

Publicato il 26/04/2017
N. 01932/2017REG.PROV.COLL.
N. 05303/2016 REG.RIC.
N. 05506/2016 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 5303 del 2016, proposto da:
E2b s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato
Alfredo Biagini, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via Monte Zebio 30;

contro

Adriastrade s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale
capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con Coletto s.r.l. e Bonotto
s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Vittorio Domenichelli e Luigi Manzi, con domicilio eletto
presso il suo studio, in Roma, via Confalonieri 5;

nei confronti di

Friuli Venezia Giulia Strade s.p.a., società soggetta alla attività di direzione e coordinamento
dell'unico socio Regione autonoma Friuli Venezia Giulia, in persona del presidente del consiglio
d'amministrazione e legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati
Luca De Pauli e Luca Mazzeo, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via
Manfredi 5;

I.C.I. Impianti Civili Industriali soc. coop., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Cinti, con domicilio eletto presso il suo studio, in
Roma, viale delle Milizie 52;

Anas s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa per legge
dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi 12;

sul ricorso numero di registro generale 5506 del 2016, proposto da:

Friuli Venezia Giulia Strade s.p.a., società soggetta alla attività di direzione e coordinamento
dell'unico socio Regione autonoma Friuli Venezia Giulia, in persona del presidente del consiglio
d'amministrazione e legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati
Luca De Pauli e Luca Mazzeo, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via
Manfredi 5;

contro

Adriastrade s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con Coletto s.r.l. e Bonotto s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Vittorio Domenichelli e Luigi Manzi, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via Confalonieri 5;

nei confronti di

Anas s.p.a., rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi 12;

I.C.I. Impianti Civili Industriali soc. coop., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Cinti, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, viale delle Milizie 52;

Trevi s.p.a., Pagano & Ascolillo Energy & Technology s.p.a., Sioss s.r.l., E2B s.r.l., Andrea Mocchiuti, Massimo Cisilino e Andrea Mardegan, non costituiti in giudizio;

Anas s.p.a. - Direzione Regionale per la Sicilia non costituito in giudizio;

Fip Industriale s.p.a., non costituita in giudizio;

per la riforma

quanto ai ricorsi in appello nn. 5303 e 5506 del 2016:

della sentenza del T.A.R. FRIULI VENEZIA GIULIA, Sezione I, n. 201/2016, resa tra le parti, concernente una procedura di affidamento in appalto dei lavori di riqualificazione della viabilità dalla s.r. 177 alla s.r. 464 - variante di Dignano

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Adriastrade s.r.l., di Friuli Venezia Giulia Strade s.p.a., di I.C.I. - Impianti Civili e Industriali s.c.a.r.l. e di Anas s.p.a.;

Visto l'appello incidentale di Adriastrade s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 febbraio 2017 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Biagini, Domenichelli, De Pauli, Mazzeo, e Fedeli per l'Avvocatura dello Stato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale del Friuli Venezia Giulia, integrato da motivi aggiunti, la Adriastrade s.r.l. impugnava gli atti della procedura di affidamento in appalto integrato indetta dalla Friuli Venezia Giulia Strade s.p.a. (bando del 23 marzo 2015, prot. n. 340) per la riqualificazione della viabilità dalla strada regionale 177 alla strada regionale 464 - variante sud di Dignano, aggiudicata all'esito della selezione mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base d'asta di € 15.304.704,41 al raggruppamento temporaneo di imprese con capogruppo la I.C.I. Impianti Civili e Industriali s.c.a.r.l. (determinazione n. 39 del 14 gennaio 2016

La ricorrente, seconda graduata, sosteneva sotto più profili che il raggruppamento aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara.

2. Il Tribunale amministrativo adito accoglieva il ricorso con la sentenza in epigrafe.

Il giudice di primo grado giudicava fondata la censura con cui la Adriastrade aveva dedotto che la società di ingegneria E2b s.r.l., capogruppo del raggruppamento tra professionisti indicato dalla I.C.I., non possedeva i requisiti richiesti di qualificazione previsti dalla disciplina di gara e aveva reso false dichiarazioni sul punto. Secondo il Tribunale amministrativo i servizi di progettazione dichiarati dalla E2b non potevano infatti essere qualificati tali ai sensi dell'art. 263 del regolamento di esecuzione del previgente codice degli appalti pubblici (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 2010), perché erano consistiti in «un'attività di supporto al progettista» concretizzatasi nella «predisposizione materiale di alcuni elaborati grafici e descrittivi» per alcune perizie di variante poi approvate dalla stazione appaltante, la quale in questo modo aveva «assunto la piena paternità degli elaborati e conseguentemente la loro responsabilità». Inoltre – sempre secondo il Tribunale amministrativo - da questa errata valutazione era derivato anche l'errato computo l'intero importo della progettazione anziché di quello delle sole varianti.

Gli altri motivi di impugnazione erano invece respinti.

3. Per la riforma della decisione di primo grado hanno proposto separati appelli la stazione appaltante Friuli Venezia Giulia Strade s.p.a. e la E2b. La prima si è anche costituita in adesione all'appello della seconda.

4. Aderiscono inoltre agli appelli ANAS s.p.a. e la controinteressata I.C.I. Impianti Civili e Industriali.

5. Con appello incidentale notificato nell'ambito del giudizio introdotto con l'appello principale della E2B la Adriastrade ha riproposto i motivi della propria impugnazione respinti dal Tribunale amministrativo.

DIRITTO

1. Deve innanzitutto essere disposta la riunione degli appelli principali, poiché proposti contro la stessa sentenza, e dunque ai sensi dell'art. 96 del codice del processo amministrativo.

2. Gli appelli in questione sono fondati, con rilievo assorbente rispetto agli altri motivi formulati Friuli Venezia Giulia strade s.p.a., nella parte in cui criticano la sentenza del Tribunale amministrativo per avere accolto il motivo di ricorso di Adriastrade relativo al difetto di qualificazione della E2b.

3. Il punto controverso riguarda la possibilità per quest'ultima di qualificarsi in base alle progettazioni svolte e dichiarate nella presente procedura di gara, ai fini dei requisiti di capacità tecnica previsti dal disciplinare di gara per i servizi di progettazione dell'appalto integrato. I requisiti in questione consistono:

- nell'aver svolto negli ultimi 10 anni antecedenti la data di pubblicazione del bando della presente gara di servizi di progettazione per un importo globale per ogni classe e categoria di lavori pari a 1 volta l'importo stimato dei lavori a cui si riferisce la prestazione oggetto della procedura di gara in contestazione e cioè: € 8.974,249,09 per la categoria S.05, ex IXb e IXc (gallerie); € 537.579,60 per la categoria IA.04, ex IIIc (impiantistica elettrica); € 4.953.521,65 per la categoria V.02, ex VIa (viabilità ordinaria);

- in due servizi "di punta", pari a 0,6 volte l'importo stimato dei lavori a cui si riferisce la prestazione oggetto della procedura di gara in contestazione e dunque due servizi degli importi di 5.384.544,59, 322.547,76 e 2.972,112,99 rispettivamente per le categorie e classi S.05, IA.04 e V.02.

In base alle dichiarazioni rese ai fini della partecipazione ed alle certificazioni fornite in sede di verifica dei requisiti ex art. 48 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (ora abrogato), nel caso della E2b questi servizi professionali sono consistiti nell'elaborazione di proposte di variante di lavori pubblici, in numero di sei, e cioè:

- progetto costruttivo relativo alla variante per l'adeguamento statico dei viadotti sull'Adige Serravalle 1 e 2 e Sdruzzina, di cui al certificato rilasciato dalla Fip Industriale s.p.a.;

- progetto esecutivo relativo alla perizia di variante per la ricostruzione del ponte sul fiume Po dal km 262+392 al km 263+487, di cui al certificato rilasciato dalla Conser;

- progetto esecutivo relativo alla perizia di variante per lavori di ripristino statico dei ponti metallici sul fiume Piave al km 86+800 e km 87+00 della strada statale n. 52 Carnica, rilasciata dalla Fip Industriale;

- progetto costruttivo riferito alla perizia di variante relativa al viadotto Pietrastretta, sul raccordo autostradale n. 5 Sicignano – Potenza, rilasciato dalla Fip Industriale;

- progetto esecutivo relativo alla perizia di variante di Caltagirone, strada a scorrimento veloce Locodia Eubea – A19 Palermo – Catania; svincolo Regalsemi – innesto strada statale 117bis, rilasciato dalla Fip Industriale;

- progetto esecutivo e costruttivo relativo alla perizia di variante tecnica della strada statale 117 Centrale sicula – tratto dalla p.k. 10+100 alla p.k. 10+300, lavori di ammodernamento e sistemazione e costruzione di una galleria, rilasciato dalla Fip Industriale.

Questi ultimi due servizi di progettazione sono stati comprovati ai fini dei servizi di punta.

4. Tanto premesso, secondo la prospettazione delle parti appellanti principali, questi servizi sarebbero in grado di soddisfare i requisiti richiesti dalla normativa di gara, posto che essi si riferiscono a lavori per € 49.307.942,89 per le categorie S.05, € 1.709.737,36 per le categorie IA.04

ed € 14.764.461,86 per le categorie V.02.

Il Tribunale amministrativo ha invece espresso il convincimento contrario, sul presupposto che la redazione di perizie di variante non consiste in un'attività di progettazione rilevante ai sensi dell'art. 263 del d.P.R. n. 207 del 2010 (ora abrogato), ma di mero supporto alla stazione appaltante che ha poi approvato le varianti.

5. La Sezione non condivide il ragionamento del giudice di primo grado.

E' infatti vero che le perizie di variante sono approvate dalla stazione appaltante, come prevede la legge. Ma ciò non significa che all'amministrazione sia anche l'autrice materiale dell'attività di progettazione svolta ai fini delle varianti medesime.

6. L'approvazione è l'atto con cui l'autorità amministrativa fa proprio il progetto di opere pubbliche redatto da altri, come si evince dagli artt. 90 e 97 del previgente codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Ai sensi della prima delle disposizioni ora citate la progettazione può tuttavia essere affidata non solo all'interno dell'amministrazione, ma anche a soggetti esterni e in questa seconda ipotesi (prevista dal comma 6 dell'art. 90).

In questo caso, l'art. 252, comma 2, del regolamento di attuazione, di cui al citato d.P.R. n. 207 del 2010 (anch'esso abrogato), specifica le attività di progettazione affidabili dall'amministrazione a soggetti privati. Lo stesso art. 252 è quindi richiamato dall'art. 263 (del pari abrogato) ai fini della definizione dei requisiti di capacità tecnica ed economica richiesta per la partecipazione a procedure di affidamento dei servizi in questione.

7. Da questa ricostruzione del quadro normativo primario e secondario della materia si evince dunque che ai fini della maturazione dei requisiti in questione non è determinante l'approvazione del progetto di opera pubblica, che come accennato in precedenza deve essere sempre emessa dall'amministrazione, ma chi abbia svolto tale attività professionale. Ciò è evidente sulla base del rilievo che è in virtù dello svolgimento di questo servizio che si acquisiscono le capacità richieste ai fini della qualificazione in successive procedure di affidamento di servizi di progettazione da parte di soggetti pubblici, mentre è irrilevante a questo fine l'atto di approvazione dell'amministrazione.

8. Per le considerazioni ora svolte, nessun rilievo ha il fatto che l'attività di progettazione svolta per conto di quest'ultima riguardi il progetto originario o varianti dello stesso. Né il codice né tanto meno il relativo regolamento di attuazione operano infatti alcuna distinzione a questo riguardo e ciò è spiegabile alla luce della circostanza che in entrambi i casi di tratta della medesima attività dal punto di vista ontologico. Pertanto non avrebbe alcun valido fondamento giustificativo discriminare sul piano della qualificazione il professionista che abbia redatto una perizia di variante rispetto all'autore del progetto originario.

9. Nondimeno, il Tribunale amministrativo ha ritenuto - e su tale aspetto l'originaria ricorrente insiste nei propri scritti difensivi nel presente giudizio - che l'attività di redazione di una perizia di variante ad un progetto di opera pubblica non è riferibile ad alcuno dei livelli di progettazione previsti per i lavori pubblici (art. 93 d.lgs. n. 163 del 2006) ed anzi costituisce attività di mero supporto alla progettazione, per cui non può essere utilmente valutato ai fini della qualificazione per l'affidamento di servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura ai sensi dell'art. 263 d.P.R. n. 207 del 2010.

A questo riguardo, Adriastrade sottolinea che le sei certificazioni relative ai servizi svolti da E2b impiegano per descrivere i servizi svolti da quest'ultima termini equivoci e non conformi a quelli di legge quali «progettazione costruttiva» o «di cantiere».

10. L'assunto non è innanzitutto condivisibile in diritto.

Tra i servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria previsti dall'art. 252, che come rilevato in precedenza l'art. 263 del d.P.R. n. 207 del 2010 richiama ai fini della qualificazione per i relativi affidamenti da parte di amministrazioni pubbliche, vi è infatti non solo la redazione del progetto preliminare, definitivo o esecutivo, ma anche del piano di sicurezza e di coordinamento ed inoltre «le attività tecnico-amministrative connesse alla progettazione».

Inoltre, come si evidenzia negli appelli principali, la tesi in esame è confutata dal comma 2 della citata disposizione regolamentare, ai sensi della quale è possibile qualificarsi anche attraverso servizi di progettazione svolti per committenti privati. Posto dunque che per questi ultimi non rileva la tripartizione prevista per i lavori pubblici dall'art. 93 del previgente codice sopra richiamato, deve ammettersi a fortiori ai fini dell'art. 263 del regolamento di cui al d.P.R. n. 207 del 2010 anche la progettazione svolta in sede di variante di un'opera pubblica.

11. Non sono nemmeno condivisibili i rilievi di Adriastrade volti a sottolineare che la sola proposta di variante relativa alla strada statale 117 Centrale sicula potrebbe essere imputata all'appaltatore dei lavori – ma non anche al suo progettista - perché migliorativa e senza oneri aggiuntivi per la stazione appaltante, come richiesto dagli artt. 132, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006 e 162, comma 3, d.P.R. n. 207 del 2010, fermo restando che la perizia di variante è stata redatta dalla committente Anas, mentre al di fuori di questo caso nemmeno tale proposta può essere riferita all'appaltatore medesimo.

In contrario deve innanzitutto ribadirsi che ciò che rileva ai fini della qualificazione per l'affidamento di servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura ai sensi dell'art. 263 d.P.R. n. 207 del 2010 è lo svolgimento di una delle attività di cui al richiamato art. 252 dello stesso regolamento, tra cui anche le attività di supporto alla progettazione.

12. Inoltre, trascurando anche in questo caso la necessità di verificare l'effettivo svolgimento della progettazione, l'originaria ricorrente impernia i propri assunti sul procedimento di approvazione di variante d'opera in corso di esecuzione, la quale in base all'art. 161 d.P.R. n. 207 del 2010 è variamente distribuita, a seconda della natura della variante medesima, tra le varie figure dell'amministrazione che intervengono in questa fase: direttore dei lavori e responsabile unico del procedimento e in alcune ipotesi «l'organo decisionale» della stazione appaltante. Nell'ambito di questo procedimento la perizia di variante la cui redazione è promossa dal direttore dei lavori ai sensi del comma 3 costituisce poi il documento sulla base del quale dovrà essere resa la necessaria approvazione. Esso ha dunque rilievo giuridico ai fini della regolarità del procedimento. La normativa in esame non si cura di precisare da parte di chi debba essere fatta la progettazione della variante e dunque questa può essere rimessa all'appaltatore o ad un progettista da questo incaricato.

13. Al medesimo riguardo, non hanno alcuna rilevanza eventuali illegittimità da cui sarebbero affette queste varianti, come ipotizzato dal difensore dell'originaria ricorrente in sede di

discussione all'udienza del 16 febbraio 2017. Anche questa eventualità non elide il fatto che la progettazione sia poi stata curata dalla società.

14. La tesi di Adriastrade, fatta propria dal giudice di primo grado, è anche smentita in fatto.

Con riguardo a tutti i servizi di progettazione in contestazione la E2b ha infatti dimostrato di avere svolto la relativa attività.

Ciò emerge con particolare evidenza per quanto riguarda la variante relativa alla strada statale 117 Centrale sicula, nel cui certificato di collaudo dei lavori redatto dall'Anas l'ing. Alessandro Contin, legale rappresentante della società di ingegneria, figura come progettista, così confermando il dato ricavabile dal contratto in data 3 aprile 2013 tra quest'ultima società e l'appaltatrice Fip Industriale per l'affidamento di questo servizio.

Le stesse considerazioni possono essere poi svolte con riguardo alle altre progettazioni.

In relazione alla perizia di variante di Caltagirone della strada a scorrimento veloce Locodia Eubea – A19. Sono in particolare stati prodotti in giudizio il contratto in data 27 maggio 2013 per l'affidamento dei servizi, comprensivi della progettazione preliminare e definitiva per il nuovo tracciato della strada, richiesto dalla committente Anas dopo il ritrovamento di reperti archeologici in corrispondenza di quello originariamente previsto (su ciò vi sono le note dell'Anas del 7 maggio e 1 ottobre 2012 indirizzate alla Fip Industriale, nonché i presupposte richieste della Regione Sicilia). Gli elaborati progettuali prodotti in giudizio dalla E2b confermano poi che tutta l'attività progettuale in questione è stata da essa svolta.

Documentazione analoga è stata prodotta dalla medesima società di ingegneria per quanto riguarda gli altri quattro servizi di progettazione dichiarati e comprovati in sede di verifica ex art. 48 del previgente codice dei contratti pubblici, comprensiva in particolare dei certificati di collaudo dai quali risulta quale progettista la E2b.

15. Si può quindi passare ad esaminare l'ulteriore profilo posto in discussione dalla Adriastrade ed accolto dal Tribunale amministrativo, concernente gli importi delle varianti progettate dalla società di ingegneria.

A questo riguardo, la documentazione in questione, ed in particolare i certificati di collaudo ed i quadri economici in essi contenuti, unitamente agli elaborati progettuali redatti dalla E2b, confermano gli assunti di quest'ultima, e cioè che le varianti poi approvate dalle committenti pubbliche hanno comportato una vera e propria riprogettazione integrale delle opere (ad esempio: realizzazione di una galleria unica in luogo di quelle previste nel progetto iniziale; modifica del percorso viario della strada), per le ragioni diffusamente esposte nei certificati in questione.

16. Infine, si deve dare atto che non vi è contestazione alcuna circa la sufficienza degli importi dei lavori in questione con quelli richiesti dal disciplinare di gara ai fini del soddisfacimento dei requisiti di qualificazione, come peraltro dimostrato da Friuli Venezia Giulia strade mediante apposita tabella di confronto, e tenuto anche conto che con chiarimento fornito in corso di gara ai concorrenti quest'ultima ha eliminato i coefficienti di riduzione degli importi medesimi in base al livello di progettazione svolto originariamente previsto (preliminare, definitivo o esecutivo).

17. Per tutte queste ragioni gli appelli principali di E2b e Friuli Venezia Giulia strade devono essere accolti, con assorbimento degli ulteriori motivi di impugnazione proposti da quest'ultima nel proprio mezzo, con conseguente riforma del capo di sentenza di primo grado relativo alla qualificazione della società progettista capogruppo del raggruppamento temporaneo indicato da I.C.I. per le prestazioni di progettazione oggetto dell'appalto integrato in contestazione.

18. Si può quindi procedere ad esaminare l'appello incidentale di Adriastrade, recante la riproposizione dei motivi di impugnazione respinti dal Tribunale amministrativo.

19. La società originaria ricorrente sostiene in primo luogo che l'aggiudicataria I.C.I. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non avere inserito nel raggruppamento di progettisti indicato il "giovane professionista" ai sensi degli artt. 90, comma 7, d.lgs. n. 163 del 2006 e 253, comma 5, d.P.R. n. 207 del 2010. Sul punto Adriastrade sottolinea che l'ing. Andrea Mardegan, a tal fine designato, non sarebbe in realtà destinatario di alcuna attività di progettazione nell'ambito di questo raggruppamento. In particolare, non sarebbero specificate «quali siano le parti di servizio che competano alla sua figura e, come tali, direttamente riconducibili ad esso» (così nell'appello incidentale). Ad ulteriore comprova dell'assenza di mansioni affidate al giovane professionista, Adriastrade evidenzia che nella descrizione dell'"organismo di progettazione" contenuta nell'offerta tecnica della controinteressata questo nominativo non compare. L'appellante incidentale conclude nel senso che questa indicazione nel caso di specie è stata solo nominalistica e tale da eludere le finalità delle sopra citate disposizioni, volte a promuovere la qualificazione di giovani professionisti nel settore dei servizi di ingegneria e architettura.

20. Il motivo non può essere accolto.

Nell'ambito della definizione delle «modalità per promuovere la presenza anche di giovani professionisti nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione» demandata dall'art. 90, comma 7, del previgente codice dei contratti pubblici al regolamento di esecuzione, l'art. 253, comma 5, di quest'ultimo richiede la sola «presenza» di almeno un professionista laureato abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione. Nessuna delle due disposizioni in esame richiede ulteriori specificazioni ed in particolare che già in sede di gara siano indicate le prestazioni che tale professionista dovrà svolgere.

Quindi, la pretesa di un adempimento non previsto dal codice appalti e dal regolamento di esecuzione e l'ulteriore pretesa che alla sua mancata osservanza consegua l'esclusione dalla gara si pone in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163 del 2006.

21. Sul punto va ancora osservato che la giurisprudenza richiamata da Adriastrade nel proprio appello incidentale non giova alle tesi di questa.

Nelle pronunce di questo Consiglio di Stato richiamate si è infatti affermato il principio secondo cui la figura prevista dall'art. 90, comma 7, d.lgs. n. 163 del 2006 è tenuta a rendere la dichiarazione sul possesso dei requisiti di affidabilità morale ai sensi dell'art. 38 del medesimo codice (in particolare: Cons. Stato, IV, 23 aprile 2015, n. 2048) e si è per contro negata la necessità che la stessa sia in possesso dei requisiti di capacità tecnica (Cons. Stato, V, 23 febbraio 2015, n. 875). La prima delle citate pronunce è poi arrivata alla conclusione poc'anzi esposta sul rilievo che il

giovane professionista dovrà poi sottoscrivere il progetto unitamente agli altri progettisti indicati dall'appaltatore.

22. Da questa conclusione – condivisa da questa Sezione – si trae quindi la conseguenza che le finalità promozionali perseguite dal più volte citato art. 90, comma 7, del previgente codice dei contratti pubblici rilevano nella fase di esecuzione dell'appalto comprendente servizi di progettazione e si traducono nella partecipazione del giovane professionista nelle attività progettuali da svolgere in questa fase, in corrispondenza dell'impegno assunto in sede di gara; e quindi nella conseguente possibilità di mettere effettivamente in pratica le conoscenze acquisite nel proprio percorso di studi e in sede di abilitazione alla professione. Per contro, come sopra rilevato il medesimo impegno del concorrente poi aggiudicatario non si estende fino alla specificazione già in sede di offerta delle singole attività professionali demandate al soggetto previsto dall'art. 90, comma 7, d.lgs. n. 163 del 2006.

23. Con un ulteriore motivo riproposto nell'appello incidentale Adriastrade sostiene che l'offerta tecnica dell'aggiudicataria conterrebbe varianti migliorative non consentite dalla normativa di gara.

In particolare, per garantire il mantenimento della circolazione veicolare durante i lavori quest'ultima avrebbe previsto una deviazione in una via (via Casarsa), comportante l'occupazione temporanea di aree ulteriori rispetto a quelle previste nel progetto definitivo a base di gara e tali da richiedere il consenso dei proprietari interessati. Nel caso di specie questo consenso – che l'appellante incidentale reputa irrituale – è stato rilasciato da solo tre dei sei comproprietari interessati e dunque non consentirebbe di realizzare l'intervento proposto. In ogni caso – soggiunge Adriastrade – sarebbe violato il disciplinare di gara, laddove si prevede che le varianti migliorative proposte non possono determinare l'occupazione di sedimi non oggetto di procedura espropriativa. Inoltre, sarebbero richieste ulteriori autorizzazioni ai sensi del codice della strada.

Secondo l'originaria ricorrente un'ulteriore variante progettuale non ammessa sarebbe quella relativa alla modifica della struttura del "Muro depuratore" in paramento a terre rinforzate, per la quale la I.C.I. ha proposto di realizzare in luogo del muro in calcestruzzo previsto dal progetto a base di gara un rilevato in terra che sconfinava dalle aree oggetto di esproprio e tale da comportare l'avvio di un'ulteriore procedura espropriativa.

Adriastrade sostiene che la controinteressata doveva perciò essere esclusa o quanto meno non ricevere alcun punteggio per gli elementi tecnici di valutazione in questione, con conseguente sovvertimento della graduatoria finale a proprio favore in questo secondo caso.

24. Anche questo motivo non può essere accolto.

Come evidenza al riguardo Friuli Venezia Giulia strade, e come già statuito dal Tribunale amministrativo, le previsioni di *lex specialis* richiamate dall'originaria ricorrente non impedivano ai concorrenti di procurarsi la disponibilità di aree ulteriori a quelle previste nel progetto, purché ciò avvenisse secondo modalità privatistiche, tali da non richiedere ulteriori interventi della stazione appaltante, con correlativi oneri economici. Quanto ora osservato si ricava dalla formulazione del divieto contenuto nel disciplinare di gara, laddove si fa in esso riferimento alle varianti «che comportino variazione di occupazione dei sedimi oggetto di procedura espropriativa».

25. A questo rilievo occorre aggiungere che tale acquisizione di aree ulteriori era pressoché necessitata alla luce dell'esigenza di evitare pregiudizi alla viabilità sulla strada interessata dai lavori oggetto della procedura di appalto in contestazione durante l'esecuzione di questi ultimi ed era richiesta quale elemento di valutazione delle offerte tecniche, sotto il profilo dell'«organizzazione della viabilità ordinaria nel corso dei lavori con schemi della viabilità ordinaria alternativa riferiti alle varie fasi dei lavori» (così il disciplinare di gara con riguardo al sub-elemento relativo alla "fase di cantiere").

Ciò è quanto appunto ha fatto la I.C.I. con riguardo al percorso alternativo qui censurato.

26. Passando alle ulteriori censure di Adriastrade, si rileva che la necessità di ottenere ulteriori autorizzazioni, comunque non dimostrata, non significa in ogni caso che la miglioria proposta è irrealizzabile.

27. Quanto al mancato assenso da parte di tutti i proprietari delle aree temporaneamente occupate, la controinteressata ha dedotto e comprovato sin dal giudizio di primo grado di avere acquisito dopo l'aggiudicazione definitiva il consenso di tutti i soggetti interessati dall'occupazione temporanea e ciò – a confutazione dei contrari rilievi di Adriastrade – è sufficiente per ritenere la miglioria proposta del tutto ammissibile.

28. Da ultimo, anche l'asserito sconfinamento del rilevato in terra in luogo dell'erezione di un muro in calcestruzzo rimane da dimostrare ed è stato specificamente contestato dalla I.C.I., la quale ha evidenziato che questo presupposto è stato ricavato sulla base della "sezione tipo" contenuta nella proposta migliorativa presentata in sede di offerta tecnica, al fine di fornire alla commissione giudicatrice un'indicazione metodologica sul tipo di lavoro da realizzare, ma che eventuali sconfinamenti saranno verificati in sede di progettazione esecutiva.

La Sezione condivide le difese della controinteressata e ritiene che esse siano tali da smentire l'assunto della variante vietata dalla normativa di gara e quindi sufficienti a confutare le censure di Adriastrade.

29. In conclusione, gli appelli principali devono essere accolti, mentre deve essere respinto l'appello incidentale. Per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, devono essere respinti il ricorso ed i motivi aggiunti di quest'ultima.

Le spese del doppio grado di giudizio possono nondimeno essere compensate tra tutte le parti, in ragione della novità della questione oggetto degli appelli principali.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, così provvede:

- previa loro riunione, accoglie gli appelli principali di E2B s.r.l. e Friuli Venezia Giulia Strade s.p.a.;
- respinge l'appello incidentale di Adriastrade s.r.l.;
- per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, respinge il ricorso e i motivi aggiunti di

Adriastrade s.r.l.;

- compensa tra tutte le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Paolo Troiano, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Publicato il 08/05/2017
N. 02093/2017REG.PROV.COLL.
N. 02072/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

ai sensi degli artt. 38 e 60 c.p.a.

sul ricorso numero di registro generale 2072 del 2017, proposto da HemoCue s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Luca Tantalò, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Germanico, n. 168;

contro

ESTAR - Ente per i Servizi Tecnico Amministrativi Regionale, in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocato Riccardo Farnetani, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Alessandro Lembo in Roma, via G. G. Belli, n. 39;

nei confronti di

Fresenius Kabi Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Ripetta, n. 142;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. per la Toscana, n. 266/2017, resa tra le parti, concernente l'annullamento:

a) della comunicazione di esclusione dalla gara n. 15/2016, inviata esclusivamente per posta elettronica il 29 dicembre 2016 da ESTAR alla società ricorrente;

b) della determinazione di ESTAR n. 1612 del 28 dicembre 2016 nella parte in cui assegna il lotto n. 4 alla Fresenius Kabi Italia s.r.l.;

c) di ogni altro atto collegato e connesso, ovvero qualsivoglia altro atto – non conosciuto – con il quale ESTAR possa aver avallato e/o approvato gli atti qui impugnati.

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ESTAR - Ente per i Servizi Tecnico Amministrativi Regionale e della controinteressata Fresenius Kabi s.r.l.;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2017 il Cons. Massimiliano Noccellì e uditi per l'odierna appellante, HemoCue s.r.l., l'Avvocato Luca Tantalò, per ESTAR l'Avvocato Gianluca Piccinni, su delega dell'Avvocato Riccardo Farnetani, e per la controinteressata Fresenius Kabi Italia s.r.l. l'Avvocato Chiara Giubileo su delega dell'Avvocato Giuseppe Franco Ferrari;

sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

1. Con il provvedimento n. 652 del 30 maggio 2016 del Direttore Generale, l'Ente per i Servizi Tecnico Amministrativi Regionali – di qui in avanti, per brevità, ESTAR – ha bandito una procedura di gara per la fornitura *in service* di sistemi analitici per la raccolta delle donazioni per i servizi trasfusionali della Regione Toscana, avvalendosi, ai sensi dell'art. 54 del d. lgs. n. 50 del 2016, dell'accordo quadro, suddiviso in cinque lotti.

1.1. HemoCue s.r.l., odierna appellante, ha presentato la propria offerta per il lotto n. 4, relativo al «Sistema per la determinazione quantitativa dell'emoglobina predonazione nel sangue capillare (metodo inclusivo)».

1.2. Durante lo svolgimento delle operazioni di gara, la Commissione di gara, nel rilevare che l'offerta di HemoCue s.r.l. non conteneva l'indicazione dell'interfacciamento con il gestionale del

laboratorio, denominato LIS, ha chiesto dei chiarimenti, invitando la medesima HemoCue s.r.l. a spiegare in quale parte dell'offerta tecnica essa avesse previsto tale interfacciamento.

1.3. Con la nota del 19 dicembre 2016 la società ha fatto *«presente che la descrizione relativa all'interfacciamento dello strumento al gestionale di Laboratorio è riportata a pagina 2 della Scheda Tecnica che alleghiamo (sotto la Voce Dati Tecnici Fotometro HB 301)»* ed ha allegato una nuova scheda tecnica presentata ad ESTAR, con la precisazione che *«il dispositivo Hemocue è interfacciabile tramite Porta Seriale ad altri dispositivi elettronici con Tracciato ASCII standard, pertanto interfacciabile anche con sistema LIS mediante MiddleWare»*.

1.4. ESTAR tuttavia, preso atto del chiarimento fornito dalla società, con il provvedimento n. 1612 del 28 dicembre 2016 ha escluso HemoCue s.r.l. perché nemmeno dal chiarimento fornito risultava evidente che l'offerta contemplasse il requisito obbligatorio dell'interfacciamento con il sistema gestionale esistente e, contestualmente, ha aggiudicato l'accordo quadro, in riferimento al lotto n. 4, a Fresenius Kabi Italia s.r.l.

2. HemoCue s.r.l. ha quindi impugnato tale provvedimento, unitamente a tutti gli atti di gara presupposti, connessi e consequenziali, e, articolando due censure, ne ha chiesto, previa sospensione, l'annullamento, con conseguente riammissione alla gara.

2.1. Si sono costituiti nel primo grado del giudizio l'ESTAR e la controinteressata Fresenius Kabi Italia s.r.l. per resistere al ricorso.

2.2. Il T.A.R. per la Toscana, sede di Firenze, con la sentenza n. 266 del 15 febbraio 2017, ha respinto il ricorso e ha condannato HemoCue s.r.l. a rifondere le spese di lite nei confronti dell'Amministrazione e della controinteressata.

2.3. Avverso tale sentenza ha proposto appello HemoCue s.r.l., articolando un unico complesso che sarà appresso esaminato nelle sue parti, e ne ha chiesto, previa sospensione, la riforma, con conseguente accoglimento del ricorso proposto in primo grado.

2.4. Si sono costituiti l'appellata ESTAR e la controinteressata Fresenius Kabi Italia s.r.l., entrambe per resistere all'appello.

2.5. Nella camera di consiglio del 27 aprile 2017, fissata per esaminare la domanda di sospensione proposta dall'appellante ai sensi dell'art. 98 c.p.a., il Collegio, ritenuto di poter decidere la controversia in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 c.p.a., e sentite le parti, ha trattenuto la causa in decisione.

3. L'appello di HemoCue s.r.l. è infondato e va respinto.

4. HemoCue s.r.l. è stata esclusa dalla gara per non avere presentato, nella propria offerta tecnica, e per non avere quotato, nella propria offerta economica, uno specifico interfacciamento con il sistema gestionale LIS –*Laboratory Information System* – del Centro trasfusionale.

4.1. Il primo giudice ha rilevato che la ricorrente si è limitata, anche nei chiarimenti richiesti dalla Commissione giudicatrice, ad indicare che i propri sistemi sarebbero interfacciabili con il gestionale LIS, ma non ha concretamente offerto e quotato l'interfacciamento, che non è compreso nell'offerta stessa.

4.2. La circostanza che nelle risposte di chiarimento HemoCue s.r.l. abbia evidenziato la percorribilità di due alternative vie tecniche per giungere al risultato richiesto, a giudizio del T.A.R. per la Toscana, dimostra che la sua offerta non prevede e non fornisce un sistema di interfacciamento, che non è quindi di fatto concretamente possibile, e d'altra parte, ha ancora evidenziato il primo giudice, la ricorrente ha espressamente dichiarato, nelle proprie osservazioni, di ritenere che il collegamento con il sistema gestionale debba essere a carico del gestore stesso.

4.3. L'odierna appellante contesta fermamente la motivazione del T.A.R. per la Toscana (pp. 10-13 del ricorso), stigmatizzandola come poco attenta e superficiale, e osserva, in particolare, che l'interfacciamento non era e non poteva considerarsi requisito assolutamente indispensabile, richiesto a pena di esclusione dalla legge di gara, e che comunque esso era contemplato nella

documentazione e nei chiarimenti offerti dall'odierna appellante.

5. La censura non coglie nel segno.

5.1. L'art. 2.1. del capitolato prevedeva espressamente, al punto 4., le specifiche *input/output* di collegamento con il sistema computerizzato di gestione dei laboratori e, al punto 7, il collegamento con il gestionale.

5.2. L'art. 5 del capitolato, ancora, prevedeva espressamente che l'offerta indicasse le risorse informatiche per l'interfacciamento con il gestionale del laboratorio (c.d. LIS), come del resto la stessa ESTAR aveva più volte specificato nei chiarimenti del 22 giugno 2016, del 14 luglio 2016 e dell'8 agosto 2016, costituendo elemento essenziale, nel funzionamento della procedura, che i dati provenienti dai dispositivi oggetto di fornitura possano essere riconosciuti e memorizzati nel *software* gestionale del laboratorio, con costi di interfacciamento compresi nell'offerta economica presentata dai concorrenti.

5.3. HemoCue s.r.l. invece, anche nei propri chiarimenti, si è limitata ad offrire un sistema interfacciabile, ma senza specificare l'interfacciamento in concreto offerto e, soprattutto, senza quotarlo economicamente.

5.4. L'interfacciamento con il sistema gestionale LIS, in altri termini, è stato previsto e offerto da HemoCue s.r.l. come mera possibilità (con una duplice modalità, come è stato esplicitato nei chiarimenti), ma non è stato specificamente individuato nell'offerta tecnica né precisamente quotato nell'offerta economica.

5.5. La sola interfacciabilità, del resto, è una mera caratteristica tecnica dei sistemi offerti, mentre l'interfacciamento è una attività che comporta un costo a carico del fornitore – obbligato proprio per questo a quotarlo nell'offerta economica – che, in coordinamento con il gestore del gestionale, opera il trasferimento dei dati dal dispositivo al gestionale.

5.6. Invece nella ulteriore integrazione documentale del 20 dicembre 2016 la società ha addirittura precisato che «*per le caratteristiche intrinseche della richiesta, date le specifiche di gara e la base d'asta, l'organizzazione fisica, il collegamento al sistema software gestionale del centro non può che essere a carico del gestore stesso*».

5.7. Risulta quindi evidente, in altri termini, come nell'offerta di HemoCue s.r.l. non sia indicato il costo più rilevante e, cioè, quello dell'adeguamento del *software* gestionale – il LIS, appunto – necessario per memorizzare e rendere riconoscibili i dati provenienti dalle strumentazioni installate presso le aziende ed oggetto dell'appalto.

5.8. Non può che seguirne pertanto, ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d. lgs. n. 50 del 2016, il quale seppure con una formulazione *a contrario* – che fa salva tra l'altro la ipotesi, innovativa, della mancanza, dell'incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo, sanabili con il c.d. soccorso istruttorio oneroso – ha escluso, in linea di continuità con l'interpretazione degli artt. 38 e 46 del previgente d. lgs. n. 163 del 2006, che possano essere oggetto di sanatoria mediante soccorso istruttorio la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale riguardanti l'offerta tecnica ed economica nonché le carenze della documentazione che non consentano l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa, ipotesi tutte che concretano mancanze non sanabili, come è appunto nel caso di specie.

5.9. La censura, dunque, va *in parte qua* respinta.

6. Non merita accoglimento nemmeno la censura dell'appellante – v., in particolare, p. 15 del ricorso – relativa alla presunta incompetenza del Direttore di Area ad adottare un provvedimento espulsivo in luogo della Commissione di gara.

6.1. Bene ha rilevato anche a tale riguardo il T.A.R. per la Toscana che il provvedimento di esclusione ben può essere adottato dal dirigente della stazione appaltante, competente secondo l'organizzazione interna, quale organo *ex lege* legittimato ad esprimere la volontà dell'ente,

risultando essere state rispettate, peraltro, le regole partecipative in considerazione del fatto che HemoCue s.r.l. è stata messa in grado, più volte, di interloquire con la stazione appaltante in ordine alle criticità dell'offerta che, infine, ne hanno determinato l'esclusione.

6.2. La valutazione del primo giudice va immune da censura.

6.3. Al riguardo si deve osservare, anzitutto, che il Direttore di Area era competente ad adottare il provvedimento conclusivo della procedura, giusta delega del Direttore Generale di ESTAR di cui alla determina n. 246 del 29 giugno 2015.

6.4. Inoltre, ed è quanto più rileva, il provvedimento del Direttore di Area è meramente attuativo di quanto già la Commissione di gara aveva prestabilito nel verbale del 19 dicembre 2016, laddove aveva già statuito, nel richiedere i chiarimenti ad HemoCue s.r.l. sull'interfacciamento, che *«nel caso in cui la ditta dichiarasse che è assente, la stessa verrà esclusa e l'aggiudicazione del lotto 4 rimarrà invariata (ditta Fresenius) precisando che l'offerta tecnica ed economica della ditta Fresenius ha invece previsto esplicitamente l'interfacciamento al gestionale»*.

6.5. E tanto è avvenuto poiché, non avendo HemoCue s.r.l. ben precisato nei chiarimenti richiesti dalla Commissione la specifica tipologia di interfacciamento e, soprattutto, non avendone quotato il valore nell'offerta economica, il Direttore di Area, in attuazione di quanto già precisato nel verbale del 19 dicembre 2016, altro non ha potuto fare che escludere, legittimamente, l'offerta dell'odierna appellante.

7. Quanto, infine, alle censure proposte da HemoCue s.r.l. contro l'offerta dell'aggiudicatara Fresenius Kabi Italia s.r.l., che a suo avviso sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara per non avere neanche essa proposto l'interfacciamento al sistema LIS e per non avere effettuato tutti i necessari sopralluoghi (pp. 13-14 del ricorso), il Collegio non può che evidenziarne, anzitutto, l'inammissibilità, in quanto mai proposte in primo grado e, dunque, nuove in violazione del divieto sancito dall'art. 104, comma 1, c.p.a.

7.1. Né certo può giustificare la tardiva proposizione di tali censure la circostanza, del tutto generica e indimostrata, che la documentazione relativa all'offerta di Fresenius Kabi Italia s.r.l. sarebbe stata ricevuta dalla ricorrente solo *«dopo la notifica del ricorso di primo grado»*.

7.2. In ogni caso, anche volendo esaminare tali censure nel merito, esse sono destituite di fondamento.

7.3. Quanto alla dedotta mancata indicazione dell'interfacciamento, anzitutto, Fresenius Kabi Italia s.r.l. si è limitata a precisare, nella propria offerta economica, che il collegamento al LIS non sarebbe a stretto rigore nemmeno necessario perché le apparecchiature da essa offerte scaricano direttamente i dati sul sistema gestionale, ma ciò non implica che l'offerta di Fresenius Kabi Italia s.r.l. non comprendesse l'interfacciamento al LIS, che invece è espressamente previsto e compreso.

7.4. L'interfacciamento è stato specificamente quotato dall'aggiudicatara all'interno dei canoni di noleggio/assistenza tecnica di tutte le apparecchiature, che richiedevano l'interfacciamento stesso, ed è stato pure descritto in diversi punti della relazione tecnica, con conseguente infondatezza delle censure qui esposte.

7.5. Quanto alla dedotta mancata effettuazione dei sopralluoghi, di cui si pure si duole l'appellante, la censura è destituita di fondamento perché, come si evince dal doc. 6 prodotto da Fresenius Kabi Italia s.r.l. (che si esamina, per completezza motivazionale, solo perché costituente controprova rispetto ad una censura, come quella in esame, che è e resta inammissibile), la controinteressata ha effettuato tutti i sopralluoghi richiesti.

7.6. Di qui, anche per ipotesi volendo prescindere dalla radicale inammissibilità delle censure in esame, la loro infondatezza nel merito.

8. L'appello di HemoCue s.r.l., conclusivamente, deve essere respinto in tutte le censure, nelle quali si articola l'unico motivo proposto, con la conseguente conferma della sentenza qui

impugnata e la definitiva esclusione della odierna appellante dalla gara.

9. Le spese del presente grado di giudizio, attesa la complessità tecnica della vicenda, possono essere comunque interamente compensate tra le parti.

9.1. Rimane definitivamente a carico dell'appellante, per la sua soccombenza, il contributo unificato corrisposto per la proposizione dell'appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto da HemoCue s.r.l., lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Compensa interamente tra le parti le spese del presente grado del giudizio.

Pone definitivamente a carico di HemoCue s.r.l. il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2017, con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Raffaele Greco, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Sergio Fina, Consigliere

Publicato il 02/05/2017
N. 02014/2017REG.PROV.COLL.
N. 01738/2017 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1738 del 2017, proposto dalla Randstad Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti (C.F. BRGMSM62B25M082W), con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni N. 26/B;

contro

ASL Salerno, in persona del direttore generale p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Walter Maria Ramunni (C.F. RMNWTR50T08H703O), Valerio Casilli (C.F. CSLVLR57D28H703S), domiciliata ex art. 25 cpa presso la Segreteria della III Sezione del Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Campania - sez. staccata di Salerno, sezione I, n. 332/2017, resa tra le parti, concernente l'annullamento del bando, del disciplinare, del capitolato di gara, di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali relativi alla procedura aperta per l'individuazione di una Agenzia per il Lavoro cui affidare, per due anni, la somministrazione di personale infermieristico e tecnico-sanitario, per un importo a base d'asta di €. 2.940.633,66, con il criterio di aggiudicazione del "prezzo più basso".

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Asl Salerno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 aprile 2017 il Cons. Giulio Veltri e uditi per le parti gli avvocati Massimiliano Brugnoletti e Valerio Casilli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato sulla GUUE il 9 dicembre 2016, la ASL di Salerno ha indetto una procedura aperta per l'individuazione di una Agenzia per il Lavoro cui affidare, per due anni, la somministrazione di personale infermieristico e tecnico-sanitario, per un importo a base d'asta di €. 2.940.633,66

Il criterio di aggiudicazione scelto dalla Stazione appaltante è stato quello del "prezzo più basso" sul dichiarato presupposto che si trattasse "di servizio con caratteristiche standardizzate il cui costo è assorbito per la quasi totalità dalle retribuzioni del personale"

L'odierna appellante, Randstad Italia, pur presentando domanda, ha immediatamente impugnato gli atti di gara nella parte in cui fissavano quale criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso, in luogo di quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nelle more della discussione presso il Tar, ed in mancanza di provvedimenti di sospensione, la procedura è giunta al suo epilogo con collocamento di Randstad all'ultimo posto della graduatoria provvisoria.

Definitivamente decidendo sul ricorso, il TAR, con la sentenza oggetto dell'odierno gravame, non si è pronunciato sul merito della censura, ritenendo pregiudizialmente il ricorso inammissibile poiché *"la clausola censurata non è produttiva di alcun pregiudizio, avente i necessari requisiti di*

concretezza ed attualità, a carico della parte ricorrente, sia nella prospettiva della sua aspirazione all'aggiudicazione del servizio, sia in quella del suo mero interesse partecipativo; Evidenziato infatti, dal primo punto di vista, che non è concretamente prevedibile l'incidenza, eventualmente positiva, del criterio di aggiudicazione sulle chances di conseguimento da parte della società ricorrente del bene della vita perseguito ... Rilevato, dal secondo punto di vista, che il criterio del prezzo più basso non prelude la partecipazione alla gara dell'impresa ricorrente, né le impedisce di formulare un'offerta concorrenziale, incidendo esclusivamente sullo spettro operativo del meccanismo concorrenziale e quindi, di riflesso, sui contenuti dell'offerta."

Ha proposto appello Randstad Italia. Sostiene l'appellante, che il "diritto" degli operatori economici a formulare l'offerta secondo un criterio legittimo in relazione all'oggetto della gara, sia immediatamente leso dalla scelta del criterio da parte della Stazione appaltante. L'onere dell'impugnazione immediata dell'illegittimo criterio di aggiudicazione prescelto: a) discenderebbe dai principi affermati dalla giurisprudenza, che lo predica non solo per le clausole escludenti, ma anche per quelle che incidono sulla formulazione dell'offerta e/o che impongono oneri contra jus; b) sarebbe altresì in linea con l'intento acceleratorio della definizione dei contenziosi che connota il nuovo d.lgs. n. 50/2016.

Nel merito della questione deduce che la scelta del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, operata dalla *lex specialis*, sarebbe in contrasto con l'obbligo sancito dall'art. 95 d.lgs. n. 50/2016 di affidare i servizi "ad alta intensità di manodopera", come quello oggetto di gara, mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nel giudizio si è costituita l'ASL ed ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità dell'appello per mancata notificazione all'aggiudicatario controinteressato, siccome individuato nelle more del giudizio di primo grado.

La causa è stata deliberata in sede cautelare all'udienza camerale del 20 aprile 2017, ed in quella sede direttamente trattenuta in decisione, previo avviso alle parti.

DIRITTO

1. Nessun dubbio si pone sull'ammissibilità del gravame. All'epoca dell'impugnazione degli atti non v'era ancora alcuna aggiudicazione, sicché correttamente la ricorrente si è limitata a notificare il ricorso alla sola stazione appaltante. Del pari correttamente ha notificato l'appello all'unica parte del giudizio di primo grado nei confronti della quale aveva instaurato il giudizio.

L'aggiudicazione a terzi, nelle more del giudizio sul bando, pone piuttosto, in tesi, un problema di procedibilità del giudizio, che tuttavia nel caso di specie è da escludere avendo l'appellante impugnato in primo grado la stessa.

2. Nel merito l'appello è fondato,

3. Esso pone *in primis* la questione dell'ammissibilità dell'impugnazione immediata del bando da parte di una impresa che si dolga dell'adozione di un criterio di aggiudicazione erroneo e quindi illegittimo.

3.1. Il giudice di prime cure l'ha risolta con l'ausilio delle chiavi esegetiche fornite dall'Adunanza Plenaria n. 1/2003, affermando che "il criterio del prezzo più basso non preclude la partecipazione alla gara dell'impresa ricorrente, né le impedisce di formulare un'offerta concorrenziale, incidendo esclusivamente sullo spettro operativo del meccanismo concorrenziale e quindi, di riflesso, sui contenuti dell'offerta".

3.2. Non c'è dubbio che l'affermazione sia conforme al principio elaborato dalla Plenaria nel 2003 ed ai successivi sviluppi giurisprudenziali registratisi durante la vigenza del vecchio codice. Per riprendere le parole efficacemente utilizzate dalla Corte costituzionale nella sintetica ricostruzione delle posizioni giurisprudenziali sul punto, può dirsi "acquisizione consolidata che i bandi di gara e

di concorso e le lettere di invito vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento, ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato» (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 29 gennaio 2003, n. 1). A queste regole, che discendono dalla piana applicazione alle procedure di gara dei principi generali in materia di legittimazione e interesse a ricorrere, fanno eccezione le ipotesi in cui si contesti che la gara sia mancata o, specularmente, che sia stata indetta o, ancora, si impugnino clausole del bando immediatamente escludenti, o, infine, clausole che impongano oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati o che rendano impossibile la stessa formulazione dell'offerta (Consiglio di Stato, sezione III, 10 giugno 2016, n. 2507; Consiglio di Stato, sezione V, 30 dicembre 2015, n. 5862; Consiglio di Stato, sezione V, 12 novembre 2015, n. 5181; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 25 febbraio 2014, n. 9; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 7 aprile 2011, n. 4)» (Corte cost., Sent., 22/11/2016, n. 245.)

3.3. Quanto all'esatto perimetro dell'eccezione da ultimo menzionata (clausole non escludenti ma che impongano oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati o che rendano impossibile la stessa formulazione dell'offerta), la Plenaria n. 1/2003 è perentoria con specifico riguardo ai criteri di aggiudicazione, affermando che: *“Non può essere condiviso quell'indirizzo interpretativo che è volto ad estendere l'onere di impugnazione alle prescrizioni del bando che condizionano, anche indirettamente, la formulazione dell'offerta economica tra le quali anche quelle riguardanti il metodo di gara e la valutazione dell'anomalia. Anche con riferimento a tali clausole, infatti, l'effetto lesivo per la situazione del partecipante al procedimento concorsuale si verifica con l'esito negativo della procedura concorsuale o con la dichiarazione di anomalia dell'offerta. L'effetto lesivo è, infatti, conseguenza delle operazioni di gara, e delle valutazioni con essa effettuate, dal momento che è solo il concreto procedimento negativo a rendere certa la lesione ed a trasformare l'astratta potenzialità lesiva delle clausole del bando in una ragione di illegittimità concreta ed effettivamente rilevante per l'interessato: devono pertanto ritenersi impugnabili unitamente all'atto applicativo, le clausole riguardanti i criteri di aggiudicazione, anche se gli stessi sono idonei ad influire sulla determinazione dell'impresa relativa alla predisposizione della proposta economica o tecnica, ed in genere sulla formulazione dell'offerta, i criteri di valutazione delle prove concorsuali, i criteri di determinazione delle soglie di anomalie dell'offerta, nonché le clausole che precisano l'esclusione automatica dell'offerta anomala”*.

3.4. La conclusione cui giunge l'Adunanza Plenaria è evidentemente influenzata dalla qualificazione dell'interesse sostanziale di base della cui tutela trattasi, quale interesse all'aggiudicazione. Secondo l'Adunanza, infatti, la *“condizione di concorrenti”* dei partecipanti alla gara *“può essere apprezzata e valutata esclusivamente con riferimento all'unico interesse sostanziale di cui essi sono titolari, che è quello all'aggiudicazione e, comunque, all'esito positivo della procedura concorsuale, sicché l'eventuale incidenza di clausole che conformino illegittimamente la condizione di concorrenti dei singoli partecipanti, può acquistare rilievo esclusivamente se si traduce in un diniego di aggiudicazione o, comunque, in un arresto procedimentale con riferimento al medesimo obiettivo; dall'altra non appare configurabile un interesse autonomo alla legittimità delle regole e delle operazioni di gara, distinto dalla pretesa all'aggiudicazione o alla stipula del contratto”*.

3.5. La pronuncia ha cura di precisare che *“l'interesse alla legittimità della procedura costituisce un aspetto ed un riflesso dell'interesse all'aggiudicazione, ed è anzi quest'ultimo che può fondare e sostenere il primo, sicché l'eventuale illegittimità della procedura acquista significato e rilievo soltanto se comporta il diniego di aggiudicazione, in tal modo ledendo effettivamente l'interesse protetto, di cui è titolare il soggetto che ha preso parte alla gara”*.

4. Essa costituisce una pietra miliare nell'applicazione, alle procedure concorsuali, della teoria della dimensione sostanziale dell'interesse legittimo e della sua conseguente tutela, ma in quanto

diritto vivente necessità di interpretazione evolutiva idonea a conservarne la coerenza rispetto alle profonde trasformazioni che hanno investito il diritto degli appalti mutandone impostazione e prospettive.

4.1. La prima innovazione di rilievo è l'espressa comminazione di nullità delle clausole espulsive autonomamente previste dalla stazione appaltante. Il riferimento è al vecchio comma 1 bis dell'art. 46 del codice dei contratti pubblici ed all'art. 83 comma 8 del nuovo codice che ne reitera la previsione, il quale, nel delineare una fattispecie di nullità, prescrive che *"I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle"*

L'aver inquadrato il vizio nelle cause di nullità, ex art. 21 septies legge n. 241/1990, costituisce un indizio della vocazione generale ed autonoma dell'interesse *participationis*. Il legislatore ha ritenuto nel caso di specie di abdicare all'ordinario schema dell'annullabilità – in cui l'effetto di ripristino della legittimità è realizzato attraverso la cooperazione e sulla base della dimensione esclusivamente individuale dell'interesse privato leso - a favore dello schema della nullità, in cui invece l'interesse trascende la dimensione meramente individuale sino a giustificare il rilievo d'ufficio da parte del giudice e l'opposizione senza limiti di tempo della parte del resistente.

4.2. L'altra significativa ed innovativa previsione è contemplata dall'art. 211 comma 2 del nuovo codice. Trattasi di un'autotutela "doverosa" (così il parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato, n.2777 del 28 dicembre 2016) attivabile dalla stazione appaltante, su impulso dell'Autorità di vigilanza, al fine del ripristino della legalità procedurale, che prescinde dall'interesse del singolo partecipante all'aggiudicazione e mira invece al corretto svolgimento delle procedure di appalto nell'interesse di tutti i partecipanti e finanche di quello collettivo dei cittadini, interesse quest'ultimo che va via via emancipandosi dallo schema del mero interesse di fatto (sul punto cfr. considerando 122 della direttiva 24/2014).

4.3. Ancora più rilevante rispetto al *thema decidendum* è la previsione dell'onere di impugnazione dell'altrui ammissione alla procedura di gara (art. 120 c.p.a., così come modificato dall'art. 204, comma 1 lett. b del nuovo codice appalti). A fronte di un sistema che in precedenza precludeva l'impugnazione delle ammissioni, sull'implicito e pacifico presupposto che concorrente avesse in interesse concreto ed attuale a contestare l'ammissione altrui solo all'esito della procedura selettiva, si è previsto l'onere di impugnazione immediata, con ciò dando evidentemente sostanza e tutela ad un interesse al corretto svolgimento della gara, scisso ed autonomo, sebbene strumentale, rispetto a quello all'aggiudicazione.

4.4. Un'altra delle principali novità portate dal Dlgs. n. 50/16, ed in particolare dall'art. 95 – dirimente per la decisione dello specifico caso oggetto dell'odierno giudizio - è la creazione di una vera e propria gerarchia fra i due tipici metodi di aggiudicazione di un appalto, ovvero l'offerta economicamente più vantaggiosa e il massimo ribasso.

4.4.1. Se nell'art. 83 del vecchio Dlgs. n. 163/06 tali criteri erano posti su una posizione di parità, e spettava unicamente all'Amministrazione nella sua discrezionalità optare per l'uno per l'altro, l'art. 95 dopo avere affermato che *"I criteri di aggiudicazione non conferiscono alla stazione appaltante un potere di scelta illimitata dell'offerta"* e che *"Essi garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva e sono accompagnati da specifiche che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte"*, ha imposto l'offerta economicamente più vantaggiosa come criterio "principale", e il massimo ribasso come criterio del tutto "residuale" utilizzabile solo in alcuni e tassativi casi, e comunque previa specifica ed adeguata motivazione.

5. Trattasi di elementi che profilano una nozione di "bene della vita" meritevole di protezione, più ampia di quella tradizionalmente riferita all'aggiudicazione, che sebbene non coincidente con il generale interesse alla mera legittimità dell'azione amministrativa, è nondimeno comprensiva del

“diritto” dell’operatore economico a competere secondo i criteri predefiniti dal legislatore, nonché a formulare un’offerta che possa validamente rappresentare la qualità delle soluzioni elaborate, e coerentemente aspirare ad essere giudicata in relazione anche a tali aspetti, oltre che sulla limitativa e limitante (se isolatamente considerata) prospettiva dello “sconto”.

5.1. Il “blocco normativo” che si è rapidamente passato in rassegna, caratterizzato da norme sia sostanziali che processuali, rende in altri termini chiaro che vi sono elementi fisiologicamente disciplinati dal bando o dagli altri atti di avvio della procedura, che assumono rilievo sia nell’ottica del corretto esercizio del potere di regolazione della gara, sia in quella dell’interesse del singolo operatore economico ad illustrare ed a far apprezzare il prodotto e la qualità della propria organizzazione e dei propri servizi, così assicurando, nella logica propria dell’interesse legittimo (figlio della sintesi di potere e necessità) la protezione di un bene della vita che è quello della competizione secondo il miglior rapporto qualità prezzo; un bene, cioè, diverso, e dotato di autonoma rilevanza rispetto all’interesse finale all’aggiudicazione.

5.2. Ciò non può che condurre, sul versante delle condizioni e dei tempi di esperibilità dell’azione di annullamento, alla conclusione dell’onere dell’immediata impugnazione dell’illegittima adozione del criterio del massimo ribasso. Tutti i presupposti sono sussistenti: a) la posizione giuridica legittimante avente a base, quale interesse sostanziale, la competizione secondo meritocratiche opzioni di qualità oltre che di prezzo; b) la lesione attuale e concreta, generata dalla previsione del massimo ribasso in difetto dei presupposti di legge; c) l’interesse a ricorrere in relazione all’utilità concretamente ritraibile da una pronuncia demolitoria che costringa la stazione appaltante all’adozione del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ritenuto dalle norme del nuovo codice quale criterio “ordinario” e generale.

5.3. Del resto, una diversa soluzione - più aderente alla lettera che alla *ratio* dell’Adunanza Plenaria del 2003 ed all’esigenza della sua interpretazione in chiave evolutiva – finirebbe per svilire e depotenziare le due architravi del nuovo impianto normativo:

a) da un lato il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa - assunto da legislatore ad elemento di rilancio di una discrezionalità “sana e vigilata” da porre a disposizione di amministrazioni qualificate sì da renderle capaci di selezionare le offerte con razionalità ed attenzione ai profili qualitativi – sarebbe destinato a rimanere privo di garanzie di effettività, posto che, la sua correzione si avrebbe solo all’esito della procedura concorsuale e della sua appendice giurisdizionale, in presenza di un operatore (quello offerente il massimo ribasso) in capo al quale si sono tra l’altro già ingenerate aspettative;

b) dall’altro sarebbe irragionevolmente derogata la logica bifasica (ammissioni/esclusioni prima fase; aggiudicazione seconda fase) che ha caratterizzato il nuovo approccio processuale in tema di tutela, poiché è evidente che l’illegittimità del bando, *sub specie* del criterio di aggiudicazione, è un *prius* logico giuridico rispetto alle ammissioni, condizionandole e rendendole illegittime in via derivata. Con il risultato che l’intento di affrancare il contenzioso sull’aggiudicazione da tutte le questioni sollevabili in via incidentale dal controinteressato (e fra queste anche quelle relative all’illegittimità del bando, strumentali all’*utilitas* della riedizione della gara) che ha ispirato la formulazione delle nuove norme processuali, risulterebbe tradito proprio in relazione ad aspetti basilari della prima fase.

5.4. A ciò si aggiunga, a riprova dell’irrazionalità della tesi dell’impugnazione postergata del criterio di aggiudicazione, che il ricorrente, costretto ad attendere, quale *dies a quo* per l’impugnativa, il momento dell’aggiudicazione ad altri, non è vincolato dalla correlazione tra criterio del massimo ribasso e la mancata aggiudicazione, non dovendo egli dimostrare un rapporto di causalità tra effetto lesivo del bene “aggiudicazione” e *lex gara*: la lesione, nell’orientamento giurisprudenziale tradizionale varato dall’Adunanza Plenaria nel 2003, è infatti solo l’elemento, che integrando una delle condizioni dell’azione, abilita alla tutela dell’interesse legittimo attraverso l’esperienza

dell'azione demolitoria. Una volta realizzatasi la condizione dell'azione, il ricorrente è ammesso a far valere la violazione dell'obbligo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, insieme a tutti gli altri vizi di legittimità del bando che non attengano a clausole escludenti, a prescindere se la mancata aggiudicazione sia riferita, o meno, proprio all'operare di quella o di quelle clausole (si pensi, oltre che al criterio di aggiudicazione, alla difettosa composizione del seggio di gara o alle previsioni sulle modalità di apertura delle buste o, in generale, alle norme sul *modus procedendi*). In questi casi non è cioè necessaria la dimostrazione che, in assenza del vizio, l'aggiudicazione sarebbe stata senz'altro riconosciuta al ricorrente, costituendo, la violazione delle norme di legge, un sintomo della cattiva organizzazione e gestione della gara e conseguentemente dell'erroneità dei suoi esiti.

6. Se così è, allora, non v'è ragione alcuna per attendere, al fine di invocare tutela, che la procedura di concluda con l'aggiudicazione a terzi. Tale soluzione non risponderebbe a finalità deflattive ed anzi inficerebbe quelle legate al pur contemplato onere di impugnazione delle ammissioni; non risponde del resto a finalità di coerenza giuridica o dogmatica, poiché il postergare l'impugnazione della *lex gara* finanche quando la violazione è già conclamata, può avere un senso solo in relazione a clausole che non violino immediatamente l'interesse del singolo imprenditore, è così certamente non è per quelle che gli impediscono di concorrere sulla qualità; è inoltre contraria al dovere di leale collaborazione ed al rispetto del principio di legittimo affidamento, immanenti anche nell'ordinamento amministrativo.

7. Chiarito, in ragione di quanto sopra esposto, che il ricorso introduttivo è ammissibile, occorre ora scrutinare, nel merito, la censura con la quale il ricorrente deduce l'illegittima adozione del criterio del massimo ribasso.

7.1. E' pacifico, nel caso di specie, che trattasi di un appalto di servizi ad alta intensità di manodopera secondo quanto chiarito dall'art. 50 del nuovo codice. Tuttavia l'amministrazione ritiene che ricorra la condizione, assorbente, del servizio caratterizzato da "elevata ripetitività" o, detto altrimenti, del servizio "standard".

7.2. L'assunto è radicalmente erroneo. Il rapporto, nell'ambito dell'art. 95, tra il comma 3 (casi di esclusivo utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra i quali v'è quello dei servizi ad alta intensità di manodopera) ed il comma 4 (casi di possibile utilizzo del criterio del minor prezzo, tra i quali v'è quello dei servizi ripetitivi), è di specie a genere. Ove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3 scatta, cioè, un obbligo speciale di adozione del criterio dell'o.e.p.v. che, a differenza della ordinaria preferenza per tale criterio fatta in via generale dal codice, non ammette deroghe, nemmeno al ricorrere delle fattispecie di cui al comma 4, a prescindere dall'entità dello sforzo motivazionale dell'amministrazione.

La soluzione è del resto in linea con i criteri direttivi dettati dal legislatore delegante. Infatti l'art. 1, co. 1, lett. gg), per i contratti relativi (tra gli altri) ai servizi "ad alta intensità di manodopera", precisa, quale criterio direttivo, che l'aggiudicazione debba avvenire *"esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come definita dalla lettera ff), escludendo in ogni caso l'applicazione del solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta"*.

8. Il ricorso è pertanto accolto. Per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, il bando è annullato.

9. Avuto riguardo alla novità delle questioni ed all'esistenza di orientamenti giurisprudenziali contrastanti, è senz'altro equo disporre la compensazione delle spese di entrambi i gradi di giudizio, ad eccezione del contributo unificato che dev'essere rimborsato dall'amministrazione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie. Per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, annulla gli atti di gara impugnati con il ricorso introduttivo in primo grado.

Compensa le spese di entrambi i gradi di giudizio, ad eccezione del contributo unificato che dev'essere rimborsato dall'amministrazione.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Francesco Bellomo, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere, Estensore

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 3215 del 2017, proposto da:

a) Società cooperativa sociale "Agatos" Onlus, in persona del legale rappresentante pro-tempore;
b) Società cooperativa sociale "Splendid", in persona del legale rappresentante pro-tempore;
rappresentate e difesa, anche disgiuntamente, dagli avv.ti Domenico Tomassetti e Maria Cristina Manni presso il cui studio in Roma, Via Giovanni Pierluigi da Palestrina n.19, sono elettivamente domiciliati;

contro

Azienda Sanitaria Locale - ASL Viterbo -, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Tuzza presso il cui studio in Roma, Viale dei Santi Pietro e Paolo n.7, è elettivamente domiciliata;

nei confronti di

Soc. Coop. Sociale Samidad non costituito in giudizio;

per l'annullamento:

- del provvedimento dell'intimata amministrazione del 14.3.2017 con cui è stata disposta

l'esclusione del costituendo raggruppamento Agatos-Splendid dalla procedura negoziata di cui all'art.36, comma 2, lett.b) del D.lgvo n.50/2016 volta all'affidamento del "Servizio integrativo nella gestione delle comunità psichiatriche SRSR di Viterbo e Montefiascone";

- della lettera di invito a presentare offerta nella parte in cui, art.6, commi da 2 a 8, prevede cause di esclusione dalla gara de qua per mancata sanatoria di ipotesi di irregolarità delle offerte genericamente ed indefinitamente indicate come " non conforme a quanto previsto nei documenti di gara";

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Ausl Viterbo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2017 il dott. Giuseppe Sapone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Con il proposto gravame le cooperative ricorrenti, in qualità rispettivamente di mandataria (Agatos) e di mandante (Splendid) di un costituendo rti, hanno impugnato la determinazione, in epigrafe indicata, con cui è stata disposta l'esclusione dell'offerta presentata dal menzionato rti dalla procedura negoziata di cui all'art.36, comma 2, lett.b) del D.lgvo n.50/2016, volta all'affidamento del "Servizio integrativo nella gestione delle comunità psichiatriche SRSR di Viterbo e Montefiascone.

In punto di fatto deve essere evidenziato che:

- la lex specialis prevedeva che:

a) l'appalto in questione, da aggiudicarsi sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, aveva come oggetto "il supporto delle attività assistenziali e riabilitative interne ed

esterne prestate ai pazienti psichiatrici ricoverati presso le due strutture pubbliche S.R.S.R. "Binelli" Viterbo e S.R.S.R. "San Giuseppe" di Montefiascone;

b) la Direzione Sanitaria del Servizio era assicurata da un medico psichiatra designato dal Direttore della UOC Salute mentale Distretto A per la SRSR di Montefiascone e dal Direttore UOC Salute Mentale Distretto B per la SRSR di Viterbo;

c) con riferimento alle figure professionali necessarie per l'espletamento del servizio il medico e lo psicologo sarebbero stati forniti dalle ASL territorialmente competenti mentre le restanti figure professionali (infermiere, educatore, OSS, terapeuta occupazionale, assistente sociale) erano a carico dell'appaltatore;

d) gli operatori economici dovevano essere in possesso dei seguenti requisiti:

1) essere una cooperativa sociale che soddisfi le condizioni di cui all'art.143, comma 2, del D.lgvo 50/2016;

2) possedere un fatturato specifico relativo ai servizi analoghi a quelli oggetto della procedura, riferito agli ultimi tre esercizi finanziari il cui bilancio o altro documento fiscale o tributario equivalente sia stato approvato alla data di pubblicazione dell'avviso, non inferiore ad Euro 800.000,00 oltre IVA;

3) non trovarsi in alcuna delle situazioni previste dall'art.80 del D.lgvo 50/2016 nè da altre disposizioni che escludono la capacità di contrarre con la pubblica amministrazione;

4) la disponibilità a fornire il servizio richiesto secondo i requisiti minimi richiesti dalla normativa di riferimento alle strutture residenziali denominate SRSR;

- il rti era stato escluso in quanto, avendo offerto alcune attività che esulavano dall'oggetto della gara (Direzione Scientifica e coordinamento strategico) o che risultavano ultronee ed inconferenti con il suddetto oggetto (attività di controllo sulle applicazioni diagnostico-terapeutiche), l'intimata amministrazione ha ritenuto, alla luce della quantificazione della quota da destinare alle suddette attività, che Agatos non poteva garantire uno svolgimento del servizio pari al 60% e che la quota della mandante Splendid, pari al 40%, poteva essere sufficiente a sopperire a tale lacuna.

Il gravame è affidato ai seguenti motivi di doglianza:

1) Incompetenza del RUP sia nella emanazione degli atti impugnati sia nello svolgimento di attività valutative della documentazione di cui ai plichi A. B. C delle offerte presentate. Violazione e falsa applicazione dell'art.31 del D.lgvo n.50/2016 e dell'art.11 della lex specialis;

2) Nullità ex art.83, comma 8, del D.lgvo n.50/2016 della lettera di invito a presentare offerta, nella parte in cui all'art.6, commi da 2 a 8, prevede cause di esclusione dalla gara ulteriori rispetto a quelle del codice dei contratti. Violazione di legge con riferimento agli artt.80, 83 del d.lgvo n.50/2016 e dell'art.6 della lex specialis;

3) Violazione di legge con riferimento all'art.3 della L. n.241/1990. Eccesso di potere per manifesta carenza e difetto di istruttoria, illogicità, carenza di congruità, di ragionevolezza e di corretto apprezzamento dei fatti. Erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto. Sintomi di sviamento di potere.

Si è costituita l'intimata amministrazione contestando con dovizia di argomentazioni la fondatezza delle dedotte doglianze e concludendo per il rigetto delle stesse con vittoria di spese.

Il ricorso – chiamato all'odierna camera di consiglio del 21.4.2017 per la delibazione dell'istanza cautelare proposta da parte ricorrente - viene ritenuto per la decisione del merito, ai sensi dell'art. 60 del d.lgvo n.104/2010, il quale stabilisce che " In sede di decisione della domanda cautelare, purchè siano trascorsi almeno venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso, il Collegio, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, sentite sul punto le parti costituite, può definire, in camera di consiglio, il giudizio con sentenza in forma semplificata, salvo che una delle parti dichiari che intende proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza ovvero regolamento di giurisdizione"

Ricorrono, quanto alla sottoposta vicenda contenziosa, i presupposti contemplati dalla citata disposizione al fine di consentire un'immediata definizione della controversia mediante decisione da assumere "in forma semplificata".

Ciò premesso, palesemente infondato è il primo motivo di doglianza con cui è stata prospettata l'incompetenza del RUP ad adottare la contestata determinazione di esclusione.

Al riguardo, in linea con quanto dedotto in merito dalla resistente amministrazione, il Collegio osserva che:

a) l'art.31, comma 3, del D.lgvo n. 50/2016 prevede che "Il RUP, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti";

b) trattasi di una competenza residuale che comprende anche l'esclusione delle offerte conseguente alla preliminare attività di valutazione della documentazione amministrativa attestante il possesso dei requisiti indicati dalla lex specialis, non potendo tale compito essere assolto dalla Commissione giudicatrice che nelle gare, come quella oggetto del presente contenzioso, da aggiudicarsi sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è chiamata a valutare le offerte sotto gli aspetti tecnici ed economici;

c) tale interpretazione è stata, altresì suffragata dalle Linee Guida formulate dall'Autorità Anticorruzione la quale ha chiarito che il RUP è chiamato a controllare la documentazione amministrativa prodotta dai partecipanti e ad adottare le determinazioni conseguenti alle valutazioni effettuate;

d) poichè nella vicenda in esame l'esclusione dell'offerta delle ricorrenti dalla procedura di gara è stata disposta a seguito della verifica della documentazione amministrativa da parte del RUP, ne discende che quest'ultimo era legittimato ad adottare la contestata esclusione.

Pure da rigettare è il secondo motivo di doglianza con cui è stata prospettata l'illegittimità della Lettera di invito nella parte in cui sembrerebbe prevedere all'art.6, commi da 2 a 8 clausole escludenti dalla gara, ulteriori rispetto a quelle stabilite dal D.lgvo n.50/2016.

In merito deve essere osservato che:

I) non può essere seriamente contestato che la stazione appaltante aveva un potere latamente discrezionale di individuare e delimitare l'oggetto della gara tenuto conto della propria organizzazione;

II) in tale contesto, pertanto, la resistente amministrazione ha ritenuto che alcune attività offerte dalle ricorrenti erano di competenza del personale AUSL ovvero non rientravano nell'oggetto del servizio da affidare, così come dettagliatamente precisato dalla lex specialis;

III) alla luce di tali conclusioni, l'AUSL Viterbo, ha prima quantificato in termini percentuali il peso delle attività de quibus e successivamente ha concluso che la cooperativa Agatos non era in grado di rispettare la percentuale del 60% del servizio ad esso riservata e che appariva eccessiva la quota del 40% dichiarata da Splendid per l'attività non sanitaria;

IV) in sostanza l'esclusione è stata basata sulla circostanza che l'offerta presentata dalle ricorrenti, così come era stata formulata, una volta depurata delle attività ultronee ed estranee, non poteva assicurare lo svolgimento del servizio, così come discrezionalmente e correttamente individuato. Nè è suscettibile di favorevole esame il profilo di doglianza con cui parte ricorrente ha lamentato la mancata attivazione del soccorso istruttorio, atteso che il ricorso a tale istituto non può essere consentito per rimediare a carenze sostanziali dell'offerta con riferimento all'oggetto del servizio, quale è quella posta a base della gravata esclusione.

Nè risulta fondato, infine, l'ultimo motivo di doglianza con cui le ricorrenti hanno contestato la fondatezza delle conclusioni cui è pervenuto il RUP in ordine alla estraneità all'oggetto dell'appalto dell'attività di controllo sulle applicazioni diagnostiche terapeutiche e alla riconducibilità al

personale AUSL dell'attività di direzione sanitaria, alla luce di quanto dettagliatamente evidenziato in merito nella memoria (pagg.17, 18 e 19) della resistente amministrazione, versata agli atti il 18.4.2017.

Ciò premesso, il proposto gravame deve essere rigettato.

Le spese del presente giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III quater, definitivamente pronunciando sul ricorso n.3215 del 2017, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna le cooperative ricorrenti al pagamento, in parti uguali, a favore della resistente amministrazione, delle spese del presente giudizio, liquidate in complessivi Euro 10.000,00 (Euro diecimila/00)

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Sapone, Presidente, Estensore

Pierina Biancofiore, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere

Publicato il 19/04/2017

N. 00262/2017 REG.PROV.COLL.

N. 00063/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 63 del 2017, proposto da:

Icort s.r.l. e Tilocca s.r.l., rappresentate e difese dagli avvocati Franco Pilia e Paolo Giuseppe Pilia, con domicilio eletto presso il loro studio, in Cagliari, via Sonnino n. 128;

contro

- Provincia di Sassari, rappresentata e difesa dagli avvocati Marcello Bazzoni e Mauro Mammana, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Monica Macciotta, in Cagliari, via San Salvatore da Civita n. 11;

nei confronti di

- Rinac s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Sergio Segneri e Daniela Piras, con domicilio eletto presso il loro studio, in Cagliari, via Sonnino n. 84;

- Mascia Danilo Giuseppe s.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento:

- della determinazione n. 3076 del 15.12.2016 del Dirigente del Settore Appalti e Contratti della Provincia di Sassari, di aggiudicazione della "Procedura aperta per l'affidamento dei lavori di riqualificazione funzionale della S.P. ex SS 131 Sassari Porto Torres nel tratto compreso tra il km. 215+500 ed il km. 226+500 – cig. 67819290DC" in favore del costituendo R.T.I. con capogruppo RINAC s.r.l. e mandante Mascia Danilo Giuseppe s.r.l.;

- della nota prot. 47962 del 23.12.2016 di comunicazione dell'aggiudicazione sub lett. a);

- dei verbali di gara, sia delle sedute pubbliche del 13, 18, 24 e 27 ottobre 2016 e del 18.11.2016, sia delle sedute riservate della sottocommissione tecnica del 27, 28 e 31 ottobre 2016, nonché del 2, 3, 4, 7, 9, 10, 14, 15 e 16 novembre 2016;

- della determinazione n. 2165 del 12.10.2016 del Dirigente del Settore Appalti e Contratti della Provincia di Sassari, con la quale è stata nominata la commissione giudicatrice e la sottocommissione tecnica per la valutazione delle offerte tecniche;

- di tutti gli atti collegati, connessi e consequenziali, compreso per quanto necessario il bando, il disciplinare di gara, nonché la nota prot. 48451 del 29.12.2017 del RUP arch. Giovanni Milia, ed i chiarimenti (tutti non pubblicati e conosciuti solo dopo l'aggiudicazione definitiva) del Dirigente del Settore Appalti e Contratti della Provincia di Sassari in risposta ai quesiti: 1) sulla riparametrazione dei punteggi dell'offerta tecnica (reso il 28.09.2016), 2) sulla presentazione unitamente all'offerta del computo metrico estimativo (reso il 30.09.2016);

per la dichiarazione dell'inefficacia:

- del contratto di appalto eventualmente stipulato tra la Provincia di Sassari e l'aggiudicatario R.T.I. tra la RINAC s.r.l. e la Mascia Danilo Giuseppe s.r.l., contratto di cui il ricorrente R.T.I. tra la ICORT s.r.l. e la TILOCCA s.r.l. dichiara sin d'ora il proprio interesse alla esecuzione e al subentro;

per il riconoscimento:

- del diritto del ricorrente R.T.I. tra la ICORT s.r.l. e la TILOCCA s.r.l. all'aggiudicazione della gara per cui è causa, in qualità di prima classificata della procedura di gara;

per la condanna:

- della Provincia di Sassari al risarcimento dei danni in favore del ricorrente R.T.I. ICORT

s.r.l./TILOCCA s.r.l., in forma specifica mediante l'aggiudicazione dei lavori della procedura di gara d'appalto per cui è causa, ovvero per equivalente mediante il pagamento del 10% dell'importo a base d'asta dei lavori d'appalto o della diversa somma, maggiore o minore, che dovesse essere accertata, anche in via equitativa, nel corso del giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati.

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Sassari e della Rinac s.r.l.

Viste le memorie difensive.

Visti tutti gli atti della causa.

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 aprile 2017 il dott. Antonio Plaisant e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato in data 5 settembre 2016 la Provincia di Sassari aveva indetto una gara per l'affidamento, con procedura aperta, dei "Lavori di riqualificazione funzionale della S.P. ex SS 131 Sassari Porto Torres nel tratto compreso tra il km. 215+500 ed il km. 226+500", con importo complessivo a base d'asta di euro 3.165.372,52 (al netto dell'IVA).

Era previsto, al punto 13 del disciplinare di gara, che "L'aggiudicazione avverrà con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 95, comma 2, del Codice, mediante la valutazione di un'offerta economica (elementi quantitativi) e di un'offerta tecnica (elementi qualitativi). Alla offerta tecnica verranno attribuiti un massimo di 75 punti, all'offerta economico-temporale un massimo di 25 punti"; la stessa norma del disciplinare, inoltre, precisava che la "graduatoria avverrà utilizzando il metodo aggregativo compensatore, basato sulla sommatoria dei coefficienti attribuiti per ciascun criterio, ponderati per il peso del relativo criterio".

Con determinazione del Dirigente del Settore Appalti e Contratti 12 ottobre 2016, n. 2165, sono state nominate:

la commissione giudicatrice, nella seguente composizione: - Presidente: dott.ssa Giuseppina Lugliè (Dirigente del Settore 3 - Appalti e Contratti - della Provincia di Sassari), componenti: ing. Antonio Zara, ing. Sergio Sini, arch. Gianluca Pau, dott.ssa Serafina Cabras (componente/verbalizzante);

la sottocommissione tecnica per la valutazione delle offerte tecniche, nella seguente composizione: Presidente: ing. Antonio Zara (Dirigente del Settore 5 - Servizi Tecnologici Ambiente e Agricoltura Nord Ovest della Provincia di Sassari), componenti: ing. Sergio Sini, arch. Gianluca Pau (componente/verbalizzante).

La commissione di gara ha ammesso alla gara n. 14 concorrenti, tra cui i costituenti R.T.I. ICORT s.r.l./TILOCCA s.r.l. e R.T.I. RINAC s.r.l./Mascia Danilo Giuseppe s.r.l.; la sottocommissione tecnica ha poi sottoposto le offerte tecniche al "confronto a coppie", come previsto dalla lex specialis (vedi supra); infine nella seduta pubblica del 18 novembre 2016 la commissione di gara ha reso noti i seguenti punteggi assegnati alle offerte tecniche (limitandoci alle prime due graduate): 1. RTI Icort s.r.l./Tilocca s.r.l.: punti 55,45; 2. RTI Rinac s.r.l./Mascia Danilo Giuseppe s.r.l.: 54,75.

Nella stessa seduta pubblica sono stati, altresì, assegnati i punteggi relativi all'offerta economica e

al ribasso sui tempi di esecuzione, attribuendo, per quanto ora di interesse: al RTI Rinac s.r.l./ Mascia Danilo Giuseppe s.r.l. punti 6,070 per il ribasso d'asta e punti 14,145 per i tempi di esecuzione; al RTI Icort s.r.l./ Tilocca s.r.l. punti 9,3 per il ribasso d'asta e punti 10,125 per i tempi di esecuzione; infine la Commissione ha effettuato la sommatoria dei subtotali relativi al merito tecnico, al ribasso d'asta e ai tempi di esecuzione, giungendo alla seguente graduatoria finale (sempre limitatamente a quanto di interesse in questa sede): 1. RTI Rinac s.r.l./Mascia Danilo Giuseppe s.r.l.; punti 74,965; 2. RTI Icort s.r.l./ Tilocca s.r.l.; punti 74,875.

Con nota inviata alla stazione appaltante in data 21 novembre 2016, il secondo classificato RTI Icort s.r.l./ Tilocca s.r.l. ha chiesto la riforma in autotutela di tale graduatoria, sul presupposto che la riparametrazione dei punteggi delle offerte tecniche avrebbe dovuto essere effettuata sul "Peso Wi" (vedi infra) e sostenendo, altresì, che il primo classificato R.T.I. RINAC s.r.l./Mascia Danilo Giuseppe s.r.l. avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per mancata allegazione all'offerta economica del computo metrico estimativo.

Con nota 23 dicembre 2016, prot. 47962, la Provincia di Sassari gli ha, invece, comunicato di avere, nel frattempo, aggiudicato la gara, con determinazione dirigenziale 15 dicembre 2016, n. 3076, al costituendo R.T.I. RINAC s.r.l./Mascia Danilo Giuseppe s.r.l., conformemente alla graduatoria stilata dalla commissione.

Con ulteriore nota 5 gennaio 2017, spedita dopo aver ottenuto accesso agli atti di gara, il R.T.I. ICORT s.r.l./TILOCCA s.r.l., ha riproposto la richiesta di riforma della graduatoria in autotutela, evidenziando che:

in occasione dell'accesso agli atti aveva rinvenuto la nota 19 dicembre 2016, prot. 47018, inviata per conoscenza anche al Presidente della commissione di gara, con cui il Presidente della sottocommissione tecnica -al fine di "verificare l'opportunità di un eventuale provvedimento di revoca degli atti afferenti la gara in sede di autotutela" - aveva chiesto al R.U.P. (arch. Giovanni Milia) di esprimersi in ordine alla richiesta del RTI ICORT s.r.l./Tilocca s.r.l. circa le conseguenze del mancato inserimento all'interno della busta relativa all'offerta economico-temporale dell'elenco prezzi unitari, nonché sulle modalità di riparametrazione seguite dalla Commissione; tale richiesta del Presidente della sottocommissione tecnica era rimasta senza risposta, sia da parte del R.U.P. sia da parte del Presidente della commissione di gara; quest'ultimo, peraltro anche Dirigente del Settore Appalti e Contratti, aveva omesso di riconvocare la commissione affinché valutasse le richieste del secondo classificato, nonché di sollecitare un pronunciamento del R.U.P. sulle stesse questioni; dai verbali delle sedute riservate della sottocommissione tecnica risultava che quest'ultima si era, a sua volta, limitata a predisporre apposite tabelle contenenti gli esiti numerici del confronto a coppie e a trasmetterle al Presidente della commissione di gara (cfr. allegati al verbale della quattordicesima seduta riservata del 17 novembre 2016), nello specifico: "Tab. A1.1. Metodologie attrezzature e tecniche che consentano di fresare con precisione, caratteristiche dei mezzi d'opera che si intendano impiegare"; "Tab. A1.2. Riduzione degli impatti sulle componenti ambientali, metodi e attrezzature atti a rendere nulli o minimi gli impatti ambientali"; "Tab. A1.3 Piano operativo e organizzazione del cantiere, con particolare riferimento alle caratteristiche di produttività dei mezzi d'opera, proposte migliorative tendenti alla minimizzazione delle interferenze col traffico e delle altre interferenze a terra"; "Tab. A2 Soluzioni tecniche

migliorative”; in particolare ciascun componente della sottocommissione tecnica aveva sottoscritto una tabella relativa all’esito del confronto a coppie relativo su ciascun subcriterio di natura qualitativa dell’offerta tecnica, senza però indicare i punteggi -né complessivi, né parziali- attribuiti alle offerte tecniche, essendosi la sottocommissione apparentemente limitata a operare il solo confronto a coppie;

non sarebbe, perciò, dato sapere “quando, da chi e come” siano stati poi attribuiti i punteggi relativi agli elementi di valutazione di natura qualitativa delle offerte tecniche, comunicati ai concorrenti dal Presidente della commissione di gara all’esito della seduta pubblica del 18 novembre 2016, in quanto tale assegnazione non risulterebbe dai verbali delle sedute riservate della sottocommissione tecnica e neppure dai documenti allegati e sottoscritti dai suoi componenti, così come dal successivo verbale della commissione di gara; tale aspetto sarebbe di fondamentale importanza, in quanto proprio dalle modalità utilizzate per l’assegnazione e la parametrizzazione dei punteggi relativi agli elementi di valutazione di natura qualitativa delle offerte tecniche sarebbe dipesa la scelta del concorrente aggiudicatario;

né questa lacuna potrebbe considerarsi colmata dal fatto che, in sede di accesso agli atti, il Presidente della commissione di gara aveva esibito un foglio denominato “Riepilogo A”, non allegato al verbale della seduta pubblica del 18 novembre 2016 e di nessun altra seduta, recante solamente una sigla (non riconducibile a nessuno in particolare), ove si riportano i punteggi (distinti per ciascun sub elemento qualitativo “A1.1”, “A1.2”, “A1.3” e “A2.1”) attribuiti alle offerte tecniche;

in ogni caso, come segnalato anche dal Presidente della sottocommissione tecnica, il disciplinare di gara, al punto 13, avrebbe riferito il “Peso Wi” al punteggio 45 sulla cui colonna è indicato, cosicché a tale peso di 45 corrisponderebbe il simbolo Wi da utilizzare nella formazione della graduatoria secondo il metodo aggregativo compensatore con la formula $Ca=Zn [Wi*Vai*]$; pertanto la parametrizzazione dei punteggi avrebbe dovuto essere effettuata in relazione al peso di 45 punti e non già rispetto ai vari subcriteri di 15 punti, cui non corrisponde il peso Wi; viceversa la stazione appaltante avrebbe illegittimamente operato la riparametrizzazione sui singoli subcriteri (senza che, peraltro, tale operazione emerga dai verbali), penalizzando in modo decisivo il R.T.I. Icort s.r.l./ Tilocca s.r.l.

Tali reiterate richieste hanno, infine, trovato riscontro in una nota del 12 gennaio 2017 con cui il Presidente della commissione di gara, anche in veste di Dirigente del Settore competente, ha trasmesso al R.T.I. Icort s.r.l./Tilocca s.r.l., “a completamento di quanto ritirato il 23 dicembre 2016” in sede di accesso agli atti, la nota 29 dicembre 2016, prot. 48451, con cui il RUP aveva dato riscontro alla richiesta del Presidente della sottocommissione tecnica, nonché le risposte fornite dalla stazione appaltante ad alcuni quesiti formulati dalle imprese concorrenti; nella predetta nota il RUP si era, peraltro, limitato a osservare come spettasse alle due commissioni valutare l’istanza di autotutela/preavviso di ricorso formulata dal RTI secondo classificato.

Con il ricorso ora in esame, avviato alla notifica in data 23 gennaio 2017, la Icort s.r.l. e la Tilocca s.r.l. hanno chiesto l’annullamento dell’aggiudicazione della gara al RTI Rinac s.r.l./Mascia Danilo Giuseppe s.r.l., nonché, per quanto di interesse, degli atti presupposti della procedura, compresa la determinazione di nomina della commissione, sulla base di censure che saranno esaminate nella parte in diritto; le ricorrenti hanno chiesto, inoltre, la dichiarazione dell’inefficacia del contratto

eventualmente stipulato con il RTI aggiudicatario, l'accertamento del proprio diritto all'aggiudicazione della gara, nonché la condanna della Provincia di Sassari al risarcimento dei danni in forma specifica ovvero per equivalente.

Si è costituita in giudizio la Provincia di Sassari, sollecitando la reiezione del gravame ed eccependo la tardività del primo motivo di censura.

Si è costituita in giudizio, altresì, la RINAC s.r.l., in proprio e quale mandataria capogruppo del costituendo RTI con la Mascia Danilo Giuseppe s.r.l., ugualmente opponendosi all'accoglimento del ricorso.

Alla Camera di Consiglio del 15 febbraio 2017, fissata per l'esame dell'istanza cautelare, la causa è stata rinviata al merito.

Con successiva memoria difensiva la Provincia di Sassari, oltre a insistere nelle proprie tesi originarie, ha eccepito l'inammissibilità e nullità del ricorso in quanto asseritamente carente di valida sottoscrizione in forma digitale da parte del difensore, nonché basato su procura ugualmente non sottoscritta in modo corretto dal difensore in forma digitale.

Con propria memoria difensiva la RINAC s.r.l. ha insistito per il rigetto del ricorso.

Le ricorrenti, con propria memoria, hanno ribattuto sulle eccezioni di parte avversa.

Alla pubblica udienza del 5 aprile 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Occorre, prima di tutto, esaminare le eccezioni di inammissibilità/nullità del ricorso sollevate nelle memorie difensive della Provincia di Sassari, le quali fanno leva sul fatto che le firme del difensore di parte ricorrente, sul ricorso generato in forma digitale e sulla procura, sarebbero state apposte in formato "CADES", invece che in formato "PADES" come prescritto dalla normativa tecnica in materia di processo amministrativo telematico, in particolare, dall'art. 12, comma 6, dell'Allegato A al d.p.c.m. 16 febbraio 2016, n. 40, ove si prevede che la sottoscrizione digitale degli atti del processo sia effettuata esclusivamente in formato "PADES": per questa ragione il ricorso sarebbe nullo per mancanza di valida sottoscrizione, ai sensi dell'art. 44, comma 1, del c.p.a.

Sul punto occorre però precisare che, all'udienza fissata per la discussione del ricorso, il difensore della Provincia ha poi chiarito come l'eccezione sollevata facesse in realtà riferimento -non già al formato di sottoscrizione del ricorso (e della procura) in sé, bensì- al formato di sottoscrizione digitale utilizzato dal ricorrente per la notifica via PEC degli stessi atti all'Amministrazione resistente: in buona sostanza ciò di cui, in effetti, si discute è un ipotizzato vizio di notifica del ricorso per il fatto che la stessa è stata effettuata, via PEC, utilizzando per la firma digitale il formato di sottoscrizione "CADES", anziché "PADES".

Così correttamente inquadrata l'eccezione non coglie nel segno.

Il Collegio, infatti, aderisce all'indirizzo giurisprudenziale -rappresentato, da ultimo, da T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 8 marzo 2017, n. 1799- secondo cui, ora in sintesi, "L'uniformità delle norme sulla firma digitale è garantita da standard europei stabiliti dal Regolamento 910/2014/UE (c.d. eIDAS) e dalla Decisione esecutiva della Commissione europea 2015/1506 (richiamati dal sito dell' AgID nella sezione dedicata alla validazione delle firme): tra questi si annoverano il CADES ed il PADES. Essendo riconosciuto da norme comunitarie non si può considerare inesistente la notifica dell'atto sottoscritto in CADES e, quindi, escludere che il vizio possa essere sanato dalla

costituzione del convenuto”.

Infatti gli artt. 6, comma 5, e 12, comma 6, dell’Allegato A al D.P.C.M. n. 40 del 16.2.2016 prescrivono l’utilizzo della firma digitale secondo lo standard “PAdES” per sottoscrivere digitalmente il ricorso al momento del deposito, non anche al momento della notifica dello stesso; in particolare il citato art. 6 statuisce che “4. Il Modulo Deposito Ricorso e il Modulo Deposito Atto sono in formato PDF, sottoscritti con firma digitale PAdES. 5. I documenti digitali da allegare ai moduli di cui ai commi 1 e 2, compreso il ricorso, sono inseriti in un unico contenitore. La firma digitale PAdES, di cui al comma 4, si intende estesa a tutti i documenti in essi contenuti”) e l’art. 12 aggiunge che: “1. L’atto del processo in forma di documento informatico può essere depositato esclusivamente nei seguenti formati: a) PDF - PDF/A ottenuto da trasformazione di un documento testuale, senza restrizioni per le operazioni di selezione e copia parti (...) 6. La struttura del documento con firma digitale è PAdES-BES”).

Allo stesso modo l’art. 14 delle citate regole tecniche, specificamente dedicato alla notificazione nell’ambito del P.A.T., richiede il rispetto dei formati di cui all’art. 6, 7, 8, e 12 delle specifiche tecniche (PAdES-BES) solo ai fini del “deposito della documentazione riguardante la notificazione”, mentre non detta la stessa regola per l’effettuazione della notificazione stessa; pertanto l’utilizzo del formato “PAdES” potrebbe essere, semmai, imposto in sede di deposito della prova della notificazione effettuata a mezzo PEC, ma non certo ai fini della sottoscrizione digitale della notificazione stessa via PEC, che può essere legittimamente eseguita utilizzando uno dei formati in generale ammessi nel nostro ordinamento, compreso quello “CADES”: a quest’ultimo riguardo appare dirimente osservare come la disciplina uniforme della firma digitale approvata dall’Unione Europea, mediante il regolamento “eIDAS” (Regolamento UE n. 910/2014) e la decisione esecutiva della Commissione europea 2015/1506 dell’8 settembre 2015, imponga agli stati membri di riconoscere le firme digitali apposte secondo determinati standard, tra i quali figurano sia il “CADES” sia il “PAdES”.

Inoltre, ora sotto un profilo di carattere più generale, la citata normativa tecnica ove si fa riferimento al formato di sottoscrizione “PAdES” (ma non per le notifiche: vedi supra) è chiaramente legata a ragioni strettamente tecnico/organizzative -volte, cioè, a salvaguardare la buona funzionalità del sistema informatico della G.A.- non certo a una ritenuta “minor affidabilità” degli altri formati di sottoscrizione digitale ammessi a livello comunitario; pertanto, come correttamente si osserva nella citata sentenza del T.A.R. Napoli, “Quand’anche le si ritenesse applicabili anche agli atti da notificare e non solo a quelli da depositare, la violazione delle specifiche tecniche non potrebbe, quindi, determinare l’inesistenza della notifica del ricorso sottoscritto digitalmente secondo il formato CADES; esso è, infatti, un formato generalmente ammesso nel nostro ordinamento ai sensi della menzionata normativa europea. L’utilizzo di questo secondo formato di firma digitale anziché del primo, potrebbe, al più, determinare l’insorgenza di una irregolarità della notifica che, da considerare pur sempre esistente, sarebbe stata sanata, nel caso di specie, in regione dell’avvenuta costituzione degli enti intimati ai sensi dell’art. 44 co. 3 del c.p.a”.

Da ultimo, ma non per importanza, va richiamato il noto principio sancito all’art. 156 c.p.c., che sottopone l’intera materia delle notifiche al canone del raggiungimento dello scopo, in virtù del quale una notifica irregolare non inficia l’instaurazione del rapporto processuale laddove la

controparte si sia costituita, dimostrando così piena conoscenza dell'atto; tale principio è puntualmente ribadito dall'art. 44, comma 3, del c.p.a., a mente del quale "3. La costituzione degli intimati sana la nullità della notificazione del ricorso", il che è esattamente quanto accaduto nello specifico, giacché la Provincia di Sassari si è costituita in giudizio e ha dispiegato ampie difese sul merito della controversia, come ora si vedrà. Assumono, perciò, rilievo dirimente i noti principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui "le forme degli atti del processo non sono prescritte dalla legge per la realizzazione di un valore in sé o per il perseguimento di un fine proprio ed autonomo, ma sono previste come lo strumento più idoneo per la realizzazione di un certo risultato, il quale si pone come l'obiettivo che la norma disciplinante la forma dell'atto intende conseguire" (Cassazione civile, sez. II, 12/05/2016, n. 9772); in sostanza le regole formali del processo non tutelano l'interesse "all'astratta regolarità dell'attività giudiziaria, ma garantiscono solo l'eliminazione del pregiudizio subito dal diritto di difesa della parte in conseguenza della denunciata violazione" (Cassazione civile, sez. trib., 18/12/2014, n. 26831). In conclusione, con specifico riferimento al caso in esame, la costituzione delle parti intimiate e il fatto che le stesse abbiano ampiamente argomentato le proprie tesi difensive nei normali "tempi del processo" conducono senz'altro a considerare la notifica del ricorso efficace, ancorché eseguita con atti firmati digitalmente in formato "CADES", con la conseguente reiezione dell'eccezione sollevata dalla difesa della Provincia.

Ciò posto si passa all'esame, nel merito, delle censure dedotte dalle ricorrenti.

Il primo motivo si articola, invero, in due distinti profili di doglianza.

Innanzitutto, sotto un profilo più marcatamente sostanziale, le ricorrenti contestano il fatto che la commissione ha effettuato la riparametrazione dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche con riferimento ai subcriteri "A.1.1." (15 punti), "A1.2." (15 punti) e "A.1.3." (15 punti), senza procedere ad alcuna riparametrazione né rispetto al "macrocriterio" "A.1" ("Metodologie ed attrezzature per l'esecuzione e l'organizzazione generale") nel suo complesso, per il quale si prevedeva in disciplinare un "Peso Wi 45 punti", né rispetto al punteggio totale previsto per il merito tecnico, in relazione a "A.Elementi di valutazione di natura qualitativa", per il quale si prevedeva in disciplinare un "Peso Wi 75 punti": se, viceversa, fosse stata effettuata almeno una delle due citate, ulteriori, riparametrazioni, come imposto dalla lex specialis di gara, il R.T.I. composto dalle due ricorrenti sarebbe risultato vincitore.

A sostegno di tale prospettazione queste ultime aggiungono che il disciplinare di gara riportava una "Tabella riepilogativa degli elementi di valutazione" delle offerte economiche, indicante i seguenti:

"A – Elementi di valutazione di natura qualitativa. Caratteristiche funzionali, tecnologiche, ambientali:

A1 – Metodologie ed attrezzature per l'esecuzione e l'organizzazione generale. Con riferimento agli aspetti qualitativi dei seguenti elementi: Peso Wi punti 45:

A1.1. Metodologie attrezzature e tecniche che consentano di fresare con precisione, caratteristiche dei mezzi d'opera che si intende impiegare - Saranno valutati: Qualità tecnica dei mezzi in relazione all'anno di costruzione e Disponibilità degli impianti e dimostrazione della disponibilità - Metodologie attrezzature: punti 15.

A1.2. Riduzione degli impatti sulle componenti ambientali, metodi e attrezzature atti a rendere

nulli o minimi gli impatti ambientali. Saranno valutati: - Qualità delle modalità di dimostrazione e/o certificazione della efficacia e affidabilità dei mezzi e dei metodi adottati - Qualità, chiarezza descrittiva dei sistemi di misurazione dei parametri di controllo delle componenti ambientali. - Qualità, efficacia e affidabilità e completezza del piano di monitoraggio ambientale - Qualità efficacia e affidabilità degli strumenti di rilevamento delle componenti ambientali: punti 15.

A1.3 Piano operativo e organizzazione del cantiere con particolare riferimento alle caratteristiche di produttività dei mezzi d'opera, proposte migliorative tendenti alla minimizzazione delle interferenze col traffico e delle altre interferenze a terra. Saranno valutati: - Efficienza generale degli impianti di cantiere - Ottimizzazione delle interferenze e minimizzazione degli spazi di cantiere - Minimizzazione distanza dell'impianto produttivo dall'area di intervento: punti 15.

A2 Soluzioni tecniche migliorative. Con riferimento agli aspetti qualitativi dei seguenti elementi:

A2.1 Soluzioni tecniche migliorative. Saranno valutati: - Incremento lavorazioni asfalti - strutture per la sicurezza stradale - miglioramento risparmio del fattore energetico (led, etc.) - colorazione diversa asfalti in area attraversamento pedonale - aumento fermate con inserimento illuminazione e attraversamenti semaforizzati - introduzione di camminamenti laterali alla EX 131 a servizio degli attraversamenti pedonali tra le fermate: punti 30.

Totale: punti 75”.

E che lo stesso disciplinare recava, inoltre, una “Tabella riepilogativa degli elementi di valutazione di natura quantitativa”, in cui riportava i seguenti:

“B – Elementi di valutazione di natura quantitativa: punti 25

B1 Ribasso d’asta offerto in sede di gara: punti 10

B2 Riduzione dei tempi di esecuzione dell’intervento: punti 15.

Per poi precisare che “La formazione della graduatoria avverrà utilizzando il metodo aggregativo compensatore, basato sulla sommatoria dei coefficienti attribuiti per ciascun criterio, ponderati per il peso relativo del criterio. In simboli: $C_a = \sum_n [W_i * V_{ai}]$ dove: C_a = indice di valutazione dell’offerta (a); n = numero totale dei requisiti; W_i = peso o punteggio attribuito al requisito (i); V_{ai} = coefficiente della prestazione dell’offerta (a) rispetto al requisito (i) variabile tra zero e uno; \sum_n = sommatoria. I coefficienti verranno determinati nel modo seguente: a) per quanto riguarda gli elementi di natura qualitativa (offerta tecnico- organizzativa), attraverso la media dei coefficienti, variabili tra zero ed uno, calcolati da ciascun commissario mediante il "confronto a coppie". Una volta terminati i “confronti a coppie”, per ogni elemento ciascun commissario somma i valori attribuiti a ciascun concorrente e li trasforma in coefficienti compresi tra 0 ed 1 attribuendo il coefficiente pari ad 1 al concorrente che ha conseguito il valore più elevato e proporzionando ad esso il valore conseguito dagli altri concorrenti....b) per quanto riguarda gli elementi di natura quantitativa (offerta economico- temporale), attraverso la seguente formula corrispondente al metodo cosiddetto bilineare: C_i (per $A_i < A_{soglia}$) = $X * A_i / A_{soglia}$; C_i (per $A_i > A_{soglia}$) = $X + (1 - X) * [(A_i - A_{soglia}) / (A_{max} - A_{soglia})]$ dove: C_i = coefficiente attribuito al concorrente i-esimo; A_i = valore dell'offerta (ribasso) del concorrente i-esimo; A_{soglia} = media aritmetica dei valori delle offerte (ribasso sul prezzo) dei concorrenti; $X = 0,90$; A_{max} = valore dell'offerta (ribasso) più conveniente. Il punteggio finale si otterrà sommando i punteggi parziali relativi agli elementi dell'offerta tecnico-organizzativa con quello relativo all'offerta economico-temporale e risulterà aggiudicataria l'impresa che avrà conseguito il punteggio più alto”.

Ciò premesso le ricorrenti sostengono che -dal confronto, all'interno del punto 13 del disciplinare di gara, tra la "Tabella riepilogativa degli elementi di valutazione" e la formula del metodo aggregatore compensatore ($Ca = \sum_n [Wi * Vai]$)- sia evidente che la parametrizzazione avrebbe dovuto essere effettuata in base all'elemento "Peso Wi " riferito ai "macrocriteri", cioè: all'Elemento "A" (con un peso complessivo di 75 punti), agli elementi "A1" (con un peso di 45 punti) e agli Elementi "A2" (con un peso di 30 punti), in quanto nella stessa Tabella riepilogativa il "Peso Wi " è inserito, per l'appunto, nelle colonne in cui i predetti macrocriteri si incasellano e non, invece, nella parte in cui sono descritti i sottocriteri "A1.1", "A1.2" e "A1.3" (per i quali sono previsti 15 punti ciascuno) cui la stazione appaltante ha (erroneamente, secondo le ricorrenti), riferito la riparametrizzazione.

Per supportare ulteriormente questa tesi le ricorrenti sostengono che le invocate modalità di (doppia, se non addirittura tripla) riparametrizzazione riferita ai "macrocriteri", oltre a essere prevista dal disciplinare di gara, sia ontologicamente insita nel prescelto "metodo aggregativo compensatore" prescelto dalla lex specialis, quale condizione indispensabile per conservare la corretta proporzione tra i criteri di valutazione e i pesi che gli stessi rivestono nell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, così da scongiurare un rischio di alterazione del rapporto tra i punteggi collegati al profilo tecnico e i punteggi connessi a quello economico, nonché, infine, per evitare che i concorrenti possano offrire qualunque ribasso (anche del 100%) senza doversi sottoporre alla c.d. verifica obbligatoria di congruità; difatti, secondo le ricorrenti, "seppure il concorrente col maggior punteggio sull'offerta tecnica (55,45) assegnato (erroneamente) dalla commissione di gara avesse formulato un ribasso assolutamente incongruo sul tempo (un solo giorno per eseguire i lavori, quindi con l'assegnazione di 15 punti), avrebbe ottenuto un punteggio totale sulla somma dei due parametri tecnico e temporale pari a 70,45, ancora inferiore alla soglia dei 4/5 di anomalia [pari a $4/5 (0,80)$ di 90 ($75+15$) = 72,00]".

Con riferimento a questa specifica doglianza la resistente Provincia eccepisce, prima di tutto, la tardività della stessa, evidenziando che:

alla seduta pubblica del 18 novembre 2016, di cui al verbale n. 5, era presente un rappresentante della Icort s.r.l., mandataria del raggruppamento e in quella sede erano stati letti pubblicamente i punteggi attribuiti all'offerte tecniche, prima di passare all'esame delle buste relative ai criteri quantitativi, per cui già dal 18 novembre 2016 il RTI avrebbe avuto contezza del fatto che la commissione non aveva proceduto a riparametrare le offerte tecniche in base ai macrocriteri; difatti il punteggio per il merito tecnico conseguito dal RTI (pari a 55,45) sarebbe stato tale da evidenziare sin da subito che nessuna impresa aveva ottenuto il massimo punteggio per la sommatoria A1+A2 (ovvero 75);

in quel momento, inoltre le ricorrenti già avrebbero acquisito contezza della lesività per loro del metodo utilizzato dalla commissione, in quanto la graduatoria finale è stata stilata proprio durante quella seduta pubblica, per cui dalla data della stessa avrebbe cominciato a decorrere il termine d'impugnazione, con la conseguenza che il ricorso in esame, avviato alla notifica in data 23.1.2017, sarebbe tardivo.

Tale eccezione è priva di pregio.

Ciò che, infatti, le ricorrenti contestano non è un provvedimento di esclusione, bensì il punteggio attribuito a sé e alle concorrenti; si contesta, in altre parole, l'aggiudicazione della gara al RTI

controinteressato e, al riguardo, nessuno ha mai dubitato che il termine d'impugnazione decorra dalla comunicazione dell'aggiudicazione alla concorrente interessata, nel caso di specie intervenuta con nota della Provincia in data 23 dicembre 2016 (vedi narrativa); ciò vale tanto più a seguito dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, cui la procedura in esame è sottoposta *ratione temporis*, ove all'art. 204 è stato introdotto, a modifica dell'art. 120 del c.p.a., il comma 2-bis dello stesso art. 120, in forza del quale è "...inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività".

Pertanto, una volta individuato correttamente il *dies a quo* del termine d'impugnazione al 23 dicembre 2016, data in cui le ricorrenti hanno ricevuto comunicazione dell'aggiudicazione, il primo motivo di ricorso risulta tempestivo, giacché il gravame è stato avviato alla notifica in data 23 gennaio 2017, considerando che il 22 gennaio 2017, trentesimo giorno, cadeva di domenica. Passando all'esame della censura nel merito, le stessa si rivela infondata.

Va evidenziato, in primo luogo che la *lex specialis* di gara non recava alcuna previsione in ordine alla necessità della doppia (se non tripla) riparametrazione invocata dalle ricorrenti e, viceversa, conteneva alcune previsioni che -implicitamente ma univocamente- depongono in direzione opposta

Difatti il disciplinare, nel descrivere il modo in cui la commissione avrebbe dovuto giungere all'attribuzione dei punteggi finali, prevedeva, "in sequenza", che:

"la formazione della graduatoria avverrà utilizzando il metodo aggregativo compensatore, basato sulla sommatoria dei coefficienti attribuiti per ciascun criterio, ponderati per il peso relativo del criterio...;

per quanto riguarda gli elementi di natura qualitativa (offerta tecnico-organizzativa), attraverso la media dei coefficienti, variabili tra zero ed uno, calcolati da ciascun commissario mediante il "confronto a coppie;

una volta terminati i "confronti a coppie", per ogni elemento ciascun commissario somma i valori attribuiti a ciascun concorrente e li trasforma in coefficienti compresi tra 0 ed 1 attribuendo il coefficiente pari ad 1 al concorrente che ha conseguito il valore più elevato e proporzionando ad esso il valore conseguito dagli altri concorrenti...;

il punteggio finale si otterrà sommando i punteggi parziali relativi agli elementi dell'offerta tecnico-organizzativa con quello relativo all'offerta economico-temporale e risulterà aggiudicataria l'impresa che avrà conseguito il punteggio più alto".

Pertanto il disciplinare era chiarissimo nel prevedere che il confronto a coppie dovesse essere effettuato "su ogni singolo elemento" di valutazione (quindi su A.1.1., A.11.2., etc.; vedi *supra*) e che, all'esito di ciascun relativo raffronto, al concorrente che avesse ottenuto il valore più elevato riportato all'unità (1 punto) dovesse essere attribuito il punteggio massimo previsto per l'elemento di volta in volta considerato: operazione, questa, evidentemente possibile soltanto riferendo la riparametrazione dei punteggi ai singoli elementi di valutazione, invece che ai punteggi previsti "a corpo" per i "macrocriteri", come vorrebbe parte ricorrente.

Infine il disciplinare stabiliva che -una volta effettuato il confronto a coppie sui singoli elementi- si dovesse direttamente procedere alla somma dei "punteggi parziali relativi agli elementi dell'offerta tecnico organizzativa con quello relativo all'offerta economico-temporale", con ciò

implicitamente escludendo l'esistenza di "passaggi intermedi" tra l'attribuzione dei punteggi riferiti ai singoli elementi di merito qualitativo e la somma degli stessi con quelli riferiti agli elementi quantitativi.

Ciò posto assume rilievo dirimente il fatto che la parametrizzazione dei punteggi possa essere effettuata solo se (e nei limiti in cui sia) prevista dal bando, secondo un condivisibile orientamento della giurisprudenza ove si ricollega questo assunto alla necessità di evitare che l'esito della gara possa essere influenzato da scelte della commissione che potrebbero addirittura "sconfinare nell'arbitrio" e che, comunque, potrebbero influenzare in modo decisivo il risultato finale; si veda, *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 27 gennaio 2016, n. 266, secondo cui "Nel sistema degli appalti pubblici nessuna norma di carattere generale impone, per le gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta più vantaggiosa, l'obbligo della stazione appaltante di attribuire alla migliore offerta tecnica in gara il punteggio massimo previsto dalla *lex specialis*, mediante il criterio della c.d. doppia riparametrizzazione atteso che nelle gare da aggiudicarsi con detto criterio la riparametrizzazione ha la funzione di ristabilire l'equilibrio fra i diversi elementi qualitativi e quantitativi previsti per la valutazione dell'offerta solo se e secondo quanto voluto e disposto dalla stazione appaltante con il bando, con la conseguenza che l'operazione di riparametrizzazione deve essere espressamente prevista dalla legge di gara per poter essere applicata e non può tradursi in una modalità di apprezzamento delle offerte facoltativamente introdotta dalla commissione giudicatrice; infatti la discrezionalità che pacificamente compete alla stazione appaltante nella scelta, alla luce delle esigenze del caso concreto, dei criteri da valorizzare ai fini della comparazione delle offerte, come pure nella determinazione della misura della loro valorizzazione, non può non rivestire un ruolo decisivo anche sul punto della c.d. riparametrizzazione che, avendo la funzione di preservare l'equilibrio fra i diversi elementi stabiliti nel caso concreto per la valutazione dell'offerta (e perciò di assicurare la completa attuazione della volontà espressa al riguardo dalla stazione appaltante), non può che dipendere dalla stessa volontà e rientrare quindi già per sua natura nel dominio del potere di disposizione *ex ante* della stessa Amministrazione"; conformi Consiglio di Stato, Sez. III, 25 febbraio 2016, n. 749; T.A.R. Sardegna, Sez. I, 10 agosto 2016, n. 689; T.A.R. Sardegna, Sez. I, 25 giugno 2016, n. 528; da ultimo T.A.R. Sardegna, Sez. I, 21 marzo 2017, n. 200, e T.A.R. Milano, Sez. I, 10 gennaio 2017, n. 49, ove si richiamano anche le Linee guida n. 2 sull'offerta economicamente più vantaggiosa approvate dall'ANAC con delibera 21 settembre 2016 e il relativo parere del Consiglio di Stato.

Non coglie, poi, nel segno l'ulteriore argomentazione prospettata dalle ricorrenti, secondo cui il metodo di riparametrizzazione utilizzato dalla commissione finirebbe per sottrarre le concorrenti alla verifica di congruità economica dell'offerta, consentendo offerte "senza limite di ribasso": sul punto è sufficiente richiamare una recente e condivisibile pronuncia della V Sezione del Consiglio di Stato, 30 gennaio 2017, n. 373, secondo cui "La disciplina della riparametrizzazione dei punteggi risponde alla finalità di garantire, in sede di concreta assegnazione dei punteggi, l'equilibrio previsto dalla *lex specialis* tra punteggio tecnico ed economico, e non a quella di far emergere situazioni di ipotetica anomalia dell'offerta. La precedenza della valutazione dell'anomalia dell'offerta alla riparametrizzazione, consente di ancorare le verifiche del superamento della soglia di sbarramento e di quella di anomalia al punteggio attribuito dalla commissione all'offerta tecnica e non al punteggio riparametrato, che è una conseguenza di un artificio necessario per rendere

comparabili i punteggi per la parte tecnica e per la parte economica” (conforme Consiglio di Stato, Sez. III, 1 agosto 2016, n. 3455).

Né, infine, assume alcun rilievo la collocazione della dicitura “Peso Wi” nella Tabella riassuntiva di cui all’art. 13 del disciplinare, ove tale dicitura si trova “incolonnata” insieme ai macrocriteri invece che agli elementi di valutazione: si tratta, infatti, con assoluta evidenza, di un materiale errore “di incolonnamento”, che non può comportare il travolgimento dell’impostazione complessiva del disciplinare, nei termini sopra descritti.

Ugualmente privo di pregio è il secondo profilo di censura oggetto del primo motivo, con cui le ricorrenti sostengono che dai verbali non sarebbe dato evincere quando e da chi la parametrizzazione dei punteggi tecnici sia stata effettuata, non risultandone traccia nei verbali delle sedute riservate della sottocommissione tecnica, nei documenti alla stessa allegati e sottoscritti dai suoi tre componenti e neppure nel successivo verbale della commissione di gara del 18 novembre 2016.

Al riguardo si deve osservare, in fatto, che:

dal verbale della seduta pubblica della commissione in data 18 novembre 2016 risulta che: “il Presidente comunica le risultanze dell’attività di valutazione delle offerte tecniche, mediante lettura, in ordine decrescente dei punteggi conseguiti da ciascuna offerta così come determinati e riepilogati dalla sottocommissione tecnica in apposita tabella, depositata agli atti di gara, i cui dati, riassunti nel seguente prospetto, sono visualizzati con arrotondamento alla seconda cifra decimale: 1. RTI Icort s.r.l./Tilocca s.r.l. 55,45. 2. RTI Rinac s.r.l./Mascia Danilo Giuseppe s.r.l. 54,75....”;

nel foglio denominato “Riepilogo A”, consegnato alla ricorrenti all’esito dell’accesso agli atti, si riportano i punteggi, sia singoli (ossia distinti per ciascun sub elemento qualitativo “A1.1”, “A1.2”, “A1.3” e “A2.1”) che sommati assegnati alle varie offerte tecniche;

dal verbale della seduta della sottocommissione per la valutazione delle offerte tecniche in data 17 novembre 2016 (prodotto quale Allegato 7 di parte ricorrente e denominato “VERBALI DELLE SEDUTE RISERVATE DELLA SOTTOCOMMISSIONE TECNICA”) si evince che nella predetta seduta la Sottocommissione tecnica ha esaminato e valutato le offerte tecniche, giungendo infine, ad attribuire i punteggi (sul punto si vedano anche gli allegati al verbale della predetta riunione), tanto che il verbale stesso si conclude con l’espressa precisazione, da parte della Sottocommissione tecnica, che la stessa “termina le operazioni di valutazione delle offerte, predisponendo le tabelle contenenti i dati numerici relativi alle valutazioni derivanti dal confronto a coppie, così come previste dal disciplinare di gara. Tali tabelle vengono poi trasferite al Presidente della Commissione affinché siano valutate ai fini dell’aggiudicazione nel corso della seduta pubblica”.

Pertanto può tranquillamente ritenersi che il sopra citato “Riepilogo A” -ove, come detto, sono riportati i punteggi assegnati alle varie offerte tecniche- riepiloghi efficacemente gli esiti dell’attività istruttoria svolta dalla Sottocommissione tecnica e che tali esiti siano stati, poi, recepiti dalla Commissione di gara nella richiamata seduta pubblica del 18 novembre 2016, ove tale “passaggio procedimentale” è stato descritto a verbale in forma sintetica e riassuntiva, senza che ciò infici la regolarità della procedura

Si può, quindi, passare al secondo motivo, con cui le ricorrenti sostengono che il RTI Rinac

s.r.l./Mascia Danilo Giuseppe s.r.l. avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per non aver presentato, unitamente al modulo di offerta economico-temporale, un computo metrico estimativo dei lavori, che nel caso in esame sarebbe elemento indispensabile dell'offerta per le seguenti ragioni: - perché l'appalto di cui si discute è, in massima parte, "a misura" e perciò basato su un progetto esecutivo accompagnato da un elenco prezzi e da un computo metrico estimativo; - perché in assenza di un computo metrico allegato all'offerta la stazione appaltante non sarebbe stata messa in condizione di valutare una variante o una proposta migliorativa, né di contabilizzare e liquidare, per singoli stati di avanzamento, le opere oggetto della variante, che per definizione sono diverse da quelle descritte nel progetto posto a base di gara.

A ulteriore sostegno della propria tesi le ricorrenti evidenziano, altresì, che:

la relativa questione -già sollevata nel preavviso di ricorso del 21 novembre 2016 (vedi narrativa)- aveva trovato positivo riscontro da parte del Presidente della Sottocommissione tecnica, il quale con nota del 19 dicembre 2016 aveva chiesto al RUP di esprimersi riguardo al fatto che "Nel punto 1.5 del disciplinare di gara è specificato che il pagamento delle prestazioni avverrà "a corpo e a misura", ciò implica che all'interno della busta "C-Offerta economico temporali" debba essere presente anche l'offerta a prezzi unitari, il cui modello è stato pubblicato insieme agli elaborati progettuali sul sito della Provincia, oltre al "prezzo globale che il concorrente richiede per l'esecuzione dei lavori, inferiore al prezzo complessivo dell'appalto, al netto del costo degli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso, espresso in cifre e in lettere e il conseguente ribasso percentuale, anch'esso espresso in cifre e lettere, rispetto all'importo dei lavori posto a base di gara"; .. Si resta in attesa di riscontro in merito, volto a verificare l'opportunità di un eventuale provvedimento di revoca degli atti afferenti la gara in sede di autotutela. La presente riveste carattere di urgenza"; nonostante questo il Dirigente del Settore Appalti e Contratti, nonché Presidente della Commissione di gara, senza attendere la risposta del RUP (mai arrivata), aveva proceduto ad aggiudicare l'appalto al RTI controinteressato;

sul punto sarebbe irrilevante la precisazione fornita dalla stazione appaltante (nel senso della non necessità di allegare il computo metrico) in risposta a un quesito formulato in corso di gara da altro concorrente (il Consorzio Aedars) e questo perché il quesito e la relativa risposta non sono mai stati pubblicati sul sito della Provincia di Sassari e "come tali non assumono nessuna rilevanza giuridica" secondo le ricorrenti, le quali, comunque, impugnano, ove necessario, anche la suddetta "risposta al quesito", ritenendola illegittimamente modificativa della lex specialis di gara.

La censura non merita di essere condivisa.

Essa trova smentita, prima di tutto, nel tenore testuale dell'art. 16 del disciplinare di gara, ove si descrive il contenuto della "BUSTA C", destinata all'offerta economico-temporale, precisando che la busta stessa "dovrà contenere, a pena di esclusione, la seguente documentazione: 1. dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante o da un suo procuratore, sulla quale dovrà essere applicata una marca da bollo di € 16,00, contenente l'indicazione: 1a - del prezzo globale che il concorrente richiede per l'esecuzione dei lavori, inferiore al prezzo complessivo dell'appalto, al netto del costo degli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso, espresso in cifre e in lettere e il conseguente ribasso percentuale, anch'esso espresso in cifre ed in lettere, rispetto all'importo dei lavori posto a base di gara; 1b - della riduzione dei tempi di esecuzione dell'intervento con l'indicazione della percentuale di ribasso espresso in cifre e in lettere rispetto al tempo

contrattuale previsto all'art. 2.20 del CSA": pertanto la norma del disciplinare specificamente dedicata alla descrizione del contenuto dell'offerta economico-temporale, che parte ricorrente non ha impugnato, non contiene alcun cenno alla necessità di allegare anche un computo metrico estimativo.

Inoltre la doglianza in esame si fonda sull'erroneo presupposto che i concorrenti dovessero presentare proposte di variante al progetto esecutivo a base di gara, mentre la lex specialis di gara faceva piuttosto riferimento, in diverse parti del disciplinare, alla presentazione di "soluzioni tecniche migliorative", concetto differente da quello di "variante".

In particolare la relativa distinzione è stata ben scolpita da Consiglio di Stato, Sez. V, 21 dicembre 2012, n. 6615, secondo cui le soluzioni tecniche migliorative "si differenziano dalle varianti perché possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati "aperti" a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione del pregio delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'amministrazione. Come precisato da questa Sezione (sentenza 29 marzo 2011, n. 1925), si tratta di "variazioni migliorative rese possibili dal possesso di peculiari conoscenze tecnologiche", direttamente riferibili alle singole forniture e le lavorazioni in cui si sostanzia l'opera, in virtù delle quali quest'ultima può risultare meglio rispondente al quadro delle esigenze funzionali poste a base della progettazione ed ai relativi aspetti qualitativi, come predeterminati nel progetto preliminare ai sensi dell'art. 17 d.p.r. n. 207/2010. Le varianti, invece, si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante preventiva autorizzazione contenuta nel bando di gara ex art. 76 d.lgs. n. 163/2006, sopra citato, e l'individuazione dei relativi requisiti minimi (comma 3 della citata disposizione), che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un aliud rispetto a quella prefigurata dall'amministrazione, pur tuttavia consentito... Né giova richiamarsi al precedente di questa Sezione costituito dalla sentenza 18 novembre 2011, n. 6091. In detta pronuncia si è infatti confermata la legittimità dell'esclusione dalla gara, disposta in applicazione di una puntuale comminatoria espulsiva contenuta nella relativa legge speciale, di un'impresa che aveva inserito nell'elenco prezzi le migliori offerte, come appunto pretenderebbe l'ATI appellante. In linea con quanto sopra osservato giova sottolineare che tale decisione è stata argomentata avuto in particolare riguardo al fatto che la finalità di aggiungere o integrare la lista prezzi predisposta dalla stazione appaltante nell'ambito delle sole categorie di lavorazioni e forniture in essa prevista risponde all'esigenza che l'offerta esprima "un consapevole calcolo relativo ad ogni voce indicata dalla stazione appaltante, soddisfacendo esigenze di certezza, di celerità e di imparzialità". Orbene la differenza tra varianti e soluzioni tecniche migliorative assume rilievo, tra l'altro, anche ai fini della questione ora sottoposta al Collegio, cioè in relazione alla necessità (o meno) che l'offerta economica sia accompagnata da un computo metrico indicante i prezzi unitari delle lavorazioni e dei materiali; difatti, in conformità a un orientamento giurisprudenziale prevalente e senz'altro condivisibile, deve escludersi che l'omessa inclusione nell'offerta economica del prezzo specificamente riferibile a una "soluzione tecnica migliorativa" (invece che a una "variante", per la quale valgono altri principi e regole) comporti sostanziale incertezza in ordine all'entità dell'offerta economica, per cui tale mancanza non può condurre all'esclusione della concorrente interessata

dalla gara, come affermato chiaramente da Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 maggio 2013, n. 2726, secondo cui “La mancata indicazione del valore economico dell’offerta migliorativa proposta e la computazione della soluzione progettuale stralciata -mediante l’applicazione dei prezzi di progetto e non mediante quelli offerti- non hanno quindi inciso sulla certezza dell’offerta economica, atteso che il prezzo doveva essere determinato sulla base della lista delle categorie poste a base di gara e non doveva tener conto della proposta migliorativa” (si veda, in senso conforme, Consiglio di Stato, Sez. V, 24 ottobre 2013, n. 5160); difatti “l’obbligo imposto ai concorrenti dall’art. 119 del d.p.r. n. 207 del 2010 di verificare le voci delle lavorazioni e forniture di cui si compone l’offerta attiene alla corrispondenza di queste con gli elaborati progettuali a base di gara, ma non si estende alle migliorie offerte”, per cui “Gli oneri economici rivenienti da queste ultime trovano compensazione all’interno dell’offerta economica presentata senza che per questa ragione l’offerta possa ritenersi indeterminata o generica, pena altrimenti la disomogeneità delle basi su cui la stazione appaltante è tenuta ad effettuare le proprie valutazioni e l’impossibilità di determinare il corrispettivo finale nel caso in cui la medesima stazione appaltante non accetti le migliorie”: così, testualmente, Consiglio di Stato, Sez. V, 23 giugno 2016, n. 2803.

Pertanto la censura in esame deve essere respinta, il che rende irrilevante anche la questione mossa da parte ricorrenti in ordine alla risposta a un quesito fornita dalla stazione appaltante in corso di gara, giacché, come si è visto, la doglianza è da considerare infondata anche a prescindere da tale risposta.

Resta da esaminare il terzo motivo, con cui le ricorrenti denunciano la violazione dell’art. 77 del Codice dei contratti pubblici e del “Regolamento provinciale degli appalti e contratti”, sulla base della seguente prospettazione:

la dianzi citata norma primaria esige che la nomina in commissione sia riservata a esperti nello specifico settore cui afferisce l’oggetto del contratto e, soprattutto, precisa al comma 12 -ribadito dall’art. 212, comma 12, dello stesso Codice- che sino all’adozione della nuova disciplina in materia di iscrizione all’Albo dei commissari di gara tenuto dall’ANAC le commissioni continuano a essere nominate dall’organo della stazione appaltante competente a effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, “secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante”;

al fine di dare attuazione a tale previsione normativa la Provincia di Sassari, con deliberazione dell’Amministratore straordinario 5 agosto 2016, n. 14, ha modificato il proprio “Regolamento provinciale degli appalti e contratti”, individuando i criteri per la nomina dei commissari di gara e stabilendo che -negli appalti da aggiudicare con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa- possa far parte della commissione soltanto “il personale appartenente alla categoria D”;

tale disposizione risulterebbe violata nel caso ora in esame, giacché un componente della commissione di gara e della sottocommissione tecnica -l’arch. Gianluca Pau- non apparterebbe alla categoria D, il che inficerebbe l’intera procedura selettiva.

La censura è infondata.

L’art. 30 del “Regolamento provinciale degli appalti e contratti” (cfr. doc. 12 di parte resistente) stabilisce, in termini generali, che la “Commissione giudicatrice è presieduta dal Dirigente competente alla procedura di gara. I commissari diversi dal presidente sono selezionati fra i

funzionari”, senza richiedere che questi ultimi rientrino in alcuna Categoria specifica.

La successiva deliberazione 5 agosto 2016. n. 14 (cfr. doc. 13 di parte resistente) -con cui l'Amministratore straordinario della Provincia di Sassari ha approvato alcuni nuovi criteri per la nomina dei commissari, ai sensi degli artt. 77, comma 12 e 212 del d.lgs. n. 50/2016, tra cui la citata limitazione al personale di categoria D- è espressamente riferita “agli appalti sopra la soglia comunitaria da aggiudicare con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa” (cfr. il 2° e il 6° capoverso della parte motiva): pertanto tale nuova disciplina interna non è applicabile al caso ora in esame, che riguarda un appalto di importo inferiore alla soglia comunitaria, come noto fissata dall’art. 35 del d.lgs. n. 50/2016, per gli appalti di lavori, in euro 5.225.000,00, mentre quello di cui ora si discute ha un importo a base d’asta di 3.165.372,52.

Pertanto, una volta esclusa l’incidenza della nuova disciplina regolamentare, la censura in esame rivela appieno la propria infondatezza, essendo ormai consolidato nella giurisprudenza, anche di questa Sezione, il principio secondo cui -salvo casi particolari, connotati da norme ad hoc e/o da un oggetto contrattuale intriso di particolare tecnicismo- la competenza tecnica della commissione di gara deve essere verificata alla luce delle esperienze professionali, tecniche e amministrative, di tutti i suoi componenti, senza eccessivo rigore e operando una valutazione di carattere complessivo (si veda ex multis, da ultimo, T.A.R. Pescara, Sez. I, 5 gennaio 2017, n. 16, secondo cui: “Ai fini della composizione delle commissioni di gara nella vigenza del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, non è necessario che l’esperienza professionale di ciascun componente la commissione giudicatrice copra tutti gli aspetti oggetto della gara, potendosi le professionalità dei vari membri integrare reciprocamente, in modo da completare ed arricchire il patrimonio di cognizioni della commissione, purché idoneo, nel suo insieme, ad esprimere le necessarie valutazioni di natura complessa, composita ed eterogenea; ciò tenuto altresì conto che la competenza tecnica non deve essere necessariamente desunta da uno specifico titolo di studio, potendo viceversa risultare da incarichi svolti e attività espletate”): nel caso di specie, come puntualmente espone la Provincia nelle proprie memorie difensive, l’arch. Pau, in possesso di laurea specialistica e dipendente dell’Amministrazione dal dicembre 2000, opera da tempo quale “Istruttore Tecnico” nel Settore Viabilità -svolgendo compiti di Gestione (progettazione, direzione lavori, etc.) e Programmazione dei Lavori Pubblici- cioè proprio nel Settore deputato alla gestione delle strade provinciali e, perciò, della progettazione ed esecuzione degli interventi di realizzazione di nuove strade, nonché di riqualificazione e manutenzione di quelle esistenti, quindi ha svolto mansioni perfettamente pertinenti all’oggetto di gara, il che definitivamente smentisce la fondatezza della censura in esame.

Per quanto premesso la domanda di annullamento degli atti impugnati è infondata, con il conseguente rigetto, oltre che della stessa, anche delle ulteriori (e connesse) domande risarcitorie e di accertamento.

Sussistono, comunque, giusti motivi per la compensazione delle spese processuali, vista l’obiettivo complessità della res controversa.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 5 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Caro Lucrezio Monticelli, Presidente

Antonio Plaisant, Consigliere, Estensore

Gianluca Rovelli, Consigliere

Pubblicato il 19/04/2017
N. 01818/2017REG.PROV.COLL.
N. 06426/2016 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 6426 del 2016, proposto da:

Giator 82 lavori s.r.l., in persona dell'amministratore unico e legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Avilio Presutti, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, piazza San Salvatore in Lauro 10;

contro

Agenzia del Demanio, ANAC – Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi 12;

nei confronti di

Elite Insurance Company Ltd, Olimpia Agency s.p.a., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LIGURIA, SEZIONE II, n. 756/2016, resa tra le parti, concernente una procedura di affidamento di un accordo quadro per i lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria su immobili in uso alle amministrazioni dello Stato

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Agenzia del Demanio e dell'Autorità Nazionale Anticorruzione;

Vista l'ordinanza cautelare della Sezione n. 4724 del 20 ottobre 2016;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 aprile 2017 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Presutti e l'avvocato dello Stato Figliolia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale della Liguria la Giator 82 Lavori s.r.l. impugnava il provvedimento di esclusione dalla procedura aperta per l'affidamento di un accordo quadro ex art. 59 dell'allora vigente codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163) per lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria sugli immobili in uso alle amministrazioni dello Stato, disposta nei suoi confronti dalla stazione appaltante Agenzia del Demanio – direzione regionale Liguria (provvedimento del 27 luglio 2015 prot. 2015/7218/DR-LIG).

2. L'esclusione era stata disposta per mancanza dei requisiti tecnici, ed in particolare perché il ramo d'azienda acquistato in data 4 dicembre 2013 dalla società Ediltech lavori s.r.l. riguardava l'attività svolta nelle categorie di qualificazione quale esecutore di lavori pubblici OG1 ed OG3 e non anche le categorie OG2 ed OG11, per cui i corrispondenti certificati di fine lavori rilasciati alla cedente Ediltech Lavori s.r.l. non sarebbero utili per dimostrare il possesso di queste ultime qualificazioni.

3. La Giator 82 Lavori impugnava anche il provvedimento adottato dal responsabile unico del procedimento in riscontro alla suo preavviso di ricorso contro il provvedimento di esclusione, censurandolo perché contenente ragioni di esclusione ulteriori e non esplicitate in precedenza (nota del 4 agosto 2015, n. 2015/7558/DR-LIG).

4. Con successivi motivi aggiunti la ricorrente impugnava anche l'atto con cui l'Agenzia del Demanio escuteva la polizza fideiussoria rilasciata a titolo di cauzione provvisoria (nota del 29 aprile 2016, prot. 2016/4677/DR-LIG), sia in via derivata rispetto alla presupposta esclusione che in via autonoma.

5. Nel contestare il presupposto posto a base dell'esclusione, la Giator 82 Lavori specificava di non avere interesse alla riammissione alla procedura, ma di avere impugnato questo provvedimento all'esclusivo fine di evitare l'escussione della cauzione e la segnalazione all'Autorità nazionale anticorruzione.

6. Con la sentenza in epigrafe il Tribunale amministrativo adito respingeva l'impugnazione.

Il giudice di primo grado statuiva che in base al contratto di cessione il ramo d'azienda acquistato dalla Giator 82 Lavori non aveva riguardato le categorie di qualificazione OG2 ed OG11, ma solo quelle ivi espressamente menzionate, OG1 e OG3, e che a fronte del carattere esaustivo delle motivazioni a base dell'esclusione le ulteriori precisazioni formulate in risposta al preavviso di ricorso da parte del responsabile unico del procedimento assumevano «carattere ultroneo e sovrabbondante».

Con riguardo all'escussione della cauzione provvisoria, il Tribunale amministrativo ne affermava la legittimità, quale conseguenza automatica di tipo sanzionatorio derivante dal presupposto accertamento della carenza dei requisiti di qualificazione.

7. Per la riforma della sentenza la Giator 82 Lavori ha proposto appello, al quale resistono l'Agenzia del demanio e l'Autorità nazionale anticorruzione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo la Giator 82 Lavori ripropone la censura con cui contesta i presupposti dell'esclusione disposta in proprio danno e reitera l'assunto secondo cui nel ramo d'azienda acquisito dalla Ediltech Lavori sarebbero comprese le categorie di qualificazione OG2 ed OG11. L'appellante deduce al riguardo che sebbene non espressamente contemplate nell'atto di cessione (all'art. 2), queste categorie devono comunque ritenersi trasferite a proprio favore, in ragione della clausola contrattuale contenuta nell'atto di cessione del ramo d'azienda, secondo cui sono trasferiti con esso ed in via generale i requisiti tecnici, organizzativi ed economico finanziari di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, oltre ad una serie di contratti della cedente idonei a fare conseguire alla cessionaria le qualificazioni in questione (art. 3).

2. Nel motivo in esame la Giator 82 Lavori censura inoltre la contraria statuizione del giudice di primo grado, il quale ha invece ritenuto che i contratti ceduti riguardino le sole categorie OG1 e OG3. L'appellante sottolinea in contrario che tra tali contratti vi è quello relativo ai lavori eseguiti presso la caserma dei carabinieri di Rieti, dai quali è conseguita la qualificazione della Ediltech Lavori nelle categorie OG2 e OS30, quest'ultima equipollente alla OG11.

3. Il motivo non può essere accolto.

Depone in senso contrario agli assunti della Giator 82 Lavori l'interpretazione letterale e complessiva dell'atto di cessione di ramo d'azienda tra la Ediltech Lavori s.r.l. e l'odierna appellante.

Nella lettera a) delle premesse dell'atto la cedente dichiara e garantisce che «il ramo d'azienda svolge la propria attività così descritta: - Costruzioni di edifici civili e industriali (sigla OG1 classifica III); - Costruzione, manutenzione e ristrutturazioni di strade, autostrade, ponti, viadotti, ferrovie, metropolitane (sigla OG3, classifica III)»; nella lettera f) si precisa che il ramo d'azienda che la Ediltech Costruzioni intende cedere svolge attività di impresa consistente nell'«esecuzione dei lavori nella categoria OG1 e OG3». Quindi, alla lettera g) delle premesse in esame la Ediltech Lavori s.r.l. dichiara e garantisce che «ad acquisto avvenuto sarà possibile alla società acquirente richiedere ed ottenere da parte di una SOA regolarmente autorizzata l'attestazione di qualificazione alla esecuzione delle attività cedute».

4. Passando poi alle pattuizioni contrattuali, l'art. 2 regola la cessione del ramo d'azienda «descritto al punto f) delle premesse», mentre il successivo art. 3 precisa che nella cessione sono compresi «i requisiti tecnici, organizzativi ed economico-finanziari di cui all'art. 79 del D.P.R. n. 207 del 2010, così come desunti dai documenti tecnico-contabili, fiscali e tributari». Per quanto rileva ai fini del presente giudizio, il medesimo atto di cessione prevede al successivo art. 6 l'impegno della società cedente «a consegnare i certificati di esecuzione dei principali lavori da essa svolti nell'ultimo decennio per mezzo del ramo d'azienda oggetto del presente atto» ai fini di consentire alla cessionaria di «avvalersi, ai sensi e per gli effetti di cui al comma 9 dell'art. 15 del detto D.P.R. 2000 n. 34 (e successive modificazioni previste nel D.P.R. 207/2010), dei requisiti posseduti dal ramo d'azienda oggetto del presente atto».

5. Dalle premesse e dalle clausole del contratto sopra esaminate si trae innanzitutto conferma delle conclusioni cui è giunto il Tribunale amministrativo e cioè che l'atto di cessione tra la Ediltech Lavori e l'odierna appellante riguarda soltanto il ramo d'azienda operante nell'esecuzione dei lavori relativo alle categorie di qualificazione SOA OG1 ed OG3: le uniche espressamente menzionate, contrariamente alle ulteriori categorie OG2 e OS30. Pertanto, tutti gli impegni assunti

dalla cedente, tra i quali in particolare quello di fornire la documentazione necessaria a consentire alla cessionaria di qualificarsi riguarda le sole categorie espressamente indicate nell'atto.

6. Non è poi possibile valorizzare in senso contrario la clausola di portata generale contenuta nell'art. 3 dell'atto di cessione, come invece pretende la Giator 82 Lavori.

Nella sua ampia formulazione, laddove essa fa riferimento in genere ai requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria, la clausola deve essere intesa in funzione di specificazione dell'effetto traslativo inerente al ramo d'azienda ceduto ai sensi del precedente art. 2.

7. Con riguardo invece ai contratti di appalto di lavori ivi espressamente menzionati, questi ultimi non possono ritenersi sufficienti a ritenere acquisita la qualificazione SOA in categorie ulteriori a quelle espressamente indicate.

8. Quanto ora rilevato è confermato dai documenti agli atti del presente giudizio.

Infatti, il certificato di esecuzione dei lavori in data 4 febbraio 2015 della Provincia di Rieti per i lavori di riparazione e miglioramento sismico dell'immobile caserma dei carabinieri del capoluogo provinciale - il cui contratto è incluso tra quelli ceduti alla Giator 82 Lavori elencati nell'art. 3 e sulla base del quale questa pretende di qualificarsi anche nelle categorie OG2 e OS30 (corrispondente alla OG11) - è stato rilasciato alla cedente Ediltech Lavori dalla Provincia di Rieti e non invece all'odierna appellante.

Occorre al riguardo rilevare che il documento in questione è successivo alla cessione di ramo d'azienda sulla cui base si sarebbe stato il trasferimento anche di queste due categorie e ciò nondimeno è stato emesso a favore della cedente. Ciò sta dunque a significare che la Giator 82 Lavori non ha acquistato le qualificazioni necessarie per la procedura di gara in contestazione.

9. Come poi rilevano le amministrazioni resistenti, ai sensi dell'art. 76 d.P.R. n. 207 del 2010, nei casi di vicende traslative di aziende qualificate per l'esecuzione di lavori pubblici, tra cui anche la cessione dei relativi rami operanti in questo settore, il nuovo soggetto può avvalersi per la qualificazione dei requisiti posseduti dalle imprese che ad esso hanno dato origine, sulla base di un apposito accertamento da parte dell'organismo di attestazione (commi 9 - 11).

Sotto questo profilo, invece, la Giator 82 Lavori non ha provato di essersi qualificata per le categorie OG2 e OG11 ed anzi – come rilevato in precedenza – il certificato di esecuzione lavori addotto a sostegno di questo assunto dall'odierna appellante fornisce la prova contraria.

Ne consegue che l'esclusione dalla stessa società disposta dall'Agenzia del Demanio è legittima.

10. Del pari infondate, in modo manifesto, sono le censure rivolte contro il rigetto del preavviso di ricorso pronunciato dal responsabile unico del procedimento (nota del 4 agosto 2015 prot. n. 2015/7558/DR-LIG, sopra citata).

Nel negare la riammissione pretesa dall'odierna appellante (con nota in data 1° agosto 2015), incentrata su asseriti certificati di esecuzione dei lavori emessi a proprio favore, il responsabile unico del procedimento altro non ha fatto che confutare le ragioni contrarie addotte dal legale

della medesima società ai fini della riammissione, affermando l'insufficienza a questo fine di semplici dichiarazioni concernenti lavori in corso. Non vi è dunque stata un'inammissibile integrazione delle ragioni di esclusione già disposta – comunque non vietata in astratto – ma la doverosa confutazione di tutti gli argomenti contrari a questo provvedimento espressi nel preavviso di ricorso.

11. Rimane da esaminare quindi l'ultimo motivo d'appello concernente l'escussione della cauzione provvisoria.

Al riguardo, nel ribadire di essere in possesso sul piano sostanziale dei requisiti di qualificazione richiesti, la Giator 82 Lavori contesta innanzitutto il presupposto alla base di questa ulteriore determinazione lesiva dei propri interessi. La stessa appellante la censura in via autonoma, perché, data la natura sanzionatoria della stessa, l'escussione della cauzione è stata disposta senza previo accertamento della gravità della condotta.

12. Anche questo motivo è manifestamente infondato.

L'ipotesi dell'invalidità derivata è innanzitutto smentita dalla definitiva conferma del fatto che l'odierna appellante non è in possesso della qualificazione nelle categorie OG2 e OG11.

Le censure svolte in via autonoma contro l'escussione della cauzione si infrangono invece sul rilievo che la partecipazione alla gara in mancanza dei necessari requisiti costituisce elemento che denota di per sé un contegno colposo, sub specie di violazione dei principi di diligenza professionale ed autoresponsabilità connessi alla partecipazione ad una procedura di affidamento di contratti pubblici, pacificamente configurabile rispetto a fatti, stati e situazioni riferibili allo stesso operatore economico.

A rafforzare questo sforzo di diligenza sovviene appunto l'istituto della cauzione, il cui incameramento una volta accertata la mancanza dei requisiti in questione consiste proprio nel responsabilizzare i partecipanti a procedure di affidamento in ordine alle dichiarazioni rese e nel garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta (cfr. in questi termini Cons. Stato, Ad. plen. 10 dicembre 2014, n. 34; da ultimo: V, 31 agosto 2016, nn. 3746 e 3751).

13. L'appello deve pertanto essere respinto.

Le spese del presente grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e condanna l'appellante Giator 82 Lavori s.r.l. a rifondere all'Agenzia del Demanio e all'Autorità nazionale anticorruzione le spese del presente grado di giudizio, liquidate in € 5.000,00, oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Fabio Franconiero Giuseppe Severini