

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 4576 del 2013, proposto dalla Energy + S.r.l. (quale affittuaria di un ramo d'azienda della Sarroch Granulati S.r.l.) in proprio e quale capogruppo mandataria del R.T.I. con la Manca Costruzioni Generali S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mauro Barberio e Stefano Porcu, domiciliata ai sensi dell'articolo 25 del cod. proc. amm. presso la Segreteria della Quinta Sezione del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;

contro

Regione Autonoma della Sardegna, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandra Camba e Sandra Trincas, con domicilio eletto presso l'Ufficio di Rappresentanza della Regione in Roma, via Lucullo, n. 24;

nei confronti di

Consorzio fra Cooperative di Produzione e Lavoro "Cons. Coop. Soc. Coop.", in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Carlo Castelli, con domicilio eletto presso lo studio Antonia De Angelis in Roma, via Portuense, n. 104;
Grandi Lavori Fincosit S.p.a., non costituita in giudizio;

per la riforma della sentenza del T.A.R. della Sardegna, Sezione I, n. 396/2013.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Autonoma della Sardegna e del Consorzio fra Cooperative di Produzione e Lavoro "Cons. Coop. Soc. Coop.";

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 maggio 2017 il Cons. Claudio Contessa e udito l'avvocato Alessandra Camba;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

1. La Sarroch Granulati ha partecipato, in qualità di capogruppo del costituendo R.T.I. con l'Impresa Manca Costruzioni Generali spa, alla gara indetta dalla Regione Sardegna per l'affidamento dei lavori idraulici e di ricostruzione di opere pubbliche danneggiate.

Nel corso del procedimento, con contratto in data 8 febbraio 2012, Sarroch Granulati ha affittato il ramo d'azienda (relativo all'impresa di costruzioni e forniture di calcestruzzo) all'appellante Energy Più, ivi compresi i diritti e obblighi conseguenti alle gare, tra cui quella qui in esame.

2. L'appalto è stato aggiudicato a Cons. Coop, mentre il R.T.I. Fincosit si è classificato al secondo posto e il R.T.I. Sarroch Granulati/Energy (odierno appellante) al terzo posto.

3. Con il ricorso principale la Energy Più e la Sarroch Granulati hanno impugnato gli atti di gara, lamentando la mancata esclusione della prima e della seconda classificata.

Il Consorzio Cons. Coop. ha proposto ricorso incidentale, con il quale ha a sua volta dedotto la mancata esclusione dalla gara delle ricorrenti, odierne appellanti.

4. In data 26 novembre 2012 la Regione ha disposto l'aggiudicazione definitiva in favore di Cons. Coop., prima in graduatoria per l'importo complessivo di euro 4.215.196 (avendo offerto un ribasso economico del 45,055% e un ribasso sul tempo di esecuzione dei lavori del 60%).

5. Con successivo provvedimento del 20 dicembre 2012 la Regione ha escluso la ricorrente Sarroch Granulati/Energy Più, dopo aver dato notizia della comunicazione di avvio del relativo procedimento e dopo aver acquisito le controdeduzioni da parte di Energy Più.

La causa dell'esclusione è stata la mancata dichiarazione dei precedenti penali da parte del legale rappresentante di Sarroch Granulati, a cui Energy è subentrata in corso di gara per effetto del richiamato affitto del ramo d'azienda.

6. Con un primo ricorso per motivi aggiunti le ricorrenti hanno impugnato sia l'aggiudicazione definitiva in favore di Cons. Coop., sia la propria esclusione dalla gara.

7. Con un secondo ricorso per motivi aggiunti sono state formulate contro i nuovi atti depositati in giudizio in data 8 gennaio 2013 (verifica requisiti dell'aggiudicataria conclusa con esito positivo – accertata irregolarità contributiva della società Primaria di Ilario Ibba & C. sas, mandante del progettista qualificato relativamente a Cons.Coop) ulteriori censure, volte ad escludere "Primaria sas" e quindi l'aggiudicataria Cons.Coop.

8. Con la sentenza in epigrafe il T.A.R. della Sardegna

- ha respinto i primi motivi aggiunti (avverso l'esclusione delle odierne appellanti);
- ha dichiarato improcedibile il ricorso principale e i primi motivi aggiunti;
- ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale proposto dall'aggiudicataria Cons. Coop.

9. La sentenza è appellata dalla Energy Più e dalla Sarroch le quali ne hanno chiesto la riforma articolando plurimi motivi di doglianza.

Si è costituita in giudizio la Regione Sardegna, la quale ha concluso nel senso della reiezione dell'appello.

Si è altresì costituito in giudizio il Consorzio Cons. Coop. soc. coop., il quale ha a propria volta concluso nel senso della reiezione dell'appello.

10. Con ordinanza n. 2836 del 23 luglio 2013 la Sezione ha respinto l'istanza cautelare di sospensione degli effetti della sentenza impugnata.

11. Alla pubblica udienza del 18 maggio 2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge in decisione l'appello proposto dalla società Energy Più s.r.l., attiva settore degli interventi di mitigazione dei rischi idrogeologici (la quale aveva partecipato a una gara indetta dalla Regione Sardegna per interventi di mitigazione ed era stata esclusa per avere omesso una dichiarazione in ordine ai pregiudizi penali dei legali rappresentanti) avverso la sentenza del T.A.R. della Sardegna con cui è stato dichiarato improcedibile il ricorso principale ed è stato respinto il ricorso per motivi aggiunti avverso il provvedimento di esclusione dalla gara.

2. L'appello è infondato.

3. E' dirimente ai fini del decidere l'esame del primo motivo di appello relativo al capo della sentenza con cui è stato respinto il ricorso per motivi aggiunti proposto avverso il provvedimento di esclusione dalla gara.

Per il compiuto esame del motivo in esame è necessario prendere le mosse dalle previsioni della *lex specialis* di gara e dei relativi allegati.

Il Disciplinare di gara, al punto 5. stabiliva che i soggetti ivi indicati dovessero dichiarare *"l'inesistenza di sentenze di condanna passate in giudicato o di decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o di sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 c.p.p., per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; inesistenza di sentenza di condanna passata in giudicato per reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati dall'articolo 45, Paragrafo 1. Direttiva CE 2004/18 (art. 38, comma 1, lettera c), Codice dei Contratti"*.

Il successivo punto 6, al secondo periodo, stabiliva che *"a pena di esclusione, il dichiarante dovrà indicare ogni eventuale sentenza di condanna passata in giudicato, decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p. anche nel caso in cui sia intervenuto il beneficio della non menzione"*.

I reati che la stazione appaltante chiedeva ai concorrenti di dichiarare ai fini della partecipazione (e con espressa comminatoria di esclusione) con la previsione di cui al punto 6 del Disciplinare erano evidentemente ulteriori e diversi rispetto ai reati richiamati dal precedente punto 5 (il quale riprendeva, nella sostanza, l'elenco dei reati richiamati dalla lettera c) del comma 1 dell'articolo 38 del previgente 'Codice').

Pertanto già dalla lettura comparativa delle diverse disposizioni del Disciplinare di gara emerge con chiarezza che la legge di gara non si limitasse a richiedere ai concorrenti l'indicazione dei soli reati ostativi espressamente richiamati dalla richiamata lettera c) (il che, oltretutto, avrebbe palesato la sostanziale inutilità dello stesso punto 6 del Capitolato), ma richiedeva agli stessi anche l'indicazione di qualunque altro reato (pur se assistito dal beneficio della non menzione) al fine di consentire alla stazione appaltante di apprezzarne la gravità ai fini ammissivi.

3.1. Il Modello 4 predisposto dalla stazione appaltante (e nel cui ambito era chiesto ai concorrenti di rendere le dichiarazioni relative all'insussistenza delle cause di esclusione di cui al richiamato articolo 38) presentava a propria volta una struttura del tutto coerente con le richiamate prescrizioni del Capitolato.

In particolare:

- in una prima parte del Modulo veniva chiesto ai concorrenti di rendere una dichiarazione sostanzialmente riferita ai contenuti di cui al punto 5 del Capitolato, mentre
- in una parte successiva era richiesto ai concorrenti di rendere una dichiarazione sostanzialmente riferita ai contenuti di cui al punto 6 del medesimo Capitolato.

Il legale rappresentante della Sarroch Granulati non ha compilato ma ha barrato tale seconda parte del Modulo.

E' tuttavia emerso in seguito che lo stesso fosse stato attinto da alcuni precedenti penali (peraltro espressamente richiamati alle pagine 10 e 11 dell'atto di appello).

3.2. Ciò chiarito, la Sezione ritiene che del tutto correttamente la stazione appaltante (e in seguito il T.A.R.) abbiano fatto derivare la sanzione escludente dalla richiamata violazione della *lex specialis* di gara.

Né può ritenersi (come, pure, tenta di sostenere l'appellante): *i*) che il Disciplinare di gara non imponesse l'indicazione dei reati diversi da quelli di cui all'articolo 38, comma 1, lettera c) del previgente 'Codice'; *ii*) che le indicazioni richieste dal punto 6 del disciplinare coincidessero a ben vedere con quelle richieste dal precedente punto 5.; *iii*) che, quanto meno, il Capitolato e il Modulo 4 presentassero profili di incertezza tali da indurre in errore i concorrenti circa l'ambito stesso delle dichiarazioni richieste.

3.2.1. Al riguardo è sufficiente osservare che:

- la lettura delle richiamate clausole del Capitolato rende(va) evidente, oltre ogni ragionevole dubbio, che le dichiarazioni richieste ai concorrenti concernessero entrambi gli ambiti di rilievo penale;
- non può essere condivisa la tesi secondo cui le due prescrizioni del Capitolato e i due punti del Modulo 4 facessero univocamente riferimento allo stesso novero di condanne (quelle soltanto di cui all'articolo 38, comma 1, lettera c)). A tacer d'altro, laddove si propendesse per tale tesi, si finirebbe per ammettere la sostanziale inutilità dell'intero punto 6 del Capitolato e della seconda delle previsioni contenute nel Modulo 4.

3.2.2. La giurisprudenza di questo Consiglio ha chiarito che, nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica, la completezza delle dichiarazioni rappresenta già di per sé un valore da perseguire poiché consente, anche in ossequio al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità, la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla selezione.

Una dichiarazione inaffidabile in quanto falsa o incompleta, deve ritenersi, al di là dell'elemento soggettivo sottostante, già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti sostanzialmente di partecipare. Né rileva l'insussistenza di un elemento intenzionale in capo all'appellante, stante l'assenza di diligenza (in tal senso – *ex*

multis -: Cons. Stato, IV, 7 luglio 2016, n. 3014; *id.*, V, 5 maggio 2016, n. 1817; *id.*, V, 2 ottobre 2014, n. 4896).

3.2.3. Più in generale, la giurisprudenza ha avuto modo di stabilire che, nelle procedure ad evidenza pubblica preordinate all'affidamento di un appalto pubblico, l'omessa dichiarazione da parte del concorrente di tutte le condanne penali eventualmente riportate, anche se attinenti a reati diversi da quelli contemplati nell'art. 38, comma 1, lett. c), ne comporta senz'altro l'esclusione dalla gara, essendo impedito alla stazione appaltante di valutarne la gravità (cfr., fra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 27 luglio 2016 n. 3402; *id.*, 29 aprile 2016 n. 1641; *id.*, 2 dicembre 2015, n. 5451 e 2 ottobre 2014, n. 4932; *id.*, Sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 834; *id.*, Sez. III, 28 settembre 2016, n. 4019).

L'orientamento appena richiamato prende le mosse dal (condiviso) rilievo per cui è inammissibile che l'individuazione e la selezione delle condotte idonee ad incidere sulla moralità professionale sia rimessa alla valutazione dello stesso concorrente/dichiarante, in tal modo impedendo alla stazione appaltante di valutare la concreta incidenza della singola condanna sulla complessiva moralità professionale del concorrente.

E' appena il caso di sottolineare che il principio in questione trova applicazione anche laddove la stazione appaltante non abbia espressamente previsto (come invece ha fatto nel caso in esame) l'obbligo per i concorrenti di dichiarare tutte le condanne penali eventualmente riportate, rimettendo alla stessa stazione appaltante ogni valutazione circa la concreta incidenza di tali condanne.

A maggior ragione quindi esso trova applicazione in ipotesi in cui (come nel caso in esame) la stazione appaltante avesse puntualmente connesso valenza escludente alle richiamate violazioni.

3.2.4. E' stato anche affermato che in presenza di una *lex specialis* di gara che contempla espressamente, in conformità a quanto disposto dall'articolo 38, cit., l'obbligo di rendere la dichiarazione per qualunque condanna penale riportata, anche se relativa a reati non incidenti sulla moralità professionale, il fatto che il modulo per la presentazione dell'offerta fosse articolato in modo da non consentire (o meglio non consentire agevolmente) la detta dichiarazione, non esonera il concorrente dal dovere di provvedervi utilizzando allo scopo qualunque mezzo, anche aggiungendo, per esempio, apposita postilla al modulo di domanda (in tal senso: Cons. Stato, V, 12 ottobre 2016, n. 4219).

Il principio dinanzi richiamato risulta tanto più idoneo a risolvere la presente controversia, se solo si consideri che – per le ragioni dinanzi esposte – il Modulo di gara non presentava effettivi margini di incertezza in ordine al contenuto delle dichiarazioni che i concorrenti avrebbero dovuto rendere.

3.3. Si osserva inoltre, come più volte confermato dalla giurisprudenza, che non vi è possibilità che omissioni dichiarative del tipo contestato all'appellante possano essere sanate attraverso il soccorso istruttorio, il quale non può essere utilizzato per sopperire a dichiarazioni (riguardanti elementi essenziali) radicalmente mancanti - pena la violazione della par condicio fra concorrenti - ma soltanto per chiarire o completare dichiarazioni o documenti già comunque acquisiti agli atti di gara (in tal senso Cons. Stato, Ad. Plen. 25 febbraio 2014, n. 9; *id.*, Sez. V, 25 febbraio 2015, n. 927).

4. Le considerazioni appena svolte risultano dirimenti ai fini del confermare della legittimità della disposta esclusione ed esimono la Sezione dall'esame del motivo con il quale l'appellante sottolinea che la violazione del comma 2 dell'articolo 38 del previgente 'Codice' – contrariamente alla violazione del comma 1 – non consentirebbe l'esclusione dalla gara.

5. Per le ragioni dinanzi esposte, che assumono valenza del tutto dirimente e assorbente ai fini del decidere, l'appello in epigrafe deve essere respinto.

Le spese 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.

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese di lite, che liquida in complessivi euro 2.500 (duemilacinquecento) in favore di ciascuna delle controparti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Publicato il 10/08/2017
N. 02082/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00643/2017 REG.RIC.

(Sezione Terza)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 643 del 2017, proposto da:
TECH SERVIZI S.r.l., in persona del legale rappresentante; ICOS S.r.l., in persona del legale rappresentante; ECOIN S.r.l., in persona del legale rappresentante, tutte sia in proprio che nella qualità di associate del costituendo R.T.I. Tech Servizi S.r.l. - Icos S.r.l. - Ecoin S.r.l., rappresentate e difese dagli Avv.ti Francesco Buscaglia e Calogero Caramazza, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Angelo Vassallo in Palermo, Via Dante, 55;

contro

Comune di Mazara del Vallo, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avv. Epifanio Giglio, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giuseppe Alberti in Palermo, Via Tunisi, 11;

nei confronti di

Eco Burgus Società Consortile a r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli Avv.ti Domenico Cacciatore e Salvatore Casarrubia, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Domenico Cacciatore in Palermo, Via E. Notarbartolo, 44;

per l'annullamento

dei verbali di gara nn. 1-2/2016 e nn. 3-8/2017 della Commissione giudicatrice come sopra istituita, nella loro parte in cui illegittimamente dispongono l'ammissione in gara della concorrente impresa Eco Burgus Società consortile a r.l., anziché escluderla, e conseguentemente le aggiudicano l'appalto controverso;

dell'avviso di rettifica reso dal Comune di Mazara del Vallo al disciplinare di gara del servizio spazzamento, raccolta e trasporto dei rifiuti indifferenziati ed altri servizi di igiene pubblica nel territorio di Mazara del Vallo;

della determinazione dirigenziale n. 148 del 07.03.2017 del Comune di Mazara del Vallo;

della nota prot. n. 16974 del 07.03.2017 del Comune di Mazara del Vallo, ed altresì

PER L'ACCOGLIMENTO

della domanda di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del conseguente contratto, ovvero nell'ipotesi in cui sia stato stipulato il contratto predetto:

per la declaratoria di inefficacia del contratto stesso, ai sensi e per gli effetti degli artt. 121 comma 1, lett. c) e d) e 122 del D. Lgs. n. 104/2010;

per l'accoglimento della conseguente domanda di subentro nello stesso che fin d'ora, in quanto occorra, formalmente si esplicita;

per l'eventuale applicazione di sanzioni alternative ex art. 123 del D. Lgs. 104/2010, nonché

PER L'ACCOGLIMENTO

nelle subordinate ipotesi in cui non venissero conseguiti l'aggiudicazione e la conseguente stipula del contratto ovvero, in caso di parziale espletamento dei lavori da parte della controinteressata, venisse consegnata soltanto una parte dello stesso, per l'accoglimento della domanda di condanna della stazione appaltante al risarcimento per equivalente monetario per la refusione dei danni complessivamente patiti a causa dei provvedimenti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Eco Burgus Società Consortile a R.L. e del Comune di Mazara del Vallo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 luglio 2017 la dott.ssa Caterina Criscenti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Mazara del Vallo espletava la procedura aperta per l'appalto del servizio spazzamento, raccolta e trasporto dei rifiuti indifferenziati ed altri servizi di igiene pubblica nel territorio di Mazara del Vallo, per la durata di cinque mesi, cui partecipava il costituendo RTI Tech Servizi S.r.l., Icos S.r.l ed Ecoin S.r.l., collocandosi secondo in graduatoria.

Con verbale n. 8 del 3 marzo 2017 il servizio veniva aggiudicato provvisoriamente alla concorrente Eco Burgus Società consortile a r.l., destinataria di due distinti atti di soccorso istruttorio.

Con successiva determinazione dirigenziale n. 148 del 7 marzo 2017 il Comune di Mazara del Vallo approvava il predetto verbale e aggiudicava definitivamente l'appalto alla concorrente Eco Burgus Società consortile a r.l.. Con nota resa in pari data l'Amministrazione comunale comunicava l'avvenuta aggiudicazione del servizio e rendeva altresì noto di voler procedere alla sua consegna in via d'urgenza in data 15 marzo 2017.

2. Con ricorso notificato il 14 - 15 marzo 2017 il costituendo raggruppamento impugnava tutti gli atti in epigrafe indicati, sostenendo, a mezzo di cinque motivi, la necessaria e doverosa esclusione della Eco Burgus Società consortile a r.l., sì da poter conseguire, quale secondo classificato ed unico concorrente rimasto in gara, l'aggiudicazione del servizio appaltato, per il cui espletamento dichiarava la propria disponibilità a subentrare alla predetta aggiudicataria.

Con memoria del 29 marzo 2017 si costituiva il Comune di Mazara del Vallo, resistendo alle censure avversarie.

In data 30 marzo 2017 si costituiva la controinteressata, evidenziando che la propria ammissione alla gara era stata disposta col verbale di gara n. 3 del 18 gennaio 2017, in pari data pubblicato sul sito della centrale unica di committenza e comunicato a mezzo pec alle concorrenti in pari data.

Eccepiva, pertanto, l'inammissibilità e/o irricevibilità del ricorso (ed in particolare del secondo, terzo e quarto motivo), perchè notificato solo il 15 marzo 2017, oltre il termine perentorio di giorni trenta di cui all'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., previsto ai fini dell'impugnativa dei provvedimenti di ammissione e/o esclusione dalla gara. Sosteneva, comunque, l'infondatezza nel merito di tutte le censure formulate.

In esito alla camera di consiglio del 21 aprile 2017 veniva respinta la domanda cautelare e fissata l'udienza per la trattazione del merito.

All'udienza pubblica del 3 luglio 2017, in vista della quale le parti hanno prodotto ulteriori memorie difensive, la causa è stata chiamata e posta in decisione, con la precisazione che il servizio è stato ormai interamente espletato.

3. È fondata l'eccezione di irricevibilità.

Il termine per proporre ricorso avverso i provvedimenti di ammissione alla gara, infatti, decorre dalla pubblicazione del verbale di gara e/o del relativo atto sul portale della stazione appaltante, ovvero, in ogni caso, dalla conoscenza, comunque, avvenuta dell'atto (ormai ex lege) lesivo (cfr. TAR Palermo, III, 15 maggio 2017, n. 1320; TAR Toscana, 18 aprile 2017, n. 582; in arg. TAR Napoli, VIII, 2 febbraio 2017, n. 696).

Ai sensi dell'art. 120, co. 2 bis, cod. proc. amm., introdotto dall'art. 204, co. 1, lett. b), del d. lgs. n. 50/2016, infatti, *"Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11"*.

L'art. 29 D.lgs. n. 50/2016 stabilisce poi che *"Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell' articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali. ... Il termine per l'impugnativa di cui all'art. 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo, ossia i provvedimenti che determinano le esclusioni e le ammissioni, sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione"*.

Nella fattispecie in esame, è stato documentato che il verbale del 18.1.2017, con il quale è stata

disposta l'ammissione in gara della Eco Burgus, è stato pubblicato in pari data nel portale del sito della committenza con sede in Castelvetro (v. nota depositata dal Comune di Mazara del Vallo il 7.6.2017), in cui erano stati pubblicati tutti gli avvisi della gara in oggetto.

In ogni caso, la ricorrente ha avuto piena conoscenza dell'ammissione in gara della controinteressata, ben prima dell'aggiudicazione, in quanto è stata presente, a mezzo del proprio rappresentante, alle operazioni di gara nella seduta pubblica dell'8 febbraio 2017, in cui si ribadiva l'ammissione della controinteressata, per poi procedere all'apertura, in seduta riservata, delle offerte tecniche. Anche rispetto a questa data, che chiude una fase che deve ormai essere considerata autonoma ai fini della tutela giurisdizionale, il ricorso è tardivo.

4. Ferma restando la rilevata questione in rito, in ogni caso, il Collegio ritiene di dover confermare quanto già considerato in sede cautelare sull'infondatezza dei motivi di ricorso, per i quali in sintesi si osserva: per l'omessa presentazione della dichiarazione afferente alla c.d. clausola sociale è stato legittimamente utilizzato il soccorso istruttorio; quanto al subappalto non si applicava il comma 6 dell'art. 105; in ordine al fatturato c'era l'avviso di rettifica e in ogni caso la dichiarazione censurata riguardava altra concorrente.

5. Quanto all'ultimo motivo, incentrato sull'anomalia dell'offerta, il Collegio ritiene, in assenza peraltro di nuovi elementi, di poter confermare la valutazione già operata in sede cautelare. Le giustificazioni fornite dalla ditta Eco Burgus alla commissione esaminatrice, con nota del 24 febbraio 2017, sono state correttamente ritenute congrue, in quanto esaustivamente motivate e corroborate da riscontri oggettivi, sia con riguardo alla posizione di Eco Burgus quale azienda operante nel settore della gara che con specifico riferimento ai costi di gestione del servizio, tanto per il personale (non fatto oggetto di ribasso), quanto per i mezzi, per i quali si dà atto di una riduzione dovuta anche al fatto dichiarato di disporre di un'officina in proprio (v. sul punto la memoria del 30 marzo 2017).

D'altra parte la censura è formulata in maniera generica, senza che sia dato intendere come ne deriverebbe – e soprattutto in che misura – una riduzione dell'utile di impresa dichiarato.

6. Per tutte le considerazioni che precedono il ricorso è in parte irricevibile e in parte infondato (restando ovviamente assorbita la prima censura sulla consegna del servizio in via d'urgenza). Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara in parte irricevibile e in parte infondato.

Condanna parte ricorrente al pagamento, in favore del Comune di Mazara del Vallo e di Eco Burgus, delle spese della lite che liquida in € 1.000,00 per parte, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 3 luglio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Solveig Cogliani, Presidente

Caterina Criscenti, Consigliere, Estensore

Maria Cappellano, Consigliere

Publicato il 03/08/2017

N. 04037/2017 REG.PROV.COLL.

N. 01114/2017 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
II Tribunale Amministrativo Regionale della Campania
(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1114 del 2017, proposto da:
SUPER ECO S.r.l., rappresentata e difesa dall'Avv. Gherardo Marone, presso il quale è elettivamente domiciliata in Napoli alla Via Cesario Console n. 3;

contro

- COMUNE DI CRISPANO, rappresentato e difeso dall'Avv. Andrea Orefice, con il quale è elettivamente domiciliato in Napoli al Viale Gramsci n. 23;
- CENTRALE UNICA DI COMMITTENZA TRA I COMUNI DI FRATTAMAGGIORE, CRISPANO E GRUMO NEVANO, non costituita in giudizio;

nei confronti di

C.I.T.E. – CONSORZIO STABILE INTERPROVINCIALE TRASPORTI ECOAMBIENTALI Soc. Cons. a r.l., rappresentato e difeso dall'Avv. Marcello Fortunato, con il quale è elettivamente domiciliato in Napoli alla Via Duomo n. 61 presso lo studio dell'Avv. Biagio Matera;

per l'annullamento

a) della determinazione dirigenziale del Comune di Crispano n. 83 del 23 febbraio 2017, con la quale è stata dichiarata inefficace, in virtù del mancato riscontro della sussistenza di requisiti essenziali ai fini dell'aggiudicazione previsti nel bando e nel disciplinare di gara, la proposta di aggiudicazione formulata in favore della società ricorrente dalla Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di Frattamaggiore, Crispano e Grumo Nevano, inerente all'affidamento del servizio di spazzamento, raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani;
b) della determinazione dirigenziale del Comune di Crispano n. 89 del 27 febbraio 2017, con la quale è stata aggiudicata al secondo classificato Consorzio C.I.T.E. la gara inerente all'affidamento del servizio di spazzamento, raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani;
c) della nota dirigenziale del Comune di Crispano prot. n. 1181 del 3 marzo 2017, con cui è stata chiesta l'escussione della polizza assicurativa presentata dalla società ricorrente quale cauzione provvisoria per la partecipazione alla gara;
d) del disciplinare di gara nella parte in cui, all'art. 3, richiede l'iscrizione alla Camera di Commercio da almeno un triennio;
e) di ogni altro atto che ha portato alla declaratoria di inefficacia dell'aggiudicazione originariamente disposta in favore della società ricorrente e all'aggiudicazione in favore del consorzio secondo classificato;
e per la declaratoria di inefficacia del contratto nel frattempo sottoscritto, nonché per la condanna al risarcimento dei danni in forma specifica ovvero per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'amministrazione resistente e del consorzio controinteressato;

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 18 luglio 2017 il dott. Carlo Dell'Olio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Premesso che:

- la società ricorrente, che, in quanto prima classificata, è risultata destinataria della proposta di aggiudicazione inerente all'affidamento del servizio di spazzamento, raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani nell'ambito del Comune di Crispano, impugna le determinazioni dirigenziali in epigrafe indicate, con le quali è stata dichiarata inefficace la suddetta proposta ed è stata di conseguenza aggiudicata la relativa gara al secondo classificato Consorzio C.I.T.E.;

- l'impugnativa è estesa alla nota dirigenziale, parimenti individuata in epigrafe, diretta ad ottenere l'incameramento della cauzione provvisoria prestata dalla società ricorrente, nonché al disciplinare di gara nella parte in cui, all'art. 3, richiede l'iscrizione alla Camera di Commercio da almeno un triennio;

- completa il quadro delle pretese attoree la domanda di accertamento di inefficacia del contratto nel frattempo sottoscritto e la connessa domanda di risarcimento dei danni consequenziali, in forma specifica ovvero per equivalente;

Rilevato che:

- la determinazione dirigenziale n. 83/2017 di declaratoria di inefficacia della proposta di aggiudicazione, con cui è stata accertata l'insussistenza in capo alla società ricorrente di una serie di requisiti previsti dalla lex specialis di gara ai fini dell'aggiudicazione, poggia su quattro concorrenti motivi, ciascuno di per sé sufficiente a determinare per l'interessata l'estromissione dall'affidamento del servizio: 1) mancanza del requisito di partecipazione, previsto nel bando e nel disciplinare di gara, costituito dall'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali in classe e) per le sottocategorie attività di spazzamento meccanizzato e gestione dei centri di raccolta rifiuti urbani. Invero, dalla "verifica documentale e riscontri operati attraverso il sito dell'Albo Nazionale Gestori Ambientali è stato possibile accertare che la società Super Eco risulta iscritta nel predetto Albo per la categoria 1), classe C), mentre per le due sottocategorie riferite rispettivamente allo spazzamento meccanizzato ed alla gestione dei centri di raccolta (isole ecologiche) risulta iscritta alla classe f) della stessa predetta categoria e, quindi, non alla classe e) come invece richiesta e ritenuta necessaria per l'espletamento delle dette attività nel Comune di Crispano. La Super Eco S.r.l. tra la documentazione di gara ha invece prodotto dichiarazione di essere iscritta all'Albo Nazionale Gestori Ambientali per la categoria 1), classe D), compreso la gestione dei centri di raccolta dei rifiuti e lo spazzamento meccanizzato". La classe f) è inferiore alla classe e) e pertanto non può surrogare, per inglobamento, la mancanza dello specifico requisito di qualificazione professionale prescritto dalla lex specialis di gara in relazione alle suindicate sottocategorie; 2) indebito avalimento da parte della Super Eco del requisito di partecipazione, di cui al disciplinare di gara, consistente nell'iscrizione attivata da almeno un triennio alla Camera di Commercio per attività coincidenti con quelle oggetto dell'affidamento. Infatti, il requisito di iscrizione camerale "non può essere supplito da altra società, afferendo esso alla sfera dei requisiti soggettivi, intrinsecamente legati al soggetto concorrente ad alla sua idoneità a porsi come valido ed affidabile concorrente per l'Amministrazione Appaltante"; 3) "L'esito degli accertamenti operati a carico della Ego Eco S.r.l., società che ha fittato il ramo di azienda alla Super Eco S.r.l. e di cui precedentemente, hanno evidenziato elementi preclusivi alle procedure di appalto secondo quanto stabilito ai punti 4) e 5) dell'art. 80 del D.L.gvo 50/2016 (pendenza di una procedura di concordato preventivo e sussistenza di irregolarità fiscali e contributive, ndr.); 4) violazione da parte della Super Eco del termine perentorio di dieci giorni, concessole dal RUP, per la trasmissione di una nuova polizza assicurativa in sostituzione della precedente;

- parte ricorrente contesta il primo motivo posto a base della disposta inefficacia della proposta di aggiudicazione, sostenendo l'erroneità delle argomentazioni utilizzate dall'organo dirigenziale comunale sotto un triplice aspetto: a) la lex specialis di gara prescrive l'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali in classe e) solo con riferimento all'attività di cui alla categoria 1 e non anche con riguardo alle due sottocategorie dello spazzamento meccanizzato e della gestione dei centri di raccolta, "per le quali l'abilitazione è richiesta senza prescrizione di una specifica classe"; b) ad ogni modo, l'accertata mancanza, al momento della partecipazione alla gara, dell'iscrizione in classe e) per le due sottocategorie in questione non può configurarsi quale causa di esclusione, giacché, come più volte chiarito dall'ANAC sulla base del dettato dell'art. 212 del d.lgs. n. 152/2006, "l'iscrizione in una determinata categoria e classe nell'Albo dei Gestori Ambientali è requisito di esecuzione e non di partecipazione alle gare e, pertanto, può essere dimostrato anche in fase di stipula del contratto"; c) l'attività svolta dall'organo dirigenziale, in sede di verifica della proposta di aggiudicazione, ha impropriamente avuto ad oggetto "non la veridicità dei requisiti dichiarati ma l'idoneità dei requisiti stessi ai fini dell'ammissione alla gara", invadendo così la sfera di competenza riservata in merito alla commissione giudicatrice in violazione degli artt. 32 e 33 del

d.lgs. n. 50/2016;

Considerato che le prefate censure non sono condivisibili per le ragioni di seguito esplicitate (ci si attiene all'ordine di esposizione di cui sopra):

aa) il bando, al punto III.2.3), lett. e), prevede, tra i requisiti di capacità tecnica e professionale, il "Possesso del certificato, in corso di validità, di iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali per la Categoria 1), classe e) di popolazione complessiva servita, o a questa superiore, con abilitazione delle sottocategorie per attività di spazzamento meccanizzato e gestione dei centri di raccolta rifiuti urbani". Identica clausola è contenuta nell'art. 3, lett. B), del disciplinare di gara. E' pacifico e comprovato dalle emergenze processuali che la società ricorrente, al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte, era munita di iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali in classe superiore alla e) per quanto riguarda la categoria 1 (raccolta e trasporto di rifiuti urbani), ma era sprovvista di iscrizione in classe e) o superiore per le due sottocategorie, rientranti nella categoria 1, dello spazzamento meccanizzato e della gestione dei centri di raccolta rifiuti urbani. Ebbene, il Collegio è dell'opinione che correttamente l'amministrazione comunale abbia estromesso la società ricorrente dall'aggiudicazione perché priva di un requisito di capacità professionale contemplato dalla lex specialis, richiedendo quest'ultima la collocazione in classe e) o superiore non solo per categoria 1 ma anche per le sottocategorie dello spazzamento meccanizzato e della gestione dei centri di raccolta rifiuti urbani. Invero, nelle gare pubbliche le prescrizioni di bando vanno interpretate non solo sulla base del loro senso letterale ma anche facendo tesoro di una lettura combinata e sistematica della disciplina di gara, capace di condurre al risultato dell'utilità e della ragionevolezza di talune regole da applicare alla procedura selettiva, anche in conformità al criterio di interpretazione secondo buona fede del regolamento di gara ex art. 1366 c.c. (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 20 febbraio 2017 n. 741; Consiglio di Stato, Sez. III, 10 giugno 2016 n. 497; TAR Puglia Lecce, Sez. II, 1° febbraio 2017 n. 183). Facendo applicazione di tali principi ermeneutici, il Collegio osserva che, essendo la classe e) stata individuata dalla lex specialis in ragione del dato della popolazione complessiva servita (cfr. al riguardo art. 9 del d.m. n. 120/2014) e connotandosi le attività di spazzamento e di gestione dell'isola ecologica comunale come prestazioni qualitativamente fondamentali caratterizzanti l'oggetto dell'appalto al pari del servizio (quantitativamente principale) di raccolta e di trasporto dei rifiuti (cfr. punto II.1.1) del bando), la collocazione in classe e) o superiore non poteva non riguardare, oltre alla categoria 1, anche le sottocategorie dello spazzamento meccanizzato e della gestione dei centri di raccolta rifiuti urbani. Tanto è evincibile con facilità anche sulla scorta del mero tenore letterale della clausola di bando, laddove l'utilizzo della preposizione "con" rimanda inequivocabilmente alla classe di appartenenza della categoria in cui sono ricomprese le sottocategorie in questione. Ragionare diversamente e nel senso propugnato dalla ricorrente significa, pertanto, offrire un'interpretazione del bando asistemica e non rispettosa del suo dato letterale, che induce a ritenere, in maniera illogica e contraddittoria, che, a parità di importanza qualitativa delle singole prestazioni oggetto di appalto, tutte serventi il medesimo bacino di utenza, per alcune di esse, come lo spazzamento meccanizzato e la gestione dell'isola ecologica, sia richiesta una qualificazione professionale più bassa rispetto a quella imposta per il servizio più rilevante in termini quantitativi (raccolta e trasporto rifiuti), con l'aberrante conseguenza di ammettere a gara e consentire l'aggiudicazione anche a ditte (come la ricorrente) potenzialmente in grado di non assicurare, essendo in parte iscritte in classi paramtrate su bacini di utenza inferiori e su un parco attrezzature più ridotto, la gestione efficiente del complessivo ciclo di igiene urbana, dallo spazzamento al ricovero dei rifiuti nel centro raccolta;

bb) il bando (cfr. punto III.2), rimasto inoppugnato sul punto, include espressamente l'iscrizione in classe e) per le due sottocategorie in questione tra i requisiti di partecipazione attinenti alla capacità tecnica e professionale, la cui sussistenza va verificata al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte. Ne deriva che nel caso di specie non può assolutamente parlarsi di mero requisito di esecuzione del contratto, da accertare nella successiva fase di stipula del contratto. Ad ogni modo, pure nell'inconcessa ipotesi che parte ricorrente intenda rivolgere le proprie critiche nei confronti di tale previsione di bando, è sufficiente richiamare il condiviso e consolidato orientamento del massimo giudice amministrativo in tema – ormai prevalente anche

sui minoritari indirizzi fatti propri dall'ANAC – che ha avuto modo di precisare quanto segue: “(...) è la particolare caratterizzazione dell'oggetto dell'appalto (lavori di bonifica ambientale) che di suo ragionevolmente impone, per la partecipazione alla gara, lo speciale requisito soggettivo dell'iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali per adeguata categoria e classe. È invero conforme all'immanente principio di ragionevolezza e di proporzionalità – in specie, quanto a necessità e adeguatezza – la presenza soggettiva di siffatto requisito per poter concorrere alla a una siffatta gara, funzionale all'espletamento di un servizio particolare che per sua natura non può prescindere da una corrispondente e adeguata caratterizzazione dei concorrenti. Vero è che l'art. 212, comma 5, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. codice dell'ambiente) afferma che «L'iscrizione all'Albo [nazionale gestori ambientali] è requisito per lo svolgimento delle attività, ecc.». Ma si tratta di previsione di un settore che disciplina la materia sostanziale della protezione ambientale e che, se integrata alle previsioni dello specifico settore dei contratti pubblici, risulta minus dicere quam volere: è infatti solo l'ordinamento delle pubbliche commesse a specificare di suo quali debbano essere i requisiti soggettivi pertinenti per la partecipazione a gara. Trattasi perciò di un requisito speciale di idoneità professionale, in ipotesi da vagliare ai sensi dell'art. 39 d.lgs. n. 163 del 2006 (oggi art. 83 del d.lgs. n. 50/2016, ndr.); e che, comunque, va posseduto già alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, non già al mero momento di assumere il servizio, allora ottenuto – e sempre che poi possa essere ottenuto – dopo aver partecipato con sperato successo alla competizione pur senza aver ancora questa certificata professionalità. Merita dunque conferma l'assunto per cui i bandi di gara aventi ad oggetto lavori di bonifica ambientale implicano l'esistenza dell'iscrizione all'Albo dei gestori ambientali per adeguata categoria e classe quale requisito di partecipazione.” (così Consiglio di Stato, Sez. V, 19 aprile 2017 n. 1825). Per completezza, va chiarito che il recentissimo precedente giurisprudenziale invocato dalla società ricorrente a sostegno delle sue tesi (Consiglio di Stato, Sez. V, 5 luglio 2017 n. 3303), è inconferente e non si pone in contraddizione con il citato orientamento, dal momento che si occupa del caso inverso a quello di specie, ossia dell'ipotesi in cui la lex specialis di gara, non oggetto di contestazione, non aveva previsto l'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali quale requisito di partecipazione alla procedura, peraltro in relazione ad alcune attività marginali al servizio di vettovagliamento;

cc) a prescindere dall'assorbente notazione che nella specie l'organo dirigenziale, nel dichiarare inefficace la proposta di aggiudicazione, è intervenuto proprio ad accertare la veridicità di quanto dichiarato dalla Super Eco in ordine all'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali (cfr. superiore punto 1) del “Rilevato che”), va comunque osservato che, ai sensi degli artt. 32, commi 5 e 7, e 33 del d.lgs. n. 50/2016 (che richiamano la pregressa disciplina del d.lgs. n. 163/2006), non è escluso che la competente struttura dirigenziale dell'ente appaltante possa, in sede di verifica della proposta di aggiudicazione e di emanazione del provvedimento di aggiudicazione, vagliare autonomamente la sussistenza dei requisiti di partecipazione alla gara, non essendo tale attività riservata in via esclusiva alla commissione giudicatrice, che si occupa specificamente (e più propriamente) della valutazione delle offerte tecniche ed economiche prodotte dai concorrenti. Più in generale, giova richiamare il diffuso indirizzo, condiviso dal Collegio, secondo il quale l'amministrazione appaltante, prima di provvedere all'aggiudicazione in recepimento della relativa proposta formulata dalla commissione giudicatrice, è tenuta a svolgere un'ulteriore valutazione di legittimità e di opportunità dell'offerta individuata dalla commissione, che presuppone un'attività di verifica in ordine alla regolarità della procedura e alla convenienza, nel quadro dell'interesse pubblico, della scelta operata dal seggio di gara, e, ove l'esito di tale ponderazione risulti negativo, l'amministrazione può procedere all'annullamento della scelta o dell'intera gara (cfr. per tutte Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 giugno 2013 n. 3310; TAR Campania Salerno, Sez. I, 12 luglio 2017 n. 1153);

Considerato, altresì, che:

- quanto sopra esposto riveste carattere assorbente ed esime il Collegio dall'esaminare le successive censure, con cui parte ricorrente intende contestare la determinazione dirigenziale n. 83/2017 in ordine ai profili motivazionali dell'indebito avvalimento del requisito di iscrizione alla Camera di Commercio, degli elementi preclusivi discendenti dal fitto di ramo d'azienda intervenuto

con la società Ego Eco e del mancato rispetto del termine perentorio per la trasmissione della polizza assicurativa sostitutiva, dal momento che comunque l'impianto complessivo di tale atto risulta validamente sorretto dall'insussistenza del requisito di partecipazione consistente nell'iscrizione, in classe e) o superiore, per le due sottocategorie dello spazzamento meccanizzato e della gestione dei centri di raccolta rifiuti urbani. Soccorre, al riguardo, il condiviso principio secondo il quale, laddove una determinazione amministrativa di segno negativo tragga forza da una pluralità di ragioni, ciascuna delle quali sia di per sé idonea a supportarla in modo autonomo, è sufficiente che anche una sola di esse passi indenne alle censure mosse in sede giurisdizionale perché il provvedimento nel suo complesso resti esente dall'annullamento (cfr. Consiglio di Stato, A.P., 29 febbraio 2016 n. 5; Consiglio di Stato, Sez. V, 6 marzo 2013 n. 1373 e 27 settembre 2004 n. 6301; Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 luglio 2010 n. 4243);

- le superiori considerazioni non possono non privare di consistenza la censura di invalidità derivata rivolta nei confronti della determinazione dirigenziale n. 89/2017, con cui la gara è stata aggiudicata al secondo classificato Consorzio C.I.T.E.;

- per le stesse ragioni, si svuota di ogni plausibilità l'impugnativa del disciplinare di gara nella parte in cui, all'art. 3, richiede l'iscrizione alla Camera di Commercio da almeno un triennio;

Rilevato che:

- rimangono, infine, da scrutinare le censure mosse avverso il provvedimento di incameramento della cauzione provvisoria del 3 marzo 2017, che di seguito si riportano: i) "Nel caso di specie, la mancata sottoscrizione del contratto non è riconducibile a "fatto dell'affidatario" ma è il risultato di un'istruttoria errata svolta dal Comune, confluita nell'adozione di un provvedimento illegittimo"; ii) "Non senza dire che, anche a voler ritenere che ricorra nella specie un "fatto dell'affidatario" che giustifichi il rifiuto del Comune di aggiudicare, in via definitiva, la gara alla Super Eco, certamente non vi è nessuna condotta connotata da dolo o colpa grave (come richiesto dall'art. 93, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016, nella versione applicabile ratione temporis, ndr.). Elementi psicologici, quelli del dolo e della colpa grave, sui quali, comunque, il provvedimento di escussione della cauzione avrebbe dovuto motivare e sui quali, invece, non ha motivato nemmeno in modo sintetico";

Considerato che:

- anche le suddette doglianze non meritano di essere condivise;

- quanto alla prima, essa si traduce in sostanza in una censura di invalidità derivata discendente dalla determinazione dirigenziale n. 83/2017, la cui inconsistenza è stata già sopra appurata con riguardo alla determina di aggiudicazione emessa in favore del Consorzio C.I.T.E.;

- quanto alla seconda, vale osservare, in via dirimente, che la partecipazione alla gara in mancanza dei necessari requisiti di ammissione, come avvenuto nella fattispecie, integra di per sé un contegno gravemente colposo, nell'ottica della violazione dei principi di diligenza professionale e di autoresponsabilità connessi alla partecipazione ad una procedura selettiva pubblica, contegno pacificamente riferibile a fatti, stati e situazioni rientranti nella sfera di conoscenza e controllo dello stesso operatore economico: peraltro, l'evidenza di tale condotta colposa non richiede l'esternazione di diffusa motivazione a corredo del provvedimento di incameramento della cauzione provvisoria (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 19 aprile 2017 n. 1818);

Ritenuto, in conclusione, che:

- resistendo i provvedimenti impugnati a tutte le censure prospettate, la domanda di annullamento degli stessi deve essere rigettata per infondatezza;

- analoga sorte subiscono le connesse domande di accertamento di inefficacia del contratto e di condanna al risarcimento dei danni, non essendosi profilata l'illegittimità della declaratoria di inefficacia della proposta di aggiudicazione intervenuta nei confronti della società ricorrente;

- le spese di giudizio devono essere addebitate alla soccombente parte ricorrente nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la società ricorrente a rifondere nei confronti del Comune di Crispano e del Consorzio C.I.T.E. le spese del presente giudizio, che si liquidano in complessivi € 1.000,00 (mille/00) in favore di ciascuno, oltre IVA e CPA come per legge, disponendosi l'attribuzione nei soli confronti del difensore del Comune di Crispano per anticipo fattone.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 18 luglio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente FF

Carlo Dell'Olio, Consigliere, Estensore

Brunella Bruno, Consigliere

Publicato il 24/07/2017

N. 03645/2017REG.PROV.COLL.

N. 07244/2016 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 in appello iscritto al numero di registro generale 7244 del 2016, proposto da: Torricelli s.r.l. ed Icop s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Alessandro Cinti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale delle Milizie, 56;

contro

Irisacqua s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianni Zgagliardich, Luigi Manzi ed Andrea Manzi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

nei confronti di

Severn Trent Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Domenico Bezzi, con domicilio eletto presso lo studio legale dell'avvocato Paolo Rolfo in Roma, via Appia Nuova, 96;

Impresa Polese s.p.a. e Sideridraulic System s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. FRIULI VENEZIA GIULIA – TRIESTE, SEZIONE I n. 356/2016, resa tra le parti, concernente affidamento dei lavori di razionalizzazione del sistema fognario dell'ATO orientale goriziano (1° lotto)

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Irisacqua s.r.l. e di Severn Trent Italia s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 giugno 2017 il Cons. Valerio Perotti e uditi per le parti gli avvocati Cinti, Zgagliardich, Caruso per delega di Manzi, nonché Rolfo per delega di Bezzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Risulta dagli atti che, a seguito di pubblicazione del bando di gara con procedura ristretta, ex artt. 53, comma 2 lett. c) e 220 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (cd. "appalto integrato"), avente ad oggetto l'affidamento della progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di realizzazione del sistema fognario del C.A.T.O. Orientale Goriziano (relativamente al Lotto n. 1, concernente adeguamento e potenziamento dell'impianto di depurazione di Staranzano), la società Irisacqua s.r.l., dopo aver esperito la procedura di prequalifica, inviava ai concorrenti ammessi una lettera d'invito con relativi allegati.

La lettera precisava che i concorrenti dovevano predisporre una "*proposta tecnica migliorativa*" rispetto ai contenuti del progetto preliminare messo a gara (in applicazione delle *Linee guida* di cui all'allegato n. 9 della lettera d'invito).

La *lex specialis* prevedeva, inoltre, che solo dopo l'aggiudicazione definitiva l'aggiudicatario avrebbe dovuto presentare il vero e proprio "progetto definitivo" e, dopo la sua approvazione da parte della stazione appaltante, sarebbe stato possibile procedere alla stipula del contratto.

All'esito delle procedure di gara (cui avevano partecipato nove offerenti), risultava prima in graduatoria l'ATI composta da Severn Trent s.p.a., Polese s.p.a. e Sideridraulic System s.p.a.; al secondo posto si collocava invece l'ATI composta da Torricelli s.r.l. ed Icop s.p.a..

Le seconde classificate presentavano ricorso al Tribunale amministrativo del Friuli - Venezia Giulia, impugnando innanzitutto il provvedimento di aggiudicazione definitiva; quindi, impugnavano il verbale di gara redatto a seguito della pubblica seduta del 9 febbraio 2016, (in cui si era dato atto dell'esito positivo della verifica di anomalia dell'offerta presentata dalle imprese vincitrici), nonché il verbale di gara del 2 febbraio 2016 che aveva ritenuto congrua l'offerta delle aggiudicatarie, oltre ai verbali di gara contenenti la graduazione delle offerte.

Le ricorrenti deducevano i seguenti motivi di ricorso:

Violazione della lex specialis, carenza di istruttoria e violazione della par condicio.

Quanto alle migliorie sul progetto preliminare, nell'elaborato n. 58 sarebbero state indicate, in modo preciso, le posizioni dei futuri impianti, mentre l'ubicazione delle opere previste in futuro sarebbe stata individuata dall'elaborato 66. Sennonché la planimetria dell'offerta tecnica delle vincitrici dimostrava che le aree destinate alle future vasche di sedimentazione sarebbero in realtà state occupate da un impianto differente, con conseguente stravolgimento delle suddette linee guida vincolanti.

Carenza d'istruttoria, contraddittorietà del provvedimento, violazione della lex specialis, errata valutazione dei presupposti di ammissibilità del ribasso e violazione della par condicio.

La verifica dell'anomalia non sarebbe stata effettuata correttamente: le aggiudicatrici avrebbero infatti disposto un ribasso del 12,501%, importo sul quale era stata determinata un'incidenza delle spese generali pari al 10%. L'utile dell'impresa era a sua volta indicato nel 5%. Sennonché, nella relazione di accompagnamento alle giustificazioni tecniche ed economiche dell'offerta, l'utile dell'impresa sarebbe risultato essere – una volta calcolato correttamente l'importo delle spese generali – pari al 3,4%. Pertanto, proprio da quanto indicato dalle imprese aggiudicatrici avrebbe in realtà dovuto desumersi l'inattendibilità dell'offerta, che avrebbe adottato criteri disomogenei, da una parte per l'incidenza delle spese generali e, dall'altra, per l'utile. In sostanza, ad avviso delle ricorrenti le ditte vincitrici non avrebbero avuto alcun utile di impresa bensì addirittura un disavanzo.

In data 24 marzo si costituiva in giudizio la stazione appaltante, Irisacqua s.r.l., rilevando in parte l'inammissibilità, in parte l'infondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto.

Il successivo 4 aprile 2016 si costituiva in giudizio anche la ditta Severn Trent Italia s.p.a., che parimenti chiedeva la reiezione del gravame.

In data 16 maggio 2016 le ricorrenti proponevano ricorso per motivi aggiunti sia avverso il provvedimento della stazione appaltante sotteso alla comunicazione del 21 aprile 2016 (relativa all'incompletezza di alcune dichiarazioni), sia avverso il provvedimento sotteso alla comunicazione del 2 maggio 2016 (in relazione al soccorso istruttorio attivato nei confronti delle ditte vincitrici della gara).

Relativamente al dedotto, erroneo ricorso al soccorso istruttorio, le ricorrenti eccepivano, in particolare:

Violazione e falsa rappresentazione dei presupposti, violazione della par condicio, dei principi di trasparenza, della lex specialis, violazione dell'articolo 38 comma due bis e 46 comma primo ter e 48 comma secondo del decreto legislativo 163 del 2006.

Nella legge di gara era infatti previsto che nella domanda di partecipazione fosse contenuta una dichiarazione sostitutiva relativa, in generale, ai soggetti "con potere di rappresentanza o con potere contrattuale": veniva al riguardo eccepito che lo strumento del soccorso istruttorio avrebbe al più potuto operare nella fase del controllo delle dichiarazioni relative ai requisiti di ammissione alla gara, laddove nel caso in esame, vi si era invece fatto ricorso in un momento successivo, con ciò violando gli obblighi di trasparenza in materia di appalti.

In data 7 giugno 2016 venivano inoltre proposti ulteriori motivi aggiunti, strettamente legati ai precedenti ed aventi in particolare ad oggetto:

Violazione dell'articolo 38 comma due bis del decreto legislativo 163 del 2006, omessa istruttoria, violazione dell'articolo 75 del d.p.r. 445 del 2000, violazione della par condicio.

Ad avviso delle ricorrenti, quanto precedentemente disposto nei confronti delle imprese aggiudicatrici non sarebbe stato riconducibile all'ambito del soccorso istruttorio, ma avrebbe invece integrato una pura e semplice violazione della legge di gara.

Con successive memorie difensive, le parti costituite prendevano quindi ulteriormente posizione sulle varie questioni sollevate in giudizio.

Con sentenza 15 luglio 2016, n. 356, il Tribunale amministrativo del Friuli - Venezia Giulia respingeva il ricorso.

Avverso tale decisione veniva interposto appello, articolato in tre motivi con i quali venivano sostanzialmente riproposte le ragioni di doglianza già rappresentate al giudice di prime cure.

Successivamente le parti ulteriormente illustravano con apposite memorie le proprie rispettive tesi difensive, ed all'udienza del 15 giugno 2017, dopo la rituale discussione, la causa passava in decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo di appello, le società Torricelli s.r.l ed Icop s.p.a. deducono *"carenza assoluta di istruttoria – motivazione contraddittoria e carente – falsa applicazione della lex specialis di gara – violazione e falsa applicazione dell'art. 76 del D.lgs. 163/2006 – violazione della par condicio"*: in particolare contestano l'assunto della sentenza di primo grado, secondo cui il bando di gara avrebbe richiesto *"una «semplice evoluzione del quadro progettuale, cioè lo sviluppo progettuale del progetto preliminare», ma l'esatto contrario"*.

In particolare, nelle *Linee guida per la compilazione dell'offerta tecnica* (all. 9 alla lettera d'invito) era previsto che la *"«filiera di processo proposta nel progetto preliminare deve essere mantenuta e rispettata in termini di tipologia e in termini di numero minimo di unità di trattamento relativamente alla linea acque. Pertanto in sede di proposta di progetto definitivo, possono essere offerte unità di trattamento in più ma non in meno rispetto a quelle contemplate nello schema processistico, di progetto preliminare»"*, per usare la stessa locuzione della sentenza tale processo depurativo costituiva l'*«idea delineata dalla stazione appaltante nel progetto preliminare sulla base delle linee guida»*. Inoltre il Capitolato Speciale Descrittivo e Prestazionale [...], allorché trattava della predisposizione del Progetto Esecutivo, disponeva che lo stesso dovrà essere redatto *«secondo le norme e le specifiche tecniche contenute nel presente capitolato, ed in conformità al progetto preliminare posto a base di gara ed alle successive approvazioni del progetto definitivo presentato dall'aggiudicatario in sede di offerta"*.

Il motivo di appello non è fondato. Vi si sostiene, sinteticamente, che l'ATI ditta aggiudicataria della gara (Severn Trent Italia s.p.a.) avrebbe introdotto migliorie non consentite dalla *lex specialis* di gara, nella specie avrebbe inteso occupare aree che non avrebbero potuto essere utilizzate a tale scopo.

La sentenza – contrariamente a quanto riporta l'appellante – non sostiene che la gara richiedesse *"una semplice evoluzione del quadro progettuale"*, bensì l'opposto, che per comodità si trascrive: *"Va innanzitutto premesso come si è in presenza di una gara che non richiedeva una semplice evoluzione del quadro progettuale, cioè lo sviluppo progettuale del progetto preliminare, ma di una gara che esige per sua natura integrazioni e miglioramenti dell'idea delineata dalla stazione appaltante nel progetto preliminare sulla base delle linee guida"*.

L'esame delle documentazioni depositate in causa anche da parte ricorrente dimostra che l'insieme articolato dei trattamenti dei flussi di processo, la cosiddetta filiera, deve essere rispettata dai proponenti, ma questo non comporta che sia vietata la riorganizzazione e la rilocalizzazione dei vari manufatti che intervengono nella filiera stessa.

In altri termini non era vietato collocare in modo diverso le varie vasche di accumulo e di laminazione nelle zone previste. Del resto l'esame della cartografia dimostra che anche la ricorrente ha presentato una proposta di collocazione diversa delle due tasche in questione".

Quanto sopra trova conferma nelle produzioni di causa: l'assunto per cui il progetto preliminare avrebbe descritto tassativamente e puntualmente la "filiera di processo", infatti, non solo non emerge dalla lettera delle disposizioni richiamate dall'appellante, ma neppure da altri atti di causa. Da un lato, infatti, non è dato individuare disposizioni generali e astratte che espressamente pongano un tale principio; dall'altro, neppure negli allegati tavolari si rinvenivano descrizioni così puntuali della "filiera di processo" da obbligare i concorrenti a posizionare in un determinato luogo e modo le "vasche di sedimentazione".

In particolare, senza entrare nel merito delle valutazioni tecnico-discrezionali dell'amministrazione, al cui riguardo il sindacato del giudice amministrativo è limitato al caso di manifesta illogicità o contraddittorietà desumibile – *ictu oculi* – dagli atti, che qui non emerge, va rilevato che la suddetta "filiera di processo" (che per l'appellante avrebbe previsto le vasche di sedimentazione e la loro precisa collocazione spaziale) neppure viene descritta dalle tavole 58 e 66 del progetto

preliminare (come invece dedotto dall'appellante), bensì dalle tavole 62 e 64.

Le prime due, invero, come bene eccepito dalla stazione appaltante, forniscono solo indicazioni di massima ma non indicano gli elementi che devono obbligatoriamente comporre la "filiera di processo", né il loro posizionamento, laddove le ultime due ("*Schema a blocchi impianti di progetto – Linea acqua*" e "*Profilo idraulico opere di progetto – Linea acqua*"), specifiche sul tema su cui si verte, non contengono obblighi relativi al posizionamento delle vasche di sedimentazione.

Infine – circostanza che, tempestivamente eccepita dalla stazione appaltante, non sembra però essere stata confutata dalle appellanti – anche l'offerta dell'ATI tra Torricelli s.r.l. ed Icop s.p.a. prevederebbe modifiche allo schema di filiera, con ciò implicitamente dimostrando che le appellanti, in concreto, non lo consideravano imm modificabile (quanto al posizionamento delle vasche).

Il primo motivo di appello va pertanto respinto.

Con il secondo, più complesso motivo di gravame le appellanti sostengono che la valutazione di ammissibilità del ribasso offerto dalle ditte vincitrici della gara – in particolare per gli importi per le spese generali e per l'utile d'impresa – sarebbe stata carente di istruttoria e di motivazione.

A fronte di analoga censura formulata nel primo grado di giudizio, il Tribunale amministrativo del Friuli - Venezia Giulia aveva rilevato che, nella specie, la congruità dell'offerta economica era stata sottoposta ad una valutazione "*quanto mai dettagliata e incisiva da parte della stazione appaltante*", valutazione adesso contestata da Torricelli s.r.l. ed Icop s.p.a. nei seguenti termini: "*palesi poi si sono rivelate le distorsioni relative ai costi per la Gestione per il periodo aggiuntivo che sono stati esposti relativamente a tre addetti, sostenendo che i costi per tale parte di offerta rientrerebbero nelle spese generali di sede in ragione dello status dei tecnici, motivazione pretestuosa e incoerente sia con la lex specialis di gara, che evidenziava in un autonomo elaborato tale voce, che con i principi civilistici e finanziari. Fermo restando, come osservato, la discrepanza fra l'offerta e le giustificazioni poiché si è passati da 4 addetti a 3, di talché, anche per tale motivo, il giudizio appare viziato*". L'argomento, dall'oggetto molto specifico, non è di immediata evidenza, almeno in base al tenore testuale del motivo (e alla luce delle premesse "in fatto", dove si fornisce una sommaria ricostruzione della questione).

Viene poi contestato alla sentenza di non aver considerato la previsione della *lex specialis* secondo cui "*Quanto all'utile, secondo la prevalente giurisprudenza non sarà ammessa una percentuale che non denoti l'interesse imprenditoriale alla corretta e conforme esecuzione dell'appalto*". *Si potrà discutere su quale sia la percentuale di utile idonea a confermare "l'interesse imprenditoriale", ma sicuramente la lex specialis imponeva che tale utile fosse esplicitato, mediante la verifica di tutti gli allegati che i partecipanti alla gara avrebbero dovuto presentare. Questa peculiarità della lex specialis si è tradotta in un limite alla discrezionalità della stazione appaltante, rendendo del tutto inapplicabile ed inutile il rinvio operato dalla sentenza a quei principi fatti propri dalla giurisprudenza, che però presuppongono una attività discrezionale, incongrua con quanto previsto da Irisacqua s.r.l.*".

Dunque, precisano le appellanti, erroneamente la sentenza ha ritenuto che oggetto di critica fosse la congruità dei singoli prezzi indicati dall'aggiudicataria, il motivo di gravame attenendo invece la stessa sostenibilità dell'offerta. Di ciò davano conto le osservazioni esposte nelle premesse "in fatto" dell'atto di appello (pag. 12).

Alla luce delle complessive risultanze processuali, si deve ricordare la consolidata giurisprudenza (*ex multis*, Cons. Stato, III, 24 maggio 2017, n. 2452; V, 5 aprile 2016, n. 1331; V, 7 luglio 2015, n. 3339) per cui "*la valutazione e la conseguente attribuzione dei punteggi ai vari elementi di un'offerta tecnica attiene all'espressione di un giudizio discrezionale di competenza esclusiva della commissione di gara. Nelle gare pubbliche da aggiudicarsi sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'Amministrazione non applica "scienze esatte", che conducono ad un risultato certo e univoco, ma formula un giudizio tecnico connotato da un fisiologico margine di opinabilità, per sconfessare il quale non è sufficiente evidenziare la mera non condivisibilità del giudizio, dovendosi piuttosto dimostrare la sua palese inattendibilità, l'evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto dalla commissione giudicatrice, con la conseguenza che, ove non emergano travisamenti, pretestuosità o irrazionalità, ma solo margini di fisiologica opinabilità e non*

condivisibilità della valutazione tecnico-discrezionale operata dalla Pubblica amministrazione, il Giudice Amministrativo non potrà sovrapporre alla valutazione opinabile del competente organo della stessa la propria".

Nel caso di specie, le appellanti incentrano le doglianze su singoli profili della valutazione compiuta dalla stazione appaltante, chiedendo al giudice amministrativo un sindacato puntuale e specifico del giudizio di anomalia: ma invece *"il giudizio che conclude il sub procedimento di verifica delle offerte anomale (di per sé insindacabile, salva l'ipotesi in cui le valutazioni ad esso sottese non risultino abnormi o manifestamente illogiche o affette da errori di fatto), ha infatti natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme"* (ex multis, Cons. Stato, V, 16 maggio 2017, n. 2319).

Già per questa ragione il secondo motivo di appello andrebbe respinto.

Va altresì detto che dette censure, ancorché suggestive, non appaiono di immediata evidenza. Per contro, le regole predisposte dalla stazione appaltante per la verifica delle offerte appaiono ragionevoli ed improntate ai principi di trasparenza e *par condicio* degli offerenti, né la valutazione concretamente svolta dalla stazione appaltante sulla posizione dell'ATI aggiudicataria appare manifestamente illogica o contraddittoria.

Risulta inoltre dagli atti che, una volta attivato il *sub*-procedimento di anomalia sull'offerta dell'ATI Severn Trent Italia s.p.a., quest'ultima ha provveduto a produrre la documentazione richiestale. Inoltre, al dichiarato scopo di prevenire giustificazioni ambigue ed artificiose, le ditte partecipanti non erano libere di fornire dati di interesse secondo il loro prudente apprezzamento, ma dovevano utilizzare modelli di dichiarazione specificamente predisposti dalla stazione appaltante ed allegati alla lettera d'invito, tra cui in particolare:

Allegato 3 (*modulo d'offerta*), nel quale le concorrenti dovevano indicare i ribassi e le percentuali da applicarsi a titolo di *spese generali* ed *utile d'impresa*.

Allegato 16 (*Linee guida per la redazione delle giustificazioni in caso di anomalia*), dove era richiesto, per il caso di indicazione di percentuali di utile ridotte o insignificanti, la produzione di idonea relazione esplicativa *ad hoc*.

Allegato 18 (*Modello guida per le analisi dei singoli prezzi unitari*), nel quale si fa rinvio all'allegato 19 per il calcolo delle spese generali, all'allegato 20 per gli oneri aziendali ed all'allegato 3 per l'utile d'impresa. In quest'ultimo caso le concorrenti erano tenute a sommare ai "costi di produzione" (dati da manodopera, materiali a piè d'opera noli e trasporti) le spese generali, gli oneri per la sicurezza e l'utile d'impresa.

Allegato 19 (*Schema per la giustificazione degli oneri imputabili alle spese generali*), nel quale indicare le spese generali suddividendole in due parti: di commessa (A) ed aziendali (B).

Allegato 20 (*Schema di minima per la giustificazione degli oneri aziendali per la sicurezza*).

Tale documentazione, come le stesse prescrizioni della lettera d'invito, non è stata impugnata da parte delle odierne appellanti.

Nelle difese, la stazione appaltante rileva come l'ATI aggiudicataria avesse previsto, nella propria offerta economica, un ribasso del 40% su progettazione definitiva ed esecutiva; un ribasso del 12,501% per i lavori (offrendo quindi un importo pari ad euro 13.522.970,45); una percentuale del 10% delle spese generali sull'ammontare dei lavori; una percentuale di utile d'impresa sull'ammontare dei lavori pari al 5%.

Come evidenza la medesima stazione appaltante, emerge *"dalla documentazione prodotta da Severn (in particolare dalla tabella sommario riepilogativa [...] e dalle analisi prezzi [...]) che l'Impresa, in sede di anomalia, ha applicato il 10% delle spese generali, così come da modello dell'offerta, al costo dei soli lavori ed ha calcolato la percentuale di utile sull'importo pari alla somma dei costi, delle spese generali e degli oneri di sicurezza aziendali, il tutto come da modello di cui all'Allegato 18"*.

La lettura fornita dalle appellanti, per contro, sembra effettivamente calcolare le spese generali come percentuale sull'importo totale offerto dall'aggiudicataria, anziché – come corretto – sul solo importo dei lavori, così però di fatto "duplicando" il calcolo delle voci "*spese generali*" ed "*utile*": al riguardo, appare convincente la replica (con allegate tabelle di raffronto) di Irisacqua s.r.l., secondo cui *"secondo Torricelli le spese generali sarebbero pari ad € 1.352.297,05 e quindi pari al*

10% del prezzo offerto per i lavori – ossia € 13.522.970,45 – importo che però tiene conto dell'utile e delle spese generali, sommando un tanto al costo dei lavori e calcolando su tale importo l'utile [...] Da ciò, a cascata, si sono susseguiti degli errori di calcolo che hanno portato la Torricelli a ritenere che l'offerta di Severn avrebbe dovuto essere considerata, in sostanza, incongrua in quanto, asseritamente, tra l'offerta e quanto giustificato in sede di anomalia vi sarebbe una differenza addirittura di circa € 400.000,00'.

Anche per quanto concerne le spese generali, le censure sono infondate.

Invero, il richiamato Allegato 19 (come già detto, non impugnato) indica – come da riga "E" della relativa tabella, recante "*% incidenza delle spese generali su esercizio 2014 (C/D)*" – la volontà della stazione appaltante di riferirsi, per le spese generali, al fatturato da bilancio (esercizio 2014) e non – come sembra intendere parte appellante – al costo di esecuzione.

Emerge altresì l'infondatezza, alla luce delle giustificazioni della stazione appaltante, delle doglianze circa presunte "*distorsioni relative ai costi per la Gestione per il periodo aggiuntivo che sono stati esposti relativamente a tre addetti, sostenendo che i costi per tale parte di offerta rientrerebbero nelle spese generali di sede in ragione dello status dei tecnici*".

Invero, "*vi sono quindi due squadre, formate a personale di Severn, utilizzate per due tipologie di gestione: gestione obbligatoria di 6 mesi [...], in cui si indica una squadra di 4 persone [...]; gestione aggiuntiva di 18 mesi [...] in cui si indicano due persone a full time e due a part time [...]. Pare evidente che la Severn, in fase di avviamento, ha previsto la presenza di manodopera superiore mentre, concluso l'avviamento e portato l'impianto a regime, ritiene di poter operare con un numero più limitato di addetti: correttamente il R.U.P. non ha ritenuto vi fossero delle incongruenze in tal senso, non potendosi ignorare la libertà d'impresa di organizzarsi*".

Alla luce delle considerazioni di cui sopra, il secondo motivo di appello va respinto.

Infine, il terzo motivo di gravame (con il quale vengono in parte riproposte le questioni già dedotte con motivi aggiunti) censura il ricorso, da parte della stazione appaltante, all'istituto del *soccorso istruttorio* nei confronti dell'aggiudicataria, "*per ottenere l'integrazione dell'omessa dichiarazione relativa ai procuratori in fase di prequalifica e in sede di offerta*".

L'illegittimità viene individuata nel fatto che tale subprocedimento sarebbe azionabile solo in una fase antecedente l'aggiudicazione e non in sede di verifica dei requisiti ex art. 48 d.lgs. n. 163 del 2006.

Inoltre, anche dalla *lex specialis* di gara doveva desumersi l'obbligo di provvedere alle relative dichiarazioni (pure) per i procuratori speciali: il p.to 11b dell'Allegato 1, infatti, prevedeva una "*dichiarazione de relato al punto 11.b.1 (che è stata resa dal legale rappresentante della Severn Trent Italia) riguardante «tutti gli altri (altri rispetto a quelli di cui al punto 2) ... soggetti con potere di rappresentanza o potere contrattuale»*".

Si contesta poi la declaratoria di tardività di entrambi i ricorsi per motivi aggiunti, in virtù del fatto che "*l'illegittimità si sia prodotta in ragione della dichiarazione resa e della condanna presente sul casellario del procuratore, circostanza che poteva emergere solamente dall'accertamento da parte della Stazione Appaltante, secondo le disposizioni di legge, che consentono esclusivamente a quest'ultima il perfezionamento del procedimento accertativo in grado di vincere il beneficio della non menzione, poiché l'accesso in forma estesa è consentito al solo committente e non a tutt'*".

Le censure non sono fondate.

Il soccorso istruttorio attivato dalla stazione appaltante, seppur dopo che già si era proceduto all'aggiudicazione della gara, non era infatti riferito ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa da riscontrarsi nella fase di controllo ex art. 48 d.lgs. n. 163 del 2006, bensì – ora per allora – a quelli per l'ammissione alla gara ex art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006.

Risulta dagli atti che l'ATI facente capo a Severn Trent Italia s.p.a., nel produrre le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1 lett. c) del d.lgs. n. 163 del 2006, non vi aveva incluso i propri procuratori speciali: ciò in ragione dell'incertezza (anche giurisprudenziale) circa la riconducibilità di tale figura alla categoria degli "*amministratori muniti dei poteri di rappresentanza*" di cui al richiamato art. 18. Sul punto si era recentemente espressa l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato, con sentenza 16 ottobre 2013, n. 23, che ha precisato che si deve verificare caso per caso, i normali procuratori *ad negotia* essendo sicuramente esclusi ma, per contro, dovendosi ricomprendere quei

procuratori speciali " *muniti di poteri decisionali di particolare ampiezza e riferiti ad una pluralità di oggetti così che, per sommatoria, possano configurarsi omologhi, se non di spessore superiore, a quelli che lo statuto assegna agli amministratori*".

Contrasta con il principio di diritto così espresso la chiave di lettura formale data dalle appellanti del p.to 11b dell'Allegato 1 della lettera d'invito (lettura che, di fatto, necessariamente assimilerebbe i procuratori *ad negotia*, in quanto muniti di generico potere di rappresentanza, agli amministratori). Si deve piuttosto confermare quella ribadita dalla stazione appaltante nei propri scritti difensivi, che, nell'equiparare – ai fini della dichiarazione di cui all'art. 38 cit. – i soggetti muniti di rappresentanza a quelli con capacità negoziale per conto dell'impresa, implicitamente ricomprendeva tra i primi solo quelli i cui poteri fossero equiparabili a quelli degli amministratori. In ogni caso, l'evidente incertezza sulla questione legittimava il ricorso allo strumento in questione, espressione del *favor participationis* (criterio da prediligere, nel caso di situazioni dubbie).

Come rilevato dal giudice di prime cure, il soccorso istruttorio veniva attivato " *per ottenere l'integrazione dell'omessa dichiarazione relativa ai procuratori in fase di prequalifica e in sede di offerta. Non si tratta quindi della mancanza di un requisito e ancor meno di una dichiarazione falsa, ma di una carenza documentale sanabile in base ai principi e comunque conforme all'articolo 46 comma 1 ter del decreto legislativo 163 del 2006*".

Ciò in quanto, come documenta la stazione appaltante, né la *lex specialis* di gara, né una disposizione di legge richiedevano il deposito, già in sede di prequalifica, di una visura camerale, per mezzo della quale aver immediata conoscenza delle persone munite di titoli di rappresentanza su cui, eventualmente, disporre controlli. Del resto, le verifiche documentali sulle autocertificazioni venivano effettuate una volta avvenuta l'aggiudicazione, ex art. 11, comma 8 d.lgs. n. 163 del 2006.

In pratica, come si legge nelle difese della stazione appaltante, " *il soccorso istruttorio è stato attivato ora per allora nel momento in cui Irisacqua ha ottenuto la visura camerale di Severn e solo allora è stato possibile effettuare la verifica di cui all'art. 38, comma 2 bis, D.Lgs. 163/2006*".

Attesa la portata assorbente della questione sulle residue deduzioni di merito (nonché sull'eventuale tardività degli stessi motivi aggiunti), anche il terzo motivo di appello va rigettato. Alla luce di quanto sopra, il gravame proposto da Torricelli s.r.l. e Icop s.p.a. dev'essere respinto. Le spese seguono al soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, confermando per l'effetto la sentenza impugnata.

Condanna le appellanti Torricelli s.r.l. ed Icop s.p.a., in solido tra loro, al pagamento delle spese di lite del presente grado di giudizio in favore delle appellate Irisacqua s.r.l e Severn Trent Italia s.p.a., che liquida in euro 3.000,00 (tremila/00) ciascuna, oltre oneri di legge.

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

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

Giuseppe Severini, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Pubblicato il 24/07/2017
N. 03646/2017REG.PROV.COLL.
N. 05102/2013 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 5102 del 2013, proposto da:
Harmonie Project GmbH s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Daniele Turco, con domicilio eletto presso lo studio legale Marco Gardin in Roma, via Laura Mantegazza, 24;

contro

Comune di Firenze, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Sansoni e Debora Pacini, con domicilio eletto presso lo studio legale Giuseppe Lepore in Roma, via Polibio, 15;

nei confronti di

Mobilificio Fattorini s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Natale Giallongo, con domicilio eletto presso lo studio legale Giammarco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

Blu Line Arredamenti s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. TOSCANA – FIRENZE, SEZIONE I, n. 644/2013, resa tra le parti, concernente esclusione dalla gara per la fornitura di elementi di arredo e relativa installazione, nonché risarcimento danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Firenze e di Mobilificio Fattorini Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 giugno 2017 il Cons. Valerio Perotti e uditi per le parti gli avvocati Ciliutti, per delega di Pacini, e Diaco per delega di Giallongo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Risulta dagli atti che il Comune di Firenze indiceva una gara, da aggiudicarsi secondo il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relativa alla fornitura di elementi di arredo ed alla connessa installazione, per allestimento integrato della nuova biblioteca nel Quartiere 2, area Pegna ex Benelli.

La società Harmonie Project s.r.l. partecipava alla gara, ottenendo il miglior punteggio (punti

88,23, di cui 40 per l'offerta economica e 48,23 per l'offerta tecnica). Peraltro, all'esito della successiva verifica di congruità, scaturiva la determinazione di esclusione in data 7 giugno 2012, con conseguente aggiudicazione a favore della seconda classificata (Mobilificio Fattorini).

L'offerta della Harmonie Projeect veniva giudicata anomala in ragione: a) dell'assenza sia delle certificazioni di eco sostenibilità del legno e dei relativi marchi, sia delle certificazioni di bassa tossicità dei mobili, richieste dall'art. 11 del Capitolato speciale; b) del difetto di coerenza nella formulazione dei prezzi; c) dell'inadeguatezza del valore economico offerto rispetto al costo del lavoro ed alle esigenze di tutela dei lavoratori; mancata giustificazione del costo della sicurezza;

d) della mancanza di adeguata giustificazione dei tempi di lavorazione, previsti in 10 giorni.

Avverso il provvedimento di aggiudicazione, la determina di esclusione e gli atti connessi Harmonie Project proponeva ricorso al Tribunale amministrativo della Toscana, deducendo i seguenti tre motivi di gravame:

Violazione e falsa applicazione degli artt. 11, 12, 83, 84, 86, 87, 88 e 89 del d.lgs. n. 163/2006, nonché degli artt. 120 e 121 del d.p.r. n. 207/2010; eccesso di potere per difetto di presupposti, violazione del giusto procedimento, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria ed illogicità; violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990.

In particolare, ad avviso della ricorrente il responsabile unico del procedimento non poteva svolgere anche l'incarico di verifica della congruità dell'offerta, essendo lui stesso progettista dell'opera in questione; inoltre, ai sensi dell'art. 121 del d.p.r. n. 207 del 2010 il predetto responsabile dovrebbe effettuare il giudizio di anomalia facendosi affiancare da tecnici, dalla Commissione giudicatrice o da apposita Commissione, laddove nel caso di specie avrebbe proceduto da solo.

Violazione e falsa applicazione degli artt. 11, 12, 83, 84, 86, 87, 88 e 89 del d.lgs. n. 163/2006, nonché degli artt. 120 e 121 del d.p.r. n. 207/2010; eccesso di potere per difetto dei presupposti, violazione del giusto procedimento, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria ed illogicità; violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990; sviamento di potere.

La ricorrente deduceva altresì che le indagini svolte dall'amministrazione avrebbero riguardato, ciascuna, elementi parzialmente differenti dai precedenti, in violazione del principio del contraddittorio. Criticava inoltre l'esito del giudizio di verifica dell'anomalia, osservando quanto segue: a) la certificazione era stata presentata per i pannelli grezzi in truciolare, per il laminato e per la colla, mentre per quanto concerne la pedana era "scontato" che il larice utilizzato fosse certificato FSC; del resto, gran parte dei produttori possiedono la certificazione ISO 14001 relativa al rispetto ambientale, al pari di Harmonie Project s.r.l.; b) non vi sarebbero, nell'offerta, prezzi diversi per prodotti uguali; c) il costo del lavoro era stato calcolato sulla base della previsione di spesa relativa ai montaggi, considerando un monte ore superiore a quello ritenuto effettivamente necessario; d) i tempi previsti di lavorazione non erano ristretti, trattandosi di biblioteca piccola e di arredi per la maggior parte prodotti in serie, mentre gli elementi a disegno erano prodotti in laboratorio e solo assemblati sul luogo.

Violazione e falsa applicazione degli artt. 120 e 121 del d.p.r. n. 207/2010, nonché degli artt. 11, 12, 83 e 84 del d.lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per violazione del giusto procedimento; difetto di istruttoria ed illogicità; violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990.

Rilevava, in particolare, che le principali attività riguardanti la gara sarebbero state svolte dal Presidente del seggio di gara, anziché dalla Commissione giudicatrice, laddove le buste relative all'offerta tecnica sarebbero state aperte alla presenza del Presidente della Commissione giudicatrice.

Si costituivano in giudizio il Comune di Firenze e la controinteressata Mobilificio Fattorini s.r.l.,

rilevando l'infondatezza del ricorso e chiedendone pertanto la reiezione.

Con ordinanza 5 settembre 2012, n. 597, il giudice adito respingeva l'istanza cautelare, per difetto dei presupposti.

Con successiva ordinanza 27 ottobre 2012, n. 4285, il Consiglio di Stato rimetteva la causa al giudice di prime cure, ai fini della sollecita trattazione della causa nell'udienza di merito.

Con successiva ordinanza istruttoria del 7 febbraio 2013, n. 175, il Tribunale amministrativo disponeva l'acquisizione del verbale della seduta del 1° marzo 2012, relativo all'apertura dei plichi contenenti la documentazione tecnica. Tale verbale, dal quale risulta che la seduta si era svolta alla presenza del solo Presidente della Commissione giudicatrice e di uno dei partecipanti alla gara, veniva depositato in giudizio dal Comune di Firenze in data 19 febbraio 2013.

Con sentenza 19 aprile 2013, n. 644, il Tribunale amministrativo respingeva il ricorso.

Avverso tale decisione la società Harmonie Project s.r.l. interponeva appello, deducendo un unico, articolato motivo di censura e quindi riproponendo, di seguito, le questioni già oggetto dei motivi di ricorso respinti nel precedente grado di giudizio.

Si costituivano in giudizio sia il Comune di Firenze, sia il Mobilificio Fattorini s.r.l., chiedendo il rigetto del gravame.

Con ordinanza 28 agosto 2013, n. 3309, la Sezione respingeva l'istanza cautelare proposta dall'appellante, non ravvisando la sussistenza del necessario *fumus boni iuris*.

Successivamente le parti ulteriormente illustravano con apposite memorie le proprie rispettive tesi difensive, ed all'udienza del 15 giugno 2017, dopo la rituale discussione, la causa passava in decisione.

DIRITTO

Con l'introduttivo motivo di appello, Harmonie Project contesta la sentenza impugnata, nella parte in cui ha rigettato i rilievi a suo tempo formulati circa la supposta incompatibilità del RUP, deducendo che, nel caso di specie, "il RUP ha svolto la funzione di progettista integrale dell'opera e successivamente ha svolto – oltre al ruolo di RUP – anche il ruolo di giudice dell'anomalia dell'offerta: in sostanza, ha giudicato se stesso e la valenza (negata) al progetto che evidentemente meno si avvicina all'idea che essa stessa aveva concepito dell'opera.

La censura mossa da questa difesa in primo grado sta proprio qui e non già o per lo meno non solo nel fatto che il RUP abbia svolto ex se il ruolo di valutazione dell'anomalia dell'offerta".

Per l'appellante, inoltre, nel caso di specie non potrebbero applicarsi i principi di diritto di cui alla sentenza Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2012, n. 36, per cui "il legislatore ha rimesso al R.U.P. ogni valutazione innanzi tutto in ordine al soggetto cui affidare la verifica, non escludendo che, a seconda dei casi, possa ritenere sufficienti e adeguate le competenze degli uffici e organismi della stazione appaltante, o invece concludere nel senso della necessità di un nuovo coinvolgimento della commissione aggiudicatrice anche per la fase de qua. [...] Quanto sopra induce l'adunanza plenaria ad escludere che, nel caso che occupa, l'aver proceduto direttamente il R.U.P. alla verifica di anomalia possa costituire ex se un vizio di legittimità della procedura".

Ciò in quanto quella decisione presupponeva una situazione di fatto completamente diversa da quella odierna, "in quanto atteneva ad una gara d'appalto ove il RUP aveva svolto le sole funzioni

sue proprie (non certo il ruolo di progettista integrale dell'opera, come viceversa si è verificato nel caso di specie)".

Il motivo di appello è infondato.

Il principio di diritto di cui alla richiamata sentenza dell'Adunanza plenaria ha infatti integrale applicazione anche nel caso di specie: il fatto che il Rup, in precedenza, aveva svolto anche il ruolo di progettista dell'opera appaltata, non generava alcuna forma di incompatibilità tra le varie funzioni ricoperte.

Per l'appellante, l'incompatibilità poggerebbe sul fatto che, data una siffatta "commistione" di ruoli, il Rup, al contempo progettista e giudice dell'anomalia, finirebbe contraddittoriamente per "giudicare se stesso".

L'assunto non è corretto già sotto il profilo logico. Invero, il giudizio compiuto dal Rup in sede di valutazione dell'anomalia di un'offerta riguarda solo tale offerta; non già la validità del progetto di base da esso a suo tempo elaborato (validità che, essendo quel progetto posto a base di gara, è data per acquisita); il suo giudizio, cioè, si limita alle soluzioni proposte dai vari offerenti, che con tale progetto di base devono risultare coerenti.

L'incompatibilità attiene ad un rischio di crisi nella posizione di terzietà di soggetti: ma la terzietà qui non viene in discussione, dal momento che il Rup (progettista o meno che sia) non è chiamato a valutare la bontà del progetto posto a base di gara, bensì la rispondenza delle altrui offerte ai parametri ivi formulati.

Del resto, emerge dagli atti che il concreto Rup non era membro né della Commissione giudicatrice, deputata alla valutazione dell'offerta, né componente del Seggio di gara, che aveva proceduto all'attribuzione dei punteggi dell'offerta economica e alla determinazione dei punteggi finali.

Il Rup, invero, era intervenuto solo nella fase finale della procedura, quando le offerte erano già state valutate dall'apposita Commissione giudicatrice, e solo per verificare la sospetta anomalia dell'offerta risultata economicamente più vantaggiosa. Non ha quindi applicazione, per difetto di presupposti, l'art. 84, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006, altresì invocata dall'appellante, atteso che tale eccezionale disposizione introduce un'ipotesi di incompatibilità fra membro della Commissione giudicatrice e chi ha svolto (o comunque è preposto a svolgere) funzioni tecniche o amministrative relative all'appalto da affidare (id est, il progettista o il direttore dei lavori).

Condivisibilmente, dunque, la sentenza impugnata ha, sul punto, respinto l'originario ricorso di Harmonie Project s.r.l.: "L'art. 84 del d.lgs. n. 163/2006 esclude che gli affidatari di incarichi relativi al contratto della cui aggiudicazione si tratta possano svolgere le funzioni di componente della commissione di gara.

Tale norma introduce una specifica causa di incompatibilità tra l'assunzione dei predetti incarichi e la nomina a membro della commissione chiamata a individuare la migliore offerta, ma nulla dispone riguardo al responsabile unico del procedimento, la cui attività è distinta da quella dei commissari di gara.

La diversità di ruolo tra responsabile del procedimento e commissario di gara emerge in via generale dagli artt. 10 e 84 del d.lgs. n. 163/2006, i quali delineano i diversi compiti dei due soggetti, nonché, in particolare, dall'art. 121 del d.p.r. n. 207/2010, cui fa rinvio, quanto agli appalti di forniture, l'art. 284 del d.p.r. medesimo; la suddetta disposizione del regolamento attuativo riserva solo al responsabile del procedimento la verifica delle giustificazioni presentate dai

concorrenti in sede di procedimento di valutazione di congruità dell'offerta. Pertanto, nessuna causa di incompatibilità valevole per i membri della commissione di gara può essere estesa al responsabile del procedimento”.

Del pari infondato è il subordinato rilievo per cui il Rup avrebbe comunque dovuto avvalersi della Commissione di gara ai fini del giudizio di anomalia. Invero, nessuna disposizione del Codice dei contratti pubblici e del relativo regolamento applicabili *ratione temporis* impone la verifica collegiale di congruità dei prezzi (l'art. 121 d.P.R. n. 207 del 2010 semplicemente prevede, qualora emergano elementi sintomatici di anomalia dell'offerta, che venga chiusa la seduta pubblica della commissione di gara e che il responsabile del procedimento sia chiamato a verificare le giustificazioni presentate dai concorrenti interessati, avvalendosi degli uffici, di appositi organismi tecnici della stazione appaltante oppure della commissione di gara).

Anche su tale questione trova applicazione il principio di diritto individuato da Cons. Stato, Ad. plen. n. 36 del 2012, secondo cui “allorché si apre la fase di verifica delle offerte anormalmente basse, la commissione aggiudicatrice ha ormai esaurito il proprio compito, essendosi in tale momento già proceduto alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche, all'assegnazione dei relativi punteggi ed alla formazione della graduatoria provvisoria tra le offerte; una possibile riconvocazione della commissione, di regola, è ipotizzabile solo laddove in sede di controllo sulle attività compiute emergano errori o lacune tali da imporre una rinnovazione delle valutazioni (oltre che nell'ipotesi di regressione della procedura a seguito di annullamento giurisdizionale, come previsto dal comma 12 dell'art. 84). Pertanto, è del tutto fisiologico che sia il R.U.P., che in tale fase interviene ad esercitare la propria funzione di verifica e supervisione sull'operato della commissione, il titolare delle scelte, e se del caso delle valutazioni, in ordine alle offerte sospette di anomalia”.

Del resto prosegue la Plenaria, “ben diverse sono le valutazioni da compiersi nell'ambito del subprocedimento di verifica di anomalia, rispetto a quelle compiute dalla commissione aggiudicatrice in sede di esame delle offerte. Infatti, mentre alla stregua dell'art. 84 del Codice la commissione è chiamata [...] soprattutto a esprimere un giudizio sulla qualità dell'offerta, concentrando pertanto la propria attenzione soprattutto sugli elementi tecnici di essa, il giudizio di anomalia si concentra invece sull'offerta economica, e segnatamente su una o più voci di prezzo considerate non in linea con i valori di mercato o comunque con i prezzi ragionevolmente sostenibili; inoltre, mentre la valutazione delle offerte tecniche dei concorrenti è compiuta dalla commissione su base comparativa, dovendo i punteggi essere attribuiti attraverso la ponderazione di ciascun elemento dell'offerta come previsto dall'art. 83 del Codice, al contrario il giudizio di congruità o non congruità di un'offerta economica è formulato in assoluto, avendo riguardo all'affidabilità dei prezzi praticati *ex se* considerati”.

Non paiono fondate le ulteriori censure (riproduttive di quelle già dedotte nel precedente grado di giudizio) relative ai ravvisati profili di eccesso di potere nell'operato del Rup.

In primo luogo, si deduce che la sentenza appellata non si sarebbe espressa sulla censura volta a denunciare la decisione del Rup di contestare ad Harmonie Project l'avvenuta presentazione di soltanto parte delle necessarie certificazioni (riferite, in particolare, soltanto ad alcuni degli elementi costitutivi dell'arredo). Per l'appellante, invece, ciò sarebbe corretto, poiché “nella realtà empirica la certificazione dei materiali lignei che compongono un mobile non è garantita per ogni singolo componente e nei fatti la certificazione assoluta è irrealizzabile”.

A supporto si richiama materiale tratto da siti internet di alcuni organismi privati (in particolare, alcune Ong), dai quali dovrebbe desumersi che neppure queste ultime sarebbero in grado di certificare ogni componente legnoso che costituisce il mobile finito (ricorrendo ad espressioni generiche del tipo “il legno non certificato contenuto nei mobili [...] è comunque legno controllato”).

Dunque, conclude la società Harmonie Project, "il mobile ottiene la garanzia PEFC solo per alcuni componenti dello stesso; per il resto ci si accontenta di dichiarazioni di provenienza generiche meramente descrittive, ma prive di cogenza".

Le argomentazioni dell'appellante, induttive e generiche, non sono idonee ad integrare un elemento di prova; e le stesse sono smentite dal tenore dell'art. 11 del Capitolato speciale d'appalto, per cui ciascun concorrente doveva dimostrare l'eco-sostenibilità della fornitura mediante la certificazione del legno e della bassa tossicità dei mobili (certificazione PEFC – PEFC e Greenguard), ferma restando la possibilità di produrre ulteriori certificazioni riferite a materiali, energia e atmosfera, salute umana, salute dell'eco sistema e responsabilità sociale.

Dunque, era possibile integrare la documentazione richiesta, ma non anche ridurla.

Correttamente, quindi, il giudice di prime cure ha rilevato che "la qualità di tutti i prodotti offerti, sotto il profilo della non tossicità e del rispetto dell'ambiente, doveva essere comprovata attraverso l'idonea certificazione predefinita dalla stazione appaltante; al contrario, la ricorrente ha presentato le necessarie certificazioni in relazione ad alcuni soltanto degli elementi costitutivi dell'arredo [...]"

Dirimente al riguardo è il verbale di audizione sottoscritto dal rappresentante della società istante (oltre che dal responsabile del procedimento), dal quale risulta (nei paragrafi contrassegnati dai numeri 9 e 10) che «la ditta non dispone di prodotti certificati ma solo di certificazioni delle materie prime che compongono alcuni prodotti» e che «per la certificazione del larice di rivestimento, pur non essendo dichiarata in sede di offerta, la ditta concorrente garantisce la fornitura in sede di esecuzione».

Deve invece considerarsi inammissibile, perché questione dedotta per la prima volta in appello, l'ulteriore censura per cui le valutazioni del Rup, concernenti anche specifiche carenze dell'offerta, sarebbero illegittime, dovendo il giudizio di anomalia essere riferito alla complessità di quest'ultima e non a singoli suoi aspetti specifici.

Quanto poi alla questione della mancata indicazione del costo della sicurezza del lavoro, l'appellante sostiene di avere in realtà fornito "le più chiare e precise giustificazioni riguardanti il costo della manodopera". Egli omette però di specificare, in appello, di quali giustificazioni concretamente si tratti, con conseguente inammissibilità del profilo di gravame, per genericità.

Per completezza, va comunque detto che la sentenza impugnata, sul punto, aveva così motivato: "Come precisato dal responsabile unico nella relazione conclusiva (documento n. 5 depositato in giudizio contestualmente al gravame), l'interessata non ha puntualizzato il contratto nazionale di riferimento, le qualifiche utilizzate e gli oneri della conduzione organizzata dei lavori, né ha indicato il costo della sicurezza, a fronte dei compiti di allestimento, montaggio, collocazione e adattamento in opera cui è chiamato l'appaltatore (art. 6 del capitolato)", dando atto dell'esistenza di omissioni che ben avrebbero potuto giustificare la valutazione di anomalia, trattandosi di aspetti fondamentali dell'offerta.

Ciò, a maggior ragione, alla luce delle censure formulate dal Rup in merito all'assenza di alcune certificazioni e di alcuni mobili.

Del pari inammissibile è la mera e pedissequa trascrizione degli originari motivi di ricorso, in nulla contestualizzati alla luce delle motivazioni della sentenza impugnata.

In effetti, la mera riproposizione dei motivi è ammessa solo se il giudice di primo grado non li abbia esaminati o li abbia disattesi con argomenti palesemente inconferenti, nel qual caso, però, il concorrente dovrebbe comunque contestare la mancanza o la non pertinenza della motivazione. In

ogni altro caso il gravame deve contenere una critica ai capi di sentenza appellati (così Cons. Stato, Ad. Plen., 3 giugno 2011, n. 10).

Conclusivamente l'appello va respinto. Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, confermando per l'effetto la sentenza impugnata.

Condanna l'appellante Harmonie Project s.r.l. al pagamento delle spese di lite del presente grado di giudizio in favore del Comune di Firenze e della controinteressata Mobilificio Fattorini s.r.l., che liquida in euro 5.000,00 (cinquemila/00) ciascuno, oltre oneri di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 giugno 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Pubblicato il 25/07/2017
N. 08944/2017 REG.PROV.COLL.
N. 03289/2017 REG.RIC.

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

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3289 del 2017, proposto da:
C.I.E.S. Onlus, Synergasia Onlus, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentate e difese

dagli avvocati Antonio Liroso, Nicola Lais, Carmine Pepe e Claudio Giangiacomo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Claudio Giangiacomo in Roma, Circonvallazione Trionfale N.1; contro

Ministero dell'Interno, in persona del Ministro pro tempore, Ufficio Territoriale del Governo Roma, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

ITC - Interpreti e Traduttori in Cooperativa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Massimiliano Terrigno, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Parioli 63;

per l'annullamento

del diniego tacito della Prefettura UTG di Roma opposto all'istanza d'accesso ai documenti ai sensi degli artt. 22 e ss. della legge 241/90 come richiamati dall'art. 53 d.lgs. n. 50/2016 del CIES in data 1 marzo 2017;

nonché per l'accertamento e la conseguente declaratoria

del diritto delle ricorrenti di prendere visione ed estrarre copia dei documenti richiesti con la suddetta istanza d'accesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno, dell'Ufficio Territoriale del Governo Roma e di Interpreti e Traduttori in Cooperativa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2017 la dott.ssa Francesca Petrucciani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe le Onlus CIES e Synergasia hanno impugnato il diniego tacito della Prefettura di Roma sull'istanza d'accesso ai documenti ai sensi degli artt. 22 e ss. della legge 241/90, come richiamati dall'art. 53 d.lgs. n. 50/2016, proposta in data 1 marzo 2017.

Le ricorrenti hanno esposto che in data 2/2/2017 la Prefettura di Roma aveva pubblicato un avviso pubblico per l'affidamento del servizio di interpretariato in consecutiva e di traduzione a supporto dell'attività della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale / Sezione di Roma – CIG 69630266D3; alla gara avevano preso parte le ricorrenti (RTI costituendo) nonché l'impresa ITC; nella seduta pubblica del 17 febbraio 2017 la Commissione aveva aperto la busta A) ed in data 21/2/2017, sempre in seduta pubblica, la busta B (Proposta Tecnica) e, in seduta riservata, la busta C (Offerta Economica).

Lo stesso giorno la Commissione aveva comunicato che l'Impresa ITC aveva ottenuto il punteggio massimo sia nell'offerta tecnica che in quella economica, ma nessuno dei verbali era stato pubblicato.

Successivamente, in data 23 febbraio 2017 la stazione appaltante aveva comunicato a mezzo PEC l'avviso degli ammessi alla procedura di gara, ma da tale data nessun altro avviso era stato pubblicato sul sito della Prefettura.

Per quanto a conoscenza dei ricorrenti, il servizio, in precedenza da loro garantito, era attualmente gestito dalla Impresa ITC, pur non essendo stato comunicato alcun provvedimento amministrativo al riguardo.

In data 1 marzo 2017, la ricorrente aveva quindi presentato alla Prefettura di Roma istanza volta ad ottenere l'accesso e l'estrazione di copia della documentazione relativa alla procedura per l'affidamento del servizio di interpretariato in consecutiva e di traduzione a supporto dell'attività della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, compresi i verbali di gara, i documenti attestanti il possesso dei requisiti di prequalifica, tecnici, economico-

finanziari, professionali e di ordine generale dell'impresa concorrente, i documenti relativi all'offerta economica e tecnica presentati dall'impresa concorrente, la documentazione prodotta dall'ITC in sede di verifica dei requisiti ai sensi dell'art. 48 del D.lgs. 50/2016 e tutti i provvedimenti adottati nel corso della procedura di scelta.

La richiesta veniva effettuata e motivata in quanto, nella seduta del 21.2.2017, la costituenda RTI ricorrente era stata dichiarata seconda classificata e aveva interesse all'esame della documentazione al fine di verificare l'opportunità di proporre ricorso avanti al competente organo della Giustizia Amministrativa.

A sostegno del ricorso sono state formulate le seguenti censure:

1. Violazione degli artt. 1, 2, 3, 22, comma 1, lett. b) e 6 e 24, comma 7, della legge n. 241/1990 e s.m.i.; violazione degli artt. 3, 24, 97 e 113 della Costituzione; violazione del d.lgs. 33 del 2013; violazione dell'art. 53 del d.lgs. 50/2016; violazione dei principi di trasparenza, ragionevolezza, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa; eccesso di potere per manifesta contraddittorietà, difetto d'istruttoria e travisamento dei fatti, in quanto sull'istanza si era formato il diniego tacito, come tale sprovvisto di motivazione, mentre le ricorrenti potevano vantare un interesse rilevante all'accesso, essendo la conoscenza dei documenti richiesti necessaria per la difesa dei loro interessi.

Infatti, dopo un mese e mezzo dall'apertura delle buste e della formazione della graduatoria, la stazione appaltante non aveva richiesto i giustificativi per l'anomalia dell'offerta né aveva comunicato l'aggiudicazione.

Si sono costituiti la Prefettura di Roma e la controinteressata ITC resistendo al ricorso.

Alla camera di consiglio del 20 giugno 2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Il ricorso deve essere accolto in quanto fondato.

In primo luogo, infatti, nel caso in esame sull'istanza di accesso formulata dalla ricorrente si è formato un diniego tacito, già come tale illegittimo, non avendo l'Amministrazione reso nota alcuna ragione ostativa alla visione della documentazione richiesta.

Inoltre, non può accedersi all'interpretazione, sostenuta dalla controinteressata, secondo cui l'accesso alla documentazione amministrativa di gara, ai sensi dell'art. 53, comma 2, lett. c), del D.lgs n. 50 del 2016, è differito fino al momento dell'aggiudicazione.

Come già affermato dalla giurisprudenza pronunciata sul punto, la norma citata – che prevede il differimento dell'accesso "in relazione alle offerte fino all'aggiudicazione" - concerne esclusivamente il contenuto delle offerte, ed è chiaramente posta a presidio della segretezza delle offerte tecnico-economiche, ma non impedisce l'accesso alla documentazione amministrativa contenuta normalmente nella busta A, relativa ai requisiti soggettivi dei concorrenti, essendo peraltro la conoscenza di tale documentazione elemento imprescindibile per l'esercizio del diritto di difesa in relazione al nuovo sistema delineato dall'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., che onera i concorrenti dell'impugnazione immediata delle ammissioni e delle esclusioni (TAR Veneto, sentenza n. 512/2017; TAR Lazio, Roma, sentenza n. 3971/2017).

In tal senso depongono l'art. 29 del D.lgs. 50/2016, il quale detta i principi generali sulla trasparenza e impone la pubblicità di tutti gli atti delle procedure di affidamento sul sito delle stazioni appaltanti, e il comma 3 dell'art. 76 (nel testo ante correttivo attualmente vigente) che in aggiunta alle pubblicazioni previste dall'art. 29, stabilisce che debba essere dato "avviso ai concorrenti, mediante PEC o strumento analogo negli altri Stati membri, del provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti"; laddove per "atti" si devono intendere, i verbali di gara relativi alla fase di ammissione dei concorrenti e la documentazione amministrativa di cui si è detto sopra utile al fine della verifica della sussistenza dei requisiti soggettivi dei concorrenti.

Proprio il nuovo regime diversificato di impugnazione previsto dal citato art. 120, comma 2-bis, del cpa, introdotto nel 2016, infatti, impone una tale interpretazione, nel senso cioè che l'operatore economico possa accedere alla documentazione amministrativa e ai verbali di gara relativi alla fase di ammissione dei concorrenti, già nella fase iniziale della procedura selettiva (senza attendere cioè

quella finale di aggiudicazione, come era previsto nel vecchio regime di cui al D.lgs n. 163 del 2006) e che il differimento previsto dall'art. 53, comma 2, lett. c), del D.lgs n. 50 del 2016 sia ormai limitato alle buste della proposta che contengono le offerte tecniche e economiche. Peraltro, nel caso di specie, come detto, l'Amministrazione non ha nemmeno circoscritto, con un espresso provvedimento, il diniego a tale parte della documentazione, limitandosi a disattendere tacitamente l'istanza, sicché l'impugnazione deve essere accolta, dovendo comunque l'UTG pronunciarsi sulla stessa, con l'ostensione degli atti richiesti, compresi i verbali di gara, ed eventualmente negando solo l'accesso al contenuto tecnico ed economico dell'offerta. Naturalmente l'accesso deve essere esteso al provvedimento di aggiudicazione, che allo stato non risulta ancora comunicato, se nelle more intervenuto. Resta poi fermo che, una volta intervenuto il provvedimento di aggiudicazione, l'amministrazione dovrà consentire alla ricorrente l'accesso alla restante documentazione richiesta con l'istanza. Pertanto, l'istanza avanzata dalle ricorrenti deve essere accolta e deve essere ordinato all'amministrazione resistente di consentire alle stesse l'accesso alla documentazione amministrativa richiesta relativa alla ITC e ai verbali di gara, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza ovvero dalla notifica, se antecedente. Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, ordina all'amministrazione resistente di consentire alla ricorrente l'accesso alla documentazione amministrativa richiesta entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza ovvero dalla notifica, se antecedente; condanna l'Amministrazione resistente e la controinteressata alla rifusione in favore delle ricorrenti delle spese di lite, che si liquidano in euro 1.500,00 a carico di ciascuna di dette parti. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2017 con l'intervento dei magistrati:
Germana Panzironi, Presidente
Francesca Petrucciani, Consigliere, Estensore
Francesca Romano, Referendario