Pubblicato il 05/07/2017
N. 03288/2017REG.PROV.COLL.
N. 06942/2016 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 6942 del 2016, proposto da:
Ego Eco s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Gherardo Marone, con domicilio eletto presso lo studio legale Luigi Napolitano in Roma, via Sicilia, 50;

contro

Comune di Torre del Greco, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Maffettone, Elio Benevento e Fiorenzo Liguori, con domicilio eletto presso lo studio legale Marco Trevisan in Roma, via Ludovisi, 35;

nei confronti di

F.lli Balsamo s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso lo studio legale Giuseppe Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, SEZIONE I n. 02334/2016, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio di igiene urbana ed istanza di risarcimento danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Torre del Greco e della F.lli Balsamo s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 maggio 2017 il Cons. Valerio Perotti e uditi per le parti gli avvocati Perullo per delega di Marone, Migliarotti per delega di Maffettone, nonché Lentini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Risulta dagli atti che la società Ego Eco s.r.l. era risultata aggiudicataria, all’esito di una procedura aperta indetta dal Comune di Torre del Greco con determinazione dirigenziale n.1937 del 20 dicembre 2011, dell’appalto avente ad oggetto il servizio di igiene urbana.

Alla gara avevano preso parte solo tre imprese e cioè, oltre alla Ego Eco s.r.l., la ditta F.lli Balsamo s.r.l. e la Pulitem s.r.l, la quale, però, era stata esclusa.

Con determinazione dirigenziale n. 304 del 21 marzo 2012 erano stati approvati gli atti di gara e disposta l’aggiudicazione definitiva in favore della prima classificata Ego Eco s.r.l. Peraltro, nel corso dell’attività di verifica dei requisiti di partecipazione, veniva altresì acquisito un provvedimento interdittivo antimafia emesso dalla Prefettura di Napoli a carico dell’aggiudicataria, ragion per cui il Comune di Torre del Greco ne aveva disposta la decadenza, con conseguente aggiudicazione in favore della società seconda graduata, Flli Balsamo s.r.l..

La Ego Eco s.r.l. impugnava quindi il provvedimento di decadenza al Tribunale amministrativo della Campania, deducendone l’illegittimità.

Nel frattempo, in sede di controlli relativi alla seconda classificata, emergeva un’ulteriore interdittiva antimafia della Prefettura di Napoli, stavolta nei confronti della F.lli Balsamo s.r.l., peraltro già impugnata dall’interessata avanti al giudice amministrativo.

Il Comune di Torre del Greco provvedeva quindi a dichiarare la decadenza dall’aggiudicazione anche della F.lli Balsamo s.r.l., di talché, in mancanza di ulteriori ditte in graduatoria, provvedeva ad affidare il servizio ad una società pubblica, la Leucopetra, cui chiedeva di implementare il servizio con l’impiego di un maggior numero di unità lavorative.

Con sentenza n. 157 del 2013 il Tribunale amministrativo della Campania, riuniti i ricorsi, annullava le interdittive emesse nei confronti della Ego Eco s.r.l. e la determinazione dirigenziale n.671 del 2012 di annullamento dell’aggiudicazione in favore della medesima società, con ricostituzione dell’originaria graduatoria.

La medesima sentenza rigettava il ricorso incidentale della F.lli Balsamo s.r.l. avverso l’aggiudicazione definitiva in favore della Ego Eco s.r.l., dichiarando conseguentemente l’obbligo dell’amministrazione di stipulare il contratto di appalto con quest’ultima.

Con determinazione dirigenziale 1° febbraio 2013, n.160, il Comune di Torre del Greco dichiarava l’efficacia dell’aggiudicazione in favore della Ego Eco s.r.l. e, con determinazione 25 febbraio 2013, n. 264, le affidava il servizio di igiene urbana per il periodo dal 5 marzo 2013 al 3 novembre 2016, per un importo complessivo di € 28.222.358,15, risultante dal ribasso offerto dalla ditta in sede di gara.

Nel tempo dell’esecuzione del servizio oggetto di gara, il Segretario generale del Comune di Torre del Greco adottava dapprima la nota prot. n. 49153 del 29 febbraio 2014, con cui evidenziava alcuni asseriti inadempimenti della ditta alle prescrizioni del Capitolato d’appalto, diffidandola al puntuale rispetto dei propri obblighi; quindi, facendo seguito alle repliche della stessa (con nota assunta a prot. n. 53777 del 14 ottobre 2014), con nota prot. 59853 il medesimo Segretario comunale avviava il procedimento per la risoluzione del rapporto.

Con verbale del 25 novembre 2014, il Segretario generale riteneva non rilevanti le ulteriori controdeduzioni della ditta; quindi – con nota prot. n. 65686 del 26 novembre 2014 comunicava alla Ego Eco s.r.l. la cessazione del servizio a far data dal 1° dicembre 2014.

Avverso tale atto la società proponeva ricorso al Tribunale amministrativo della Campania.

Seguivano le determine 26 gennaio 2015, n. 119 e 27 gennaio 2015, n. 126, con cui il Comune annullava l’aggiudicazione definitiva in favore della Ego Eco s.r.l., sulla base di cause ostative: 1) mancata comprova del requisito curriculare di capacità tecnica previsto originariamente dal bando di gara, in ragione della risoluzione di un contratto di appalto disposta dal Comune di Minturno a danno della Ego Eco; 2) violazione dell’art. 38, comma 1, lett. f) d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice degli appalti pubblici) in ragione sia di risoluzioni contrattuali disposte da altre amministrazioni a danno della Ego Eco, sia di ulteriori circostanze negative occorse nell’ambito di diverse procedure di affidamento (provvedimenti di esclusione, iscrizione nel casellario informatico dell’AVCP), sia ancora per le irregolarità emerse nell’espletamento del servizio presso il Comune di Torre del Greco; 3) esistenza di condanna a pena detentiva per reati di frode in pubblici appalti e truffa ai danni dello Stato, a carico dell’amministratore unico della Ego Eco s.r.l. (sentenza del Tribunale di Gaeta del 17 luglio 2013), nonché di avviso di garanzia in relazione a fatti connessi all’espletamento dell’appalto presso il Comune di Minturno.

Con determina del 27 gennaio 2015, n.123, il Comune di Torre del Greco affidava infine il servizio di igiene urbana alla F.lli Balsamo s.r.l., alle stesse condizioni di cui all’offerta presentata dalla Ego Eco s.r.l. in sede di gara.

Avverso i provvedimenti a lei sfavorevoli la Ego Eco s.r.l. articolava sei motivi di ricorso:

Violazione e falsa applicazione dell’art.42, comma 1, lett. A) d.lgs. n.163 del 2006, eccesso di potere per presupposto erroneo – sviamento, in quanto il Comune resistente avrebbe erroneamente tenuto conto di vicende successive all’aggiudicazione che mai avrebbero potuto rifluire sulla legittimità di questa;

Violazione e falsa applicazione dell’art. 38, comma 1, lett. F) del d.lgs. n. 163 del 2006, eccesso di potere per presupposto erroneo – sviamento in quanto la norma applicata non potrebbe riguardare vicende occorse nell’ambito di rapporti contrattuali con altre Amministrazioni;

Violazione e falsa applicazione dell’art.21 nonies l. 7 agosto 1990, n. 241 (Legge sul procedimento amministrativo) – difetto di motivazione – sviamento – abuso del diritto in quanto l’atto di autotutela sarebbe stato adottato in spregio della relativa disciplina, sia quanto al profilo temporale che a quello motivazionale;

Violazione dell’art.140 d.lgs. n.163 del 2006 – eccesso di potere per difetto di istruttoria e presupposto erroneo – eccesso di potere per disparità di trattamento – sviamento in quanto sarebbe stata illegittima l’ammissione alla procedura della controinteressata F.lli Balsamo s.r.l., come denunciato nel giudizio instaurato avverso l’interdittiva antimafia e definito con sentenza del Tribunale amministrativo della Campania n. 157 del 2013, nella quale le censure in parola sarebbero state però assorbite;

Violazione degli artt.41, 42 e 48 del d.lgs. n.163 del 2006 – violazione dell’art. 9.1. del disciplinare di gara – eccesso di potere per difetto di istruttoria e presupposto erroneo, in quanto la controinteressata sarebbe stata priva, alla data di pubblicazione del bando, dei requisiti professionali prescritti dall’art. 9.1 del Disciplinare di gara;

Violazione e falsa applicazione dell’art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 – violazione del d.p.r. n. 495 del 2009 – eccesso di potere per difetto di istruttoria e presupposto erroneo, in quanto il sig. Antonio Balsamo, condannato con giudizio immediato per reati attinenti alla gestione di discariche non autorizzate e cessato dalla carica di amministratore nell’anno antecedente l’indizione della gara, non aveva indicato nella dichiarazione resa ai sensi dell’art.38, lett. c) d.lgs. n.163 del 2006 l’esistenza di condanne a suo carico.

Il Comune di Torre del Greco e la controinteressata F.lli Balsamo s.r.l. si costituivano in giudizio, chiedendo il rigetto del ricorso.

Con sentenza 6 maggio 2016, n. 2334, il Tribunale amministrativo della Campania rigettava il ricorso.

Avverso tale decisione interponeva appello la Ego Eco s.r.l., sostanzialmente riproponendo gli originari motivi di ricorso e precisamente:

Error in iudicando. Violazione e falsa applicazione dell’art. 38, comma 1, lett. f, d.lgs. 12.4.2006, n. 163.

Error in iudicando. Violazione e falsa applicazione dell’art. 21 nonies l. 7.8.1990, n. 241. Difetto di motivazione.

Error in iudicando. Violazione dell’art. 140, d.lgs. 12.4.2006 n. 163. Violazione degli artt. 41, 42 e 48 d.lgs. 12.4.2006 n. 163. Violazione dell’art. 9.1 del Disciplinare di gara. Violazione e falsa applicazione dell’art. 38, d.lgs. 12.4.2006 n. 163. Violazione del d.P.R. 495/2009. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e presupposto erroneo. Eccesso di potere per disparità di trattamento.

Insisteva inoltre per il risarcimento del danno asseritamente patito per effetto del provvedimento impugnato.

Si costituiva in giudizio il Comune di Torre del Greco, proponendo due motivi di appello incidentale avverso la sentenza di primo grado, e precisamente:

Violazione di legge per omessa pronuncia sull’eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo, formulata dal Comune nella propria comparsa di costituzione;

Violazione di legge nella parte in cui accoglie il primo motivo di ricorso, in relazione alla rilevanza, ai fini dell’annullamento in autotutela dell’aggiudicazione, di circostanze sopravvenute idonee ad incidere su alcuni dei presupposti presi in considerazione al momento dell’aggiudicazione.

Si costituiva altresì la F.lli Balsamo s.r.l., chiedendo il rigetto dell’appello.

All’udienza pubblica del 4 maggio 2017, dopo la discussione delle parti, la causa passava in decisione.

**DIRITTO**

Vanno preliminarmente affrontati, per ragioni di sistematicità logica, i motivi di appello principale formulati dalla Ego Eco s.r.l..

Con il primo motivo di gravame viene dedotto, in particolare, che “secondo il Giudice di prime cure, la seconda parte dell’art. 38 comma 1 lett. f), d.lgs. 163/06, riferita ad appalti banditi da Amministrazioni diverse da quella che bandisce la gara: a) avrebbe una portata più ampia del disposto di cui alla prima parte del citato art. 38 comma 1 lett. f), essendo sufficiente una qualunque irregolarità riscontrata; b) la scelta dell’Amministrazione di ritenere tale irregolarità sintomo di inadeguatezza del concorrente allo svolgimento del servizio sarebbe ampiamente discrezionale e sindacabile soltanto nei limiti degli errori macroscopici.

La tesi è errata. Sia la lettera che la ratio della norma fanno propendere per una conclusione diversa ed opposta da quella raggiunta dal Tar della Campania. Sotto il profilo letterale, la stessa parla di “errore grave nell’esercizio dell’attività professionale”: è evidente quindi che non basta una semplice irregolarità nell’esecuzione della prestazione, come invece accade con riferimento agli appalti previsti dalla prima parte della norma (cioè quelli eseguiti presso la stessa Stazione appaltante che bandisce la gara), essendo invece necessario un comportamento che abbia messo a serio rischio interessi sovraordinati, quali, ad esempio, quelli dell’ordine pubblico, dell’igiene e della salute.

Questa, infatti, è la ratio della norma che, secondo la dizione utilizzata dal legislatore, rende sconveniente la partecipazione alla gara di chi non soltanto e semplicemente si è reso inadempiente agli obblighi contrattuali, ma che, anche a prescindere dagli stessi, si sia reso gravemente inadempiente ai doveri deontologici della propria professione.

E, d’altra parte, questa è la sola ragione per la quale, nel corso della verifica dei requisiti per l’ammissione alla gara, l’Amministrazione procedente è in grado di ritenere minato in radice il rapporto fiduciario in fieri con un concorrente che non conosce ancora. Nella specie, le contestazioni formulate alla Ego Eco attengono, invece, a presunti inadempimenti contrattuali …”.

L’interpretazione dell’appellante non è convincente, né aderente alla lettera della norma richiamata.

La disposizione, invero, così recita: «Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: […] f) che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante».

Ancora da ultimo Cons. Stato, V, 12 giugno 2017, n. 2797 ha ricordato che l’ambito applicativo della norma contenuta nell’art. 38, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006 (Codice dei contratti pubblici del 2006) è imperniato sulla duplice fattispecie della grave negligenza o malafede nell’esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara e nell’errore grave nell’esercizio della loro attività professionale. Cons. Stato, V, 20 febbraio 2017, n. 742, ha ribadito che la valutazione di gravità dell'errore professionale richiesta dall'art. 38, comma 1, lettera f), d.lgs. n. 163 del 2006 è adeguatamente motivata allorché la stazione appaltante ponga a supporto del giudizio le valutazioni di altre amministrazioni sulla gravità degli inadempimenti da loro riscontrati e l'accertamento con pronuncia giurisdizionale di comportamenti ritenuti dal giudice tali da compromettere gravemente il rapporto fiduciario tra stazione appaltante e impresa aggiudicataria, verificando i presupposti specifici di ciascuno di tali atti e, su questa base, facendo proprio il giudizio di gravità ivi espresso.

Sempre in argomento, per Cons. Stato, V, 15 dicembre 2016, n. 5290 anche gli inadempimenti che abbiano dato luogo ad una conclusione transattiva possono sono apprezzabili al fine di valutare l'affidabilità professionale dell'appaltatore.

Alla luce di questa giurisprudenza, dalla quale non v’è ragione per discostarsi nel caso di specie, è condivisibile quanto ritenuto dalla sentenza appellata, secondo cui “la disposizione richiamata contempla due distinte ipotesi, in entrambe le quali viene in rilievo il grado di professionalità e affidabilità dell’operatore economico, e precisamente: una prima ipotesi, nella quale la stazione appaltante può procedere all’esclusione del concorrente, motivandola adeguatamente, se questo ha commesso grave negligenza o malafede nell’esecuzione di prestazioni affidate dalla medesima stazione appaltante, naturalmente in occasione di altri e pregressi rapporti contrattuali rispetto a quello in procinto di essere affidato all’esito della gara; una seconda ipotesi, separata dalla prima sia dal segno di interpunzione del punto e virgola sia dall’impiego della disgiunzione “o” nella quale, invece, la norma discorre, invero più genericamente, della rilevanza del fatto di aver “commesso un errore grave nell’esercizio della loro attività professionale, accertato con qualunque mezzo di prova dalla stazione appaltante”.

Questa seconda ipotesi, proprio perché differenziata e anche graficamente separata dalla prima, concerne vicende di inesatto o incompleto adempimento occorse (e verosimilmente oggetto di reciproche contestazioni) nell’ambito di rapporti contrattuali con soggetti diversi dalla stazione appaltante e delle quali questa, a differenza della prima ipotesi, non ha conoscenza diretta ma può acquisirne contezza “con qualunque mezzo di prova””.

Invero, diversamente da quanto afferma l’appellante, la sentenza – rispondendo alla specifica eccezione della ricorrente, per la quale l’esclusione sarebbe stata giustificata solo in presenza di un errore grave nell’attività professionale verificatosi nel corso del rapporto con la medesima stazione appaltante (non rilevando eventuali vicende analoghe occorse con terze amministrazioni) – ha correttamente distinto le due fattispecie considerate dalla legge, riconducendo la seconda al caso di inadempimento occorso nell’ambito di rapporti negoziali con diverse stazioni appaltanti, conformemente all’orientamento espresso della Sezione.

Valga, ex multis, Cons. Stato, VI, 5 maggio 2016, n. 1766: “ritiene il Collegio, in adesione all’orientamento giurisprudenziale maggioritario formatosi sul requisito dell’assenza di un errore grave nell’esercizio della propria attività professionale, di cui all’art. 12, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 157 del 1995 – cui corrisponde la fattispecie ex art. 38, comma 1, lett. f), ultima parte, d.lgs. n. 163 del 2006 –, e sui correlati obblighi dichiarativi, che tale ipotesi non possa essere limitata ai soli errori commessi in precedenti rapporti con la stazione che ha indetto la gara, fondandosi la causa di esclusione in esame sulla necessità di garantire l’elemento fiduciario nei rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione, con la conseguenza che le imprese concorrenti, in linea con l’onere collaborativo che sottende i rapporti con la pubblica amministrazione, sono onerate di dichiarare, a pena di esclusione, pregresse risoluzioni contrattuali anche se relative ad appalti affidati da altre stazioni appaltanti, diverse da quella che ha bandito la gara che, proprio per tale ragione, normalmente non è a conoscenza di tali fatti (v. in tal senso, ex plurimis, Cons. St., Sez. VI; 10 maggio 2007, n. 2245; Cons. St. Sez. III, n. 2289 del 2014; Cons. St., Sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4870)”.

Ancora, per Cons. Stato, V, 14 marzo 2017, n. 1166, “ai sensi dell'art. 38 lett. f), d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 non assume rilievo, ai fini della perdita della capacità di partecipare a pubbliche gare, ogni errore commesso nell'attività di impresa, ma solo quelli caratterizzati da gravità. … E’ vero quindi, sempre seguendo quella impostazione (ex multis Consiglio di Stato, Sez. V 19 agosto 2015 n. 3950), che eventuali pregresse risoluzioni contrattuali possono essere rilevanti a prescindere dal fatto che la stazione appaltante sia la stessa presso la quale si svolge il procedimento di scelta del contraente od altra, giacché tale dichiarazione attiene ai principi di lealtà e affidabilità contrattuale e professionale che presiedono ai rapporti dei partecipanti con la stazione appaltante”.

La sentenza impugnata, peraltro, non ha escluso (come sembra assumere l’appellante Ego Eco s.r.l.) la necessità di verificare natura ed entità della violazione, dovendo l’amministrazione “qualificare in termini di gravità detti errori”, traendone le debite conseguenze sulla persistenza, alla loro luce, del rapporto fiduciario tra committente e appaltatore.

Criterio, quest’ultimo, anch’esso ricorrente in giurisprudenza: si veda per tutti Cons. Stato, V, 11 aprile 2016, n. 1412, a mente del quale “la ratio della norma risiede nell’esigenza di assicurare l’affidabilità di chi si propone quale contraente, requisito che si ritiene effettivamente garantito solo se si allarga il panorama delle informazioni, comprendendo anche le evenienze patologiche contestate da altri committenti. A tale orientamento si conforma anche l’AVCP (ora ANAC) secondo la quale la rilevanza dell'errore grave non è circoscritta ai casi occorsi nell'ambito di rapporti contrattuali intercorsi con la stazione appaltante che bandisce la gara, ma attiene indistintamente a tutta la precedente attività professionale dell'impresa, in quanto elemento sintomatico della perdita del requisito di affidabilità e capacità professionale ed influente sull'idoneità dell'impresa a fornire prestazioni che soddisfino gli interessi di rilievo pubblico che la stazione appaltante persegue.

La normativa comunitaria si atteggia nello stesso senso, atteso che l’art. 57 della Direttiva 2014/24/UE, par. 4 lett. c) e g), nel disciplinare le ipotesi di “gravi illeciti professionali” e di “carenze nell’esecuzione” (analoghi ai concetti di “errore grave” e di “negligenza e malafede” utilizzati dal legislatore interno) specifica, ora, che esse devono riguardare un precedente contratto d’appalto pubblico o un contratto di appalto con un ente aggiudicatore senza alcuna “separazione tra l’ipotesi in cui le stesse si siano verificate nei confronti della medesima o di una diversa stazione appaltante, rispetto a quella nei cui confronti sorge il relativo obbligo dichiarativo”.

Corollario di tale prospettazione è che anche in relazione alle clausole di esclusione di cui alla lettera f) cit. vige la regola – valevole anche per altre condizioni di cui all’art. 38 – secondo la quale la gravità dell’evento è ponderata dalla stazione appaltante, sicché l’operatore economico è tenuto a dichiarare lo stesso ed a rimettersi alla valutazione della stazione appaltante (detta valutazione – se illogica o immotivata – potrà essere censurata innanzi l’autorità giudiziaria, mentre la mancata esternazione di un evento, anche se poi ritenuto non grave, comporta, di norma, l’esclusione dalla gara specifica …”.

Alla luce di quanto precede, “Va da sé che in tale contesto, la mancanza di tipizzazione da parte dell’ordinamento delle fattispecie rilevanti, non attribuisce alcun filtro sugli episodi di “errore grave” all’impresa partecipante, la quale è tenuta a portare a conoscenza della stazione appaltante ogni episodio di risoluzione o rescissione contrattuale anche non giudiziale, quand’anche transatto, essendo rimessa alla stazione appaltante la valutazione in relazione al nuovo appalto da affidare.

La Sezione, quindi, in conformità ai moltissimi precedenti giurisprudenziali (cfr., tra le tante, Cons. Stato, V, 25 febbraio 2015, n. 943; 14 maggio 2013, n. 2610; IV, 4 settembre 2013, n. 4455; III, 5 maggio 2014, n. 2289) ribadisce l’obbligo del partecipante ad una pubblica gara di mettere a conoscenza la stazione appaltante delle vicende pregresse (negligenze ed errori) o fatti risolutivi occorsi in precedenti rapporti contrattuali con le pubbliche amministrazioni”.

La valutazione dell’amministrazione, del resto, ha carattere eminentemente discrezionale (ex multis, Cons. Stato, V, 22 dicembre 2016, n. 5419), sicché il giudice potrà al più dispiegarsi nei limiti di una sua palese illogicità o arbitrarietà, che qui non ricorrono. Non è comunque necessario, come ricorda Cons Stato, IV, 11 luglio 2016, n. 3070, che “sia accertata, in modo irrefragabile, la responsabilità contrattuale” dell’appaltatore.

Non è però nella discrezione dell’impresa – come evidenziato nei richiamati precedenti – decidere, in tutto o in parte, se e quali precedenti comunicare alla stazione appaltante, trattandosi di obbligo indefettibile e generalizzato della stessa perché strumentale a consentire all’amministrazione i necessari riscontri e le opportune valutazioni di affidabilità.

In ragione di quanto esposto, il primo motivo di appello va respinto.

Solo per completezza si esaminano brevemente gli ulteriori motivi di appello, atteso il carattere assorbente del precedente, idoneo di per sé a definire nel merito la controversia.

Con il secondo motivo di gravame, la Ego Eco s.r.l. lamenta che l’esercizio dell’autotutela amministrativa sarebbe avvenuto ad oltre due anni dall’adozione della delibera di aggiudicazione definitiva, quando ormai era stata eseguita la metà della durata dell’appalto.

Afferma inoltre che non sarebbero state adeguatamente espresse le ragioni di pubblico interesse a fondamento dell’esercizio del potere, né queste ultime sarebbero state comunque bilanciate con gli interessi privati contrapposti.

Anche questo motivo non è fondato. Invero, la sentenza, nel ritenere che “il mancato superamento della valutazione di affidabilità dell’impresa concorrente, divenuta nelle more aggiudicataria, costituisce una circostanza bastevole a far ritenere conforme all’interesse pubblico, oltre che tempestivamente assunta in considerazione dell’articolato svolgersi della vicenda in fatto (sinteticamente descritta nella parte narrativa del presente atto), la decisione della stazione appaltante di non affidare (rectius, di non continuare nell’affidamento mediante la rimozione ex tunc dell’atto genetico dello stesso) l’appalto ad un’impresa giudicata – perché tale rivelatasi in altre circostanze – inaffidabile”, ha posto in stretta correlazione quanto già rilevato sulla presenza dei presupposti per l’esclusione dell’impresa, ai sensi dell’art. 38, comma 1, lett. f) d.lgs. n. 163 del 2006, con la ponderazione di tutela dell’interesse pubblico propria dei procedimenti in autotutela.

Va, in ogni caso, rilavata la genericità delle doglianze.

Con il terzo, articolato motivo di appello, Ego Eco s.r.l. richiama il contenuto degli ultimi tre motivi del ricorso originario, aventi ad oggetto l’affidamento del servizio ad altra ditta concorrente, contestando, in particolare, all’amministrazione di aver “affidato il servizio alla seconda graduata senza aver verificato l’esistenza dei requisiti speciali e generali in capo alla stessa”.

La sentenza aveva dichiarato inammissibili il quarto e quinto motivo di ricorso – trattandosi di “riproposizione di censure già svolte in altro giudizio (cfr. pagg. 19 e 20 del ricorso introduttivo), definito da questo TAR con la sentenza n.157/2013, passata in giudicato, nella quale - essendo stata accolta la domanda principale di annullamento dell’interdittiva antimafia a carico della ricorrente - le stesse sono state ritenute assorbite (cfr., sul rapporto tra assorbimento dei motivi di ricorso e onere di specifica impugnazione, Cons. Stato, sez. V, 30/11/2015 n. 5401)”. Ad avviso dell’appellante, per contro, “con il ricorso di primo grado è stato censurato il difetto di istruttoria, non avendo il Comune ricontrollato il possesso dei suddetti requisiti al momento dello scorrimento della graduatoria e dell’aggiudicazione in favore della F.lli Balsamo s.r.l. […] si tratta di questione non coperta dal giudicato, essendo doveroso per l’Amministrazione (che dopo due anni ha riaperto il procedimento di verifica in capo alla prima graduata) di aggiornare quella stessa verifica sul secondo graduato per potergli affidar il servizio a seguito dello scorrimento della graduatoria”.

Ora, anche a prescindere dalla sussistenza di un obiettivo interesse dell’appellante all’accoglimento di tali motivi (il che è almeno dubbio, posto che, una volta estromessa la ricorrente dalla gara, l’eventuale successiva esclusione anche della seconda graduata non avrebbe potuto arrecarle benefici), alla luce degli atti di causa è corretto il rilievo del Comune di Torre del Greco (nella propria memoria 12 aprile 2017), laddove un confronto testuale tra il ricorso introduttivo (in particolare, il p.to 5) e gli atti del precedente giudizio conclusosi con sentenza n. 157 del 2013 del Tribunale amministrativo della Campania darebbero atto della mera riproposizione di identica questione già coperta dal predetto giudicato.

Infine, anche l’ultimo motivo di appello deve ritenersi infondato, in quanto – lungi dall’essersi limitata a dar atto del deposito in giudizio del decreto di estinzione di un reato in precedenza ascritto al legale rappresentante della controinteressata – la sentenza di prime cure bene ha precisato: “Invero, dall’esame della documentazione prodotta in giudizio dalla controinteressata emerge, invece, che il predetto Antonio Balsamo aveva indicato l’esistenza della condanna in parola e al contempo aveva documentato l’avvenuta declaratoria di estinzione del reato che ne costituiva oggetto, mediante allegazione alla detta dichiarazione di copia della declaratoria di estinzione pronunciata dal GIP presso il Tribunale di Torre Annunziata con decreto del 23/11/2001 (cfr. allegato n.5 della produzione della controinteressata del 06/05/2011).

Nessun rilievo può assegnarsi, inoltre, ad ulteriori vicende penali nei quali il predetto possa essere stato in qualche modo coinvolto, in mancanza del requisito prescritto dalla lett. c) del comma 1 dell’art.38 d.lgs. n.163/2006 del carattere definitivo della condanna (la norma discorre, infatti, di passaggio in giudicato e di irrevocabilità delle sentenza)”.

Il rigetto dei motivi dell’appello principale rende inutile, per carenza di interesse ed assorbimento, l’esame dei due motivi di appello incidentale proposti dal Comune di Torre del Greco.

Dal mancato accoglimento della domanda di annullamento consegue che vada altresì respinta la connessa domanda risarcitoria.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate 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, confermando per l’effetto la sentenza impugnata.

Condanna l’appellante al pagamento, a favore dell’appellato Comune di Torre del Greco, delle spese di lite del presente grado di giudizio, che liquida in euro 1.500,00 (millecinquecento/00) complessivi, oltre Iva ed oneri di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

N. 03422/2017REG.PROV.COLL.
N. 10058/2016 REG.RIC.

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

sul ricorso numero di registro generale 10058 del 2016, proposto da:
Cobar S.p.a. e Tecnosoluzioni S.r.l., in proprio e quali componenti del costituendo r.t.i., in persona dei legali rappresentanti p.t., rappresentate e difese dall'avvocato Maria Labianca, con domicilio eletto presso lo studio Antonia De Angelis in Roma, via Portuense, 104;

contro

Carparelli Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Valeria Pellegrino, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Rinascimento, 11 – anche appellante incidentale;

nei confronti di

Azienda Sanitaria Locale di Brindisi, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Angelo Vantaggiato, con domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Pecorilla in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE, SEZIONE II, n. 01828/2016, resa tra le parti, concernente affidamento progettazione, esecuzione lavori e fornitura attrezzature sanitarie e arredi;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 giugno 2017 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati Vito Aurelio Pappalepore su delega di Maria Labianca, Gianluigi Pellegrino su delega dichiarata di Valeria Pellegrino e Angelo Vantaggiato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**1. Si controverte sull’esito della procedura aperta per appalto misto ed integrato per la progettazione esecutiva, esecuzione dei lavori e fornitura di attrezzature sanitarie ed arredi per l’ammodernamento strutturale e tecnologico del Centro Grandi Ustioni del P.O. Perrino di Brindisi, aggiudicata definitivamente con delibera n. 1076 in data 24 giugno 2016 al costituendo r.t.i. tra Cobar S.p.a. e Tecnosoluzioni S.r.l..

2. La seconda classificata, Carparelli Costruzioni S.r.l., ha impugnato l’aggiudicazione, prospettando, oltre a censure aventi portata demolitoria, che: (i) – l’aggiudicataria non ha assunto l’impegno contrattuale per le prestazioni di progettazione esecutiva e coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione; (ii) – l’offerta è indeterminata in relazione all’indicazione dei progettisti; (iii) – l’indicazione della stazione appaltante, a seguito di esplicita richiesta dell’aggiudicataria, secondo la quale la polizza richiesta dall’art. 36, commi 8-10, del capitolato speciale non doveva essere prodotta, comporta violazione della par condicio tra i concorrenti.

3. Il costituendo r.t.i. Cobar-Tecnosoluzioni (d’ora in poi, Cobar) ha proposto ricorso incidentale, lamentando la mancata esclusione della ricorrente per insufficienza dei contratti di avvalimento presentati, generici in quanto non sono stati indicati le risorse e i mezzi in concreto prestati dall’ausiliaria.

4. Il TAR Lecce, con la sentenza appellata (II, n. 1828/2016), ha accolto entrambi i ricorsi, per quanto riguarda le domande di annullamento dei provvedimenti impugnati, respingendo la domanda risarcitoria.

5. In ordine al ricorso principale di Carparelli, il TAR ha ritenuto fondati tre profili di censura, sottolineando in particolare che:

- il r.t.i. aggiudicatario, nella propria domanda di partecipazione, ha dichiarato le proprie quote per un importo totale di euro 2.610.558,65, compresi gli oneri di sicurezza (la mandataria Cobar ha dichiarato la quota del 63,75% che si sostanzia nella quota dei lavori, mentre la mandante Tecnosoluzioni, ha dichiarato la quota del 36,25% pari alla quota delle forniture), a fronte di un importo complessivo di euro 2.722.452,32 così che la quota relativa alla progettazione esecutiva e coordinamento della sicurezza, pari ad euro 111.893,76, è rimasta fuori dalla domanda, non essendo sufficiente la dichiarata volontà di affidare la progettazione a professionisti esterni, in quanto questi non assumono la veste formale di concorrente, e quindi per la progettazione manca l’assunzione di responsabilità da parte dei concorrenti; del resto, la necessità che le partecipanti indicassero la quota del totale dei lavori oggetto dell’appalto, comprensivo della progettazione, era stata precisata dalla stazione appaltante in sede di chiarimenti;

- inoltre, il bando richiedeva espressamente, in conformità all’art. 53, comma 3, del d.lgs. 163/2006, l’indicazione nominativa nell’offerta dei progettisti incaricati, tuttavia, mentre l’offerta del r.t.i. aggiudicatario indica tre professionisti (arch. Mirizzi Luigi Marziano, ing. Magnanimo Alfredo e ing. Magnanimo Giovanni), poi nella dichiarazione sostituiva di certificazione resa dal progettista esterno vengono indicati anche altri due professionisti (arch. Vittorio Mirizzi e arch. Giulia Stanghellini);

- fondato è anche il motivo con cui è stato lamentato che, dopo la presentazione delle offerte e a valle dell’ultima seduta di gara, la stazione appaltante ha ritenuto, a seguito di esplicita richiesta dell’aggiudicataria, che la polizza richiesta dall’art. 36, commi 8-10, del capitolato speciale non doveva essere prodotta “e che i predetti commi sono da considerarsi refusi”; tale modus procedendi porta alla violazione della par condicio dei concorrenti, posto che l’attivazione della polizza comporta per i concorrenti un costo che entra a far parte dell’offerta economica.

6. Il TAR ha poi accolto il ricorso incidentale di Cobar, sottolineando in particolare che:

- con un primo contratto di avvalimento Cogit S.p.a. ha fornito a Carparelli “il requisito relativo al rilascio delle dichiarazioni di conformità di cui alle lettere f) – g) dell’art. 1 DM 37/08”, ma dal suo esame non si evincono con sufficiente precisione la natura, le modalità e la reale portata dell’impegno assunto né, soprattutto, le concrete risorse umane e i beni strumentali messi a disposizione dell’impresa ausiliata per effetto dell’avvalimento; pertanto l’avvalimento è invalido;

- diverso è il discorso per quanto concerne l’altro contratto, con il quale l’ausiliaria Doimo Mis si impegna a fornire il fatturato, posto che questo è da considerarsi un avvalimento c.d. di garanzia, ed il contratto indica chiaramente qual è il fatturato e le risorse necessarie che l’ausiliaria mette a disposizione, nonché l’obbligo solidale nei confronti della stazione appaltante, rispettando quindi i requisiti richiesti per la validità del contratto di avvalimento.

7. Il TAR ha altresì dichiarato irricevibili per tardività i motivi aggiunti proposti da Carparelli, ed ha espressamente assorbito le ulteriori censure dedotte dalle parti.

8. La sentenza è stata dapprima appellata da Cobar, prospettando le argomentazioni appresso sintetizzate.

8.1. Cobar sostiene anzitutto, invocando l’orientamento di questa Sezione sull’ordine di esame dei contrapposti ricorsi, che, alla luce della fondatezza del proprio ricorso incidentale e dell’esistenza di altri concorrenti rimasti estranei al giudizio, mancava in capo a Carparelli un interesse strumentale attuale, anche mediato, all’esame del ricorso principale, che quindi doveva essere dichiarato inammissibile o improcedibile per difetto di interesse.

8.2. Sostiene poi che la sentenza, nella parte in cui ha accolto il ricorso di Carparelli, è erronea sotto diversi profili.

8.2.1. Quanto all’affermazione secondo la quale il r.t.i. aggiudicatario non avrebbe assunto impegno contrattuale per la progettazione esecutiva/coordinamento della sicurezza:

- dall’art. 53, comma 3, del d.lgs. 163/2006 (espressione del generale principio desumibile dagli artt. 15 e 90) si desume l’obbligo per i concorrenti raggruppati di tener conto nel riparto delle quote se l’attività di progettazione è svolta da componenti del raggruppamento avvalendosi di professionalità interne, non anche quando (come nel caso in esame) i servizi di ingegneria sono affidati a professionisti esterni indicati nella domanda di partecipazione;

- la circostanza che i progettisti non assumano la qualità di concorrenti non incide su detto aspetto, posto che, secondo la giurisprudenza, in un appalto integrato non vi è motivo di non qualificare “offerenti” i professionisti esterni “indicati”, al pari di quelli associati e di quelli incaricati dalla stazione appaltante, tanto più che, nel caso in esame, è previsto che i progettisti vengano direttamente remunerati dalla stazione appaltante, ex art. 12, comma 2, dello schema di contratto, in coerenza con l’art. 43, comma 3-bis, del d.lgs. 163/2006;

- d’altra parte, i chiarimenti non possono comportare integrazione della lex specialis, né introdurre surrettiziamente cause di esclusione al di fuori di quelle prescritte dalla stessa e dalla normativa; del resto, i chiarimenti erano stati impugnati, in quanto illegittimi per violazione dell’art. 37, o nulli per violazione dell’art. 46 del d.lgs. 163/2006, anche in ragione dei principi affermati dalla Corte di Giustizia sui limiti della eterointegrazione della lex specialis ai fini di introdurre ulteriori ipotesi di esclusione, e la relativa censura viene riproposta;

- l’esclusione può essere disposta soltanto se l’ambiguità dell’offerta non sia superabile mediante gli opportuni strumenti interpretativi; nel caso in esame, trattandosi di r.t.i. verticale, l’indicazione delle quote non è funzionale alla verifica dell’idoneità delle imprese ad eseguire la prestazione, dato che la mandataria esegue la prestazione principale (che ricomprende anche la progettazione esecutiva) per l’intero e la mandante le secondarie;

- sussistendo la dichiarazione sulla ripartizione delle quote, l’impegno della mandataria ad eseguire tutte le attività comprese nella prestazione principale e l’indicazione dell’affidamento della progettazione a professionisti esterni, vi erano, quanto meno, i presupposti per applicare il soccorso istruttorio ex art. 46, comma 1-ter, del d.lgs. 163/2006.

8.2.2. Quanto alla ritenuta indeterminatezza dei progettisti esterni, la presentazione di una dichiarazione sostitutiva in cui vengono indicati altri due professionisti, appartenenti ai medesimi studi associati, non vizia l’offerta, potendo al massimo comportare lo stralcio dei due nominativi o giustificare il ricorso al soccorso istruttorio.

8.2.3. Infine, quanto alla disapplicazione da parte della stazione appaltante dell’obbligo di stipulare una polizza indennitaria decennale a copertura dei rischi di rovina dell’opera, tale prescrizione non riguarda la fase di scelta del contraente bensì quella di esecuzione dell’appalto, sottratta alla giurisdizione amministrativa.

Comunque, il comportamento della stazione appaltante (che ha qualificato la previsione come “refuso”, in quanto le previsioni normative la richiedono solo per gli appalti di importo superiore ai 10 milioni di euro) avrebbe verosimilmente riguardato qualunque altro concorrente che fosse risultato aggiudicatario.

8.3. La sentenza è erronea anche nella parte in cui ha rigettato le censure del ricorso incidentale incentrate sull’invalidità dell’avvalimento di Doimo Mis.

Anch’esso (come quello sulle certificazioni tecniche da COGIT), infatti, era generico ed insufficiente, in quanto relativo al fatturato specifico, preordinato a dimostrare il possesso dei requisiti di capacità tecnico-professionale, mentre il contratto stipulato ha ad oggetto solo il titolo di qualificazione e non la concreta disponibilità delle risorse di personale, materiali etc., riferibili all’attività, in violazione dell’art. 49 del d.lgs. 163/2006

Gli avvalimenti, inoltre, erano anche eventuali, in quanto nei contratti si prevede che la fornitura di risorse materiali o tecniche è solo eventuale (“ove mai dovesse richiedere all’impresa ausiliaria … di fornire le risorse materiali o tecniche per l’esecuzione dell’appalto dovrà preventivamente erogarne il costo, a valore di mercato, a favore dell’impresa ausiliaria”).

Senza contare che la distinzione tra avvalimento c.d. operativo e c.d. di garanzia, è tutt’altro che pacifica.

8.4. Infine, Cobar ripropone la doglianza del ricorso incidentale assorbita dal TAR, ribadendo che, trattandosi di gara espletata a mezzo di offerte presentate in via telematica utilizzando la piattaforma [www.empulia.it](http://www.empulia.it/), ai sensi dell’art. 77 del d.lgs. 163/2016, i concorrenti erano tenuti a produrre tutta la documentazione di gara (ivi compresa quella a comprova dei requisiti ex art. 48) esclusivamente in forma digitale. Pertanto:

- la mancata sottoscrizione con firma digitale da parte del progettista designato, comporta violazione dell’art. 77, comma 6, lettera b), del d.lgs. 163/2006, e quindi inesistenza del relativo impegno;

- la presentazione della documentazione a comprova dei requisiti in formato cartaceo, anziché caricandola sulla piattaforma telematica, doveva essere considerata come non effettuata, ferma la perentorietà del termine.

Ne consegue che, anche per questi motivi, Carparelli avrebbe dovuto essere esclusa.

9. Anche Carparelli ha appellato la sentenza.

9.1. Nei confronti dell’accoglimento del motivo di censura dedotto da Cobar, invocando l’applicazione dei principi affermati dall’Adunanza Plenaria n. 23/2016, sottolinea che, alla luce della documentazione versata in gara, il requisito (la risorsa tecnica) messo a disposizione da Cogit era, nelle sue caratteristiche oggettive (abilitazioni alle certificazioni, ex d.m. 37/2008) e soggettive (svolgimento da parte del direttore tecnico della società, ing. Perrino), determinabile, secondo un’interpretazione complessiva e secondo l’intenzione delle parti ed alla luce del principio di conservazione del contratto.

Peraltro, anche prima di detta sentenza, la giurisprudenza escludeva che l’obbligo di specificità del contratto di avvalimento giungesse a richiedere l’identificazione dei mezzi d’opera e delle qualifiche e del numero del personale, ovvero una elencazione dettagliata ed analitica di tutte le risorse prestate.

Quanto meno, come riconosce altra giurisprudenza, occorreva disporre il soccorso istruttorio.

In via subordinata, l’appellante incidentale chiede che la questione dell’ammissibilità in tali casi del soccorso istruttorio venga rimessa alla Plenaria (posto che, in occasione della sentenza citata, non vi è stata pronuncia su questo profilo, pure sollevato dall’ordinanza di rimessione, in quanto risultato non rilevante).

9.2. Vengono poi riproposte le censure assorbite dal TAR.

9.2.1. Nel progetto tecnico di Cobar sono riscontrabili violazioni di norme inderogabili finalizzate a garantire la sicurezza degli impianti e degli operatori, sicché lo stesso non potrebbe essere legittimamente realizzato (per mancanza di ambienti obbligatori e di un’area sterile, in violazione del reg. reg. 3/2005, mancato rispetto dell’altezza minima inderogabile di 3 metri prevista dall’allegato IV del d.lgs. 81/2008, mancanza di continuità della compartimentazione antincendio in violazione del punto 15 del d.m. 18 settembre 2002).

9.2.2. L’appellante incidentale sottolinea che le predette censure in primo grado sono state integrate con motivi aggiunti, in relazione alla risposta data dal r.u.p. al preavviso di rigetto, impugnando anche gli atti indittivi della gara, nella misura in cui pongono alla base della gara un progetto irrealizzabile.

9.3. Carparelli lamenta anche l’erroneità della sentenza nella parte in cui ha dichiarato tardivi detti motivi aggiunti avverso gli atti di indizione della gara.

Sottolinea che il progetto definitivo a base di gara era emendabile dai concorrenti, essendo ammesse e premiate le proposte migliorative; Carparelli così ha fatto nell’offerta, a differenza di Cobar, la quale ha invece aggravato i profili di illegittimità.

Pertanto, Cobar avrebbe dovuto ottenere un punteggio pari a 0 per gli elementi di valutazione A.1.1. e A.1.8., con conseguente rideterminazione della graduatoria a vantaggio di Carparelli.

Se il progetto non fosse emendabile, gli atti di indizione della gara sarebbero illegittimi per aver previsto un progetto irrealizzabile, ma la relativa impugnazione non era contestabile a priori, bensì soltanto a valle dell’esito della procedura ed in particolare del diniego di autotutela.

9.4. Carparelli ripropone anche le censure concernenti l’inadeguatezza e incompletezza del (sintetico e immotivato, se non mediante rinvio alla relazione giustificativa) giudizio effettuato in sede di verifica della anomalia dell’offerta Cobar, sotto il profilo della omessa considerazione della mancanza o della sottostima del costo delle manutenzioni degli impianti, delle utenze e della custodia di cantiere prima del collaudo, del trasporto di materiali ed attrezzi; tanto, in presenza di un utile di soli 59.943,11 euro, pari al 3%, destinato quindi a trasformarsi in perdita.

9.5. Parimenti, Carparelli ripropone le censure volta a sostenere in via diretta l’anomalia dell’offerta Cobar, in quanto questa non tiene conto di costi connessi ad una perizia di variante necessaria per rendere i lavori conformi a legge, e relativi ad una serie di voci di costo (indicate nella perizia Muzzupappa) che porterebbero il risultato economico addirittura ad una perdita di euro 58.924,25.

9.6. Infine, formula nuovamente la domanda risarcitoria, per l’ipotesi di impossibilità di ottenere l’aggiudicazione dell’appalto.

10. La ASL di Brindisi si è costituita in giudizio, chiedendo che venga riconosciuta la correttezza dell’operato della stazione appaltante e confermata l’aggiudicazione.

11. Il Collegio osserva che la premessa della tesi dell’appellante principale, volta a contestare, sulla base della fondatezza del proprio ricorso incidentale escludente, la persistenza dell’interesse al ricorso di Carparelli trova riscontro nella giurisprudenza di questo Consiglio.

Infatti, nel precisare la portata applicativa della sentenza della Corte di Giustizia 5 aprile 2016, in C-689/13, è stato ritenuto che l'esame del ricorso principale (a fronte della proposizione di un ricorso incidentale “escludente”) è doveroso, a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla gara, quando l'accoglimento dello stesso produce, come effetto conformativo, un vantaggio, anche mediato e strumentale, per il ricorrente principale, tale dovendosi intendere anche quello al successivo riesame, in via di autotutela, delle offerte affette dal medesimo vizio riscontrato con la sentenza di accoglimento, mentre resta compatibile con il diritto europeo sull'effettività della tutela una regola nazionale che impedisce l'esame del ricorso principale nelle ipotesi in cui dal suo accoglimento il ricorrente principale non ricavi, con assoluta certezza, alcuna utilità, neanche in via mediata e strumentale (Cons. Stato, III, n. 3708/2016; vedi anche, idem, n. 517/2017, e V, n. 901/2017 e n. 2226/2017).

12. Nel caso in esame, alla gara hanno partecipato nove concorrenti, cinque dei quali hanno superato la soglia di sbarramento per l’offerta tecnica, e non è stato prospettato che i vizi riscontrati dal TAR, o comunque dedotti nei confronti di Cobar, possano rilevare ai fini di un eventuale autotutela nei confronti dei tre concorrenti rimasti in gara ed estranei al giudizio.

Né, allo stato, emergono indizi di possibili ulteriori motivi di esclusione di tali concorrenti, che potrebbero condurre alla rinnovazione della gara.

13. Vero è che Carparelli ha prospettato anche, nei confronti della lex specialis, censure, incentrate sulla non realizzabilità del progetto posto alla base della gara, che, se fondate, comporterebbero la rinnovazione della gara.

Tuttavia, il Collegio ritiene che dette censure non possano essere affrontate nel merito.

La circostanza che i profili di irrealizzabilità (per contrasto con previsioni normative) del progetto definitivo risultassero superabili attraverso le proposte migliorative dei concorrenti, trattandosi di mera eventualità, non fa venir meno il carattere potenzialmente ed immediatamente lesivo delle previsioni.

Pertanto, delle due l’una.

O Carparelli, come del resto ha affermato in giudizio, ha ritenuto di poter sviluppare in modo libero e non condizionato dall’illegittimità del progetto a base di gara una propria proposta competitiva, e quindi in concreto ha ammesso che non si è prodotta in concreto alcuna lesione, e non ha quindi interesse a lamentarla in giudizio.

Oppure, i contenuti del progetto a base di gara erano tali da condizionare negativamente la formulazione della proposta, ed allora avrebbe dovuto proporre impugnazione immediata contro la lex specialis, in quanto tale da impedire una corretta partecipazione, cosicché la pronuncia di tardività adottata dal TAR sui motivi aggiunti sarebbe corretta.

14. Occorre a questo punto esaminare le impugnazioni rivolte nei confronti delle pronunce del TAR concernenti le censure dedotte con il ricorso incidentale di Cobar.

15. Ad avviso del Collegio, le censure di Cobar volte a sostenere che anche l’avvalimento di Doimo Mis avrebbe dovuto essere considerato invalido, per genericità o comunque per il carattere eventuale dell’impegno assunto dall’ausiliaria, sono infondate.

Secondo la giurisprudenza di questa Sezione, infatti, nelle gare pubbliche, in caso di avvalimento avente ad oggetto il requisito di capacità economica finanziaria, rappresentato dal fatturato sia globale che specifico, la prestazione oggetto specifico dell'obbligazione è costituita non già dalla messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria di strutture organizzative e mezzi materiali, ma dal suo impegno a garantire con le proprie complessive risorse economiche, il cui indice è costituito dal fatturato, l'impresa ausiliata; in sostanza, ciò che la impresa ausiliaria mette a disposizione della impresa ausiliata è il suo valore aggiunto in termini di solidità finanziaria e di acclarata esperienza di settore, dei quali il fatturato costituisce indice significativo; ne consegue che non occorre che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una determinata consistenza patrimoniale e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione, essendo sufficiente che da essa dichiarazione emerga l'impegno contrattuale della società ausiliaria a mettere a disposizione la sua complessiva solidità finanziaria ed il suo patrimonio esperienziale, garantendo con essi una determinata affidabilità ed un concreto supplemento di responsabilità (cfr. Cons. Stato, III, n. 2952/2016; n. 5038/2015; n. 5041/2015; vedi anche, in senso analogo, V, n. 1032/2016).

Tali elementi minimi risultano soddisfatti dal contratto di avvalimento in esame, che indica puntualmente il fatturato messo a disposizione e prevede la responsabilità solidale con l’ausiliata nei confronti della stazione appaltante, e non può quindi configurarsi alla stregua di un prestito di un valore puramente cartolare ed astratto, tale da soddisfare su di un piano meramente formale il requisito di partecipazione (ciò che, effettivamente, renderebbe l’avvalimento illegittimo - cfr. CGUE, 7 aprile 2016, in C-324/14).

Quanto alla formulazione del contratto specificamente censurata come “eventuale”, non sembra al Collegio che la previsione dell’obbligo di corrispondere preventivamente il corrispettivo (peraltro, commisurato al costo di mercato) renda eventuale, e quindi incerto l’impegno, rientrando invece nel normale assetto contrattuale dei rapporti tra le parti.

16. Sono infondate anche le censure del secondo motivo del ricorso incidentale di primo grado, assorbite dal TAR e riproposte da Cobar, concernenti carenze nella firma digitale e nella comprova digitale dei requisiti da parte di Carparelli.

Infatti, come sottolinea Carparelli nelle proprie difese (non ulteriormente confutate dall’appellante principale nelle successive memorie, dove tali questioni non vengono più affrontate):

- la firma digitale del progettista ing. Tinelli è presente nella documentazione della busta A, mentre nella busta B (offerta tecnica e relativi allegati) vi è quella del legale rappresentante della società, dott. Carparelli, conformemente all’art. 6.2. del disciplinare;

- ai sensi dell’art. 48, comma 2, del d.lgs. 163/2006, nelle procedure ristrette la fase di comprova dei requisiti avviene entro dieci giorni “dalla conclusione delle operazioni di gara”, e nessuna prescrizione della lex specialis richiedeva esclusive modalità di trasmissione telematica a valle della procedura di gara (il precedente invocato da Cobar - Cons. Stato, V, n. 1032/2016 - riguarda un’esclusione per omessa allegazione di un documento in corso di gara);

- l’art. 77, comma 6, del d.lgs. 163/2006, riguarda le regole applicabili “Ai dispositivi di trasmissione e ricezione elettronica delle offerte e ai dispositivi di ricezione elettronica delle domande di partecipazione” ed allorquando, alla lettera b), di cui viene dedotta la violazione, dispone che “le offerte presentate per via elettronica possono essere effettuate solo utilizzando la firma elettronica digitale”, fa riferimento alla documentazione dell’offerta; e comunque la disposizione non prevede alcuna sanzione espulsiva;

- tanto più che, nel caso in esame, il disciplinare, a pag. 7, per l’ipotesi di impossibilità di utilizzo del sito [www.empulia.it](http://www.empulia.it/), consentiva la trasmissione delle comunicazioni all’indirizzo pec dell’Area tecnica (cosa che Carparelli precisa di aver fatto in data 6 maggio 2016, inviando una e-mail subito dopo il deposito al protocollo della documentazione, e rinnovandola poi a mezzo pec in data 17 maggio 2016 - peraltro, senza che sia stata lamentata alcuna irregolarità da parte del RUP).

Per tali considerazioni, il Collegio ritiene che le circostanze esaminate non dovessero condurre all’esclusione di Carparelli.

17. Viceversa, ad avviso del Collegio, è fondato l’appello di Carparelli nei confronti della pronuncia sfavorevole adottata dal TAR nei suoi confronti, in relazione all’invalidità, per genericità, dell’avvalimento dell’ausiliaria Cogit.

Tale avvalimento, a differenza di quello precedentemente esaminato, si pone al di fuori dell’ambito del c.d. avvalimento di garanzia, consistendo nella messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria di una risorsa (capacità organizzativa e professionale) ben determinata.

Occorre tuttavia considerare che, secondo la giurisprudenza di questo Consiglio, gli artt. 49 del d.lgs 163/2006 e 88 del d.P.R. 207/2010, in relazione all'art. 47, par. 2 della Direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a un'interpretazione tale da configurare la nullità del contratto di avvalimento in ipotesi in cui una parte dell'oggetto del contratto di avvalimento, pur non essendo puntualmente determinata fosse tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli artt. 1346, 1363 e 1367 cod. civ. (cfr. Cons. Stato, A.P. n. 23/2016).

Applicando detti principi al caso in esame, va sottolineato che ciò che manca a Carparelli, in relazione agli impianti di cui alle lettere f) e g) dell’art. 1 del d.m. 37/2008, per cui è ricorsa all’avvalimento, è la presenza di un tecnico abilitato al rilascio della certificazione di conformità di detti impianti, prevista tra le prestazioni appaltate.

Nella dichiarazione sul possesso dei requisiti (Modello 4) l’ausiliaria Cogit, ha espressamente richiamato, per la dimostrazione del requisito, la visura della CCIAA e la SOA, allegate; dalla prima si evince che la società è abilitata all’installazione e manutenzione di detti impianti, e che (pag. 12) il responsabile tecnico per tali attività è (esclusivamente, deve ritenersi, essendo l’unico nominativo indicato) l’ing. Perrino, direttore tecnico della società; il contratto di avvalimento rinvia (nella quinta premessa) a detta dichiarazione.

Pertanto, deve convenirsi con Carparelli che il requisito (la risorsa tecnica) messo a disposizione da Cogit era, nelle sue caratteristiche oggettive e soggettive, determinabile, in base ad un’interpretazione complessiva e secondo l’intenzione delle parti ed alla luce del principio di conservazione del contratto.

18. Resta a questo punto da esaminare l’appello di Cobar, nella parte volta a contestare la pronuncia sfavorevole nei suoi confronti.

Il Collegio ritiene condivisibili e assorbenti le conclusioni raggiunte dalla sentenza di primo grado in ordine alla omessa ricomprensione della progettazione nell’offerta.

18.1. Va precisato che non assume rilievo la problematica – pure affrontata nelle argomentazioni dell’appellante – relativa alle modalità dell’individuazione delle quote spettanti alle imprese concorrenti in raggruppamento, nel caso in esame univocamente indicate.

Riguardo alla vera questione dirimente, la tesi di Cobar è che la volontà, da essa dichiarata nella domanda di partecipazione, di affidare la progettazione esecutiva e il coordinamento della sicurezza a professionisti esterni, comporterebbe assunzione di responsabilità anche riguardo alla progettazione esecutiva.

Ai sensi dell’art. 53, comma 3, del d.lgs. 163/2006, in caso di appalti integrati di progettazione ed esecuzione di lavori, il concorrente esecutore (che non possieda in proprio anche i requisiti di partecipazione per l'attività di progettazione, e non intenda costituire un'associazione temporanea di tipo misto con soggetti qualificati) può indicare in sede di offerta il soggetto qualificato per la progettazione.

Ma il professionista non assume la veste formale di concorrente nell'ambito della gara di appalto e solo il concorrente assume obblighi contrattuali con la pubblica amministrazione appaltante.

Pertanto, anche nella suddetta ipotesi, resta immutata la necessità che i concorrenti raggruppati comprendano la progettazione nell’offerta e nella dichiarazione delle quote di partecipazione relative ai lavori oggetto dell’appalto, al fine di assumere la responsabilità solidale in ordine all’intera prestazione, che rappresenta l’unica garanzia per la stazione appaltante di effettiva realizzabilità dell’appalto.

In difetto di ciò – e nel caso in esame, dai valori indicati, non sembra dubbio che la dichiarazione sia stata resa “al netto” della progettazione - manca l’assunzione della responsabilità solidale dei concorrenti in ordine alle prestazione inerenti la progettazione esecutiva.

18.2. I precedenti invocati da Cobar, in ordine alla posizione dei progettisti esterni incaricati, non conducono a diverse conclusioni.

Infatti, l’affermazione secondo la quale “nell'appalto integrato non v'è motivo di non qualificare "offerenti" i professionisti "indicati" al pari di quelli associati e di quelli incaricati dalla stazione appaltante” (cfr. Cons. Stato, V, n. 775/2015) è stata formulata per supportarne la configurabilità quali “operatori economici”, alla stregua dell’art. 3, commi 23 e 24, del d.lgs. 163/2006, ai fini della necessità, anche da parte loro, del possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38.

La seconda pronuncia invocata (V, n. 4715/2015) si muove nel solco della precedente, al fine di affermare l’applicabilità, sempre nei confronti dei progettisti “indicati”, della prescrizione della partecipazione maggioritaria del progettista mandatario, di cui all’art. 275, comma 2, ultimo periodo, del d.P.R. 207/2010; ma, dopo aver ricordato che, in caso di appalto integrato, l'operatore economico può effettuare direttamente la progettazione, avvalersi di progettisti o costituirsi in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione, la sentenza non manca di ricordare che “è evidente che nel caso in cui l'operatore economico scelga (come nel caso di specie) la seconda opzione, i progettisti indicati non costituiscono soggetto direttamente e formalmente partecipante alla gara”.

18.3. Va aggiunto che, in concreto, tale conclusione non discende da una, sempre problematica, eterointegrazione della lex specialis.

Infatti, la necessità che le partecipanti indicassero la quota del totale dei lavori dell’oggetto dell’appalto, è stata precisata anche dalla stazione appaltante.

In primis, rispondendo “si” al quesito: “nella domanda di partecipazione mod. 1 quando si indicano le percentuali e importi di partecipazione all’ATI, bisogna tener conto della quota parte della progettazione nell’importo totale dei lavori anche se si indica un progettista esterno?” (quesito PI136272-15, risposta PI137806-15).

Poi, in relazione al quesito PI139227-15 - con il quale era stato chiesto “in merito al chiarimento richiesto PI136272-15 non è ben chiaro se nella tabella al punto 2 del Modello 1 occorre indicare nella Capogruppo per le Prestazioni di Progettazione valore 100% anche se si indicano dei progettisti esterni e nel totale dei lavori occorre considerare la quota parte dei progettisti per il calcolo delle percentuali di partecipazione in ATI?” – ribadendo: “Si conferma quanto già richiesto nel chiarimento PI136272-15 e precisato nel chiarimento PI138820-15. In definitiva vanno indicate, a seconda dei casi, le quote percentuali delle prestazioni di progettazione relative ad ogni componente dell’ATI (compresa anche quella eventuale del 100% in capo alla Capogruppo) che unitamente alle altre prestazioni contrattuali assunte contribuirà a definire la quota percentuale di partecipazione al raggruppamento dei singoli componenti”.

Ed ai concorrenti, l’art. 6.1., II, lettera b.1, del disciplinare, richiedeva di dichiarare di “aver esaminato e di accettare senza condizione e riserva alcuna tutte le norme e disposizioni contenute nel bando di gara, nel disciplinare e nei chiarimenti resi noti dalla stazione appaltante”.

18.4. E’ vero che Cobar ha impugnato anche i chiarimenti, sottolineando che non possono modificare o integrare la disciplina di gara e che comunque sarebbero affetti da nullità assoluta in quanto integrerebbero una clausola espulsiva in violazione dell’art. 46 del d.lgs. 163/2006.

Tuttavia, a ben vedere, detti chiarimenti non inseriscono una nuova clausola di esclusione ma esplicitano il significato della disposizione del bando, in conformità alle disposizioni del d.lgs. 163/2016.

Infatti, ciò che è precluso ai chiarimenti autointerpretativi, è modificare o integrare la disciplina di gara, giungendo ad attribuire ad una sua disposizione un significato ed una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo, così pervenendo ad una sostanziale disapplicazione della lex specialis; mentre i chiarimenti sono ammissibili se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la ratio (cfr. Cons. Stato, III, n. 74/2016).

19. L’infondatezza dell’appello principale determina il consolidamento della pronuncia di primo grado in ordine alla necessità che Cobar venisse esclusa dalla gara.

20. Non vi è perciò bisogno di esaminare l’appello principale riguardo agli altri profili di esclusione di Cobar rilevati dal TAR, né le censure volte al medesimo risultato, assorbite in primo grado e riproposte nell’appello da Carparelli (il cui apprezzamento richiederebbe peraltro approfondimenti istruttori).

21. In conclusione, l’appello principale di Cobar deve essere respinto, mentre deve essere accolto, nei sensi indicati, l’appello incidentale di Carparelli.

Conseguentemente, la sentenza appellata deve essere riformata nella parte in cui ha accolto il ricorso proposto in primo grado da Cobar, con conseguente rigetto di detto ricorso; mentre deve essere confermata, con le precisazioni esposte, nella restante parte.

22. Le spese del doppio grado di giudizio, in considerazione della complessità e relativa novità di alcuni aspetti delle questioni affrontate, possono essere interamente compensate tra le parti.

**P.Q.M.**
Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, respinge l’appello principale del costituendo r.t.i. tra Cobar S.p.a. e Tecnosoluzioni S.r.l., accoglie l’appello incidentale di Carparelli Costruzioni S.r.l. e, per l’effetto, in parziale riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso incidentale proposto in primo grado dal predetto r.t.i.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 giugno 2017 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Umberto Realfonzo, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

**N. 01727/2017 REG.PROV.COLL.**
**N. 01464/2016 REG.RIC.**

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

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1464 del 2016 proposto da La Placa Angelo s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa, congiuntamente e disgiuntamente, dagli avv.ti Dario Frazzetta (C.F.: FRZDRA75C14G273W) e Marzia Maniscalco (C.F.: MNSMRZ76M71L424L), ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell’avv. Giuseppina Lacca sito in Palermo, via XII Gennaio n. 5;
***contro***
l’Assessorato dei beni culturali e dell’identità siciliana della Regione Siciliana – Soprintendenza per i beni culturali di Caltanissetta e l’Assessorato Regionale delle Infrastrutture e Mobilità - U.Re.G.A. di Caltanissetta, in persona dei rispettivi Assessori *pro tempore*, rappresentati e difesi *ope legis* dall’Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo, presso i cui Uffici, siti in Palermo, via A. De Gasperi, n. 81, sono domiciliati *ex lege*;
***nei confronti di***
Euroinfrastrutture s.r.l. unipersonale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nella qualità di mandataria dell’A.t.i. con GF costruzioni s.r.l., rappresentata e difesa dall’avv. Pietro De Luca (C.F.: DLCPTR57S28B202D) ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell’avv. Domenico Cantavenera sito in Palermo, via Notarbartolo, n. 5;
***per l'annullamento:***
- del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara avente ad oggetto “l’appalto integrato per la progettazione esecutiva e la realizzazione e l’esecuzione dei lavori del nuovo museo dei relitti greci nell’area archeologica demaniale di Bosco Littorio di Gela” disposta dalla Soprintendenza BB.CC.AA. di Caltanissetta con atto prot. n. 1791 del 18/4/2016;
- degli atti presupposti e conseguenziali ed, occorrendo, del provvedimento di aggiudicazione provvisoria e, nella parte in cui non è stata esclusa la controinteressata, dei verbali di gara da 1 a 24 dell’UREGA di Caltanissetta;
- della nota prot. n. 10407 del 30/11/2015;
- del bando di gara e dell’allegato disciplinare;
nonché per l’inefficacia del contratto, ove nelle more sottoscritto, con conseguente diritto della ricorrente a conseguire l’aggiudicazione e a subentrare nel contratto, ovvero ad ottenere il risarcimento del danno per equivalente;
Visto il ricorso con i relativi allegati;
Vista la domanda incidentale di sospensione dell’esecuzione dei provvedimenti impugnati proposta dalla parte ricorrente;
Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Assessorato dei beni culturali e dell’identità siciliana della Regione Siciliana – Soprintendenza per i beni culturali di Caltanissetta, dell’UREGA di Caltanissetta, e di Euroinfrastrutture s.r.l.;
Vista l’ordinanza n. 762/2016;
Viste le ordinanze collegiali istruttorie n. 2957/2016 e 666/2017;
Viste le memorie difensive depositate in giudizio dalle parti in vista della trattazione del ricorso nel merito;
Visti gli atti tutti della causa;
Relatore alla pubblica udienza giorno 21 giugno 2017 il Cons., dott.ssa Federica Cabrini;
Uditi i difensori delle parti presenti, come da verbale;
Visti gli artt. 119 e 120 c.p.a.;
Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

Con ricorso, ritualmente notificato e depositato, la ricorrente ha impugnato gli atti in epigrafe indicati ed, in particolare, l’aggiudicazione definitiva della gara aperta avente ad oggetto “l’appalto integrato per la progettazione esecutiva e la realizzazione e l’esecuzione dei lavori del nuovo museo dei relitti greci nell’area archeologica demaniale di Bosco Littorio di Gela”.
Afferma che il bando di gara a procedura aperta, pubblicato in data 7/11/2014, stabiliva l’importo complessivo dei lavori di Eu 3.808.319,69, e fissava, come criterio di aggiudicazione, quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa.
Espone la ricorrente di essersi collocata seconda in graduatoria, dietro la controinteressata, che, a suo dire avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.
Avverso i provvedimenti impugnati deduce le seguenti censure:
1) violazione e falsa applicazione degli artt. 35 e 26 d.p.r. n. 207/2010 – eccesso di potere per difetto di istruttoria – erronea valutazione di fatto e di diritto – violazione e falsa applicazione degli artt. 90 e 91 d.lgs. n. 163/2006 – violazione e falsa applicazione del bando di gara anche in riferimento a quanto stabilito dagli artt. 5.7 e 6.15 del disciplinare – illogicità manifesta e incongruità rispetto a quanto richiesto dal bando e dal disciplinare in merito ai requisiti minimi del progetto esecutivo – disparità di trattamento – contraddittorietà – violazione e falsa applicazione del principio di imparzialità e *par condicio* dei concorrenti – violazione e falsa applicazione dell’art. 97 Cost., atteso che l’impresa aggiudicataria, da un lato, non ha allegato all’offerta tecnica la relazione geologica e, dall’altro lato, nell’ambito dell’Associazione temporanea di progettisti, ha omesso di inserire la figura del geologo;
2) violazione e falsa applicazione del bando di gara anche in riferimento a quanto stabilito per gli elaborati grafici e descrittivi per i punti 1, 2 e 3 del disciplinare di gara – eccesso di potere per difetto di istruttoria – erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto – illogicità manifesta e/o incongruità rispetto a quanto richiesto dal bando e dal disciplinare – disparità di trattamento – contraddittorietà - violazione e falsa applicazione del principio di imparzialità e *par condicio* dei concorrenti – violazione e falsa applicazione dell’art. 97 Cost., atteso nel disciplinare di gara era espressamente richiesto che gli elaborati grafici e descrittivi, nonché i computi metrici (non estimativi) fossero sottoscritti dal legale rappresentante dell’impresa o da suo procuratore, nonché dal tecnico individuato o associato, laureato, abilitato e iscritto al relativo ordine professionale.
Nel caso di specie: la relazione illustrativa e il computo metrico sono privi di firma del legale rappresentante dell’impresa e le schede tecniche allegate all’offerta sono sottoscritte dall’impresa, ma non dai progettisti;
3) violazione e falsa applicazione degli artt. 35 e 26 d.p.r. n. 207/2010 in relazione alle varianti e/o migliorie proposte in sede di offerta tecnico-organizzativa – eccesso di potere per difetto di istruttoria – erronea valutazione di fatto e di diritto – violazione e falsa applicazione degli artt. 90 e 91 d.lgs. n. 163/2006 – eccesso di potere per difetto di istruttoria – erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto – illogicità manifesta e/o incongruità rispetto a quanto richiesto dal bando e dal disciplinare – disparità di trattamento – contraddittorietà – violazione e falsa applicazione del principio di imparzialità e *par condicio* dei concorrenti – violazione e falsa applicazione dell’art. 97 Cost., atteso che l’offerta tecnica dell’aggiudicatario propone, quale miglioria ed integrazione, un adeguamento alla vigente normativa antisismica delle strutture del progetto posto a base di gara, in fase di redazione del progetto esecutivo. In particolare è stata proposta una miglioria delle strutture, che interessa anche le fondazioni.
Ciò rende indispensabile la relazione geologica e il geologo; in mancanza, la proposta non poteva essere valutata ai fini del punteggio;
4) violazione e falsa applicazione e/o travisamento delle giustificazioni fornite ex artt. 86 e 87 d.lgs. n. 163/2006 a supporto della verifica di anomalia dell’offerta tecnico-organizzativa – eccesso di potere per difetto di istruttoria – erronea valutazione di fatto e di diritto – violazione e falsa applicazione degli artt. 90 e 91 d.lgs. n. 163/2006 – eccesso di potere per difetto di istruttoria – erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto – illogicità manifesta e/o incongruità rispetto a quanto richiesto dal bando e dal disciplinare – disparità di trattamento – contraddittorietà – violazione e falsa applicazione del principio di imparzialità e *par condicio* dei concorrenti – violazione e falsa applicazione dell’art. 97 Cost., atteso che nella relazione presentata in sede di verifica dell’anomalia dell’offerta, quanto alla riduzione di 270 giorni sul tempo di esecuzione posto a base di gara e pari a 540 giorni, è riportato l’impiego di acceleratori di presa nel confezionamento dei calcestruzzi, ma di ciò non vi era cenno negli elaborati allegati all’offerta tecnica.
Peraltro, il cronoprogramma prodotto con la relazione di giustificazione è difforme da quello prodotto in sede di presentazione dell’offerta. Ne consegue che il giudizio di anomalia dell’offerta non poteva dirsi superato.
Conclude quindi per l’accoglimento del ricorso.
Si sono costituite in giudizio le parti intimate per resistere al ricorso.
E’ stata quindi fissata l’udienza per la discussione del ricorso nel merito.
Sono stati poi disposti incombenti istruttori in relazione al procedimento di autotutela avviato dalla stazione appaltante (sospensione del provvedimento di aggiudicazione alle luce del parere precontenzioso ANAC n. 840/2016).
Con nota prot. n. 2269 del 22/3/2017 la stazione appaltante ha comunicato di voler attendere il pronunciamento del giudice amministrativo.
Le parti hanno quindi depositato memorie difensive, insistendo nelle rispettive difese.
Alla pubblica udienza del giorno 21/6/2017, uditi i difensori delle parti, come da verbale, il ricorso è stato posto in decisione.
Ritiene il Collegio che sia pregiudiziale ed assorbente l’esame del primo motivo di ricorso nella parte in cui si lamenta la mancata produzione da parte dell’aggiudicataria, unitamente all’offerta tecnica, anche della relazione geologica.
Sostiene parte ricorrente che detta produzione è necessaria alla luce del combinato disposto di cui agli artt. 35 e 26 d.p.r. n. 207/2010 e della *lex specialis* della procedura.
Obietta parte resistente, invece, che non è necessaria una ulteriore relazione geologica per la progettazione esecutiva, se è già idonea quella acquisita per la progettazione definitiva. Invoca altresì l’applicabilità del soccorso istruttorio.
Ritiene il Collegio che la censura dedotta sia fondata.
Invero:
- recita l’art. 24, cc. 1-2, d.p.r. n. 207/2010, applicabile *ratione temporis*: “Il progetto definitivo, redatto sulla base delle indicazioni del progetto preliminare approvato e di quanto emerso in sede di eventuale conferenza di servizi, contiene tutti gli elementi necessari ai fini dei necessari titoli abilitativi, dell'accertamento di conformità urbanistica o di altro atto equivalente; inoltre sviluppa gli elaborati grafici e descrittivi nonché i calcoli ad un livello di definizione tale che nella successiva progettazione esecutiva non si abbiano significative differenze tecniche e di costo. 2. Esso comprende i seguenti elaborati, salva diversa motivata determinazione del responsabile del procedimento ai sensi dell'articolo 15, comma 3, anche con riferimento alla loro articolazione: a) relazione generale; b) relazioni tecniche e relazioni specialistiche; …”;
- recita poi l’art. 26, c. 1, d.p.r. n. 207/2010: “A completamento di quanto contenuto nella relazione generale, il progetto definitivo deve comprendere, salva diversa motivata determinazione del responsabile del procedimento, almeno le seguenti relazioni tecniche, sviluppate - anche sulla base di indagini integrative di quelle eseguite per il progetto preliminare - ad un livello di definizione tale che nella successiva progettazione esecutiva non si abbiano significative differenze tecniche e di costo: a) relazione geologica: comprende, sulla base di specifiche indagini geologiche, la identificazione delle formazioni presenti nel sito, lo studio dei tipi litologici, della struttura e dei caratteri fisici del sottosuolo, definisce il modello geologico del sottosuolo, illustra e caratterizza gli aspetti stratigrafici, strutturali, idrogeologici, geomorfologici, nonché il conseguente livello di pericolosità geologica;”
- recita, infine, l’art. 35, c. 1, d.p.r. n. 207/2010: “Il progetto esecutivo prevede almeno le medesime relazioni specialistiche contenute nel progetto definitivo, che illustrino puntualmente le eventuali indagini integrative, le soluzioni adottate e le modifiche rispetto al progetto definitivo.”
In generale, quindi, la normativa di settore prevede che la relazione geologica costituisce un elaborato imprescindibile tanto del progetto definitivo che di quello esecutivo e ciò in relazione al rapporto di “stretta simmetria e differenziazione esistente tra i vari stadi di progettazione considerati, visto che la progettazione esecutiva costituisce la conclusione di un percorso armonico che racchiude tutte le fasi che in essa finiscono per ritrovarsi” (così T.a.r. Calabria – Catanzaro, sez. I, 13 febbraio 2017, n. 228).
Peraltro, nel caso di specie, contrariamente a quanto prospettato da parte resistente, non vi è alcuna deroga disposta dal RUP, atteso che anche la *lex specialis*della procedura richiede espressamente la produzione della relazione geologica.
In particolare l’art. 13, punto 8.2 del capitolato speciale d’appalto recita: “Relazioni tecniche e relazioni specialistiche del progetto esecutivo. a) relazioni geologiche e geotecniche, da depositare all’Ufficio del Genio Civile, redatte sulla base di una campagna di indagini geognostiche estese all’area complessiva del progetto generale e finalizzate ad ottenere gli elementi conoscitivi – descrittivi e parametrici – necessari alla redazione del progetto geologico e alla caratterizzazione sismica (relazione geologica) e del modello geotecnico e alla caratterizzazione dinamica del terreno (relazione geotecnica).”
Né può ritenersi che la relazione geologica allegata al progetto definitivo fosse di per sé sufficiente anche per quello esecutivo.
Invero, nel caso di specie, è stata la controinteressata stessa a proporre in sede di offerta tecnica una modifica del progetto definitivo, reputando necessario un adeguamento di tale progetto alla normativa antisismica in vigore nella fase di redazione del progetto esecutivo, prevedendosi di conferire alla struttura una vita utile di progetto di 100 anni, anziché di 50.
Una modifica progettuale di tale importanza non può non comportare la redazione di una nuova e aggiornata relazione specialistica, quale quella geologica, per sua natura funzionale alla verifica della possibilità di rispettare la normativa antisismica vigente nella fase di redazione del progetto esecutivo.
Osserva, infine, il Collegio che nel caso di specie non risulta neppure applicabile l’invocato soccorso istruttorio.
Invero, la relazione geologica (che la controinteressata ammette di non avere mai redatto) costituisce un elemento essenziale dell’offerta tecnica, consistente nella redazione del progetto esecutivo, per come previsto espressamente dall’art. 93, c. 5, d.lgs. n. 163/2006 (applicabile *ratione temporis*), che definisce il progetto esecutivo come quel progetto “redatto in conformità al progetto definitivo, [che, n.d.r.] determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare e il relativo costo previsto e deve essere sviluppato ad un livello di definizione tale da consentire che ogni elemento sia identificabile in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo. In particolare il progetto è costituito dall'insieme delle relazioni, dei calcoli esecutivi delle strutture e degli impianti e degli elaborati grafici nelle scale adeguate, compresi gli eventuali particolari costruttivi, dal capitolato speciale di appalto, prestazionale o descrittivo, dal computo metrico estimativo e dall'elenco dei prezzi unitari. Esso è redatto sulla base degli studi e delle indagini compiuti nelle fasi precedenti e degli eventuali ulteriori studi e indagini, di dettaglio o di verifica delle ipotesi progettuali, che risultino necessari e sulla base di rilievi planoaltimetrici, di misurazioni e picchettazioni, di rilievi della rete dei servizi del sottosuolo.”
E’ evidente che il rimedio del soccorso istruttorio non si giustifica nei casi (come in quello di specie) in cui confligge con il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione; in sostanza, in presenza di previsioni chiare (v. artt. 24, 26 e 35 d.p.r. n. 207/2010; art. 93 d.lgs. n. 163/2006 e art. art. 13, punto 8.2 del capitolato speciale d’appalto) e dell'inosservanza di queste da parte di un concorrente, l'invito alla integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della *par condicio*, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria (su iniziativa dell'Amministrazione), di una documentazione incompleta rispetto a quanto previsto dalla *lex specialis* della procedura (v. Cons. Stato, sez. III, 24 novembre 2016, n. 4930).
Alla luce delle superiori considerazioni, ed assorbiti gli ulteriori motivi di censura, il ricorso va quindi accolto, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati nella parte in cui non dispongono l’esclusione dalla gara di cui trattasi l’A.t.i. controinteressata, ad eccezione del bando e del disciplinare di gara che sono immuni dai vizi denunciati.
Le spese e gli onorari del giudizio, da liquidarsi in dispositivo, seguono, come di regola, la soccombenza.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l’effetto annulla gli atti impugnati nei limiti di cui in motivazione.
Condanna le parti intimate, in solido, al pagamento delle spese e degli onorari del giudizio, che liquida, in favore della parte ricorrente, nel complessivo importo di € 4.000,00 (euro quattromila/00), oltre iva, c.p.a., rimborso delle spese forfettarie nella misura del 15 per cento e rimborso dell’importo pagato a titolo di contributo unificato.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2017 con l'intervento dei magistrati:
Cosimo Di Paola, Presidente
Federica Cabrini, Consigliere, Estensore
Giuseppe La Greca, Consigliere

**N. 01074/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00687/2017 REG.RIC**.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 687 del 2017, proposto da:
Associazione di Volontariato ArtisTaras, in persona del legale rappresentante p.t, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimino Crisci, con domicilio eletto presso lo studio dell’avv. Agnese Caprioli in Lecce, via Scarambone 56;

contro

Comune di Taranto non costituito in giudizio;

nei confronti di

A.T.I. Museion Soc. Coop. - Nobilissima Taranto Ass. Cult - Pro Loco Taranto Ass. Turistica, in persona del legale rappresentante p.t. della Mandataria Capofila Museion Soc. Coop, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

previa tutela cautelare

- della determina n. 275/2017 del 14.4.2017 del Settore Patrimonio del Comune di Taranto – comunicata con nota prot. 68736 del 28.4.2017 – con cui il Dirigente del Settore determinava di aggiudicare definitivamente all'A.T.I. MUSEION Soc. Coop. – NOBILISSIMA TARANTO Ass. Cult. – PROLOCO Ass. Turistica la gara avente ad oggetto la “Concessione della gestione degli Ipogei siti in Via Cava – Città Vecchia Taranto” (CIG 673150125B), in ogni parte ritenuta di interesse per l'odierna impugnativa;

- della nota prot. 68736 del 28.4.2017;

- della determina n. 918/2016 del 22.12.2016, del Settore Patrimonio del Comune di Taranto con cui il Dirigente del Settore Patrimonio, approvando il contenuto dei verbali di gara, procedeva alla “aggiudicazione provvisoria” in favore dell'A.T.I. MUSEION Soc. Coop. – NOBILISSIMA TARANTO Ass. Cult. – PROLOCO Ass. Turistica, in ogni parte ritenuta di interesse per l'odierna impugnativa;

- della Determina Dirigenziale n. 667 del 28.9.2016 con cui veniva nominata la Commissione di Gara, nella parte in cui veniva indicato quale Presidente della Commissione il Dott. Michele Matichecchia, nonché in ogni parte ritenuta di interesse per l'odierna impugnativa;

- della Determina Dirigenziale n. 642/2016 del 15.9.2016 con cui veniva nominata la Commissione di Gara, nella parte in cui veniva indicato quale Presidente della Commissione il Dott. Michele Matichecchia, nonché in ogni parte ritenuta di interesse per l'odierna impugnativa;

- del verbale di gara del 17.11.2016, in ogni parte ritenuta di interesse per l'odierna impugnativa;

- del verbale di gara del 2.12.2016, nella parte in cui non esclude l'Offerta dell'ATI MUSEION-NOBILISSIMA-PRO LOCO, nonché nella parte in cui attribuisce alla stessa il punteggio di 73,6665, ed in ogni parte ritenuta di interesse per l'odierna impugnativa;

- dell'Avviso Pubblico n. 2 CIG 673150125B del 29.6.2016, redatto e sottoscritto in ogni sua parte dal Dirigente del Settore Patrimonio, Dott. Michele MATICHECCHIA, per la “Concessione della gestione degli Ipogei siti in Via Cava Città Vecchia – Taranto”, in ogni parte ritenuta di interesse per l'odierna impugnativa;

- della Deliberazione di Giunta Comunale n. 52 del 16.3.2016, avente ad oggetto l'Atto di Indirizzo per la Gestione dei siti archeologici e degli ipogei comunali, e per l'approvazione della “Carta dei Servizi” e tariffe di ingresso, in ogni parte ritenuta di interesse per l'odierna impugnativa;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale;

nonché per la declaratoria di inefficacia

- del contratto eventualmente stipulato medio tempore tra l'Amministrazione e l'A.T.I. aggiudicataria;

e per la tutela in forma specifica

- attraverso il subentro nel contratto eventualmente stipulato medio tempore tra l'Amministrazione e l'A.T.I. aggiudicataria;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 giugno 2017 il Cons. Carlo Dibello e udito l’avv. M. Crisci per la ricorrente;

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

Con ricorso proposto dall’Associazione di Volontariato ArtisTaras, con sede in Crispiano, è stata impugnata la determina del 14 aprile 2017, poi comunicata alla ricorrente in data 28 aprile 2017, con la quale il Dirigente del Settore Patrimonio del Comune di Taranto provvedeva ad aggiudicare definitivamente all’A.T.I. Museion Soc. Coop. – Nobilissima Taranto Ass. Cult. – Proloco Ass. Turistica la gara avente ad oggetto la “Concessione della gestione degli Ipogei siti in Via Cava – Città Vecchia Taranto” (CIG 673150125B).

L’impugnativa è stata estesa a tutte le operazioni di gara che hanno preceduto l’aggiudicazione definitiva.

Risultano anche impugnati l’avviso pubblico relativo all’indizione della gara e la deliberazione di Giunta Comunale n. 52 del 16 marzo 2016, con la quale l’esecutivo cittadino ha approvato l’Atto di Indirizzo per la Gestione dei siti archeologici e degli ipogei comunali, e per l’approvazione della “Carta dei Servizi” e tariffe di ingresso.

A sostegno del ricorso sono state formulate le seguenti censure, il primo gruppo delle quali viene riproposto in toto in sede di formulazione del secondo e terzo motivo di ricorso:

Violazione e/o falsa applicazione lex specialis di gara. Violazione e/o falsa applicazione Deliberazione G.C. n. 52 del 16.3.2016. Violazione e/o falsa applicazione Avviso Pubblico n. 2. Violazione e/o falsa applicazione art. 30 D. Lgs 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione art. 95 D. Lgs. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione art. 171 D. Lgs. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione artt. 47 e 48 D. Lgs. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione art. 16 l. r. 17/2013. Violazione e/o falsa applicazione D. Lgs. 42/04. Eccesso di potere per carenza di istruttoria e motivazionale. Eccesso di potere per disparità di trattamento. Eccesso di potere per manifesta irragionevolezza ed illogicità. Eccesso di potere per carenza nei presupposti e travisamento dei fatti. Sviamento;

Violazione e/o falsa applicazione art. 77 D. Lgs. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione Regolamento Comunale per la Disciplina dei Contratti. Violazione e/o falsa applicazione principio di imparzialità e terzietà. Violazione e/o falsa applicazione art. 84 D. Lgs. 163/2006. Violazione e/o falsa applicazione d. p.r. 207/2010. Violazione e/o falsa applicazione art. 30 D. Lgs 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione artt. 47 e 48 D. Lgs. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione art. 171 D. Lgs. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione D. Lgs. 42/04. Eccesso di potere per carenza di istruttoria e motivazionale. Eccesso di potere per disparità di trattamento. Eccesso di potere per manifesta irragionevolezza ed illogicità. Eccesso di potere per carenza nei presupposti e travisamento dei fatti. Sviamento;

Violazione e/o falsa applicazione art. 30 D. Lgs. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione art. 95 D. Lgs. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione artt. 47 e 48 D. Lgs. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione art. 171 D. Lgs. 50/2016.Violazione art. 1 l. 241/1990. Violazione e/o falsa applicazione D. Lgs. 42/04. Violazione e/o falsa applicazione principio di continuità e concentrazione delle operazioni di gara. Violazione del principio di conservazione dei plichi. Violazione principio di imparzialità e parità di trattamento. Eccesso di potere per carenza di istruttoria e motivazionale. Eccesso di potere per disparità di trattamento. Eccesso di potere per manifesta irragionevolezza ed illogicità. Eccesso di potere per carenza nei presupposti e travisamento dei fatti. Sviamento.

L’Associazione ricorrente, oltre a domandare l’annullamento dei provvedimenti impugnati con ogni conseguenziale effetto, ha chiesto che il Tar dichiari l’inefficacia del contratto di concessione eventualmente sottoscritto, nonché una declaratoria di subentro nel contratto medesimo, sempre nell’ipotesi di sottoscrizione medio tempore intervenuta tra l’Amministrazione e l’ATI aggiudicataria.

Il Comune di Taranto non si è costituito in giudizio benchè ritualmente intimato.

Anche la controinteressata ATI Museion Soc. Coop. – Nobilissima Taranto Ass. Cult. – Proloco Ass. Turistica non si è costituita in giudizio.

Alla camera di consiglio del 14 giugno 2017, fissata per la trattazione della domanda cautelare, la controversia è passata in decisione nelle forme dell’art. 60 del c. p.a.

Il ricorso è meritevole di accoglimento con riferimento alla censura di illegittima composizione della Commissione di aggiudicazione della procedura ad evidenza pubblica in esame.

Ed invero, malgrado sia stata prospettata una pluralità di censure, rileva il Collegio che la mancata graduazione dei motivi di ricorso determina la possibilità, per il Giudicante, di accoglimento del gravame limitatamente ad un profilo di criticità ritenuto assorbente per ragioni di economia processuale (v. Ad. Plen. Cons. St. n. 5/2015)

Con la sopra citata pronuncia dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è, infatti, sancito il principio di diritto in forza del quale <<nel giudizio impugnatorio di legittimità in primo grado, non vale a graduare i motivi di ricorso o le domande di annullamento il mero ordine di prospettazione degli stessi>>; e, ancora, che <<nel giudizio impugnatorio di legittimità in primo grado, in mancanza di rituale graduazione dei motivi e delle domande di annullamento, il giudice amministrativo, in base al principio dispositivo e di corrispondenza fra chiesto e pronunciato, è obbligato ad esaminarli tutti, salvo che non ricorrano i presupposti per disporne l’assorbimento nei casi ascrivibili alle tre tipologie precisate in motivazione (assorbimento per legge, per pregiudizialità necessaria e per ragioni di economia>>.

Passando dunque alla disamina in concreto della censura concernente l’illegittima composizione della Commissione giudicatrice, si osserva che nella fattispecie portata al vaglio del G.A. si è effettivamente consumata la violazione dell’art. 77, comma 4 del D. Lgs.18 aprile 2016, n. 50.

La disposizione richiamata stabilisce che “i commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun’altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”.

E’ invece emerso, come correttamente dedotto dalla difesa dell’associazione, che il Presidente della Commissione, dottor Matichecchia, nominato in tale veste con determina dirigenziale n. 642 del 15 settembre 2016 ha redatto, approvato e sottoscritto l’Avviso Pubblico di indizione della gara, di cui alla determina n. 423/2016 del 22 giugno 2016, e tanto nella distinta veste di Dirigente al Patrimonio.

La preventiva redazione dell’atto inditivo della gara controversa è tale da determinare la situazione di incompatibilità che la norma sopra richiamata ha inteso scongiurare.

E’ infatti evidente la finalità, perseguita dall’art. 77 comma 4 citato, di evitare che uno dei componenti della Commissione, proprio per il fatto di avere svolto in precedenza attività strettamente correlata al contratto del cui affidamento si tratta, non sia in grado di esercitare la delicatissima funzione di giudice della gara in condizione di effettiva imparzialità e di terzietà rispetto agli operatori economici in competizione tra di loro.

Ritiene il Collegio di dover precisare, sul punto, che il principio di imparzialità dei componenti del seggio di gara va declinato nel senso di garantire loro la cd virgin mind, ossia la totale mancanza di un pregiudizio nei riguardi dei partecipanti alla gara stessa.

Tale pregiudizio può essere agevolmente rintracciato in un caso come quello qui in esame, posto che la predisposizione, da parte del Presidente della Commissione di gara, addirittura delle c.d. regole del gioco può influenzare la successiva attività di arbitro della gara.

Dall’accertamento del suddetto vizio di composizione della gara deriva l’illegittimità dell’aggiudicazione definitiva, atteso il nesso di consequenzialità che avvince gli atti impugnati, per come sottoposti allo scrutinio del G.a..

Il ricorso è dunque accolto alla stregua delle suesposte argomentazioni, con assorbimento delle ulteriori censure e con conseguente obbligo di rinnovazione della gara a partire dalla presentazione delle offerte (sul punto, Tar Lecce, II Sezione, 1040/2016).

Va anche annullato il contratto nelle more eventualmente stipulato tra l’Amministrazione e l’Ati aggiudicataria.

Le spese processuali seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Seconda definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l’effetto:

annulla l’aggiudicazione definitiva in epigrafe;

dispone la rinnovazione della gara a partire dalla presentazione delle offerte;

annulla il contratto eventualmente stipulato medio tempore tra l’Amministrazione e l’ATI aggiudicataria.

Condanna il Comune di Taranto alla rifusione delle spese processuali che liquida in € 4.000, 00 oltre accessori di legge e recupero del contributo unificato.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 14 giugno 2017 con l'intervento dei magistrati:

Eleonora Di Santo, Presidente

Carlo Dibello, Consigliere, Estensore

Claudia Lattanzi, Primo Referendario

L'ESTENSORE  IL PRESIDENTE
Carlo Dibello  Eleonora Di Santo

**N. 00624/2017 REG.PROV.COLL.**
**N. 00365/2017 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria**
**Sezione Staccata di Reggio Calabria**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

*ex*art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 365 del 2017 proposto da:
Giordano s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall’avv. Lucio Masottini, con domicilio eletto presso lo studio di quest’ultimo, in Reggio Calabria, via Guglielmo Pepe n. 31;
***contro***
Istituto di Istruzione Superiore “R. Piria” di Rosarno, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Reggio Calabria, presso i cui Uffici, in via del Plebiscito n. 15, ha legale domicilio;
***nei confronti di***
Pierluigi Smedile, in qualità di titolare della ditta “Smedile Mondo Viaggi”, non costituito;
***per l’annullamento***
del provvedimento di aggiudicazione provvisoria prot. n. 2114/C43del 5 aprile 2017;
del provvedimento di aggiudicazione provvisoria della procedura di gara negoziata prot. n. 2142/Polo Tecnico del 7 aprile2017;
del provvedimento di comunicazione al secondo operatore economico del 7 aprile 2017;
del provvedimento prot.n. 2640/U del 10 maggio 2017;
del provvedimento di aggiudicazione definitiva prot. n. 2757/U del 16 maggio 2017;
di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;
Visto l’atto di costituzione in giudizio dell’Istituto d’Istruzione Superiore “R. Piria” di Rosarno;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2017 la dott. Donatella Testini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Sentite le stesse parti ai sensi dell’art. 60 cod. proc. amm.;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Espone parte ricorrente di aver partecipato alla procedura di gara negoziata indetta, ai sensi dell’art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 50/16, dall’Istituto in epigrafe con lettera d’invito del 20 marzo 2017 e finalizzata all’acquisizione di servizi di viaggio, vitto e alloggio per l’attuazione di uno *stage* formativo nella zona di Palermo, della durata di sette giorni, per circa 70 alunni e 10 accompagnatori.
Alla procedura ha partecipato solo un’altra impresa, la controinteressata “Smedile Mondo Viaggi”, che, all’esito della valutazione comparativa, si è classificata al primo posto, con un punteggio pari a 94,38.
A parte ricorrente è stato attribuito il punteggio di 93.
L’aggiudicazione definitiva della gara in favore della controinteressata - previo rigetto, con provvedimento prot. n. 2640/U del 10 maggio 2017, dell’istanza di autotutela presentata dalla ricorrente il 2 maggio 2017 - è stata disposta con provvedimento n. 2757 del 16 maggio 2017, comunicato alla ricorrente in pari data.
Avverso gli esiti della procedura di gara insorge parte ricorrente deducendone l’illegittimità per “*Violazione di legge – falsa applicazione degli artt. 36 e ss del d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere – ingiustizia, difetto del presupposto, irragionevolezza, carenza ed erroneità della motivazione, illogicità ed irrazionalità manifesta del provvedimento adottato, iniquità, disparità di trattamento. Incongruità della motivazione*”.
Nell’affermare che la commissione giudicatrice avrebbe attribuito i punteggi in netto contrasto con i criteri stabiliti da bando, introducendo coefficienti di ponderazione delle offerte non previsti, rileva parte ricorrente la sussistenza dell’interesse ad agire atteso che, una corretta applicazione della *lex specialis*, avrebbe comportato l’attribuzione di 96 punti alla ricorrente e 91,38 alla controinteressata.
Con il mezzo di tutela all’esame, più precisamente, vengono articolate le seguenti censure.
a) Sostiene parte ricorrente che la *lex specialis* prevede l’attribuzione del punteggio massimo di 5 per la voce “gratuità”, riferita ai dieci accompagnatori previsti.
Pur avendo offerto la gratuità per i 10 accompagnatori, tuttavia, essa ha conseguito un punteggio pari a 4.
L’aggiudicataria, invece, ha ottenuto il punteggio massimo di 5, per aver offerto la gratuità per due accompagnatori in più.
Ritiene parte ricorrente che la *lex specialis* non consente di valutare le gratuità offerte in numero superiore a dieci e, conseguentemente, entrambe le concorrenti avrebbero dovuto ottenere il punteggio massimo di 5.
b) Afferma parte ricorrente che anche l’attribuzione del punteggio relativo alla struttura alberghiera prescelta ed alla sua ubicazione sia errata e contraria ai criteri di cui alla *lex* di gara.
L’aggiudicataria ha ottenuto il punteggio massimo di 3 sebbene abbia omesso di indicare nell’offerta la struttura alberghiera utilizzata, genericamente indicata come “*Hotel a Palermo \*\*\*\* sup.*”.
Considerato che il bando prevede l’attribuzione di:
- 3 punti per la struttura alberghiera in centro città;
- 2 punti per la struttura alberghiera in posizione semi - centrale;
- 1 punto per la struttura alberghiera nella periferia cittadina;
l’offerta dell’aggiudicataria avrebbe dovuto ottenere un punteggio pari a di zero, e non a tre punti, non consentendo l’omessa indicazione alcuna valutazione.
A ciò aggiungasi che il bando di gara dispone che “…*saranno privilegiate le proposte che prevederanno la sistemazione logistica nelle immediate vicinane dell’azienda prescelta*”.
L’aggiudicataria ha indicato genericamente un *hotel* a Palermo e, per l’offerta formativa, un’azienda che si trova a 40 km da Palermo, in Baucina, e quindi fuori dalla città.
La ricorrente, in corretta applicazione della *lex specialis*, ha ottenuto 1 punto, per aver offerto una collocazione presso l’*hotel* “Alle Querce” in Castelbuono (PA) ed aver indicato l’azienda agricola, sita anch’essa in Castelbuono, a circa 7 km dall’albergo, per l’offerta formativa.
c) Alla ricorrente è stato assegnato il punteggio minimo di 1 per aver previsto la collocazione degli alunni in camere doppie, triple e quadruple; mentre alla ricorrente è stato assegnato il massimo di tre per sistemazioni in doppie e triple.
La differenza di punteggio avrebbe, invece, dovuto essere pari ad un solo punto.
d) Rileva, infine, parte ricorrente che, con riferimento ai servizi opzionali (guide locali ed ingresso ai musei gratuiti) l’aggiudicataria abbia ottenuto 1 punto per le guide ed 1 punto per i musei, mentre la ricorrente 0,50 per ognuna delle voci, sebbene abbiano offerto servizi identici.
Conclude per l’annullamento degli atti di gara impugnati.
Si è costituito in giudizio l’Istituto Scolastico intimato, depositando documentazione.
Il controinteressato, ancorché ritualmente evocato in giudizio, non si è costituito
La causa viene ritenuta per la decisione alla Camera di Consiglio del 21 giugno 2017, ai sensi degli artt. 60 e 120, comma 6, c.p.a.

**DIRITTO**

Il ricorso non è suscettibile di favorevole apprezzamento.
Il criterio di aggiudicazione adottato per la procedura *de qua* è quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, di cui all’art. 95, II comma, del Codice.
E’ evidente che il fulcro delle contestazioni dettagliatamente mosse nell’unico articolato motivo di ricorso proposto verte integralmente sulla presunta erroneità e conseguente illegittimità di plurime valutazioni effettuate dal seggio di gara e dei punteggi conseguentemente attribuiti alle offerte presentate dalla ricorrente e dall’aggiudicataria controinteressata.
Come è noto, le valutazioni della Commissione di gara in relazione ai contenuti delle offerte tecniche dei diversi partecipanti costituiscono uno degli esempi più nitidi di esercizio di una potestà amministrativa di natura tecnico - discrezionale.
Secondo la giurisprudenza amministrativa assolutamente maggioritaria ed in stretta connessione con la fattispecie oggetto di causa, “*a fronte dei giudizi tecnici espressi dalla Commissione di gara, sono inammissibili le censure con cui il ricorrente non evidenzi palesi illogicità o travisamenti degli stessi, ma miri solo a sostituire il giudizio della Commissione – avente margini di opinabilità – con il proprio giudizio*” (in termini, Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2014).
In questo senso ha continuato ad esprimersi anche la recentissima giurisprudenza, la quale ha rilevato come, nell’ambito del sistema di aggiudicazione secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, le valutazioni tecniche delle Commissioni di gara costituiscono espressione di ampia discrezionalità, suscettibili di sindacato solo nei limiti della manifesta illogicità: pertanto, le valutazioni delle Commissioni di gara relativamente agli aspetti tecnici delle offerte sono espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile dal G.A. non mediante una sostituzione dei giudizi, ma soltanto per difetto di motivazione, illogicità manifesta, erroneità dei presupposti di fatto, incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti, non plausibilità dei criteri valutativi o della loro applicazione” (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 27 aprile 2015 n. 2098; *id*., Sez. III, 2 aprile 2015 n. 1741).
Applicando tali principi al caso di specie e, segnatamente, alla valutazione tecnica (sebbene senz’altro non complessa, visto l’oggetto dell’affidamento) della qualità del servizio offerto, emerge l’infondatezza dell’unico articolato motivo di ricorso proposto in quanto - in ciascuno dei suoi quattro sotto paragrafi - si contesta direttamente l’attribuzione di punteggio per come effettuata dalla Commissione, senza che in relazione ad essa risultino ravvisabili difetti di motivazione, illogicità manifesta, erroneità dei presupposti di fatto o incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti.
Non appare, infatti, irragionevole né contrario alla *lex specialis*, quanto alla doglianza riportata *sub* a), l’attribuzione di una valutazione premiale ad una maggiore offerta di gratuità, tutt’affatto limitata espressamente dal bando ai dieci accompagnatori: nella lettera d’invito il numero sia dei partecipanti che degli accompagnatori è indicato in una misura di massima (“*circa 70 alunni e 10 accompagnatori*”), né, e soprattutto, è dato riscontrare clausole limitative dell’offerta del numero posti di partecipazione gratuiti, vieppiù riservandoli agli accompagnatori.
Parimenti non censurabile appare la valutazione operata in punto di ubicazione della struttura alberghiera (doglianza riportata *sub*b).
Premesso che l’indicazione del nome della struttura alberghiera offerta non è richiesta, la valutazione premiale dell’ubicazione della stessa nella città di Palermo è rispettosa del bando e dei criteri da esso previsti, atteso che lo svolgimento del viaggio d’istruzione e formazione è stato individuato dall’Istituto nella zona di “*Palermo e dintorni*” (cfr. pag. 8 della lettera d’invito).
La lettera d’invito, al punto 2), espressamente afferma, dopo aver stabilito che per la qualità della struttura alberghiera e per la sua ubicazione possa attribuirsi un massimo di dieci punti, che “*saranno privilegiate le proposte che prevederanno la sistemazione logistica nelle immediate vicinanze dell’azienda prescelta*”.
Tale inciso va rettamente inteso: come risulta dalla griglia di attribuzione dei punteggi allegata, si tratta di un criterio evidentemente volto a selezionare l’offerta in caso di medesima ubicazione delle strutture offerte dai partecipanti.
Ciò non è avvenuto nel caso di specie atteso che la ricorrente ha offerto sia una struttura alberghiera che un’azienda agricola site entrambe a notevole distanza da Palermo (circa 90 km).
Quanto alla doglianza riportata *sub* c), non è irragionevole ritenere che la sistemazione in stanze quadruple sia particolarmente disagevole e, conseguentemente, quantificare in n. 2 punti di differenza l’offerta di sole stanze doppie e triple.
Emerge, infine, con evidenza che, mentre l’aggiudicataria ha offerto escursioni guidate a Palermo, Cefalù, Erice, Agrigento, Monreale, Mondello e al Monte Pellegrino, la ricorrente ha previsto solo un’escursione di mezza giornata a Palermo ed una di mezza giornata a Cefalù, ragion per cui le è stato attribuito un punteggio inferiore per i servizi opzionali: non sussiste, dunque, l’identità di prestazioni dedotta dalla parte ricorrente *sub* d).
Il ricorso, in conclusione, è infondato e va respinto.
Sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria - Sezione Staccata di Reggio Calabria, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.
Spese compensate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2017 con l'intervento dei magistrati:
Roberto Politi, Presidente
Angela Fontana, Referendario
Donatella Testini, Referendario, Estensore

N. 07725/2017 REG.PROV.COLL.
N. 03696/2017 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA**
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

 **(Sezione Terza Quater)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 3696 del 2017, proposto da A. De Mori S.p.A. con Socio Unico, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Giuliano Sgobbi, Federico Bulfoni, Giovanni Corbyons, con domicilio eletto presso lo studio di quest’ultimo in Roma, via Cicerone n. 44;

contro

Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Fratto, Egidio Mammone, Vincenzo Gambardella, dell’Avvocatura aziendale presso la cui sede in Roma, Circonvallazione Gianicolense n. 87 domicilia;

nei confronti di

Siemens Healthcare S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Bonatti, Lorella Fumarola, con domicilio eletto presso lo studio dell’Avv. Raffaele Izzo in Roma, Lungotevere Marzio n. 3;
Instrumentation Laboratory S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Piero Fidanza, con domicilio eletto presso lo studio Grez e Associati S.R.L. in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18; per l'annullamento della deliberazione del Direttore Generale dell'AO, n. 402 del 15.3.2017, recante l'aggiudicazione definitiva a Siemens della procedura aperta per la fornitura di sistemi macchina reattivi per emogasanalisi e dosaggio degli elettroliti in urgenza - codice CIG 6747510D63 (doc. 1);
dell'aggiudicazione provvisoria, degli atti e verbali di gara, come meglio specificati negli allegati sub doc. ult. cit.;
dell'inerzia e/o silenzio rigetto sull'istanza di autotutela, che De Mori ha verbalizzato all'apertura delle offerte economiche (cfr. verbale n. 7 del 27.2.2017) e, tramite il proprio legale, ha comunicato il 2.3.2017,d'ogni atto presupposto, conseguente o connesso, inclusi gli atti di controllo ed approvazione dell'affidamento e del contratto (se già stipulato);
per l'accoglimento della domanda della ricorrente di divenire aggiudicataria dell'appalto; nonché per la dichiarazione d'inefficacia del contratto di fornitura (se già stipulato con l'aggiudicataria); ed, infine, per la condanna al risarcimento dei danni subiti dalla ricorrente per effetto della perdita dell'aggiudicazione del contratto predetto, in forma specifica e -in subordine- per equivalente pecuniario, nella misura e con le modalità, che saranno precisate in corso di giudizio, con riguardo al danno emergente e al lucro cessante, con interessi e rivalutazione monetaria dalla data del dovuto sino all'effettivo soddisfacimento;
per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Instrumentation Laboratory S.P.A. il 1652017 : per l’annullamento a seguito del presente ricorso incidentale, dei medesimi atti impugnati con ricorso principale, per la parte in cui è stata ammessa in gara l'offerta di De Mori , nonché dei verbali di gara nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione della predetta ditta. null null null per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Siemens Healthcare s.r.l. il 1952017 : per l'annullamento – previa sospensione in parte qua, degli stessi atti impugnati con il ricorso principale e, segnatamente:
i) della deliberazione del Direttore Generale dell'AO San Camillo Forlanini, n. 402 del 15.3.2017, recante l'aggiudicazione definitiva a Siemens della procedura aperta per la fornitura di sistemi macchina reattivi per emogasanalisi e dosaggio degli elettroliti in urgenza – codice CIG 6747510D63;
ii) dell'aggiudicazione provvisoria, degli atti e verbali di gara;
iii) dell'inerzia e/o silenzio rigetto dell'istanza di autotutela verbalizzata dalla stessa A. De Mori; iv) di ogni atto presupposto, conseguente o connesso, inclusi gli atti di controllo ed approvazione dell'affidamento e del contratto (se già stipulato); tutti, nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione della Società De Mori dalla gara sopra indicata; Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini e di Siemens Healthcare S.r.l. e di Instrumentation Laboratory S.p.A.;
Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;
Visti tutti gli atti della causa; Relatore nella camera di consiglio del giorno 6 giugno 2017 la dott.ssa Pierina Biancofiore e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale; Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.; Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

**FATTO**

1.Con ricorso notificato ai soggetti meglio in epigrafe indicati in data 14 aprile 2017 e depositato il successivo 24 aprile 2017, parte ricorrente, in atto attuale aggiudicataria della fornitura di sistemi e di reattivi per emogasanalisi in proroga fino al 30 aprile 2017, espone di avere partecipato alla procedura aperta bandita in urgenza dall’Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini per un importo presunto a base di gara di euro 750.000,00 e da aggiudicarsi secondo il criterio dell’OEV. Al termine della gara al primo posto si collocava la Siemens con punti 84,45 di cui 44,45 tecnici e 40 economici, al secondo posto si collocava I.L. con punti 81.02 di cui 42 tecnici e 39,02 economici ed al terzo posto si collocava la ricorrente con punti 80,17 di cui 41,50 tecnici e 38,67 economici. Con atto del 15 marzo 2017 l’Azienda aggiudicava in via definitiva alla controinteressata Siemens la fornitura in questione.
2. Avverso tale aggiudicazione e gli altri atti meglio in epigrafe indicati la ricorrente propone l’unica articolata doglianza di contrasto e/o falsa applicazione e/o disapplicazione della lex specialis di gara (capitolato speciale, capitolato tecnico e chiarimenti); violazione della par condicio, del buon andamento e della trasparenza della procedura; violazione e/o falsa applicazione e/o disapplicazione degli articoli 30, 68 e 94 del d.lgs. n. 50/2016; degli articoli 3, 41 e 97 Cost.; 1, 3 e 6 della legge n. 241/1990; della direttiva 98/79/CE in materia di IVD (In Vitro Diagnostica) e del d.lgs. n. 332/2000; divergenza ed indeterminatezza delle offerte prima e seconda classificata rispetto all’oggetto ed ai requisiti minimi per l’esecuzione del service; violazione dei principi di libera concorrenza e non discriminazione, di proporzionalità e non aggravamento del procedimento; eccesso di potere per erroneità, illogicità e perplessità, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, difetto d’istruttoria e di motivazione, ingiustizia manifesta, disparità di trattamento e sviamento. Conclude con istanza cautelare necessitata dalla eventuale installazione che seguirebbe alla stipula del contratto con Siemens; formula istanza risarcitoria per equivalente e chiede l’accoglimento del ricorso.
3. Con istanza cautelare monocratica ex art. 56 c.p.a.la ricorrente, attuale fornitrice dell’Azienda Ospedaliera, come sopra chiarito, espone che alla data in cui trasmette l’istanza e cioè il 27 aprile 2017 non è giunta ancora alcuna ulteriore proroga e chiede pertanto la sospensione dell’aggiudicazione alla controinteressata nel pericolo della incombente installazione e attivazione in via di urgenza dei sistemi di emogasanalisi nei reparti interessati. L’istanza è stata rigettata con decreto monocratico del 28 aprile 2017 sul presupposto che il ricorso era stato fissato tempestivamente proprio alla luce del subentro della Siemens nella fornitura di che trattasi.
4. Si sono costituite in giudizio la Siemens, prima classificata, nonché aggiudicataria della fornitura e la I.L., seconda classificata; quest’ultima rappresentando di avere essa stessa proposto ricorso avverso l’aggiudicazione a Siemens, contesta in punto di fatto le pretese difformità della fornitura di quest’ultima , anche alla luce dei chiarimenti che sono stati offerti dalla SA alla De Mori e conclude per il rigetto comunque dell’istanza cautelare e del ricorso. Analogamente Siemens contesta le ritenute difformità della fornitura; contesta la pure dedotta illegittimità della attribuzione dei punteggi all’offerta tecnica e rassegna conclusioni analoghe a quelle della controinteressata I.L.
5. Si è pure costituita l’Azienda Ospedaliera opponendo invece la vera e propria inammissibilità dei motivi addotti dalla ricorrente e concludendo per il rigetto dell’istanza cautelare, data la essenzialità del servizio in questione e chiedendo di respingere nel merito il ricorso.
6. Pervenuto il ricorso alla Camera di Consiglio del 9 maggio 2017 per la trattazione della cautelare è stato rinviato in vista della presentazione di ricorso incidentale da parte delle due controinteressate.
7. Col ricorso incidentale la Siemens eccepisce la carenza di interesse della ricorrente principale a prospettare le censure dedotte col proprio ricorso e deduce: 1) - 3) violazione e falsa applicazione della legge speciale di gara, dei principi di parità di trattamento e par condicio: pone in rilievo discrasie della fornitura di De Mori rispetto a quanto previsto dal Capitolato speciale, con conseguente mancato rispetto dei requisiti minimi da parte dell’offerta della ricorrente principale. Conclude dunque per l’accoglimento del ricorso incidentale e comunque per la declaratoria di improcedibilità del ricorso principale per sopravvenuta carenza di interesse in quanto di conseguenza De Mori non conseguirebbe alcuna utilità dalla coltivazione del ricorso.
8. Col ricorso incidentale la Instrumentation Laboratory anch’essa ha fatto valere che l’offerta tecnica della De Mori comunque presenterebbe un’offerta tecnica che manca di un requisito minimo previsto a pena di esclusione. E cioè l’Allegato A del Capitolato prevede tra i requisiti minimi di capacità tecnica “strumenti identici, nuovi di ultima generazione, completamente automatici a cartuccia/cartucce multitest onnicomprensiva che contenga reagenti standards e controlli scarico, elettrodi sonda di campionamento soluzione lavaggio”. Invece la De Mori ha offerto una sonda di campionamento che non è contenuta in una delle cartucce ma che è parte integrante dello strumento. Pertanto deduce l’unico motivo di violazione e falsa applicazione degli articoli 3, 21 ss della legge n. 241/90, 68 d.lgs. n. 50/2016 e della lex specialis di gara, eccesso di potere per carente/omessa istruttoria, travisamento, carenza di presupposti, sulla mancata esclusione di De Mori per carenza del requisito minimo. Anche la I.L. conclude per l’accoglimento del ricorso incidentale e per la declaratoria di improcedibilità del ricorso principale per sopravvenuta carenza di interesse in quanto di conseguenza De Mori non conseguirebbe alcuna utilità dalla coltivazione del ricorso.
9. Il ricorso è stato trattenuto per la decisione in forma semplificata avvertitene all’uopo le parti costituite alla Camera di Consiglio del 6 giugno 2017.

**DIRITTO**

1. A mente dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 7 aprile 2011 viene esaminato per primo il ricorso principale in quanto del tutto infondato. Con esso la ricorrente propone un’unica articolata doglianza con la quale sindaca il giudizio espresso dalla Commissione sull’offerta tecnica presentata dalle due controinteressate in base a del tutto non condivisibili osservazioni che saranno partitamente contestate. Secondo le prospettazioni dell’interessata la Siemens avrebbe dovuto essere esclusa per le ragioni oltre rappresentate e che sono state oggetto di approfondimento da parte della Commissione giudicatrice che ha chiesto chiarimenti all’impresa resi in modo ritenuto soddisfacente dalla stazione appaltante, precisando i contenuti dell’offerta tecnica: - difformità rispetto ai requisiti minimi in relazione all’aspirazione automatica da provetta. Siemens ha chiarito che avrebbe fornito un adattatore per provette indicato nell’offerta con il codice 09320618 che avrebbe consentito in automatico il campionamento da provetta e che rendeva la proposta tecnica corrispondente ai requisiti previsti dal capitolato; - difformità in relazione alla fornitura di un gruppo di continuità. Col chiarimento la Siemens ha precisato marca e modello dell’accessorio che è risultato conforme alle richieste capitolari;  - difformità in relazione all’iscrizione ad un programma di VEQ. La Siemens ha confermato la disponibilità di fornire una VEQ lasciando alla S.A. la scelta del provider; - difformità in relazione al collegamento col sistema gastionale Themix W-Lab. La Siemens ha specificato che il sistema di connessione è parte integrante della configurazione offerta e la possibilità di collegamento alla Lis del laboratorio come richiesto nel capitolato; - difformità in relazione ai parametri minimi (quintultimo requisito d’ingresso). In relazione ai parametri minimi misurabili senza deviazione o calcolo (quintultimo requisito d’ingresso), la stazione appaltante ha precisato che la Siemens è stata ammessa come le altre ditte, perché tutte le concorrenti calcolano la bilirubina con ciossimetro e non misurano la bilirubina diretta. Osserva l’Azienda ospedaliera che non vi era ragione per procedere ad una esclusione perché il capitolato non specifica che tale test fosse rivolto agli adulti e/o ai neonati. In ordine alla offerta tecnica della Instrumentation Laboratory la ricorrente ha dedotto anche in questo caso motivi di esclusione che sono stati contestati dall’Azienda ospedaliera:
- difformità in relazione alla richiesta di strumenti a cartuccia (primo requisito d’ingresso) in quanto le cartucce offerte non avrebbero previsto gli standards di calibrazione (Calibration Valuation Product CVP).
La difformità è esclusa dalla lettera del punto 1 dell’all. A del Capitolato che non faceva minimamente riferimento al CVP, ma richiedeva “Strumenti identici, nuovi di ultima generazione, completamente automatici a cartuccia/cartucce multi test onnicomprensivi che contenga reagenti, standards e controlli, scarico, elettrodi sonda di campionamento, soluzione di lavaggio”. E tanto anche in accoglimento della contestazione effettuatane dalla controinteressata, che peraltro erra laddove ritiene che tale requisito non fosse a pena di esclusione, come è dato leggere dal ridetto allegato la cui intestazione reca: “Requisiti minimi di ingresso (da possedere tutti a pena di esclusione)”, con la conseguenza che la contestazione va accolta soltanto sotto il profilo della erronea individuazione dell’esatto tenore del requisito da parte della ricorrente;
- analogamente valga per la seconda difformità imputata alla Instrumentation Laboratory in relazione all’iscrizione ad un programma di VEQ a livello europeo per gli strumenti destinati al Laboratorio, difformità anche questa contestata dalla controinteressata che ha precisato come il requisito fosse riferito non ad un prodotto, per il quale dunque non ci si poteva aspettare la fornitura di schede tecniche, ma era relativo ad un servizio ed ella ha dunque esibito l’iscrizione a tale programma. Con un secondo profilo della medesima censura la ricorrente poi insiste sulla erroneità dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche in relazione alle voci: “area di campionamento ad alta sicurezza per l’operatore per ridurre il rischio biologico” in base al quale la Siemens ha ottenuto 4 punti, la I.L. 4 punti e la De Mori soltanto 2 punti; “sistema totalmente esente da manutenzione/rigenerazione sia per quanto riguarda la fluidica che i sensori” per il quale la Siemens ha ottenuto 5 punti, lo stesso la I.L. e la De Mori 2 punti; “minor numero di componenti necessari al corretto funzionamento del sistema” per il quale la De Mori pone in rilievo che l’apparecchio da lei proposto ha due sole componenti necessarie al funzionamento del sistema e cioè sensor cassette e solution pack, mentre quello di I.L. ha bisogno di 6 prodotti consumabili, la cartuccia multi test e le 5 fiale CVP e quello proposto da Siemens ha 3 componenti cui devono aggiungersi gli adattatori, gli ingressi campione e i filtri dell’aria per un totale di 6 componenti e nonostante tali discrasie nell’offerta la Siemens ha meritato 4 punti la I.L. 2 punti e la De Mori 3 punti; “calibrazione automatica e programmabile per tutti i parametri richiesti” per il quale la Siemens ha ottenuto 4 punti, la I.L. 0 punti e la De Mori 0 punti, laddove parte ricorrente contesta che non risulta che il prodotto offerto da Siemens disponga di calibrazioni programmabili, mentre quello offerto da lei stessa ne dispone. Ci si è dilungati nella descrizione dei diversi profili di censura proposti dall’interessata per porre in evidenza, come peraltro osservato dalla stessa azienda ospedaliera, come tutti quanti gli aspetti prospettati appaiono impingere al merito delle valutazioni della Commissione di gara in maniera tale che, tuttavia, parte ricorrente non riesce a dimostrare quella abnorme o manifesta illogicità delle scelte dell’organo di giudizio, rimanendo la deduzione della contraddittorietà e della irragionevolezza di detti giudizi legata ad affermazioni del tutto apodittiche. Ad esempio per quanto è dato leggere dal verbale n. 5 del 10 febbraio 2017 in relazione all’ultimo elemento di doglianza dedotto “Calibrazione automatica e programmabile per tutti i parametri richiesti (documentare):” la ricorrente non spiega in quale punto il giudizio della Commissione di gara in ordine a tale criterio sia errato, posto che esso riporta testualmente: “lo strumento della Ditta De Mori ha una calibrazione manuale per l’emoglobina, quello della ditta Instrumentation Laboratory necessita dell’utilizzo delle fiale CVP mentre la ditta Siemens Healthcare ha una calibrazione completamente automatica e programmabile.”.
In particolare là dove il requisito prevedeva che fosse documentata la calibrazione automatica, ma la ricorrente ha prodotto un apparecchio di calibrazione manuale, il profilo ne risulta proprio smentito in fatto. Tutto ciò per portare alla osservazione, costante nella giurisprudenza amministrativa, secondo cui: “In materia di appalti pubblici le valutazioni operate dalle Commissioni di gara sulle offerte tecniche delle imprese, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, sono sottratte al sindacato di legittimità del Giudice amministrativo, a meno che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie, ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti. L'Amministrazione nell'attribuire i punteggi alle offerte tecniche non applica scienze esatte, ma formula giudizi tecnici connotati da un fisiologico margine di opinabilità, per sconfessare i quali non è sufficiente evidenziare la loro mera non condivisibilità ma occorre piuttosto dimostrare la loro palese inattendibilità, ossia l'evidente insostenibilità del giudizio della Commissione. Sicché, ove non emergano manifesti travisamenti, pretestuosità o irrazionalità, ma solo margini di fisiologica opinabilità della valutazione tecnico-discrezionale operata dall'Amministrazione, il Giudice non può sovrapporre alla valutazione opinabile del competente organo amministrativo la propria.” (Cons. Giust. Amm. Sic., 8 febbraio 2017, n. 37). Ed invece nella modalità di prospettazione dei vari profili di doglianza ne risulta un palese obiettivo di sostituzione delle valutazioni discrezionali della Commissione nel tentativo di compulsare a sua volta quella sostituzione del giudice in esse, in contrasto con i principi del sindacato debole della discrezionalità tecnica sopra enunciati, come peraltro dalla sezione più volte rilevato: TAR Lazio III quater, 13 gennaio 2017, n. 627, 11 gennaio 2017, n. 429 e 2 agosto 2016, n. 8991. Va da sé che nella reiezione dell’unica articolata doglianza proposta e del ricorso nel suo insieme risiedono anche i motivi per il rigetto della domanda risarcitoria per equivalente, atteso che, oltre che non contenente neppure un accenno alla sua quantificazione, ne appaiono smentiti dalle superiori osservazioni i presupposti rilevati in ricorso e cioè: il pregiudizio antigiuridico (perdita per la ricorrente dell’aggiudicazione); la colpa dell’AO (data l’evidenza e la stessa consistenza dei vizi del suo incedere, più sopra illustrati); ed, infine, il nesso di causalità (posto che la predetta condotta ha pregiudicato l’affidamento alla ricorrente. Il ricorso, dunque, va del tutto rigettato, in quanto manifestamente infondato.
2. Si passa ora ai ricorsi incidentali proposti dalle due controinteressate. Essi contengono censure del tutto speculari rispetto a quelle proposte dalla ricorrente principale, come in narrativa esposto, censure che peraltro andrebbero rigettate esattamente secondo le stesse motivazioni per le quali lo sono state quelle proposte dalla ricorrente principale, con i rivenienti effetti sulla pronuncia in tema di spese di giudizio. E poiché, nel caso in esame, il ricorso principale è stato esaminato per primo in quanto del tutto privo di fondamento, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sez. V, 31 agosto 2016, n. 3752, sezione VI, 1° aprile 2016, n. 1296) stante la quale l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso per ragioni di economia processuale, appare di tutta evidenza che le ricorrenti incidentali non conservano alcun interesse alla coltivazione dei due gravami, che, pertanto, possono essere dichiarati improcedibili.
3. Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così dispone:
- rigetta il ricorso principale;
- dichiara improcedibili i ricorsi incidentali di Instrumentation Laboratory s.p.a. e Siemens Healthcare s.r.l. per sopravvenuto difetto di interesse.

Condanna la A. De Mori s.p.a. al pagamento a favore di Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini, Instrumentation Laboratory s.p.a. e Siemens Healthcare s.r.l. di euro 2.000,00 (duemila/00 euro) ciascuna per complessivi euro 6.000,00 (seimila/00 euro) per spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 giugno 2017 con l'intervento dei magistrati: Giuseppe Sapone, Presidente Pierina Biancofiore, Consigliere, Estensore Massimo Santini, Consigliere