SENTENZE OGGI PA

Pubblicato il 08/02/2019
N. 00947/2019REG.PROV.COLL.
N. 07739/2018 REG.RIC.
N. 08073/2018 REG.RIC.

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

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7739 del 2018, proposto da
OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato OMISSIS, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
contro
OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato OMISSIS, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in OMISSIS;
nei confronti
OMISSIS, OMISSIS, OMISSIS in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro-tempore, rappresentate e difese dall'avvocato OMISSIS, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l’avvocato OMISSIS in OMISSIS;
OMISSIS, OMISSIS non costituite in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 8073 del 2018, proposto da
OMISSIS in proprio ed in qualità di impresa mandataria di a.t.i. con OMISSIS, OMISSIS OMISSIS a responsabilità limitata, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato OMISSIS, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l’avvocato OMISSIS;
contro
OMISSIS non costituita in giudizio;
OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato OMISSIS, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
nei confronti
OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato OMISSIS, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio OMISSIS;
per la riforma
quanto al ricorso n. 8073 del 2018:
della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sez. IV) n. 5292/2018, resa tra le parti;
quanto al ricorso n. 1023/2018:
della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sez. IV) n. 5292/2018, resa tra le parti;
ambedue concernenti l'aggiudicazione della gara a procedura aperta n. 6751231, per l'affidamento in appalto dei servizi e lavorazioni interno ed esterno cassa di n.432 veicoli ferroviari rimorchiati, suddiviso tra rotabili Frecciabianca, Servizio Universale, TRN e DPR, per un importo complessivo presunto pari a € 13.538.284,45;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di OMISSIS, di OMISSIS e di OMISSIS;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 gennaio 2019 il Cons. OMISSIS e uditi per le parti gli avvocati OMISSIS;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il bando del 23 maggio 2017 OMISSISaveva indetto la procedura aperta con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa n. 6751231, per l’affidamento di servizi e lavorazioni interno ed esterno cassa di n.432 veicoli ferroviari rimorchiati, suddiviso tra rotabili Frecciabianca, Servizio Universale, TRN e DPR, per un importo complessivo presunto pari a € 13.538.284,45 di cui € 823,97 per oneri della sicurezza relativi a rischi da interferenze non soggetti a ribasso con l’opzione delle medesime attività fino ad ulteriori n. 225 rotabili, suddivisi nelle stesse tipologie di cui sopra e fino al raggiungimento dell’importo complessivo presunto pari a € 6.635.522,36 di cui € 432,36 per oneri della sicurezza relativi a rischi da interferenze non soggetti a ribasso, da eseguire presso lo stabilimento dell’OMISSIS di Napoli.
L’aggiudicazione avveniva in capo all’a.t.i. con capogruppo OMISSIS che aveva conseguito 65 punti per l’offerta tecnica e 30 per l’offerta economica, mentre al secondo posto si classificava l’a.t.i. con capogruppo OMISSIS con 68 punti per l’offerta tecnica e 25,89 punti per l’offerta economica, al terzo la OMISSIS con 65 punti per l’offerta tecnica e 28,59 punti per l’offerta economica. Con ricorso proposto dinanzi al Tribunale amministrativo della Campania l’a.t.i. OMISSIS impugnava l’aggiudicazione alla OMISSIS con un’unica censura di legittimità, lamentando la violazione dell’art. 93 del Codice dei contratti pubblici, per mancanza della cauzione provvisoria all’atto dell’offerta, in quanto rilasciata da OMISSIS, intermediario non iscritto nell’elenco speciale di cui all’articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, così come invece previsto a pena di esclusione tra le “Condizioni di partecipazione” al punto “III.1.6) (Cauzioni e garanzie) per effetto del par. VI del Disciplinare di gara ed inoltre cessata dall’attività il 14 marzo 2017 prima del rilascio della polizza il successivo 4 settembre.
Si costituiva in giudizio la OMISSIS, la quale eccepiva l’irricevibilità del ricorso per tardività e violazione dell’art. 120 comma 2 bis c.p.a., perché proposto oltre il termine di 30 giorni dall’ammissione della OMISSISalla gara, avvenuta alla seduta pubblica del 6 ottobre 2017, e nel merito l’infondatezza della censura.
Si costituiva OMISSIS, la quale sosteneva la medesima eccezione e nel merito l’inapplicabilità dell’art. 93 d.lgs. 50 del 2016 alla fattispecie, rientrando questa nei settori esclusi e quindi disciplinata dal Titolo IV (artt. 114 ss.) del citato decreto e dall’art. 133 (“principi generali per la selezione dei partecipanti”), il quale esclude espressamente la disposizione regolante la prestazione di cauzioni provvisorie dal novero delle fattispecie in parola, con il risultato di poter applicare alla cauzione provvisoria solo le clausole dettate dalla lex specialis ed in ogni caso la regolarità della cauzione
A fronte della sospensione cautelare dell’aggiudicazione disposta con ordinanza cautelare n. 503 del 5 aprile 2018, OMISSIS avviava la procedura di soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, del d. lgs. 50/2016 e X, comma 3, del disciplinare di gara, richiedendo all’a.t.i. OMISSIS di presentare una nuova cauzione in sostituzione della precedente, anche in ragione della facoltà della stazione appaltante di cambiare il garante non gradito, cauzione provvisoria emessa il 4 maggio 2018 dalla OMISSIS, iscritta al numero 197 dell’albo unico degli intermediari finanziari ex art. 106 TUB.
Con riguardo alla stessa gara veniva proposto un secondo ricorso dalla terza graduata OMISSIS, la quale impugnava non solo l’aggiudicazione in favore di OMISSIS, ma chiedeva anche l’annullamento del provvedimento di ammissione a gara e/o di mancata esclusione dell’a.t.i. tra OMISSIS e OMISSIS, nonché della graduatoria finale per quanto di ragione.
Con tale ricorso veniva contestata l’errata valutazione del punteggio per l’offerta tecnica attribuito alle prime due classificate, maggiore di quello spettante secondo le norme del disciplinare di gara, prospettando che tanto l’esclusione, quanto l’eliminazione dei punteggi attribuiti in violazione del bando, avrebbero determinato la collocazione della ricorrente al 1° posto.
Il ricorso sosteneva i seguenti motivi:
1) Violazione dell’art. 83 del codice dei contratti, e del punto III.1.3 del bando di gara.
2) Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 89 del codice dei contratti.
3) Violazione dell’art. 89 del codice dei contratti per invalidità del contratto di avvalimento tra OMISSIS e OMISSIS, in quanto demanda a futuri accordi la determinazione del corrispettivo, in violazione del divieto di condizionare i contratti di avvalimento o renderne indeterminato il contenuto.
4) e 5) Violazione del disciplinare di gara e del capitolato tecnico sia da parte di OMISSIS che da parte di OMISSIS in quanto le pellicole oggetto dell’offerta sarebbero prive delle caratteristiche indicate nelle specifiche tecniche.
In subordine, ad entrambe le società non avrebbe dovuto essere attribuito alcun punteggio per la qualità delle pellicole, avendo presentato schede tecniche incomplete, e prive delle “prove” di laboratorio.
6) Violazione del disciplinare di gara da parte di OMISSIS, alla quale non avrebbe dovuto essere attribuito alcun punteggio per l’adesività delle pellicole, trattandosi di pellicole inaccettabili perché prive dei requisiti indicati nelle specifiche tecniche e non idoneamente certificate.
Si costituiva la OMISSIS, la quale anche in questo giudizio eccepiva preliminarmente l’irricevibilità del ricorso per tardività e violazione dell’art. 120 comma 2 bis c.p.a., per le stesse ragioni già prospettate avverso la OMISSIS ed eccepiva inoltre la carenza di interesse della OMISSIS all’annullamento dell’aggiudicazione disposta nei confronti dell’aggiudicataria, dal momento che, essendo essa terza in graduatoria, comunque non potrebbe conseguire l’aggiudicazione della gara quand’anche fosse stata annullata l’aggiudicazione nei confronti dell’a.t.i. OMISSIS, dovendo prima dimostrare l’illegittimità dell’ammissione della OMISSIS, seconda in graduatoria, circostanza non più possibile essendo ormai decorsi i termini per l’impugnazione delle ammissioni ex art. 120 comma 2 bis c.p.a. Nel merito la controinteressata sosteneva l’infondatezza delle prospettazioni avversarie.
Si costituiva OMISSISla quale, al pari di OMISSIS, eccepiva la tardività della notifica del ricorso per le stesse ragioni già prospettate da quest’ultima, e nel merito sosteneva l’infondatezza delle censure rivolte ad ambedue le concorrenti.
Si costituiva in giudizio anche la OMISSIS, eccependo preliminarmente l’inammissibilità dell’impugnazione per la mancata dimostrazione della prova di resistenza e sostenendo altresì l’infondatezza del ricorso.
Con la sentenza n. 5292 del 28 agosto 2018 il Tribunale amministrativo, vista l’identità della gara e la parziale identità di censure ed eccezioni, riteneva l’opportunità della riunione dei due ricorsi, procedendo dapprima nell’esame di quello presentato dall’a.t.i. OMISSIS.
In primo luogo il Tribunale amministrativo riteneva tempestivo il ricorso presentato della società OMISSIS contrariamente a quanto eccepito da OMISSIS e OMISSIS, poiché l'onere di impugnare immediatamente l'altrui ammissione alla procedura di gara pubblica d'appalto, senza attendere l'aggiudicazione, è subordinato alla pubblicazione degli atti della procedura, ai sensi dell’art. 29 comma 1 del d. lgs. n. 50 del 2016 e dell’art. 5 bis del d. lgs. 7 marzo 2005 n. 82, incombente riservato alla stazione appaltante, poiché a ciò non può surrogare la comunicazione “ufficiale” in seduta pubblica, pur se avvenuta alla presenza dei rappresentanti delle imprese.
Il ricorso dell’a.t.i. OMISSIS era quindi tempestivo, ma era altresì fondato.
Con l’unico motivo di ricorso, l’a.t.i. in questione contestava all’aggiudicataria di aver presentato corredata da cauzione provvisoria, prestata dalla OMISSIS, non più iscritta nell’elenco speciale di cui all’articolo 106 del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (TUB), abilitato a prestare, in via esclusiva o prevalente, garanzie nei confronti del pubblico, ai sensi del DM n. 53/2015, così come invece richiesto, a pena di esclusione, tra le “Condizioni di partecipazione” al punto “III.1.6).
La pronuncia ribadiva quanto già affermato nella pronuncia cautelare, statuendo che una garanzia rilasciata da un soggetto non più abilitato a farlo è inutilizzabile se non inesistente, né poteva essere di aiuto la prestazione della nuova fideiussione rilasciata dall’intermediario abilitato OMISSIS, documento regolarmente utilizzabile nel processo visti i tempi di formazione anche se avvenuto in seguito alle contestazioni di parte ricorrente, poiché avvenuta in seguito a soccorso istruttorio, la cui disciplina secondo l'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016 non giustifica regolarizzazioni postume che non abbiano carattere meramente formale, sì che in caso di omessa presentazione della cauzione provvisoria o di allegazione di una cauzione invalida nessun rimedio postumo è esercitabile, e l’esclusione dell’impresa inadempiente dalla gara è l’unica soluzione possibile per la stazione appaltante: nel caso di specie la cauzione provvisoria non costituisce elemento formale della domanda, ma essa correda e completa l’offerta, stante il chiaro disposto dell’art. 93 d.lgs. 50/2016 che al comma 1, stabilisce: “l'offerta è corredata da una garanzia fideiussoria, denominata "garanzia provvisoria” il caso oggetto del presente giudizio non avrebbe potuto essere oggetto di soccorso istruttorio processuale neppure sotto la vigenza del d.lgs. 163 del 2006, in quanto la cauzione provvisoria rilasciata da un operatore non abilitato equivale a cauzione provvisoria mancante e, come tale, non poteva in alcun modo essere sanata alla stregua di una mera irregolarità documentale, per di più dopo l’esame definitivo delle offerte, trattandosi di una precisa carenza degli elementi a corredo dell’offerta, prevista a pena di esclusione dalla lex specialis.
In conseguenza di tali conclusioni doveva essere accolto il ricorso dell’a.t.i. OMISSIS con le conseguente esclusione dell’a.t.i. OMISSIS dalla gara oggetto del giudizio e la conferma dell’interesse della OMISSIS all’esame delle censure prospettate nel ricorso presentato contro la medesima gara.
La OMISSIS, terza classificata, ha contestato l’ammissione sia della prima che della seconda classifica impugnando, al contempo, l’intervenuta aggiudicazione ma, in esito all’accoglimento del ricorso di OMISSIS contro OMISSIS, le censure di OMISSIS riguardanti la ditta prima classificata non necessitavano di scrutinio specifico, mentre le eccezioni mosse alla OMISSIS circa la presunta carenza di interesse al ricorso, stante la posizione di terza classificata, perdevano anch’esse di interesse per effetto dell’accertata esclusione di OMISSIS, dalla quale conseguiva per la OMISSIS la posizione di seconda classificata, con interesse alla decisione del gravame.
Con il primo motivo di ricorso la OMISSIS affermava che la OMISSIS sarebbe stata priva dei requisiti di capacità professionale e tecnica richiesti dal bando di gara, con riguardo al possesso di un fatturato specifico, in quanto, secondo la ricorrente, in caso di a.t.i. (e di consorzio) i requisiti non attinenti alla capacità economica e finanziaria, ma ai “livelli minimi” di capacità professionale e tecnica dovevano essere posseduti da tutti i componenti del raggruppamento e non potevano essere frazionati in proporzione alle quote di partecipazione al raggruppamento delle imprese facenti parte dello stesso.
La questione derivava dalla risposta data da OMISSIS al quesito n. 1 posto dalle imprese partecipanti, con il quale la stazione appaltante confermava che “in caso di partecipazione alla gara da parte di raggruppamenti temporanei, il requisito tecnico del fatturato medio annuo di cui all’art. III.1.3 lettera a) avrebbe dovuto essere posseduto da tutti i membri del raggruppamento in misura proporzionale alla quota di partecipazione, analogamente a quanto prescritto per il requisito di capacità economica e finanziaria”.
Il giudice di primo grado attribuiva diversa rilevanza al chiarimento fornito dalla stazione appaltante, la quale, in risposta ad apposito quesito aveva confermato, a termine per la presentazione delle offerte ancora aperto, la possibilità di frazionare tra le partecipanti al raggruppamento in misura proporzionale alla quota di partecipazione, anche il requisito della capacità tecnica (fatturato medio annuo).
Ma la corretta interpretazione da dare al bando laddove dispone che in caso di partecipazione in RTI, i requisiti di capacità tecnico-professionale “dovranno essere posseduti da tutti i membri di detti operatori economici”, intendendosi con ciò che tutti i componenti di un RTI debbano essere in possesso del requisito, ma non – come sostiene la ricorrente – che tutti debbano possedere il requisito per intero, potendo lo stesso essere frazionato e, quindi, posseduto anche pro quota; la risposta di OMISSIS non avrebbe potuto assumere le caratteristiche di integrazione esterna del bando, ma andava considerata per quella che effettivamente era, una “ interpretazione autentica” del testo, sempre possibile nelle ipotesi in cui non è ravvisabile un conflitto tra le delucidazioni fornite dalla stazione appaltante e il tenore delle clausole chiarite, senza funzione integrativa della lexspecialis e senza essere vincolante per la commissione aggiudicatrice, dato che la stazione appaltante non può discostarsi dalle regole da essa stessa fissate e alle quali si è autovincolata; tuttavia, secondo il Tribunale amministrativo, può intervenire nei casi in cui il chiarimento rivesta caratteri di “neutralità” rispetto ai contenuti del bando senza alcuna illegittima modifica delle regole di gara, ed operando a beneficio di tutti i concorrenti.
Questo è quanto avvenuto nel caso concreto, posto che l’interpretazione letterale a contrario offerta dalla ricorrente, può essere disattesa laddove si dia al testo il senso che tutti i candidati debbano possedere il requisito in questione, ma non necessariamente per l’intero; il che, sotto un profilo logico, non contrasta affatto né con la ratio della costituzione di r.t.i./a.t.i., né con una possibile differenza tra requisiti di partecipazione tecnici ed economici in termini di frazionabilità delle quote possedute da ciascun associato, così come ritenuto da OMISSIS.
D’altro canto, la ratio del raggruppamento di imprese è quella di ampliare la platea dei possibili concorrenti, consentendo ai soggetti privi dei requisiti necessari di partecipare singolarmente alla procedura competitiva oppure di accedervi in associazione con altri operatori economici, anche al fine di acquisire esperienze e elementi curriculari da poter spendere in successivi affidamenti.
Non avrebbe avuto quindi senso limitare la partecipazione alle sole a.t.i. i cui membri erano già in possesso singolarmente dei requisiti di capacità economica di accesso; una clausola di tal guisa, inoltre, sarebbe in contrasto col principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all’art. 83, co. 8, d. lgs. 50 del 2016, mentre per gli altri elementi previsti dall’art. III.1.3 del bando riguardanti il possesso di certificazioni di qualità, ambientali e tecniche non frazionabili per natura e che, comunque, riguardano determinate abilitazioni e certificazioni di cui, ovviamente, devono essere in possesso tutti i partecipanti.
Con il secondo motivo la OMISSIS contestava alla OMISSIS/Taddeo la violazione dell’art. 89 d.lgs. 50 del 2016 nell’ambito dell’avvalimento “interno” posto in essere con la società mandante Metalmeccanica, una prima volta in qualità di ausiliaria (la OMISSIS ha fornito ausilio sul fatturato specifico relativo ai lavori di smontaggio e montaggio arredi, per un importo medio annuo di € 265,000,00, e sul fatturato specifico relativo alle attività di carpenteria cassa per un importo medio annuo di € 80.000,00), una seconda volta in qualità di ausiliata (con separato contratto la OMISSIS, quale ausiliaria, ha messo a disposizione della OMISSIS il fatturato specifico relativo alle attività di verniciatura arredi e pellicolatura, per un importo medio annuo di € 700.000,00).
Secondo la ricorrente, questo tipo di avvalimento riguarderebbe i requisiti di capacità tecnica e professionale e sarebbe nullo in quanto non sarebbero state messe a disposizione risorse materiali, ma solo finanziarie: il che sarebbe legittimo in caso del cd. “avvalimento di garanzia”, ma non nel caso di ausilio per i requisiti tecnici e professionali.
La censura era infondata in quanto muoveva dall’erroneo presupposto che il requisito in parola riguardasse la capacità tecnico-professionale e non quella economico-finanziaria, laddove il punto III.I.3 del bando metteva in correlazione capacità e fatturato, il tutto desumibile dai “livelli minimi di capacità richiesti”, oltre a tutta una serie di certificazioni, con la precisazione che in caso di partecipazione alla gara da parte di RTI, detti requisiti dovranno essere posseduti da tutti i membri di detti operatori economici.
Dunque doveva ritenersi legittimo e validamente prestato l’avvalimento interno e reciproco di cui in precedenza, poiché l’assunzione dell’obbligo di messa a disposizione del fatturato specifico mancante in relazione alle singole attività rispettava la previsione di bando e non era necessaria nel caso di specie, l’elencazione, all’interno del contratto di avvalimento, di tutti i mezzi aziendali offerti dalla ditta ausiliaria a sostegno del prestito del requisito.
L'avvalimento consistente nella messa a disposizione di mezzi finanziari costituisce comunque un avvalimento di garanzia, nel quale la prestazione oggetto specifico dell'obbligazione è costituita non già dalla messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria di strutture organizzative e mezzi materiali, ma dal suo impegno a garantire con le proprie complessive risorse economiche, il cui indice è costituito dal fatturato, l'impresa ausiliaria munendola, così, di un requisito che altrimenti non avrebbe e consentendole di accedere alla gara nel rispetto delle condizioni poste dal bando.
Detti principi dovevano valere anche con riferimento a quanto richiesto dal punto III.1.3. del bando, in quanto i livelli minimi di capacità risultavano attestati dal possesso del relativo fatturato senza che sia necessario indicare i mezzi mediante i quali tale fatturato si è realizzato, e questo conformemente ai principi sopra enunciati sull’avvalimento di garanzia ed andava ribadito che l’Adunanza plenaria 23 del 2016 aveva ritenuto che l’invalidità di un contratto di avvalimento era da individuarsi, secondo l'ermeneutica contrattuale di cui agli artt. 1325 e 1346 c.c., soltanto nelle ipotesi in cui l'oggetto del contratto non risulti determinato, né determinabile.
Il terzo, il quarto e il sesto motivo di ricorso riguardavano la posizione dell’a.t.i. OMISSISe quindi andavano dichiarati improcedibili.
In conclusione il Tribunale amministrativo esaminava la quinta censura, diretta contro l’a.t.i. OMISSIS/Taddeo, con la quale OMISSIS si doleva la violazione del disciplinare di gara e del capitolato tecnico, per errata attribuzione del punteggio in relazione alla qualità delle pellicole, per mancata presentazione della relazione di accompagnamento prevista dal disciplinare di gara e per l’allegazione di prove di laboratorio relative a prodotti diversi da quelli indicati nelle schede tecniche, e con dati asseritamente incongruenti, in breve.
La censura, caratterizzata da un’analisi dei prodotti offerti dalla OMISSIS/Taddeo, veniva ritenuta infondata in fatto in base alle risultanze in atti e si osservava che le illegittimità prospettate non sussistevano, con il risultato che, tenendo conto dell’accoglimento del ricorso dell’a.t.i. OMISSIS/Taddeo avverso l’a.t.i. OMISSISe del parziale rigetto del ricorso OMISSIS, per il resto improcedibile, l’aggiudicazione doveva essere determinata in capo all’a.t.i. OMISSIS/Taddeo.
Con appello in Consiglio di Stato notificato il 1° ottobre 2018 la OMISSIS impugnava la sentenza in questione e sosteneva da un lato l’erronea dichiarazione di tempestività del ricorso ritenuta dal giudice di primo grado richiamando le fasi di gara che avrebbero permesso all’a.t.i. OMISSIS la conoscenza del vizio denunciato poi nelle vie ordinarie sull’irregolarità della cauzione provvisoria, l’ultrapetizione sul soccorso istruttorio operato dalla stazione appaltante successivamente alla proposizione del ricorso, la mancata valutazione dell’errore scusabile da parte di OMISSIS che aveva agito in buona fede sulla base dei documenti della   al pari di OMISSIS, sulle caratteristiche tipiche della cauzione provvisoria e sull’inapplicabilità del soccorso istruttorio postumo, sull’assenza di sanzione espulsiva in corretta applicazione dell’art. 83 del d. lgs. 50 del 2016.
La OMISSIS concludeva per l’accoglimento dell’appello con vittoria di spese.
Con appello notificato in pari data, la OMISSIS s.r.l. impugnava anch’essa la sentenza del Tribunale amministrativo della Campania e sosteneva dapprima la violazione dell’art. 83 del d. lgs 50 del 2016 e del punto III.I.3 del bando di gara sostenendone l’erroneità laddove questa aveva ammesso la frazionabilità dei requisiti di capacità professionale e tecnica, in realtà non divisibili tra le componenti delle due a.t.i. controinteressate che invece non erano in possesso nei singoli componenti, la violazione dell’art. 89 del d. lgs. 50 del 2016 sull’inefficacia degli avvalimenti cd. interni sugli stessi requisiti, inefficacia dipendente dall’assenza di risorse prestate alla stregua degli avvalimenti sui requisiti di capacità economica e finanziaria – cd. di garanzia, allorché l’avvalimento non riguardava tale ultima capacità come inteso dal giudice di primo grado, ma quella professionale e tecnica, quindi riproponeva il terzo motivo del ricorso introduttivo non esaminato in primo grado sull’irregolarità dell’avvalimento tra OMISSIS e OMISSIS, incompleto per assenza di corrispettivo demandato a futuri accordi ed il quarto sull’inidoneità delle pellicole offerte da OMISSIS prive delle caratteristiche richieste, ancora sub 5) la violazione del disciplinare di gara e del capitolato tecnico relativamente alle pellicole offerte dall’a.t.i. OMISSIS/Taddeo e da ultimo, sub 6), ulteriore inidoneità sotto altra specie delle pellicole offerte dalla OMISSIS.
Anche la OMISSIS concludeva per l’accoglimento dell’appello con vittoria di spese.
In ambedue gli appelli si è costituita in giudizio OMISSIS, difendendo il proprio operato come stazione appaltante ed inoltre OMISSIS in qualità di controinteressata, sostenendo l’infondatezza di entrambe le impugnative, mentre non si è costituita la OMISSIS s.r.l.
All’udienza del 24 gennaio 2019 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

I due appelli vanno riuniti per essere decisi con un’unica sentenza ai sensi dell’art. 96 del codice del processo amministrativo.
In primo luogo va rilevata la fondatezza dell’appello della OMISSIScon cui la prima collocata in graduatoria ha contestato la sentenza di prime cure, laddove questa non ha ritenuto l’irricevibilità del ricorso per tardività conseguente alla violazione dell’art. 120 comma 2 bis c.p.a., perché proposto oltre il termine di 30 giorni dall’ammissione della OMISSIS alla gara, avvenuta alla seduta pubblica del 6 ottobre 2017.
L’art. 120, comma 2 bis, del c.p.a. prevede che: “Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11”.
Risponde a quanto documentato negli atti di causa la versione dei fatti fornita dall’appellante, ovverosia che vi è stata prima la fase di ammissione che si è conclusa il 25 settembre 2017 e quindi quella della valutazione delle offerte chiusasi l’11 dicembre 2017; il 22 settembre, in presenza di rappresentanti di alcune delle concorrenti, tra questi segnatamente Antonio OMISSIS e Pasquale Maisto per l’a.t.i. OMISSIS, sono state aperte le buste A relative alla documentazione amministrativa relativa ai requisiti soggettivi e pubblicato il relativo contenuto, passaggio necessario per l’ammissione all’esame delle buste B e C, offerta tecnica ed offerta economica e quindi la seduta è stata aggiornata al 25 settembre successivo nella quale la documentazione presentata è stata riconosciuta completa e conforme con la conseguente ammissione alla fase di esame dell’offerta per quattro concorrenti, tra cui l’a.t.i. OMISSIS.
Tali determinazioni sono state suggellate con la decisione di procedere all’esame delle offerte delle concorrenti ammesse e ciò sempre in presenza di Antonio OMISSIS e Antonio Vicedomini, rappresentanti ufficiali dell’a.t.i. OMISSIS.
Ora, l’unico motivo del ricorso introduttivo dell’a.t.i. OMISSIS consisteva nella contestazione nei confronti dell’aggiudicataria di aver presentato corredata da cauzione provvisoria, prestata dalla OMISSIS, non più iscritta nell’elenco speciale di cui all’articolo 106 del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (TUB), abilitato a prestare, in via esclusiva o prevalente, garanzie nei confronti del pubblico, ai sensi del DM n. 53/2015, così come invece richiesto, a pena di esclusione, tra le “Condizioni di partecipazione” al punto “III.1.6).
Tale situazione è necessariamente emersa nelle sedute di commissione del 22 e del 25 settembre 2017 ai rappresentanti della OMISSIS al momento della pubblicazione dei contenuti delle buste A delle concorrenti e costoro erano pienamente al corrente della situazione della OMISSIS secondo quanto emerge dalla nota del 19 marzo 2018 della stessa OMISSIS, nota depositata agli atti del ricorso di primo grado, in cui la OMISSIS lamentava oltre al mancato pagamento da parte della OMISSIS di una serie di polizze ad essa rilasciate, anche delle doglianze della OMISSIS nel ricorso al Tribunale amministrativo napoletano avverso l’aggiudicazione ad a.t.i. capeggiato da OMISSIS nella gara de quo, fondato unicamente sulla mancanza di autorizzazione della OMISSIS ad emettere cauzioni, a fronte di un rapporto di prestazioni di garanzie tra OMISSIS e OMISSIS che procedeva da almeno due anni, ivi compresa cauzione provvisoria per l’appalto identico a quello in causa per il periodo immediatamente precedente.
Dunque, se non fossero state sufficienti le presenze dei rappresentanti della OMISSIS alle predette sedute, da quest’ultima nota emerge che quanto rappresentato dalla OMISSIS era in piena conoscenza di questa ed andava contestato, ammessa e non concessa la fondatezza delle tesi, nei termini di cui all’art. 120 comma 2 bis del codice del processo amministrativo e non successivamente all’aggiudicazione.
Come già argomentato dalla giurisprudenza (cfr. Cons. St. n. 1843 del 2018; Cons. St. 5870 del 2017), la disposizione in parola non implica l’assoluta inapplicabilità del generale principio sancito dagli artt. 41, comma 2 e 120, comma 5, ultima parte, del c.p.a., per cui, in difetto della formale comunicazione dell'atto - o, per quanto qui interessa, in mancanza di pubblicazione di un autonomo atto di ammissione sulla piattaforma telematica della stazione appaltante - il termine decorre, comunque, dal momento dell'intervenuta piena conoscenza del provvedimento da impugnare, ma ciò a patto che l’interessato sia in grado di percepire i profili che ne rendano evidente la lesività per la propria sfera giuridica in rapporto al tipo di rimedio apprestato dall'ordinamento processuale.
In altri termini, “la piena conoscenza dell’atto di ammissione della controinteressata, acquisita prima o in assenza della sua pubblicazione sul profilo telematico della stazione appaltante, può dunque provenire da qualsiasi fonte e determina la decorrenza del termine decadenziale per la proposizione del ricorso” (Cons. St. 5870 del 2017).
Ciò sulla scorta generale di quanto precisato dall’Adunanza plenaria con la pronuncia n. 4 del 26 aprile 2018, secondo cui la previsione di cui all’art. 120 comma 2 bis è finalizzata a consentire la pronta definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione e, quindi, a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all’esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione. Il legislatore ha quindi inteso evitare che con l’impugnazione dell’aggiudicazione possano essere fatti valere vizi attinenti alla fase della verifica dei requisiti di partecipazione alla gara, il cui eventuale accoglimento farebbe regredire il procedimento alla fase appunto di ammissione, con grave spreco di tempo e di energie lavorative, oltre al pericolo di perdita di eventuali finanziamenti, il tutto nell’ottica dei principi di efficienza, speditezza ed economicità, oltre che di proporzionalità del procedimento di gara.
Tale norma pone evidentemente un onere di immediata impugnativa dei provvedimenti in questione, a pena di decadenza, non consentendo di far valere successivamente i vizi inerenti agli atti non impugnati; l’omessa attivazione del rimedio processuale entro il termine preclude al concorrente la possibilità di dedurre le relative censure in sede di impugnazione della successiva aggiudicazione, ovvero di paralizzare, mediante lo strumento del ricorso incidentale, il gravame principale proposto da altro partecipante avverso la sua ammissione alla procedura
Perciò non può che concludersi che le circostanze ventilate che a parere dell’appellata avrebbero dovuto determinare l’esclusione dell’a.t.i. OMISSIS dovevano ritenersi note non oltre la seduta del 25 settembre 2017 quale termine ultimo, in cui si è chiuso l’esame della busta A concernente la documentazione amministrativa, formalmente riconosciuta l’ammissione dei concorrenti asseritamente in regola e deciso di procedere all’apertura delle buste tecniche e successivamente economiche.
Il Collegio conosce i precedenti in senso contrario, ripresi nella sentenza impugnata, secondo cui la pubblicazione degli atti della procedura, ai sensi dell’art. 29 comma 1 del d. lgs. n. 50 del 2016 e dell’art. 5 bis del d. lgs. 7 marzo 2005 n. 82, è incombente necessario riservato alla stazione appaltante, che non può surrogare la comunicazione “ufficiale” in seduta pubblica, pur se avvenuta alla presenza dei rappresentanti delle imprese, ma non ritiene che il principio generale della piena conoscenza dell’ammissione di ditte concorrenti venga in realtà derogato, soprattutto alla luce degli elementi che hanno caratterizzato la vicenda in esame ora passati in rassegna.
E la specificazione contenuta già nel bando di gara secondo cui la cauzione provvisoria era da costituirsi all’atto della presentazione dell’offerta, non lascia spazio a differenti interpretazioni sulla sua natura di requisito essenziale di partecipazione, visto che il disciplinare stabiliva l’esclusione dalla gara in caso di mancata costituzione (per tutte, Cons. Stato, VI, 9 luglio 2018 n. 4180).
Per le considerazioni finora esposte l’appello di OMISSIS deve essere accolto con la conseguente riforma di tale parte di sentenza.
Ai fini del decidere resta ora l’esame del secondo appello, proposto da OMISSIS Stradale avverso la posizione di ambedue le concorrenti poste al primo posto – a.t.i. OMISSIS– e secondo della graduatoria – a.t.i. OMISSIS – ma quanto a quest’ultima si deve rilevare la fondatezza dell’appello della OMISSIS priva di rilevanza le censure avverso l’a.t.i. OMISSIS, rendendole improcedibili, in quanto l’interesse della OMISSIS resta delimitato alla demolizione della posizione della OMISSIS.
In primo luogo, quanto alla prima censura con cui la OMISSIS ribadisce la violazione della legge di gara, laddove questa imponeva la non frazionabilità all’interno delle a.t.i. e dei consorzi in gara dei requisiti di capacità professionale e tecnica richiesti, che essi dovessero essere livelli minimi che dovevano essere posseduti dalle singole componenti delle a.t.i. o dei consorzi, il Collegio non rinviene ragioni per discostarsi dalle conclusioni raggiunte dal Tribunale amministrativo.
E’ evidente che se si dovesse aderire alla censura proposta, l’offerta della OMISSIS non avrebbe i requisiti in questione e ciò a seguito della verifica dei livelli rappresentati dai singoli membri.
La censura di OMISSIS si fonda su una lettura in apparenza piana della legge di gara, laddove questa al punto III.1.3 del bando relativo alla capacità professionale e tecnica richiede che i livelli minimi di fatturato medio annuo per il triennio 2014 – 2016 debbano essere posseduti da tutti i componenti dei raggruppamenti e da ciascuno dei consorziati; la lettera del bando è stata oggetto di quesito alla stazione appaltante, la quale ha dato l’interpretazione della clausola in modo conforme a quella individuata dal giudice di primo grado, ossia che in caso di partecipazione alla gara di raggruppamenti temporanei, il requisito tecnico del fatturato medio annuo dovrà essere posseduto da tutti i membri del raggruppamento (o consorzio) in misura proporzionale alla quota di partecipazione in analogia con quanto prescritto per i requisiti di capacità economica e finanziaria.
Il Collegio condivide le ragioni esposte nel quesito anche sulla base delle difese in giudizio di OMISSISe ciò sulla base di due argomentazioni, l’una di carattere speciale, l’altra di carattere generale.
Quella di carattere speciale si rinviene nel seguente punto VI.3 lett. 10) dello stesso bando, in cui si stabilisce che “Alla luce delle indicazioni fornite dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in data 23/12/2014 con la “Comunicazione avente ad oggetto l’esclusione dei raggruppamenti temporanei di imprese “sovrabbondanti” dalle gare pubbliche”, OMISSIS si riserva la facoltà di escludere le offerte presentate da raggruppamenti temporanei di imprese (RTI) costituiti da due o più operatori economici che già singolarmente possiedono i requisiti finanziari e tecnici per la partecipazione alla gara (c.d. RTI “sovrabbondanti”), nel caso in cui da un’analisi della struttura e delle dinamiche caratterizzanti il mercato interessato, nonché da qualsiasi altro elemento, rilevi una precisa volontà anticoncorrenziale delle imprese coinvolte.”
Da tale norma si desume senza ombra di dubbio che la stessa stazione appaltante si riservi la facoltà di escludere concorrenti formati da operatori economici che possiedono autonomamente per intero i requisiti tecnici, ai fini di non “schiacciare” il mercato.
E’ evidente che tale disposizione debba avvalorare la risposta fornita da OMISSIS sul quesito prima richiamato e questo sulla base fondamentale di un principio ermeneutico di cui all’art. 1363 cod. civ. secondo cui “Le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto”.
Ora, la disposizione speciale di cui al punto VI.3 lett. 10) non avrebbe alcun senso se si seguisse l’interpretazione che la censura di OMISSIS sostiene e dunque si deve considerare risolta nel senso della frazionabilità dei requisiti, la pur problematica clausola generale di cui al punto III.1.3.
Ma, come dapprima evidenziato, vi è un ulteriore elemento che depone per una lettura consimile, elemento comunque contenuto di già nel punto VI.3, ossia che alla luce di principi generali dell’ordinamento interno ed eurounitario, il principio di concorrenza assurge a “custode” dell’intero sistema di tutte le procedure delle pubbliche gare, tanto da esserne un cardine fondamentale: ora una lettura come quella di OMISSIS avrebbe la portata di schiacciare la concorrenza, se davvero si ponesse come indefettibile il possesso dei requisiti da parte di ciascun componente i raggruppamenti o i consorzi, tanto da rendere inutile questa figura giuridica nella partecipazione alla gara, vista l’entità dei requisiti professionali e tecnici che si dovrebbero possedere.
Le conclusioni finora tratte rendono necessariamente irrilevanti il secondo ed il terzo motivo inerenti l’irregolarità dell’avvalimento interno tra OMISSIS e la raggruppata mandante OMISSIS
Vanno da ultimo esaminato i motivi quarto e sesto inerenti caratteristiche tecniche delle pellicole da apporre sulle carrozze offerte dall’a.t.i. OMISSIS, non rassegnati nel giudizio di primo grado in dipendenza delle conclusioni raggiunte sulla dovuta esclusione di OMISSIS e che ora, nella sostanza capovolte nell’attuale grado di giudizio, consentono come già riferito, di ritenere l’improcedibilità del quinto motivo concernente questioni analoghe attinenti l’offerta della OMISSIS.
Con il quarto motivo OMISSIS assume che l’a.t.i. OMISSIS doveva essere esclusa per aver offerto la posa in opera di pellicole adesive di protezione della superficie delle carrozze prive dei requisiti minimi indicati nelle specifiche tecniche richiamate nel capitolato, ossia sulle caratteristiche che esse dovevano avere, oppure non doveva esserle attribuito in materia alcun punteggio, al contrario dei cinque punti assegnati per le proposte pellicole polimeriche calandrate, nonostante le difformità rispetto a quanto richiesto dal capitolato.
Il motivo è complessivamente infondato.
La lettura delle carte processuali permette di comprendere come la sigla ST374903 sia una linea guida di identificazione generale delle condizioni delle pellicole, mentre la sigla ST371497 sia una specificazione interna dei parametri di tale materiale, parametri che sono stati adeguati nel tempo: tanto è che le linee guida della stazione appaltante precisano in uno dei capitolati tecnici tanto la ST374903 come caratteristica generale e la sigla ST371497 come caratteristica dei parametri delle pellicole. Quanto alla mancata corrispondenza del prodotto fornito alle caratteristiche richieste essa non appare provata ed al contrario dalla certificazione in data 25 ottobre 2017 si può desumere la rispondenza alle caratteristiche della sigla ST371497.
Quanto poi alla durata del prodotto, è del tutto corretto che questa sia stata portata a 6 anni dagli originari 5 in data successiva al 23 maggio 2017 data di emissione del bando e precisamente con la rev. 9 del 13 giugno successivo, per cui la produzione non era certamente in grado di fornire altro prodotto con la nuova durata certa.
Quindi è convincente l’assunto delle difese di OMISSIS secondo il quale la questione investiva più che altro un aspetto commerciale concretizzabile e concretizzato con un allungamento della garanzia a 72 mesi.
L’infondatezza del quarto motivo comporta altresì l’infondatezza del sesto motivo, anch’esso concernente le pellicole offerte dall’a.t.i. OMISSIS, poiché basato sull’assenza della conformità alle specifiche tecniche: quanto espresso a proposito di queste supera in ogni caso le doglianze nel campo, questa volta riguardanti l’aspetto dell’adesività delle pellicole in questione.
Il quinto motivo, sempre attinente le pellicole, è appunto improcedibile secondo quanto già riportato, in quanto diretto avverso l’offerta della OMISSIS.
Per le considerazioni suesposte va perciò accolto l’appello dell’a.t.i. OMISSIS, alla quale conseguentemente va ripristinato il ruolo di aggiudicataria, mentre deve essere in parte respinto ed in parte dichiarato improcedibile l’appello della OMISSIS.
Le spese di giudizio possono essere compensate, vista la complessità della questione e la giurisprudenza non ancora pacifica sulla decorrenza delle impugnazione ex art. 120 comma 2 bis del codice del processo amministrativo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti e previamente riuniti, accoglie il n. 8073 del 2018 ed in parte respinge ed in parte dichiara improcedibile il n. 7739 del 2018.
Spese compensate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2019 con l'intervento dei magistrati:
Francesco Caringella, Presidente
Roberto Giovagnoli, Consigliere
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere
Umberto Realfonzo, Consigliere
Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

|  |
| --- |
| L'ESTENSORE |

Pubblicato il 07/02/2019
**N. 00123/2019 REG.PROV.COLL.**
**N. 00871/2018 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**
**sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)**
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 871 del 2018, proposto da
OMISSIS, rappresentato e difeso dagli avv. OMISSIS;
***contro***
COMUNE DI MANTOVA, rappresentato e difeso dall'avv. OMISSIS, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia, e domicilio fisico presso il suddetto legale in OMISSIS;
***nei confronti***
OMISSIS, rappresentata e difesa dagli avv. OMISSIS, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia, e domicilio fisico presso l’avv. OMISSIS in OMISSIS;
***e con l'intervento di***
(*ad adiuvandum*)
OMISSIS, rappresentata e difesa dall'avv. OMISSIS, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia, e domicilio fisico presso il suddetto legale in OMISSIS;
OMISSIS, rappresentata e difesa dagli avv. OMISSIS, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia, e domicilio fisico presso i suddetti legali in OMISSIS;
***per l'annullamento***
(a) nel ricorso principale:
- della determinazione del dirigente dello Sportello Unico Imprese e Cittadini n. 2186 del 19 settembre 2018, con la quale è stata aggiudicata in via definitiva all’OMISSIS (OMISSIS) la gestione delle aree destinate ai mercati di vendita diretta di prodotti agricoli in lungorio IV Novembre, piazza Martiri di Belfiore e piazza Porta Giulia;
- della nota del dirigente dello Sportello Unico per le Imprese e i Cittadini di data 19 settembre 2018, con la quale è stata comunicata l’aggiudicazione definitiva;
- della determinazione del dirigente dello Sportello Unico Imprese e Cittadini n. 1743 del 23 luglio 2018, con la quale sono stati approvati i verbali di gara ed è stata disposta l’aggiudicazione provvisoria a favore di OMISSIS;
- della nota del dirigente dello Sportello Unico per le Imprese e i Cittadini di data 23 luglio 2018 con la quale è stata comunicata l’aggiudicazione provvisoria;
- dei verbali della commissione giudicatrice, compreso il provvedimento con il quale OMISSIS è stata ammessa alla gara;
- con dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more della definizione del giudizio, e risarcimento in forma specifica mediante aggiudicazione in favore del ricorrente OMISSIS e subentro nel contratto, oppure, in subordine, con risarcimento per equivalente;
(b) nel ricorso incidentale presentato da OMISSIS:
- della determinazione del dirigente dello Sportello Unico Imprese e Cittadini n. 2186 del 19 settembre 2018, con la quale è stata disposta l’aggiudicazione definitiva a favore di OMISSIS, nella parte in cui sottostima il reale punteggio spettante ad OMISSIS e allo stesso tempo sovrastima il punteggio spettante al ricorrente OMISSIS;
- della nota del dirigente dello Sportello Unico per le Imprese e i Cittadini di data 19 settembre 2018, con la quale è stata comunicata l’aggiudicazione definitiva, nella parte in cui sottostima il reale punteggio spettante ad OMISSIS e allo stesso tempo sovrastima il punteggio spettante al ricorrente OMISSIS;
- della determinazione del dirigente dello Sportello Unico Imprese e Cittadini del Comune di Mantova n. 1743 del 23 luglio 2018, con la quale sono stati approvati i verbali di gara ed è stata disposta l’aggiudicazione provvisoria a favore di OMISSIS, nella parte in cui sottostima il reale punteggio spettante ad OMISSIS e allo stesso tempo sovrastima il punteggio spettante al ricorrente OMISSIS;
- della nota del dirigente dello Sportello Unico per le Imprese e i Cittadini di data 23 luglio 2018 con la quale è stata comunicata l’aggiudicazione provvisoria, nella parte in cui sottostima il reale punteggio spettante ad OMISSIS e allo stesso tempo sovrastima il punteggio spettante al ricorrente OMISSIS;
- del verbale della quarta seduta di gara di data 11 luglio 2018, nella parte in cui attribuisce ad OMISSIS il punteggio di 92/100 e al OMISSIS il punteggio di 90/100, sottostimando il reale punteggio spettante ad OMISSIS e allo stesso tempo sovrastimando il punteggio spettante al OMISSIS;
- di tutti i verbali di gara, compreso il provvedimento con il quale ricorrente OMISSIS è stato ammesso alla gara;

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Mantova e dell’OMISSIS (OMISSIS);
Visto il ricorso incidentale proposto dall’OMISSIS (OMISSIS);
Visti gli atti della causa;
Visti gli art. 74 e 120 comma 10 cpa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2018 il dott. Mauro Pedron;
Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Considerato quanto segue:

**FATTO e DIRITTO**

1. Il Comune di Mantova, con determinazione del dirigente dello Sportello Unico per le Imprese e i Cittadini n. 547 del 7 marzo 2018, ha approvato l’avviso pubblico della procedura per l’affidamento triennale della gestione delle aree destinate ai mercati di vendita diretta di prodotti agricoli in lungorio IV Novembre, piazza Martiri di Belfiore e piazza Porta Giulia.
2. Su tali aree, di proprietà comunale, è prevista l’organizzazione dei mercati riservati alla vendita diretta di prodotti agricoli da parte delle imprese agricole, ai sensi dell’art. 1 comma 1065 della legge 27 dicembre 2006 n. 296 e del DM Politiche Agricole di data 20 novembre 2007. In particolare, la procedura riguarda due mercati agricoli: (a) il Mercato Contadino di Mantova, che si tiene in lungorio IV Novembre e in piazza Martiri di Belfiore con periodicità settimanale, nella giornata di sabato, aperto a un massimo di 60 operatori contemporaneamente; (b) il Mercato Contadino di Mantova Cittadella, che si tiene in piazza Porta Giulia con periodicità settimanale, nella giornata di mercoledì, aperto a un massimo di 4 operatori contemporaneamente.
3. L’avviso pubblico stabilisce (v. art. 1 comma 2) che per l’organizzazione e la gestione dei due mercati non verrà erogato alcun corrispettivo economico da parte del Comune. Il gestore dovrà corrispondere gli oneri COSAP per l’occupazione delle aree mercatali (v. art. 6 comma 3). Dovrà inoltre sostenere le spese di energia elettrica, acqua e raccolta rifiuti, recuperando i relativi importi dai partecipanti ai mercati (v. art. 6 comma 4).
4. Tra i requisiti di partecipazione alla procedura di aggiudicazione l’avviso pubblico include (v. art. 2 comma 1-d) la capacità giuridica di assumere impegni di gestione e di coordinamento delle imprese agricole partecipanti ai mercati, secondo quanto stabilito dal regolamento comunale per lo svolgimento dei mercati di vendita diretta di prodotti agricoli. Il suddetto regolamento, approvato con deliberazione consiliare n. 60 dell’8 novembre 2017, stabilisce (v. art 9 comma 4) che il gestore dei mercati agricoli deve dare garanzia di capacità tecnica e operativa, e ammettere tutte le imprese agricole che chiedano di partecipare, indipendentemente dalla loro appartenenza a organizzazioni o associazioni del settore agricolo. Riprendendo questa norma del regolamento, lo schema di convenzione richiamato nell’avviso pubblico ribadisce (v. art. 4 comma 4) che devono essere ammesse ai mercati tutte le imprese agricole richiedenti, indipendentemente dalla loro appartenenza a organizzazioni o associazioni del settore agricolo.
5. L’avviso pubblico (v. art. 4) ha basato l’aggiudicazione unicamente sulla qualità delle offerte. Per la ripartizione del punteggio complessivo (100 punti) sono stati scelti quattro criteri, corredati di apposite descrizioni:
(a) visione dei mercati, fino a un massimo di 25 punti (obiettivi perseguiti con il progetto; attività di promozione e valorizzazione dei mercati ed eventuali attività didattiche, culturali e dimostrative legate ai prodotti del territorio rurale di riferimento);
(b) organizzazione dei mercati, fino a un massimo di 25 punti (modalità di controllo sull’attività dei mercati; modalità di pulizia delle aree di mercato, compresi eventuali metodi e obiettivi di natura ambientale; caratteristiche estetiche dei mercati, con riguardo alle strutture e ai materiali impiegati, nonché ad altri elementi idonei a creare un’immagine coordinata dei mercati con il minor impatto possibile sul contesto territoriale);
(c) caratteristiche dei prodotti, fino a un massimo di 25 punti (gamma di prodotti complessivamente offerta; prodotti ottenuti impiegando particolari tecniche di coltivazione; prodotti agricoli di eccellenza locale; stagionalità; biodiversità; presenza di marchi di qualità DOP, IGP, nonché DOC e DOCG per quanto riguarda i vini);
(d) precedenti esperienze documentabili come gestore di mercati a filiera corta, fino a un massimo di 25 punti (maggiore anzianità di esercizio dell’attività di gestore; numero di mercati coordinati attivi; numero medio di operatori presenti in ogni area concessa).
6. Per consentire alla commissione giudicatrice di valutare la qualità delle offerte, l’avviso pubblico (v. art. 3 comma 2) ha chiesto a ciascun concorrente di presentare un Progetto Globale (riferito a entrambi i mercati oggetto di concessione) e una Relazione sulla professionalità e l’esperienza maturate nell’organizzazione dei mercati agricoli.
7. Alla procedura hanno partecipato il OMISSIS (di seguito OMISSIS) e l’OMISSIS (di seguito OMISSIS). Nella quarta riunione, in data 11 luglio 2018, la commissione giudicatrice ha attribuito 92 punti al progetto di OMISSIS (25 per visione dei mercati; 24 per organizzazione dei mercati; 24 per caratteristiche dei prodotti; 19 per precedenti esperienze). Al progetto del OMISSIS sono stati attribuiti 90 punti (25 per visione dei mercati; 20 per organizzazione dei mercati; 20 per caratteristiche dei prodotti; 25 per precedenti esperienze).
8. Il dirigente dello Sportello Unico Imprese e Cittadini, con determinazione n. 1743 del 23 luglio 2018, ha approvato i verbali di gara e disposto l’aggiudicazione provvisoria a favore di OMISSIS. In seguito, il medesimo dirigente ha disposto l’aggiudicazione definitiva a favore di OMISSIS con determinazione n. 2186 del 19 settembre 2018.
9. Contro i suddetti provvedimenti, nonché contro le relative comunicazioni del 23 luglio 2018 e del 19 settembre 2018, e contro i verbali della commissione giudicatrice, il OMISSIS ha presentato impugnazione. Oltre all’annullamento degli atti impugnati il ricorrente ha chiesto la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, e il risarcimento in forma specifica mediante aggiudicazione della procedura e subentro nel contratto. In subordine, è stato chiesto il risarcimento per equivalente.
10. Gli argomenti possono essere sintetizzati come segue:
(i) OMISSIS non avrebbe il requisito di partecipazione previsto dall’art. 2 comma 1-d dell’avviso pubblico, ossia non sarebbe in grado di assicurare l’accesso ai mercati agricoli a tutte le imprese agricole senza discriminazioni, in quanto l’art. 6 del proprio statuto prevede che i soggetti che intendono partecipare ai mercati agricoli devono iscriversi a OMISSIS, aderire alla OMISSIS, affidare la gestione della contabilità e del fascicolo aziendale a Impresa Verde (società di servizi controllata da OMISSIS), e sottoscrivere il regolamento di mercato di OMISSIS. A sua volta, il predetto regolamento stabilisce che i mercati sono organizzati sotto il logo “OMISSIS” e sotto il logo “Il Mercato di Campagna Amica” (v. art. 1), e che tutti i soggetti ammessi a esercitare la vendita diretta devono essere iscritti a OMISSIS (v. art. 2.4). La stessa OMISSIS in sede di gara, nella Relazione sulla professionalità e l’esperienza (v. doc. 10 del ricorrente, pag. 2), afferma che “[*i*] *Mercati di Campagna Amica, di cui il soggetto proponente è espressione,* […] *sono composti da produttori agricoli associati a OMISSIS, accreditati da OMISSIS e riuniti nelle Associazioni Agrimercato*”;
(ii) non solo OMISSIS sarebbe giuridicamente impossibilitata a far partecipare ai mercati agricoli le imprese agricole non iscritte a OMISSIS, ma non ne avrebbe neppure l’intenzione. In sede di gara, nello schema di Progetto Globale (v. doc. 9 del ricorrente, pag. 8) OMISSIS afferma infatti che “*i prodotti saranno di provenienza agricola, di imprese che hanno sede nel territorio di Mantova e aderenti al circuito Campagna Amica e per questo soggette a un livello di controllo molto rigido*”. L’offerta di OMISSIS sarebbe quindi inconciliabilmente difforme dalle regole dell’avviso pubblico, e intrinsecamente discriminatoria verso le imprese agricole non associate a OMISSIS o agli organismi che dipendono da OMISSIS;
(iii) in subordine, l’attribuzione di un punteggio superiore ad OMISSIS sarebbe arbitraria e ingiustificata, in quanto non sarebbero state valutate correttamente le caratteristiche delle due offerte in gara, per ciascuno dei criteri fissati dall’avviso pubblico;
(iv) ancora in subordine, vi sarebbe violazione dell’art. 95 comma 8 del Dlgs. 18 aprile 2016 n. 50, in quanto, pur essendo stati previsti dei subcriteri, non sono stati definiti i relativi subpunteggi. In ogni caso, l’attribuzione del punteggio non sarebbe sostenuta da idonea motivazione;
(v) infine, vi sarebbe violazione dell’art. 30 del Dlgs. 50/2016, in relazione al principio di pubblicità, in quanto l’apertura delle buste telematiche inviate dai partecipanti non è avvenuta in seduta pubblica. Poiché la procedura in esame non si è svolta attraverso una piattaforma telematica di negoziazione ai sensi dell’art. 58 del Dlgs. 50/2016, la pubblicità della seduta sarebbe un adempimento necessario.
11. Il Comune di Mantova e OMISSIS si sono costituiti in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso.
12. Ha fatto intervento *ad adiuvandum* la Confederazione Italiana Agricoltori Provincia CIA Est Lombardia, per tutelare il diritto dei propri iscritti a partecipare liberamente ai mercati agricoli, e per evitare che qualcuno tra i propri iscritti si senta costretto o incentivato a cambiare associazione sindacale passando a OMISSIS. Parimenti *ad adiuvandum* è intervenuta OMISSIS, che lamenta un’inammissibile interferenza sul piano della rappresentanza sindacale, in quanto nell’offerta di OMISSIS l’adesione a OMISSIS e l’utilizzazione dei servizi di Impresa Verde sarebbero condizioni necessarie per partecipare ai mercati agricoli.
13. OMISSIS ha presentato ricorso incidentale, sostenendo che il OMISSIS avrebbe ottenuto, per ciascuno dei criteri di valutazione, un punteggio superiore ai meriti della sua offerta.
14. Così sintetizzata la vicenda contenziosa, sulle questioni rilevanti ai fini della decisione si possono svolgere le seguenti considerazioni.
*Sulla condizione di non discriminazione*
15. La fattispecie in esame ha un oggetto materiale costituito dalle aree comunali date in concessione. Non si tratta però di una semplice concessione di beni pubblici, ma di una vera e propria concessione di servizi, esercitata in via esclusiva dal soggetto aggiudicatario delle aree comunali. L’organizzazione dei mercati agricoli corrisponde infatti a un interesse pubblico che l’amministrazione è libera di perseguire direttamente o attraverso l’opera di privati. Beneficiari del servizio sono in primo luogo quanti risiedono nel Comune e nelle zone limitrofe, ai quali viene offerta la possibilità di acquistare prodotti agricoli del territorio, tracciabili e di elevata qualità, senza sostenere i costi di intermediazione della grande distribuzione. Sono beneficiari del servizio, sotto un diverso profilo, anche gli imprenditori agricoli partecipanti ai mercati, che possono ottenere margini più ampi sui loro prodotti e farsi pubblicità presso i consumatori, iniziando o consolidando un processo di fidelizzazione. Evidente è anche l’interesse del soggetto aggiudicatario del servizio, che pur dovendo anticipare tutte le spese senza ricevere alcun corrispettivo dal Comune, rafforza la propria visibilità e quella dell’associazione sindacale a cui è collegato, e incamera le tariffe di partecipazione ai mercati agricoli.
16. Questa situazione genera incentivi che devono essere coordinati tra loro. Il Comune desidera evidentemente un mercato agricolo di buona qualità e apprezzato dai residenti e dai vicini, e dunque deve attirare un elevato numero di imprese agricole, tra cui soprattutto aziende disposte a seguire disciplinari di produzione rigorosi e controllati. Di qui il punteggio riferito, tra l’altro, all’esperienza dei concorrenti nella gestione dei mercati, al numero medio di imprese agricole coinvolte, e alla tipologia di prodotti venduti. Corrisponde quindi a un interesse pubblico il fatto che alla gara partecipino anche soggetti collegati alle associazioni sindacali di categoria, in quanto attraverso i vincoli di sindacato e il supporto delle società di servizi è possibile coinvolgere una vasta platea di imprese agricole e controllare la qualità dei prodotti. Corrisponde però a un interesse pubblico anche il fatto che a questi mercati possano partecipare tutte le imprese agricole interessate, senza subire il freno dell’obbligo di adesione all’associazione sindacale di cui è espressione il soggetto che cura la gestione. Le associazioni sindacali concorrenti sono legittimate a vigilare, e a interloquire con l’amministrazione, affinché la gestione dei mercati agricoli non si trasformi in un’invasione di campo relativamente alla rappresentanza sindacale e alla raccolta delle adesioni.
17. La concessione di servizi risulta quindi legittimamente aggiudicata quando vi sia equilibrio tra due esigenze potenzialmente in conflitto: da un lato, premiare i soggetti che riescono a coinvolgere nel loro progetto il maggior numero di imprese agricole, anche mediante i vincoli dell’appartenenza sindacale; dall’altro, non interferire con la libertà di associazione sindacale di ciascuna impresa agricola. Nel settore agricolo, in questo momento, la capacità tecnica passa anche per le fondazioni, associazioni e società di servizi che fanno riferimento alle associazioni sindacali, ma la possibilità per tutte le imprese agricole di accedere paritariamente ai mercati agricoli è un bene giuridico tutelato sia dai principi comunitari sia dal regolamento comunale per lo svolgimento dei mercati di vendita diretta di prodotti agricoli.
18. Pertanto, la disciplina dello statuto di OMISSIS, nella parte in cui individua quale condizione di partecipazione ai mercati agricoli l’obbligo di iscriversi a OMISSIS, di aderire alla OMISSIS, di affidare la gestione della contabilità e del fascicolo aziendale a Impresa Verde, e di sottoscrivere il regolamento di mercato di OMISSIS, non può trovare applicazione nella procedura in esame, ma non costituisce neppure un ostacolo all’aggiudicazione del servizio. È del tutto normale che un soggetto espressione di un’associazione sindacale subordini alcune prestazioni professionali all’iscrizione al sindacato di riferimento, ma niente impedisce che le medesime prestazioni siano erogate a favore di imprese non iscritte. Le regole interne di un’associazione privata riguardano solo tale soggetto, che è l’unico arbitro della loro applicazione, ed eventualmente gli iscritti che siano in disaccordo. Se OMISSIS dichiara compatibile con il proprio statuto la gestione dei mercati agricoli del Comune di Mantova a vantaggio di qualsiasi azienda agricola che ne faccia richiesta, sapendo che l’amministrazione non potrebbe tollerare alcuna forma di discriminazione, questo è sufficiente a consentire l’ammissione alla gara. Una volta ottenuta l’ammissione, i legami di natura sindacale con una parte delle aziende agricole del territorio non devono essere nascosti o marginalizzati all’interno dell’offerta, ma al contrario esibiti, in quanto costituiscono uno strumento di controllo sulla qualità dei prodotti, che in sede di gara conferisce credibilità al progetto, e di conseguenza maggiore punteggio. Dopo l’aggiudicazione, però, i suddetti legami non possono avere alcun rilievo pratico, e tantomeno determinare l’esclusione degli imprenditori aderenti ad altri sindacati, o non aderenti ad alcun sindacato. La legittimità degli atti di gara è salva nel momento in cui i concorrenti, e poi l’aggiudicatario, si impegnano a non discriminare le imprese agricole diverse da quelle iscritte alla propria associazione sindacale.
19. La verifica dell’effettiva assenza di discriminazioni ricade nella fase di esecuzione del rapporto concessorio. Prima dell’avvio della gestione, lo statuto di OMISSIS non può essere utilizzato per presumere delle intenzioni in contrasto con gli impegni assunti nei confronti del Comune. Allo stesso modo, i riferimenti del progetto di gestione alle imprese agricole aderenti a OMISSIS o alla OMISSIS, essendo funzionali alla gara, come si è visto sopra, non giustificano il sospetto che vi sia il disegno di riservare a tali imprese i posti disponibili, o i posti migliori, negli spazi di mercato. L’adesione a OMISSIS o alla OMISSIS non potrebbe operare neppure come titolo di precedenza per il caso di domande eccedenti i posti disponibili. Quest’ultima ipotesi è infatti già disciplinata dal regolamento comunale per lo svolgimento dei mercati di vendita diretta di prodotti agricoli, che prevede la formazione di un’apposita graduatoria secondo criteri neutri (v. art. 12 comma 5; allegato A).
20. Qualora la gestione dei mercati agricoli si rivelasse discriminatoria, sulla base di una pluralità di accertamenti e quindi oltre ogni ragionevole dubbio, il Comune avrebbe il potere-dovere di revocare la concessione, senza indennizzo, essendo violata la condizione su cui si era basata l’ammissione alla gara. Peraltro, per dimostrare l’assenza di discriminazioni non è necessario che la gestione dei mercati sia anonima. L’esibizione del logo di OMISSIS, della OMISSIS e di OMISSIS è un diritto conquistato assieme all’aggiudicazione della gara. La visibilità e il riconoscimento del nome sono alcune delle utilità immateriali che il gestore dei mercati agricoli può legittimamente ricavare da questo tipo di concessioni di servizi. Resta fermo il diritto delle imprese agricole non aderenti di escludere l’utilizzo del logo e dei segni distintivi sui prodotti esposti, e quindi sull’intero ripiano del banco di vendita, mentre analoga richiesta non potrà evidentemente essere formulata in relazione al resto delle strutture espositive e degli allestimenti, che dovranno avere un aspetto e un trattamento omogeneo secondo le indicazioni del gestore del mercato agricolo. In nessun modo la presenza del logo e dei segni distintivi potrà costituire un vincolo ad aderire ad OMISSIS o a OMISSIS, e ad avvalersi delle società di servizi collegate.
*Sull’attribuzione del punteggio*
21. Passando alle censure riguardanti l’attribuzione del punteggio, speculari nel ricorso principale e in quello incidentale, è opportuno raggruppare la trattazione dei contrapposti argomenti, per osservarli dalla medesima prospettiva.
22. Nel primo criterio (visione dei mercati) sia il OMISSIS sia OMISSIS hanno ottenuto il massimo punteggio (25 punti). Il OMISSIS sostiene però di aver indicato un calendario stagionale migliore, con 38 eventi promozionali (v. pag. 18-19 del Progetto Globale), non assimilabile alla generica previsione di feste a tema per complessivi 12 eventi contenuta nell’offerta di OMISSIS (v. pag. 25 del Progetto Globale). OMISSIS sostiene, in contrario, che il proprio schema di valorizzazione dei prodotti del territorio sarebbe più ampio, grazie alla varietà dei temi trattati negli eventi e alle potenzialità offerte dall’elevato numero di collaborazioni con soggetti di altri settori economici, a partire dal commercio (v. pag. 27-28 del Progetto Globale).
23. È evidente che ciascuna delle parti enfatizza gli aspetti migliori della propria offerta e quelli più fragili dell’offerta concorrente. Poiché l’esercizio della discrezionalità tecnica della commissione giudicatrice è ampiamente discrezionale, e non può essere sostituito da valutazioni autonome del giudice amministrativo, affinché si possa escludere la presenza di valutazioni sviate o irragionevoli è sufficiente accertare che vi siano i presupposti di fatto su cui si basa il punteggio attribuito. Nello specifico, entrambe le offerte presentano un ricco programma di eventi promozionali, riguardanti sia i prodotti agricoli stagionali del territorio sia la sensibilizzazione del pubblico sui temi della produzione agricola e della tutela dell’ambiente. I margini di maggiore o minore apprezzamento dei singoli eventi sono soggettivi, e comunque limitati, vista la qualità complessiva dei progetti.
24. Nel secondo criterio (organizzazione dei mercati), il OMISSIS ha ottenuto 20 punti, mentre OMISSIS ha ottenuto 24 punti. Nel ricorso principale si sostiene che l’offerta di OMISSIS non meriterebbe il punteggio ricevuto, in quanto, con riguardo all’allestimento, si limita a indicare le caratteristiche estetiche richieste alle singole aziende partecipanti ai fini della chiara riconoscibilità e del coordinamento delle aree mercatali (v. pag. 22 del Progetto Globale). Non viene dato rilievo agli aspetti infrastrutturali e della sicurezza, accuratamente trattati, invece, dal OMISSIS, anche nella predisposizione della cartografia del mercato di lungorio IV Novembre e piazza Martiri di Belfiore (v. doc. 14). OMISSIS replica che la sicurezza delle installazioni è un prerequisito non valutabile, e sostiene che la distanza tra le offerte avrebbe dovuto essere ancora maggiore, considerando il pregio del proprio *format* grafico e visivo (che è quello di Campagna Amica) per gazebo, grembiuli, postazioni mobili (*food truck*), bilance omologate, banchi frigo, cartelloni identificativi di ciascuna azienda agricola con indicazione della provenienza dei prodotti e dei metodi di produzione.
25. La tesi di OMISSIS sulla non valutabilità delle caratteristiche di sicurezza imposte per legge appare condivisibile. Per il resto, gli strumenti processuali non consentono di sindacare la discrezionalità tecnica della commissione giudicatrice con tale precisione da stabilire quanti punti in più o in meno avrebbero dovuto essere assegnati. Ferma restando, come precisato sopra, la libertà delle imprese agricole di aderire o non aderire a OMISSIS e alle fondazioni o associazioni collegate, è del tutto legittima la scelta di OMISSIS di creare un’immagine coordinata degli spazi di vendita utilizzando il *format* già adottato nella gestione dei propri mercati agricoli. Gli apprezzamenti rivolti ad OMISSIS dalla commissione giudicatrice (v. verbale della quarta seduta) a proposito della descrizione dell’organizzazione e dell’estetica dei mercati si fondano quindi su idonei presupposti di fatto.
26. Nel terzo criterio (caratteristiche dei prodotti) sono stati attribuiti 20 punti al OMISSIS e 24 punti ad OMISSIS. Il OMISSIS sostiene che la valutazione sarebbe ingiusta, in quanto nella propria offerta vi sono 60 referenze merceologiche (v. pag. 4 del Progetto Globale), mentre nell’offerta di OMISSIS ne sono elencate solo 30 (v. pag. 7-8 del Progetto Globale). OMISSIS sostiene invece che il divario nel punteggio avrebbe dovuto essere più ampio, in quanto nella propria offerta (v. pag. 8-14 del Progetto Globale) sono indicati anche 32 prodotti tipici, con la descrizione per ciascuno delle specificità, della storia, della lavorazione e del legame con il territorio.
27. La scelta della commissione giudicatrice di premiare la qualità rispetto alla quantità è coerente con le indicazioni dell’avviso pubblico, che ha dato una chiara indicazione a favore dei prodotti agricoli di eccellenza locale. I concorrenti erano quindi tenuti a enfatizzare questo profilo all’interno delle rispettive offerte. La misura dell’apprezzamento rientra nella discrezionalità tecnica della commissione giudicatrice, e nello specifico non appare fuori scala.
28. Nel quarto criterio (precedenti esperienze), il OMISSIS ha ottenuto il massimo punteggio (25 punti) mentre OMISSIS ha ottenuto 19 punti. Questa distribuzione del punteggio non soddisfa il OMISSIS, il quale sottolinea di avere titoli molto maggiori rispetto ad OMISSIS relativamente all’anzianità come gestore di mercati agricoli (12 anni contro 9), al numero di mercati coordinati attivi (25 contro 8), e al numero delle imprese complessivamente coinvolte nella gestione dei mercati (270 contro 15). OMISSIS evidenzia, in contrario, che occorre prendere in considerazione non il numero assoluto ma la media dei partecipanti ai mercati agricoli (10,8 per il OMISSIS, 15 per OMISSIS), rendendo così confrontabili i dati. OMISSIS sostiene inoltre che nel suo caso, erroneamente, non si sarebbe tenuto conto delle numerose collaborazioni con mercati agricoli organizzati da terzi.
29. Anche qui, nessuna delle censure incrociate può essere condivisa. La differenza quantitativa a favore del OMISSIS è evidente, e si riflette sul punteggio. Il confronto tra i dati medi delle aziende partecipanti ai mercati agricoli chiarisce che l’esperienza di OMISSIS è di pari livello qualitativo, e inferiore complessivamente solo perché l’ingresso in questo settore è avvenuto più di recente. Non sembra però corretto migliorare le statistiche prendendo in considerazione anche le collaborazioni con mercati agricoli organizzati da terzi, in quanto si tratta di esperienze non esattamente estrapolabili dal contesto (in particolare nei casi in cui OMISSIS ha semplicemente facilitato la partecipazione delle imprese agricole aderenti). Nell’attribuzione del punteggio deve sempre essere evitato il rischio che un concorrente ottenga crediti per il lavoro svolto da altri.
*Sui subcriteri*
30. Nel ricorso principale il OMISSIS lamenta la violazione dell’art. 95 comma 8 del Dlgs. 50/2016 a causa della mancata fissazione dei punteggi per i subcriteri. La censura non è condivisibile, perché, pur essendo la predetta norma applicabile anche alle concessioni di servizi, le precisazioni dell’avviso pubblico riferite ai singoli criteri di valutazione sono semplicemente descrittive, e non costituiscono subcriteri in senso proprio.
31. Per stabilire se le indicazioni con le quali la *lex specialis* chiarisce il contenuto dei criteri di valutazione siano da intendere come dei veri e propri subcriteri, occorre prima definire il grado di autonomia e creatività concesso ai concorrenti nell’elaborazione delle rispettive offerte. È evidente che quanto maggiore è la libertà di elaborazione della proposta, tanto minore sarà l’esigenza di guidare la commissione giudicatrice con parametri di estremo dettaglio. Normalmente, infatti, la presenza di subcriteri non è utile per l’interesse pubblico, in quanto viene percepita dai concorrenti come uno schema rigido a cui omologarsi, privando così la stazione appaltante degli apporti più innovativi e meno convenzionali. I subcriteri e i relativi punteggi si possono considerare necessari, al contrario, se per ragioni oggettive l’organizzazione del servizio deve rimanere identica per tutti i concorrenti, e la differenza è rimessa ad alcuni dettagli.
32. Nello specifico, il Comune ha lasciato ai concorrenti la decisione sul modello organizzativo dei mercati agricoli, limitandosi a fissare alcuni elementi qualitativi di interesse pubblico. La presenza dei subcriteri e dei relativi punteggi non sarebbe stata quindi utile, in quanto avrebbe vincolato le offerte a uno schema rigido, che lo stesso Comune non aveva intenzione di definire, verosimilmente anche per non indirizzare l’aggiudicazione verso un soggetto particolare tra i gestori già presenti e conosciuti sul territorio.
33. La commissione giudicatrice ha fornito una motivazione, verbalizzata nel verbale della quarta seduta, sulle caratteristiche più apprezzate nelle offerte in gara, chiarendo così il percorso che ha condotto al risultato finale. Esaminato nei dettagli, tale risultato appare solido e difendibile, in quanto, come si è visto sopra, l’attribuzione del punteggio in relazione ai singoli criteri non presenta profili di travisamento o errori evidenti.
*Sull’apertura delle buste telematiche*
34. L’ultima censura formulata nel ricorso principale dal OMISSIS riguarda la mancata apertura delle buste telematiche in seduta pubblica, circostanza che comporterebbe la violazione del principio di pubblicità codificato nell’art. 30 del Dlgs. 50/2016.
35. In realtà, la commissione giudicatrice si è comportata correttamente, in quanto l’avviso pubblico (v. art. 3) ha previsto l’invio delle domande esclusivamente in forma telematica, in formato PDF, con firma digitale, e tramite PEC. Queste modalità di trasmissione sono assistite da garanzie oggettive fornite da operatori esterni alla stazione appaltante, e dunque sono per sé idonee a escludere la possibilità di manipolare il contenuto delle offerte, una volta pervenute alla stazione appaltante, senza lasciare tracce informatiche. Di conseguenza, non è necessario, e costituirebbe anzi un inutile aggravio procedurale, aggiungere ulteriori adempimenti, a maggior ragione se si tratta di precauzioni pensate in origine per salvaguardare il contenuto di plichi cartacei.
*Conclusioni*
36. Per quanto sopra esposto, il ricorso principale deve essere respinto, in relazione a tutte le domande formulate. Parimenti, deve essere respinto il ricorso incidentale. L’effetto conformativo della pronuncia consolida l’affidamento della gestione dei mercati agricoli ad OMISSIS, con le precisazioni riportate nei punti precedenti a proposito del divieto di creare interferenze tra la partecipazione ai mercati agricoli e l’adesione ad associazioni sindacali.
37. La complessità della vicenda e la soccombenza reciproca nel ricorso principale e nel ricorso incidentale consentono l’integrale compensazione delle spese di giudizio.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)
definitivamente pronunciando:
(a) respinge il ricorso principale, in relazione a tutte le domande formulate;
(b) respinge il ricorso incidentale;
(c) compensa integralmente le spese di giudizio.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:
Roberto Politi, Presidente
Mauro Pedron, Consigliere, Estensore
Stefano Tenca, Consigliere

Pubblicato il 01/02/2019
**N. 00165/2019 REG.PROV.COLL.**
**N. 01516/2018 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana**
**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1516 del 2018, proposto da
\*\*\*\*\* in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall’avvocato OMISSIS;
***contro***
ANAS s.p.a. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati OMISSIS;
***nei confronti***
\*\*\*\*\* in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato OMISSIS;
***per l'annullamento***
1. della lettera d'invito e del disciplinare di gara n. FILAV007-18, avente ad oggetto “lavori di manutenzione straordinaria per il miglioramento delle condizioni della sicurezza stradale mediante il ripristino dei giunti di dilatazione delle opere d'arte sulla S.S. 674 “Tangenziale Ovest di Siena”, se in quanto lesivi degli interessi della ricorrente;
2. del provvedimento di esclusione disposto dall'ANAS dell'offerta della ricorrente Prot. n.0554512 del 19.10.2018, in relazione alla gara n. FILAV007-18, ed avente ad oggetto “lavori di manutenzione straordinaria per il miglioramento delle condizioni della sicurezza stradale mediante il ripristino dei giunti di dilatazione delle opere d'arte sulla S.S. 674 “Tangenziale Ovest di Siena”;
3. del provvedimento di aggiudicazione della gara n. FILAV007-18 prot. n. 574282 del 29.10.2018, avente ad oggetto “lavori di manutenzione straordinaria per il miglioramento delle condizioni della sicurezza stradale mediante il ripristino dei giunti di dilatazione delle opere d'arte sulla S.S. 674 “Tangenziale Ovest di Siena” a favore dell'Impresa \*\*\*\*\*, attuale controinteressata;
4. del verbale di verifica dell'offerta anomala redatto dalla Commissione di Gara nella parte in cui dispone l’esclusione dalla gara di appalto della ricorrente senza neanche disporre un contraddittorio e/o i chiarimenti in ordine alle offerte economiche presentate, in special modo, rispetto all’indicazione dei costi della manodopera che risultano essere congrui e non in violazione ai minimi salariali tabellari;
5. delle valutazione conclusive del Responsabile del Procedimento in merito alla verifica di congruità di cui all'art. 97 del codice di cui si ignorano estremi e contenuto e di ogni altro atto, provvedimento, determina, delibera propedeutica, connessa o consequenziale degli atti impugnati e se ed in quanto lesivi degli interessi della ricorrente, nonché del provvedimento di diniego alla istanza di riammissione presentata dalla ricorrente;
e per la declaratoria
- di inefficacia del contratto di appalto, ai sensi degli artt. 121 e ss. D.lgs. 104/10, ove medio tempore stipulato tra l'Amministrazione Appaltante e l'eventuale ulteriore aggiudicataria in via definitiva alla gara e con espressa richiesta della ricorrente di conseguire l'aggiudicazione della gara, per essere in possesso dei requisiti tecnico/organizzativi e per essere subito disponibile e all'immediata stipula del contratto – subentrando, quindi, in luogo dell'aggiudicataria – e all'immediato avvio di lavori messi a gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di ANAS s.p.a. e di \*\*\*\*\*;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 gennaio 2019 il dott. Alessandro Cacciari 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 Anas s.p.a. ha indetto un appalto per lavori di manutenzione straordinaria della tangenziale ovest di Siena, a procedura negoziata e con il criterio del minor prezzo, ai sensi dell’art. 36, comma 2, lett. c) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. La società \*\*\*\*\* ha partecipato offrendo un ribasso del 31,778% ed è risultata prima in graduatoria. Con verbale in data 9 maggio 2018 la Commissione giudicatrice ha rimesso al Responsabile Unico del Procedimento l’offerta al fine di procedere alla verifica di cui all’articolo 97, comma 5, lett. d) del medesimo d.lgs. n. 50/2016.
Nella seduta tenuta il 18 ottobre 2018 la Commissione ha preso atto degli accertamenti effettuati dal R.U.P. in ordine alla non congruità del costo della manodopera rispetto ai minimi salariali retributivi stabiliti delle “tabelle ministeriali” di cui all’art. 23, comma 16, d.lgs. n. 50/2016 e ANAS quindi, con nota 19 ottobre 2018 prot. 554512, ha comunicato a \*\*\*\*\* l’esclusione della gara. Il contratto pubblico è stato quindi aggiudicato alla \*\*\*\*\* con un ribasso pari al 31.286%.
L’esclusione, in uno con gli atti di gara, è stata impugnata da \*\*\*\*\* con il presente ricorso, notificato il 2 novembre 2018 e depositato il 14 novembre 2018.
La ricorrente lamenta, con primo motivo, che illegittimamente sarebbe stata esclusa dalla procedura senza alcun contraddittorio quando la sua offerta non era risultata anomala, collocandosi al di sotto della relativa soglia fissata nella percentuale di 34,503% dalla stessa stazione appaltante.
Con secondo e terzo motivo si duole, in specifico, che la stazione appaltante avrebbe dovuto attivare il procedimento di verifica prima di disporre la sua esclusione, nel corso del quale essa avrebbe potuto rappresentare le soluzioni tecniche di cui dispone per eseguire i lavori riducendo i costi della manodopera, come la produttività di ogni singola squadra in ragione dell’esperienza acquisita e le agevolazioni di cui fruisce per l’assunzione di alcuni lavoratori. La decisione della stazione appaltante, fondata solo ed esclusivamente in relazione ai valori medi delle tabelle ministeriali, sarebbe a suo dire abnorme, illogica ed irrazionale.
Si sono costituite A.N.A.S. s.p.a. e la controinteressata \*\*\*\*\* replicando alle deduzioni della ricorrente e chiedendo la reiezione del ricorso. La controinteressata in particolare ne eccepisce l’inammissibilità poiché la ricorrente non fornisce prova di resistenza.
Con ordinanza 28 novembre 2018, n. 732, è stata respinta la domanda cautelare.
All’udienza del 22 gennaio 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.
2. Il ricorso è infondato, e si prescinde perciò dalla trattazione dell’eccezione preliminare formulata dalla controinteressata.
In punto di fatto è incontestato che l’offerta della ricorrente presentasse valori della manodopera inferiori a quelli stabiliti dalle “tabelle ministeriali”. La lettura della nota di ANAS 19 ottobre 2018 prot. 554512 evidenzia che la sua esclusione è stata disposta sulla base del combinato disposto degli artt. 95, comma 10, e 97, comma 5, lett. d), del d.lgs. n. 50/2016, e non si è trattato dell’esclusione automatica di un’offerta anomala. Il verbale della Commissione di gara 9 maggio 2018 evidenzia infatti che alcuna delle offerte presentate nella procedura è risultata anomala.
La stazione appaltante ha quindi inteso esercitare un potere diverso da quello di verifica (ed esclusione) delle offerte anomale.
Questo potere trova fondamento nel citato articolo 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016 come modificato dall’art. 60, comma 1, lett. e) del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, cosiddetto “decreto correttivo”: esso, al secondo periodo, prevede che “le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell’aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all’articolo 97, comma 5, lett. d)” del medesimo d.lgs. n. 50/2016. Quest’ultima disposizione fa riferimento al costo del personale come indicato nelle tabelle ministeriali di cui all’articolo 23, comma 16, dello stesso decreto; è contenuta nell’articolo dedicato alla valutazione dell’anomalia delle offerte e il comma in cui è inserito prevede che l’offerta debba essere esclusa, alternativamente, se non viene giustificato il basso livello di prezzi proposti oppure se la stazione appaltante ha accertato che l’offerta stessa non rispetta gli elementi indicati alle successive lettere a), b), c) e appunto d). La disposizione cui rimanda l’articolo 95, comma 10, secondo periodo del d.lgs. n. 50/2016 evidenzia quindi che (anche) i minimi salariali retributivi indicati nelle “tabelle ministeriali” costituiscono un elemento inderogabile delle offerte presentate nelle gare per l’aggiudicazione dei contratti pubblici e, pertanto, in sede di verifica dell’anomalia non possono essere accettate giustificazioni fondate su una riduzione del trattamento salariale dei dipendenti a livelli inferiori a tale parametro. La disposizione, attraverso il richiamo operato dalla norma di cui al citato articolo 95, comma 10, secondo periodo del d.lgs. n. 50/2016 trova operatività anche laddove la stazione appaltante eserciti il diverso potere previsto da quest’ultima norma. Detto potere è finalizzato a controllare, prima dell’aggiudicazione, che l’offerente vincitore rispetti il medesimo parametro, ovvero che il costo del personale non sia inferiore ai minimi salariali retributivi indicati dalle “tabelle ministeriali”.
Il dettato normativo, così ricostruito in base ai rimandi contenuti nel testo di legge, appare sufficientemente chiaro e non richiede quindi un ulteriore approfondimento ermeneutico, in base al criterio secondo cui *in claris non fit interpretatio*.
Le stazioni appaltanti, ai sensi dell’articolo 95, comma 10, secondo periodo del d.lgs. n. 50/2016, prima dell’aggiudicazione hanno obbligo di controllare che i costi della manodopera rappresentati nell’offerta vincitrice non siano inferiori ai minimi salariali retributivi indicati nelle “tabelle ministeriali. Per tale verifica la disposizione non richiede alcun contraddittorio né, men che meno, che venga attivato il procedimento di verifica delle offerte anormalmente basse. La norma di rinvio è contenuta nell’articolo 97 del d.lgs. n. 50/2016 che disciplina detto procedimento; il rinvio però è limitato al disposto di cui al comma 5, lett. d), di tale articolo e, pertanto, non può essere interpretato nel senso che occorre attivare comunque il procedimento citato. Detto rinvio va invece interpretato nel senso che prima dell’aggiudicazione le stazioni appaltanti devono verificare il rispetto, da parte dell’offerta vincitrice, dei minimi salariali indicati nelle tabelle ministeriali. Laddove la verifica dia esito negativo, la disposizione di cui all’articolo 96, comma 10, richiamata non prevede l’istituzione di alcun contraddittorio e deve quindi ritenersi che l’offerta vada irrimediabilmente esclusa, come previsto dall’articolo 97, comma 5 (cui rinvia l’art. 96, comma10) a norma del quale l’accertamento che l’anomalia dell’offerta deriva da un costo del personale inferiore ai minimi tabellari ne determina senz’altro l’esclusione.
La sentenza del Consiglio di Stato, Sezione terza, 29 agosto 2018 n. 5084 depositata dalla ricorrente a sostegno delle proprie ragioni non è applicabile al caso di specie. Essa infatti aveva ad oggetto l’appello avverso la sentenza del T.A.R. Puglia - Lecce Sezione III, 3 agosto 2017 n. 1358, la quale è stata resa nell’ambito di un contenzioso riguardante una procedura indetta con determinazione dirigenziale della ASL di Lecce n. 1429 del 3 novembre 2016. A questa procedura era quindi applicabile la normativa sull’affidamento dei contratti pubblici nella versione antecedente la modifica operata dall’art. 60, comma 1, lett. e) del d.lgs. n. 56/2017. Nella versione originaria il comma 10 dell’articolo 95 stabiliva che “nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro” senza prevedere la verifica preventiva, da parte della stazione appaltante, del rispetto da parte dell’offerta vincitrice dei trattamenti retributivi stabiliti dalle “tabelle ministeriali”.
Tanto è sufficiente alla reiezione del ricorso; per scrupolo di completezza si rileva che, comunque, il divario dalle “tabelle ministeriali” dei costi della manodopera presente nell’offerta della ricorrente non appare comunque giustificabile nemmeno ove venissero presi in considerazione gli elementi da essa proposti a tal fine. Il mancato obbligo di corrispondere oneri quali l’indennità di trasporto, le trasferte, la previdenza complementare e l’indennità di disagio nonché tredicesima e quattordicesima mensilità viene solo affermato nella dichiarazione resa dal suo legale rappresentante in data 28 dicembre 2018; la relazione in data 24 dicembre 2018 ad opera della \*\*\*\*\*\* non è convincente poiché da un lato, si fonda genericamente sull’esperienza maturata dall’impresa ricorrente in lavori simili e il fatto che abbia offerto ribassi anche superiori a quello odierno in alcuni di essi non vale a creare un precedente vincolante, come correttamente replica la difesa della stazione appaltante; d’altro lato, le condizioni di maggior favore e le agevolazioni contributive che giustificherebbero il divario del costo del lavoro contenuto nell’offerta odierna sono affermate, ma non dimostrate come correttamente replica la difesa dell’impresa controinteressata.
Per questi motivi, il ricorso deve essere respinto.
Le spese processuali vengono tuttavia compensate in ragione della novità della questione affrontata.

**P.Q.M.**

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.
Spese compensate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 22 gennaio 2019 con l'intervento dei magistrati:
Rosaria Trizzino, Presidente
Riccardo Giani, Consigliere
Alessandro Cacciari, Consigliere, Estensore

Pubblicato il 30/01/2019
N. 00755/2019REG.PROV.COLL.
N. 06693/2018 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello numero di registro generale 6693 del 2018, proposto da
Fratelli Mazzocchia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Xavier Santiapichi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni, n. 44;

contro

Ama S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Fonderico, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Farì in Roma, via Vittorio Veneto, n. 108;
Farid Industrie S.p.A. e Omb Roma S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, entrambe rappresentate e difese dall'avvocato Salvatore Dettori, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza SS. Apostoli, n. 66;

nei confronti

Raggruppamento Officine Meccaniche Ar.Ma. S.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda, n. 8326/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ama S.p.A., di Farid Industrie S.p.A. e di Omb Roma S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 ottobre 2018 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Tradardi, su delega dell'avv. Santiapichi, Fonderico e Dettori;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1.- Con atto di appello notificato nei tempi e nelle forme di rito Fratelli Mazzocchia S.p.A., come in atti rappresentata e difesa:

a) premetteva di aver partecipato, unitamente alla propria ausiliaria, alla procedura evidenziale aperta indetta da AMA S.p.A., con bando di gara pubblicato del 15 novembre 2017, preordinata all’affidamento della fornitura di n. 60 autocompattatori a tre assi “Side Loader” per la raccolta rifiuti, comprensiva del servizio di manutenzione per un periodo di sessanta mesi, divisa in tre lotti;

b) esponeva che avverso la propria ammissione – disposta all’esito della apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa – erano insorte, con ricorso ex art. 120, comma 2 bis c.p.a. dinanzi al TAR per il Lazio, le concorrenti Farid Industrie S.p.A. e OMB Roma S.r.l., quali componenti del costituendo raggruppamento di imprese, lamentando, con plurimo ed articolato motivo di doglianza, la mancanza dei necessari requisiti di capacità tecnico professionale e l’inidoneità, per indeterminatezza, del valorizzato avvalimento operativo;

c) lamentava che, con sentenza n. 8326/2018, l’adito Tribunale, nel rituale contraddittorio delle parti, aveva inopinatamente accolto l’avverso gravame, sancendo la propria estromissione dalla procedura.

2.- Avverso la ridetta determinazione insorgeva, lamentandone l’erroneità e l’ingiustizia ed invocandone l’integrale riforma.

Si costituivano in giudizio AMA S.p.A., che aderiva alle critiche prospettazioni di parte appellante, nonché le controinteressate Farid Industrie S.p.A. e OMB Roma S.r.l., che argomentavano l’infondatezza dell’appello, auspicandone la reiezione.

Alla camera di consiglio del 18 ottobre 2018, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite e previo rituale avviso, la causa veniva riservata per la decisione.

**DIRITTO**

1.- Con il primo motivo di gravame, l’appellante – prospettando error in judicando per travisamento dei fatti e violazione e falsa applicazione dell’art. 83, comma 1 lett. b) e comma 4 d. lgs. 50/2016, nonché violazione dell’art. 6.2 del disciplinare di gara ed illogicità e contraddittorietà manifesta – si duole che il primo giudice, nell’accogliere, per quanto di ritenuta ragione, il ricorso delle controinteressate in relazione alla pretesa indeterminatezza del contratto di avvalimento stipulato con l’impresa ausiliaria Ar.Ma. s.r.l., avrebbe erroneamente qualificato il requisito prestato in termini di requisito di capacità tecnico-professionale, laddove si sarebbe trattato di mero requisito di capacità economico – finanziaria: donde l’erroneo corollario della natura operativa dell’avvalimento in contestazione, il quale – per contro – avrebbe dovuto essere, in tesi, qualificato come mero avvalimento di garanzia.

1.1.- Il motivo non è fondato.

Importa premettere, in termini generali, che l’istituto dell’avvalimento, di derivazione comunitaria, è finalizzato, secondo quanto più volte chiarito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell’UE, a conseguire l’apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, consentendo che una impresa possa comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari, tecnici e organizzativi per la partecipazione a una gara, facendo riferimento alla capacità di altro soggetto che assume contrattualmente con la stessa una responsabilità solidale, impegnandosi nei confronti della stazione appaltante.

Conforme a siffatta ratio è l’esigenza, riconosciuta dalla consolidata giurisprudenza al fine di evitare che il rapporto di avvalimento si trasformi in una sorta di “scatola vuota”, che l’ausilio contrattualmente programmato e prefigurato sia effettivo e concreto, essendo inidonei impegni del tutto generici, che svuoterebbero di significato l’essenza dell’istituto (così, tra le tante, Cons. Stato, V, 20 novembre 2018, n. 6651; Id., V, 19 luglio 2018, n. 4396; Id., III, 5 marzo 2018, n. 1338).

In particolare, in merito all’avvalimento riguardante requisiti di capacità tecnica e professionale, è costantemente ripetuta l’affermazione secondo cui l’indicazione dei mezzi aziendali messi a disposizione per l’esecuzione dell’appalto è necessaria a pena di esclusione del concorrente dalla gara: ciò argomentando dal carattere generale del principio espresso dall’art. 88 del regolamento di esecuzione del previgente codice dei contratti pubblici, riferimento normativo ora da individuarsi nell’ultimo inciso dell’art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 (secondo cui “[…] il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria”), aggiunto dal d.lgs. n. 56 del 2017.

Per tal via, i mezzi, il personale, il know-how, la prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti in relazione all’oggetto dell’appalto e ai requisiti per esso richiesti dalla stazione appaltante sono indispensabili per rendere determinato l’impegno dell'ausiliario tanto nei confronti di quest’ultima che del concorrente aggiudicatario (tra le tante, Cons. Stato, III, 3 maggio 2017, n. 2022; V, 4 novembre 2016, n. 4630; nello stesso senso si è definitivamente orientata la giurisprudenza con riguardo all’avvalimento dell’attestazione SOA, che pure viene rilasciata previa verifica della complessiva capacità tecnico - organizzativa ed economico - finanziaria dell'impresa, Cons. Stato, V, 16 maggio 2017, n. 2316; 12 maggio 2017, n. 2226; 23 febbraio 2017, n. 852; 6 giugno 2016, n. 2384; 27 gennaio 2016 n. 264).

L’indicazione contrattuale degli elementi in questione è, nella riassunta prospettiva, necessaria per definire l’oggetto dell’avvalimento ai sensi dell’art. 1346 c.c., donde la nullità (strutturale) del contratto medesimo in base alla comminatoria dell’art. 1418, comma 2, c.c., laddove risulti impossibile individuare un’obbligazione assunta dall’ausiliario su un oggetto puntuale e che sia coercibile per l’aggiudicatario, oltre che per la stazione appaltante, in virtù della responsabilità solidale prevista dall’art. 49, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006 (da ultimo, Cons. Stato, n. 6651/2018 cit.).

Le conclusioni che precedono sono assunte dalla giurisprudenza prevalente, nella quale è ricorrente l’affermazione che, nel caso di avvalimento c.d. “tecnico od operativo”, avente a oggetto requisiti diversi rispetto a quelli di capacità economico-finanziaria, sussiste sempre l’esigenza di una messa a disposizione in modo specifico di risorse determinate: onde è imposto alle parti di indicare con precisione i mezzi aziendali messi a disposizione dell’ausiliata per eseguire l'appalto (Cons Stato, V, 22 dicembre 2016, n. 5423; 28 febbraio 2018, n. 1216).

In parte diversa è la figura dell’avvalimento c.d. “di garanzia”, nel quale, per comune intendimento, l’impresa ausiliaria si limita a mettere a disposizione il suo valore aggiunto in termini di solidità finanziaria e di acclarata esperienza di settore, e nel quale non è conseguentemente necessario, in linea di massima, che la dichiarazione negoziale costitutiva dell’impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o a indici materiali atti a esprimere una certa e determinata consistenza patrimoniale, ma è sufficiente che dalla ridetta dichiarazione emerga l’impegno contrattuale a prestare e a mettere a disposizione dell’ausiliata la complessiva solidità finanziaria e il patrimonio esperienziale, così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità (Cons. Stato, V, 30 ottobre 2017, n. 4973; III, 11 luglio 2017, n. 3422; V, 15 marzo 2016, n. 1032).

Dalle esposte premesse, può trarsi la conseguenza (cfr., ancora da ultimo, Cons. Stato, V, n. 6651/2018 cit.) che, anche al di là della tipologia di requisito prestato (capacità economico-finanziaria o capacità tecnico-professionale), se il grado di specificazione di mezzi e personale richiesto affinché il contratto non sia nullo ai sensi dell'art. 89, comma 1, ultimo inciso, del d.lgs. n. 50 del 2016 (per indeterminatezza dell'oggetto), dipende dal contenuto specifico del singolo contratto di avvalimento (e, quindi, dalle natura e dalla tipologia delle prestazioni oggetto delle obbligazioni concretamente assunte dall'impresa ausiliaria) va sicuramente esclusa la validità del contratto di avvalimento che applichi formule contrattuali del tutto generiche, ovvero meramente riproduttive del dato normativo o contenenti parafrasi della clausola della lex specialis descrittiva del requisito oggetto dell’avvalimento stesso.

Una siffatta modalità di specificazione delle “risorse” prestate non soddisfa l’obbligo imposto dal Codice dei contratti pubblici, in quanto la stazione appaltante non è messa in grado né di comprendere quali siano gli impegni concretamente assunti dall’ausiliaria nei confronti della concorrente, né di verificare e controllare, in sede di gara e di esecuzione, che la messa a disposizione del requisito non sia meramente cartolare bensì corrisponda a una prestazione effettiva di attività e di mezzi da una impresa all’altra.

Vale, per tal via, ribadire che sia nel caso di avvalimento c.d. “di garanzia”, che in quello di avvalimento c.d. “tecnico od operativo”, l'indagine circa l’efficacia del contratto allegato al fine di attestare il possesso dei relativi titoli partecipativi deve essere svolta in concreto, seguendo i criteri ermeneutici del testo contrattuale dettati dalla decisione dell’Adunanza Plenaria n. 23 del 2016, la quale ha sottolineato che l’indagine in ordine agli elementi essenziali della figura deve essere svolta sulla base delle generali regole sull’ermeneutica contrattuale, e, segnatamente, secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e secondo buona fede delle clausole contrattuali (artt. 1363 e 1367 c.c.).

1.2.- Sulle esposte premesse, nella fattispecie in esame occorre verificare, avuto riguardo alle formalizzate ragioni di doglianza: a) la natura e la consistenza dei requisiti di partecipazione alla gara, quali segnatamente scolpiti al punto 7.2 del disciplinare; b) la conseguente natura dell’avvalimento, nei termini formulati nella domanda di partecipazione da parte dell’appellante; c) la idoneità formale e sostanziale del relativo contratto.

1.2.1.- Sul primo punto, l’appellante assume che i requisiti richiesti dalla lex specialis fossero di natura (meramente) economico-finanziaria: con il che il relativo avvalimento avrebbe dovuto essere considerato di garanzia (e non operativo), discendendone, in definitiva, la sufficienza della scrittura contrattuale allegata, a dispetto della genericità della indicazione.

L’assunto non può essere condiviso.

Invero, il disciplinare, al punto 7.1.2., pretendeva, ai fini dell’utile accesso alla selezione, “l’esecuzione per ciascun lotto nei tre anni antecedenti la pubblicazione del bando di forniture analoghe a quelle oggetto dell’appalto, comprensive del servizio di manutenzione, per un importo totale non inferiore al valore della base d’asta di ciascun lotto”, dichiaratamente prefigurati in termini di “requisiti di capacità tecnica e professionale”, giusta il riferimento all’art. 83, comma 1 lett. c) del d. lgs. n. 50/2016.

Il possesso del requisito in questione avrebbe dovuto essere comprovato mercé l’indicazione di “tutte le informazioni relative ai servizi eseguiti, con indicazione dei rispettivi importi, date e destinatari, pubblici privati”, nonché con la produzione “di certificati di regolare esecuzione e/o documentazione equipollente” (cfr. pag. 37 del disciplinare).

Di là dalla pur puntuale evocazione della lett. c) dell’art. 83 del Codice (per l’appunto evocativa dei criteri di selezione incentrati sulle “capacità tecniche e professionali”), conta, sul piano sostanziale, la prescrizione dei relativi “mezzi di prova” che – in conformità alla regola di cui al combinato disposto degli artt. 83, comma 7 e 86, comma 4 – risultava incentrata sulle modalità prefigurate nella Parte II dell’Allegato XVII al Codice (e, cioè, non sulla mera indicazione del fatturato globale o settoriale dell’ultimo triennio, ma sulla elencazione delle prestazioni effettuate, dei relativi importi, date e destinatari: cfr. lettera a) n. ii).

Si trattava, dunque, con ogni evidenza di requisiti di capacità tecnica e professionale, in tale senso deponendo sia la chiara lettera del disciplinare (peraltro, in parte qua non impugnato), sia la ratio stessa del requisito (posto che, come condivisibilmente ritenuto dai primi giudici, se non si fosse trattato di un requisito di capacità tecnica, non avrebbe avuto senso richiedere indicazioni specifiche sulla tipologia e sulle caratteristiche dei servizi espletati, né verificare la corretta esecuzione degli stessi in sede di comprova, mediante allegazione delle relative autocertificazioni).

Del resto, se il requisito in questione non fosse stato inerente le capacità tecniche e professionali, se ne sarebbe dovuta dedurre l’implausibile assenza, nella lex specialis di procedura, di ogni prescrizione sul punto.

In definitiva, non è revocabile in dubbio che la richiesta di un fatturato specifico fosse motivata dalla necessità di individuare un parametro per valutare l’entità dei precedenti servizi svolti (pur essendo, certamente, un indicatore di solidità economica: cfr. All. XVII, Parte I, lett. c): ciò che era funzionale alla dimostrazione dell’esistenza di una idonea organizzazione produttiva, idonea alla realizzazione del prefigurato programma contrattuale.

1.2.2.- Ne consegue che il relativo avvalimento andava considerato come tecnico-operativo e non di mera garanzia: come tale, esso postulava un grado di determinatezza e di precisione nella concreta identificazione delle effettive risorse reali e personali messe a disposizione dall’ausiliaria, che non è dato riscontrare nella vicenda in esame.

Infatti, il contratto versato in atti prevedeva la generica messa a disposizione di “locali di officina, personale, mezzi, attrezzature e organizzazione necessari all’esecuzione, nei limiti concordati e consentiti, dei servizi di manutenzione”, senza alcuna specifica e dettagliata indicazione.

2.- L’infondatezza del primo motivo dei gravame vale ad assorbire ogni altro motivo di doglianza, posto che il riscontro della inidoneità dell’avvalimento rappresenta autonoma e autosufficiente ragione di estromissione dell’appellante dalla procedura evidenziale: di tal che alcuna prospettica utilità discenderebbe, all’appellante, dalla eventuale fondatezza delle ulteriori censure formulate.

Ne discende la complessiva reiezione dell’appello e la regolazione delle spese di lite, nei sensi di cui al dispositivo che segue, giusta l’ordinario canone della soccombenza.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l’appellante alla refusione delle spese di lite, nella misura di € 3.000.00, oltre accessori di legge, a favore di Farid Industrie S.p.A. e di € 3.000,00, oltre accessori, a favore di Omb Roma S.r.l., compensandole nei confronti di AMA S.p.a.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Pubblicato il 24/01/2019
N. 00612/2019REG.PROV.COLL.
N. 04883/2018 REG.RIC.

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

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4883 del 2018, proposto da
Società Progetto Geoambiente s.r.l., in proprio e quale mandataria di a.t.i. con Schiavo & C. s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro- tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Paolo Vosa, Giuliana Vosa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
***contro***
Centrale Unica di Committenza Partenio – Vallo di Lauro, Comune di Montesarchio non costituiti in giudizio;
***nei confronti***
Tecnocostruzioni S.r.l. in proprio e quale mandataria di a.t.i. con Rillo Costruzioni s.r.l. e Cericola S.r.l. in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Prozzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
***per la riforma***
della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Sezione Prima) n. 3388/2018, resa tra le parti, concernente affidamento dei lavori di bonifica e messa in sicurezza della discarica comunale in località Tora Badia del Comune di Montesarchio;
Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Tecnocostruzioni s.r.l.;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 gennaio 2019 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti l’avvocato Paolo Vosa;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

Con bando pubblicato sulla GU il 23 ottobre 2017, la Centrale Unica di Committenza “Partenio- Vallo di Lauro” dava avvio per conto del Comune di Montesarchio alla procedura di gara per l’affidamento dei lavori di bonifica e messa in sicurezza della discarica comunale in località Tora Badia, per un importo a base d’appalto di € 4.469.061,06 oltre IVA con il metodo dell’offerta economicamente più vantaggiosa.
La Tecnocostruzioni s.r.l. mandataria della costituenda a.t.i. con Rillo Costruzioni s.r.l. risultava seconda classificata con 73,098 punti contro gli 80,090 punti dell’at.i.. formata da Progetto Geoambiente s.r.l. e Schiavo S.p.A. cui veniva aggiudicato l’appalto con determinazione del responsabile della C.U.C. n. 6 del 14 marzo 2018.
Avverso tale provvedimento la Tecnocostruzioni s.r.l. proponeva ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo della Campania, con il quale sosteneva la violazione del disciplinare di gara ed in particolare la violazione del principio secondo cui l’offerta va dichiarata inammissibile quando il concorrente non sia in possesso dei requisiti di capacità professionale necessari per poterla eseguire ed inoltre la violazione dell’art. 61 del Regolamento, del disciplinare di gara, dell’art. 95, comma 10, del Codice dei contratti pubblici, assoluta incertezza sul contenuto dell’offerta in relazione all’oggetto e consistenza delle migliorie.
Si costituivano in giudizio la controinteressata Geoambiente s.r.l. e la Schiavo s.p.a. partecipanti al costituendo a.t.i. aggiudicatario e proponevano altresì ricorso incidentale contestante l’ammissione alla gara della ricorrente, per violazione dell’art. 95 d.lgs. n. 50 del 2016, del disciplinare di gara, del principio di segretezza dell’offerta economica, dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all’articolo 97 Cost..
Con sentenza n. 3378 del 23 maggio 2018 il Tribunale amministrativo riteneva in primo luogo l’infondatezza del primo motivo del ricorso principale sull’insufficienza della qualificazione nella categoria OG12 del raggruppamento aggiudicatario, in vista del proposto incremento migliorativo che avrebbe determinato il superamento della soglia massima per la quale esso era abilitato a svolgere lavorazioni rientranti nella categoria OG12, infondatezza derivata dall’impossibilità della sommatoria tra l’importo a base d’asta e la valorizzazione delle migliorie (1.031.681,58), poiché non venivano considerati i risparmi di spesa sul valore posto a base di gara.
Venivano invece ritenuti fondati i motivi secondo e terzo con i quali veniva censurata la mancata esclusione dell’aggiudicatario, per essersi limitato ad indicare un costo complessivo della mano d’opera inferiore a quello stimato dalla stazione appaltante, senza produrre alcun elaborato tecnico con la solo indicazione del costo complessivo della mano d’opera inferiore a quello stimato dalla stazione appaltante, nonostante la previsione di consistenti lavori aggiuntivi.
Il paragrafo IX.4 del disciplinare di gara imponeva ai concorrenti, a pena di esclusione, di produrre un dettagliato cronoprogramma dei lavori, in cui ai concorrenti era richiesto di individuare, mediante una serie indicata di documenti tecnici, il dettaglio dell’organizzazione dei mezzi d’opera e delle risorse umane impegnate nelle diverse componenti dell’opera, mentre tali dati specifici non erano stati indicati nell’offerta dell’aggiudicataria a parere del giudice di primo grado, e la relazione allegata al cronoprogramma si era limitata a precisare che l’impresa avrebbe garantito una struttura fissa di cantiere organizzata con l’indicazione delle tipiche figure professionali senza però individuarne la composizione settimanale, come invece prescritto dal disciplinare; sarebbe stata così impedita la verifica della sostenibilità dei tempi indicati nel cronoprogramma e dei costi della mano d’opera anche ai fini della verifica di cui all’art. 95, comma 10 del *codice* sull’effettivo rispetto da parte delle partecipanti dei costi minimi della mano d’opera.
Il Tribunale amministrativo soprassedeva dallo scrutinio dell’ultimo motivo del gravame e procedeva all’esame del ricorso incidentale con cui la controinteressata censurava l’ammissione alla gara della parte ricorrente, con il rilevare che nella relazione al cronoprogramma era stata indicata anche la componente economica della propria offerta, in violazione del principio di separazione tra offerta tecnica ed economica.
In realtà lo stesso disciplinare di gara al punto IX.4 lett. *b)* imponeva ai partecipanti di menzionare nella relazione al cronoprogramma operativo “l’avanzamento economico” dei lavori ed anche nel dettaglio dell’organizzazione dei mezzi e delle risorse umane “a cadenza settimanale” e detta indicazione dei costi via via sostenuti nello sviluppo dell’appalto non poteva violare il principio di separatezza tra offerta economica e ed offerta tecnica, visto il criterio rigidamente matematico di valutazione de “l’offerta tempo” e di quella economica in base al punto VIII.3 del disciplinare, con la conseguente esclusione di ogni apporto discrezionale della commissione di gara.
Il ricorso incidentale era così infondato, mentre era da accogliere il principale con l’illegittimità dell’ammissione dell’aggiudicataria e, per conseguenza, della disposta aggiudicazione disposta in suo favore.
Con appello in Consiglio di Stato notificato il l’a.t.i. Progetto Geoambiente s.r.l. e Schiavo S.p.A. impugnavano la sentenza in questione e sosteneva dapprima l’erroneità del rigetto del ricorso incidentale, poiché dalla lettura del disciplinare era desumibile in numerosi punti l’obbligo a pena di esclusione la separazione all’offerta economica rispetto al resto della domanda e l’avanzamento economico dei lavori poteva essere dimostrato anche graficamente o in percentuali o ancora in riferimento all’importo dei lavori al lordo del ribasso; la circostanza che la valutazione delle offerte venisse espressa con criteri matematici non esimeva la commissione da apprezzamenti discrezionali sulla sostenibilità dell’offerta/tempo.
In via subordinata si lamentava l’accoglimento del secondo e terzo motivo del ricorso introduttivo, poiché l’aggiudicataria aveva comunque indicato attraverso i grafici l’avanzamento previsto ed esposto l’organizzazione di cantiere e delle procedure idonee ad assicurare un controllo dell’avanzamento, garantendo gli obiettivi tecnici e temporali.
L’a.t.i. aggiudicataria concludeva per l’accoglimento dell’appello con vittoria di spese.
L’a.t.i. ricorrente in primo grado si è costituita in giudizio, sostenendo l’inammissibilità e l’infondatezza dell’appello e chiedendone il rigetto, mentre non si è costituita la stazione appaltante.
All’udienza del 17 gennaio 2019 la causa è passata in decisione.
Deve dapprima essere esaminato il primo motivo di appello, essenzialmente riproduttivo del ricorso incidentale di primo grado, secondo il quale l’a.t.i. Tecnocostruzioni s.r.l./ Rillo Costruzioni s.r.l. avrebbe violato il principio di separazione tra l’offerta economica e gli altri documenti da riportare nella domanda di partecipazione.
Il motivo è fondato in via assorbente.
Il bando di gara prescriveva che il plico contenente la domanda dovesse contenere quattro buste, la prima con la documentazione amministrativa, la seconda contenente l’offerta tecnica, la terza l’offerta tempo e la quarta ed ultima l’offerta economica, con la precisazione che la mancata separazione dell’offerta economica dall’offerta tecnica, ovvero l’inserimento di elementi concernenti il prezzo in documenti non contenuti nella busta dedicata all’offerta economica, avrebbe costituito causa di esclusione; come complemento di detta prescrizione, la sezione X del bando sulle modalità di espletamento della gara stabiliva l’ordine di apertura delle buste contenute in ciascuna domanda, ponendo come ultima l’apertura e l’attribuzione del punteggio per l’offerta economica.
Quanto all’offerta tempo, essa doveva contenere la dichiarazione del numero di giorni in meno, non superiore a 42 giorni, offerti sul tempo massimo previsto dal progetto per la esecuzione dei lavori, ed inoltre il cronogramma "operativo", da allegare esclusivamente, a pena di esclusione, a corredo della dichiarazione predetta, con il quale il concorrente avrebbe dovuto evidenziare mediante ogni elaborato ritenuto opportuno, il dettaglio dell'organizzazione dei mezzi d'opera e delle risorse umane impegnate nelle diverse componenti tanto da far rilevare il numero di mezzi d'opera ed il personale che l'impresa, a cadenza settimanale, era in grado di offrire ed impegnarsi a mantenere per tutta la durata dei lavori, il tutto senza l’inserimento di altri documenti.
Il bando stabiliva la sanzione esclusiva, qualora l'offerta temporale, fosse risultata in un altro documento della gara, in coerenza con la disposizione generale sul divieto di inserimenti o commistioni tra il prezzo o sue particolarità e gli elementi dell’intera offerta anzidetti.
Nel caso di specie l’offerta tempo dell’a.t.i. Tecnocostruzioni/Rillo, nella definizione del cronoprogramma, è scandita in caselle aventi dimensioni temporali ed in ognuna delle quali è riportata tale e a quale la frazione di offerta economica che compone il corrispettivo di quella determinata fase temporale. Il risultato, del tutto conseguente, resta nella somma di tale cronoprogramma, €. 3.261.625,43 coincidente con il totale dell’offerta economica dell’a.t.i. ricorrente in primo grado, con la palese violazione della prescrizione della separatezza tra offerta economica e offerta temporale prescritta dal bando.
L’appellante rileva poi ai fini della completezza della censura e del tutto correttamente ai fini sostanziali, che la scelta operata dalla concorrente non era obbligata, ma poteva essere rappresentata in altro modo, con l’indicazione grafica dell’andamento dei lavori senza riflessi sul dato economico e per lo meno con percentuali sull’importo dei lavori al lordo del ribasso, dato economico che però nulla svelava sulla consistenza dell’offerta economica.
Vi è da rimarcare che la sezione VIII del bando sui criteri e modalità di aggiudicazione stabiliva che l’offerta tempo dovesse ottenere un apprezzamento di sia pure governata discrezionalità, quindi non poteva essere invocato dall’a.t.i. appellata il fattore del vincolo totale per la commissione di gara che avrebbe potuto sterilizzare l’influenza derivante dalla previa conoscenza del dato economico.
Appare coerente e necessario il richiamo da parte dell’appellante al consolidato orientamento giurisprudenziale di questa Sezione, laddove la procedura di gara sia caratterizzata da una netta separazione tra la fase di valutazione dell'offerta tecnica e quella dell'offerta economica, il principio di segretezza comporta che, fino a quando non si sia conclusa la valutazione degli elementi tecnici, è interdetta al seggio di gara la conoscenza di quelli economici, per evitare ogni possibile influenza sull’apprezzamento dei primi.
Il principio della segretezza dell'offerta economica è a presidio dell'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), *sub specie* di trasparenza e *par condicio* dei concorrenti, per garantire il lineare e libero svolgimento dell’*iter* che si conclude con il giudizio sull'offerta tecnica e l'attribuzione dei punteggi ai singoli criteri di valutazione.
La peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica, impone che la tutela copra non solo l’effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio: già la sola possibilità di conoscenza dell'entità dell'offerta economica, prima di quella tecnica, è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità della valutazione (Cons. Stato, V, 20 luglio 2016 n. 3287 ed ulteriore giurisprudenza ivi cit. Sez. V, 19 aprile 2013 n. 2214; 11 maggio 2012, n. 2734 e 21 marzo 2011, n. 1734).
Inoltre nel caso trattato dalla pronuncia più recente, la commissione di gara avrebbe dovuto assegnare i punteggi relativi all’offerta tecnica sulla base di criteri automatici, con un residuo di discrezionalità limitata all’accertamento di quanto dichiarato, dunque nel caso di specie la violazione dei principi fondamentali ricordati appare ancor più pregnante.
Per le suesposte considerazioni l’appello va accolto con la riforma della sentenza impugnata.
Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso introduttivo.
Condanna l’a.t.i. controinteressata al pagamento delle spese di giudizio per ambedue i gradi, liquidate in complessivi €. 5.000,00 (cinquemila/00), mentre le compensa nei confronti del Comune di Montesarchio.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 gennaio 2019 con l'intervento dei magistrati:
Giuseppe Severini, Presidente Claudio Contessa, Consigliere Fabio Franconiero, Consigliere Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore Valerio Perotti, Consigliere

Pubblicato il 22/01/2019
N. 00034/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00754/2018 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 754 del 2018, proposto da
Pro.S.T. – Produzioni e Servizi Tecnici S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Roberta Bertolani, Mirko La Terra Bellina e Debora Urru, con domicilio digitale come da P.E.C. da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell’avv. Debora Urru in Cagliari, via Farina n. 44;

contro

Unione dei Comuni Marmilla, rappresentata e difesa dagli avvocati Mauro Barberio e Stefano Porcu, con domicilio digitale come da P.E.C. da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio, in Cagliari, via Garibaldi n. 105;

nei confronti

Mm Servizi e Consulenze S.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Mascia, con domicilio digitale come da P.E.C. da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, via Alagon n. 49;

per l'annullamento, previa sospensione dell’efficacia:

- della Determinazione del Responsabile del Servizio dell'Unione dei Comuni Marmilla n. 64 dell'1/08/2018 (n. 321 dell'1/08/2018 del Registro Generale Determinazioni 2018) con la quale è stato disposto l'affidamento definitivo alla controinteressata del Servizio di “Supporto sportello unico associato per attività produttive e per l'edilizia (SUAPE) CIG: [7463207140]” (doc. 1) – come da avviso di aggiudicazione (doc. 2);

- di tutti i verbali della procedura di gara (doc. 3) ed in particolare del verbale di ammissione della controinteressata non pubblicato (doc. 4), del verbale della Commissione giudicatrice in seduta riservata (doc. 5) e del verbale di formulazione della graduatoria finale e relativa proposta di aggiudicazione (doc. 6);

. della nota prot. n.5142 dell'Unione dei Comuni Marmilla a firma del R.U.P. dott. Giorgio Sogos consegnata a mezzo PEC in data 19.09.2018 di riscontro negativo all'istanza di riesame e autotutela trasmessa dalla Pro.S.T. S.r.l. (doc. 7);

- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ancorché non conosciuti, ivi compresi, ove occorra, la determinazione a contrattare n. 30 del 30.04.2018 e la determinazione n. 57 del 13.7.2018 di nomina della commissione giudicatrice, oltre a tutti gli atti della lex specialis, ivi compreso il bando ed il disciplinare di gara;

e per il conseguente accertamento:

- del diritto dell'impresa Pro.S.T. S.r.l., ricorrente, di conseguire l'aggiudicazione della procedura e, per l'effetto, di stipulare il contratto, anche a mezzo di subentro, per l'intera durata dell'affidamento posta in gara, con declaratoria di inefficacia, anche retroattiva e anche in sede cautelare, del contratto, qualora stipulato con il controinteressato;

nonché per la condanna:

- dell'Ente resistente al risarcimento del danno, in forma specifica, stante la disponibilità della ricorrente ad eseguire ovvero a subentrare nella esecuzione del contratto, ovvero, in subordine, per equivalente, nella misura che sarà quantificata e comprovata in corso di causa.

Visti il ricorso e i relativi allegati.

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Unione dei Comuni della Marmilla e della Mm Servizi e Consulenze S.r.l.

Visti tutti gli atti della causa.

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 gennaio 2019 il dott. Antonio Plaisant e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Con determinazione a contrarre 30 aprile 2018, n. 30, l’Unione dei Comuni della Marmilla (da qui in poi soltanto “Unione”) aveva indetto una procedura aperta, ai sensi dell’art. 60 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, da svolgersi in formatelematica sul CAT Sardegna, per l’affidamento -in base al criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa- del Servizio di “Supporto sportello unico associato per attività produttive e per l’edilizia (SUAPE)”, con importo presunto a base d’asta di euro 220.700,00 (IVA esclusa), di cui euro 26.000 suscettibili di ribasso.

La lex specialis di gara prevedeva il punteggio massimo complessivo di punti 100, dei quali 70 per il merito tecnico dell’offerta (a loro volta suddivisi in 10 punti per “Organizzazione del servizio”, 10 punti per “Strumenti di verifica e valutazione”, 10 punti per “Organizzazione del personale”, 10 punti per “Attività promozionale”, 30 punti per “Proposte migliorative e innovative”) e i restanti 30 punti per il prezzo offerto.

All’esito delle operazioni valutative la Commissione aveva attribuito alle due uniche concorrenti in gara i seguenti punteggi:

Mm Servizi e Consulenze S.n.c. di Massimo Caria e Marco Pala (da qui in poi “Mm”): punti 85,46, di cui 70 per il merito tecnico dell’offerta e 15,46 per il ribasso offerto (pari al 15,46%);

Pro.S.T. S.r.l. (da qui in poi “PRO”): punti 81,66, di cui 51,66 per il merito tecnico e 30 per il ribasso offerto (pari al 97%).

È seguita la proposta di aggiudicazione e la conseguente deliberazione 1 agosto 2018, n. 64, con cui il Responsabile del Servizio ha definitivamente aggiudicato il servizio alla Mm.

Ottenuto accesso agli atti di gara, la seconda classificata PRO ha chiesto alla stazione appaltante di annullare l’aggiudicazione in autotutela, ritenendo che Mm dovesse essere esclusa dalla gara per avere presentato l’offerta tecnica e quella economica recanti la sottoscrizione di uno solo dei propri due amministratori -benché lo statuto consentisse di compiere disgiuntamente le sole operazioni di importo inferiore a 5.000,00- e contestando il punteggio superiore attribuito per il merito tecnico all’offerta di Mm benché ictu oculi inferiore a quella della stessa PRO.

La stazione appaltante ha negativamente riscontrato la richiesta con nota trasmessa mediante P.E.C. del 19 settembre 2018, confermando il precedente atto di aggiudicazione definitiva del servizio alla controinteressata.

A quel punto la PRO ha presentato il ricorso ora all’esame del Collegio, sulla base di censure che saranno esaminate nella parte in diritto.

Si è costituita in giudizio l’Unione, eccependo l’inammissibilità del ricorso per difetto di un regolare rapporto difensivo avendo la ricorrente rilasciato ai propri difensori una procura ad litem sottoscritta (in data 18 settembre 2018) quattro giorni prima della data di redazione e notifica del ricorso (cioè il 22 settembre 2018), il che avrebbe impedito quella ponderazione preventiva che sarebbe indispensabile per qualificare la procura come effettivamente “speciale” ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 40, comma 1, lett. g), del c.p.a.

Si è costituita in giudizio la controinteressata Mm, sollevando identica eccezione di carattere processuale e opponendosi all’accoglimento del ricorso nel merito.

Alla Camera di consiglio del 17 ottobre 2018, fissata per l’esame dell’istanza cautelare, la trattazione della causa è stata rinviata al merito.

È seguito lo scambio di memorie difensive con cui ciascuna delle parti ha ulteriormente argomentato le proprie tesi.

Alla pubblica udienza del 9 gennaio 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

**DIRITTO**

In primo luogo va disattesa l’eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di regolare procura ad litem sollevata dalla parte resistente e da quella controinteressata.

Si osserva, al riguardo, che il concetto di “procura speciale” cui fa riferimento l’art. 40 c.p.a. ai fini della regolare instaurazione del giudizio amministrativo non presuppone affatto la posteriorità temporale della procura stessa rispetto alla data di elaborazione del ricorso: una simile regola non è ravvisabile in alcuna disposizione normativa e trova smentita nel condivisibile orientamento giurisprudenziale secondo cui il momento temporale di rilascio della procura è sostanzialmente irrilevante (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, Sez. V, 26 aprile 2018, n. 2522), mentre semmai decisivo il contenuto della stessa, che deve essere tale da consentire una sicura riconduzione del mandato difensivo a una controversia specifica, il che senz’altro si riscontra nel caso di specie ove il testo della procura conferita dalla PRO reca un puntuale riferimento all’atto di aggiudicazione oggetto della presente controversia.

Passando al merito, con la prima censura parte ricorrente sostiene che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara perché le sue offerte -sia economica che tecnica- recano la sottoscrizione di uno solo dei due amministratori, mentre la loro firma congiunta era imposta dall’atto costitutivo secondo cui, al punto 6, “I soci amministratori potranno compiere con firma disgiunta tutti gli atti di gestione e di amministrazione che comportino spese inferiori a € 5.000 e con firma congiunta per tutti gli atti di amministrazione straordinaria”; a sostegno di tale prospettazione la ricorrente richiama, oltre ad alcune considerazioni di carattere generale, la sentenza di questa Sezione 14 febbraio 2014, n. 153, precisando che il vizio denunciato neppure può essere sanato mediante soccorso istruttorio in quanto relativo a un elemento -non già meramente formale, bensì- essenziale dell’offerta, di tal che il soccorso troverebbe insuperabile ostacolo nell’art. 83 del d.lgs. 50/2016, ribadito dall’art. 20 del Disciplinare laddove stabilisce che “Troverà applicazione il principio del “soccorso istruttorio” previsto dall’art. 83 comma 9 del D.lgs. n. 50/2016 s.m.i. in merito al procedimento sanante di qualsiasi carenza degli elementi formali quali la mancanza, l’incompletezza ed ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del DGUE di cui all’art. 85 del d.lgs. n. 50/2016 s.m.i. e/o di dichiarazioni necessarie con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica”.

La censura non merita di essere condivisa.

Difatti, a prescindere dal tenore delle regole statutarie della società controinteressata e persino dalle conseguenze propriamente civilistiche della loro violazione, appare dirimente il fatto che -alla stregua dei principi caratterizzanti il procedimento amministrativo di selezione pubblica- il difetto parziale di sottoscrizione deve considerarsi suscettibile di sanatoria mediante soccorso istruttorio e, come tale, non costituisce causa di immediata esclusione del concorrente interessato.

Giova, al riguardo, richiamare innanzitutto il tenore testuale dell’art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, a mente del quale “Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all’articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all’offerta economica e all’offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l’individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stesse”.

Orbene la vicenda non integra alcune delle ipotesi in cui il soccorso istruttorio è vietato dalla legge, in particolare: - non quella dei “vizi dell’offerta”, essendo la stessa compiutamente formulata e sottoscritta da uno degli amministratori della società, il che è sufficiente a comprovarne la riconducibilità a quest’ultima; - non l’ipotesi di vizi inficianti “l’individuazione del soggetto responsabile”, per la stessa ragione.

A conferma si pone l’orientamento giurisprudenziale -che negli ultimi anni si è pienamente consolidato e dal quale non vi sono ragioni per discostarsi- secondo cui l’offerta recante la sottoscrizione di uno solo degli amministratori deve essere correttamente inquadrata -non già tra le ipotesi di omessa sottoscrizione in senso proprio, bensì- nella meno grave fattispecie di “non corretta spendita del potere rappresentativo”, la quale “opera sul piano della efficacia e non su quello della validità” (così Consiglio di Stato, Sez. III, 5 marzo 2018, n. 1338); a ciò consegue, proprio perché si è in presenza di mera incompletezza della sottoscrizione, che la stessa “non preclude la riconoscibilità della provenienza dell'offerta e non comporta un'incertezza assoluta sulla stessa (ai fini di cui all'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006), il che induce a ritenere il vizio sanabile mediante il soccorso istruttorio e non idoneo a cagionare l'immediata ed automatica estromissione dalla procedura selettiva” (così T.A.R. Firenze, Sez. I, 31 marzo 2017, n. 496).

Pertanto la censura deve essere respinta.

Con il secondo motivo di ricorso la PRO sostiene che la scelta della stazione appaltante di attribuire alla controinteressata un punteggio superiore al proprio sul merito tecnico dell’offerta sia manifestamente illogica “in considerazione della dimostrabile circostanza che ad ogni miglioria offerta dalla MM Servizi e Consulenze s.n.c., corrisponde puntualmente una identica offerta della Prost s.r.l. Se le migliorie offerte dalla MM sono state gradite dalla Commissione al punto di attribuire un punteggio superiore al buono, non si comprende perché, quanto meno, un analogo punteggio non sia stato attribuito alla Prost che ha offerto le medesime migliorie, per giunta superiori dal punto di vista quantitativo, oltre che qualitativo. Come dimostra l’allegato prospetto in tema di prova di resistenza, laddove la Commissione avesse correttamente esercitato la propria discrezionalità tecnica attribuendo, per coerenza, alle concorrenti quanto meno il medesimo punteggio, la ricorrente si sarebbe aggiudicata la procedura” (così, testualmente, in ricorso).

Tale censura è chiaramente priva di pregio, per due ragioni che possono riassumersi nei termini seguenti:

le scelte espressive di discrezionalità tecnica, come quella ora in esame, sono notoriamente insindacabili in sede processuale se non per vizi ictu oculi rilevabili, che nel caso in esame non è dato ravvisare: sotto questo aspetto, dunque, la censura è da ritenersi inammissibile, come del resto eccepiscono entrambe le controparti;

lo specifico rilievo della PRO circa una presunta “identicità delle offerte” (la propria e quella della controinteressata MM) su alcune voci, in ordine alle quali l’aggiudicataria si è vista riconoscere un punteggio più alto, non trova conferma nella documentazione in atti, dalla quale risultano condivisibili i rilievi formulati da entrambe controparti (si vedano, in particolare, le memorie difensive depositate in data 24 febbraio 2018 dalla difesa dell’Unione e quelle depositate nella stessa data dalla difesa di Mm) riguardo all’esistenza di elementi differenziali tra le due offerte che ben possono essere stati alla base della differente valutazione operata dalla Commissione.

Per quanto premesso il ricorso è infondato e deve essere respinto, seppure con integrale compensazione delle spese di lite, sussistendone giusti motivi.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso in epigrafe proposto.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 9 gennaio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Dante D'Alessio, Presidente

Antonio Plaisant, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere