggio “zero punti” alla ricorrente, attesa la mera dichiarazione di quest’ultima dei servizi precedentemente prestati e la carenza dei predetti elementi valutativi e documentati del requisito esperienziale, come richiesti con l’imprescindibile onere dichiarativo e documentale dalla lex specialis (pag.17), non impugnata.
Del resto dall’esame delle Relazioni illustrative dell’Esperienza relative agli altri partecipanti alla gara, allegate in atti e dai relativi Verbali di valutazione nn. 3 e 5, il punteggio è stato attribuito alla luce della documentazione allegata o attestata nei sensi di cui sopra, a nulla quindi rilevando l’obiezione della ricorrente riguardo alla completezza dell’offerta tecnica della stessa riconosciuta dalla S.A. che ha dato atto dell’ammissione della medesima alla successiva fase della gara nel verbale n. 1: l’ammissione alla valutazione delle imprese partecipanti è limitata alla presenza materiale dell’offerta tecnica e della documentazione di gara nella busta virtuale (e non del contenuto dell’offerta, verificato nella fase propria successiva) e dall’interpretazione sistematica delle clausole del disciplinare i concorrenti dovevano documentare le esperienze dichiarate nella propria Relazione, onere esplicitato anche nelle FAQ, parti integranti della lex specialis, con supposta conoscenza.
2.3. Con il secondo motivo di ricorso parte ricorrente censura la illegittimità dell’operato della Commissione nella parte in cui ha omesso l’attivazione del c.d. soccorso istruttorio nei confronti della stessa per supplire al mancato deposito della documentazione, al fine di comprovare quanto affermato in relazione al requisito esperienziale.
Al riguardo osserva il Collegio che il c.d. soccorso istruttorio ha come finalità quella di consentire l'integrazione della documentazione già prodotta in gara, ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto un profilo formale, non anche di consentire all'offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte (cfr. Cons.Stato, Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6005), in violazione del principio di immodificabilità e segretezza dell'offerta, imparzialità e par condicio delle imprese concorrenti.
Ed infatti il c.d. soccorso istruttorio consente di completare dichiarazioni o documenti già presentati, non di introdurre documenti nuovi, soltanto riguardo ai requisiti soggettivi di partecipazione dell'impresa; conseguentemente esso non può essere utilizzato per supplire a carenze dell’offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di errori materiali o refusi (cfr. Cons. Stato, Ad.Plen. n. 9/2014).
Il vigente Codice Appalti all’art.83, comma 9 prevede 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”*.
Dal disposto normativo emerge che le carenze formali possono essere sanate attraverso la procedura del c.d. soccorso istruttorio “… *con esclusione di quelle afferenti all’offerta economica ed all’offerta tecnica*”, con la conseguenza che nella fase precedente all’esame dell’offerta tecnica ed economica la S.A., in caso di carenze formali, ha l’alternativa tra l’esclusione dalla gara della concorrente o il c.d. soccorso istruttorio, mentre nella fase dell’esame di dette offerte - già ammesse, come nella specie - l’Amministrazione può attribuire soltanto un punteggio alle offerte, ma non può consentire integrazioni.
Si tratta di un limite di applicabilità dell’istituto disposto in modo inequivocabile dalla legge e sostenuto dalla giurisprudenza secondo cui nell'ambito di una procedura di gara pubblica, la predetta disposizione di cui all' art. 83, co. 9 del d.lgs. n.50/2016, non include dal beneficio del c.d. soccorso istruttorio le carenze relative all'offerta tecnica presentata dall'operatore economico partecipante alla gara (cfr. Cons.Stato, sez. V, 13 febbraio 2019, n.1030), ciò perché non può essere consentita al concorrente la possibilità di completare l'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di semplici errori materiali o di refusi, impedendo così l’applicazione dell’istituto per colmare carenze dell’offerta tecnica al pari di quella economica.
Per di più va rilevato che la produzione di un documento tecnico inadeguato non può essere qualificata come carenza di un elemento formale dell'offerta ai sensi della predetta disposizione, che non può conseguentemente essere integrato ai fini voluti da parte ricorrente per sanare irregolarità essenziali afferenti all'offerta tecnica, con l’acquisizione di dichiarazioni integrative dell’offerente a sanatoria della propria offerta (cfr. *ex multis,* Cons. Stato, sez. V, 3 aprile 2018, n. 2069;Tar Toscana, sez. I, 7 febbraio 2019, n.206; Tar Campania, Napoli, sez. I, 10 gennaio 2019, n.152; idem, sez. 4, 2 gennaio 2019, n.10; Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 19 dicembre 2018, n.1219; Tar Lombardia, Milano, sez. I, 5 novembre 2018, n.2500; Tar Lazio, Roma, sez. II, 21 febbraio 2018, n. 2016).
3. In definitiva anche le conclusive considerazioni di parte ricorrente non sono convincenti, alla luce delle argomentazioni sopra riportate e della giurisprudenza richiamata in materia, e le censure del ricorso sono infondate parimenti alle allegate domande di declaratoria dell’aggiudicazione in favore della ricorrente, di inefficacia del contratto stipulato con l’aggiudicataria, o, in alternativa, l’applicazione delle sanzioni di cui agli artt. 121, comma 4, e 123 C.P.A. nonchè del risarcimento del danno. Conseguentemente il ricorso va respinto.
Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.
Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio da liquidare in favore della Presidenza del Consiglio dei Ministri, della società Raggio di Sole soc.coop.Onlus e della società FRA.SI srl nell’importo complessivo di euro 3.000,00 (tremila), da ripartire tra le resistenti, oltre oneri e competenze come per legge.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:
Donatella Scala, Presidente FF
Mariangela Caminiti, Consigliere, Estensore
Antonio Andolfi, Consigliere