**RACCOLTA SENTENZE OGGIPA**

Pubblicato il 11/09/2019
N. 06135/2019REG.PROV.COLL.
N. 09297/2018 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 9297 del 2018, proposto da
OMISSIS s.c. a. r.l. Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati OMISSIS, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
contro
- Comune di OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato OMISSIS;
- OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato OMISSIS;
nei confronti
OMISSIS, non costituita in giudizio;
per la riforma
della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia sezione staccata di Lecce (Sezione Prima) n. 01504/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di OMISSIS e dell’OMISSIS;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell’udienza pubblica del giorno 21 marzo 2019 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati OMISSIS;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1. - La OMISSIS soc. coop. sociale a r.l. ha interposto appello nei confronti della sentenza 15 ottobre 2018, n. 1504 del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Lecce, sez. I, che ha respinto il suo ricorso avverso una pluralità di provvedimenti, tra cui la determinazione dirigenziale 14 marzo 2018, n. 444 del Comune di OMISSIS con la quale sono stati approvati i verbali e la graduatoria della gara indetta per la concessione, per un periodo di cinque anni, della gestione del Laboratorio Urbano nell’ambito del progetto regionale “Bollenti Spiriti”, ubicato in Corso Vittorio Emanuele 76, con aggiudicazione in favore della OMISSIS.
L’appellante ha gestito sino al 8 ottobre 2018, in forza di convenzione prorogata, il Laboratorio Urbano nell’immobile comunale ristrutturato con fondi regionali, nell’ambito del programma per le politiche giovanili denominato “Bollenti Spiriti” per l’attuazione del progetto denominato “Con i giovani per i giovani”.
Ha partertecipato, a seguito dell’avviso pubblico in data 31 gennaio 2017 per la “concessione in comodato d’uso gratuito dell’immobile sito in OMISSIS al Corso V. Emanuele 74 adibito a Laboratorio Urbano Bollenti Spiriti”, destinato alle organizzazioni locali no-profit legittimate a contrattare con l’amministrazione, alla procedura di selezione. All’esito è risultata terza graduata con punti 58 (e quindi non collocata in posizione di idoneità, per la quale occorreva il conseguimento di almeno sessanta punti), mentre è risultata prima l’OMISSIS con punti 63 e seconda l’E.C.I.P.A. con punti 62.
2. - Con il ricorso in primo grado la società OMISSIS ha impugnato i provvedimenti di approvazione della graduatoria lamentando l’illegittima ammissione alla gara della controinteressata OMISSIS, e di essere stata penalizzata nella valutazione della sua offerta progettuale ai fini dell’assegnazione del punteggio di gara, chiedendo la condanna al risarcimento in forma specifica mediante aggiudicazione in suo favore e subentro nella convenzione eventualmente stipulata; ha dedotto, tra l’altro, la violazione dell’art. 80, comma 5, lett. f-bis, del d.lgs. n. 50 del 2016, l’eccesso di potere per illogicità e travisamento, il difetto di motivazione.
3. - La sentenza appellata ha respinto tutti i motivi di ricorso, sia con riguardo all’ammissione della controinteressata, sia con riguardo all’attribuzione dei punteggi alle offerte, sia in relazione alla composizione della Commissione giudicatrice ed alla situazione di conflitto di interessi in cui verserebbe il presidente della medesima, sia con riguardo alla violazione del principio di concentrazione e continuità delle sedute, precisando che nella procedura de qua, finalizzata alla stipulazione di un contratto di comodato d’uso gratuito (e non già di un appalto di servizi) non trova applicazione la normativa in materia di contratti pubblici.
4. - Con il ricorso in appello è dedotta l’erroneità della sentenza con la reiterazione, alla stregua di motivi di critica della sentenza, dei motivi svolti in primo grado.
5. - Si sono costituiti in resistenza il Comune di OMISSIS e l’OMISSIS concludendo per l’infondatezza nel merito del ricorso in appello; l’associazione controinteressata ha altresì reiterato le eccezioni di inammissibilità svolte in primo grado e dichiarate assorbite dalla sentenza.
6. - All’udienza pubblica del 21 marzo 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

**DIRITTO**

1.- Con il primo motivo di appello viene dedotta l’illegittima ammissione alla gara dell’OMISSIS, in violazione dell’avviso pubblico e dell’art. 80, comma 5, lett. f-bis, del d.lgs. n. 50 del 2016, in considerazione del fatto che prerequisito necessario per la partartecipazione alla gara era che il concorrente, nella persona del suo legale rappresentante (o di un suo incaricato munito di delega), effettuasse un previo sopralluogo presso l’immobile, di cui occorreva dare atto nella dichiarazione sostitutiva a corredo della domanda di partartecipazione; tale adempimento non risulta eseguito dall’OMISSIS, il cui legale rappresentante (sig. Pagnelli Giuseppe) ha dichiarato di avere effettuato il sopralluogo in data 21 febbraio 2017 presso l’immobile, mentre dal verbale della Commissione risulta che il sopralluogo è stato effettuato da persona diversa e non delegata (sig. Francesco Joseph Pagnelli); di qui la necessaria esclusione dell’associazione per dichiarazione non veritiera.
Il motivo è infondato.
L’allegato “A” alla lettera di invito dispone che «ciascun concorrente, preliminarmente alla presentazione della propria proposta di gestione dovrà procedere ad effettuare un sopralluogo presso l’immobile. Il sopralluogo dovrà essere effettuato dal legale rappresentante del concorrente, o da un suo incaricato munito di delega, unitamente al responsabile del procedimento o suo incaricato […]», ma si tratta di prescrizione sprovvista di sanzione espulsiva. In ogni caso il sopralluogo è stato effettuato alla presenza di un tecnico dell’amministrazione ed il legale rappresentante dell’OMISSIS ha espressamente dichiarato di avere effettuato il sopralluogo e di conoscere lo stato dei luoghi, in tale modo anche ratificando l’altrui attività, in relazione alle cui modalità, peraltro, la lex specialis non prevedeva oneri di forma per la delega. Risulta assorbente la considerazione per cui ove la lex specialis prescriva che al sopralluogo possa partecipare un incaricato munito di delega, è sufficiente che tale delega sia esibita all’amministrazione, non occorrendo altresì un obbligo di consegna della stessa, a pena di esclusione dalla procedura (Cons. Stato, IV, 12 gennaio 2016, n. 67).
2. - Con il secondo motivo si deduce poi l’erronea attribuzione dei punteggi e quindi l’illegittimità dei giudizi espressi, che hanno sovrastimato il progetto dell’OMISSIS e dell’OMISSIS e sottostimato quello della società OMISSIS, costituente invece la migliore proposta per la gestione del Laboratorio Urbano, in relazione a tutti i criteri previsti, come risulterebbe anche dalla relazione del consulente versata agli atti del primo grado di giudizio. La sentenza, in particolare, non avrebbe censurato l’attribuzione di cinque punti per il criterio “D” (premialità per organizzazioni che abbiano una comprovata esperienza di gestione di spazi simili) ad OMISSIS che non ha esperienza su tale punto.
Il motivo è infondato.
Come condivisibilmente rilevato dalla sentenza, l’avviso pubblico contiene macrovoci e criteri di valutazione prefissati con i relativi punteggi, nell’ambito di coefficienti compresi tra 0 ed 1, sì che «ogni passaggio valutativo è tracciato, e il voto numerico non costituisce altro che l’espressione numerica del giudizio di valore espresso dall’Amministrazione in relazione alle macrovoci e relativi criteri di valutazione».
Peraltro, altrettanto condivisibilmente la sentenza di prime cure ha escluso la possibilità di una valutazione strettamente comparativa dei progetti, attesa la non sovrapponibilità degli stessi, conseguente al fatto che il Comune non ha predeterminato i servizi e le attività oggetto di valutazione.
Merita aggiungere che la valutazione dell’offerta progettuale, traducentesi in un voto numerico, giustificazione sintetica del giudizio espresso, non può essere oggetto di sindacato se non nei limiti della manifesta irragionevolezza od erronea presupposizione, profili che non risultano neppure contestati nella fattispecie in esame, se non marginalmente con riguardo alla terza graduata, e dunque non utilmente.
3. - Il terzo motivo censura l’illegittima composizione delle Commissioni giudicatrici, in violazione dell’art. 77 del d.lgs. n. 50 del 2016, in ragione dell’asserita posizione di incompatibilità di alcuni componenti; in particolare il presidente della prima Commissione (dott. Giuseppe Carparelli) era lo stesso dirigente del Settore Servizi generali che ha predisposto l’avviso pubblico; la presidente della seconda Commissione (dott.ssa Marisa Ruggiero) era la dirigente del Settore Risorse del Comune di OMISSIS che ha approvato i verbali di gara e la graduatoria finale; tale sovrapposizione di ruoli ha precluso, ad avviso dell’appellante, un’effettiva imparzialità e trasparenza delle operazioni. Inoltre i componenti delle Commissioni erano privi di adeguate competenze, anche in tale caso in violazione dell’art. 77 del d.lgs. n. 50 del 2016, applicabile in forza dell’autovincolo introdotto dalla lex specialis di gara.
Anche tale motivo è infondato.
Anche a voler prescindere dalla considerazione, rilevante ai fini dell’enucleazione della disciplina applicabile, secondo cui non si verte in una gara per l’affidamento di un appalto, ma piuttosto di un comodato gratuito, con riguardo al presidente della prima Commissione, preposta alla verifica della regolarità della documentazione amministrativa, osserva il Collegio che la norma contenuta nell’art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 può essere interpretata nel senso che l’eventuale incompatibilità debba essere comprovata, sul piano concreto e di volta in volta, sotto il profilo dell’interferenza sulle rispettive funzioni assegnate al dirigente ed alla Commissione. A questo riguardo, nessuna contestazione è stata svolta. Del resto, il fondamento ultimo di razionalità della disposizione dell’art. 77, comma 4, è quello per cui chi ha redatto la lex specialis non può essere componente della Commissione, costituendo il principio della separazione tra chi predisponga il regolamento di gara e chi è chiamato a concretamente applicarlo una regola generale posta a tutela della trasparenza della procedura, e dunque a garanzia del diritto delle parti ad una decisione adottata da un organo terzo ed imparziale mediante valutazioni il più possibile oggettive, e cioè non influenzate dalle scelte che l’hanno preceduta. Una siffatta incompatibilità per motivi di interferenza e di condizionamento non può sussistere tra chi ha predisposto l’avviso pubblico e chi ha verificato la documentazione di gara (Cons. Stato, III, 26 ottobre 2018, n. 6082; V, 9 gennaio 2019, n. 193).
Quanto, poi, all’incompatibilità della dott.ssa Ruggiero, la quale ha approvato la graduatoria, osserva il Collegio come non sia possibile riferire le ragioni di incompatibilità ad un incarico anteriore nel tempo alle preclusioni che deriveranno solamente dall’assunzione di un incarico posteriore; si intende dire che, anche a seguire un’interpretazione rigorosa dell’art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, potrebbe al più determinarsi l’incompatibilità all’approvazione degli atti di gara, ma non certo la preclusione ad assumere le funzioni di commissario da parte di chi svolgerà solamente in una fase successiva ulteriori funzioni (in termini Cons. Stato, V, 4 febbraio 2019, n. 819).
Non può, inoltre, che rilevarsi la genericità della doglianza sull’adeguatezza delle competenze dei componenti la Commissione, dovendosi comunque ricordare il consolidato indirizzo alla stregua del quale il requisito delle competenze nello specifico settore cui si riferisce l’oggetto del contratto che i componenti della Commissione di gara debbono possedere va interpretato nel senso che la competenza ed esperienza richieste ai commissari debbono essere riferite ad aree tematiche omogenee, e non anche alle singole e specifiche attività oggetto del contratto (Cons. Stato, V, 18 luglio 2019, n. 5058).
4. - Il quarto motivo di gravame deduce inoltre il conflitto di interesse dei componenti della prima Commissione, in quanto il presidente, dott. Giuseppe Carparelli, ha prestato attività lavorativa dal 2008 al 2010 (ore di docenza in corsi di formazione professionale) presso l’OMISSIS, concorrente divenuta aggiudicataria.
Il motivo deve essere disatteso.
La sentenza di prime cure ha condivisibilmente evidenziato che la prima Commissione non ha svolto attività valutativa delle offerte progettuali, essendosi limitata a verificare i requisiti di ammissione, chiedendo, in presenza di dubbi sulla regolarità della documentazione, il parere all’Avvocatura comunale.
L’esigenza di garanzia dell’imparzialità da parte della Commissione giudicatrice attiene evidentemente alle attività valutative in senso proprio; né un’attitudine di compromissione di tale imparzialità può desumersi dalla disposta ammissione alla gara dell’OMISSIS, in quanto il motivo di esclusione, anche in questa sede riproposto, non evidenziava un significativo fumus, tanto da essere stato poi negativamente delibato anche in sede giurisdizionale.
5. - Il quinto ed ultimo motivo deduce poi la violazione dei principi, propri dell’evidenza pubblica, di pubblicità, trasparenza, concentrazione e continuità della gara, ravvisati nel fatto che la procedura, pur a fronte di sole quattro offerte, si è svolta in un arco temporale maggiore di un anno, scandita in più sedute, senza che nei verbali di gara risultino indicate le modalità di conservazione dei plichi e degli atti di gara.
Anche tale motivo è infondato, se non addirittura inammissibile proprio perché prospettato in astratto, senza allegare un qualsivoglia indizio di manomissione dei verbali di gara.
Ed invero, secondo l’ormai stabile insegnamento giurisprudenziale, risalente alla pronuncia di Cons. Stato, Ad. plen., 3 febbraio 2014, n. 8, nelle gare pubbliche la mancata indicazione in ciascun verbale delle operazioni finalizzate alla custodia dei plichi non può tradursi, con carattere di automatismo, in effetto viziante della procedura di valutazione comparativa concorsuale, implicitamente collegandosi all’insufficienza della verbalizzazione il pregiudizio alla segretezza ed alla integrità delle offerte; ciò anche in ossequio al principio di conservazione dei valori giuridici, il quale porta ad escludere che l’atto deliberativo possa essere viziato per incompletezza dell’atto descrittivo delle operazioni materiali, tecniche ed intellettive ad esso preordinate, salvo i casi (nella fattispecie in esame neppure evidenziati) in cui puntuali regole dettate dall’Amministrazione indichino il contenuto essenziale del verbale. Di conseguenza, ogni contestazione del concorrente, volta ad ipotizzare una possibile manomissione od esposizione a manomissione dei plichi, idonea a determinare un vulnus alla regolarità del procedimento di selezione del contraente, deve essere suffragata da circostanze ed elementi che, su di un piano di effettività ed efficienza causale, abbiano inciso sulla c.d. genuità dell’offerta, che va preservata in corso di gara. Alla stregua di tali coordinate ermeneutiche, irrilevante risulta la generica e non circostanziata allegazione dell’omessa indicazione nel verbale del soggetto responsabile della custodia dei plichi e del luogo di custodia degli stessi.
Quanto alla violazione del principio di continuità e concentrazione delle operazioni di gara, va rilevato che lo stesso, seppure funzionale ad assicurare l’imparzialità, la trasparenza e la speditezza dell’azione amministrativa, ha un valore tendenziale (Cons. Stato, III, 5 marzo 2018, n. 1335), nel senso che deve tenere conto del numero delle offerte da giudicare, ovvero (come nel caso di specie) della complessità della valutazione, in un procedimento caratterizzato dalla mancata individuazione, da parte del Comune, dell’attività da svolgere nell’immobile concesso in comodato.
6. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, l’appello va respinto.
La complessità della controversia integra le ragioni eccezionali che per legge consentono la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.
Compensa tra le parti le spese di giudizio.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 marzo 2019 con l’intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF
Valerio Perotti, Consigliere
Federico Di Matteo, Consigliere
Angela Rotondano, Consigliere
Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Pubblicato il 09/09/2019
N. 06112/2019REG.PROV.COLL.
N. 03277/2018 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 iscritto al numero di registro generale 3277 del 2018, proposto da
OMISSIS S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati OMISSIS, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
OMISSIS S.r.l., OMISSIS S.r.l., OMISSIS S.r.l., in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati 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;
nei confronti
Comune di Salerno, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati OMISSIS, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso OMISSIS.
e con l'intervento di
ad adiuvandum:
OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati OMISSIS.
per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania - Salerno (Sezione Prima) n. 00524/2018.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Salerno e di OMISSIS;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 maggio 2019 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Anselmi in proprio e su delega di Bertone, Piacentini, Torchia, Raponi, Barone, Di Mauro;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1.Con la sentenza impugnata il Tribunale amministrativo regionale della Campania, sezione staccata di Salerno, ha accolto il ricorso e i motivi aggiunti proposti dalla società OMISSIS (d’ora innanzi “OMISSIS”) per l’annullamento dell’aggiudicazione al costituendo raggruppamento temporaneo di imprese tra OMISSIS S.p.A., mandataria, e OMISSIS S.r.l., OMISSIS S.r.l. e OMISSIS S.r.l., mandanti (d’ora innanzi “OMISSIS”) della procedura di gara indetta dal Comune di Salerno con bando pubblicato il 28 aprile 2017 per “Ideazione, realizzazione, montaggio/smontaggio di installazioni luminose per l’evento “Salerno-Luci d’Artista” 12^ annualità 2017/2018, 13^ 2018/2019, 14^ 2019/2020. Accordo quadro con unico operatore economico – art. 54 comma 3 del D.Lgs. n. 50/2016”.
1.2. La società ricorrente, seconda classificata della gara con tre concorrenti ammessi, ha proposto ricorso in data 29 settembre 2017 e, in data 13 novembre 2017, motivi aggiunti.
La stazione appaltante e le imprese componenti del OMISSIS si sono costituite in giudizio formulando eccezione di irricevibilità/inammissibilità del ricorso, nonché di improcedibilità per mancata impugnazione del contratto esecutivo stipulato nelle more e di violazione del divieto di cumulo di domande soggette a riti diversi; hanno quindi resistito nel merito, chiedendo il rigetto del ricorso.
1.3. La sentenza ha disatteso le eccezioni di rito ed accolto il motivo col quale la ricorrente ha lamentato la violazione dell’art. 42 del d.lgs. n. 50 del 2016 e la sussistenza di un conflitto di interessi ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. d).
In proposito, ha reputato che “i collegamenti che determinano il conflitto di interessi in capo alla Stazione appaltante nei confronti dell’aggiudicataria OMISSIS S.p.A. derivano dalla circostanza (risultante dalle visure camerali versate in atti, e comunque non contestata in punto di fatto) che:
a. la OMISSIS S.p.A., aggiudicataria, è interamente posseduta dalla Iren S.p.A.;
b. il Comune di Salerno - per il tramite della Salerno Energia Holding S.p.A., che possiede interamente - e la Iren S.p.A. - per il tramite della Iren Mercato S.p.A., che possiede interamente - sono soci, rispettivamente al 48,82% e al 50%, nella Salerno Energia Vendite S.p.A.
In altri termini, il Comune di Salerno (Stazione appaltante) e la Iren S.p.A. (unica proprietaria della aggiudicataria OMISSIS S.p.A.) - attraverso società interamente possedute (la Salerno Energia Holding S.p.A. e la Iren Mercato S.p.A.) - sono soci, rispettivamente per il 48,82% e per il 50%, nella Salerno Energia Vendite S.p.A.”; ha quindi considerato il contenuto dei “patti parasociali tra Salerno Energia Holding S.p.A. e Iren Mercato S.p.A. relativi a Salerno Energia Vendite S.p.A.” e dello statuto della Iren S.p.A; ha concluso che sussiste “una cointeressenza di fatto - non dichiarata in sede di domanda di partecipazione [nel D.G.U.E. la OMISSIS ha dichiarato di non essere «a conoscenza di qualsiasi conflitto di interessi legato alla sua partecipazione alla procedura di appalto (articolo 80, comma 5, lett. d del Codice)»], e comunque non “risolvibile” ai fini di cui al richiamato art. 80, co. 5, c.c.p. - tra il Comune appaltante e la (unica proprietaria della) Società aggiudicataria, che avrebbe dovuto determinarne l’esclusione, non potendosi in astratto escludere il rischio di distorsioni nell’azione amministrativa svolta e nei poteri esercitati”, ritenendo irrilevante la previsione dell’art. 2325 cod. civ. e “inverata la situazione di potenziale conflitto tra gli interessi di cui l’Amministrazione è portatrice nello svolgimento delle funzioni di Stazione appaltante e quelli che deve esprimere nella qualità di socio; conflitto al quale il diritto interno e quello eurounitario fanno corrispondere la sanzione espulsiva, in una prospettiva schiettamente proconcorrenziale”.
1.4. Respinte le eccezioni di rito ed accolto come sopra il motivo predetto, con assorbimento delle ulteriori doglianze, il Tribunale amministrativo regionale ha disposto come segue:
<<a) annulla i provvedimenti impugnati;
b) salvo l’esito delle eventuali ulteriori verifiche di legge, ordina alla Stazione appaltante di disporre l’aggiudicazione in favore della ricorrente OMISSIS Illumination Societè par Actions Simplifiée;
c) dichiara l’inefficacia dell’Accordo quadro medio tempore stipulato, e dispone il subentro della ricorrente nell’Accordo stesso;
d) condanna il Comune di Salerno e il R.T.I. aggiudicatario, in solido, al pagamento delle spese di giudizio, liquidate in euro 4.000,00 (quattromila/00) oltre accessori di legge e rimborso del contributo unificato versato, con attribuzione al procuratore della ricorrente dichiaratosi antistatario.>>.
2. Per ottenere la riforma della sentenza, la società OMISSIS S.p.a., in proprio e quale capogruppo mandataria dell’associazione temporanea di imprese costituita con le società OMISSIS S.r.l, OMISSIS S.r.l. e OMISSIS S.r.l., ha avanzato appello con due motivi e riproposizione di tutte le difese ed eccezioni svolte in primo grado.
2.1. Il Comune di Salerno si è costituito in giudizio, riproponendo le eccezioni di irricevibilità del ricorso introduttivo e di inammissibilità per cumulo di azioni giuridiche; nel merito, ha sostenuto l’infondatezza del motivo di ricorso accolto, nonché di quelli assorbiti in primo grado.
2.2. La OMISSIS si è costituita per resistere al gravame, sollevando, in via subordinata, questione di legittimità costituzionale dell’art. 120, commi 2 bis e 6 bis, Cod. proc. amm. per violazione degli articoli 24, 97 e 113 della Costituzione. Con separata memoria ha riproposto le domande dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado.
2.3. Nel presente grado di giudizio ha svolto intervento ad adiuvandum dell’appellante, OMISSIS, federazione che riunisce le aziende operanti nei servizi pubblici dell’acqua, dell’ambiente, dell’energia elettrica e del gas.
2.4. Con ordinanza cautelare del 28 giugno 2018 è stata respinta l’istanza di sospensione dell’esecutività della sentenza e con ordinanza collegiale dell’11 luglio 2018 il giudizio è stato sospeso in attesa della decisione della Corte di Giustizia dell’Unione Europea sulla questione pregiudiziale – ritenuta rilevante ed inerente ai fini del presente giudizio- della compatibilità, con i principi eurounitari, della norma di cui all’art. 120, comma 2 bis, Cod. proc. amm. che impone di impugnare i provvedimenti che determinano le esclusioni dalle procedure di affidamento delle commesse pubbliche e le ammissioni ad esse nel termine di trenta giorni dalla pubblicazione degli stessi sul profilo del committente della stazione appaltante, rimessa con ordinanza del T.a.r. Piemonte del 17 gennaio 2018, n. 88.
2.4.1. Nelle more, con ordinanza cautelare del 7 settembre 2018 è stata dichiarata inammissibile l’istanza di revoca della precedente ordinanza cautelare, avanzata dall’appellante ai sensi dell’art. 58 Cod. proc. amm.
2.5. Alla pubblica udienza del 30 maggio 2019 - fissata a seguito di istanza avanzata da Iren, in proprio e quale capogruppo mandataria dell’A.T.I., ai sensi dell’art. 80 Cod. proc. amm., dopo la pubblicazione dell’ordinanza della Corte di Giustizia UE del 14 febbraio 2019 in causa C-54/18- la causa è stata posta in decisione, previo deposito di memorie e repliche.
2.6. In data 31 maggio 2019 è stato pubblicato il dispositivo, richiesto dal Comune di Salerno.
3. Col primo motivo di gravame (Violazione e/o errata applicazione dell’art. 29, comma 1, d.lgs. 50/2016 e dell’art. 120, comma 2 bis, c.p.a. Irricevibilità del ricorso di primo grado per tardività) è censurata la decisione di rigetto dell’eccezione di tardività del ricorso, sollevata con riferimento alla richiamata disposizione dell’art. 120, comma 2 bis, Cod. proc. amm.
3.1. Le vicende della gara rilevanti ai fini della decisione sulla questione sono ricostruite dalla sentenza nei seguenti termini:
<<[…] Nel termine stabilito, sono pervenute le seguenti offerte:
- RBR Light S.r.l. - Meta Lux S.r.l.;
- R.T.I. OMISSIS S.p.A. - OMISSIS S.r.l. - OMISSIS S.r.l. - Artlux S.r.l.;
- OMISSIS Illumination S.a.s.
Dal verbale di gara n. 6 del 6 luglio 2017, risultano i seguenti punteggi complessivamente ottenuti da ciascun concorrente, con la relativa graduatoria finale:
1. R.T.I. OMISSIS S.p.A. - OMISSIS S.r.l. - OMISSIS S.r.l - Artlux S.r.l. - punti 93,001;
2. OMISSIS Illumination S.a.s. - punti 87,270;
3. RBR Light S.r.l. - Meta Lux S.r.l. - punti 81,571.
Con Determinazione dirigenziale n. 3332 del 28 luglio 2017, il Comune di Salerno ha pertanto:
- approvato, ai sensi dell’art. 33, co. 1, d.lgs. n. 50/2016, la proposta di aggiudicazione, di cui al verbale di gara del 6 luglio 2017, relativa all’affidamento dell’evento “Salerno - Luci d’Artista” edizione 12a - annualità 2017/2018, nonché 13a e 14a edizione, al R.T.I. OMISSIS S.p.A. - OMISSIS S.r.l. - OMISSIS S.r.l. - Artlux S.r.l.;
- disposto l’aggiudicazione definitiva efficace, ai sensi e per gli effetti dell’art. 32, co. 5 e 7, d.lgs. n. 50/2016, in favore del R.T.I. OMISSIS S.p.A. - OMISSIS S.r.l. - OMISSIS S.r.l. - Artlux S.r.l., con un punteggio pari 93,001;
- stabilito di concludere un Accordo quadro ai sensi dell’art. 54, d.lgs. n. 50/2016, con il R.T.I. aggiudicatario;
- dato atto che l’Accordo quadro decorrerà dalla data di stipulazione e avrà durata massima di anni tre, con un importo presunto massimo stimato in €. 6.900.000,00 (€. 2.300.000,00 annui), compresi gli oneri della sicurezza e oltre IVA.
In data 13 ottobre 2017, è stato stipulato tra il Comune di Salerno e il R.T.I. aggiudicatario il predetto Accordo quadro […].
In data 17 ottobre 2017, è stato redatto ai sensi dell’art. 32, co. 8, d.lgs. n. 50/2016 - a firma del Direttore dell’esecuzione del Contratto e della OMISSIS S.p.A. - verbale di avvio dell’esecuzione del Contratto attuativo n. 1, approvato con determina dirigenziale n. 4462 del 16 ottobre 2107, per un importo di € 2.028.600,00 al netto del ribasso d’asta del 10%, oltre € 46.000,00 di costi della sicurezza e IVA per € 456.412,00.>>.
Come detto, il ricorso è stato notificato il 29 settembre 2017 ed i motivi aggiunti il 13 novembre 2017.
3.2. Il giudice di primo grado:
- ha richiamato l’art. 120, comma 2 bis, cod. proc. amm. e l’art. 29, comma 1, e 76, comma 3, del codice dei contratti pubblici, nel testo vigente fino al 19 maggio 2017 (vale a dire quello in vigore prima delle modifiche apportate col d.lgs. n. 56 del 2017), applicabili ratione temporis, nonché il testo dell’art. 29, comma 1, come modificato a seguito dell’entrata in vigore del d.lgs. c.d. correttivo;
- ha premesso che l’art. 29, comma 1, richiede “che siano resi disponibili agli interessati tutti gli elementi relativi ai requisiti della controinteressata positivamente valutati, sui quali si è concretamente fondata la decisione della Stazione appaltante” e che “l’intero meccanismo previsto per il rito c.d. superaccelerato postula - in una interpretazione costituzionalmente orientata, oltre che compatibile con la normativa comunitaria in materia - la concreta attuazione del sistema di immediata e compiuta informazione delle imprese interessate”;
- dato ciò, ha ritenuto che nel caso in esame si sarebbe solo parzialmente perfezionato il “contestuale” funzionamento delle regole di comunicazione, atteso che dagli atti prodotti in giudizio dal Comune emergeva che: “- è stata disposta la pubblicazione, ai sensi dell’art. 29, co. 1, c.c.p., della Determinazione dirigenziale n. 2871 del 3 luglio 2017, dalla quale risulta soltanto che «nessun concorrente è stato escluso»;
- la prescritta comunicazione alla OMISSIS Illumination ha avuto luogo in data 30 giugno 2017 a mezzo posta elettronica non certificata, con il seguente testo: «Ai sensi e per gli effetti dell’art. 76 comma 3 del D.Lgs. 50/2016 si comunica che la Vs impresa è stata ammessa alla gara in oggetto», non risultando provata in atti né l’avvenuta informazione in ordine all’ammissione delle altre concorrenti né l’indicazione del collegamento informatico dove fossero disponibili i relativi atti”;
- ha concluso che “in disparte la questione della idoneità del mezzo utilizzato in luogo della PEC, espressamente richiesta dall’art. 76, co. 3, c.c.p., nel testo in vigore fino al 19 maggio 2017 […] l’onere di comunicazione previsto dal ridetto art. 29, co. 1, c.c.p., non possa ritenersi utilmente adempiuto, non risultando le prescrizioni di legge pedissequamente soddisfatte: soltanto una informazione completa (quanto agli elementi costitutivi e alla motivazione della decisione) e certa (quanto al momento in cui si compie) può determinare, in definitiva, il decorrere del severo termine decadenziale; con la conseguenza che il ricorso volto a contestare l’avvenuta ammissione della controinteressata OMISSIS è tempestivo e pertanto ricevibile”.
3.2. Osserva l’appellante che:
- in fatto, la sentenza avrebbe omesso di considerare che i verbali n. 1 del 20 giugno 2017 e n. 2 del 27 giugno 2017 documentano la presenza di un “delegato del concorrente OMISSIS Illumination s.a. giusta delega agli atti di gara” ed in entrambi i verbali e dato atto della presentazione dell’offerta da parte di Iren e della sua ammissione alla gara; pertanto, sarebbe documentale che, all’atto del ricevimento della comunicazione della determinazione dirigenziale n. 2871 del 29 giugno 2017 e della pubblicazione sul sito web del Comune, ai sensi e per gli effetti dell’art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016 in data 4 luglio 2017, OMISSIS conosceva già la denominazione dei concorrenti ammessi, tra i quali Iren, così potendo introdurre il ricorso nel rispetto delle regole di rito e dei termini di cui all’art. 120, comma 2 bis, cod. proc. amm.;
- in diritto, la sentenza non ha considerato che il motivo di ricorso accolto riguardava uno status di Iren, quello di società appartenente ad un gruppo comprendente una diversa società (Iren Mercato) socio di una società mista partecipata dal Comune; pertanto, l’elaborazione di tali fatti ai fini della proposizione dei motivi di ricorso sarebbe potuta (e dovuta) avvenire non appena OMISSIS era venuta a conoscenza dell’ammissione di Iren alla gara (30 giugno 2017, o al pi tardi 4 luglio 2017), trattandosi di motivi di ricorso fondati su dati pubblici, ricavabili da banche dati ufficiali o da fatti da essa vissuti direttamente per aver partecipato, al pari di Iren, a precedenti gare bandite dal Comune aventi il medesimo oggetto.
4. Il motivo è fondato.
Va premesso, in punto di fatto, che non è contestato che il provvedimento di ammissione di tutte le concorrenti, compreso il costituendo OMISSIS, è stato pubblicato sul portale della stazione appaltante – sezione “Trasparenza amministrativa” in data 4 luglio 2017.
Si tratta di dato di fatto rilevante ai fini della decisione sull’eccezione di irricevibilità/inammissibilità del ricorso proposta in primo grado sia dall’aggiudicataria che dalla stazione appaltante ed erroneamente respinta dal primo giudice.
4.1. Va altresì premesso, in punto di diritto, che, pur essendo stato l’art. 120, comma 2 bis, Cod. proc. amm. abrogato dall’art. 1, comma 22, del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019 n. 55, la norma previgente è tuttavia applicabile dato che, ai sensi del detto art. 1, comma 23, le disposizioni di cui al comma 22 si applicano ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto (18 giugno 2019).
4.2. La disposizione applicabile stabilisce 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’art. 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n.11. L’omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l’illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale”.
4.2.1. Il testo dell’art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016, oggetto del richiamo normativo, applicabile nel caso di specie, è quello precedente l’entrata in vigore delle modifiche introdotte dal decreto c.d. correttivo n. 56 del 2017 (operanti dal 20 maggio 2017), poiché il bando di gara è stato pubblicato sulla G.U.E. del 26 aprile 2017 e sulla G.U.RI. n. 49 del 28 aprile 2017.
Esso prevede la pubblicazione degli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori “sul profilo del committente, nella sezione “Amministrazione trasparente”, con l’applicazione delle disposizioni di cui al D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33. Al fine di consentire l’eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell’art. 120 del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all’esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico professionali. […]”.
4.2.2. L’art. 3, comma 1, lett. nnn), del d.lgs. n. 50 del 2016 definisce il “profilo di committente” come “il sito informatico di una stazione appaltante, su cui sono pubblicati gli atti e le informazioni previste dal presente codice nonché dall’allegato V”.
4.2.3. La sezione “Amministrazione trasparente” è prevista e regolata dall’art. 9 del su richiamato d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, che è stato modificato dall’art. 9, comma 1, lett. a), del d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, secondo il quale “Ai fini della piena accessibilità delle informazioni pubblicate, nella home page dei siti istituzionali è collocata un'apposita sezione denominata «Amministrazione trasparente», al cui interno sono contenuti i dati, le informazioni e i documenti pubblicati ai sensi della normativa vigente. Al fine di evitare eventuali duplicazioni, la suddetta pubblicazione può essere sostituita da un collegamento ipertestuale alla sezione del sito in cui sono presenti i relativi dati, informazioni o documenti, assicurando la qualità delle informazioni di cui all'articolo 6. Le amministrazioni non possono disporre filtri e altre soluzioni tecniche atte ad impedire ai motori di ricerca web di indicizzare ed effettuare ricerche all'interno della sezione «Amministrazione trasparente».”.
4.3. Questo essendo il quadro normativo di riferimento, non può che concludersi che il termine di trenta giorni per impugnare il provvedimento che determina le ammissioni alla procedura di affidamento all’esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali decorre dalla data della pubblicazione del provvedimento stesso nell’apposita sezione "Amministrazione trasparente" del profilo internet del committente, la quale deve essere collocata nella home page del relativo sito istituzionale e deve contenere i dati, le informazioni e i documenti pubblicati ai sensi della normativa vigente o, in alternativa, un collegamento ipertestuale alla sezione che effettivamente li contiene. Pertanto, l’osservanza di questa peculiare forma di pubblicità legale è presupposto necessario e sufficiente per determinare una presunzione iuris et de iure di conoscenza del provvedimento e giustificare il decorso del termine di decadenza per la sua contestazione in giudizio.
4.4. Siffatta conclusione è conforme alla giurisprudenza che, per un verso, ha escluso che la sola presenza di un delegato di un concorrente alla seduta di gara in cui si sono deliberate le ammissioni possa fare decorrere il termine decadenziale per proporre il ricorso ex art. 120, comma 2 bis, Cod. proc. amm., poiché a questo fine deve farsi riferimento esclusivo alla data di pubblicazione sul profilo del committente dei provvedimenti relativi a questa fase ai sensi dell’art. 29 del codice dei contratti pubblici (cfr. Cons. Stato, III, 8 febbraio 2018, n. 1765 e 27 marzo 2018, n. 1902; id., V, 29 ottobre 2018, n. 6139 e 8 giugno 2018, n. 3483); per altro verso, ha riconosciuto che le ragioni di tale orientamento restrittivo vanno ricercate nel carattere speciale, derogatorio, e pertanto di stretta interpretazione del “rito superspeciale” sulle ammissioni ed esclusioni, in relazione al quale sono tassativamente richieste le formalità pubblicitarie delle quali si è detto sopra (così, tra le altre, Cons. Stato, III, 26 gennaio 2018, n. 565 e id., V, 22 ottobre 2018, n. 6005 e 7 novembre 2018, n. 6292).
5. Tenuto conto degli argomenti difensivi svolti nell’interesse di OMISSIS e della motivazione della sentenza appellata, occorre precisare quanto segue.
5.1. Non merita favorevole apprezzamento l’assunto dell’appellata secondo cui si sarebbe formato un giudicato interno sull’asserito accertamento da parte del primo giudice “che l’Amministrazione, in sostanza, non ha rispettato i dettami dell’articolo 29 del Codice appalti al fine di perfezionare il procedimento di pubblicazione del provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni” (come detto nella memoria di costituzione) perché non sarebbe stato impugnato il capo di sentenza con cui si è affermato che nel caso di specie “le condizioni di legge per l’attivazione del rito c.d. superaccelerato non si sono avverate”.
5.1.1. In primo luogo, va precisato che il tenore della decisione di primo grado è inequivocabilmente nel senso che dette condizioni non si sarebbero avverate solo perché il provvedimento di ammissione -pur essendo stato regolarmente pubblicato sul sito internet del Comune di Salerno (circostanza, quest’ultima, mai messa in dubbio da alcuno e non smentita affatto dalla sentenza) – sarebbe stato tuttavia privo di motivazione e non comunicato all’interessata nelle forme di legge, secondo quanto appresso si dirà.
5.1.2. In secondo luogo, va escluso che si sia formato qualsivoglia giudicato sul rigetto dell’eccezione di irricevibilità/inammissibilità del ricorso: il motivo di appello non è affatto fondato in via esclusiva sulla deduzione della conoscenza di fatto –secondo quanto assume la difesa dell’appellata OMISSIS- bensì, più compiutamente, volto ad evidenziare come la pubblicazione sul sito web del Comune di Salerno della determinazione dirigenziale n. 2871 del 29 giugno 2017, effettuata in data 4 luglio 2017, fosse sufficiente alla presentazione del ricorso ex art. 120, comma 2 bis, Cod. proc. amm., sia perché preceduta dalla comunicazione all’interessata del 30 giugno 2017 sia perché il nominativo ed il numero dei concorrenti partecipanti alla gara, coincidenti con i concorrenti ammessi, oltre ad essere indicati nel provvedimento, erano noti a OMISSIS poiché risultanti dai detti verbali.
5.1.3. Dato ciò, è chiarissima la portata della censura dell’appellante, anche quanto al richiamo effettuato ai verbali n. 1 del 20 giugno 2017 e n. 2 del 27 giugno 2017, non tanto al fine di sostenere la rilevanza della conoscenza di fatto del provvedimento di ammissione per segnare l’inizio della decorrenza del termine per impugnarlo, quanto (piuttosto) al diverso fine di dimostrare come, in concreto, e contrariamente a quanto affermato nella sentenza, erano stati tempestivamente resi disponibili agli interessati tutti gli elementi relativi ai requisiti della controinteressata positivamente valutati dalla stazione appaltante per la sua ammissione ed utili e sufficienti per la tempestiva impugnazione.
La determinazione dirigenziale n. 2871 del 3 luglio 2017 non contiene affatto la sola affermazione che “nessun concorrente è stato escluso” (come detto a pag. 14 della sentenza), ma anche una completa ed articolata premessa (espressamente approvata nel dispositivo del provvedimento, insieme all’elenco degli operatori economici ammessi) che dà conto segnatamente: della pubblicazione del bando, dei concorrenti che hanno presentato tempestiva offerta, dei requisiti valutati ai fini dell’ammissione.
Dato che gli operatori economici partecipanti alla gara erano solo tre; che era noto che tra questi vi fosse anche il costituendo OMISSIS; che tutti e tre erano stati ammessi, si deve necessariamente concludere che la pubblicazione del provvedimento di ammissione riferito a tutti i concorrenti abbia riguardato inequivocabilmente anche OMISSIS S.p.A..
5.2. Parimenti non merita favorevole apprezzamento l’assunto di Blachére secondo cui il termine di decadenza dell’art. 120, comma 2 bis, Cod. proc. amm. non sarebbe decorso nei suoi confronti perché non avrebbe “mai ricevuto formale e perfetta comunicazione” della determinazione dirigenziale n. 2871/2018.
5.2.1. Al riguardo, rileva che, come detto, l’art. 120, comma 2 bis, richiami, ai fini della decorrenza del termine breve, la pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante ai sensi dell’art. 29 del Codice dei contratti pubblici e che la comunicazione del provvedimento di ammissione dovesse essere fatta ai sensi dell’art. 76, comma 3, nel testo applicabile ratione temporis (il quale espressamente lascia “fermo quanto previsto nell’art. 29, comma 1, secondo e terzo periodo”).
5.2.2. Orbene, il provvedimento di ammissione è stato comunicato a OMISSIS, “ai sensi e per gli effetti dell’art. 76, comma 3, del d.lgs. 50/2016” (secondo quanto specificato nella relativa comunicazione) in data 30 giugno 2017, sia pure a mezzo di posta elettronica non certificata.
La Blachére – nel riscontrare quanto previsto dal disciplinare di gara, secondo cui “le comunicazioni e gli scambi di informazioni tra la stazione appaltante e il concorrente saranno rese mediante fax o posta elettronica ai recapiti indicati dal concorrente nella modulistica di partecipazione” - ha indicato nel modulo di partecipazione soltanto l’indirizzo di e-mail ordinaria, non anche un indirizzo PEC. Come dedotto in giudizio dalla stazione appaltante, il rispetto di tale indicazione fornita dall’impresa concorrente per la ricezione delle comunicazioni -oltre ad essere coerente con l’alternativa prevista dall’art. 76, comma 3 (“mediante PEC o strumento analogo negli altri Stati membri”), considerato che la società appellata è di nazionalità francese ed il sistema di comunicazione a mezzo posta certificata (PEC) è operativo soltanto in Italia- è comunque attuativo della specifica previsione del disciplinare di gara, accettata e non specificamente contestata dalla ricorrente, né assoggettabile ad eterointegrazione.
5.3. Infine, contrariamente a quanto sembra presupporre la sentenza impugnata, soltanto dopo l’entrata in vigore delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 56 del 2017 si è imposto all’amministrazione aggiudicatrice di osservare le ulteriori condizioni dettate dal rinnovato art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, al fine di consentire la decorrenza del termine per impugnare ex art. 120, comma 2 bis, Cod. proc. amm., in particolare quanto all’onere di rendere “in concreto disponibili, corredati di motivazione” gli atti di cui al secondo periodo (cfr. Cons. Stato, V, 27 dicembre 2018, n. 7256).
La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato è infatti nel senso che, a differenza del provvedimento di esclusione (cfr. Cons. Stato, VI, 23 giugno 2016, n. 3198), il provvedimento di ammissione, di regola, non necessita di specifica motivazione (cfr. Cons. Stato, V, 31 ottobre 2018, n. 6187, laddove si precisa che l’ammissione consegue “in via diretta al riscontro dell’assenza dei motivi di esclusione di cui all’art. 80, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ovvero alla sussistenza dei requisiti economico – finanziari e tecnico – professionali richiesti”).
Siffatta conclusione si giustifica vieppiù nel caso di specie, considerato che, per come detto sopra, nella premessa della determinazione dirigenziale è dato atto di quali siano stati i requisiti di ammissione considerati dalla stazione appaltante, sicché la conclusione positiva della fase dell’esame della relativa documentazione per tutte le imprese concorrenti, ha il significato inequivocabile della ritenuta sussistenza, da parte della stazione appaltante, di tutti i requisiti necessari in capo a tutte le imprese offerenti.
5.3.1. D’altronde, assumendo che il Comune di Salerno, nell’ammettere OMISSIS S.p.A., abbia trascurato di considerare adeguatamente l’asserito conflitto di interessi (e/o non abbia specificamente motivato in punto di assenza di tale causa di esclusione), già solo per questo il provvedimento di ammissione sarebbe stato in sé viziato e, perciò, immediatamente impugnabile dal soggetto potenzialmente leso dalla dedotta sussistenza di un conflitto di interessi illegittimamente non valutato (o illegittimamente considerato insussistente) dalla stazione appaltante.
5.3.2. Né si può sostenere che per l’impugnazione del provvedimento di ammissione sarebbe stato necessario conoscere i contenuti della documentazione presentata dagli altri operatori economici (domanda di partecipazione ovvero contenuto dell’offerta tecnica ed economica) attraverso l’accesso agli atti previsto dall’art. 53 d.lgs. n. 50 del 2016 (cfr., per tale eventualità, Cons. Stato, V, n. 6187/18 cit.): nel caso di specie, infatti, l’asserito conflitto di interessi sarebbe conseguente ad uno status di OMISSIS, desumibile dalle visure camerali, non dagli atti di gara, secondo quanto argomentato dall’appellante.
Ciò è tanto vero che OMISSIS ha formulato i motivi di ricorso avverso l’ammissione dell’aggiudicataria senza avvalersi di alcun atto o documento di gara, o di dati (ulteriori rispetto a quelli risultanti dalla determinazione dirigenziale n. 2871 del 3 luglio 2017) conosciuti successivamente alla pubblicazione del provvedimento di ammissione, bensì basandosi su elementi acquisiti aliunde (dati camerali ed altri dati soggetti a pubblicazione), che la ricorrente avrebbe potuto (e dovuto) acquisire sin dalla data di conoscenza di detto provvedimento.
5.4. Ciò detto quanto agli elementi costitutivi ed alla motivazione della determinazione di ammissione, nonché quanto alla sua comunicazione all’interessata, anche la mancata indicazione in tale comunicazione dell’indicazione del collegamento informatico “ad accesso riservato” dove erano disponibili i relativi atti si rivela del tutto insignificante ai fini della decorrenza del termine per impugnare il provvedimento di ammissione, contrariamente a quanto ritenuto in sentenza.
Va infatti ribadito che tale decorrenza è fissata dall’art. 120 comma 2 bis Cod. proc. amm. soltanto nella “pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell’art. 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici”; dell’emissione del provvedimento deve essere informato l’interessato a mezzo comunicazione ai sensi dell’art. 76, comma 3, del codice dei contratti pubblici: tuttavia le ulteriori indicazioni di cui all’ultimo inciso di questa norma possono essere reputate necessarie, ai fini della decorrenza del termine per impugnare (fissata dal codice del processo amministrativo con esclusivo riferimento alla pubblicazione), tutt’al più quando l’interessato necessiti di dati ulteriori rispetto a quelli ricavabili dal provvedimento di ammissione così come pubblicato sul sito informatico della stazione appaltante.
5.5. Nel caso di specie l’intero contenuto del provvedimento di cui alla determinazione dirigenziale 3 luglio 2017 n. 2871, così come reso noto ai sensi dell’art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016, avrebbe consentito all’impresa concorrente di coglierne l’(asserita) illegittimità e di provvedere alla tempestiva impugnazione in quanto basata su elementi esterni sia all’atto che al (prosieguo del) procedimento di gara.
5.6. La circostanza di detta pubblicazione rende del tutto irrilevanti le difese dell’appellata fondate sull’oramai consolidata giurisprudenza, già richiamata, per la quale in caso di mancata pubblicazione dell'ammissione o esclusione di un partecipante, l'eventuale presenza di un delegato di un concorrente alla seduta di gara in cui si sono deliberate le ammissioni non è, di per sé, idonea alla decorrenza del termine decadenziale nei riguardi dell'impresa: infatti, la questione dell’applicabilità al giudizio sulle ammissioni ed esclusioni della regola generale dell’art. 41, comma 2, Cod. proc. amm. si pone soltanto nell’eventualità che non si sia inverata (come invece accaduto nel caso in esame) la fattispecie di presunzione legale di conoscenza di cui all’art. 120, comma 2 bis, Cod. proc. amm. (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 5870; V, 23 marzo 2018, n. 1843; V, 8 giugno 2018, n. 3483, nonché, da ultimo, Cons. Stato, V, n. 7256/18 cit.).
Considerata la pubblicazione in data 4 luglio 2017 sul profilo del committente della stazione appaltante, il ricorso notificato in data 29 settembre 2017 è tardivo e perciò irricevibile quanto al provvedimento di ammissione ed inammissibile -così come è inammissibile il ricorso per motivi aggiunti- quanto agli atti successivi della procedura di affidamento impugnati per illegittimità derivata, ai sensi dell’art. 120, comma 2 bis, primo e secondo inciso, cod. proc. amm..
6. La compatibilità di tali disposizioni con il diritto dell’Unione è stata accertata dalla Corte di Giustizia, con ordinanza 14 febbraio 2019 in causa C-54/18, relativamente ad entrambe le questioni rimesse dal Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte con ordinanza del 27 settembre 2017, e precisamente si è affermato che la direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, ed in particolare i suoi articoli 1 e 2 quater, letti alla luce dell’articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che:
- prevede che i ricorsi avverso i provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici recanti ammissione o esclusione dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici debbano essere proposti, a pena di decadenza, entro un termine di 30 giorni a decorrere dalla loro comunicazione agli interessati, a condizione che i provvedimenti in tal modo comunicati siano accompagnati da una relazione dei motivi pertinenti tale da garantire che detti interessati siano venuti o potessero venire a conoscenza della violazione del diritto dell'Unione dagli stessi lamentata;
- prevede che, in mancanza di ricorso contro i provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici recanti ammissione degli offerenti alla partecipazione alle procedure di appalto pubblico entro un termine di decadenza di 30 giorni dalla loro comunicazione, agli interessati sia preclusa la facoltà di eccepire l'illegittimità di tali provvedimenti nell'ambito di ricorsi diretti contro gli atti successivi, in particolare avverso le decisioni di aggiudicazione, purché tale decadenza sia opponibile ai suddetti interessati solo a condizione che essi siano venuti o potessero venire a conoscenza, tramite detta comunicazione, dell'illegittimità dagli stessi lamentata.
6.1. In proposito, giova ribadire che, nel caso di specie, si è accertato come sopra che la OMISSIS è effettivamente venuta a conoscenza o sarebbe potuta venire a conoscenza dei motivi di illegittimità del provvedimento di ammissione di OMISSIS dalla stessa lamentati, grazie alla pubblicazione di tale provvedimento sul sito informatico del Comune di Salerno ed alla comunicazione da questo effettuata ai sensi dell’art. 76, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016.
7. Sia con la memoria di costituzione che con apposita istanza la difesa di OMISSIS ha chiesto di rimettere alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell’art. 120, comma 2 bis, limitatamente all’onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione alle gare pubbliche, per contrasto con gli artt. 3, comma 1, 24, commi 1 e 2, 103, comma 1, 11, commi 1 e 2, 113, commi 1 e 2 e 117, comma 1, della Costituzione e 6 e 13 della CEDU, recepita con la legge 4 agosto 1955, n. 848, ovvero di sospendere il giudizio in attesa della decisione sulla questione rimessa già alla Corte Costituzionale dal T.a.r. Puglia – Bari con le ordinanze n. 903 del 20 giugno 2018 e n. 1097 del 20 luglio 2018.
7.1. Sebbene la questione sia rilevante, essa non appare non manifestamente infondata.
Infatti, né il principio di effettività della tutela giurisdizionale né il diritto di difesa costituzionalmente garantito risultano compromessi dall’imposizione di un termine breve ed a “decorrenza anticipata” di impugnazione di un atto del procedimento che si assume viziato.
Tale imposizione non risulta affatto irragionevole, ma piuttosto appare adeguatamente sorretta dall’esigenza, in cui consiste la ratio legis della modifica apportata all’art. 120, comma 2 bis, Cod. proc. amm. dall’art. 204, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 50 del 2016, di assicurare stabilità e continuità alla procedura di gara, in ossequio al principio del buon andamento dell’attività amministrativa ed in conformità alla giurisprudenza della Corte di Giustizia secondo cui la fissazione di termini di ricorso a pena di decadenza consente di realizzare l’obiettivo di celerità perseguito dalla direttiva 89/665, obbligando gli operatori economici a contestare entro termini brevi anche i provvedimenti preparatori o le decisioni intermedie adottati nell’ambito del procedimento di aggiudicazione di un appalto (come affermato nella sentenza 28 gennaio 2010, in causa C-456/08 e ribadito dalla su citata ordinanza del 14 febbraio 2019). Può rilevare, infatti, in tale contesto anche soltanto il rischio di un pregiudizio che potrebbe derivare all’offerente dal provvedimento di ammissione di altro concorrente, sicché simile rischio è sufficiente ad impugnare detto provvedimento ed a farne oggetto di ricorso giurisdizionale autonomo, in forza dell’articolo 1, paragrafo 1, e dell’articolo 2, paragrafo 1, lettera b) della direttiva 89/665 (cfr. sentenza 5 aprile 2017, in causa C-391/15, richiamata dalla su citata recente ordinanza della Corte di Giustizia).
Ancora, la disposizione dell’art. 120, comma 2 bis, Cod. proc. amm. non ha alcun punto di contatto col principio di ragionevole durata del processo di cui all’art. 111 della Costituzione, essendo questo riferibile alla singola controversia (“ogni processo”), mentre non è oggetto di previsione costituzionale il principio di economia processuale e concentrazione, che, secondo l’appellata, sarebbe di ostacolo alla dedotta proliferazione dei processi in materia causata dalla norma sospettata di illegittimità costituzionale.
7.2. Per le su esposte ragioni vanno respinte le suddette istanze dell’appellata OMISSIS, ribadite con le memorie conclusive.
8. Va altresì respinta l’istanza di rimessione in termini per errore scusabile ai sensi dell’art. 37 Cod. proc. amm.
Il caso di specie non presenta alcuna ragione di incertezza sull’interpretazione dell’art. 120, comma 2 bis, Cod. proc. amm., prospettabile tutt’al più nella sola eventualità che l’amministrazione non avesse adempiuto all’onere pubblicitario di cui all’art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016 e si fosse dibattuto dell’applicabilità del principio generale della conoscenza di fatto, su cui si è effettivamente registrato un qualche iniziale contrasto di giurisprudenza.
Non è rilevante, ai sensi e per gli effetti dell’art. 37 Cod. proc. amm., il mero sospetto di illegittimità costituzionale della norma o di sua incompatibilità col diritto dell’Unione europea, come infondatamente prospettato dall’appellata.
9. La tardività e quindi l’irricevibilità del ricorso introduttivo e la conseguente inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti precludono l’esame sia del motivo di ricorso accolto dal primo giudice, corrispondente al primo motivo del ricorso in primo grado, sia dei motivi assorbiti, e riproposti in appello con memoria depositata il 14 maggio 2018, concernenti l’ammissione del OMISSIS, e precisamente del secondo e del terzo motivo del ricorso in primo grado, attinenti rispettivamente all’asserito vantaggio anticoncorrenziale che sarebbe conseguito dalla previsione del capitolato della procedura di accordo quadro che, secondo l’appellata, avrebbe richiesto ai concorrenti di sviluppare temi del tutto affini a quelli svolti nelle precedenti edizioni dalla mandataria del raggruppamento aggiudicatario ed alla dichiarazione asseritamente non veritiera sulla mancanza del conflitto di interessi.
9.1. Resta conseguentemente assorbito il secondo motivo d’appello, volto a censurare l’accoglimento del primo motivo di ricorso, qui dichiarato irricevibile.
10. E’ invece infondato il motivo, riproposto in appello ai sensi dell’art. 101, comma 2, col quale Blachére ha contestato la violazione della normativa antimafia sotto diversi profili.
Esso va respinto, considerato che:
- la violazione degli oneri di acquisizione della documentazione antimafia da parte del Comune di Salerno, così come denunciata dalla ricorrente in primo grado, non rileva, in sé, ai fini dell’esclusione della concorrente, se non quando si accerti l’effettiva sussistenza, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3 dell’art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 (nel testo applicabile ratione temporis), di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall’art. 67 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all’art. 84, comma 4, del medesimo decreto; circostanza, quest’ultima, non riferibile alle imprese mandanti del R.T.I. aggiudicatario, per le quali il Comune di Salerno ha attivato la richiesta di informazioni antimafia ai sensi del d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159, procedendo alla stipula dell’accordo-quadro dopo il termine di cui all’art. 88, comma 4 bis, di tale d.lgs. (cui rinvia l’art. 80, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016);
- per ragioni analoghe -in mancanza dell’effettiva sussistenza di una situazione legittimante l’esclusione ai sensi dell’appena citato art. 80, comma 2 e 3- va ritenuto che -in disparte i profili di controvertibilità della questione interpretativa dell’ art. 83, comma 1 e comma 3, lett. a) del d.lgs. n. 159 del 2011, con riferimento alle società controllate da enti pubblici- la dichiarazione resa da Iren Servizi S.p.A. riguardo alla propria esenzione ai sensi di tali norme (peraltro supportata dalla comunicazione di cui alla nota della Prefettura di Torino del 10 ottobre 2013), non fosse tale da compromettere il corretto svolgimento della procedura di selezione e quindi rilevante ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c), nel testo applicabile ratione temporis, come preteso dall’appellante a sostegno della richiesta di esclusione dell’aggiudicataria.
11. In conclusione, va accolto il primo motivo di appello, assorbito il secondo, e vanno dichiarati inammissibili ed, in parte, infondati i motivi riproposti ai sensi dell’art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.; per l’effetto, in riforma della sentenza appellata vanno respinti sia il ricorso introduttivo che il ricorso per motivi aggiunti.
11.1. La peculiarità della vicenda processuale, che ha comportato la sospensione del giudizio in attesa della decisione della Corte di Giustizia sulla questione pregiudiziale suddetta, consente la compensazione integrale tra le parti delle spese di entrambi i gradi di giudizio.
11.2. Le ragioni della decisione e la compensazione delle spese processuali rendono irrilevante la questione dell’ammissibilità dell’intervento ad adiuvandum di OMISSIS.

**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 di primo grado, respinge il ricorso proposto da OMISSIS.
Compensa le spese dei due gradi di giudizio.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF
Federico Di Matteo, Consigliere
Angela Rotondano, Consigliere
Alberto Urso, Consigliere
Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

Pubblicato il 03/09/2019
**N. 10689/2019 REG.PROV.COLL.**
**N. 06200/2019 REG.RIC.**

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

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 6200 del 2019, proposto da
OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati OMISSIS, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio OMISSIS;
***contro***
OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso 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, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato OMISSIS, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
OMISSIS, OMISSIS non costituiti in giudizio;
***per l'annullamento***
del provvedimento di aggiudicazione servizio di pulizia e sanificazione presso il Parco della Musica
e contestuale ricorso per l’accesso
anche ai sensi dell’art. 116 c.p.a., per l’annullamento
- della nota prot. 189/GA/19/PUL del 10 maggio 2019 (doc. 3), a firma del Rup, con cui la stazione appaltante ha negato alla ricorrente l’accesso alle offerte tecniche delle prime due classificate e agli atti del subprocedimento di valutazione dell’anomalia dell’offerta OMISSIS;
- della nota prot. 193/19/GA/PUL con cui il diniego è stato reiterato:
- per l’accertamento e la declaratoria del diritto della ricorrente ad accedere agli atti negati dalla Fondazione ed estrarne copia.
E per la condanna
della stazione appaltante a consentire la visione e l’estrazione di copia dei suddetti documenti entro il termine ritenuto di giustizia;

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di OMISSIS e di OMISSIS;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 16 luglio 2019 la dott.ssa Maria Laura Maddalena e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

Con il ricorso in epigrafe, parte ricorrente propone due distinte domande: una di annullamento degli atti di gara e un’altra, ai sensi dell’art. 116 c.p.a., per l’annullamento della nota prot. 189/GA/19/PUL del 10 maggio 2019, a firma del Rup, con cui la stazione appaltante ha negato alla ricorrente l’accesso alle offerte tecniche delle prime due classificate e agli atti del subprocedimento di valutazione dell’anomalia dell’offerta OMISSIS, nonché della nota prot. 193/19/GA/PUL con cui il diniego è stato reiterato. Chiede inoltre l’accertamento e la declaratoria del diritto della ricorrente ad accedere agli atti negati dalla Fondazione ed estrarne copia e al conseguente condanna di parte resistente a consentire la visione e l’estrazione di copia dei suddetti documenti entro il termine ritenuto di giustizia.
In questa sede, la causa è stata chiamata unicamente con riferimento alla domanda di accesso ex art. 116 c.p.a.
Espone, in punto di fatto, la ricorrente che con bando del 29.11.2016, la Fondazione resistente ha indetto una procedura ristretta per l’affidamento del servizio triennale di pulizia e sanificazione presso il complesso immobiliare denominato Parco della Musica in Roma, per un importo a base d’asta di € 2.003.520,83 al lordo degli oneri di sicurezza, quantificati in € 29.608,68.
Il punto IV.2) del bando stabiliva che la gara sarebbe stata aggiudicata secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, con un massimo di 60 punti per l’offerta tecnica e di 40 per quella economica.
Per quanto riguarda l’offerta economica, rileva la ricorrente che il fac simile allegato alla lettera d’invito prevedeva che il concorrente offrisse soltanto un prezzo complessivo riferito al triennio, senza specificare alcunché in ordine alla composizione di tale importo, né tantomeno precisare quello considerato per la retribuzione della manodopera.
Il disciplinare tecnico , all’art. 4.4. quantificava in 98.550 le ore occorrenti per svolgere il servizio.
Con pec del 15.4.2019 la Fondazione comunicava alla ricorrente che la gara era stata aggiudicata alla OMISSIS
Dal verbale conclusivo risultava la seguente classifica:
1) OMISSIS, punti 90,98 (offerta di € 1.628.747,14 al netto di Iva ed oneri di sicurezza);
2) OMISSIS, punti 90,07 (offerta di € 1.607.836,00 al netto di Iva ed oneri di sicurezza);
3) OMISSIS, punti 89,42 (offerta di € 1.587.753,92 al netto di Iva ed oneri di sicurezza);
4) Diemme s.c.r.l., punti 88,63 (offerta di € 1.741.154,63 al netto di Iva ed oneri di sicurezza.
Dalla graduatoria si evinceva che anche la ricorrente aveva conseguito il miglior punteggio per l’offerta tecnica (alla pari con la I.C. Servizi) e che i 2,35 punti di scarto finali rispetto alla prima classificata erano dovuti soltanto al punteggio per l’aspetto economico.
L’offerta aggiudicataria era stata sottoposta a verifica di congruità con esito positivo.
La ricorrente formulava in data 17.4.2019 quindi istanza di accesso agli atti di gara, chiedendo copia, in particolare, dei verbali della commissione, delle offerte tecniche ed economiche dei primi tre classificati e degli atti del procedimento di valutazione di anomalia compiuto nei confronti dell’aggiudicatario.
Con nota del 10 maggio 2019, tuttavia, la Fondazione, consentiva l’accesso ai verbali e all’offerta completa della terza in graduatoria (OMISSIS), nonché alle sole offerte economiche di I.C. Servizi e BSF. Sulla base dell’opposizione dei primi due classificati, che avevano opposto esigenze di riservatezza, negava invece l’accesso alle offerte tecniche di I.C. Servizi e BSF, e persino agli atti del procedimento di verifica di congruità dell’offerta aggiudicataria.
Nonostante la ricorrente avesse contestato il diniego di accesso, con nota a firma del Rup del 23 maggio, la Fondazione respingeva l’istanza, asserendo che la ricorrente non avrebbe dimostrato un interesse diretto, concreto e attuale correlato alla tutela giurisdizionale dei propri interessi.
Tanto premesso, parte ricorrente ha proposto l’impugnazione del parziale diniego all’accesso di cui alle note della Fondazione del 10 e 23 maggio 2019, deducendo la seguente doglianza:
*Violazione, falsa applicazione dell’art. 53 del d. lgs. n. 50/2016 e degli artt. 22 e ss. della legge 241/90. Errore della motivazione. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, sviamento, difetto dei presupposti. Violazione dei principi di trasparenza, imparzialità e buon andamento.*
La ricorrente ha diritto di prendere visione ed estrarre copia degli atti che le sono stati negati, sia per la sua qualità di concorrente alla gara in questione –e, quindi, per poter tutelare il proprio interesse a verificare la legittimità dell’aggiudicazione e degli atti della procedura-, sia perché, in considerazione delle previsioni della *lex specialis*sul contenuto delle offerte, tali documenti contengono gli elementi necessari per valutare la congruità e sostenibilità delle proposte economiche delle prime due classificate.
Sotto un primo profilo, l’art. 53 del d. lgs. 50/2016 afferma, al comma 1, il diritto dei concorrenti di accedere agli atti delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, secondo la disciplina degli artt. 22 e ss. della legge 241/90.
Il successivo comma 5 lett. a) esclude dal diritto di accesso le “*informazioni fornite nell’ambito dell’offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell’offerente, segreti tecnici o commerciali*”.
Il comma 6, tuttavia, precisa poi che “*in relazione all’ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l’accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto*”.
Pertanto, allorché il concorrente intenda verificare la legittimità degli atti ai fini di una possibile tutela giurisdizionale dei propri diritti, l’eventuale esigenza di riservatezza sarebbe pertanto sempre recessiva rispetto a quella di trasparenza ed imparzialità tutelata dalle norme sull’accesso. Inoltre, il comma 5, lett. a) richiede che la dichiarazione del privato relativa ad eventuali segreti tecnici o commerciali da tutelare sia “*comprovata e motivata*”, mentre nel caso di specie si tratterebbe di dichiarazioni meramente generiche, prive di riscontri e riferimenti specifici a segreti industriali o brevetti, in quanto tali non idonee ad impedire l’accesso. Inoltre, gli atti del procedimento di verifica di congruità non possono essere sottratti al diritto di accesso, in quanto essi sono necessari per l’accertamento della sostenibilità del prezzo rispetto alle prestazioni che l’aggiudicatario si è offerto di eseguire.
Rileva inoltre la ricorrente che l’accesso alle offerte tecniche (relazioni della “busta B) è indispensabile per verificare la congruità e sostenibilità delle offerte in quanto il modulo “offerta economica” richiedeva soltanto l’indicazione di un prezzo complessivo, dal quale non sarebbe possibile evincere l’importo considerato per le diverse componenti in cui si struttura l’offerta globale, e in particolare quello per la manodopera.
Tanto premesso, parte ricorrente, anche ai sensi dell’art. 116 c.p.a., chiedeva l’annullamento del parziale diniego impugnato (note prot. 189 e 193 del 10 e 23 maggio 2019) ‘accertamento del diritto di Diemme all’accesso a tutti i documenti richiesti con l’istanza del 17 aprile 2019, e in particolare alle offerte tecniche delle prime due classificate e agli atti del procedimento di verifica di congruità eseguito nei confronti della I.C. Servizi, condannando la stazione appaltante a consentirne la visione e l’estrazione di copia.
La OMISSIS si è costituita ed ha depositato una memoria nella quale ha preliminarmente eccepito l’inammissibilità per carenza d’interesse del ricorso per l’accesso, in conseguenza dell’inammissibilità, sotto plurimi profili, del ricorso avverso l’aggiudicazione.
Nel merito, ha rilevato che le istanze di accesso sono state respinte dall’odierna concludente, anche in ragione delle motivate opposizioni delle imprese controinteressate. L’accesso, in questi casi, secondo la parte resistente, può essere concesso solo laddove si ravvisi il parametro della “stretta indispensabilità” degli atti richiesti alle esigenze defensionali dell’istate, di cui all’art. 24, co. 7, secondo periodo, della l. n. 241/1990.
Sottolinea quindi a Fondazione che le esigenze difensive non sono idonee a radicare l’interesse qualora il concorrente – per i punteggi ottenuti – non possa comunque raggiungere il primo posto in graduatoria. Il richiedente deve avere una posizione qualificata nell’ambito della procedura di gara, tale che l’accesso agli atti gli consenta di formulare motivi di ricorso che in astratto possano consentirgli aggiudicazione della gara.
Solo in tal caso può ravvisarsi il parametro della “stretta indispensabilità” che legittima la compromissione del diritto di riservatezza altrui.
Inoltre, secondo parte resistente, la ricorrente non avrebbe specificato la sussistenza di un interesse concreto ed attuale alla visione dei documenti cd riservati, posto che le istanze sarebbero generiche e meramente esplorative.
Infine, la seconda istanza sarebbe stata effettuata quando il termine per impugnare l’aggiudicazione era già scaduto, con la conseguenza che un interesse difensivo (con le caratteristiche delineate dalla giurisprudenza) era in radice da escludere.
L’eventuale illegittimità delle offerte delle prime due classificate e la conseguente esclusione delle stesse, avrebbe agevolato la terza classificata e non già DIEMME, classificatasi al quarto posto, tenuto conto anche che quest’ultima non ha mai prospettato in fase amministrativa dei vizi attinenti alle offerte della terza classificata, della quale aveva peraltro già ricevuto tutta la documentazione presentata in fase di gara.
Infine, la Fondazione ha rilevato che gli atti di opposizione delle imprese classificatesi al primo e secondo posto in graduatoria mirano ad evidenziare, in modo specifico, come le istanze di accesso abbiano ad oggetto informazioni sul *know how* aziendale la cui conoscenza assicurerebbe un indebito vantaggio sotto il profilo tecnico ed economico, anche in considerazione delle caratteristiche del servizio di pulizia oggetto di gara.
Anche la controinteressata IC servzi a depositato una memoria nella quale si è opposta all’accoglimento della domanda di accesso.
La causa, limitatamente all’esame della domanda di accesso, è stata quindi trattenuta in decisione.
La domanda di accesso ai documenti è fondata e merita accoglimento.
Essa infatti, ancorché proposta unitamente alla domanda principale, mantiene la propria autonomia processuale. Pertanto, anche quando si faccia valere il diritto di accesso per esigenze defensionali, è precluso al giudice valutare, ai fini dell’ammissibilità e fondatezza della domanda di accesso, il merito della pretesa giudiziale cui essa è collegata, dovendo il giudice limitarsi unicamente ad apprezzare, in astratto, che sussista il collegamento tra l’atto oggetto della richiesta di accesso e la situazione soggettiva da tutelare. (cfr. ex multis Cons. Stato 13.4.2016, n. 1435).
Nel caso di specie, la strumentalità delle richieste di accesso rispetto alla impugnazione degli atti di gara appare sussistente, in quanto la ricorrente ha partecipato alla procedura di gara e, anche se si è classificata quarta, è comunque legittimata ad impugnare gli esiti della graduatoria con riferimento a tutte e tre le ditte che hanno ottenuto un punteggio superiore al suo, al fine di ottenere essa stessa l’aggiudicazione.
Essa è pertanto titolare di un interesse diretto, attuale e concreto.
Alla luce di tali argomentazioni vanno respinte le eccezioni di inammissibilità del ricorso per l’accesso ai documenti, sollevate tanto dalla OMISSIS quanto da IC servizi s.r.l.
Per quanto attiene in particolare agli atti della verifica di anomalia, non vi è dubbio che essi debbano essere ostesi alla ricorrente, con facoltà di estrarne propria, trattandosi di atti di gara.
Per quanto riguarda il bilanciamento tra le esigenze di riservatezza opposte dalle controinteressate circa l’accesso alle loro offerte tecniche, ritiene il Collegio che non possa farsi applicazione del parametro della “stretta indispensabilità”, che si applica solo in caso di esigenze di riservatezza relative a interessi sensibilissimi, quale quello della salute o della vita privata. Nel caso in esame, invece, la sussistenza di esigenze defensionali giustifica di per sé il sacrificio delle esigenze di riservatezza opposte dalle controinteressate, esigenze che peraltro non risultano essere state adeguatamente documentate o specificate nei rispettivi atti di opposizione.
Deve pertanto disporsi, con sentenza parziale, l’annullamento dei dinieghi parziali di accesso impugnati e deve essere accertato il diritto del ricorrente all’accesso agli atti richiesti. La OMISSIS dovrà pertanto, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione della presente sentenza, consentire la visione e l’estrazione di copia degli atti relativi alla verifica di anomalia dell’offerta nonché delle offerte tecniche delle controinteressate.
La causa verrà chiamata all’udienza pubblica del 19 novembre 2019 per la trattazione nel merito della domanda di annullamento degli atti di gara.
Le spese sono riservate al definitivo.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Ter), parzialmente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, limitatamente alla domanda di accesso ai documenti, la accoglie e per l’effetto ordina alla Fondazione Musica per Rona di consentire l’accesso ai documenti indicati in motivazione entro il termine di giorni 30 dalla comunicazione della presente sentenza.
Rinvia per la trattazione nel merito della domanda di annullamento degli atti di gara all’udienza pubblica del 19 novembre 2019.
Spese al definitivo.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 luglio 2019 con l'intervento dei magistrati:
Pietro Morabito, Presidente
Maria Laura Maddalena, Consigliere, Estensore
Salvatore Gatto Costantino, Consigliere

Pubblicato il 23/08/2019
**N. 01211/2019 REG.PROV.COLL.**
**N. 00463/2019 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana**
**(Sezione Terza)**
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 463 del 2019, proposto da
OMISSIS per l'inclusione lavorativa Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Luciano Gallo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
***contro***
OMISSIS - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Luisa Gracili, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Regione Toscana, in persona del Presidente in carica, non costituita in giudizio;
***nei confronti***
OMISSIS – Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Bertini, Claudia Manfriani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
***per l'annullamento***
della Determinazione del Direttore di Dipartimento - OMISSIS n. 280 del 26/02/2019, in parte qua, e segnatamente in relazione alle parti afferenti all'aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata OMISSIS - Cooperativa sociale – ONLUS;
- di tutti i suoi allegati e delle determinazioni in essi contenute, limitatamente ai Lotti 1 e 2 di cui si controverte, con particolare riferimento agli allegati 1 (verbale relativo alla seduta pubblica di apertura delle offerte tecniche del giorno 02/03/2018), 2 verbali relativi alle sedute riservate della Commissione Giudicatrice), 3 (verbale relativo alla seduta pubblica di apertura delle offerte economiche del giorno 26/06/2018), nonché ai verbali relativi al riepilogo offerta economica lotto n. 1 e n. 2) (all.ti al doc.1);
- per quanto occorrer possa, della citata nota OMISSIS n. prot. 11218 del 01/03/2019 e delle determinazioni in essa contenute con cui OMISSIS ha comunicato al RTI OMISSIS/CO&SO l'aggiudicazione definitiva alla controinteressata dei Lotti di cui qui si controverte (Lotti 1 e 2);
- per quanto occorre possa, della determina a contrarre n. 734 del 11/05/2017;
- delle convenzioni di fornitura relativa ai Lotti 1 e 2, ove nelle more fosse già stata sottoscritta tra la Stazione Appaltante e la controinteressata;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente comunque finalizzato all'aggiudicazione dei Lotti 1 e 2, ancorché incognito alla ricorrente, ivi compresi, sempre nei limiti del presente ricorso (Lotti 1 e 2), il bando (doc. 3), il disciplinare di gara e suoi allegati (doc. 4), ivi compreso il capitolato speciale e suoi allegati, laddove un'interpretazione degli stessi consentisse di ritenere che per le prestazioni nn. 1, 2, 3, 4, 5 e 6 relative al taglio del manto erboso, le offerte potessero essere formulate prescindendo dal numero e dalla frequenza dei tagli/interventi da effettuarsi in un anno per mantenere un mq di prato entro il limite di altezza indicato per ciascuna prestazione, ritenendo quindi sufficiente un unico taglio per anno;
e per la declaratoria di inefficacia
- delle convenzioni di fornitura relativa ai Lotti 1 e 2, ove nelle more fosse già stata sottoscritta tra la Stazione Appaltante e la controinteressata,
nonché per la condanna:
- al risarcimento del danno in forma specifica ovvero (in subordine) per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di OMISSIS - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo e di OMISSIS – Cooperativa Sociale Onlus;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 luglio 2019 il dott. Bernardo Massari 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 n. 734 del 11/05/2017 OMISSIS - Ente di Supporto Tecnico-Amministrativo Regionale indiceva una procedura aperta, da aggiudicarsi secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, per l’affidamento del servizio di “Manutenzione delle aree verdi a basso impatto ambientale” da destinare alle Aziende sanitarie della Regione Toscana, suddivisa in 11 lotti.
Il costituendo RTI CO&SO/OMISSIS, ha partecipato alla gara per alcuni lotti e con riferimento ai Lotti 1 e 2 la gara veniva aggiudicata a "OMISSIS Cooperativa Sociale Onlus" con il punteggio complessivo di 84,2 (di cui punti 30 per l’offerta economica e punti 54,2 per quella tecnica) per tutti i lotti considerati, mentre parte ricorrente si classificava al secondo posto (nel primo lotto con punti 80,58 e nel secondo con punti 75,55)
Con determinazione n. 280 del 26/02/2019 OMISSIS aggiudicava definitivamente la gara relativa ai lotti menzionati in favore di OMISSIS.
Ai sensi dell’art. 3 (*Prestazioni, caratteristiche e modalità di esecuzione*), la stazione appaltante stabiliva che “*(..) Tutte le prestazioni dovranno essere svolte con la massima cura, a perfetta regola d’arte ed in conformità a quanto previsto dal capitolato tecnico, dal presente capitolato e dalle vigenti normative in materia*”, assegnando perciò un preponderante rilievo all’aspetto qualitativo delle prestazioni.
Rilevato che l’aggiudicazione in favore della controinteressata era stata influenzata in maniera determinante dal punteggio economico, avendo la stessa ottenuto, per ambedue i lotti in questione, il punteggio massimo di 30, il RTI ricorrente assume che la Stazione appaltante non avrebbe tenuto conto della non rispondenza dell’offerta di OMISSIS al capitolato di gara relativamente al numero di tagli minimo o sufficiente necessari per l'esecuzione delle lavorazioni più importanti dell'intera gara, vale a dire quelle riguardanti il taglio del manto erboso, circostanza che avrebbe dovuto determinare l’esclusione della ditta dalla gara.
Conseguentemente OMISSIS per l'inclusione lavorativa, in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo R.T.I. in epigrafe precisato proponeva ricorso chiedendo l’annullamento, previa sospensione, dell’atto di aggiudicazione definitiva e di quelli presupposti e connessi, deducendo:
1. Violazione e falsa applicazione dell’art. 94 del d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per difetto di istruttoria. Mancata esclusione dell’offerta.
2. Violazione e falsa applicazione dell’art. 95 del D.lgs n. 50/2016. Eccesso di potere per travisamento dei fatti e per manifesta illogicità e per difetto di istruttoria. Erronea attribuzione del punteggio all’offerta economica.
3. In via subordinata e gradata: violazione e falsa applicazione degli articoli 94 e 97 del D.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per sviamento.
4. Eccesso di potere per manifesta irragionevolezza. Illegittimità degli atti di gara in parte qua.
Si costituivano in giudizio l’Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale e OMISSIS Cooperativa Sociale Onlus instando per la reiezione del gravame.
Nella camera di consiglio del 7 maggio 2019 la ricorrente rinunciava alla domanda incidentale di sospensione degli atti impugnati.
Chiamato alla pubblica udienza dell’11 luglio 2019 dopo il deposito di memorie e repliche il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

**DIRITTO**

1. Viene impugnato il provvedimento in epigrafe con cui l’Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale ha aggiudicato, in favore della società OMISSIS Cooperativa Sociale Onlus, la gara per l’affidamento del servizio di “Manutenzione delle aree verdi a basso impatto ambientale” da destinare alle Aziende sanitarie della Regione Toscana, relativamente ai lotti 1 e 2.
2. Il ricorso è fondato.
Assorbente considerazione va assegnata ai motivi con cui parte ricorrente lamenta che la società controinteressata avrebbe dovuto essere estromessa dalla procedura per avere presentato un’offerta sostanzialmente non conforme a quanto richiesto dalla legge di gara, in violazione dell’art. 94 del Codice dei contratti pubblici.
Secondo la prospettazione della deducente, dall’esame delle offerte economiche presentate da OMISSIS per ciascuno dei lotti oggetto di controversia risulterebbe evidente che le stesse siano state formulate senza tener conto delle indicazioni contenute nell'Allegato C.2 al disciplinare (Scheda dettaglio offerta economica).
In particolare, con riferimento alle prestazioni da 1 a 6, mentre era indicato l’importo massimo triennale (Valorizzazione prestazione) che teneva conto sia del fabbisogno presunto, sia del prezzo unitario a base d’asta, non veniva valorizzato il numero dei tagli necessari per mantenere il manto erboso entro l'altezza indicata per ciascuna delle singole lavorazioni nella medesima scheda All. C2 citato, oltreché nel Capitolato tecnico.
3. La tesi merita adesione.
Va premesso che la legge di gara nel fissare le “*caratteristiche e modalità di esecuzione delle prestazioni*”, con riferimento al “taglio manto erboso”, precisava espressamente che "*Il taglio del manto erboso deve essere eseguito a perfetta regola d’arte quando l’erba raggiunge l’altezza massima di 10 cm per le prestazioni nn. 1-2-3-4, di 20 cm per la prestazione n. 5 e di 40 cm per la prestazione n. 6 indipendentemente dal numero e dalla frequenza dei tagli da effettuare. … La periodicità dei tagli è determinata dall’altezza dell’erba che non deve superare il massimo di altezza indicato nelle suddette prestazioni a seconda della zona di ubicazione …*”.
Va inoltre considerato che la specifica attività in discorso costituiva una prestazione essenziale e, in alcuni casi preponderante, rispetto al valore complessivo del contratto.
3.1. La Stazione appaltante, come prontamente eccepito nelle sue difese, non fissava un numero minimo di tagli da eseguire, tuttavia dalla lettura degli atti è evidente che tale indicazione scaturisse ragionevolmente e in via prudenziale dalle modalità di articolazione dell’offerta.
A titolo esemplificativo, onde comprendere il meccanismo di attribuzione del punteggio (e la conseguente anomalia dell’offerta di OMISSIS), il disciplinare stabiliva che l’importo complessivo a base d’asta per il lotto 1 (prestazione n. 3) era di € 204.000,00. Su tale importo complessivo le ditte concorrenti erano chiamate a esprimere il ribasso offerto. Se ne potrebbe, in apparenza, dedurre che le imprese partecipanti non fossero vincolate ad indicare, oltre al prezzo complessivo offerto, il numero delle prestazioni corrispondenti.
3.2. In realtà l’importo indicato andava posto in correlazione con l’oggetto della prestazione fissato dal capitolato tecnico che, nella specie era, costituito da una superfice del manto erboso di complessivi mq. 300.000, seguendone che, poiché il prezzo unitario per mq di ciascun taglio era indicato in € 0,068, all’importo totale a base d’asta corrispondeva un numero annuo di 10 tagli.
Per contro l’aggiudicataria, a fronte di un prezzo unitario di € 0,051, indicava l’importo globale dell’offerta in € 15.157,20, corrispondente all’evidenza ad un solo taglio annuo.
Le schede riepilogative in atti confermano che per entrambi i Lotti sono riscontrabili significativi scostamenti in difetto rispetto ai fabbisogni indicati dall’amministrazione nei propri atti di gara.
Che la suddetta valorizzazione fosse stata calcolata dalla Stazione appaltante sui tre fattori – compreso il numero dei tagli - sopra richiamati, si ricava anche dai chiarimenti resi dalla medesima Stazione appaltante in risposta alle richieste di alcuni partecipanti.
Invero, nella risposta ad uno dei quesiti posti dalle partecipanti la stazione appaltante aveva modo di precisare che “*nella colonna ‘Valorizzazione prestazione’ è indicato per ogni prestazione l’importo a base d’asta non superabile ottenuto moltiplicando il fabbisogno presunto triennale di ogni prestazione per il relativo prezzo a base d’asta. Per le prestazioni 1-2-3-4-5-6 (taglio erba) sono stati considerati indicativamente anche il numero presunto di interventi da effettuare per mantenere l’erba all’altezza indicata nella prestazione*”.
3.3. Seguendo tale impostazione la Stazione appaltante indicava, seppure non in modo vincolante, il seguente numero di tagli: 10 per la prestazione n. 1; 16 per la prestazione n. 2; 10 per la prestazione n. 3 e n. 4; 4 per la prestazione n. 5; 2 per la prestazione n. 6.
Ebbene, a fronte di tale quadro OMISSIS offriva, per la prestazione n. 6 (taglio del manto erboso fono a un massimo di cm. 40), l’importo di € 21.120,00, mentre la ricorrente indicava un’offerta economica di € 31.680,00 (per il triennio di efficacia del contratto).
Per apprezzare l’incongruenza dell’offerta dell’aggiudicataria è sufficiente rilevare che il prezzo unitario da questa indicato è di € 0,089, mentre la ricorrente aveva indicato il prezzo inferiore di € 0,080. Eppure, come si è rilevato, l’offerta complessiva di OMISSIS (l’unica voce presa in considerazione dalla commissione di gara) era di € 21.120,00, di gran lunga inferiore a quella di OMISSIS pari a € 31.680,00. Tale risultato era possibile solo perché, palesemente, al prezzo unitario di 0,089 moltiplicato per la superficie erbosa da trattare corrispondeva solo l’esecuzione di due tagli (0,089x132.000=21.120,00)
Nonostante l’evidente anomalia (ma più correttamente dovrebbe definirsi incongruenza) di tale esito la commissione prima, e la stazione appaltante, poi, non ritenevano di richiedere all’aggiudicataria alcun chiarimento, limitandosi nel procedimento di verifica dell’offerta all’analisi delle voci di costo relative al personale.
Le medesime considerazioni sono riproducibili per la prestazione n. 2 relativa al taglio del manto erboso fino a 10 cm. con una superficie complessiva di mq. 24.000.
La stazione appaltante, indicando un prezzo unitario di € 0,20/mq. e un prezzo complessivo a base d’asta di € 76.800,00, stimava evidentemente necessario, per eseguire la prestazione richiesta a regola d’arte, un numero di tagli pari a 16 (0.20x24.000=4.800,00 e quindi 4.800x16=76.800,00).
OMISSIS offriva il prezzo unitario di 0,149x24.000 e indicava un’offerta complessiva di € 64.430, 00, ma relativa all’intero triennio, corrispondente a circa 6 tagli annui.
Lo stesso genere di considerazioni non costituisce un’eccezione, ma è riproducibile per le altre prestazioni e per ciascun lotto.
4. Ora, è ben noto che il giudizio sull'anomalia dell'offerta - finalizzato alla verifica dell'attendibilità e serietà della stessa ovvero dell'accertamento dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte - ha natura globale e sintetica e deve risultare da un'analisi di carattere tecnico delle singole componenti di cui l'offerta si compone, al fine di valutare se l'anomalia delle diverse componenti si traduca in un'offerta "complessivamente" inaffidabile (Cons. Stato, sez. V, 05/03/2019, n. 1538; id., sez. V, 3 aprile 2018, n. 2053).
E’ altrettanto pacifico che non è configurabile una soglia minima al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, poiché anche un utile modesto può comportare un vantaggio significativo per l'impresa anche in termini di qualificazione per essere aggiudicataria di un determinato appalto, e inoltre l'impresa aggiudicataria può, al fine di giustificare la congruità dell'offerta, rimodulare le quantificazioni dei costi e dell'utile indicate inizialmente nell'offerta, purché non ne risulti una modifica degli elementi compositivi tali da pervenire ad una offerta diversa rispetto a quella iniziale e sempre che l’eccessivo ribasso offerto non influisca negativamente sulla corretta esecuzione del servizio secondo standard di qualità e di valutazione dell’effettiva sostenibilità (Cons. St., sez. V, 12 settembre 2018, n. 5332; id., sez. VI, 5 giugno 2015, n. 2770).
4.1. Si è riferito, tuttavia, che la stazione appaltante non ha minimamente preso in considerazione le palesi incongruenze rilevate di talché la verifica di anomalia dell’offerta è stata condotta e positivamente conclusa unicamente prendendo in considerazione le voci dell’offerta relative al costo del personale.
Ed infatti, nelle sue difese, OMISSIS assume che era “*rimessa a ciascun concorrente la determinazione della frequenza dei tagli da effettuare, individuata sulla scorta della propria esperienza, fermo restando l’obbligo di mantenere, in base al continuo monitoraggio, una determinata altezza del manto erboso*”, sottendendo così che l’offerente si sarebbe assunta il rischio di proporre un prezzo complessivo che si sarebbe potuto rivelare in ipotesi insufficiente ad eseguire le prestazioni richieste e, quindi, sostanzialmente un’offerta in perdita.
Costituisce, tuttavia, principio consolidato quello per cui un utile pari a zero o un'offerta in perdita rendono *ex se* inattendibile l'offerta economica e il consentire la presentazione di offerte senza adeguato utile finisce con incidere anche sul sistema della libera concorrenza del mercato, vulnerando altresì l’interesse pubblico a che il soggetto aggiudicatario sia in grado di svolgere adeguatamente la prestazione oggetto del contratto (Cons. St., sez. IV, 26 febbraio 2015 n. 963; id., sez. III, 9 luglio 2014 n. 3492; id., sez. V, 22 maggio 2012 n. 2977).
D’altra parte, lo stesso principio di tassatività delle cause di esclusione va inteso nel senso che l'esclusione dalla gara va disposta anche nel caso in cui siano imposti "adempimenti doverosi" pur senza prevedere espressamente l'esclusione (Cons. St., sez. V, 17/01/2019, n. 430) ovvero l’offerta del concorrente non sia conforme alle specifiche tecniche fissate dalla *lex specialis* o che, comunque, presuppongono o comportano che lo svolgimento del servizio venga svolto in maniera non corrispondente a quanto stabilito dalla legge di gara (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 23/01/2019 , n. 131; T.A.R. Lazio, sez. II, 21/05/2019, n. 6250).
In altre parole, l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente, rispetto ai requisiti minimi previsti dalla stazione appaltante per il contratto da affidare, legittimano l'esclusione dalla gara e non già la mera penalizzazione dell'offerta nell'attribuzione del punteggio, perché determinano la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo necessario per la stipula del contratto (T.A.R. Emilia Romagna, Parma 10/01/2019, n. 1).
Si è dimostrato, in precedenza, che l’offerta di OMISSIS non poteva rispondere ai requisiti prestazionali minimi fissati dal capitolato di gara, ponendosi al di fuori di quell’intervallo di possibili variazioni entro le quali la tesi difensiva dell’amministrazione potrebbe essere ritenuta condivisibile.
Non vi chi non veda che se il capitolato prevede un numero di tagli del manto erboso pari a 10, suscettibile di incrementi o diminuzioni in funzioni di variabili stagionali o climatiche, un’offerta che, al contrario, indichi un solo taglio da eseguire per l’intera durata del contratto è priva di ogni attendibilità e doveva perciò essere esclusa dalla gara.
D’altro canto lo stesso disciplinare di gara al punto 7 stabiliva che "*Nessun punteggio né qualitativo né economico sarà attribuito ad offerte relative a prestazioni qualitativamente risultate non conformi a quanto stabilito dal capitolato tecnico*".
Ne segue che, assorbite le altre censure, comprese quelle proposte con i motivi aggiunti, il ricorso va accolto con conseguente annullamento dell’atto impugnato.
Le spese del giudizio seguono la soccombenza come in dispositivo liquidate.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, per l’effetto annullando l’atto di aggiudicazione impugnato.
Condanna OMISSIS e OMISSIS a rifondere, ciascuna nella misura di € 3.000,00, oltre accessori di legge, le spese processuali sostenute dalla parte ricorrente.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2019 con l'intervento dei magistrati:
Saverio Romano, Presidente
Bernardo Massari, Consigliere, Estensore
Pierpaolo Grauso, Consigliere

Pubblicato il 20/08/2019
**N. 05746/2019REG.PROV.COLL.**
**N. 02472/2019 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 iscritto al numero di registro generale 2472 del 2019, proposto da
OMISSIS s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato OMISSIS;
***contro***
Ministero della Difesa, in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata ex lege in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;
***per la riforma***
della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Prima, n. 01554/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 16 maggio 2019 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Volpe e l’avvocato dello Stato Giacomo Aiello;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1. Con bando di gara pubblicato il 29 marzo 2018 il Ministero della difesa indiceva una procedura aperta per la conclusione di sette accordi quadro aventi ad oggetto la fornitura di materiale vestiario – equipaggiamento e di attendamento da svolgersi su piattaforma telematica messa a disposizione da Consip.
1.1. Il criterio di aggiudicazione era quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa con l’attribuzione di 70 punti per l’offerta tecnica e di 30 punti per l’offerta economica.
Il disciplinare di gara, al punto 12.2., prevedeva che l’offerta tecnica fosse composta da una “*parte documentale*” e da una “*parte campionatura*”, con previsione, in relazione a ciascuna di esse, di specifiche modalità di presentazione.
1.2. Al punto 15 del disciplinare di gara per la “*parte documentale*” era prevista una “*redazione di offerta tecnica*” riportante, tra l’altro, una dichiarazione di “*piena conformità alle caratteristiche minime stabilite nel Progetto (Specifiche tecniche di riferimento di cui all’Allegato 1), relativa a tutti i particolari di lavorazione e di confezione, ed alle prestazioni dei tessuti e di tutte le altre materie prime ed accessori impiegati per la realizzazione del manufatto (di cui all’Allegato dal n. 2 all’Allegato n. 8) pena l’esclusione dalla procedura di gara*” e “*Rapporti ufficiali di prova/Referti analitici*”, nonché una “*Dichiarazione di corrispondenza*”, consistente in una autodichiarazione che i Rapporti di prova/referti analitici presentati “*si riferiscono alla campionatura offerta in gara*”.
1.3. La “*parte campionatura*” era costituita, invece, da “*campioni di manufatti finiti*” e da “*una campionatura di materie prime/semilavorati/accessori*”. Nel disciplinare di gara, in relazione a tale ultimo contenuto dell’offerta tecnica, v’era rinvio al punto 12.2. ove era precisato che i manufatti offerti “*saranno soggetti ad un preventivo giudizio di conformità organolettica da parte della commissione giudicatrice rispetto alle Specifiche Tecniche ed al Campione ufficiale di riferimento*”.
2. OMISSIS s.r.l. presentava domanda di partecipazione alla gara per il lotto n. 4, relativo alla fornitura di due diversi tipi di t-shirt (Combact T-shirt in tessuto ignifugo mod. 2014 e Combat T-shirt policrome tipo desertico in tessuto ignifugo mod. 2015) e sacchi a rete per il lavaggio a macchina di biancheria mod. 2001 (tipo Esercito) per un valore complessivo di € 918.032,78 Iva esclusa: detta domanda era l’unica per il lotto 4.
2.1. La commissione giudicatrice si riuniva il 13 settembre 2018 per esaminare l’offerta tecnica e, svolto il preventivo esame di conformità organolettica previsto dal disciplinare di gara, rilevava la difformità dei campioni relativi alle due tipologie di t-shirt presentate rispetto ai campioni ufficiali di riferimento e ne dichiarava, pertanto, l’inidoneità, con conseguente esclusione della predetta commissione dalla gara.
2.2. In particolare, la commissione così motivava per la combat t-shirt tipo desertico in tessuto ignifugo mod. 2015: “*la combat t-shirt desertica non presenta il corpo anteriore sagomato coma da CU di riferimento che per la sola foggia, è rappresentato dalla combat t-shirt in tessuto ignifugo mod. 2014 (ST 1431/E – VEST); - la tasca superiore delle maniche presenta il cursore della chiusura lampo difforme per foggia e colore rispetto al C.U.. Inoltre, l’apertura laterale regolata da tale chiusura lampo risulta chiusa a causa della presenza di una cucitura interna non prevista e che ne impedisce pertanto l’accesso; - il sistema per la regolazione della chiusura del polsino presenta l’applicazione del nastro velcro nella parte anteriore della manica, e non posteriore, come invece rilevabile dal C.U. di riferimento; - il corpo della combat t-shirt presenta un coore non conforme a quello della maglietta color sabbia mod. 2004 SSTT1258/UI-VEST valida come riferimento cromatico; - le maniche, le spalle ed il collo della combat t-shirt presentano un colore non conforme a quello dell’uniforme da combattimento e servizio mod. 2004 SSTT 1277/UI-VEST, valida come riferimento cromatico*”; per la combat t-shirt in tessuto ignifugo – mod. 2014 (ST 1431/E-VEST) ulteriormente precisava che: *“- la combat t-shirt non presenta il corpo anteriore sagomato come da C.U.; - la la tasca superiore delle maniche presenta il cursore della chiusura lampo difforme per foggia e colore rispetto al C.U.. Inoltre, l’apertura laterale regolata da tale chiusura lampo risulta chiusa a causa della presenza di una cucitura interna non prevista e che ne impedisce pertanto l’accesso; - il sistema per la regolazione della chiusura del polsino presenta l’applicazione del nastro velcro nella parte anteriore della manica, e non posteriore, come invece rilevabile dal C.U. di riferimento*”.
2.3. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio OMISSIS s.r.l. domandava l’annullamento del provvedimento di esclusione sulla base di tre motivi.
Con il primo motivo lamentava la violazione delle disposizioni del codice dei contratti pubblici per aver la stazione appaltante richiesto agli operatori la presentazione di “campioni” per integrare il contenuto dell’offerta tecnica e non per la verifica della loro capacità tecnica, come consentito dalle disposizioni codicistiche.
Con il secondo motivo deduceva la violazione dell’art. 68 del codice dei contratti pubblici per la formulazione non sufficientemente precisa delle specifiche tecniche alle quali era richiesto fossero conformi i campioni presentati dagli operatori.
Con il terzo motivo censurava le singole ragioni di esclusione indicate dalla commissione giudicatrice.
2.4. Il Ministero della difesa si costituiva in giudizio e concludeva per il rigetto del ricorso.
Con sentenza sez. I-*bis*, 7 febbraio 2019, n. 1554, l’adito tribunale ha respinto il ricorso, condannando la ricorrente al pagamento delle spese di lite.
3. Propone appello OMISSIS s.r.l., chiedendo la riforma della predetta sentenza asseritamente erronea ed ingiusta.
Resiste al gravame il Ministero della difesa.
Le parti hanno presentato memorie ex art. 73 Cod. proc. amm..
4. All’udienza in camera di consiglio del 16 maggio 2019, fissata per delibazione dell’istanza cautelare di sospensione dell’esecutività della sentenza impugnata, informate le parti dell’intenzione della Sezione di decidere la causa immediatamente, la stessa è stata trattenuta in decisione

**DIRITTO**

1. Con i primi tre motivi – da esaminare congiuntamente poiché rivolgono, in sostanza, un’unica articolata critica della sentenza impugnata – l’appellante contesta che il giudice di primo grado avrebbe erroneamente attribuito al campione di prodotto presentato il carattere di elemento dell’offerta, laddove invece l’allegato XVII al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 specifica che la stazione appaltante può richiedere agli operatori economici di fornire un “campione” del prodotto offerto ai soli fini della dimostrazione della loro “capacità tecnica” e non anche per integrare il contenuto dell’offerta.
1.1. Da tale erronea qualificazione del “campione” sarebbe scaturito, secondo l’appellante, l’ulteriore errore di consentire la valutazione dell’operatore economico sulla base del campione fornito e non anche, come espressamente previsto dal disciplinare di gara, in base ai “criteri di valutazione dell’offerta tecnica” incentrati sulle caratteristiche prestazionali dai tessuti (resistenza alla lacerazione in ordito, resistenza alla lacerazione in trama, permeabilità all’aria, resistenza allo scoppio, coefficiente di trasmissione del vapore d’acqua), come definite dalle specifiche tecniche.
1.2. L’appellante insiste sul fatto che il campione offerto sarebbe dovuto essere apprezzato solo come dimostrativo della capacità di fornire beni conformi alle specifiche tecniche ed al campione ufficiale quanto, in particolare, alle caratteristiche organolettiche dei materiali.
2. I motivi sono infondati.
2.1. L’allegato XVII al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 prevede, alla Parte II, che la capacità tecnica dell’operatore economico ai sensi dell’art. 83 possa essere provata, per il caso di appalto avente ad oggetto la fornitura di prodotti, anche a mezzo “campioni”.
Il campione che la stazione appaltante richiede all’operatore economico ha pertanto la finalità di accertarne la capacità tecnica.
Il “campione” richiesto all’operatore economico non è, però, un prodotto qualunque, dimostrativo di una sua generica capacità tecnica di fabbricazione, ma è proprio il prodotto d’interesse dell’amministrazione, del quale si richiede la fornitura, con le sue peculiari caratteristiche tecniche; per questo motivo il “campione” è definito come (“*non un elemento costitutivo, ma semplicemente*) “*dimostrativo dell’offerta tecnica*” (cfr. Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre 2018, n. 5605; III, 14 novembre 2017, n. 5259; sez. III, 3 febbraio 2017, n. 475; V 30 gennaio 2017, n. 371).
A tale concetto di “campione” si è ragionevolmente conformata la sentenza di primo grado, laddove, sia pur con terminologia apparentemente ambigua, ha qualificato il “campione” come “prodotto minimo richiesto dalla stazione appaltante”; così intesa essa si sottrae alle censure rivolte dall’appellante nel primo motivo di appello.
2.2. Qualificato infatti il “campione” come elemento dimostrativo dell’offerta tecnica, è legittima la richiesta della stazione appaltante di presentarne uno conforme alle “specifiche tecniche” da rispettare, avvenuta l’aggiudicazione, in sede di fornitura, come pure è inevitabile che sia rimesso alla commissione giudicatrice un preventivo giudizio di idoneità del “campione”, che, ove si concluda negativamente, comporti l’esclusione del concorrente (cfr. Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre 2018, n. 5605).
Correttamente, pertanto, l’art. 15 del disciplinare di gara prevedeva che “*I manufatti costituenti l’ “Offerta tecnica (parte campionatura di gara)” presentati dalle imprese/R.T.I/ consorzi concorrenti, saranno soggetti a un preventivo giudizio di conformità organolettica da parte della commissione giudicatrice rispetto alle specifiche tecniche ed al campione ufficiale di riferimento. La non conformità dei suddetti campioni comporterà la non ammissione al proseguimento della gara*”.
Il secondo e il terzo motivo, rivolti a contestare l’ammissibilità del giudizio rimesso dal disciplinare di gara alla commissione giudicatrice, sono di conseguenza infondati.
3. Con il quarto motivo di appello è contestata la sentenza per violazione dell’art. 68 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; l’appellante si duole che il giudice di primo grado non abbia dichiarato illegittime le “specifiche tecniche” nella parte in cui, in due casi (specifica tecnica n. 1431/E – VEST e specifica tecnica n. 1434/E – VEST) rinviavano, per quanto non espressamente indicato, ad “campione ufficiale”; secondo l’appellante, le specifiche tecniche che così dispongono sarebbero assolutamente generiche e comunque incompatibili con la necessaria chiarezza imposta ad una procedura di gara pubblica, tanto più che dei campioni ufficiali non venivano indicate le caratteristiche tecniche e ne era possibile solo la visione.
4. Il motivo è infondato.
4.1. Le specifiche tecniche “*definiscono le caratteristiche previste per lavori, servizi o forniture*” (art. 68, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50); è necessario che siano precise per consentire agli operatori economici la piena comprensione delle richieste della stazione appaltante.
Non v’è alcun divieto per la stazione appaltante di esprimere le specifiche tecniche mediante rinvio ad un “campione ufficiale”, vale a dire ad un modello predisposto dalla stessa amministrazione al quale gli operatori economici devono conformarsi per la realizzazione del loro “campione”, poiché, anzi, in questo modo, sono rese più chiare ed inequivoche le caratteristiche attese.
L’operatore economico, a sua volta, non può lamentarsi che il suo campione sia stato ritenuto inidoneo dalla commissione giudicatrice per difformità al “campione ufficiale”, senza fornire prova di aver proposto caratteristiche “equivalenti” a quelle richieste dall’amministrazione.
4.2. Il motivo di appello è pertanto infondato poiché il riferimento ad un “campione ufficiale” non è sintomatico di una imprecisa redazione degli atti di gara, ed anche perchè ben può ammettersi il rinvio a più di un “campione ufficiale” per la dimostrazione di diverse caratteristiche tecniche richieste ed infine perché non è necessaria la specificazione dei suoi colori per rendere idoneo il campione ufficiale.
5. I motivi quinto, sesto e settimo possono essere congiuntamente esaminati; con il quinto motivo è riproposto il motivo di ricorso – non espressamente esaminato dal giudice di primo grado – di contestazione delle singole ragioni di esclusione: l’appellante assume che le difformità rilevate dalla commissione giudicatrice non avrebbero potuto condurre alla sua esclusione dalla procedura poiché il “campione” presentato era stato elaborato in conformità alle specifiche tecniche (quinto motivo); lamenta la sproporzione della disposta esclusione considerato il carattere marginale delle difformità rilevate, da imputare, più che altro, alle equivocità indotte dalla stessa stazione appaltante (sesto motivo) e infine reclama il soccorso istruttorio per emendare le eventuali discrepanze rintracciate dalla commissione (settimo motivo).
6. I motivi sono infondati.
6.1. L’appellante ammette le difformità individuate dalla commissione giudicatrice rispetto al “campione ufficiale”, ma sostiene che il giudizio di conformità andava effettuato con le “specifiche tecniche” e non con il “campione ufficiale”, il quale aveva solo una funzione residuale (di valere per quanto non espressamente indicato nelle specifiche tecniche).
Riconosciuto che la stazione appaltante ben può esprimere le specifiche tecniche del prodotto richiesto anche mediante rinvio ad un “campione ufficiale” e considerato che è quanto avvenuto nell’odierna procedura con la prescrizione dell’art. 15 del disciplinare di gara in precedenza riportata (oltre che nell’allegato n. 5 delle specifiche tecniche), la accertata – e ammessa – difformità rispetto al “campione ufficiale” del prodotto offerto come “campione” dall’operatore economico costituisce giusta causa di esclusione dalla procedura (ove così previsto dal disciplinare di gara) per assenza di capacità tecnica e, dunque, nel rispetto del principio di tassatività delle cause di esclusione.
6.2. Pur a voler condividere la perplessità per la sola difformità al colore (profilo per il quale sarebbe stato auspicabile e più appropriato che l’amministrazione avesse fatto riferimento ad un sistema di codici per definirlo con esattezza), resterebbero le altre acclarate difformità, di per sé idonee e sufficienti a giustificare l’esclusione dell’operatore dalla gara.
6.3. L’esclusione dell’offerta della OMISSIS s.r.l. dalla procedura era obbligata considerato il chiaro tenore del disciplinare di gara che imponeva in ragione della “non conformità dei suddetti campioni” di non ammettere l’operatore al proseguimento della gara; la commissione pertanto non aveva alcun margine di apprezzamento circa la rilevanza o meno delle difformità riscontrate.
6.4. Infine, correttamente la sentenza di primo grado ha escluso l’ammissibilità del soccorso istruttorio: il giudizio che la commissione giudicatrice doveva concludersi con un esito di conformità o difformità che non lasciava spazio ad eventuali aggiustamenti o riparazioni da parte dell’operatore economico, il quale, del resto, se non in grado di realizzare un prodotto conforme ai desiderata della stazione appaltante nel momento in cui la sua capacità era valutata, non poteva – al pari di quel che accade in ogni verifica effettuata in sede concorsuale – sperare di poter emendare i suoi errori ed essere, in un secondo momento, sottoposto ad una nuova verifica, con diverso esito.
7. In conclusione l’appello deve essere respinto.
8. Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.
Condanna OMISSIS s.r.l. al pagamento delle spese di lite, che liquida in € 5.000,00 oltre accessori e spese di legge, a favore del Ministero della difesa.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:
Carlo Saltelli, Presidente
Raffaele Prosperi, Consigliere
Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore
Angela Rotondano, Consigliere
Giovanni Grasso, Consigliere

Pubblicato il 20/08/2019
**N. 05747/2019REG.PROV.COLL.**
**N. 08732/2018 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 iscritto al numero di registro generale 8732 del 2018, proposto da
OMISSIS s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia e Cristiano Giovanni Gasparutti, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;
***contro***
OMISSIS Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Fabio Elefante, con domicilio eletto presso lo studio legale Ruccellai & Raffaelli in Roma, via Sardegna, n. 38;
***nei confronti***
OMISSIS s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Danilo Tassan Mazzocco, con domicilio digitale come da Pec da Registri di giustizia;
***per la riforma***
della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia – Milano Sezione Prima, n. 02259/2018, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di OMISSIS s.p.a. e di OMISSIS Italia s.p.a.;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 giugno 2019 il Cons. Valerio Perotti ed uditi per le parti gli avvocati Angelo Clarizia, Fabio Elefante e Danilo Tassan Mazzocco;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Risulta dagli atti che in data 1° dicembre 2017 la OMISSIS s.p.a. pubblicava sulla G.U.R.I. n. 139 un avviso di gara per l’affidamento di un “*appalto integrato per la progettazione esecutiva, per il coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e per l’esecuzione dei lavori di ampliamento dell’impianto di depurazione in Comune di Colico (LC), località Monteggiolo*”, da aggiudicarsi secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.
L’importo della commessa era pari ad euro 2.191.736,90, di cui euro 35.736,90 relativi alla progettazione esecutiva ed al coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed euro 2.121.000,00 per lavori a corpo. Gli oneri della sicurezza, non soggetti a ribasso, ammontavano ad euro 35.000,00.
Per la redazione e presentazione del progetto esecutivo erano previsti 60 giorni decorrenti dalla firma del contratto, mentre l’esecuzione dei lavori, decorrente dalla data del verbale di consegna, era di 730 giorni.
Tra gli operatori economici che avevano scelto di prendere parte alla procedura vi era la società OMISSIS Italia s.p.a., la quale nella propria domanda di partecipazione alla gara chiedeva “*di partecipare alla procedura in parola in veste di Raggruppamento temporaneo di imprese (lett. d), art. 45, D.Lgs. 50/2016 s.m.i, orizzontale, non costituito*”.
All’esito dei richiesti chiarimenti ed integrazioni documentali, venivano ammesse alla gara tre concorrenti, tra cui le società Veolia ed Echosid; quindi, in data 13 marzo 2018, con verbale di gara n. 28, veniva data lettura del punteggio tecnico assegnato ai partecipanti.
Quindi, all’esito dell’apertura delle buste contenenti le offerte economiche e quelle contenenti le offerte tempo, veniva stilata una graduatoria provvisoria vedeva Echosid prima classificata, seguita da Veolia.
Con ricorso al Tribunale amministrativo della Lombardia, OMISSIS Italia s.p.a. impugnava il provvedimento recante l'aggiudicazione della gara.
In data 16 aprile 2018 la stazione appaltante riscontrava positivamente la richiesta di accesso agli atti formulata da Echosid in pari data, all’esito del quale la società prendeva formalmente atto del contenuto del verbale di gara n. 8 del 24 gennaio 2018, con il quale la stazione appaltante aveva consentito a Veolia di sanare, con soccorso istruttorio, l’omessa “*dichiarazione di impegno a costituire raggruppamento temporaneo di imprese, ai sensi dell’art. 45 e 48 del D.Lgs 50/2016 e s.m.i, contenente l’indicazione dell’impresa Mandataria e le quote di partecipazione di ciascun componente e l’impegno a costituire formalmente il Raggruppamento conferendo, in caso di aggiudicazione, il mandato collettivo speciale con rappresentanza alla Mandataria*”.
A tal punto Echosid proponeva ricorso incidentale, chiedendo al Tribunale amministrativo adito l’annullamento, in parte qua, degli atti di gara nella parte in cui Veolia non era stata esclusa dalla gara a valle della analisi della documentazione amministrativa.
Con sentenza 19 novembre 2018, n. 2603, il giudice adito accoglieva il ricorso principale e respingeva quello incidentale.
Avverso tale decisione Echosid interponeva appello, deducendo i seguenti motivi di impugnazione:
1) *Error in iudicando: sulla fondatezza del ricorso incidentale – Violazione degli artt. 45 e 48 del d.lgs. 50/2016*.
2) *Error in iudicando: irricevibilità/inammissibilità del ricorso principale*.
3) *Error in iudicando: infondatezza del ricorso principale*.
OMISSIS Italia s.p.a. si costituiva in giudizio, chiedendo il rigetto dell’appello in quanto infondato.
Anche OMISSIS s.p.a. si costituiva, chiedendo il parziale accoglimento dell’appello, con reiezione sia del ricorso di primo grado proposto da Veolia, sia del ricorso incidentale proposto in primo grado da Echosid.
Successivamente le parti ulteriormente precisavano, con apposite memorie, le proprie rispettive tesi difensive ed all’udienza del 6 giugno 2019, dopo la rituale discussione, la causa veniva trattenuta in decisione.

**DIRITTO**

Con il primo motivo di appello viene innanzitutto censurata la reiezione del ricorso incidentale proposto dall’odierna appellante nel precedente grado di giudizio, fondato sul rilievo del mancato deposito, nella documentazione allegata all’offerta, della dichiarazione di impegno a costituire il raggruppamento di imprese, come invece richiesto dal disciplinare di gara all’art. 10, p.to 9.
Ad avviso di Echosid, il soccorso istruttorio accordato, sul punto, dalla stazione appaltante a Veolia sarebbe stato illegittimo, poiché la ricorrente principale avrebbe dovuto da subito essere esclusa dalla gara: invero, trattandosi di mancanza *ab origine* di un documento essenziale e non di mera irregolarità della documentazione, non sussisterebbero, alla luce del principio della *par condicio*, i presupposti per la regolarizzazione della documentazione mediante il soccorso amministrativo.
Del resto, precisa l’appellante, la dichiarazione in questione ha ad oggetto l’assunzione di un “*impegno giuridicamente vincolante nei confronti della stazione appaltante*” in vista dell’eventuale esecuzione del contratto, impegno che, come tale, “*non può essere formalizzato in sede di gara, attraverso il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante*”.
Il motivo non è fondato.
Come correttamente rilevato dal primo giudice, la domanda di partecipazione recava la dichiarazione di voler costituire, in caso di aggiudicazione, un’associazione temporanea di imprese, *ex* art. 48, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 ed altresì l’impegno, in caso di aggiudicazione, a conferire mandato collettivo speciale con rappresentanza all’impresa Veolia, espressamente qualificata come capogruppo. Sempre la domanda di partecipazione esplicitava i ruoli della mandante e della mandataria – F.lli Locatelli s.a.s. – indicando le rispettive quote di partecipazione, precisando, sul punto, che la mandataria capogruppo avrebbe partecipato per il 100% alla progettazione e per l’84,68% ai lavori in categoria OS22, mentre la mandante avrebbe partecipato al 15,32% ai lavori in categoria OS22 ed al 15,08% alle altre prestazioni oggetto dell’appalto.
A fronte di ciò, deve concludersi che la dichiarazione di partecipare in Rti costituendo, così come il relativo impegno alla costituzione in caso di aggiudicazione, erano stati tempestivamente prodotti ed in modo inequivoco e completo: il soccorso istruttorio, invero, era stato utilizzato solamente per assicurare il formale rispetto della disciplina di gara, che al già richiamato art. 10, p.to 9, del disciplinare richiedeva – testualmente – una “*dichiarazione autonoma di impegno a costituire il RTI*”, separatamente dalla domanda di partecipazione alla gara.
La disposizione della *lex specialis*, in particolare, nell’indicare i documenti che i partecipanti alla stessa dovevano inserire nella “*busta A – documenti amministrativi*”, indicava al p.to 9, per i raggruppamenti temporanei di imprese non ancora costituiti, solamente una dichiarazione sottoscritta dalle imprese consorziate o associate nel costituendo raggruppamento, con l’indicazione dell’impresa capogruppo, delle rispettive quote di partecipazione al raggruppamento e l’impegno espresso di costituire formalmente il Rti, conferendo, in caso di aggiudicazione il mandato collettivo speciale con rappresentanza all’impresa capogruppo. Il che è esattamente quanto fatto a suo tempo dalla ricorrente Veolia.
D’altro canto va pur detto che il generale principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all’art. 83, comma 8 del d.lgs. n. 50 del 2016 non avrebbe comunque consentito di accogliere l’istanza di esclusione dalla gara formulata dall’appellante, la fattispecie qui esaminata non essendo contemplata da alcuna disposizione del vigente *Codice dei contratti pubblici* (né, a rigore, dalla stessa *lex specialis* di gara).
Con il secondo motivo di appello la sentenza di primo grado viene poi censurata nella parte in cui ha ritenuto infondate le eccezioni preliminari di irricevibilità e inammissibilità del ricorso principale.
Questo, in particolare, avrebbe dovuto essere considerato tardivo in quanto “*volto a contestare l’ammissione alla gara per il presunto inidoneo riscontro al soccorso istruttorio attivato dalla Stazione appaltante*” e, come tale, da proporre – a pena di decadenza – entro il termine di trenta giorni decorrente dal provvedimento di ammissione della controinteressata Echosid (il 24 gennaio 2018), ai sensi dell’art. 120, comma 2-*bis* Cod. proc. amm.
Deduce altresì l’appellante, al riguardo, che Veolia non poteva non essere a conoscenza, sin da tale data, della avvenuta ammissione di Echosid, in quanto il verbale della seduta di gara n. 8 del 24 gennaio 2018, nel corso del quale era stata analizzata l’ammissione di entrambi i concorrenti (Veolia ed Echosid) a valle del disposto soccorso istruttorio, dava espressamente atto della presenza, in seduta pubblica, dei rappresentanti della prima impresa, muniti i ogni più ampio potere di intervento in merito.
Per l’effetto, quest’ultima sarebbe stata in grado di percepire, sin da tale data, “*i profili che rendevano evidente la lesività per la sfera giuridica dell’interessato in rapporto al tipo di rimedio apprestato dall’ordinamento processuale*”.
*A latere*, l’appellante contestava inoltre (peraltro, a sua volta in modo piuttosto generico) l’asserita genericità delle censure dedotte dall’allora ricorrente principale, miranti in ultima analisi – a suo avviso – ad ottenere dal giudice amministrativo un inammissibile giudizio di merito sostitutivo di quello in precedenza effettuato dalla pubblica amministrazione.
Neppure questo motivo può essere accolto.
Ai sensi dell’art. 120, comma 2-*bis* Cod. proc. amm. “*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 […]*”; nel caso di specie, la ricorrente Veolia contestava l’ammissione di Echosid alla procedura, sul presupposto che i contratti di avvalimento prodotti dall’aggiudicataria non avessero data certa antecedente il termine ultimo per il deposito delle offerte.
Rileva il Collegio come la specifica censura dedotta dalla ricorrente Veolia presupponesse la diretta conoscenza del documento poi fatto oggetto di contestazione, con la conseguenza che la semplice consapevolezza dell’ammissione di Echosid alla procedura di per sé nulla poteva evidenziare in ordine allo specifico profilo di illegittimità oggetto del successivo ricorso.
In questi termini, è corretto quanto rilevato dal primo giudice, secondo cui la censura “*non investe la produzione in sé o il contenuto delle dichiarazioni prodotte al momento della presentazione della domanda di partecipazione e mediante le quali la società ha attestato di possedere i requisiti di capacità necessari, seppure tramite l’utilizzo dell’avvalimento*”, incentrandosi invece sul contenuto del contratto di avvalimento (nella specie, come già detto, sulla mancanza di una sua data certa anteriore alla scadenza del termine di presentazione delle offerte).
Si tratta dunque di un profilo che emerge in una fase della procedura successiva a quella di apertura delle buste (oggetto della verbalizzazione del 24 gennaio 2018), in quanto relativo a questioni che, lungi dall’emergere dall’esame delle domande di partecipazione (o dalla documentazione ad esse allegata), presuppongono l’attivazione dei poteri di verifica della stazione appaltante nella successiva fase di riscontro dell’effettivo possesso dei requisiti (solo) dichiarati al momento della presentazione della domanda di partecipazione.
In breve, la questione dedotta da Veolia era strutturalmente estranea all’oggetto del giudizio di cui all’art. 120, comma 2-*bis* del d.lgs. n. 50 del 2016, concernendo (come già evidenziato nella sentenza appellata) poteri della stazione appaltante non ancora esercitati (né esercitabili) nelle fasi inziali della gara.
Quanto poi alle residue censure dedotte dall’appellante – di cui si è in precedenza detto – le stesse, non meglio articolate, risultano innanzitutto inammissibili per genericità.
Con il terzo motivo di appello viene invece contestato, in primo luogo, che il contratto di avvalimento depositato all’esito del soccorso istruttorio non presentasse “data certa” anteriore al termine ultimo per la presentazione delle offerte, atteso che “*il contratto di avvalimento, prodotto in sede di soccorso istruttorio, risulta sottoscritto in data 28.12.2017, anteriore della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, come peraltro attestato dal verbale di gara n. 8 del 24.01.2018*”. Né la stazione appaltante avrebbe potuto pretendere che Echosid provvedesse all’incombente ricorrendo a particolari forme di pubblicità, l’art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 non richiedendo particolari oneri formali per il contratto di avvalimento.
A fronte della richiesta della stazione appaltante di produrre una copia autentica di tale documento, l’odierna appellante aveva pertanto provveduto con le modalità i cui agli artt. 46 e 47 del d.P.R. n. 445 del 2000, implicanti un’assunzione di responsabilità che, in assenza di qualsivoglia indice di segno contrario, deporrebbe in favore dell’autenticità della data riportata sul contratto.
Né, d’altro canto, la *lex specialis* di gara chiedeva che il contratto di avvalimento fosse munito di data certa.
Sotto altro profilo, l’appellante deduce poi che la legge di gara non specificava che l’espressione “avvalersi” di uno dei soggetti di cui all’art. 46 del *Codice dei contratti pubblici* implicasse il necessario ricorso all’istituto avvalimento di cui all’art. 89 del medesimo decreto, con la conseguenza che Echosid – che non aveva fatto ricorso a tale tipologia contrattuale – non avrebbe potuto legittimamente dichiarare di “*avvalersi di un professionista indicandolo, ai sensi dell’art. 46 del d.lgs. n. 50 del 2016, come “Progettista ausiliario” in possesso dei requisiti richiesti […]*”.
Secondo l’appellante, l’espressione “avvalersi”, utilizzata nel disciplinare di gara, richiamerebbe una peculiare modalità aggregativa tipica delle prestazioni di progettazione (nell’ambito dell’appalto integrato) e non avrebbe neppure dovuto essere riferita all’istituto dell’avvalimento: ciò in ragione di quanto previsto all’art. 83, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, a mente del quale “*per i lavori, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti […] sono disciplinati […] il sistema di qualificazione, i casi e le modalità di avvalimento, i requisiti e le capacità che devono essere posseduti dal concorrent*e”, fermo restando che “*fino all’adozione di dette linee guida, si applica l’art. 216, comma 14*”.
Tale disposizione prevede che “*fino all’adozione delle linee guida indicate all’articolo 83, comma 2, continuano ad applicarsi, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo III*” del d.P.R. n. 207 del 2010, e quindi anche l’art. 92 del Regolamento di attuazione ed esecuzione del precedente *Codice degli appalti pubblici*. Quest’ultimo, in particolare, stabilisce al comma 6 che i requisiti attinenti alla progettazione “*devono essere posseduti dalle imprese attestate per prestazioni di sola esecuzione, attraverso un progettista associato o indicato in sede di offerta in grado di dimostrarli*”.
Secondo Echosid, l’art. 92, comma 6, del d.P.R. n. 207 del 2010 sarebbe insensibile ai successivi mutamenti della norma richiamata (l’art. 53, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006), proprio per consentire ai concorrenti di attestare il possesso dei requisiti in capo ai progettisti nell’ambito di un appalto integrato (quale sarebbe quello in esame).
Ciò dovrebbe desumersi dal fatto che, se a seguito dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, l’art 53, comma 3, del precedente d.lgs. n. 163 del 2006 è stato formalmente abrogato, ciò non è invece avvenuto per l’art. 92, comma 6, del d.P.R. n. 207 del 2010, il che lascerebbe intendere che “*a tale disposizione il legislatore abbia deliberatamente continuato a fare riferimento, incorporandola nel tenore precettivo della disposizione richiamante*”.
Per l’effetto, conclude l’appellante, in base al regime transitorio applicabile alla presente procedura, sarebbe stata sufficiente la mera indicazione del progettista da parte di Echosid, senza alcun obbligo di presentare, già in corso di gara, la documentazione attinente all’avvalimento.
Neppure potrebbe sostenersi che le carenze documentali asseritamente imputabili a Echosid fossero tali da non consentire di ricostruire il contenuto o di risalire all’autore delle dichiarazioni stesse, risultando in atti idonea documentazione attestante l’impegno, nei confronti sia di Echosid sia dell’ente aggiudicatore, a svolgere le attività di progettazione da parte di un professionista dotato dei necessari requisiti di qualificazione.
Né, infine, potrebbe contestarsi la mancata attivazione, da parte della stazione appaltante, del *sub*-procedimento di anomalia in ordine all’offerta di Echosid sotto i profili di cui sopra, rientrando evidentemente nella discrezionalità dell’amministrazione valutare la sussistenza o meno di profili di incongruità delle offerte.
Il motivo, nelle sue diverse declinazioni, non può trovare accoglimento.
Va innanzitutto detto, sotto il profilo della necessità o meno che il contratto di avvalimento presenti una “data certa” (quale può risultare da un atto pubblico o da scrittura privata autenticata, ovvero – indirettamente – dalla registrazione del contratto stipulato nella forma della scrittura privata), che una cosa è la produzione dello stesso unitamente alla documentazione di gara (ossia entro la scadenza del termine per la presentazione delle offerte), un’altra il deposito del documento (in originale o secondo le modalità della copia conforme) successivamente alla scadenza di tale termine, a seguito di attivazione del soccorso istruttorio (ove ne ricorrano i presupposti, come nel caso di specie).
L’art. 89, comma primo cpv del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede, in particolare, che “*Il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto*”. La norma, in effetti, non prevede che il contratto in questione venga depositato in una forma tale da garantire l’avvenuta stipulazione in data certa anteriore al termine di presentazione delle offerte, tale requisito essendo implicito nella lettera della legge, che infatti si riferisce – testualmente – alla produzione del contratto unitamente domanda di partecipazione, la quale non potrebbe che essere proposta prima della scadenza di detto termine (con la conseguenza che il contratto ad essa allegato dovrà essere anch’esso perlomeno contestuale).
Per l’effetto, l’anteriorità del contratto di avvalimento rispetto al termine ultimo per la presentazione delle offerte altro non è che il predicato implicito della norma di cui all’art. 89 cit.
Per contro, laddove – come nel caso di specie – il deposito sia avvenuto in un momento successivo, si pone oggettivamente il problema di evitare (al fine di garantire la *par condicio* tra i concorrenti, oltre che la serietà dell’offerta) che il ricorso al soccorso istruttorio possa prestarsi, in concreto, all’elusione dei termini perentori di presentazione delle offerte (nella loro completezza, ossia con la relativa documentazione di supporto) tramite la successiva produzione di una qualsiasi scrittura privata che se del caso riporti – ora per allora – una data “di comodo” (ossia retrodatata), non corrispondente al momento effettivo dell’accordo.
In breve, solo nel caso del soccorso istruttorio sorge la necessità di dimostrare – a posteriori – che il contratto di avvalimento è stato in realtà stipulato prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, prova che può essere fornita solamente tramite la stipulazione nelle forme dell’atto pubblico ovvero, sia pure in via indiretta, alla luce della data di registrazione dello stesso o di autentica delle sottoscrizioni.
Diversamente opinando, verrebbe meno la stessa *ratio* legislativa sottesa all’obbligo di deposito del contratto già con la documentazione allegata all’offerta, consistente nella presunzione, per ciò solo, che lo stesso sia stato stipulato in un momento antecedente il deposito medesimo.
Non hanno dunque pregio le considerazioni dell’appellante circa la libertà delle forme di stipulazione del contratto di avvalimento o la mancanza di una disposizione ad hoc nella *lex specialis*, così come non rileva – ai fini su cui si controverte – la circostanza che il documento in questione sia stato prodotto in copia munita di attestazione di cui agli artt. 46 e 47 del d.P.R. n. 445 del 2000: invero, anche a prescindere dalla possibilità di ricorrervi in relazione ad un contratto di diritto privato (la dichiarazione sostitutiva dell’atto di notorietà di cui all’art. 47 riguardando solamente “*stati, qualità personali o fatti che siano a diretta conoscenza dell'interessato*”, né detti contratti essendo ricompresi nell’elenco tassativo di cui all’art. 46), la stessa ovviamente nulla può dimostrare in ordine alla data effettiva della stipulazione, trattandosi di dichiarazione unilaterale resa proprio dal soggetto tenuto a fornire la prova in questione.
Per quanto invece concerne la questione della perdurante applicabilità, al caso di specie, della disposizione di cui all’art. 92 del d.P.R. n. 207 del 2010, va innanzitutto rilevato che tale norma si applica agli appalti di lavori, laddove l’odierna controversia si riferisce invece ad un appalto integrato (di lavori e servizi, comportando l’affidamento congiunto della progettazione e dell’esecuzione dei lavori); in ogni caso, la norma transitoria dell’art. 216, comma 14, del d.l.gs. n. 50 del 2016, lungi dal prefigurare una “incorporazione” ultrattiva della norma regolamentare, subordina la residuale e temporanea applicazione di alcune disposizioni del d.P.R. n. 207 del 2010 alla loro compatibilità con il nuovo quadro normativo posto dal d.lgs. n. 50 del 2016.
Ritiene il Collegio che tale compatibilità, nel caso di specie, non sia ravvisabile, attesa la mancata riproposizione, nel testo del nuovo *Codice dei contratti pubblici*, di una norma di contenuto analogo al previgente art. 53 del d.lgs. n. 163 del 2006, quanto alla possibilità di utilizzare l’istituto del professionista “indicato”.
Per l’effetto, deve ritenersi che tale possibilità non sia più contemplabile, nell’ottica della novella normativa ed a seguito della sua entrata n vigore.
A ciò aggiungasi che la disposizione di cui all’art. 216 comma 14 cit. presupponeva, al momento della sua entrata in vigore, un assetto normativo che neppure contemplava la figura del c.d. appalto “integrato” (parzialmente reintrodotta solo a seguito del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, recante “*Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*”), fatta oggetto di totale abrogazione con la previsione di cui all’art. 59, comma 1 del d.lgs. n. 50 del 2016 (entrata in vigore il 19 aprile 2016).
Per l’effetto, appare oltremodo difficile ipotizzare che il rinvio al predetto d.P.R. n. 207 del 2010 – “*ove compatibile*” – possa interpretarsi nel senso di assicurare la perdurante applicazione di una norma riferibile ad un istituto in quel momento non più esistente. Conclusione, quest’ultima, del resto coerente con il comportamento serbato dalle altre parti del rapporto (Echosid e la stazione appaltante), che nel corso della procedura hanno operato nel contesto dell’istituto dell’avvalimento, al fine di dimostrare l’effettiva disponibilità, da parte della prima, di un progettista.
Conclusivamente, alla luce dei rilievi che precedono l’appello va respinto.
Sussistono tuttavia giustificati motivi per disporre tra le parti l’integrale compensazione delle spese di lite del grado di giudizio, in ragione della particolarità delle questioni sottoposte all’esame del Collegio.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.
Compensa tra le parti le spese di lite del grado di giudizio.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:
Raffaele Prosperi, Presidente FF
Valerio Perotti, Consigliere, Estensore
Federico Di Matteo, Consigliere
Anna Bottiglieri, Consigliere
Elena Quadri, Consigliere