



PROGETTO “PROVINCE & COMUNI - LE PROVINCE E IL SISTEMA DEI
SERVIZI A SUPPORTO DEI COMUNI”

**MANUALISTICA A SUPPORTO DELLE SUA
NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI
D. LGS. 31 MARZO 2023, N. 36**

LINEE GUIDA

ALLEGATO III

**SENTENZE IN FORMATO
INTEGRALE**

SOMMARIO

| | |
|--|-----|
| <u>Principio del risultato (art. 1 D.Lgs. n. 36/2023)</u> | 1 |
| - <u>Consiglio di Stato, sez. III, 12 ottobre 2023, n. 8896</u> | 1 |
| <u>Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9 D.Lgs. n. 36/2023)</u> | 5 |
| - <u>TAR Lombardia – Milano, sez. I, 23 ottobre 2023, n. 2407</u> | 5 |
| <u>Principio di tassatività delle cause di esclusione (art. 10 D.Lgs. n. 36/2023)</u> | 10 |
| - <u>TAR Puglia – Bari, sez. unite, 8 settembre 2023, n. 366</u> | 10 |
| <u>Conflitto di interessi (art. 16 D.Lgs. n. 36/2023)</u> | 13 |
| - <u>TAR Lazio – Roma, sez. II, 31 luglio 2023, n. 12917</u> | 13 |
| <u>Fasi delle procedure di affidamento (art. 17 D.Lgs. n. 36/2023)</u> | 18 |
| - <u>TAR Calabria – Reggio Calabria, 26 ottobre 2023, n. 782</u> | 18 |
| <u>Accesso agli atti e riservatezza (art. 35 D.Lgs. n. 36/2023)</u> | 35 |
| - <u>TAR Campania – Salerno, sez. I, 21 luglio 2023, n. 1795</u> | 35 |
| <u>Livelli e contenuti della progettazione (art. 41 D.Lgs. n. 36/2023)</u> | 39 |
| - <u>Consiglio di Stato, sez. V, 9 giugno 2023, n. 5665</u> | 39 |
| <u>Suddivisione in lotti (art. 58 D.Lgs. n. 36/2023)</u> | 45 |
| - <u>Consiglio di Stato, sez. V, 1 settembre 2023, n. 8127</u> | 45 |
| - <u>Consiglio di Stato, sez. III, 24 ottobre 2023, n. 9203</u> | 55 |
| <u>Revisione dei prezzi (art. 60 D.Lgs. n. 36/2023)</u> | 64 |
| - <u>Consiglio di Stato, sez. III, 13 luglio 2023, n. 6848</u> | 64 |
| <u>Cause di esclusione non automatica (art. 95 D.Lgs. n. 36/2023)</u> | 79 |
| - <u>TAR Marche – Ancona, sez. I, 27 maggio 2023, n. 325</u> | 79 |
| <u>Illecito professionale grave (art. 98 D.Lgs. n. 36/2023)</u> | 93 |
| - <u>TAR Toscana – Firenze, sez. II, 2 ottobre 2023, n. 873</u> | 93 |
| - <u>TAR Liguria – Genova, sez. I, 19 giugno 2023, n. 603</u> | 99 |
| <u>Requisiti di ordine speciale (art. 100 D.Lgs. n. 36/2023)</u> | 112 |
| - <u>TAR Calabria – Reggio Calabria, 26 ottobre 2023, n. 782</u> | 112 |

| | |
|---|-----|
| <u>Soccorso istruttorio (art. 101 D.Lgs. n. 36/2023)</u> | 113 |
| - <u>TAR Lazio – Roma, sez. IV, 26 settembre 2023, n. 14255</u> | 113 |
| - <u>TAR Trentino Alto-Adige – Bolzano, 25 ottobre 2023, n. 316</u> | 121 |
| - <u>Consiglio di Stato, sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870</u> | 163 |
| <u>Avvalimento (art. 104 D.Lgs. n. 36/2023)</u> | 176 |
| - <u>TAR Campania – Salerno, sez. I, 19 settembre 2023, n. 2014</u> | 176 |
| - <u>TAR Campania – Napoli, sez. I, 20 ottobre 2023, n. 5716</u> | 186 |
| - <u>TAR Calabria – Reggio Calabria, 26 ottobre 2023, n. 782</u> | 191 |
| <u>Criteri di aggiudicazione (art. 108 D.Lgs. n. 36/2023)</u> | 192 |
| - <u>Consiglio di Stato, sez. V, 27 luglio 2023, n. 7378</u> | 192 |
| <u>Modifica dei contratti in corso di esecuzione (art. 120 D.Lgs n. 36/2023)</u> | 201 |
| - <u>TAR Puglia – Bari, sez. II, 23 ottobre 2023, n. 1243</u> | 201 |
| <u>Offerte contenenti prodotti originari di Paesi terzi (art. 170 D.Lgs. n. 36/2023)</u> | 209 |
| - <u>TAR Sicilia – Catania, sez. III, 28 settembre 2023, n. 2809</u> | 209 |
| <u>Cumulo alla rinfusa (artt. 67 e 225 D.Lgs. 36/2023)</u> | 226 |
| - <u>Consiglio di Stato, sez. V, 17 ottobre 2023, n. 9036</u> | 226 |

Consiglio di Stato, sez. III, 12 ottobre 2023, n. 8896 (Pres. Raffaele Greco)

**Principio del risultato – Art. 1 D.Lgs. n. 36/2023 – Concorrenza – Tutela –
Miglior risultato possibile – Affidamento esecuzione contratti.**

L'entrata in vigore dell'art. 1, secondo comma, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, ha chiaramente affermato che in materia di contratti pubblici la tutela della concorrenza rappresenta piuttosto un mezzo, e non un fine, rispetto allo scopo di "conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti"

N. 08896/2023REG.PROV.COLL.
N. 04661/2023 REG.RIC.

**R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4661 del 2023, proposto da Pol Service S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9656201525, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Pitaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

l'Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Mariachiara Paone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

nei confronti

di Sicurtransport S.p.a., non costituita in giudizio,

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda) n. 810/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 28 settembre 2023, il Cons. Giovanni Tulumello e viste le conclusioni delle parti come in atti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con sentenza n. 810/2023 il T.A.R. della Calabria, sede di Catanzaro, ha dichiarato improcedibile il ricorso introduttivo e i primi motivi aggiunti, e rigettato i secondi motivi aggiunti proposti dall'odierna appellante per l'annullamento della revoca della procedura di affidamento del servizio di vigilanza armata presso la REMS di Girifalco.

La ricorrente in primo grado ha impugnato l'indicata sentenza con ricorso in appello.

Si è costituita in giudizio, per resistere, l'Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro.

Con decreto presidenziale n. 2214/2023, quindi con ordinanza n. 2452/2023, è stata respinta la domanda di misure cautelari.

Il ricorso in appello è stato definitivamente trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 28 settembre 2023.

2. Osserva anzitutto il Collegio che l'appellante non risulta avere articolato alcuna censura avverso la declaratoria di improcedibilità del ricorso introduttivo del giudizio e dei primi motivi aggiunti: ovvero, pur lamentando col primo motivo d'appello la ritenuta erroneità della decisione del T.A.R. di esaminare prioritariamente i secondi motivi aggiunti (sulla base del rilievo secondo cui il provvedimento di revoca della seconda gara indetta dall'Amministrazione sarebbe stato caducato per effetto dell'annullamento degli atti gravati con il ricorso originario e i primi motivi aggiunti, che sarebbero "*atti presupposti*"), non ha poi riprodotto – come sarebbe stato doveroso ai sensi dell'articolo 101, comma 2, c.p.a. – i motivi di censura articolati in primo grado avverso gli atti impugnati col ricorso e con i primi motivi aggiunti.

Ciò potrebbe comportare l'inammissibilità dell'intero ricorso in appello, posto che la appellante ha espressamente dichiarato di avere agito a tutela del proprio interesse a conseguire l'aggiudicazione della prima gara, nella quale si era classificata al secondo posto, e che pertanto, una volta divenuto definitivo l'annullamento di tale prima gara, non si vede quale autonomo interesse essa possa avere a censurare la revoca di una gara successiva, intervenuta quando non si erano neanche chiusi i termini per la presentazione delle offerte.

3. Il superiore rilievo è tuttavia superato dall'infondatezza, nel merito, del gravame: come già esposto in sede di cognizione sommaria nella motivazione della richiamata ordinanza cautelare (che non risulta peraltro seguita da successive difese delle parti).

3.1. Con il primo motivo l'appellante deduce "*Illegittimità derivata – effetto caducante*".

Il mezzo è infondato in quanto non è condivisibile l'assunto (supportato dal richiamo di giurisprudenza non pertinente in tema di "*atto presupposto*") secondo cui, in caso di accoglimento del ricorso introduttivo e dei primi motivi aggiunti, ciò avrebbe comportato l'automatica caducazione della revoca della seconda gara, per illegittimità derivata, essendo invece evidente che tale nuovo intervento in autotutela aveva una sua motivazione autonoma – peraltro anch'essa censurata dall'odierna appellante – basata sulla sopravvenienza costituita dalle nuove esigenze rappresentate dal Dipartimento Salute Mentale e Dipendenze, che interrompeva ogni nesso di "consequenzialità" rispetto alle vicende precedenti.

3.2 Con il secondo motivo l'appellante deduce "*Violazione e falsa applicazione dell'art. 21-quinquies, l. 241/90 – illegittimità autonoma*".

Anche questo motivo è infondato in quanto le censure con esso reiterate (sotto il profilo sia della irrilevanza della sopravvenienza suindicata, sia della mancata comparazione degli interessi in campo, sia della carenza di interlocuzione procedimentale) muovono tutte dall'assunto che l'Amministrazione avesse il dovere di tenere in considerazione gli interessi implicati nella precedente procedura, laddove invece al momento del nuovo intervento in autotutela la discrezionalità della A.S.L. era piena atteso che l'annullamento in autotutela della prima gara era pienamente valido ed efficace, non essendo stato neanche sospeso dal T.A.R. (e, pertanto, quella gara precedente non era già più giuridicamente esistente).

4. Come già chiarito dalla citata ordinanza cautelare in relazione alla pretesa complessivamente azionata dall'appellante (con riferimento ai singoli profili fatti oggetto di specifica censura in questo giudizio), essa non risulta assistita da fondamento avuto riguardo all'esercizio del potere di autotutela in funzione delle esigenze del committente pubblico.

Nel caso di specie la legittimità dell'esercizio del potere di revoca degli atti di gara deriva proprio dalla considerazione delle esigenze della commessa pubblica, che devono considerarsi funzionalmente condizionanti la procedura in vista del soddisfacimento degli interessi pubblici portati dall'amministrazione aggiudicatrice (costituenti il fine primario della procedura medesima).

Per pacifica giurisprudenza di questo Consiglio di Stato è ammessa la revocabilità di una gara fino all'aggiudicazione definitiva (sentenza n. 2095/2016), ed anche successivamente purché non oltre la stipula del contratto (sentenza n. 2013/2015), dal momento che *“la revoca dell'aggiudicazione è legittima se sorretta dall'interesse pubblico alla corretta gestione delle risorse collettive, interesse di per sé superiore all'interesse particolare dell'impresa a conservare l'aggiudicazione”* (sentenza n. 833/2022).

Con riguardo alla specifica fattispecie dedotta, la primarietà dell'interesse pubblico cui la commessa era preordinata determina, in un'ottica conservativa, la recessività delle istanze procedimentali, che comunque non avrebbero potuto avere incidenza sul contenuto del provvedimento adottato, in ragione della inadeguatezza dell'atto revocato a soddisfare tale interesse (dal momento che, come accennato, era mutato nel frattempo il numero delle risorse necessarie rispetto al servizio in questione).

Come correttamente rilevato dal TAR, pertanto, *“benché la revoca riguardi formalmente solo l'indizione della seconda procedura (richiesta di offerta con modalità telematica n. 3517846/2023) è chiaro che l'amministrazione intende procedere a una nuova procedura per soddisfare le proprie esigenze, sì come modificatesi più di recente. (...) Vi è che la società ricorrente non contesta che all'attualità il REMS di Girifalco necessiti, come richiesto dal responsabile della struttura, della presenza di un'ulteriore guardia giurata a tempo pieno, rispetto al numero originariamente previsto”*. Viceversa tale diversa ricognizione del fabbisogno è decisiva ai fini della individuazione dell'interesse pubblico che sorregge e giustifica la procedura.

Anche prima dell'entrata in vigore dell'art. 1, secondo comma, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, che ha chiaramente affermato che in materia di contratti pubblici la tutela della concorrenza rappresenta piuttosto un mezzo, e non un fine, rispetto allo scopo di “conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti”, un simile principio era infatti considerato immanente al sistema dalla giurisprudenza di questo

Consiglio di Stato (si vedano, *ex multis*, le sentenze nn. 1076/2020, 7138/2020, 10673/2022, 5179/2023, 4086/2020; quest'ultima, in particolare, ha chiarito che "l'interesse pubblico alla tutela della concorrenza portato dalla normativa sui contratti pubblici è funzionale comunque alla tutela dell'interesse dell'amministrazione all'acquisizione di beni o servizi destinati a soddisfare le specifiche esigenze della collettività di cui essa è attributaria, come definite nella *lex specialis* di gara. (...) La natura del procedimento di evidenza pubblica come sede nella quale vengono create artificialmente le condizioni di concorrenza non deve infatti far perdere di vista la funzione del procedimento medesimo, che è quella, pur in un contesto concorrenziale, di acquisire beni e servizi maggiormente idonei a soddisfare l'interesse pubblico specifico portato dall'amministrazione aggiudicatrice".

5. La presente sentenza è redatta ai sensi dell'art. 120, commi 9 (come modificato dall'art. 4, comma 4, lett. a), del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito dall'art. 1, comma 1, della legge 11 settembre 2020, n. 120) e 10, del codice del processo amministrativo; ed è stata assunta tenendo conto dell'ormai consolidato "principio della ragione più liquida", corollario del principio di economia processuale (cfr. Cons. Stato, Ad. pl., 5 gennaio 2015, n. 5, nonché Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242), che ha consentito di derogare all'ordine logico di esame delle questioni e tenuto conto che le questioni sopra vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, *ex plurimis*, per le affermazioni più risalenti, Cass. civ., Sez. II, 22 marzo 1995, n. 3260, e per quelle più recenti, Cass. civ., Sez. V, 16 maggio 2012, n. 7663, e per il Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 gennaio 2022, n. 339), con la conseguenza che gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Dalle considerazioni che precedono discende che l'appello è infondato e che va pertanto respinto, con conferma della sentenza di primo grado qui gravata.

Le spese del giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la regola della soccombenza.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante al pagamento in favore della parte appellata costituita delle spese del presente giudizio, liquidate in complessivi euro cinquemila/00, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Paolo Carpentieri, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere, Estensore

Luca Di Raimondo, Consigliere

TAR Lombardia – Milano, sez. I, 23 ottobre 2023, n. 2407 (Pres. Antonio Vinciguerra)

Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale – Art. 9 D.Lgs. n. 36/2023 – Circostanze straordinarie e imprevedibili – Alterazione – Rinegoziazione – Sopravvenienze – Crisi economica e sociale.

Il Codice dei contratti pubblici di cui al D.lgs. 36/2023 all'art. 9, introduce il "principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale", stabilendo che "se sopravvengono circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali". Come chiarito nella Relazione illustrativa del Consiglio di Stato, con tale disposizione "si è inteso codificare una disciplina generale da applicare per la gestione delle sopravvenienze straordinarie e imprevedibili considerate dalla disposizione, tali da determinare una sostanziale alterazione nell'equilibrio contrattuale, con effetti resi di recente drammaticamente evidenti dalla congiuntura economica e sociale segnata dalla pandemia e dal conflitto in Ucraina"

N. 02407/2023 REG.PROV.COLL.

N. 03034/2022 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3034 del 2022, proposto da Synchron Nuovo San Gerardo S.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Giuseppe Angelini e Andrea Serafini, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, via Santa Maria Segreta 6;

Cooperativa Muratori e Braccianti di Carpi – Cmb, rappresentata e difesa dagli avvocati Elvira Poscio e Fabio Giuseppe Angelini, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, via Cesare Battisti n. 8;

contro

Azienda Regionale per l'Innovazione e gli Acquisti - Aria S.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Salvatore Gallo e Giuseppina Squillace, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Milano, via Taramelli 26;

nei confronti

Azienda Socio-Sanitaria Territoriale (Asst) di Monza; non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento di ARIA s.p.a. del 7 ottobre 2022, con cui è stata respinta l'istanza di revisione dei prezzi, mediante aggiornamento del quadro economico e del computo estimativo, presentata ai sensi dell'articolo 27 del decreto legislativo 17 maggio 2022, n. 50 da Synchron Nuovo San Gerardo s.p.a. in data 12 settembre 2022, previa richiesta della cooperativa mandataria dei soci costruttori CMB,

- di ogni altro atto e provvedimento presupposto e connesso, anche se non conosciuto; con richiesta di eventuale rinvio alla Corte Costituzionale della questione incidentale di legittimità dell'articolo 27 del decreto legislativo 17 maggio 2022, n. 50, e di eventuale rinvio pregiudiziale della questione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea;

nonché per la condanna di ARIA s.p.a. al risarcimento dei danni subiti dalle ricorrenti a causa dell'illegittimo rigetto dell'istanza di aggiornamento del quadro economico e del computo metrico estimativo, presentata ai sensi dell'articolo 27 del decreto legislativo 17 maggio 2022, n. 50.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Aria S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 settembre 2023 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

In forza di un contratto di concessione di costruzione e gestione ex art. 143 del D.Lgs. n. 163/06, stipulato in data 14.11.2012 con Infrastrutture Lombarde S.p.a. (successivamente incorporata da Aria S.p.a) e l'Azienda Ospedaliera San Gerardo (divenuta poi ASST di Monza), la società Synchron, è divenuta concessionaria dell'esecuzione dei lavori di potenziamento, ampliamento e ristrutturazione del presidio ospedaliero di Monza, nonché della manutenzione ordinaria e straordinaria, e della gestione dei servizi afferenti al medesimo.

In particolare, Synchron è una società di progetto costituita ai sensi dell'art. 156 del D.Lgs. n. 163/2006 (oggi art. 184 del D.lgs. 50/2016), dal raggruppamento temporaneo di imprese aggiudicatario della procedura ad evidenza pubblica avente ad oggetto l'affidamento della concessione.

Tra gli attuali soci della società di progetto, vi è la Società cooperativa Muratori e Braccianti di Carpi (nel proseguo "CMB"), mandataria del raggruppamento temporaneo dei soci costruttori, a cui è stata affidata l'esecuzione dei lavori.

In data 12.9.2022, CMB ha rappresentato ad Aria che il quadro economico degli interventi e il computo metrico estimativo riferiti ai lavori, sono stati stimati prendendo a riferimento il prezzo Regione Lombardia del 2011, richiamato nel contratto, che nel corso della sua

esecuzione, è stato tuttavia sostituito da un nuovo prezzario aggiornato al 2022, emesso in data 25.7.2022, di cui la stessa ha chiesto l'applicazione ai sensi dell'art. 27 del D.L. 17.5.22 n. 50, convertito con modificazioni dalla L. 15.7.22 n. 91.

Con il provvedimento impugnato nel presente giudizio, Aria ha tuttavia risposto negativamente alla predetta istanza.

La società resistente si è costituita in giudizio, insistendo per il rigetto del ricorso, in rito e nel merito.

Con ordinanza n. 1426 del 2.12.2022, il Tribunale ha respinto la domanda cautelare, mentre il Consiglio di Stato, Sez. III, con la n. 785/23, ha accolto l'appello, ai fini di una sollecita fissazione dell'udienza di merito.

All'udienza pubblica del 20.9.23 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

I) In via preliminare, il Collegio deve scrutinare l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla difesa di Aria, che è tuttavia infondata.

Per giurisprudenza pacifica, la portata ampia e generale della giurisdizione esclusiva in materia di revisione dei prezzi negli appalti di opere pubbliche, incontra un limite nel caso in cui sia in contestazione esclusivamente l'espletamento di una prestazione già puntualmente prevista nel contratto e disciplinata in ordine all'an e al quantum del corrispettivo, giacché in tale evenienza la controversia incardinata dall'appaltatore ai fini della percezione del compenso revisionale ha ad oggetto una mera pretesa di adempimento contrattuale, e quindi, comporta l'accertamento dell'esistenza di un diritto soggettivo, che ricade nell'ambito della giurisdizione ordinaria (Cass. Civ. Sez. Un., 8.2.22, n. 3935, C.S., Sez. III, 7.7.22 n. 5651). Nel caso di specie, facendo applicazione dell'art. 27 cit., il committente esercita invece un potere di approvazione, operando pertanto una valutazione discrezionale, che radica la giurisdizione del g.a.

Come affermato da T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 22.12.22 n. 8016 in una fattispecie analoga a quella per cui è causa, la discrezionalità dell'Amministrazione non è esclusa a fronte di una disposizione normativa che, come quella di cui all'art. 27 cit., non determina alcun vincolo al riconoscimento in concreto della revisione, che non può dirsi determinata né nell'an, né nel quantum.

II.1) Quanto al merito, come detto, il provvedimento impugnato ha rigettato l'istanza con cui la ricorrente ha chiesto l'applicazione dell'art. 27 del D.L. 17.5.22 n. 50, dettato in materia di "Disposizioni urgenti in materia di concessioni e di affidamenti di lavori", secondo cui "1. Per fronteggiare, negli anni 2022 e 2023, gli aumenti eccezionali dei prezzi dei materiali da costruzione nonché dei carburanti e dei prodotti energetici, anche in conseguenza della grave crisi internazionale in atto in Ucraina, i concessionari di cui all'articolo 142, comma 4, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, e quelli di cui all'articolo 164, comma 5, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, possono procedere all'aggiornamento del quadro economico o del computo metrico del progetto esecutivo in corso di approvazione o approvato alla data di entrata in vigore del presente decreto e in relazione al quale risultino già espletate le procedure di affidamento ovvero ne sia previsto l'avvio entro il 31 dicembre 2023, utilizzando il prezzario di riferimento più aggiornato.

2. Il quadro economico o il computo metrico del progetto, come rideterminato ai sensi del comma 1, è sottoposto all'approvazione del concedente ed è considerato nell'ambito del rapporto concessorio, in conformità alle delibere adottate dall'autorità di regolazione e di vigilanza del settore, ove applicabili. In ogni caso, i maggiori oneri derivanti dall'aggiornamento del quadro economico o del computo metrico del progetto non concorrono alla determinazione della remunerazione del capitale investito netto né rilevano ai fini della durata della concessione”.

II.2) Secondo quanto affermato nel provvedimento impugnato “il riferimento operato all’art. 27 comma 1 del DL 50/2022 è inconferente, atteso che la norma trova applicazione solo per gli appalti che il concessionario affida a terzi. Ad ogni modo, come stabilito al comma 2 del citato art. 27 del DL 50/2022, i maggiori oneri derivanti dall’aggiornamento del quadro economico o del computo metrico del progetto non concorrono alla determinazione della remunerazione del capitale investito netto né rilevano ai fini della durata della concessione. Ne consegue che le criticità lamentate nella nota che si riscontra, con particolare riguardo all’aumento dei prezzi, dovranno essere risolte alla stregua delle disposizioni della convenzione stipulata “inter partes” e delle norme e dei principi di riferimento applicabili al caso di specie. Quindi è onere del concessionario dimostrare la sussistenza delle condizioni e dei presupposti legittimanti l’eventuale revisione dell’assetto convenzionale. E, a tutt’oggi, codesto Concessionario non ha fornito le analisi ed i dati necessari”.

III) Osserva il Collegio che, in base a quanto disposto nell’art. 164, c. 5 del D.Lgs. n. 50/16, richiamato dall’art. 27 cit. al fine di individuare i soggetti sottoposti alla sua applicazione, “i concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici, per gli appalti di lavori affidati a terzi sono tenuti all’osservanza della presente Parte”.

III.1) In primo luogo, il Collegio dà atto che, dal punto di vista meramente letterale, i soggetti individuati da tale norma, sono “i concessionari di lavori pubblici”, e non invece “gli appalti di lavori affidati a terzi”, che rappresentano un’attività posta in essere dagli stessi. Lo stesso art. 27 cit. contiene del resto distinte previsioni applicabili ai “concessionari” (c. 1 e 2), o ai “contratti di appalti di lavori” (c. 2 bis).

Quanto alla ratio insita nell’art. 27 cit., emanato per fronteggiare gli aumenti eccezionali dei costi sopportati dai concessionari, la stessa esclude che la sua applicazione sia subordinata alle modalità operative di esecuzione dei lavori, discriminando tra coloro li che realizzano in proprio o per il tramite dei propri soci se costituiti in società di progetto, rispetto a chi decida invece di affidarli a terzi.

III.2) L’interpretazione sopra evidenziata è peraltro coerente con la disciplina dettata dal nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al D.lgs. 36/2023, che per quanto non applicabile rationae temporis, all’art. 9, introduce il “principio di conservazione dell’equilibrio contrattuale”, stabilendo che “se sopravvengono circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all’ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l’equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali”. Come chiarito nella Relazione illustrativa del Consiglio di Stato, con tale disposizione “si è inteso codificare una disciplina generale da applicare per la gestione delle

sopravvenienze straordinarie e imprevedibili considerate dalla disposizione, tali da determinare una sostanziale alterazione nell'equilibrio contrattuale, con effetti resi di recente drammaticamente evidenti dalla congiuntura economica e sociale segnata dalla pandemia e dal conflitto in Ucraina".

III.3.1) Secondo la difesa di Aria, il ricorso andrebbe invece respinto poiché "nel caso di lavori eseguiti dalle società socie della società di progetto, essendo questi prestati in proprio, non potrà che guardarsi alla remunerazione che il concessionario otterrà comunque dallo sfruttamento dell'opera, non potendosi limitare l'analisi al solo costo di costruzione".

III.3.2) Il Collegio non condivide tale argomentazioni.

Come correttamente dedotto dalla stessa resistente, mentre nell'appalto la realizzazione dell'opera è finanziariamente a carico della PA, ciò non accade nella concessione di opere pubbliche, ove il concessionario è invece retribuito attraverso il riconoscimento del diritto di gestione dell'opera per un certo periodo di tempo.

Conseguentemente, non si vede perché l'intervento economico del concedente debba essere diverso a seconda delle modalità operative scelte dal concessionario per eseguire i lavori, corrispondendo gli aumenti conseguenti all'applicazione dell'art. 27 cit. se quest'ultimo li ha affidati in appalto, o negandoli se li ha invece eseguiti in proprio o tramite i propri soci.

III.4) Da ultimo, non rileva il richiamo effettuato dalla difesa di Aria all'art. 149 c. 3 del D.Lgs. n. 163/2006, secondo cui "non si considerano come terzi le imprese che si sono raggruppate o consorziate per ottenere la concessione, né le imprese ad esse collegate. Se il concessionario ha costituito una società di progetto, in conformità all'articolo 156, non si considerano terzi i soci, alle condizioni di cui al comma 2 del citato articolo 156", trattandosi di una disposizione dettata "in materia di pubblicità applicabili agli appalti aggiudicati dai concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici", che non ha pertanto rilievo nella presente controversia.

In conclusione, il ricorso va pertanto accolto.

Quanto alla domanda risarcitoria, per quanto formalmente introdotta, la stessa non è stata tuttavia articolata, essendo pertanto allo stato inammissibile.

Sussistono tuttavia giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio, in considerazione dell'innovatività delle questioni dedotte.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei termini di cui in motivazione, e per l'effetto annulla il provvedimento in epigrafe impugnato.

Spese compensate, salvo il rimborso del contributo unificato in favore delle ricorrenti.

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

Così deciso in Milano nelle camere di consiglio dei giorni 20 settembre 2023 e 18 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere

Mauro Gatti, Consigliere, Estensore

TAR Puglia – Bari, sez. unite, 8 settembre 2023, n. 366 (Pres. Carlo Dibello)

Principio di tassatività delle cause di esclusione – Art. 10 D.Lgs. n. 36/2023 – Compilazione della domanda – Violazione – Collaborazione e buona fede – Richiesta di chiarimenti.

La mancata compilazione della domanda secondo le modalità “raccomandate” dalla Stazione appaltante non può integrare una causa di esclusione dalla procedura competitiva, sia per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione – oggi consacrato dall’art. 10 del d.lgs. n. 36/2023 –, sia in virtù delle regole di collaborazione e buona fede nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione – di cui all’art. 1, comma 2 bis della legge 7 agosto 1990, n. 241 – che avrebbero dovuto suggerire una richiesta di chiarimenti da parte della stazione appaltante.

N. 00366/2023 REG.PROV.CAU.
N. 00933/2023 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia
(Sezioni Unite)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 933 del 2023, proposto da
-OMISSIS- S.C.A.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Melucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Terlizzi, Stazione Unica Appaltante della Città Metropolitana di Bari, non costituiti in giudizio;

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Struttura di Missione Pnrr Presso La Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bari, domiciliataria ex lege in Bari, via Melo, 97;

Città Metropolitana di Bari, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Alessia Strada, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS- Scarl, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

a. della comunicazione pec del 17 luglio 2023 con la quale la Città Metropolitana di Bari ha reso nota l'esclusione del -OMISSIS- Scarl dalla procedura indetta per l'affidamento dei lavori inerenti l'intervento di "Rigenerazione del tessuto urbano consolidato per la realizzazione di un sistema socio-culturale e di connessione fra Palazzo Municipale e Teatro Biblioteca ex Liceo Classico" siti nel Comune di Terlizzi – cup: B19J21002560001;

b. della esclusione comminata nel corso della seduta di gara del 13.07.2023, trasfusa nel verbale n. 1 del 13.07.2023, che pure si impugna, nel quale è stata esaminata la documentazione presentata dal -OMISSIS- Scarl e si è proceduto all'esclusione del suddetto concorrente;

c. ove dovesse occorrere, dell'art. 6 della lettera di invito/disciplinare, in cui si raccomanda la corretta compilazione del punto 29 dell'allegato 2bis, e delle indicazioni di corretta compilazione contenute nello stesso allegato 2bis, sia nell'incipit che allo stesso punto 29 b, ove le modalità di espressione della volontà del consorzio e delle esecutrici dovesse essere ritenuta in contrasto con le stesse, nonché del penultimo capoverso dell'articolo 13 del predetto invito/disciplinare, nel quale, parimenti sono, ripetute le modalità di compilazione;

d. ove dovesse occorrere, del punto 7.2 della lettera di invito/disciplinare, nella parte in cui, in relazione alla partecipazione ed ai requisiti dei consorzi stabili, dovesse essere interpretato nel senso di ritenere il possesso di tali requisiti di partecipazione e di qualificazione indispensabili anche da parte delle ditte individuate come esecutrici;

e. ove e per quanto occorra, di tutti gli atti e verbali di gara laddove lesivi degli interessi del ricorrente;

f. ove e per quanto possa occorrere, dell'Accordo Quadro sottoscritto per l'indizione della gara in oggetto, ove il suo contenuto dovesse essere identico ai punti contenuti nell'invito/disciplinare oggetto di specifica impugnativa;

g. della determina n. 4055 del 27.07.2023 del Dirigente della SUA della Città Metropolitana di Bari con la quale sono stati approvati gli atti di gara ed aggiudicato l'appalto alla -OMISSIS- scarl;

h. di ogni altro atto anteriore, presupposto, connesso e consequenziale, ancorché non conosciuto, comunque lesivo degli interessi del ricorrente;

nonché per l'accertamento

- dei presupposti e delle condizioni di cui all'art. 80 comma 5 del d.lgs. 50/2016, per la riammissione a gara del -OMISSIS-;

- in sede di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133 lett. d) n. 1) c.p.a. del diritto della Società ricorrente alla aggiudicazione dell'appalto controverso previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero dell'Economia e delle Finanze,

della Struttura di Missione Pnrr Presso La Presidenza del Consiglio dei Ministri e della Città Metropolitana di Bari;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 6 settembre 2023 il dott. Carlo Dibello e uditi per le parti l'avv. Antonio Melucci, per la ricorrente, e l'avv. Alessia Strada, per la Città metropolitana resistente;

Considerato che, ad un sommario esame, tipico della fase cautelare incidentale, il ricorso appare fondato in quanto:

-è stato ingiustificatamente omesso il sub procedimento di verifica dell'affidabilità e della serietà dell'operatore economico;

-la mancata compilazione della domanda secondo le modalità "raccomandate" dalla Stazione appaltante non può integrare una causa di esclusione dalla procedura competitiva, sia per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione – oggi consacrato dall'art. 10 del d.lgs. n. 36/2023 -, sia in virtù delle regole di collaborazione e buona fede nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione – di cui all'art. 1, comma 2 bis della legge 7 agosto 1990, n. 241 – che avrebbero dovuto suggerire una richiesta di chiarimenti da parte della stazione appaltante;

-anche la mancata indicazione delle quote di lavorazione che ognuna delle consorziate si impegna ad eseguire non rileva ai fini dell'esclusione dalla procedura competitiva attesa l'autonomia giuridica del consorzio stabile e la regola di cui all'art. 47 del d.lgs. 50/2016, in forza della quale il consorzio assume l'obbligo di eseguire le prestazioni che formano oggetto dell'appalto con la propria struttura;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sezione unica, accoglie e per l'effetto:

a) sospende l'efficacia degli atti impugnati

Demanda al Presidente del Tar per la fissazione della udienza pubblica di trattazione di merito del ricorso. Compensa le spese della presente fase cautelare.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità.

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 6 settembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Dibello, Presidente FF, Estensore

Alfredo Giuseppe Allegretta, Consigliere

TAR Lazio – Roma, sez. II, 31 luglio 2023, n. 12917 (Pres. Francesco Riccio)

Conflitto di interessi – Art. 16 D.Lgs. n. 36/2023 – Principio della fiducia – Imparzialità – Indipendenza – Prova – Presupposti specifici e documentati.

Sulla medesima linea dell'art. 42 del D.Lgs. n. 50/2016, il nuovo Codice Appalti (D.Lgs n. 36/2023), all'articolo 16 ha ritenuto di prevedere espressamente, in coerenza con il principio della fiducia e al fine di preservare la funzionalità dell'azione amministrativa, che la minaccia all'imparzialità e all'indipendenza deve essere provata da chi invoca il conflitto sulla base di presupposti specifici e documentati.

N. 12917/2023 REG.PROV.COLL.

N. 09201/2023 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 9201 del 2023, proposto da Vento Mobility S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andreina Degli Esposti, Riccardo Villata, Antonio Agrifoglio, con domicilio digitale come in atti;

contro

Roma Capitale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi D'Ottavi, con domicilio digitale come in atti;

nei confronti

Lime Technology S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Giustiniani, Antonello Frasca, Daniele Carminati, Alessandro Paccione, con domicilio digitale come in atti;

Emtransit S.r.l., Bird Rides Italy S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituite in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento del Comune di Roma numero repertorio QG/597/2023 del 24/05/2023, numero protocollo QG/21377/2023 del 24/05/2023 "Avviso pubblico per la selezione di 3 (tre) Operatori, interessati all'esercizio dell'attività relativa ai servizi di noleggio (c.d. sharing) di monopattini a propulsione prevalentemente elettrica (di cui alla D.G.C. n. 225/2022 del 24

giugno 2022 e D.D. n. QG/789/2022 del 23 agosto 2022). Presa d'atto della chiusura lavori, approvazione della graduatoria finale delle Ditte partecipanti alla Manifestazione di interesse ed autorizzazione dei 3 Operatori, che hanno ottenuto il punteggio maggiore a seguito della valutazione della Commissione Giudicatrice, all'esercizio dell'attività relativa ai servizi di noleggio (c.d. sharing) di monopattini, a partire dal 1 luglio 2023";

- della nota del Comune di Roma Prot. QG/2023/0025231 del 16/06/2023 notificata a Vento Mobility S.r.l. con cui "si rammenta che alla data del 30 giugno p.v. scadrà la proroga del periodo di sperimentazione concesso con la D.D. n. QG370 del 29 marzo 2023. Pertanto, dal primo luglio 2023 si dovrà terminare il servizio provvedere in tempi rapidi a rimuovere tutti i mezzi utilizzati per tale attività";

- dell'avviso pubblico di cui alla D.G.C. n. 225/2022 del 24 giugno 2022 e D.D. n. QG/789/2022 del 23 agosto 2022 "per l'individuazione di operatori interessati a svolgere il servizio di noleggio (c.d. sharing) di monopattini a propulsione prevalentemente elettrica con sistema di free floating sul territorio comunale di Roma Capitale";

- dei verbali di gara relativi alla procedura medesima per le sedute tenutesi nelle date 23 dicembre 2022, 24 gennaio, 10 febbraio, 1, 27, 30, 31 marzo, 3, 5, 13, 17 aprile, 2, 5, 9, 12 e 19 maggio 2023;

- di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale, ivi incluse le "Linee Guida per l'autorizzazione dei servizi di noleggio (c.d. "sharing") di monopattini a propulsione prevalentemente elettrica, di cui all'art. 2, comma 3 del Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 229 del 4 giugno 2019, ed ex art. 1 commi 75, 75 bis, 75 ter, 75 quater, 75 quinquies, 75 sexies e 75 septies della Legge n. 160 del 27 dicembre 2019 (modificata dalla Legge 28 febbraio 2020, n. 8), come modificati dal D.L. n. 121/2021, convertito, con modificazioni, dalla Legge 9 novembre 2021, n. 156";

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Roma Capitale e di Lime Technology S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2023 la dott.ssa Giovanna Vigliotti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il presente giudizio ha ad oggetto l'impugnativa degli esiti della selezione indetta da Roma Capitale per l'individuazione di tre operatori economici cui affidare l'attività *in sharing* di monopattini da parte dell'odierna ricorrente, posizionatasi al quarto posto su sette partecipanti.

2. Il ricorso della ricorrente è affidato a un'unica censura finalizzata ad ottenere l'esclusione della odierna controinteressata, la Lime Technology s.r.l. che, classificatasi al terzo posto nella selezione, ha conseguito il diritto ad ottenere una delle tre autorizzazioni assegnabili all'esito della suddetta procedura selettiva.

3. La ricorrente denuncia una disparità di trattamento tra concorrenti e un disallineamento tra le informazioni detenute da Lime e gli altri partecipanti, violativo del principio generale di *par condicio competitorum*, in quanto in tale società opera in veste di "Senior Public Policy

Manager” dal 2022 l'ex Presidente della III Commissione Consiliare Permanente in tema di Mobilità dell'Assemblea Capitolina, dott. Enrico Stefàno.

4. Secondo la prospettazione della ricorrente, il suddetto *Senior Public Policy Manager*, in qualità di Presidente della Commissione Mobilità del Comune di Roma dal 2016 e fino al settembre 2021, aveva presieduto svariate sedute in cui si erano state assunte determinazioni rilevanti per la procedura oggetto del presente giudizio, tra cui quella svoltasi il 16 febbraio 2021, in esito alla quale si assumeva la deliberazione a firma del dott. Stefàno che impegnava il Sindaco e la Giunta “a predisporre una procedura selettiva per l'autorizzazione degli operatori di sharing di micromobilità legittimati ad avviare i propri servizi sul territorio capitolino”, specificando i principi in base ai quali si sarebbero dovuti individuare i criteri di selezione.

5. Più in generale, il dott. Stefàno, dal 2016 al 2021 avrebbe svolto funzioni di carattere deliberativo nello specifico settore della mobilità pubblica in veste di Presidente della Commissione capitolina competente in materia, occupandosi in più occasioni di *sharing* di monopattini a propulsione prevalentemente elettrica sul territorio comunale di Roma Capitale.

6. La ricorrente, pur non invocando espressamente la violazione delle norme sul conflitto di interesse nelle gare pubbliche, sostiene che la controinteressata sia stata potenzialmente avvantaggiata nella predisposizione della propria offerta delle informazioni privilegiate di cui il proprio *Senior Public Policy Manager* era in possesso in ragione dell'incarico politico svolto in precedenza. Tale situazione sarebbe di per sé idonea a determinare una asimmetria informativa in favore della ricorrente.

7. L'esito della procedura oggetto di gravame sarebbe, pertanto, stato viziato da una distorsione della concorrenza, provocata dal precedente rapporto di una figura apicale di Lime con l'amministrazione resistente, che si è tradotto in una diretta influenza sulla procedura di selezione, nonché su un'indebita rendita di posizione dovuta alle informazioni acquisite dal dipendente medesimo durante il suo mandato pubblico.

8. Tuttavia, la ricorrente si limita a chiedere l'esclusione della controinteressata e lo scorrimento della graduatoria in proprio favore e non l'annullamento della procedura.

9. Si sono costituite in giudizio sia Roma Capitale che la società controinteressata, rilevando la tardività e l'inammissibilità del gravame nonché diffusamente argomentando circa la sua infondatezza.

10. All'esito della camera di consiglio del 19 luglio 2023, fissata per la deliberazione dell'istanza cautelare, la causa è stata trattenuta in decisione con rituale preavviso alle parti di sentenza in forma semplificata.

11. Il Collegio ritiene che sussistano i presupposti per la definizione del giudizio con sentenza ai sensi dell'articolo 60 c.p.a. in ragione della palese infondatezza della censura proposta dalla ricorrente avverso gli atti impugnati.

12. Il Collegio rileva che, al di là dell'applicabilità o meno alla procedura selettiva oggetto della controversia delle norme e dei principi di cui al D.Lgs 50/2016, la ricorrente non ha in alcun modo provato che nella fattispecie vi sia stata una asimmetria informativa in favore della controinteressata che si sia tradotta, anche solo potenzialmente, in una distorsione della *par condicio competitorum*.

13. Non è stata, invero, fornita alcuna concreta evidenza che il dott. Stefàno abbia potuto incidere o condizionare la procedura oggetto di impugnazione tenuto conto del fatto che lo stesso non esercita, né ha mai esercitato, una funzione amministrativa tale da attribuirgli qualsivoglia potere decisionale nell'ambito della suddetta procedura, avendo egli ricoperto un incarico di natura politica.

14. La ricorrente si limita ad evocare una suggestione relativamente al fatto che un soggetto titolare di un incarico politico presso un ente pubblico, con specifiche competenze acquisite in un determinato settore, venga poi assunto da una società che opera nel suddetto settore e che si interfaccia con il medesimo ente pubblico. Evidentemente la società che assume un soggetto che ha svolto un incarico politico che gli ha consentito di specializzarsi in un determinato settore, persegue la finalità di avvalersi dell'esperienza e del *know how* acquisito dal soggetto nel settore specifico e della sua conoscenza della macchina amministrativa. Tuttavia, nessuna norma primaria o regolamentare vieta tale tipologia di "engagement", ragion per cui la ricorrente avrebbe dovuto fornire elementi concreti al fine di supportare la tesi sostenuta circa la capacità anche solo potenziale del dott. Stefano di influenzare gli esiti della procedura in esame a vantaggio della Lime in ragione delle informazioni privilegiate possedute.

15. Tuttavia, di tali informazioni privilegiate non vi è traccia. Dall'esame della documentazione in atti, si evince che tutti i verbali dell'Assemblea Capitolina citati dalla ricorrente sono atti pubblici, accessibili a chiunque così come pubbliche, nonché videoregistrate, sono le sedute conoscitive svolte dalla Commissione Mobilità durante la fase di sperimentazione del servizio oggetto della procedura. E comunque non viene in alcun modo dedotto come le informazioni acquisite dalla Commissione sull'andamento del servizio in fase sperimentale possano aver avvantaggiato il concorrente Lime rispetto agli altri.

16. Quel che rileva è che il dott. Stefàno non ha partecipato alla predisposizione degli atti della procedura che sono stati redatti in conformità a quanto previsto dalle Linee Guida approvate con la Deliberazione n. 225/2022, adottata da un consiliatura diversa da quella di cui ha fatto parte il dott. Stefàno. Le attività svolte da quest'ultimo si collocano tutte in una fase precedente a quella sia dell'adozione delle Linee Guida che della predisposizione degli atti di gara. Non si comprende, nemmeno in astratto, con quali modalità e strumenti il soggetto in questione abbia potuto influenzare gli esiti della procedura a vantaggio della Lime.

17. Non ricorrendo un'ipotesi tipizzata di conflitto di interesse, in capo alla ricorrente gravava l'obbligo di fornire la prova del possesso da parte del concorrente di informazioni che gli altri concorrenti non avrebbero potuto reperire attraverso una conoscenza del mercato di riferimento e delle sue dinamiche, e di come tali informazioni abbiano consentito alla controinteressata di predisporre un'offerta tecnica maggiormente competitiva.

18. La ricorrente, invece, fa generico riferimento ad una serie di informazioni che, per sua stessa ammissione, sono state successivamente trasfuse e formalizzate in atti e documenti pubblici accessibili a chiunque vi avesse avuto interesse.

19. D'altro canto, rispetto alla denuncia di una mera situazione di "sospetto" non sorretta da alcun elemento di prova circa l'effetto dell'invocata asimmetria informativa, l'Amministrazione non avrebbe alcuna possibilità di fornire prova contraria.

20. Benché la ricorrente affermi di non aver dedotto nel presente giudizio la violazione delle norme sul conflitto di interesse, il che è coerente con l'articolazione dei motivi di ricorso che non invocano la violazione dell'articolo 42 del D.Lgs 50/2016, essa cita a supporto delle proprie tesi la giurisprudenza formata nell'interpretazione della suddetta norma che, tuttavia, presuppone la sussistenza di una posizione, anche solo potenziale, di conflitto di interesse in cui versa il soggetto legato da un rapporto funzionale con la stazione appaltante e che ha il potere di influire sugli esiti della procedura di gara. Nella fattispecie manca in radice la situazione di conflitto necessaria affinché possano essere legittimamente invocate le conseguenze applicative della norma.

21. Per mera completezza motivazione, si rileva, comunque, che **nella vigenza dell'art. 42 del D.Lgs 50/2016, al fine di delimitare l'ampio raggio di operatività della nozione di conflitto di interesse, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che l'ipotesi di conflitto d'interessi "deve essere supportata da elementi concreti, specifici ed attuali" (Cons. St., sez. III, 26 marzo 2021, n. 2581); l'ipotesi del conflitto di interessi non può essere, infatti, predicata in via astratta, "ma deve essere accertata in concreto sulla base di prove specifiche" (Cons. St., sez. V, 6 maggio 2020, n. 2863).**

22. Sulla medesima linea, il nuovo Codice Appalti (D.Lgs 36/2023), all'articolo 16 ha ritenuto di prevedere espressamente, in coerenza con il principio della fiducia e al fine di preservare la funzionalità dell'azione amministrativa, che la minaccia all'imparzialità e all'indipendenza deve essere provata da chi invoca il conflitto sulla base di presupposti **specifici e documentati.**

23. Il Collegio ritiene, in conclusione, che dalla documentazione versata in atti e dalle argomentazioni svolte, non emergano elementi né intrinseci né estrinseci idonei a ritenere che la Lime sia venuta in possesso di informazioni privilegiate che possano averla favorita nella partecipazione alla procedura di selezione oggetto della controversia.

24. Il ricorso, pertanto, deve essere integralmente rigettato.

25. Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio, sia in favore di Roma Capitale che della società Lime Technology S.r.l., che si quantificano per ciascuna parte in Euro 2.000 (duemila), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Giovanna Vigliotti, Referendario, Estensore

Michele Tecchia, Referendario

TAR Calabria – Reggio Calabria, 26 ottobre 2023, n. 782 (Pres. Roberta Mazzulla)

Fasi delle procedure di affidamento – Art. 17 D.Lgs. n. 36/2023 – Aggiudicazione – Interesse pubblico – RUP – Responsabile di fase.

Il secondo periodo del comma 5 dell'art. 17 del D.Lgs. n. 36/2023, laddove prevede che "L'organo competente a disporre l'aggiudicazione esamina la proposta, e, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace", si riferisce al RUP con poteri a valenza esterna, ma può anche ipotizzarsi un procedimento che si sviluppa fisiologicamente con una proposta di determinazione di aggiudicazione (o atto equivalente) predisposta dal Responsabile di fase per il proprio dirigente / responsabile del servizio, unico organo in questo caso abilitato a manifestare all'esterno la volontà dell'Ente.

La "novità" rispetto alla precedente disciplina di cui all'art. 32 D.lgs. n. 50/2016 concerne la sequenza procedimentale afferente l'affidamento dell'appalto, essendo scomparso dall'ordito normativo il "doppio" passaggio dell'aggiudicazione non efficace e la successiva (post verifica positiva sul possesso dei requisiti) dell'aggiudicazione efficace.

La proposta di aggiudicazione, per quanto "approvata" dal Responsabile di fase, rimane (e lo rimarrebbe anche in costanza dell'art. 32 comma 5 D.lgs. n. 50/2016 in assenza di un "provvedimento di aggiudicazione" produttivo di effetti all'esterno) un atto endoprocedimentale, privo di contenuto decisorio, idoneo tutt'al più a far nascere una mera aspettativa di fatto in capo all'aggiudicatario alla positiva definizione del procedimento.

N. 00782/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00515/2023 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 515 del 2023, proposto da Impresa Geodrill di Santoro Maria, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9967921C9E, rappresentato e difeso dall'avvocato Benedetta Caruso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Città Metropolitana di Reggio Calabria, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Miceli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Ministero dell'Istruzione e del Merito, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Reggio Calabria, domiciliataria *ex lege* in Reggio Calabria, via del Plebiscito n. 15; Comune di Melicuccà, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Cabina di Regia per il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, Ministero degli Affari Europei, Politiche di Coesione e Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, Ministero dell'Economia e delle Finanze – Ragioneria Generale dello Stato – Servizio Centrale per il PNRR, Ministero dell'Istruzione, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Impresa Edile Domenico Chinnì, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- del provvedimento di esclusione nei confronti dell'impresa Geodrill srl di Santoro Maria, comunicato con nota del 12 settembre 2023;
- del verbale di gara non meglio conosciuto nella parte in cui propone l'aggiudicazione nei confronti dell'impresa Domenico Chinnì, avente presentato il ribasso del 32,00%;
- dei verbali di gara del 7 e 8 settembre 2023, non meglio conosciuti, in quanto non pubblicati;
- della determina n. 339 Registro Settore e n. 3036 reg. gen. del 14 settembre 2023 della Città Metropolitana di Reggio Calabria, in qualità di U.O.A. Stazione Unica Appaltante

Metropolitana, di approvazione dei verbali di gara e della proposta di aggiudicazione nei confronti dell'impresa edile Domenico Chinnì;

- della determina n. 154 e n. 214 reg. gen. del 15 settembre 2023, di aggiudicazione definitiva del Comune di Melicuccà;
- della nota del 26 settembre 2023, con la quale viene rigettata l'istanza di annullamento;
- della lettera di invito e del disciplinare di gara;
- di ogni altro provvedimento antecedente o successivo comunque connesso, presupposto o consequenziale, nonché
- per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato;
- per il conseguimento dell'aggiudicazione e del contratto, dichiarando sin d'ora la disponibilità a subentrare nel contratto eventualmente stipulato;
- per il risarcimento di tutti i danni subiti a causa della mancata aggiudicazione, sia in termini di danno emergente che di lucro cessante.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero dell'Economia e delle Finanze, del Ministero dell'Istruzione e del Merito e della Città Metropolitana di Reggio Calabria;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 ottobre 2023 il dott. Andrea De Col e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Città Metropolitana indiceva, per conto del Comune di Melicuccà, una gara a procedura telematica aperta ai sensi dell'art. 71 D.lgs. n. 3672023 in combinato disposto con l'art. 225 comma 8 D.lgs. n. 36/2023 e del D.L. n. 77/2021 (conv. in L. n. 108/2021), da aggiudicarsi con criterio del prezzo più basso, per la realizzazione dei *“lavori di adeguamento sismico, messa in sicurezza e ristrutturazione del plesso scolastico G. Capua – Intervento su unità strutturale in M.O”*, per un importo a base di gara, pari a € 607.484,46.

2. L'intervento è espressamente finanziato con le risorse previste dal PNRR -Missione 4 – Istruzione e Ricerca – Componente 1 – Potenziamento dell'offerta dei servizi di istruzione: dagli asili nido alle Università – Investimento 3.3 *“Piano di messa in sicurezza e riqualificazione dell'edilizia scolastica”*, finanziato dall'Unione europea – Next Generation EU”.

Il termine per l'aggiudicazione era fissato per il 15.09.2023, mentre quello per la consegna dei lavori per il 30.11.2023.

3. Tra i requisiti di capacità tecnico-professionale, la *lex specialis* di gara prescriveva il possesso in capo a ciascuno concorrente di una valida attestazione SOA per le seguenti

categorie di lavorazioni: a) categoria prevalente OS21, class. II, importo pari ad € 322.887,05; b) categoria scorporabile OG1, cl. II, importo pari a € 265.697,10.

La ricorrente Impresa Geodrill di Santoro Maria (d'ora in avanti, solo Geodrill), premesso di essere qualificata per l'intero importo nella categoria prevalente, partecipava alla gara, dichiarando nel DGUE di voler subappaltare "nei limiti di legge" sia la categoria OS21 che la OG1 e di possedere per avvalimento la categoria scorporabile.

4. A tale riguardo, essa riferisce di aver prodotto in sede di domanda di partecipazione il contratto di avvalimento con cui l'Impresa Edil Costruzioni Putrino di Giuseppe Putrino (d'ora in avanti, solo Edil Costruzioni) si è obbligata verso la Stazione appaltante e verso l'ausiliata a fornire: *"la categoria OG1 III della certificazione Soa richiamata in premessa, per una quota pari al 100% dell'importo richiesto dal bando di gara; tutti i mezzi e le attrezzature, i macchinari, i beni finiti, i materiali, il personale che hanno consentito il conseguimento della qualificazione e che verranno messe a disposizione del concorrente per tutta la durata dell'appalto; le modalità con le quali verranno messi a disposizione i mezzi, i macchinari, i beni finiti sono quelle del noleggio"*.

5. Con determinazione n. 72240 del 12.09.2023 la Stazione appaltante escludeva la Geodrill, ritenendo che il contratto di avvalimento fosse generico e indeterminato nell'oggetto, con la conseguenza che la ricorrente sarebbe priva di attestazione SOA per la categoria OG1 cl. II.

6. Con determinazione n. 339 del 13.09.2023 - RG n. 3036 del 14.09.2023, la Stazione appaltante approvava i verbali di gara e la proposta di aggiudicazione, formulata nel verbale dell'08.09.2023 in favore di Impresa edile Domenico Chinnì, che aveva presentato rispetto ad una terza concorrente rimasta in gara l'offerta con il maggior ribasso (32%).

7. Con determinazione n. 154 del 15.09.2023, il Comune di Melicuccà prendeva atto della determinazione di approvazione dei verbali di gara e della proposta di aggiudicazione.

8. Con il ricorso in esame, Geodrill lamenta quindi l'illegittimità della propria esclusione dalla gara e della conseguente "aggiudicazione" dell'appalto, avendo la S.A. erroneamente ravvisato la mancanza dei requisiti tecnico-professionali in capo alla stessa che, già qualificata nella categoria prevalente per l'intero importo dei lavori essendo in possesso dell'attestato SOA in OS21 per la classifica III, aveva prodotto un contratto di avvalimento con un'impresa qualificata in OG1, classifica III, come autorizzato dal bando di gara.

Nello specifico, la ricorrente prospetta i seguenti profili di illegittimità:

8.1. *Violazione e falsa applicazione dell'art. 100 co.4 D.lgs. n. 36/2023 e dell'art. 30 Allegato II 12 e dell'art. 119 D.lgs. 36/2023-Violazione della lex specialis, eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione.*

Con il primo motivo di doglianza, la ricorrente sostiene di essere qualificata per la categoria scorporabile OS21 indipendentemente dalla validità o meno del contratto di avvalimento perché: a) alla stregua dell'art. 30 comma 1 dell'Allegato II.12 al D. lgs. n. 36/23 (*"i requisiti*

relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente"), sarebbe comunque qualificata in OS21 cl. III per € 1.033.000,00 ovvero per un importo nettamente superiore al valore dell'appalto (€ 561.411,57); b) la OG1 non sarebbe più annoverabile tra le categorie a qualificazione obbligatoria di cui il concorrente deve necessariamente essere in possesso, stante l'intervenuta abrogazione tacita dell'art. 12 D.L. n. 47/2014.

In ogni caso, anche a voler considerare tuttora vigente la suddetta disposizione, la ricorrente avrebbe dichiarato di subappaltare per intero la categoria OG1, essendo a ciò pacificamente autorizzata sia dall'art. 12 D.L. n. 47/2014 che dalla stessa *lex specialis* che non prescrive alcun limite al subappalto delle lavorazioni in essa contemplate.

8.2. *Violazione e falsa applicazione dell'art. 104 D.lgs. n. 36/2023, violazione della lex specialis ed eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione.*

Con il secondo motivo di doglianza, la ricorrente contesta la ritenuta genericità del contratto di avvalimento posta dalla Stazione appaltante a fondamento del provvedimento di esclusione.

Essa invoca l'art. 104 comma 2 D.lgs. n. 36/2023, a norma del quale per i lavori di importo pari o superiore ad € 150.000,00 sarebbe sufficiente, quanto al prestito dell'attestazione SOA, che il contratto indichi *"le dotazioni tecniche e le risorse che avrebbero consentito all'operatore economico di ottenere l'attestazione della qualificazione richiesta"*, qui coincidenti con l'intero complesso aziendale (mezzi, risorse e manodopera) messi a disposizione dalla ditta ausiliaria.

8.3. *Violazione dell'art. 101 D.lgs. n. 36/2023-violazione del principio del favor participationis - Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione e per travisamento dei fatti.*

Con il terzo motivo di doglianza Geodrill chiede, in via subordinata, l'annullamento degli atti gravati, avendo la stazione appaltante illegittimamente disatteso la possibilità di attivare il soccorso istruttorio "sanante" nella ritenuta accezione estensiva recepita dall'art. 101 D.lgs. n. 36/2023 che consentirebbe di integrare (anche) il contenuto del contratto di avvalimento.

9. Al fine di dimostrare la sussistenza del proprio interesse, concreto ed attuale, all'annullamento dell'esclusione e dell'"aggiudicazione" a favore della ditta risultata prima graduata, Geodrill ha sostenuto che la propria offerta economica, una volta riammessa in gara, sarebbe risultata l'effettiva aggiudicataria, riportando in assoluto il ribasso maggiore (32,28 %) rispetto alle altre due concorrenti.

Di conseguenza, la ricorrente, contestualmente all'annullamento dei provvedimenti impugnati previa sospensione dell'efficacia, chiede la condanna dell'Amministrazione intimata al risarcimento del danno in forma specifica attraverso l'aggiudicazione del contratto o, in subordine, al risarcimento del danno per equivalente.

10. Le Amministrazioni statali intimare si sono costituite con atto di mera forma depositato il 12.10.2023, invocando il rigetto del ricorso.

11. La Città Metropolitana di Reggio Calabria si è costituita in giudizio con memoria difensiva depositata il 16.10.2023, eccependo la parziale inammissibilità del ricorso per l'assenza di un provvedimento di aggiudicazione "efficace" ora espressamente prevista dall'art. 17 D.lgs. n. 36/2023 ed insistendo, nel merito, per la reiezione del gravame.

12. Non si sono costituiti in giudizio né il Comune di Melicuccà né l'Impresa Edile Domenico Chinnì, quest'ultima evocata come soggetto controinteressato.

13. Alla camera di consiglio del 18.10.2023 la difesa erariale ha eccepito il difetto di legittimazione passiva del Ministero degli Affari Europei, Politiche di Coesione e Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e del Ministero dell'Economia e delle Finanze, in quanto estranei al presente giudizio.

Il Collegio, ritenendo sussistenti i presupposti per la definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata ai sensi degli artt. 60 e 120 comma 6 c.p.a, avvisate le parti, ha quindi trattenuto la causa per la decisione.

14. In rito, deve essere preliminarmente disattesa l'eccezione di carenza di legittimazione passiva sollevata dalla difesa erariale con riferimento ad alcune delle Amministrazioni statali intimare.

L'appalto oggetto di contenzioso rientra tra quelli finanziati nell'ambito del PNRR, e pertanto soggiace all'applicazione, sul piano processuale, dell'art. 12 *bis*, comma 4, del D.L. n. 68/2022, a tenore del quale *"Sono parti necessarie dei giudizi disciplinati dal presente articolo le amministrazioni centrali titolari degli interventi previsti nel PNRR ai sensi dell'articolo 1, comma 4, lettera l), del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, per le quali si osservano le disposizioni delle leggi speciali che prescrivono la notificazione presso gli uffici dell'Avvocatura dello Stato. Si applica l'articolo 49 del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104"*.

La norma non chiarisce se le "parti necessarie" siano da considerare come amministrazioni resistenti, ovvero controinteressate, ma si limita ad istituire un litisconsorzio necessario.

A norma del richiamato art. 1 comma 4 lettera l) sono *"amministrazioni centrali titolari di interventi previsti nel PNRR"*, i Ministeri e strutture della Presidenza del Consiglio dei ministri responsabili dell'attuazione delle riforme e degli investimenti previsti nel PNRR.

Ritiene il Collegio che se per un verso, nessun provvedimento impugnato risulta essere stato adottato dalle citate "amministrazioni centrali", per altro tutte le Amministrazioni statali qui intimare devono considerarsi titolari di un interesse alla corretta gestione ed impiego dei fondi PNRR da parte della Stazione appaltante; esse rivestono il ruolo non di "amministrazioni resistenti", in quanto estranee al potere amministrativo in contestazione,

ma semmai di controinteressate in senso sostanziale, avendo interesse alla conservazione degli atti impugnati, in quanto frutto di una gestione dei fondi del Piano ritenuta corretta. Al di là dell'evidente unitarietà della difesa dell'Amministrazione statale che già di per sé scongiurerebbe la frammentazione del rapporto processuale dal lato passivo, l'eccezione è, quindi, infondata.

15. Sempre in rito, il Collegio deve farsi carico dell'eccezione formulata dalla Città Metropolitana di Reggio Calabria di inammissibilità parziale del ricorso sul presupposto che non sarebbe ancora intervenuta l'aggiudicazione definitiva.

L'eccezione è fondata, seppure con la precisazione di cui in appresso.

Vertendosi in materia di appalto finanziato con le risorse previste dal PNRR si dubita dell'immediata operatività dell'art. 17 D.lgs. n. 36/2023 che, invece, la Stazione appaltante, con la determinazione n. 339 del 13.09.2023, ha mostrato di ritenere applicabile alla procedura di gara in questione.

Ciò in considerazione di quanto appresso.

Ai sensi dell'art. 225 comma 8 D.lg. 36/2023 ("Disposizioni transitorie e di coordinamento") "In relazione alle procedure di affidamento e ai contratti riguardanti investimenti pubblici, anche suddivisi in lotti, finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR e dal PNC, nonché dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea, ivi comprese le infrastrutture di supporto ad essi connesse, anche se non finanziate con dette risorse, si applicano, anche dopo il 1° luglio 2023 e disposizioni di cui al decreto-legge n. 77 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108 del 2021, al decreto-legge 24 febbraio 2023, n. 13, nonché le specifiche disposizioni legislative finalizzate a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal PNRR, dal PNC, nonché dal Piano nazionale integrato per l'energia e il clima 2030 di cui al regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018". Tra le norme semplificatorie che continuano ad applicarsi ai soli appalti PNRR dopo il 01.07.2023 e fino al 31.12.2023 rientra l'art. 8 D.L. n. 76/2020, il cui vigore fino al 31.12.2023 è stabilito dall'art. 224, co. 2 D.lgs. n. 36/2023 che ha soppresso l'inciso contenuto nel comma 1 del medesimo art. 8 "e fino alla data del 30 giugno 2023", garantendone l'ultrattività oltre la data predetta.

L'art. 8, comma 2 lett. a), D.L. n. 76/2020 prescrive che "è sempre autorizzata la consegna dei lavori in via d'urgenza e, nel caso di servizi e forniture, l'esecuzione del contratto in via anticipata nelle more della verifica dei requisiti di cui all'art. 80 del medesimo decreto legislativo, nonché dei requisiti di qualificazione previsti per la partecipazione alla procedura".

Detta disposizione sembra derogare all'obbligo di verifica dei requisiti dell'operatore economico prima della formalizzazione dell'aggiudicazione di cui all'art. 17 comma 5

D.lgs. n. 36/2023, rendendo possibile, nel caso di appalti PNRR, procedere all'aggiudicazione nelle more della verifica delle dichiarazioni rese dall'aggiudicatario in sede di gara e, dunque, provvedere all'esecuzione dell'appalto già in questa fase.

16. Ciò chiarito in termini di carattere generale e venendo al caso in esame, il Tribunale non ravvisa né nella determinazione n. 339 del 13.09.2023 della Città Metropolitana né, tantomeno, nella determinazione di presa d'atto del Comune di Melicuccà, gli estremi di un'aggiudicazione definitiva impugnabile.

Nella procedura in esame, come si è detto, la Stazione appaltante ha espressamente ritenuto di dover applicare le nuove regole dettate per gli appalti ordinari (art. 17 comma 5 D.lgs. n. 36/2023).

Quest'ultima disposizione, al primo periodo, D.lgs. n. 36/2023 precisa che "l'organo preposto alla valutazione delle offerte" (nel caso del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la commissione di gara o nel caso del criterio del maggior ribasso il RUP o il Responsabile di fase, come qui avvenuto, sui verbali predisposti dal seggio di gara) "predispone la proposta di aggiudicazione alla migliore offerta non anomala".

Il secondo periodo del comma in commento, laddove prevede che "L'organo competente a disporre l'aggiudicazione esamina la proposta, e, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace", si riferisce al RUP con poteri a valenza esterna, ma può anche ipotizzarsi -ed è ciò che si è verificato in concreto- un procedimento che si sviluppa fisiologicamente con una proposta di determinazione di aggiudicazione (o atto equivalente) predisposta dal Responsabile di fase per il proprio dirigente/responsabile del servizio, unico organo in questo caso abilitato a manifestare all'esterno la volontà dell'Ente (v. anche all.I.2 al D.lgs. n. 36/2023).

La "novità" rispetto alla precedente disciplina di cui all'art. 32 D.lgs. n. 50/2016 concerne la sequenza procedimentale afferente l'affidamento dell'appalto, essendo scomparso dall'ordito normativo il "doppio" passaggio dell'aggiudicazione non efficace e la successiva (post verifica positiva sul possesso dei requisiti) dell'aggiudicazione efficace.

Ebbene, con determinazione n. 339 del 13.09.2023 il Dirigente del Servizio degli Appalti Pubblici della Città Metropolitana ha semplicemente "adottato", facendola propria, la proposta di aggiudicazione del Responsabile di fase che ne rinviava l'efficacia "ad un successivo provvedimento da adottarsi dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente" (v. doc. n. 5 di parte resistente).

Tuttavia, l'organo dirigenziale competente, dopo aver esaminato la proposta, non ha disposto alcuna aggiudicazione, immediatamente efficace, non essendo stato ancora positivamente effettuato il controllo dei requisiti in capo all'aggiudicatario.

La proposta di aggiudicazione, per quanto qui “approvata” dal Responsabile di fase, rimane (e lo rimarrebbe anche in costanza dell’art. 32 comma 5 D.lgs. n. 50/2016 in assenza di un “provvedimento di aggiudicazione” produttivo di effetti all’esterno) un atto endoprocedimentale, privo di contenuto decisorio, idoneo tutt’al più a far nascere una mera aspettativa di fatto in capo all’aggiudicatario alla positiva definizione del procedimento. Mancando, in definitiva, il provvedimento di aggiudicazione definitiva, l’eccezione va accolta e il ricorso deve essere *in parte qua* dichiarato inammissibile per carenza di interesse. 17. Il ricorso è invece ammissibile e va scrutinato nel merito con riferimento alla denunciata illegittimità dell’esclusione disposta dalla Città Metropolitana con nota del 12.09.2023 (v. doc. 5 di parte ricorrente).

La decisione di estromettere Geodrill dalla gara trova fondamento in un’unica e specifica ragione e cioè nella genericità del contratto di avvalimento prodotto ai fini dell’attestazione SOA per la categoria OG1 cl. II, “prestata” dall’ausiliaria Edil Costruzioni.

Riguardo al contratto di avvalimento, la Stazione appaltante ha ritenuto che *“le parti hanno manifestato una volontà generica di messa a disposizione di risorse e mezzi, senza indicare, neanche con rinvio ad allegati, quali di quelle dotazioni tecniche di cui l’ausiliaria dispone, siano ritenute necessarie per la qualificazione in sede di gara”. Si legge, infatti, “la società ausiliaria fornisce...la categoria OG1 III della certificazione Soa ..., per una quota pari al 100% dell’importo richiesto dal bando di gara; tutti i mezzi e le attrezzature, i macchinari, i beni finiti, i materiali, il personale che hanno consentito il conseguimento della qualificazione...”. Ritenuto che l’evidente genericità del contratto di avvalimento tecnico - operativo si risolve in una nullità radicale del contratto che, operando ab origine, comporta che il concorrente sia privo del requisito di capacità sin dal momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, imponendone l’esclusione dalla procedura medesima”*.

18. Rispetto a questo nucleo argomentativo, con un primo gruppo di censure la ricorrente ha dedotto di essere un operatore economico qualificato “anche” nella categoria scorporabile OG1 cl. II a prescindere dal “prestito” del requisito SOA ottenuto con l’avvalimento, criticando l’illegittimità del provvedimento di esclusione nella parte in cui ha omesso di tenerne conto.

Ciò perché Geodrill sarebbe comunque qualificata per la categoria prevalente OS21 cl. III per € 1.033.000 ovvero per un importo nettamente superiore al valore dell’appalto (€ 561.411,57) e perché la categoria scorporabile OG1 non sarebbe più annoverabile tra le categorie a qualificazione obbligatoria di cui il concorrente deve necessariamente essere in possesso, stante l’intervenuta abrogazione tacita dell’art. 12 D.L. n. 47/2014. Le categorie a qualificazione obbligatoria, infatti, sono quelle che, se superano il 10% dell’importo complessivo dei lavori o 150.000 euro e fanno parte delle scorporabili, non possono essere

eseguite dall'impresa affidataria se sprovvista di tale categoria, ma devono essere subappaltate ad imprese qualificate.

Il motivo è infondato.

La tesi esposta dalla ricorrente muove dal nuovo assetto normativo delineato dall'art. 100 co. 4 del D.lgs. n. 36/2023 in tema di qualificazione degli operatori economici.

Tale disposizione rinvia all'art. 30 dell'Allegato II.12 secondo cui *"il concorrente singolo può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori ovvero sia in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente e alle categorie scorporabili per i singoli importi. I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente"*.

Dovendo interpretare la disposizione in un'ottica funzionale alla coerenza e alla sistematicità del dato normativo, se ne ricava che Geodrill può certamente essere annoverata tra i concorrenti in possesso dei requisiti tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente (OS 21 cl. II) per l'importo totale dei lavori (€ 1.033.000 contro € 561.411,57) essendo qualificata per una categoria superiore (OS 21 cl. III), mentre non possiede i requisiti relativi alla categoria scorporabile né per il singolo importo € 265.697,10 né per l'intero valore dell'appalto.

Ne potrebbe però discendere, secondo lo sviluppo argomentativo attoreo, che non essendo più rinvenibile nel nuovo Codice dei contratti la distinzione tra categoria di lavorazioni a qualificazione "obbligatoria" e "non obbligatoria" imposta dall'art. 12 D.L. n. 47/2014 -da intendersi, anzi, come tacitamente abrogata ai sensi dell'art. 15 disp. att. c.c.- l'impresa che è qualificata in OS21 per l'importo totale dei lavori lo sarebbe automaticamente anche per la categoria scorporabile (OG1).

Questa tesi prova troppo e va disattesa per almeno due ragioni.

Sotto il profilo testuale, rileva in primo luogo la disposizione del bando/disciplinare di gara (punto 6.2. lett. a), non impugnata *in parte qua*, che definisce espressamente come "a qualificazione obbligatoria" le lavorazioni da eseguirsi in OG1 (*"attestazione SOA rilasciata da società regolarmente autorizzate, in corso di validità ed adeguata, ai sensi dell'allegato II.12 del D.lgs 36/2023, per categorie e classifiche, ai valori dell'appalto. Le lavorazioni relative alla cat. scorporabile OG1, a qualificazione obbligatoria, possono essere eseguite dall'appaltatore solo se in possesso della relativa qualificazione, scorporate ai fini di RTI di tipo verticale o subappaltate per intero ad impresa qualificata"*).

A prescindere dalla clausola vincolante prevista dalla *lex specialis*, soccorre, per autorevolezza della fonte, anche la relazione al nuovo codice dei contratti nella quale, invero solo sotto la rubrica dell'art. 119 co.17 (*"subappalto"*), si riporta che *"La questione*

dell'ammissibilità del subappalto per l'esecuzione dei lavori riguardanti le categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria - attualmente desumibile dalla perdurante vigenza dell'art. 12, comma 14, del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 2014, n. 80 - attiene alla qualificazione degli operatori economici, di cui in particolare, all'art. 100".

Con la nuova disciplina del sistema di qualificazione degli operatori economici introdotta dal D.lgs. n. 36/2023 e nell'attuale vigenza dell'art. 12 D.L. n. 47/2014, si può dunque affermare che tutte le categorie di opere scorporabili, sia generali che specializzate, dovranno, dal 1° luglio 2023, considerarsi a qualificazione obbligatoria, ovvero l'aggiudicatario, per eseguirle, dovrà essere in possesso della relativa qualificazione, oppure dovrà necessariamente ricorrere al subappalto.

Tale interpretazione, oltre a configurare un esito rassicurante del quadro normativo in tema di qualificazione degli operatori economici, ha il pregio di armonizzarsi con l'art. 2 comma 2 del citato allegato II.12, laddove prescrive che "La qualificazione in una categoria abilita l'operatore economico a partecipare alle gare e a eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto", il che fa dedurre che per "eseguire i lavori" è necessario essere in possesso di adeguata qualificazione.

20. Non può nemmeno considerarsi validamente espressa la dichiarazione di voler subappaltare la categoria scorporabile OG1 cl. II.

Sotto questo profilo, la censura non merita accoglimento perché Geodrill ha dichiarato in sede di domanda di partecipazione di subappaltare il 30% e non il 100% della categoria delle lavorazioni lavori in OG1 cl. II (v. doc. n. 10 di parte resistente), volontà espressamente ribadita anche in sede di DGUE (v. doc. n. 3 di parte ricorrente-pag. 6), laddove l'impresa in parola ha confermato di voler subappaltare la OS21 e la OG1 "nei limiti di legge".

Dovendo le categorie a qualificazione obbligatoria essere subappaltate ad imprese munite di specifica attestazione, si registra nel caso di specie una "scopertura" del 70% di lavorazioni in OG1 che non può essere eseguita da nessun operatore economico, qualificato o non qualificato che sia.

Al cospetto di una dichiarazione inerente i requisiti di ordine speciale, come tali idonei a strutturare i termini dell'offerta con riguardo alla capacità economica, tecnica e professionale per le esecuzioni delle prestazioni messe a gara, non è ammissibile, tanto meno in sede processuale, apportare alcun adattamento e/o interpretazione postuma dell'offerta, ancorché in assenza di qualsiasi limite percentuale al subappalto ora prevista dalla legge.

Geodrill, in definitiva, non può legittimamente affermare di essere in possesso dei requisiti qualificanti a partecipare alla gara per la categoria OG1 (cl. II), ricorrendo al subappalto che non copre, come notato, l'intera percentuale delle lavorazioni ma solo una parte.

21. Il secondo motivo è, invece, fondato.

Centrale nella disamina della censura è la questione se il contratto di avvalimento avente ad oggetto l'attestazione SOA per la categoria di opere scorporabili OG1 cl. II e allegato alla domanda di partecipazione (v. doc. n. 4 di parte ricorrente), sia idoneo a dare per acquisita l'effettiva disponibilità dell'apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (risorse, mezzi, manodopera e dotazioni tecniche).

L'art. 2 di tale contratto prevede che *“La società ausiliaria si obbliga nei confronti della società concorrente, e con il presente atto anche nei confronti della stazione appaltante, a fornire... i requisiti necessari per la partecipazione alla gara di appalto di cui in premessa e a mettere a disposizione tutte le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. In particolare, ai sensi dell'art. 88 del D.P.R. n. 207/2010 e ss.mm.ii. la società ausiliaria fornisce, in modo determinato e specifico, i seguenti requisiti: -la categoria OG1 III della certificazione Soa richiamata in premessa, per una quota pari al 100% dell'importo richiesto dal bando di gara;*

-tutti i mezzi e le attrezzature, i macchinari, i beni finiti, i materiali, il personale che hanno consentito il conseguimento della qualificazione e che verranno messe a disposizione del concorrente per tutta la durata dell'appalto; le modalità con le quali verranno messi a disposizione i mezzi, i macchinari, i beni finiti sono quelle del noleggio”.

Secondo la tesi della Stazione appaltante, il contratto sarebbe generico e quindi affetto da nullità, in quanto non sarebbero state specificate le dotazioni tecniche e le risorse umane messe a disposizione dall'ausiliaria per l'esecuzione del contratto, rendendo alla committente impossibile comprendere quali siano gli impegni assunti dall'ausiliaria nei confronti della concorrente e quindi controllare in sede di esecuzione l'effettivo impiego da parte dell'ausiliata delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria stessa.

Secondo la tesi della ricorrente, viceversa, il contratto di avvalimento non sarebbe affatto generico, bensì determinato, o quanto meno determinabile, avendo la ditta ausiliata indicato di voler prestare l'intero complesso aziendale, (“tutte” le risorse, “tutti” i mezzi, “tutto” il personale) grazie al quale ha ottenuto la qualificazione in OG1 cl. III, non contestata in atti.

21.1 Le censure della ricorrente meritano, sul punto, il positivo apprezzamento del Collegio.

Il comma 2 dell'art. 104 precisa che, “qualora il contratto di avvalimento sia concluso per acquisire un requisito necessario alla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto di lavori di importo pari o superiore a euro 150.000 o di un appalto di servizi e forniture, esso ha per oggetto le dotazioni tecniche e le risorse che avrebbero consentito all'operatore economico di ottenere l'attestazione di qualificazione richiesta”.

L'art. 26 dell'Allegato II.12 (“Contratto di avvalimento in gara e qualificazione mediante avvalimento”), non diversamente dall'art. 88 d.P.R. n. 207/2010, prevede che “Per la qualificazione in gara, il contratto di cui all'articolo 104 del codice deve riportare in modo

compiuto, esplicito ed esauriente: a) l'oggetto, le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico"; b) durata; c) ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento".

Si tratta pertanto di accertare, alla stregua del nuovo impianto normativo, se l'avvalimento della SOA, speso in concreto dalla ricorrente ai fini della partecipazione alla gara, sia conforme all'attuale assetto normativo dell'avvalimento, essendo indispensabile che l'impresa ausiliaria metta a disposizione dell'impresa ausiliata concorrente la propria organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse che complessivamente considerate le hanno consentito di acquisire la certificazione stessa (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 luglio 2017 n. 3710; Id, 18 marzo 2019 n. 1730).

22. Nel caso in esame, la Stazione appaltante ha ritenuto che il contratto che la ricorrente ha prodotto al fine di superare la carenza del requisito del possesso della qualifica in OG1, classifica II, fosse a tal fine inidoneo, ragionando, ad avviso del Collegio, in termini eccessivamente restrittivi e con riferimento ad una norma regolatrice dell'istituto (art. 89 D.lgs. n. 50/2016) espunta ormai dall'ordinamento giuridico.

In primo luogo, appare non di poco momento sottolineare che l'art. 104 D.lgs. n. 36/2023, a differenza della citata disposizione normativa, non prevede più che la specificazione delle risorse e delle dotazioni tecniche sia stabilito a pena di nullità del contratto di avvalimento.

In secondo luogo, già sotto la vigenza dell'art. 89 D.lgs. n. 50/2016, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nella decisione n. 22 del 2020, con riferimento all'avvalimento di una attestazione SOA aveva ribadito che *"la certificazione di qualità costituisce un requisito speciale di natura tecnico-organizzativa, come tale suscettibile di avvalimento, in quanto il contenuto dell'attestazione concerne il sistema gestionale dell'azienda e l'efficacia del suo processo operativo"*.

Tuttavia, per evitare che l'avvalimento dell'attestazione SOA, generalmente ammissibile per il *favor participationis* che permea l'istituto dell'avvalimento ed oggi ancor più da valorizzarsi alla stregua dei principi del libero accesso al mercato e della massima partecipazione alle gare (art. 3 e art. 10 D.lgs. n. 36/2023 - divenga in concreto un mezzo per eludere il rigoroso sistema di qualificazione nel settore dei lavori pubblici, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha più volte ribadito che *"l'avvalimento dell'attestazione SOA è consentito ad una duplice condizione: a) che oggetto della messa a disposizione sia l'intero setting di elementi e requisiti che hanno consentito all'impresa ausiliaria di ottenere il rilascio dell'attestazione SOA; b) che il contratto di avvalimento dia conto, in modo puntuale, del complesso dei requisiti oggetto di avvalimento, senza impiegare formule generiche o di mero stile."* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 aprile 2022 n. 2784; Id, 4 novembre 2021 n. 7370).

Si è ancora chiarito che “quando oggetto dell'avvalimento sia un'attestazione SOA di cui la concorrente sia priva, occorre, ai fini dell'idoneità del contratto, che l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerata, le ha consentito di acquisire l'attestazione da mettere a disposizione (Cons. Stato, sez. V, 16 maggio 2017, n. 2316, Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2017, n. 2226), sicché è onere del concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto e, nel caso di specie, l'attestazione SOA, quale mero requisito astratto e valore cartolare, ma assume la specifica obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità.” L'avvalimento serve, infatti “ad integrare una organizzazione aziendale realmente esistente ed operante nel segmento di mercato proprio dell'appalto posto a gara, ma, di certo, non consente di creare un concorrente virtuale costituito solo da una segreteria di coordinamento delle attività altrui, né di partecipare alla competizione ad un operatore con vocazione statutaria ed aziendale completamente estranea rispetto alla tipologia di appalto da aggiudicare” (cfr. Cons. Stato, sez. III, 10 giugno 2020, n. 3702).

In altre parole, nel caso di avvalimento che abbia ad oggetto l'attestazione SOA, oggetto di prestito è l'intero apparato organizzativo (in termini di mezzi e risorse) del soggetto avvalso o parte di questo, nella misura necessaria all'esecuzione del contratto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2021, n. 8074 in cui si è ulteriormente chiarito che “tale risultato (la disponibilità dell'intero complesso produttivo, n.d.s.) si potrebbe ottenere con un contratto di affitto di azienda o di ramo di azienda, ma la peculiarità di questa modalità di collaborazione tra imprese, che fa transitare l'avvalimento nella atipicità o, come altri dice, nella transtipicità, sta nel fatto che non si verifica il trasferimento definitivo dell'azienda, ma solo, appunto, una sua temporanea e parziale messa a disposizione per la singola gara e per il tempo necessario all'esecuzione del contratto d'appalto”).

Quest'ultimo profilo – la correlazione tra apparato organizzativo oggetto del prestito e capacità di esecuzione del contratto d'appalto in affidamento – “ha carattere decisivo poiché il concorrente privo del requisito di attestazione SOA dichiara alla stazione appaltante di essere sprovvisto della capacità tecnico – professionale di eseguire il contratto (o parte di esso o alcune specifiche lavorazioni), e che si impegna, tramite avvalimento, a recuperare la capacità mancante, ma perché ciò avvenga realmente è necessaria l'effettiva integrazione dei complessi aziendali dell'avvalente e dell'ausiliaria; diversamente, il contratto di avvalimento si risolve in una “scatola vuota” ossia in un trasferimento documentale cui non corrisponde alcun reale intervento dell'ausiliario nell'esecuzione dell'appalto, e, in definitiva, ove non si disponga diversamente,

nell'affidamento dell'opera ad un concorrente che si è dichiarato incapace di eseguirla nella sua interezza" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2022 n. 169).

23. L'impegno dell'ausiliario deve, quindi, essere munito dei necessari requisiti della determinatezza, o quanto meno della determinabilità, ai sensi dell'art. 1346 cod. civ., onde prevenire contestazioni nella fase di esecuzione del contratto tra l'appaltatore e l'ausiliario che possano frustrarne il buon esito.

Nel caso di specie, l'oggetto del contratto di avvalimento risulta determinabile "per relationem" sulla base del complesso delle risorse aziendali che valsero all'ausiliaria l'ottenimento della certificazione di qualità.

Reputa, infatti, il Collegio che, avendo l'ausiliaria specificato nel contratto di avvalimento di mettere a disposizione dell'ausiliata "tutti i mezzi e le attrezzature, i macchinari, i beni finiti, i materiali, il personale che hanno consentito il conseguimento della qualificazione e che verranno messe a disposizione del concorrente per tutta la durata dell'appalto" e cioè l'azienda intesa come complesso produttivo unitariamente considerato e già "testato" ai fini del conseguimento della SOA in OG1 cl. III, la ricorrente abbia dimostrato che la messa a disposizione del requisito mancante non si risolve nel prestito di un valore puramente cartolare (ossia l'astratta attestazione SOA), ma nell'impegno "totalizzante" dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti.

D'altronde, l'esistenza del complesso aziendale da prestare da parte dell'ausiliaria, assunto a presupposto di validità dell'instaurando rapporto collaborativo per essere stato sufficiente a conseguire la qualificazione in OG1 cl. III, non è mai stata smentita dalla stazione appaltante.

Tanto più che nella documentazione allegata all'offerta-come sottolineato dalla ricorrente e non contestato in giudizio dalla Città Metropolitana- è dato di rinvenire la cartella denominata "avvalimento" contenente la dichiarazione attestante il possesso dei requisiti di carattere tecnico organizzativo dell'impresa ausiliaria (elenco mezzi) che le hanno pacificamente permesso di ottenere l'attestato SOA in corso di validità al 2023 (v. docc. n. 13 e n. 14 di parte ricorrente).

24. Deve, inoltre, convenirsi con la difesa della ricorrente quando richiama, in modo del tutto pertinente al caso concreto, l'art. 104 comma 9 D.lgs. n. 36/2023 (v. anche art. 8 lett. i) All. n. 1.2) che così dispone "In relazione a ciascun affidamento la stazione appaltante in corso d'esecuzione effettua le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. A tal fine il RUP accerta in

corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto siano svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avalimento...".

Come si può notare, la norma affida al RUP importanti compiti di vigilanza e di controllo in fase di esecuzione del contratto circa l'effettivo impiego da parte dell'appaltatore delle risorse tecniche e strumentali messe a disposizione dall'ausiliaria con il contratto di avalimento.

Ciò può avvenire anche tramite l'acquisizione "sul campo" di un aggiornato inventario dei beni aziendali che garantisca l'avvenuta prestazione effettiva di attività ed i mezzi da un'impresa all'altra e, conseguentemente, il "risultato" della buona esecuzione del contratto di appalto, dovendo altrimenti il RUP procedere alla sua risoluzione.

È corretto affermare, pertanto, che a mezzo dell'avalimento Geodrill ha acquisito il titolo di qualificazione (l'attestazione SOA in una classifica addirittura superiore a quella richiesta dal bando), della quale s'era dichiarata sprovvista nella domanda di partecipazione e con essa l'effettiva capacità di esecuzione del contratto di appalto oggetto di affidamento.

Il mezzo coglie, dunque, nel segno.

25. L'accertata fondatezza della doglianza da ultimo esaminata consente al Collegio di ritenere assorbita la terza censura e di annullare il provvedimento di esclusione illegittimamente adottato nei confronti della ricorrente.

Agli effetti conformativi della presente decisione, la Città Metropolitana di Reggio Calabria è tenuta alla immediata riammissione della ricorrente alla procedura di gara e a concludere il procedimento con l'aggiudicazione definitiva dell'appalto a favore del miglior offerente. Resta parimenti assorbita, per difetto di rilevanza, la richiesta risarcitoria per equivalente, avanzata dalla ricorrente in via subordinata.

26. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo a carico della Città Metropolitana di Reggio Calabria che ha gestito la procedura di gara, mentre possono essere compensate nei confronti della Amministrazione statale resistente e dichiarate non ripetibili nei confronti del Comune intimato e della controinteressata non costituitisi in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione Staccata di Reggio Calabria, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

- lo dichiara in parte inammissibile, ai sensi e nei limiti di cui in motivazione;
- per il resto lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati, ordinando alla Città Metropolitana di Reggio Calabria di riammettere immediatamente in gara la ricorrente e di concludere la procedura di affidamento con l'aggiudicazione definitiva dell'appalto a favore del migliore offerente;

- condanna la Città Metropolitana di Reggio Calabria, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, al pagamento in favore della ricorrente, delle spese del presente giudizio che liquida in € 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori come per legge, compensandole nei confronti della Amministrazione statale resistente e dichiarandole irripetibili nei confronti dell'impresa controinteressata e del Comune di Melicuccà non costituitisi in giudizio.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 18 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Roberta Mazzulla, Presidente FF

Andrea De Col, Primo Referendario, Estensore

Alberto Romeo, Referendario

TAR Campania – Salerno, sez. I, 21 luglio 2023, n. 1795 (Pres. Leonardo Pasanisi)

Accesso agli atti e riservatezza – Art. 35 D.Lgs. n. 36/2023 – Forme di accesso – Fase esecutiva – Accesso ordinario – Accesso civico – Accesso generalizzato.

L'art. 35 del nuovo Codice dei contratti pubblici, rubricato "Accesso agli atti e riservatezza" detta una rinnovata disciplina dell'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, richiamando espressamente, al comma 1, tutte e tre le forme di accesso agli atti previsti dal nostro ordinamento (l'accesso ordinario ai sensi degli articoli 3-bis e 22 e seguenti della l. 7 agosto 1990, n. 241; l'accesso civico e quello civico cd. generalizzato previsti dagli artt. 5 e 5-bis del D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33) ed estendendo l'accesso anche agli atti della fase esecutiva dei contratti pubblici (cfr. anche art. 36, comma 1, D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36).

N. 01795/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00851/2023 REG.RIC.

**R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania
sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 851 del 2023, proposto da Zema Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Melucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Stella Cilento, non costituito in giudizio;

nei confronti

Impresa di Costruzioni Edili Stradali Di Verniere Giuseppe, in proprio e quale capogruppo mandataria del costituito RTI con la CO.GE.MA. s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., e con la Geo Campania s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Carmine Mariano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'accertamento

del diritto ai sensi dell'art. 116 c.p.a. della Zema Costruzioni s.r.l. di accedere ai documenti relativi alla fase esecutiva della procedura indetta dal Comune di Stella Cilento, per

l'affidamento dei lavori di "Adeguamento e messa in sicurezza della viabilità intercomunale tra i Comuni di Stella Cilento – Casal Velino – Pollica – Omignano – Sessa Cilento – Lustra"
Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della controinteressata Impresa di Costruzioni Edili Stradali Di Verniere Giuseppe;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2023 la dott.ssa Rosa Anna Capozzi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società Zema Costruzioni a r.l. ha proposto ricorso per l'accertamento del diritto all'ostensione della documentazione detenuta dal Comune di Stella Cilento relativa alla fase esecutiva della procedura indetta dal Comune di Stella Cilento, per l'affidamento dei lavori di "Adeguamento e messa in sicurezza della viabilità intercomunale tra i Comune di Stella Cilento – Casal Velino – Pollica – Omignano – Sessa Cilento – Lustra" ai sensi dell'art. 5 D.Lgs. 33/2013.

La ricorrente ha rappresentato che tale documentazione era stata già richiesta con istanza di accesso - rimasta inevasa - formulata sia ai sensi degli artt. 22 e ss. L. 241/90 sia ai sensi del D.Lgs. 33/2013 del 06/03/2023.

Si è costituita in giudizio la sola controinteressata Impresa di Costruzioni Edili Stradali Di Verniere Giuseppe, in proprio e quale capogruppo mandataria del costituito RTI con la CO.GE.MA. s.r.l. e con la Geo Campania s.r.l., che ha eccepito l'inammissibilità del ricorso, deducendo l'illegittimità sia dell'istanza di accesso civico generalizzato sia dell'istanza di accesso agli atti formulata anche ai sensi dell'art. 22 L. 241/90.

All'udienza in camera di consiglio del 19 luglio 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Preliminarmente va chiarito che il *thema decidendum* è afferente alla sola verifica dei presupposti applicativi dell'accesso civico generalizzato ai sensi dell'art. 5 del D.lgs. 33/2013, in quanto, sebbene la ricorrente abbia presentato alla stazione appaltante istanza di accesso anche ai sensi dell'art. 22 L. 241/90, ha limitato la domanda oggetto dell'odierno ricorso all'accertamento del suo diritto di accesso civico generalizzato alla documentazione relativa alla fase esecutiva dell'appalto.

3. Così chiarito l'oggetto del presente giudizio, il Collegio ritiene che la richiesta di accesso civico generalizzato debba trovare accoglimento nei sensi di seguito specificati.

3.1. **È noto che l'accesso civico generalizzato «debba trovare applicazione [...] anche alla materia dei contratti pubblici» e, in specie, «all'esecuzione dei contratti pubblici», in tal caso valendo come «diritto di 'chiunque', non sottoposto ad alcun limite quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente e senza alcun onere di motivazione circa l'interesse alla conoscenza», che «viene riconosciuto e tutelato» allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico (art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 33 del 2013)» (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 10, spec. par. 22.1 e massime enunciate; per l'applicazione del principio, cfr. Cons. Stato, III, 25 gennaio 2021, n. 697). Trattasi, invero, di un diritto il cui esercizio non abbisogna di specifica**

motivazione, e che presenta carattere autonomo, essendo slegato dalla titolarità di altre situazioni giuridiche da tutelare (Cons. Stato, Sez. V, 11/04/2022, n. 2670).

Il suddetto accesso è applicabile anche agli atti delle procedure di gara e, in particolare, all'esecuzione dei contratti pubblici, incontrando quale unica eccezione - oltre ai limiti cd. "assoluti" all'accesso di cui all'art. 5-*bis*, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013 e suoi richiami (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., n. 10 del 2020, cit., spec. par. 24 ss.) - quella dei limiti cd. "relativi" correlati agli interessi-limite, pubblici e privati, previsti dall'art. 5-*bis*, comma 1 e 2, d.lgs. n. 33 del 2013, nella prospettiva del bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza.

Del resto, anche l'art. 35 del nuovo Codice dei contratti pubblici, rubricato "Accesso agli atti e riservatezza" detta una rinnovata disciplina dell'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, richiamando espressamente, al comma 1, tutte e tre le forme di accesso agli atti previsti dal nostro ordinamento (l'accesso ordinario ai sensi degli articoli 3-*bis* e 22 e seguenti della l. 7 agosto 1990, n. 241; l'accesso civico e quello civico cd. generalizzato previsti dagli artt. 5 e 5-*bis* del D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33) ed estendendo l'accesso anche agli atti della fase esecutiva dei contratti pubblici (cfr. anche art. 36, comma 1, D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36).

3.2. Il Collegio, tuttavia, non ignora che di recente il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 495/2022, richiamata dalla controinteressata, ha chiarito che l'«*interesse alla trasparenza, di tipo conoscitivo, che non esige una motivazione specifica, deve in ogni caso palesarsi non in modo assolutamente generico e destituito di un benché minimo elemento di concretezza, anche sotto forma di indizio, [...] pena rappresentare un inutile intralcio all'esercizio delle funzioni amministrative e un appesantimento immotivato delle procedure di espletamento dei servizi.*»

3.2.1. Orbene, nel caso di specie, diversamente da quanto affermato dalla controinteressata, non paiono sussistere dubbi, vista anche la natura degli atti richiesti alla P.A., sulla coerenza dell'esigenza conoscitiva del ricorrente rispetto alle finalità alle quali è preordinata la previsione dello strumento dell'accesso civico generalizzato, segnatamente la sua strumentalità rispetto allo scopo di favorire "forme di controllo [...] sull'utilizzo delle risorse pubbliche". I dati e i documenti richiesti in ostensione attengono a scelte amministrative, all'esercizio di funzioni istituzionali, all'organizzazione e alla spesa pubblica, sicché ben possono essere considerati di interesse pubblico e, quindi, conoscibili, a meno di rinvenire concomitanti interessi pubblici e privati prevalenti da salvaguardare, che qui non ricorrono e che non sono stati nemmeno allegati dalla controinteressata.

La richiesta di ostensione non si presta obiettivamente a essere qualificata come emulativa ovvero quale atto in cui si concreterebbe una sorta di abuso del diritto di accesso civico generalizzato e il richiesto accesso nemmeno risulta *ictu oculi* sproporzionato o manifestamente oneroso, né tale da comportare un carico irragionevole di lavoro idoneo a interferire con il corretto funzionamento dell'amministrazione.

Ed invero, la ricorrente con l'istanza del 06/03/2023 ha richiesto i documenti relativi alla fase successiva alla stipula del contratto, con particolare riguardo al verbale di consegna dei lavori; agli ordini di servizio; alla contabilità della controinteressata; al S.A.L.; ad eventuali provvedimenti di sospensione e di ripresa dei lavori; ai pagamenti effettuati dalla S.A.; alla polizza definitiva; alla polizza di anticipazione; alla liquidazione dell'anticipazione. Ha, poi,

manifestato la “più ampia disponibilità al pagamento di tutti i diritti di copia” ed ha evidenziato di aver impugnato dinanzi a questo TAR l’esito della procedura in oggetto, quale indiscutibile elemento concreto sul quale si fonda il suo interesse conoscitivo.

Né rileva, sotto tale profilo, l’esito finale del predetto giudizio che, essendo di mero rito, non esclude il permanere dell’interesse alla verifica della corretta esecuzione dei lavori oggetto di gara.

3.3. Deriva, da quanto sopra osservato, che il ricorso merita accoglimento, conseguendone l’obbligo dell’Amministrazione intimata di dare corso, senza alcun indugio, alla domanda di accesso civico di parte ricorrente, provvedendo alla ostensione dei documenti, dei dati e delle informazioni richieste e indicate nel termine di trenta giorni dalla comunicazione o dalla notifica, se anteriore, della presente sentenza.

4. Le spese di giudizio, attesa la peculiarità della vicenda contenziosa, possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2023 con l’intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Fabio Di Lorenzo, Referendario

Rosa Anna Capozzi, Referendario, Estensore

Consiglio di Stato, sez. V, 9 giugno 2023, n. 5665 (Pres. Rosanna De Nictolis)

Livelli e contenuti della progettazione – Art. 41 D.Lgs. n. 36/2023 – Importo posto a base di gara – Costi manodopera – Ribasso – Organizzazione aziendale – Efficienza.

L'art. 41 comma 14 del d.lgs. 36/2023 opera una netta "inversione di rotta" rispetto al d.lgs. 50/2016 laddove dispone: "14. Nei contratti di lavori e servizi, per determinare l'importo posto a base di gara, la stazione appaltante o l'ente concedente individua nei documenti di gara i costi della manodopera secondo quanto previsto dal comma 13. I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale". Sicché nel Nuovo Codice, che in applicazione di un preciso criterio di delega di cui all'art. 1 comma 2 lett. t) della L. 78/2022, ha previsto "in ogni caso che i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso" è stata fatta salva la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che un ribasso che coinvolga il costo della manodopera sia derivante da una più efficiente organizzazione aziendale così armonizzando il criterio di delega con l'art. 41 della Costituzione".

N. 05665/2023REG.PROV.COLL.
N. 04296/2023 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 4296 del 2023, proposto da Egle Soc. Coop Ar.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura per l'affidamento di "Servizi Sociali in favore dei cittadini residenti nei comuni dell'Ambito di Zona di Gallipoli (LE)" Lotto 2 CIG 91802738EE, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabrizio Mangia, Annarita Marasco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Raggio di Sole Cooperativa Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Mariano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Ambito Sociale di Zona di Gallipoli, Comune di Gallipoli, Comune di

Alezio, Comune di Racale, Comune di Melissano, Comune di Sannicola, Comune di Tuglie, Comune di Alliste, Comune di Taviano, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia sezione staccata di Lecce (Sezione Seconda) n. 430/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio di Raggio di Sole Cooperativa Onlus;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2023 il Cons. Gianluca Rovelli e uditi per le parti gli avvocati Mangia e Mariano;

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

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Egle Soc. Coop a r.l. ha partecipato alla gara bandita dall'Ambito di zona di Gallipoli il 10/10/2022 per l'affidamento dei "Servizi Sociali in favore dei cittadini residenti nei Comuni dell'Ambito di zona di Gallipoli Lotto 2" "Centro Servizi per le famiglie per 18 mesi" (CIG 91802738EE), da aggiudicarsi col metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo complessivo a base di gara pari a € 215.318,53.

2. La Lettera d'invito, al punto 7 prevedeva quanto segue: "Importo presunto a base d'asta. L'importo presunto posto a base d'asta per ciascun lotto, ai sensi dell'art. 35 c. 4 e art. 51 del D. Lgs. 50/2016 e ss.mm., è il seguente: ... - Lotto n. 2: € 215.318,53 (IVA esclusa), così composto: • € 199.369,02 (IVA esclusa) quale costo complessivo del servizio, non soggetto a ribasso; • € 15.949,52 (IVA esclusa) quale spese generali pari all'8% da assoggettarsi a ribasso ... Nel prezzo offerto si intendono interamente compresi e compensati tutti i servizi, le prestazioni del personale, le spese tutte ed accessorie ed ogni altro onere espresso o implicito correlato all'esecuzione delle prestazioni, inerente e conseguente alla perfetta esecuzione dei servizi de quo, anche se non previsto, come meglio riportato all'interno del Quadro economico allegato".

3. L'appellante è risultata prima classificata nella graduatoria della procedura, seguita dalla società Raggio di Sole Onlus. Con Determinazione 2869/2022 del 6 ottobre 2022 l'Ambito di zona di Gallipoli ha aggiudicato la gara alla Egle Soc coop a r.l. in quanto risultata titolare dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

4. Avverso la predetta aggiudicazione è insorta la seconda classificata Raggio di Sole coop. Onlus, proponendo ricorso innanzi al Tar Puglia sezione staccata di Lecce.

5. L'Amministrazione, successivamente alla notifica del ricorso, attivava una procedura per la verifica della congruità dell'offerta di Egle, la quale forniva tutti i giustificativi. Con verbale del 23/1/2023 l'Ambito confermava l'aggiudicazione dei servizi del Lotto 2 del Bando alla Egle, ritenendo che le giustificazioni prodotte fossero sufficienti a supportare la valutazione di congruità.

6. Nel giudizio pendente dinanzi al TAR, la ricorrente Raggio di Sole, proponeva motivi aggiunti. In particolare, la seconda classificata affermava la sussistenza di una causa escludente in capo all'aggiudicataria in ragione di un illegittimo ribasso che la stessa avrebbe offerto sul costo della manodopera, nonostante, secondo la sua ricostruzione, la *lex specialis* ne facesse espresso divieto.

7. Il TAR, con la sentenza indicata in epigrafe ha accolto il ricorso (in parte) e i motivi aggiunti (in parte) proposti da Raggio di Sole.

8. Di tale sentenza, asseritamente ingiusta e illegittima, Egle Soc. Coop a r.l. ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello alla stregua dei motivi così rubricati: “1) *Violazione e falsa applicazione della lex specialis e degli artt. 23 e 95 del D.lgs n. 50/2016. Error in iudicando. Errore sui presupposti di fatto e di diritto*; 2) *Violazione e falsa applicazione della lex specialis e degli artt. 23, 95 e 97 del D.lgs n. 50/2016. Error in iudicando. Errore sui presupposti di fatto e di diritto*”.

9. Si è costituita la Società Cooperativa Raggio di Sole onlus chiedendo il rigetto dell’appello.

10. Alla camera di consiglio dell’8 giugno 2023, sentite le parti, il ricorso è stato trattenuto in decisione per la sentenza in forma semplificata sussistendone i presupposti.

DIRITTO

11. Le argomentazioni dell’appellante necessitano di una sintesi al fine di inquadrare con ordine le questioni sottoposte al Collegio.

12. Con il primo motivo l’appellante afferma quanto segue.

12.1. Secondo il primo giudice *“la Stazione appaltante, con inequivoche prescrizioni della lex specialis di gara, ha richiesto ai partecipanti alla gara di attenersi, nella presentazione delle offerte economiche, a precisi parametri di riferimento, suddividendo le voci di costo in due macro-categorie: l’una, non soggetta a ribasso, di € 199.369,02 per l’espletamento del servizio de quo (come visto, coincidente con il costo del personale) e l’altra, invece da assoggettare a ribasso, di € 15.949,52 per le spese generali. 5.5. In disparte l’opinabilità di tale scelta, che non può evidentemente essere qui messa in discussione, non essendo l’oggetto del contendere, risulta per tabulas che la Stazione appaltante si è autovincolata a valutare il punteggio da attribuire all’offerta economica esclusivamente in termini di ribasso del costo preventivato per le spese generali, avendo evidentemente ritenuto che il costo del personale sia fisso ed inderogabile”*.

12.2. L’offerta economica della società Egle ha riguardato esclusivamente, così come prescritto nella lettera d’invito, le spese generali, che sono state ribassate del 99%. Nessun ribasso è stato praticato sul costo del personale nell’ambito dell’offerta economica.

12.3. Sostiene invece il TAR che *“l’Amministrazione resistente – venendo contra factum proprium – ha ammesso alla gara la Egle Coop., sebbene il costo reale del personale indicato nella sua offerta, pari a € 191.475,49, risulti ribassato rispetto a quello risultante dagli atti di gara”*.

12.4. La prima obiezione da muovere alla decisione gravata è che, diversamente da quanto assume il TAR, in realtà nessuna disposizione della *lex specialis* prevedeva, e mai avrebbe potuto prevedere (pena la nullità della clausola), un divieto, sanzionato con l’esclusione, per l’ipotesi in cui i costi aziendali della manodopera del concorrente fossero risultati inferiori rispetto a quelli teorici e presunti indicati nella lettera di invito. L’errore in cui sarebbe incorso il TAR è quello di avere sovrapposto e confuso aspetti dell’offerta totalmente diversi, soggetti a discipline diverse. Un conto è infatti il costo teorico medio determinato dalla stazione appaltante ai fini del valore da attribuire all’appalto, ai sensi dell’art. 23, comma 16 del d.lgs. n. 50/2016, altro è invece il costo effettivo della manodopera che il concorrente deve indicare nella propria offerta, ai sensi dell’art. 95, comma 10 del Codice.

12.5. Egle, al pari degli altri concorrenti, era tenuta a compilare l’Allegato che richiedeva ai partecipanti alla gara di indicare *“i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali”*,

indicando il proprio costo del personale, che poteva quindi essere diverso da quello medio stimato dalla stazione appaltante. La società appellante ha indicato il proprio costo in € 191.475,49.

12.6. Qualora, come sostiene il TAR, il costo predeterminato dalla stazione appaltante fosse stato fisso e inderogabile, l'Allegato (E) sarebbe stato totalmente superfluo, non potendo indicare i concorrenti oneri aziendali per il personale di importo diverso da quello stimato nella lettera d'invito.

12.7. Vi sarebbe una errata interpretazione della *lex specialis* e la violazione degli artt. 23 e 95, comma 10 del d.lgs. n. 50/2016, posto che Egle, da un lato, ha formulato la propria offerta economica secondo le indicazioni del bando, applicando il ribasso solo sulle spese generali, dall'altro, ha indicato i propri costi del personale, così come richiesto dalla legge (art. 95 codice contratti pubblici) e dalla stessa *lex specialis*.

13. Con il secondo motivo l'appellante afferma quanto segue.

13.1. L'errore in cui sarebbe incorso il TAR nel ritenere sussistente una illegittima operazione di ribasso sui costi del personale si sarebbe riverberato sulle considerazioni successive sviluppate nella sentenza, nella parte in cui investono la valutazione di congruità dell'offerta di Egle.

13.2. Egle è una Cooperativa Sociale con scopo mutualistico, il cui fine principale non è il profitto fine a se stesso, ma quello sociale relativo all'occupazione e all'assistenza delle fasce disagiate, ponendo in evidenza che in essa prevale l'organizzazione sotto il profilo del metodo di prestazione del servizio e delle soluzioni tecniche adottate nonché le ulteriori condizioni favorevoli di cui gode in favore dei soci e dei propri utenti.

13.3. Egle sostiene di avere pienamente giustificato e documentato alla Stazione appaltante i seguenti costi: Descrizione Importi Costo aziendale del personale relativo al servizio posto a base di gara € 189.326,86, Migliorie dell'offerta tecnica compresi ulteriori costi del personale aggiuntivo € 2.793,63, Oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro € 1.000,00, Oneri di gestione dell'appalto € 4.900,00, Utile d'impresa € 1.350,12, Totale Servizio € 199.370,61.

14. L'appello è fondato.

14.1. Intanto, la clausola della *lex specialis* che imponga il divieto di ribasso sui costi di manodopera, sarebbe in flagrante contrasto con l'art. 97, comma 6 d.lgs. n. 50/2016 e, più in generale, con il principio di libera concorrenza nell'affidamento delle commesse pubbliche.

14.2. L'art. 97 comma 6 appena citato così recita: "6. Non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge. Non sono, altresì, ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza di cui al piano di sicurezza e coordinamento previsto dall'articolo 100 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81. La stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa".

14.3. Il divieto indiscriminato di ribasso sulla manodopera avrebbe i seguenti effetti:

- a) la standardizzazione dei costi verso l'alto;
- b) la sostanziale imposizione del ccnl individuato dalla stazione appaltante al fine di determinare l'importo stimato dell'appalto;

c) la sostanziale inutilità dell'art. 97 comma 6 sopra citato e cioè l'obbligo per gli operatori economici del rispetto degli oneri inderogabili;

d) l'impossibilità, da parte della stazione appaltante, di vagliare l'effettiva congruità in concreto delle offerte presentate dai concorrenti tenuto conto che:

d1) ciò che la stazione appaltante deve verificare, con riferimento al costo della manodopera indicato, è l'eventuale scostamento dai dati tabellari medi con riferimento al "costo reale" (o costo ore lavorate effettive) comprensivo dei costi delle sostituzioni cui il datore di lavoro deve provvedere per ferie, malattie e tutte le altre cause di legittima assenza dal servizio;

d2) l'obbligatoria indicazione dei costi della manodopera in offerta, e la correlativa verifica della loro congruità risponde all'esigenza di tutela del lavoro sotto il profilo della giusta retribuzione (Consiglio di Stato, sez. V, 13 ottobre 2022, n. 8735);

d3) l'indicazione dei costi della gestione e delle spese generali seppure indicate in misura esigua, impinge in valutazioni di merito sottratte al sindacato giurisdizionale nella misura in cui la stazione appaltante ne ha ritenuto la congruità e attendibilità, alla luce del generale principio sul carattere globale e sintetico di tale giudizio per cui un sospetto di anomalia per una specifica componente non incide necessariamente ed automaticamente sull'intera offerta che deve essere comunque apprezzata nel suo insieme, con un giudizio globale e sintetico di competenza della stazione appaltante;

d4) la valutazione di anomalia dell'offerta va fatta considerando tutte le circostanze del caso concreto, poiché un utile all'apparenza modesto può comportare un vantaggio significativo sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa (il mancato utilizzo dei propri fattori produttivi è comunque un costo), sia per la qualificazione, la pubblicità, il *curriculum* derivanti per l'impresa dall'essere aggiudicataria e dall'aver portato a termine un appalto pubblico, cosicché nelle gare pubbliche non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, al di fuori dei casi in cui il margine positivo risulta pari a zero (Consiglio di Stato, sez. V, 10 novembre 2021, n. 7498).

14.3. Un'altra considerazione è dirimente. L'art. 23 comma 16, invocato dall'appellante a sostegno delle proprie ragioni, dispone che *"I costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso"*. I costi della sicurezza e solo quelli.

14.4. Al fine di leggere e applicare correttamente la clausola della *lex specialis*, è significativo richiamare, solo quale supporto interpretativo, **l'art. 41 comma 14 del d.lgs. 36/2023 che, significativamente, opera una netta "inversione di rotta" rispetto al d.lgs. 50/2016 laddove dispone: "14. Nei contratti di lavori e servizi, per determinare l'importo posto a base di gara, la stazione appaltante o l'ente concedente individua nei documenti di gara i costi della manodopera secondo quanto previsto dal comma 13. I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale"**.

14.5. Persino nel "nuovo Codice", che in applicazione di un preciso criterio di delega di cui all'art. 1 comma 2 lett. t) della L. 78/2022, ha previsto *"in ogni caso che i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso"* è stata fatta salva la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che un ribasso

che coinvolga il costo della manodopera sia derivante da una più efficiente organizzazione aziendale così armonizzando il criterio di delega con l'art. 41 della Costituzione.

14.6. E, d'altronde, non è superfluo osservare che, a supporre corretto l'argomentare del TAR si arriverebbe (come si è arrivati) a considerare che la gara sia stata indetta solo per vagliare il ribasso sulla voce "spese generali", ciò che costituisce un assurdo logico prima che una ricostruzione in diritto non condivisibile.

15. L'appello deve pertanto essere accolto.

16. Va osservato che la censura riproposta dalla controinteressata e cioè "VIOLAZIONE ART. 80, COMMA 5, LETT. C-BIS., D.LGS 50/2016. ECCESSO DI POTERE PER SVIAMENTO" è infondata poiché muove dall'erroneo presupposto, già ampiamente illustrato, secondo cui i partecipanti alla gara non potessero concretamente indicare il costo reale della manodopera e non quello teorico indicato nella *lex specialis*.

17. Sulla scorta delle considerazioni che precedono, e respinto il motivo riproposto dalla Società Cooperativa Raggio di Sole onlus, l'appello deve essere accolto essendo fondati sia il primo sia il secondo motivo. Ne segue la riforma della sentenza impugnata.

Le spese del doppio grado di giudizio, vista la particolarità della questione, possono essere compensate tra le parti in causa. Il contributo unificato corrisposto per la proposizione del ricorso in appello è dovuto in ogni caso dalla parte soccombente e rappresenta un'obbligazione *ex lege* espressamente prevista dall'art. 13, comma 6 *bis*, del d.P.R. n. 115 del 2002 (tra le altre, Consiglio di Stato sez. V, 21 novembre 2018, n. 6587 e Consiglio di Stato sez. V, 2 marzo 2018, n. 1291).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia sezione staccata di Lecce (Sezione Seconda) n. 430/2023, respinge il ricorso di primo grado e i motivi aggiunti.

Spese del doppio grado compensate. Il contributo unificato corrisposto per la proposizione del ricorso in appello è posto a carico della parte soccombente.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

Consiglio di Stato, sez. V, 1 settembre 2023, n. 8127 (Pres. Francesco Caringella)

Suddivisione in lotti – Art. 58 D.Lgs. n. 36/2023 – Limitazione – Estensione – Facoltà – Ragione specifica – Caratteristiche della gara – Efficienza della prestazione – Ragioni inerenti al mercato – Vincolo di aggiudicazione – Vincolo di partecipazione.

E' proprio questa la scelta emersa in sede di elaborazione del nuovo Codice dei contratti pubblici, approvato con il d. lgs. n. 36/2023, che all'art. 58, comma 4 prevede oggi, con più articolata disposizione: a) che la limitazione del "numero massimo di lotti per i quali è consentita l'aggiudicazione al medesimo concorrente" sia rimessa, quale mera facoltà, alla stazione appaltante, la quale, tuttavia, è, ove intenda esercitarla, tenuta a dare conto, nel corpo degli atti indittivi, della "ragione specifica" della scelta operata (una alla indicazione del criterio, non discriminatorio, di selezione del lotto o dei lotti da aggiudicare al concorrente utilmente collocato per un numero eccedente il limite fissato); b) che, tra l'altro, la giustificazione debba trovare (non generico né vago) ancoraggio nelle concrete "caratteristiche della gara", ovvero nella prospettiva del perseguimento della "efficienza della prestazione" (il che dà, in definitiva, corpo alla necessità di un sufficientemente circostanziato obbligo motivazionale, di cui non vi era traccia nella previgente disposizione); c) che solo con ulteriore (ma parimenti specifica e formalmente prefigurata) opzione, la stazione appaltante possa decidere di estendere il limite quantitativo "a più concorrenti che versino in situazioni di controllo o collegamento ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile" (dovendosi, per tal via, acquisire il silenzio, sul punto, degli atti di indizione quale espressivo di una volontà negativa: come, appunto, genericamente preconizzato dagli sviluppi esegetici di cui si è detto supra); d) che, per giunta, la ridetta estensione (nel senso di un vincolo soggettivamente aggravato) debba trarre (più specifica) giustificazione in "ragioni inerenti al [...] mercato" (non essendo, per tal via, sufficiente la valorizzazione dell'oggetto dell'appalto, essendo necessario interrogare il contesto concorrenziale: in tal senso sembra doversi intendere, a dispetto della vistosa omissione, sul piano della interpunzione, di una necessaria virgola, il primo inciso del comma 4); e) che – in prospettiva gradualistica – ed in (aggiuntiva) considerazione dell'"elevato numero atteso dei concorrenti" il vincolo di aggiudicazione (con marcata inversione rispetto alla soluzione desumibile dal codice previgente) possa essere integrato dal vincolo di

partecipazione (con preventiva fissazione del numero massimo di lotti per i quali, prima ancora che concorrere alla aggiudicazione, sia possibile formulare l'offerta).

N. 08127/2023REG.PROV.COLL.

N. 00110/2023 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 110 del 2023, proposto da Sicuritalia Ivri S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 816462098F, 816463993D, 8164655672, 8164660A91, 8164661B64, 8164669201, 8164674620, 8164682CB8, 8164686009, 81646924FB, 81646946A1, 8164701C66, 8164705FB2, 81647114A9, 81647157F5, 8164719B41, 8164723E8D, 816472610B, 81647347A3, 8164738AEF, 8164742E3B, 81647450B9, 81647515AB, 81647558F7, 8164760D16, 8164763F8F, 8164769486, 81647748A5, 8164780D97, 8164787361, 81647905DA, 81647916AD, rappresentata e difesa dagli avvocati Damiano Lipani, Francesca Sbrana e Sergio Grillo, con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Damiano Lipani in Roma, alla via Vittoria Colonna, n. 40;

contro

Consip S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, alla via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

Ministero della Giustizia, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, alla via dei Portoghesi, n. 12; Coopservice s.c.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo Colarizi e Paolo Coli, con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Massimo Colarizi in Roma, alla via Giovanni Antonelli, n. 49; Europolice S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come da registri di Giustizia; Vis S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Nilo, con domicilio digitale come da registri di Giustizia; Civis S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Domenico Gentile, Carlo Malinconico e Maria Lucia Civello, con domicilio digitale come da registri di Giustizia; Cosmopol S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluigi Pellegrino e Arturo Testa, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

**della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Roma, sez. II,
n. 16113/2022, resa tra le parti**

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip S.p.a., del Ministero della Giustizia, di Coopservice s.c.p.a., di Europolice S.r.l., di Vis S.p.a., di Civis S.p.A. e di Cosmopol S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 119, co. 5, oppure gli artt. 119, co. 5, e 120, co. 3 e 11, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 maggio 2023 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Pellegrino, dello stato Santini, Lentini, Testa, Nilo, Coleine su delega di Coli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con bando pubblicato in data 14 gennaio 2020, Consip s.p.a. indiceva una procedura evidenziale preordinata all'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in base al miglior rapporto qualità-prezzo, dei servizi di vigilanza armata per il Ministero della Giustizia.

La gara era suddivisa in trentaquattro lotti, corrispondenti al territorio geografico delle principali province italiane, in ordine ai quali il disciplinare prevedeva, al § 3.1:

a) che – in caso di partecipazione a più lotti – ciascun concorrente avrebbe potuto presentare offerta, ai sensi dell'art. 51, comma 2 del d. lgs. n. 50/2016, per un numero massimo di tredici di essi;

b) che, in tal caso, il valore dei lotti non avrebbe potuto superare il 40% del valore della gara, in conformità ad apposita tabella;

c) che – in caso di partecipazione ad un *numero* (o per un complessivo *valore*) di lotti superiore a quello consentito, l'offerta sarebbe stata acquisita con riferimento ai lotti che, in valore e numero, avessero rispettato i ridetti criteri, sulla base di un ordine decrescente espressamente prefigurato.

2.- Con apposito chiarimento (n. 89), la stazione appaltante puntualizzava (a riscontro del quesito “*se il vincolo (max 13 lotti o max 40% del valore di gara) [dovesse] applicarsi alla singola impresa partecipante o complessivamente a tutte le imprese/società facenti parte del medesimo gruppo ai sensi dell'articolo 2359 del Codice Civile*”) che “*il collegamento economico-funzionale tra imprese gestite da società di un medesimo gruppo non [avrebbe comportato] il venir meno dell'autonomia delle singole società dotate di personalità giuridica distinta*”, di tal che “*le imprese controllate o collegate ex art. 2359 c.c., in possesso dei requisiti richiesti dal bando di gara, [avrebbero potuto] partecipare ed aggiudicarsi[,] ciascuna, più lotti, nel rispetto del vincolo di cui al paragrafo 3.1. del Disciplinare di gara*”.

3.- Alla gara partecipava (presentando un'offerta per i lotti nn. 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 11, 14, 15, 20, 22 e 26) Sicuritaria Ivri s.p.a., concorrendo con Cosmopol S.p.A. (che concorreva per i lotti nn. 1, 2, 3, 4, 7, 8, 10, 11, 13, 30, 32, 33 e 34), Securpol Puglia S.p.A. (per i lotti nn. 5, 9, 14, 15, 21, 22, 23, 24, 25, Poliziotto Notturmo S.r.l. (per i lotti nn. 12, 16, 17, 18, 19, 20) e Cosmopol Vigilanza S.r.l. (per i lotti nn. 26, 27, 28, 29).

Concluse le attività di valutazione delle offerte pervenute, la stazione appaltante procedeva all'aggiudicazione di alcuni lotti (segnatamente, dei nn. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 20, 21, 22, 23, 24,

25, 30, 31, 32, 33 e 34: dei quali, in particolare, i lotti nn. 1, 2, 3, 4, 32, 33 e 34 a favore di Cosmopol S.p.a.), nessuno dei quali a favore dell'appellante Sicuritalia: la quale, peraltro, risultava collocata, sulla scorta dei punteggi comunicati, al secondo posto in graduatoria relativamente ai lotti nn. 14 e 26, per i quali risultavano prime graduate, rispettivamente, Securpol Puglia S.p.A. e Cosmopol Basilicata S.r.l. (ora Cosmopol Vigilanza S.r.l.).

4.- Attivatasi per acquisire, a fini conoscitivi, la documentazione di gara, l'appellante veniva a conoscenza del fatto che le società indicate costituivano, di fatto, un *unico gruppo societario*, essendo tutte controllate dalla HCM S.p.A., ed opinava, sulla base degli elementi acquisiti ed in ragione di plurimi elementi asseritamente convergenti sotto il profilo indiziario, che le relative offerte fossero, di conserva, rinvenienti da un unitario centro decisionale: di guisa che – pur avendo, nel formale rispetto delle vincolanti prescrizioni disciplinari, ciascuna società presentato offerta per un numero di lotti inferiore a tredici ed aventi un valore complessivo inferiore al 40% di quello oggetto di gara – il ridetto centro decisionale risultava, *di fatto ed in sostanza*, aver concorso per un numero di lotti pari a trentadue (sui trentaquattro complessivi) e per un valore ampiamente superiore a quello *ne ultra quem*.

5.- Sull'assunto che il comportamento di Consip avesse complessivamente falsato gli esiti della gara (incidendo, tra l'altro – a valle della attribuzione dei punteggi per le offerte tecniche in conformità al prefigurato metodo del c.d. confronto a coppie – sulla formazione delle graduatorie cui avevano partecipato gli operatori in concorso) e valutando che l'ipotetica estromissione di Cosmopol S.p.A., Securpol Puglia S.p.A., Poliziotto Notturmo S.r.l. e Cosmopol Vigilanza S.r.l. avrebbe determinato, per ciascuno di tali lotti, una sorte alternativa e prospetticamente favorevole della gara, Sicuritalia ne impugnava gli esiti con ricorso proposto dinanzi al TAR per il Lazio, affidato a due motivi di doglianza, con i quali complessivamente lamentava:

- a) la violazione del vincolo di partecipazione previsto dall'art. 3.1. del Disciplinare, in attuazione del disposto dell'art. 51, comma 2, del Codice dei contratti pubblici;
- b) l'illegittimità dell'art. 3.1. del ridetto disciplina, per la denegata ipotesi in cui esso fosse interpretato nel senso che il vincolo non si applicasse alle società che fanno capo ad un centro decisionale unitario.

6.- Nella resistenza della stazione appaltante e delle società controinteressate, con sentenza n. 16113/2022 il TAR respingeva il ricorso.

Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, Sicuritalia impugna la ridetta statuizione, di cui lamenta – reiterando le disattese ragioni di doglianza – la complessiva erroneità ed ingiustizia, auspicandone l'integrale riforma.

Si sono costituite, in resistenza, oltre a Consip S.p.a. e al Ministero della giustizia, Coopservice s.c.p.a., Europolice S.r.l., Vis S.p.a., Civis S.p.A. e Cosmopol S.p.a.

Alla pubblica udienza dell'11 maggio 2023, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti, la causa veniva trattenuta in decisione e definitiva come da separato dispositivo.

DIRITTO

1.- L'appello non è fondato e merita di essere respinto.

2.- Importa rammentare che, con la sentenza impugnata, il TAR ha respinto il primo motivo del ricorso di prime cure, sul complessivo ed argomentato assunto:

- a) che le censure formulate muovessero dall'erroneo presupposto della postulata unicità della gara, la quale – per contro – era stata strutturata come *“un insieme di diversi iter [recte: itinera] concorsuali – uno per ogni singolo lotto”*;
- b) che, per tal via, avrebbe dovuto *“in radice”* escludersi che le rappresentate *“situazioni di collegamento/controllo”* potessero aver attivato, di là della loro reale consistenza, la preclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. m) del d.lgs. n. 50/2016, avendo le offerte *“operato in diversi contesti concorsuali non vicendevolmente contaminabili nell'ottica di una eventuale turbativa delle rispettive procedure e graduatorie e dei conseguenti separati provvedimenti di aggiudicazione”*;
- c) che, con più lungo discorso, *“l'obiettivo di evitare che il confronto concorrenziale [potesse] essere falsato da offerte non formulate in maniera autonoma”* non potesse, nella specie, ritenersi frustrato, *“non incidendo la scelta di ciascuna impresa di partecipare a lotti diversi [...] sulle rispettive dinamiche concorsuali e sulle concrete opportunità di aggiudicazione e non determinando l'impermeabilità delle graduatorie di ciascuna procedura alcun vantaggio competitivo, mediante un ampliamento della possibilità di aggiudicazione, all'impresa (in tesi) collegata, [...] opera[nte] in un contesto concorsuale del tutto distinto”*;
- d) che, in definitiva, l'unicità del centro decisionale avrebbe legittimato l'esclusione delle imprese ad esso appartenenti solo in caso di procedura unica (*quod, appunto, non*), posto che *“solo in presenza di tale circostanza [...] [avrebbe potuto] ravvisarsi la lesione del principio della concorrenza, in ragione di un potenziale condizionamento dell'esito della procedura medesima”*;
- e) che nessun rilievo potesse avere, in diversa direzione, la previsione nella *lex specialis* del limite di partecipazione: e ciò alla luce dell'orientamento (*“consolidato”*) per cui non sarebbe *“mai possibile inferire dall'introduzione del limite di aggiudicazione dei lotti per ciascun offerente un divieto di partecipazione a lotti diversi da parte di imprese in situazione di collegamento”* (richiamandosi in tali sensi, tra le pronunce più recenti, Cons. Stato, sez. V, n. 2350/2021 e, in senso conforme, Id., n. 4726/2022)”;
- f) che, al postutto, nel chiarimento n. 89 la stessa Consip aveva specificato che il vincolo di aggiudicazione *“dovesse applicarsi alle imprese singole e non complessivamente a tutte le società facenti parte del medesimo gruppo ai sensi dell'art. 2359 c.c.”*.

2.1.- L'appellante imputa alla decisione di partire da due presupposti fallaci:

- a) aver, sotto un primo profilo, erroneamente acquisito le proprie ragioni di doglianza come se fossero incentrate sul (non contestato) assunto del carattere pluristrutturato della gara suddivisa in lotti;
- b) avere, sotto un secondo profilo, valorizzato la logica (in realtà non pertinente) della unicità del centro decisionale, costituente causa di esclusione *ex art. art. 80, comma 5, lett. m)*, del Codice dei contratti pubblici (laddove, all'incontro, la questione atteneva alla corretta interpretazione dell'art. 51, che avrebbe dovuto essere interpretato nel senso che il limite posto dalla *lex specialis* nella aggiudicazione di lotti plurimi dovesse trovare applicazione nei confronti di operatori economici, che pur essendo soggetti giuridici formalmente distinti, si trovassero in una relazione di controllo e di collegamento, sì che, in definitiva, il vincolo alla partecipazione o all'aggiudicazione di più lotti dovesse complessivamente riferirsi a tutte le società controllate, al fine di evitare il consolidarsi sul

mercato di posizioni di forza in capo a grandi *player*, tale da minare *in radice* la dinamicità del mercato e, in ultima analisi, l'interesse pubblico).

3.- Orbene, come è noto, il corretto intendimento delle modalità operative del c.d. vincolo di aggiudicazione, previsto dall'art. 51, comma del d. lgs. n. 50/2016 (ed oggi – nei più articolati sollecitati proprio dalla acquisizione degli orientamenti giurisprudenziali – dall'art. 58 del d. lgs. n. 58/2023, peraltro inapplicabile *ratione temporis* ancorché non abusivamente utile, come si dirà, in una complessiva prospettiva esegetica) ha dato luogo ad interpretazioni non (del tutto) omogenee.

Così, accanto ad una prima (e più risalente) opzione – peraltro, valorizzata dal primo giudice – secondo cui dalla introduzione, nel corpo della *lex specialis*, di un (discrezionale) limite di aggiudicazione dei lotti oggetto di divisato affidamento, non sarebbe *in ogni caso* lecito inferire un gravatorio divieto di partecipazione a lotti diversi da parte di imprese in situazione di collegamento, un più recente orientamento (inaugurato, tra le altre, da Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2021, n. 6481 e, ancora da ultimo, ribadito, negli esatti termini, da Id., 21 gennaio 2022, n. 383), ha inteso riflettere, con più rigoroso esito, sulla premessa per cui la *ratio* dell'imposizione del *limite di aggiudicazione dei lotti* è quella di favorire la massima partecipazione possibile da parte delle piccole e medie imprese, sicché esso costituisce senz'altro uno *strumento proconcorrenziale*, conforme alle previsioni dell'art. 51, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, rimesso alla scelta discrezionale della stazione appaltante (cfr. Cons. Stato, III, 18 gennaio 2021, n. 518).

In tale prospettiva, la logica che sorregge – in un contesto evidenziale programmaticamente strutturato, ai sensi del comma 1 dell'art. 51 del d. lgs. cit., dalla (mera) suddivisione dell'appalto in lotti (funzionali o prestazionali) – l'opzione (*distinta, autonoma ed ulteriore*) per una limitazione quantitativa del “*numero dei lotti che possono essere aggiudicati a ciascun offerente*” esibisce una sua concreta specificità, che qualifica e connota il (generico) obiettivo del *favor* per l'apertura competitiva al mercato (essenzialmente a salvaguardia delle imprese minime, piccole e medie) nel senso di una (*più rigorosa ed incisiva*) limitazione a forme di concentrazione, accaparramento e acquisizione centralizzata delle commesse pubbliche.

Si dovrebbe, allora, adeguatamente rimarcare che, laddove la suddivisione in lotti rappresenta, in quanto tale, una opzione *regolare ed ordinaria*, come tale connotata da sindacabile *discrezionalità negativa* (al segno che l'art. 51, comma 1 cit. – dettato in recepimento dell'art. 46 della direttiva 2014/24/UE e dell'art. 65 della direttiva 2014/25/UE, in conformità al criterio di delega di cui alle lettere *dd*) e *ccc*) della l. n. 11/2016 – impone una congrua e circostanziata motivazione, nel corpo degli atti indittivi o nelle “*relazioni uniche*” di cui agli artt. 99 e 139, del mancato frazionamento: cfr. Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2017, n. 272; Id., sez. V, 11 gennaio 2018, n. 123; Id., sez. III, 12/02/2020, n. 1076), il vincolo quantitativo di aggiudicazione (come, prima ancora, l'eventuale limitazione del numero di offerte proponibili in relazioni ai singoli lotti: cfr. art. 51, comma 2) postula solo – in funzione di trasparenza e parità di trattamento – la espressa formalizzazione in termini di *lex specialis* e la prefigurazione di “*regole o [...] criteri oggettivi e non discriminatori*” per l'affidamento selettivo.

In altri termini, laddove il frazionamento è, in via di principio e sia pure tendenzialmente doveroso (cfr. Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2020 n. 4361) – proprio perché mira ad

incrementare il numero dei partecipanti alle gare, elidendo la naturale barriera del sovradimensionamento dei requisiti di capacità tecnica, economica e finanziaria per l'accesso al mercato: cfr. art. 30, comma 1 d. lgs. n. 50/2016 cit.) – il vincolo di aggiudicazione opera in una (più) discrezionale prospettiva *distributiva* (propriamente *antitrust*), intesa come tale a disincentivare la concentrazione di potere economico, a precludere l'accaparramento di commesse da parte operatori 'forti', strutturati ed organizzati facenti capo ad unico centro decisionale.

Se è, perciò, eccezionale la regola che volta a volta *limiti* (o *precluda* o *conformi*) la *partecipazione* alle procedure evidenziali, non altrettanto può dirsi in ordine ad un vincolo, come quello correlato al divieto di plurime aggiudicazioni, che, senza precludere la competizione, operi, nei sensi chiariti, in funzione non solo *proconcorrenziale*, ma propriamente *distributiva* e *antitrust*.

Sicché è parso corretto – in una plausibile logica *sostanzialistica*, orientata a disincentivare ed impedire forme e modalità di partecipazione che, anche quando non siano *collusive* o propriamente *abusiva* (incorrendo, come tali, in specifiche cause di esclusione come illeciti anticoncorrenziali: cfr. art. 80, comma 5, lett. c) d. lgs. n. 50/2016), risultino, ai fini evidenziati, *elusiva* del divieto di accaparramento – riferire il limite, *estensivamente*, anche agli operatori economici *sostanzialmente* riconducibili ad un unitario centro decisionale o ad una organizzazione economica operante, a guisa di grande *player* di mercato, in forma di *holding*.

Si tratta, di nuovo, di una logica coerente con una disciplina di gara che – lungi dal limitarsi al *frazionamento* dell'appalto (ex art. 51, comma 1) – abbia specificamente voluto, nei termini illustrati e come nella specie, *segmentare* e *distribuire* l'affidamento dei lotti: i quali, a diversamente opinare, ben potrebbero essere acquisiti, a dispetto delle finalità proconcorrenziali, da un unico ed organizzato gruppo societario, che si avvallesse di una pluralità di operatori economici.

Né si tratterebbe di opzione ermeneutica fondata sul ragionamento analogico (come tale preordinato alla estensione di una regola ad un caso non previsto né codificato): la illustrata *ratio* interna alla disposizione fa, invero, palese, che la stessa postula una nozione *estensiva* di "operatore economico" (cfr. ancora Cons. Stato, sez. V, n. 6481/2021 cit.).

3.1.- Il maturato *revirement* è stato, più di recente, acquisito e, in certa misura, temperato dalla precisazione che – così come la *scelta*, nei chiariti sensi *discrezionale*, per la (vincolante) prefigurazione del vincolo è rimessa alla valutazione della stazione appaltante – anche la decisione di strutturarlo *in guisa più stringente* (riservandolo, *estensivamente*, anche alle società componenti di un unico gruppo od organizzazione societaria) spetti, in termini altrettanto *discrezionali*, alla medesima stazione appaltante.

In tale prospettiva, in definitiva, la questione sarebbe (sempre) rimessa alla previsione – necessariamente *espressa*, non potendosi desumere un vincolo *implicito* – della *lex specialis*.

3.2.- Il Collegio non ritiene di sottacere che – mentre la prima opzione, avallata dalla sentenza impugnata, deve considerarsi ormai senz'altro superata (se non altro perché, portata alle coerenti conseguenze, finisce per risolversi in un limite arbitrario e *privo di fondamento positivo* alla facoltà di strutturazione della legge di gara riconosciuta alla stazione appaltante) – la terza (e più recente) interpretazione non pare esente da qualche incoerenza:

e ciò in quanto, mentre non è dubbio che l'opzione distributiva rappresenti, in sé, il plausibile esito di una valutazione discrezionale (proprio perché *non imposta*), la dequotazione della forza dei rapporti societari tra gli operatori concorrenti (che finisce per discendere dalla ritenuta *disponibilità* delle concrete modalità operative del vincolo quantitativo di aggiudicazione, in presenza di imprese facenti parte di gruppi unitariamente organizzati ed uniformemente diretti) si pone, in qualche misura, in contraddizione con la logica distributiva, operante nella chiarita prospettiva *antitrust* (sì che la regola finisce per recare in se stessa, secondo le modalità della relativa formulazione, le possibilità di una sua concreta, e sia pure marginale, elusione).

Si vuol dire, con ciò, che – una volta che la stazione appaltante non si fosse limitata a stabilire di suddividere l'affidamento in una pluralità di lotti, ma abbia, nell'esercizio delle proprie più ampie facoltà programmatiche, inteso *limitare*, in qualunque misura, la possibilità di affidamenti *plurimi* e *cumulativi*, finirebbe per suonare alquanto distonico, e non privo di un tratto di elusività, legittimare forme di accaparramento dei lotti ad opera di grandi *player* di mercato e autorizzare, di fatto, il superamento dei limiti di affidamento tramite una studiata organizzazione degli assetti societari di gruppo.

3.3.- Sta di fatto, in ogni caso – e non è chi non veda come si tratti, nel delineato quadro esegetico, di circostanza di peso – che, sul piano positivo, **è proprio questa la scelta emersa in sede di elaborazione del nuovo Codice dei contratti pubblici, approvato con il d. lgs. n. 36/2023, che all'art. 58, comma 4 prevede oggi, con più articolata disposizione:**

a) che la limitazione del "numero massimo di lotti per i quali è consentita l'aggiudicazione al medesimo concorrente" sia rimessa, quale mera facoltà, alla stazione appaltante, la quale, tuttavia, è, ove intenda esercitarla, tenuta a dare conto, nel corpo degli atti indittivi, della "ragione specifica" della scelta operata (una alla indicazione del criterio, non discriminatorio, di selezione del lotto o dei lotti da aggiudicare al concorrente utilmente collocato per un numero eccedente il limite fissato);

b) che, tra l'altro, la giustificazione debba trovare (non generico né vago) ancoraggio nelle concrete "caratteristiche della gara", ovvero nella prospettiva del perseguimento della "efficienza della prestazione" (il che dà, in definitiva, corpo alla necessità di un sufficientemente circostanziato obbligo motivazionale, di cui non vi era traccia nella previgente disposizione);

c) che solo con ulteriore (ma parimenti specifica e formalmente prefigurata) opzione, la stazione appaltante possa decidere di estendere il limite quantitativo "a più concorrenti che versino in situazioni di controllo o collegamento ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile" (dovendosi, per tal via, acquisire il silenzio, sul punto, degli atti di indizione quale espressivo di una volontà *negativa*: come, appunto, genericamente preconizzato dagli sviluppi esegetici di cui si è detto *supra*);

d) che, per giunta, la ridetta estensione (nel senso di un vincolo soggettivamente *aggravato*) debba trarre (più specifica) giustificazione in "ragioni inerenti al [...] mercato" (non essendo, per tal via, sufficiente la valorizzazione dell'oggetto dell'appalto, essendo necessario interrogare il contesto concorrenziale: in tal senso sembra doversi intendere, a dispetto della vistosa omissione, sul piano della interpunzione, di una necessaria virgola, il primo inciso del comma 4);

e) che – in prospettiva gradualistica – ed in (aggiuntiva) considerazione dell'“elevato numero atteso dei concorrenti” il vincolo di aggiudicazione (con marcata inversione rispetto alla soluzione desumibile dal codice previgente) possa essere integrato dal vincolo di partecipazione (con preventiva fissazione del numero massimo di lotti per i quali, prima ancora che concorrere alla aggiudicazione, sia possibile formulare l’offerta).

3.4.- Non compete al Collegio, naturalmente, indugiare sulla interpretazione della nuova disposizione (e su talune difficoltà che potrebbero emergere).

Va riconosciuto, d'altra parte, che i margini per una indicazione esegetica che, per quanto *in retrospettiva*, è possibile trarre dalla nuova codificazione (in sé verisimilmente e quanto meno in parte innovativa e, come tale, insuscettibile di immediata applicazione alle vicende procedurali attive prima della sua entrata in vigore, al 1° luglio 2023) sono, in principio e in varia direzione, opinabili.

Non è, tuttavia, lungo questo crinale che deve comporsi la lite.

3.5.- Vale, invero, rimarcare che – proprio in ragione delle rammentate e diffuse incertezze giurisprudenziali – Consip s.p.a. non aveva ommesso di riscontrare, come si è rammentato nella narrativa in fatto, un apposito quesito sul punto, *espressamente chiarendo* il proprio intendimento nel senso della *esclusione* del vincolo di aggiudicazione aggravato.

Siffatta precisazione (sia pure fondata su argomento in sé erroneo: ma, trattandosi di *quaestio voluntatis*, la circostanza non rileva, posto che *plus est in re quam in existimatione eius: arg. ex art. 1970 c.c.*) ha, all'evidenza, inciso sull'*affidamento* degli operatori economici, indotti alla formalizzazione delle proprie offerte ed alla elaborazione delle proprie ragionevoli aspettative di vantaggio proprio sulla scorta delle (autovincolanti) prescrizioni di gara.

Se ne trae, perciò, argomento nel senso che – ancorché non meriti di essere condiviso, per le vicende ancora regolate dall'art. 51, comma 3 d. lgs. n. 50/2016, l'intendimento di una (già) necessaria indicazione espressa *in re* della legge di gara, il cui silenzio debba per tal via intendersi *de plano* quale significativo di una *implicita opzione negativa*, così come vorrebbero le parti intime – il principio di *affidamento*, correlato alla *precisione* del *chiarimento* reso dalla stazione appaltante risulta decisivo, *sul piano del fatto*, ai fini della esclusione, nella specie, del limite in danno delle società infragruppo.

Al qual fine – si deve aggiungere, avuto comprensivo riguardo alle ulteriori coloriture censorie – la questione della unicità del centro decisionale appare (come è chiaro già in Cons. Stato, sez. V, n. 6481/2021, che giova richiamare sul punto) del tutto irrilevante.

4.- È, allora, negli evidenziati sensi – i quali, implicando un apprezzamento di complessiva correttezza dell'operato della stazione appaltante, appaiono assorbenti di ogni altro rilievo – che l'appello deve essere, in definitiva, respinto, dovendosi con ciò confermare, sia pure con più articolata e dislocata motivazione, la decisione impugnata.

Sussistono i presupposti, avuto riguardo alle obiettive incertezze della materia del contendere, per disporre, tra le parti costituite, l'integrale compensazione di spese e competenze di lite.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

Consiglio di Stato, sez. III, 24 ottobre 2023, n. 9203 (Pres. Raffaele Greco)

Suddivisione in lotti – Art. 58 D.Lgs. n. 36/2023 – Limitazione – Modalità della divisione – Criteri – Principi europei – Condizioni di concorrenza paritarie.

Il semplice fatto che vi sia stata una suddivisione in lotti non esclude affatto che possano essere sindacate, sotto il profilo della legittimità e del rispetto sostanziale della ratio della disposizione, anche le modalità con le quali la suddivisione è avvenuta.

Del resto, ex post, ciò risulta confermato dalla disposizione oggi contenuta nell'art. 58, comma 3, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, laddove impone alle stazioni appaltanti di esplicitare in ogni caso "i criteri di natura qualitativa o quantitativa concretamente seguiti nella suddivisione in lotti", avuto riguardo ai parametri evincibili dai principi europei sulla promozione di condizioni di concorrenza paritarie per le piccole e medie imprese.

N. 09203/2023REG.PROV.COLL.

N. 08148/2023 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm. sul ricorso numero di registro generale 8148 del 2023, proposto dalla Stryker Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9901609A3A, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Paolo Francica e Roberta Valentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

l'Azienda di Rilievo Nazionale e Alta Specializzazione G. Brotzu, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Umberto Cossu, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

per la riforma

della sentenza breve del Tar Sardegna, sez. I, n. 662 del 18 settembre 2023, con la quale è stato respinto il ricorso proposto avverso gli atti della gara indetta dall'Azienda di Rilievo Nazionale e Alta Specializzazione G. Brotzu, denominata "P.A. inf. AQ fornitura di Strumentario e Dispositivi Medici Implantabili per Interventi di osteosintesi e materiale correlato per

S.O. S.C. *Ortopedia e Traumatologia dell'Azienda Ospedaliera G. Brotzu*, limitatamente al Lotto n. 9, codice CIG 9901609A3A, denominato *"Sistemi di inchiodamento (dispositivi impiantabili sterili)"*.

Visto il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda di Rilievo Nazionale e Alta Specializzazione G. Brotzu;

Vista la memoria difensiva depositata dall'Azienda di Rilievo Nazionale e Alta Specializzazione G. Brotzu in data 18 ottobre 2023;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice, alla camera di consiglio del 19 ottobre 2023, il Cons. Giulia Ferrari e uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;

Considerato che nella suddetta camera di consiglio il Collegio, chiamato a pronunciare sulla domanda cautelare di sospensiva dell'atto impugnato, ha deciso di definire immediatamente il giudizio nel merito con sentenza resa ai sensi dell'art. 60 c.p.a., e ne ha dato comunicazione (riportandola a verbale) ai difensori presenti delle parti in causa;

Considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

FATTO

1. L'Azienda di Rilievo Nazionale e Alta Specializzazione G. Brotzu (d'ora in poi "Arnas") ha indetto il bando, pubblicato sulla G.U. 5a Serie Speciale - Contratti Pubblici n. 72 del 26 giugno 2023, relativo alla *"Procedura aperta finalizzata alla conclusione di un Accordo Quadro per la fornitura con contratto estimatorio di Strumentario e Dispositivi Medici Impiantabili per Interventi di osteosintesi e materiale correlato per la Sala Operatoria della S.C. Ortopedia e Traumatologia dell'Azienda Ospedaliera G. Brotzu per il periodo di 24 mesi, con facoltà di rinnovo per ulteriori 12 mesi"*. La procedura è stata suddivisa in lotti e, con riferimento al lotto n. 9, inerente a *"Sistemi di inchiodamento (dispositivi impiantabili sterili)"* e oggetto della presente controversia, l'Arnas ha previsto 6 sub-lotti, ciascuno dedicato ad un sistema di inchiodamento diverso.

Il capitolato speciale ha previsto che l'aggiudicazione è effettuata a singolo lotto completo, con la conseguenza che gli operatori economici che intendono presentare offerta per il lotto n. 9 devono disporre di tutte le diverse tipologie di sistemi di inchiodamento elencate nei 6 sub-lotti.

2. La società Stryker Italia S.r.l. (d'ora in poi "Stryker"), attiva nel settore dei dispositivi medici, interessata a partecipare alla gara in oggetto e non disponendo di tutti i *device* compresi nel lotto n. 9, ha proposto ricorso dinanzi al Tar Sardegna, lamentando l'estrema eterogeneità del lotto n. 9 tale da non consentire la partecipazione e/o la presentazione dell'offerta.

Nello specifico, l'allora società ricorrente ha dedotto l'illegittimità degli atti di gara *in parte qua*, limitatamente al lotto n. 9, deducendo: i) la violazione dell'art. 51, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 - atteso che l'accorpamento in un unico lotto di numerosi *device* eterogenei impedirebbe la partecipazione alla gara delle piccole e medie imprese, che non riuscirebbero a coprire la richiesta di fornitura per tutti i 6 sub-lotti - e la carenza di motivazione in ordine alla scelta di riunire in un unico lotto eterogeneo tutte le diverse tipologie di dispositivi; ii) la violazione del divieto di eterogeneità del lotto; iii) con specifico riferimento al Rif. 3 "*Sistema inchioldamento tibiale retrogrado*", la presenza di un sistema non attuabile e/o applicabile in quanto riferito ad un'operazione irrealizzabile, con conseguente impossibilità di presentare un'offerta ammissibile per l'intero lotto n. 9.

3. Con sentenza breve n. 662 del 18 settembre 2023, il Tar Sardegna, dopo aver ritenuto infondata l'eccezione di inammissibilità per carenza di legittimazione attiva in capo all'allora parte ricorrente, ha respinto il gravame evidenziando che non può dirsi irragionevole la scelta della stazione appaltante di suddividere l'oggetto dell'appalto in 18 lotti, includendo in uno di essi (il lotto n. 9) le varie e nemmeno numerose tipologie di "*sistemi di inchioldamento*", considerato anche che si tratta di dispositivi tra essi assimilabili dal punto di vista qualitativo e funzionale e ben distinti rispetto a quelli fatti oggetto degli altri lotti. Inoltre, il primo giudice ha ritenuto che l'art. 51, d.lgs. n. 50 del 2016 imporrebbe l'obbligo di motivare la mancata suddivisione dell'appalto in lotti e non anche la mancata suddivisione di un lotto in ulteriori lotti e che l'incapacità della Stryker di offrire tutti i *device* inclusi nel lotto n. 9 non costituirebbe di per sé un ostacolo insormontabile alla sua partecipazione alla gara, ben potendo la stessa fare ricorso ad istituti quali il raggruppamento temporaneo d'impresa (c.d. RTI). Infine, rispetto al "*sistema inchioldamento tibiale retrogrado*" (Rif. 3 del lotto di cui è causa), il Tar ha ritenuto trattarsi di mere allegazioni dell'allora ricorrente non supportate da alcun principio di prova.

4. La citata sentenza n. 662 del 18 settembre 2023 è stata impugnata con appello notificato e depositato il 12 ottobre 2023, contestando, anzitutto, l'assunto del primo giudice secondo cui i diversi dispositivi sarebbero assimilabili dal punto di vista qualitativo e funzionale. Al contrario, ciascun singolo chiodo costituirebbe un dispositivo del tutto autonomo dal punto di vista funzionale rispetto agli altri atteso che ognuno di esso è progettato per uno specifico impiego in sala operatoria e non è ammissibile in alcun modo un utilizzo per funzioni assimilabili.

Inoltre, la Stryker ha ribadito l'impossibilità di partecipare alla gara per la presenza di un *device* che ad oggi risulta inesistente nel modo scientifico e ha contestato la possibilità di poter partecipare alla gara mediante la costituzione di un RTI.

Infine, la società appellante ha dedotto la violazione dell'art. 60 c.p.a. per l'assunzione da parte del primo giudice di una decisione in forma semplificata in assenza di istruttoria ed

ha conseguentemente chiesto l'ammissione in appello di nuova documentazione a sostegno del proprio argomentare stante l'asserita "*frettolosa e illegittima*" decisione del Tar di impedire la discussione in udienza pubblica.

5. L'Azienda di Rilievo Nazionale e Alta Specializzazione G. Brotzu si è costituita in giudizio sostenendo l'infondatezza dell'appello.

6. Con decreto cautelare n. 4239 del 14 ottobre 2023 è stata accolta l'istanza di misure cautelari monocratiche.

7. Alla camera di consiglio del 19 ottobre 2023, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. In camera di consiglio il Collegio, chiamato a pronunciare sulla domanda cautelare di sospensiva dell'impugnata sentenza del Tar, ha deciso di definire immediatamente il giudizio nel merito con sentenza resa ai sensi dell'art. 60 c.p.a., e ne ha dato comunicazione (riportandola a verbale) ai difensori presenti delle parti in causa.

2. Preliminarmente, il Collegio ritiene di respingere il quarto motivo di gravame, con il quale parte appellante ha dedotto la violazione dell'art. 60 c.p.a. per l'assunzione da parte del primo giudice di una decisione in forma semplificata in assenza di istruttoria ed ha conseguentemente chiesto l'ammissione in appello di nuova documentazione a sostegno del proprio argomentare stante l'asserita "*frettolosa e illegittima*" decisione del Tar di impedire la discussione in udienza pubblica.

Invero, giova ricordare che dal chiaro tenore letterale dell'art. 60 c.p.a. emerge che la definizione del giudizio, in esito all'udienza cautelare, rientra nella discrezionalità dell'organo giudicante ("*può definire*"), al quale è preclusa l'emanazione della sentenza in forma semplificata solo quando sussistano le condizioni ostative previste dalla norma. In particolare, tale esito è precluso unicamente nel caso in cui una delle parti dichiarasse che intende proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale, regolamento di competenza ovvero di giurisdizione. Al di fuori di tali ipotesi, il Collegio ha unicamente l'obbligo di sentire le parti sulla possibilità di definizione del giudizio e di accertare l'avvenuto decorso di 20 giorni dall'ultima delle notificazioni, nonché la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria (Cons. Stato, sez. III, 12 dicembre 2022, n. 10840); circostanze, queste ultime che spetta al solo Collegio decidente apprezzare (Cons. Stato, sez. V, 28 luglio 2015, n. 3718). Tanto chiarito, va anche respinta la richiesta di ammissione in appello di documentazione non prodotta in prime cure, apparendo del resto inconferente al caso di specie la giurisprudenza di questo Giudice citata dalla Stryker, volta a sostenere che la definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata può rendere impossibile per la parte il tempestivo deposito di un documento in prime cure; deposito che deve pertanto ritenersi ammissibile in appello.

Infatti, nella fattispecie citata dalla società appellante, è stato consentito alla parte resistente in prime cure di svolgere ed integrare le proprie difese in appello anche mediante produzioni documentali, atteso che il ricorso era stato incamerato in decisione prima della scadenza del termine di costituzione delle parti intimare. Pertanto, ragionevolmente è stato consentito a queste ultime di espletare il pieno esercizio del diritto di difesa.

Invece, va chiarito che la mera definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata non può per ciò solo ritenersi sufficiente – in assenza delle richiamate circostanze che impongano di garantire il pieno esercizio del diritto di difesa e dell'effettiva dimostrazione della parte interessata di non aver potuto produrre la documentazione per causa ad essa non imputabile – per ammettere indiscriminatamente nuove prove documentali in appello. Aggiungasi, altresì, che nuova documentazione non appare al Collegio indispensabile ai fini della decisione della causa ai sensi dell'art. 104, comma 2, c.p.a., per come sarà meglio esplicitato nel seguito della trattazione.

3. Orbene, come esposto in narrativa, giunge all'esame del Collegio la gara bandita dall'Arnas concernente la fornitura di Strumentario e Dispositivi Medici Impiantabili per Interventi di osteosintesi e materiale correlato per S.O. S.C. Ortopedia e Traumatologia dell'Azienda Ospedaliera G. Brotzu. In particolare, l'oggetto della controversia attiene al lotto n. 9 inerente a *“Sistemi di inchiodamento (dispositivi impiantabili sterili)”* per il quale l'Arnas ha previsto 6 sub-lotti, ciascuno dedicato ad un sistema di inchiodamento diverso. L'aggiudicazione è effettuata a singolo lotto completo, con la conseguenza che gli operatori economici che intendono presentare offerta per il lotto n. 9 devono disporre di tutte le diverse tipologie di sistemi di inchiodamento elencate nei 6 sub-lotti.

La società odierna appellante ha contestato l'eterogeneità dei dispositivi ricompresi nel lotto n. 9 tale da non consentire la partecipazione delle piccole e medie imprese alla gara, le quali non sono in grado di rispondere ad una richiesta così variegata.

4. L'appello è fondato, potendo riscontarsi la violazione dell'art. 51, d.lgs. n. 50 del 2016. Occorre premettere che, in conformità alle indicazioni provenienti dal diritto eurounitario, il legislatore italiano ha recepito, nella previsione di cui all'art. art. 51, del d.lgs. n. 50 del 2016, le indicazioni della direttiva 2014/24/UE, fissando la regola, salvo deroga motivata, della suddivisione in lotti.

Secondo un consolidato orientamento interpretativo di questo Consiglio di Stato la regola della suddivisione in lotti risponde all'esigenza di apertura del mercato ed opposizione alla creazione di posizioni monopolistiche o, comunque, di predominio, obiettivo ritenuto meritevole dal legislatore per la convinzione - che v'è sottesa - che per questa via si possa migliorare l'efficienza del servizio all'utenza e, dunque, in ragione delle stesse preoccupazioni che l'appellante assume a fondamento della sua critica alla regola della suddivisione in lotti (Cons. Stato, sez. V, 20 settembre 2021, n. 6402).

Infatti, la suddivisione in lotti di una procedura di gara favorisce l'apertura del mercato alla concorrenza, rendendo possibile la presentazione dell'offerta anche da parte delle piccole e medie imprese (c.d. P.M.I.), poiché consente alla stazione appaltante di richiedere requisiti di partecipazione che, in quanto parametrati su singoli lotti, sono inevitabilmente meno gravosi di quelli che, in termini di capacità economica e prestazionali, sarebbero richiesti per la partecipazione all'intera procedura di gara; requisiti questi ultimi dei quali sono in possesso solo imprese di grandi dimensioni.

In definitiva, l'apertura alla concorrenza è realizzata rendendo possibile la formulazione di un'offerta che, invece, per una procedura unitaria, non sarebbe neppure proponibile.

Deve, altresì, considerarsi che il rafforzato *favor* per la suddivisione dell'appalto in lotti è dovuto alla crescente attenzione riservata dal legislatore europeo all'accesso al mercato delle commesse pubbliche da parte delle P.M.I., costituendo la riduzione del valore dei contratti un efficace incentivo alla partecipazione degli operatori di mercato di più ridotte dimensioni alle procedure di affidamento.

Ed infatti la Direttiva 2014/24/UE, al Considerando 2, dopo avere premesso che *“gli appalti pubblicicostituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici”*, afferma che tra le proprie primarie finalità vi è quella di aggiornare la precedente Direttiva 2004/18/CE *“in modo da accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale”*.

Il considerando 78 precisa, poi, che *“le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere incoraggiate a suddividere in lotti i grandi appalti”* e che *“se l'amministrazione aggiudicatrice decide che non è appropriato suddividere l'appalto in lotti, la relazione individuale o i documenti di gara dovrebbero contenere un'indicazione dei principali motivi della scelta dell'amministrazione aggiudicatrice. Tali motivi potrebbero, per esempio, consistere nel fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ritiene che tale suddivisione possa rischiare di limitare la concorrenza o di rendere l'esecuzione dell'appalto eccessivamente difficile dal punto di vista tecnico o troppo costosa, ovvero che l'esigenza di coordinare i diversi operatori economici per i lotti possa rischiare seriamente di pregiudicare la corretta esecuzione dell'appalto”*.

L'art. 46 della stessa Direttiva afferma, infine, che *“Le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di aggiudicare un appalto sotto forma di lotti separati e possono determinare le dimensioni e l'oggetto di tali lotti. ... Le amministrazioni aggiudicatrici indicano i motivi principali della loro decisione di non suddividere in lotti; tali motivi sono riportati nei documenti di gara o nella relazione unica di cui all'articolo 84”*.

Si tratta, insomma, come ritenuto dalla giurisprudenza (cfr., in particolare, Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2023, n. 1607) di una misura pro-concorrenziale espressamente volta ad assicurare la maggiore partecipazione possibile alle gare di imprese di non grandi dimensioni.

La giurisprudenza è assolutamente concorde nel dare la esposta lettura della disposizione in esame, rimarcando più volte non solo la legittimità, ma anche il rispetto del principio del buon andamento nella divisione di un pubblico appalto in lotti, con il rammentare che in materia di appalti pubblici è senz'altro principio di carattere generale la preferenza per la suddivisione in lotti, in quanto regola diretta a favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese e funzionale alla tutela della concorrenza.

L'art. 51 consente, inoltre, alla stazione appaltante di derogare alla regola della suddivisione in lotti per giustificati motivi, che devono essere puntualmente espressi nel bando o nella lettera di invito.

Infatti, poiché l'art. 51, comma 1, del Codice è norma giuridica costruita nella forma linguistica della proposizione prescrittiva (di modo che colui che non si adegua al precetto, non manifestando ad esso adesione, deve giustificarsi per evitare la sanzione, fornendo la prova di trovarsi in uno dei casi in cui la regola fa eccezione), in coerenza, il legislatore onera la stazione appaltante di motivare la scelta di non suddividere la procedura di gara in lotti, ossia di non adeguarsi al precetto.

In conclusione, il principio della suddivisione in lotti, prevista dall'art. 51 del Codice può, dunque, essere derogato, attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669) ed è espressione di scelta discrezionale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2016, n. 1081), il cui concreto esercizio deve essere funzionalmente coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto; il potere medesimo resta delimitato, oltre che da specifiche norme del codice dei contratti, anche dai principi di proporzionalità e di ragionevolezza (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 2023, n. 5992; sez. III, 7 maggio 2020, n. 2881; 21 marzo 2019, nr 1857; 22 febbraio 2019, n. 1222; sez. V, 3 aprile 2018, n. 2044; sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1138; 13 novembre 2017 n. 5224; sez. V, 6 marzo 2017, n. 1038).

Alla stregua di quest'orientamento ermeneutico, la principale questione da esaminare attiene alla valutazione della logicità e ragionevolezza della suddivisione in lotti operata dalla stazione appaltante.

Contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, i dispositivi contenuti nel lotto n. 9 appaiono eterogenei e singolarmente dotati di autonomia funzionale. Invero, i sistemi di inchiodamento ivi ricompresi (e formanti oggetto dei ben 6 sub-lotti) sono notevolmente diversi non solo per caratteristiche tecniche e strutturali, a seconda del diverso distretto scheletrico da trattare, ma anche dal punto di vista funzionale, non potendo esservi tra di

essi alcuna fungibilità, donde è del tutto verosimile che esse formino oggetto di forte “specializzazione” nella produzione da parte degli operatori economici.

La siffatta disomogeneità avrebbe, pertanto, ragionevolmente giustificato la suddivisione dell’unitario lotto n. 9 in plurimi lotti, distinti per tipologia di prodotti e non per macro-categorie, così da favorire l’accesso alla procedura anche a quegli operatori economici che non commercializzano tutti i sistemi di inchiodamento contenuti nel lotto n. 9.

Né può condividersi l’interpretazione del primo giudice in ordine all’art. 51, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016, laddove ha ritenuto che, per il solo fatto che la procedura *de qua* fosse suddivisa già in 18 lotti, non vi fosse alcun obbligo per la stazione appaltante di esternare le ragioni tecnico-economiche che la hanno indotta a prevedere un unico lotto (lotto n. 9) così composito e diversificato nel suo oggetto.

Ritiene, invero, il Collegio che **il semplice fatto che vi sia stata una suddivisione in lotti non esclude affatto che possano essere sindacate, sotto il profilo della legittimità e del rispetto sostanziale della ratio della disposizione, anche le modalità con le quali la suddivisione è avvenuta.**

Del resto, *ex post*, ciò risulta confermato dalla disposizione oggi contenuta nell’art. 58, comma 3, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (non applicabile *ratione temporis* alla presente vicenda, ma certamente utilizzabile quale criterio ermeneutico della finalità della retrostante previsione eurounitaria), laddove impone alle stazioni appaltanti di esplicitare in ogni caso “i criteri di natura qualitativa o quantitativa concretamente seguiti nella suddivisione in lotti”, avuto riguardo ai parametri evincibili dai principi europei sulla promozione di condizioni di concorrenza paritarie per le piccole e medie imprese.

In definitiva, la disciplina di gara, limitatamente al lotto n. 9, è stata confezionata in modo da rendere estremamente difficoltoso presentare un’offerta tecnica ammissibile non solo alle piccole e medie imprese, ma anche a primari operatori del settore che sono però specializzati nella produzione di dispositivi relativi alla chirurgia di specifiche parti del corpo umano, con potenziali effetti negativi per la stessa Amministrazione, che potrebbe trovarsi esposta a maggiori costi ove il confronto competitivo fosse realmente circoscritto a pochi operatori economici.

5. Per le ragioni che precedono, l’appello deve essere accolto, con assorbimento dei motivi non espressamente esaminati e, per l’effetto, in riforma della sentenza appellata, devono essere annullati *in parte qua* gli atti di gara impugnati in primo grado, limitatamente al lotto n. 9.

6. Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza breve del Tar Sardegna, sez. I, n. 662 del 18 settembre 2023, che annulla, accoglie il ricorso di primo grado e annulla *in parte qua*, limitatamente al lotto n. 9, gli atti di gara con esso impugnati.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Giovanni Pescatore, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Consiglio di Stato, sez. III, 13 luglio 2023, n. 6848 (Pres. Raffaele Greco)

Revisione dei prezzi – Art. 60 D.Lgs. n. 36/2023 – Obbligo – Clausola esorbitante – Documenti di gara – Reintroduzione nel sistema.

L'istituto della revisione dei prezzi – tipica “clausola esorbitante” rispetto al comune diritto contrattuale dei privati – ha attraversato negli ultimi decenni una fase di “crisi” ed è stato sottoposto a forti critiche per la sua incidenza negativa sull'andamento dei costi gestionali delle amministrazioni, fino al punto da essere notevolmente ridimensionato nel suo ambito applicativo. Per gli appalti di servizi e forniture a esecuzione periodica o continuativa l'art. 44, commi 4 e 6, della legge 23 dicembre 1994, n. 724 prevedeva una revisione periodica dei prezzi sulla base di un'istruttoria condotta dalla stazione appaltante tenendo conto dei prezzi di mercato rilevati dall'Istat, meccanismo poi confermato dall'art. 115 del d.lgs. n. 163 del 2006, che prevedeva l'obbligatorio inserimento nei contratti a esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture di una clausola di revisione periodica del prezzo che tenesse conto dei costi standardizzati per tipo di servizi e fornitura. Il codice del 2016, invece, si è limitato, nell'art. 106, a facultizzare l'inserimento della previsione nei documenti di gara, ma solo a condizione che la modifica del contratto durante il suo periodo di efficacia non fosse tale da alterare le condizioni della gara, dovendo altrimenti essere esperita una nuova procedura di affidamento. Solo di recente, sull'onda della crisi pandemica e della forte impennata dei costi dell'energia e delle materie prime per la guerra in Ucraina, l'istituto è stato reintrodotta con numerose norme speciali (contenute per lo più nella decretazione d'urgenza e nelle ultime leggi annuali di bilancio). Il nuovo codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. codice del 2023, lo ha nuovamente ammesso a sistema (art. 60: “1. Nei documenti di gara iniziali delle procedure di affidamento è obbligatorio l'inserimento delle clausole di revisione prezzi”).

N. 06848/2023REG.PROV.COLL.

N. 00868/2023 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 868 del 2023, proposto dalla società Sol S.p.a., con sede legale in Monza (MB), Via Borgazzi 27, in persona del Presidente e legale rappresentante *pro tempore* Ing. Aldo Fumagalli Romario, che agisce sia in proprio sia, nella sua in qualità di capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo con le società Siad Società Italiana Acetilene e Derivati S.p.a., con sede legale in Bergamo, Via San Bernardino n. 92, e Siad Healthcare S.p.a., in rappresentanza di queste due ultime società, rappresentata e difesa, come da procura rilasciata su documento informatico separato, dall'avv. Andrea Zanetti, con elezione di domicilio fisico presso il suo studio in Roma, Corso Vittorio Emanuele II n. 18 e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

la società ARIA S.p.a. - Azienda Regionale per l'Innovazione e gli Acquisti, in persona del legale rappresentante *pro tempore* dott. Cristian Borrello, Amministratore unico di ARIA S.p.a., rappresentata e difesa, come da procura rilasciata in calce alla memoria di costituzione, su foglio separato, dall'avv. Maria Lucia Tamborino, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Mario Sanino, viale Parioli n. 180, Roma, e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

nei confronti

dell'Azienda socio-sanitaria territoriale Grande Ospedale Metropolitano Niguarda, con sede in Milano, Piazza Ospedale Maggiore n. 3, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, – non costituita,

per l'annullamento, previo accoglimento dell'unita istanza cautelare

della sentenza del TAR Lombardia, sede di Milano, sezione seconda, n. 107 del 9 gennaio 2023 e per il conseguente annullamento, previo accoglimento dell'unita istanza cautelare, del provvedimento di ARIA del 19 aprile 2022 per la parte in cui l'intimata Amministrazione ha rigettato l'istanza della ricorrente per la revisione del prezzo previsto dalla convenzione prot. n. IA.2021.00015740 del 19 marzo 2021, relativa al lotto 9 della gara ARCA_2017_028.2, per la fornitura di gas medicinali, tecnici e criogenici e dei servizi di manutenzione connessi; in via subordinata, per l'annullamento anche dello schema di convenzione e del Capitolato tecnico, allegati al disciplinare di gara ARCA_2017_028.2 Fornitura di gas medicinali, tecnici e criogenici e dei servizi di manutenzione connessi, esclusivamente per la parte e per i motivi di cui al presente ricorso.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società ARIA S.p.a. - Azienda regionale per l'innovazione e gli acquisti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 22 giugno 2023, il Cons. Paolo Carpentieri e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il ricorso in esame, notificato il 25 gennaio 2023, la società Sol S.p.a., agendo in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo con le società Siad Società Italiana Acetilene e Derivati S.p.a. e Siad Healthcare S.p.a., ha proposto appello avverso la sentenza n. 107 del 9 gennaio 2023 con la quale il Tar della Lombardia, sede di

Milano, sez. II, ha respinto il ricorso (n. R.G. 1137/2022) da essa appellante proposto per l'annullamento del provvedimento del 19 aprile 2022 con il quale la società ARIA S.p.a. (società controllata dalla Regione Lombardia con funzioni di centrale regionale di committenza) ha rigettato l'istanza della ricorrente del 17 dicembre 2021 per la revisione del prezzo previsto dalla convenzione prot. n. IA.2021.00015740 del 19 marzo 2021, relativa al lotto 9 della gara ARCA_2017_028.2, per la fornitura di gas medicinali, tecnici e criogenici e dei servizi di manutenzione connessi (nonché per l'annullamento, in via subordinata, dello schema di convenzione e del capitolato tecnico, per la parte e per i motivi indicati nel ricorso. 2. Ha premesso in fatto la società appellante:

- a) di aver domandato, con istanza inviata ad ARIA il 17 dicembre 2021, la revisione del corrispettivo, stante il vertiginoso aumento del costo dell'energia elettrica, che aveva raggiunto nel mese di dicembre 2021 il prezzo di 281,24 euro/MWh, rappresentando che il solo incremento dei costi dovuto all'energia elettrica era pari al 130% del corrispettivo previsto in convenzione per la fornitura dell'ossigeno liquido medicinale e pari al 164% del corrispettivo previsto in convenzione per la fornitura dell'azoto medicinale;
- b) che la società ARIA ha risposto con una nota interlocutoria del 27 dicembre 2021 chiedendo *"di trasmettere, per ciascuna delle voci di costo per cui chiedete aumento dei prezzi . . . il dettaglio puntuale del costo sostenuto nel 2020 e attuale"*;
- c) di aver risposto con nota del 18 gennaio 2022 dimostrando, con riferimento a dati pubblicati da Autorità pubbliche indipendenti (GME ed ENEA), gli aumenti dei costi per la fornitura dei gas oggetto della convenzione derivanti dall'aumento del costo dell'energia;
- d) di aver nuovamente sollecitato la controparte con nota del 28 gennaio 2022;
- e) che la controparte ha dunque inviato la nota del 25 febbraio 2022, del seguente tenore: *"Fatto presente quanto indicato all'Art. 8 comma 4 della Convenzione e richiamato quanto previsto all'Art. 106, comma 1, lett. a) del D.lgs. 50/2016, con la presente si chiede di fornire evidenza rispetto a eventuali determinazioni dell'Autorità indipendente preposta alla regolazione del settore, oppure, in mancanza, dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) in merito all'aumento dei prezzi dei prodotti oggetto della Convenzione"*;
- f) di aver quindi replicato a tale ultima nota in data 22 febbraio 2022 rappresentando che l'Autorità di riferimento per l'individuazione dell'andamento dei costi di produzione doveva essere identificata nell'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente - ARERA, alle cui pubblicazioni si era già fatto riferimento nelle precedenti comunicazioni;
- g) di aver nuovamente sollecitato una risposta con nota del 9 marzo 2022;
- h) che in data 30 marzo 2022, la società ARIA ha convocato per il giorno 1 aprile 2022 un incontro con i vertici di Assogastecnici (ossia l'associazione di categoria che raggruppa le aziende del settore) per discutere del *"riequilibrio condizioni di fornitura gas medicinali a fronte di tensioni su settore energia"*, senza invitare la ricorrente;
- i) che, infine, seguiva in data 19 aprile 2022 la nota impugnata di diniego della chiesta revisione dei prezzi, del seguente tenore: *"In merito alla vostra Istanza di pari oggetto (nostro riferimento protocollo n. IA.2021.0064985 del 28/12/2021) si comunica quanto segue. La Convenzione vigente prevede che i prezzi restino fissi e invariati per tutta la durata contrattuale come consentito dalla previgente normativa. Pur prendendo atto delle vostre articolate deduzioni, a fronte di quanto evidenziato dalla stessa ANAC in particolare nel Bando tipo n.1/2021 aggiornato a marzo*

2022 in merito all'applicazione della clausola revisione prezzi per le gare successivamente indette, considerato che non sono emersi elementi incontrovertibili in base ai quali sia comunque possibile far riferimento a prezzi standard rilevati da autorità indipendenti, si deve rigettare l'istanza".

3. Con la sentenza n. 107 del 9 gennaio 2023 il Tar della Lombardia, ritenuta la giurisdizione del giudice amministrativo, ha respinto il ricorso secondo i seguenti passaggi motivazionali: ha acclarato la nullità dell'art. 8 della convenzione, nella parte in cui esclude ogni revisione del corrispettivo, per contrarietà alla disciplina di legge imperativa (art. 106, comma 1, lettera a) del codice dei contratti pubblici, che fa salvi, per i contratti stipulati dai soggetti aggregatori, quale è la società ARIA, l'applicazione dell'art. 1, comma 511, della legge n. 208 del 2015); ha tuttavia giudicato non illegittimo il provvedimento impugnato in quanto "adottato all'esito di un'istruttoria, come riferito in narrativa, in cui sono stati chiesti documenti atti a dimostrare le variazioni dei costi e, infatti, è motivato anche con riferimento all'assenza di una idonea prova, nel procedimento, delle circostanze suscettibili di determinare la revisione (afferma il provvedimento che "non sono emersi elementi incontrovertibili in base ai quali sia comunque possibile far riferimento a prezzi standard rilevati da autorità indipendenti")", non essendo stata rispettata, nel caso di specie, la "procedura di cui al citato comma 511, non essendo in tal senso formulata l'istanza di adeguamento, né essendovi l'accertamento ad opera dell'autorità indipendente".

3.1. Il Tar ha poi ritenuto non risolutivo il richiamo alle "circostanze impreviste e imprevedibili" legate alla nota emergenza epidemiologica del 2020 ed alla successiva guerra sul suolo europeo ancora in corso, poiché tali vicende non implicano "non implica di per sé l'automatico verificarsi delle condizioni di cui all'art. 106 succitato, essendo comunque onere dell'operatore offrire adeguata e idonea prova degli imprevisi ed imprevedibili eventi che hanno cagionato l'aumento dei prezzi della specifica fornitura", atteso che "l'art. 106 del codice ed in genere i meccanismi contrattuali di adeguamento dei corrispettivi nei contratti di durata non valgono a coprire qualsivoglia variazione che rientra nell'alea normale del contratto, sicché l'attivazione dei citati meccanismi pone uno specifico onere della prova in capo all'appaltatore, che non può pretendere di azzerare il fisiologico rischio di impresa" (come sarebbe ribadito da recente giurisprudenza che ha escluso che esista nell'ordinamento italiano ed europeo un principio volto a «favorire l'impiego di rimedi manutentivi e perequativi da parte delle stazioni appaltanti»).

3.2. Il Tar ha quindi rilevato che l'Amministrazione aveva evidenziato, in sede difensiva processuale e, sinteticamente in sede procedimentale, che la documentazione prodotta era inidonea in quanto priva di "alcuna concreta prova dell'aumento, con riferimento al singolo operatore, dell'aumento dei costi, quanto a manodopera, costi per l'approvvigionamento della materia prima, oneri per la sicurezza, costi industriali e generali, appunto senza specifico riferimento alla fornitura di cui è causa".

3.3. Il Tar ha infine fatta salva, "sussistendone i presupposti, la possibilità di reiterare l'istanza e la doverosità della stazione appaltante di provvedere sulla stessa senza invocare la norma convenzionale che esclude la revisione dei prezzi" ed ha escluso l'ammissibilità della disamina della ulteriore documentazione prodotta nella sede processuale, non potendo essere valutata "in assenza di alcuna domanda di accertamento . . . documentazione ulteriore rispetto a quella prodotta in sede procedimentale e sulla quale la stazione appaltante si è espressa".

3.4. Il Tar ha infine respinto anche il motivo di omessa comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, "in quanto la stazione appaltante ha ripetutamente interloquito con

la parte (e nella documentazione in atti vi è prova anche di inviti a incontri in presenza fisica per discutere della questione), sicché non può essere invocato il mancato rispetto delle garanzie procedurali”.

4. Avverso la ora detta sentenza ha interposto l'appello all'odierno esame del Collegio la società Sol S.p.a. articolando i seguenti motivi di gravame:

4.1. *“Con riferimento al primo motivo di ricorso formulato in primo con cui è stato dedotto: Eccesso di potere per manifesto travisamento dei fatti e per manifesta illogicità. Eccesso di potere per falso supposto di diritto. Eccesso di potere per assoluta carenza di istruttoria. Eccesso di potere per contraddittorietà intrinseca ed estrinseca. Violazione della lex specialis di gara. Violazione dei principi di lealtà e di buona fede”*: la società appellata, pur ammettendo sin dall'avvio dell'istruttoria la sussistenza della facoltà di revisione del prezzo, espressamente riconoscendo la sussistenza di tale facoltà, avrebbe poi contraddittoriamente negato tale possibilità nella conclusione del procedimento; sarebbe inconferente il riferimento al bando tipo n. 1/2021 dell'ANAC, aggiornato a marzo 2022; i dati offerti a riprova dell'aumento dei costi di fornitura, facendo riferimento ai prezzi pubblicati da GME e ai dati pubblicati da ENEA, che sono Autorità pubbliche indipendenti sarebbero stati più che sufficienti; sarebbe dunque errata la sentenza appellata nella parte in cui afferma che la domanda di revisione fosse priva di idonea prova, nel procedimento, delle circostanze suscettibili di determinare la revisione e che non fosse sorretta da dati provenienti da Autorità indipendenti.

4.2. *“Erroneità della sentenza per ultrapetizione e per violazione del divieto di motivazione postuma”*: il Tar avrebbe motivato il rigetto del ricorso utilizzando motivazioni del tutto assenti nel provvedimento e che la società ARIA ha introdotto solamente in sede processuale; la pretesa omessa attivazione della procedura di cui al comma 511 della legge n. 208 del 2015 non sarebbe stata contemplata nel provvedimento impugnato; sarebbe errato il richiamo contenuto nella pag. 8 della sentenza impugnata a un presunto riferimento all'esistenza di circostanze impreviste e imprevedibili, ma né nell'istanza di revisione, né nel ricorso sarebbe mai stata invocata la revisione ai sensi anche dell'art. 106, comma 1, lettera c), del d.lgs. n. 50 del 2016 (nell'istanza di revisione si fa espresso riferimento all'art. 106, comma 1, lettera a), e all'art. 30, comma 8, del predetto decreto legislativo); la stessa critica andrebbe mossa alle motivazioni contenute nella pag. 9 della sentenza appellata, poiché il provvedimento di rigetto dell'istanza non è motivato con una pretesa omessa dimostrazione da parte della società appellante dei maggiori costi sostenuti, bensì esclusivamente con riferimento alla pretesa mancanza di prezzi rilevati da autorità indipendenti; sarebbe parimenti errato in fatto il richiamo contenuto nella sentenza appellata al fatto che la società appellante non avrebbe fornito adeguata prova degli aumenti, poiché il rigetto dell'istanza di revisione non motiva in alcun modo con riferimento alla omessa presentazione di documenti relativi alla specifica fornitura.

4.3. *“Violazione di legge per violazione ed omessa applicazione degli artt. 3, 30, 95 e 97 del D.Lgs. n. 50/2016. Violazione dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Eccesso di potere per difetto di motivazione e per istruttoria insufficiente. Violazione del principio di buon andamento”*: il Tar non avrebbe espresso alcuna motivazione in merito al terzo motivo di ricorso (riprodotto nelle pagg. 20 ss. dell'atto di appello), con conseguente difetto di motivazione della sentenza; anche alla stregua degli artt. 95, comma 12, e 97 del codice dei contratti pubblici, al fine di

assicurare la continuità e non interrompibilità della fornitura (come previsto dal capitolato), la società ARIA, a fronte di una prestazione divenuta in perdita per l'appaltatore, tra l'altro per fatto a lui non imputabile, avrebbe avuto il dovere di procedere alla valutazione circa la revisione del corrispettivo, tenendo conto che una prestazione divenuta in perdita è incompatibile con gli interessi dell'Amministrazione, stante il rischio che non possa essere garantita effettivamente la possibilità di una sua esecuzione, senza soluzione di continuità del servizio, per tutta la durata dell'appalto; il Tar, infine, avrebbe omesso di pronunciarsi anche circa la dedotta illegittimità del comma 4 dell'art. 8 dello schema di convenzione allegato al disciplinare di gara, secondo cui *"I prezzi riportati nei "Corrispettivi" si intendono fissi per tutto il periodo di durata della Convenzione"*, riprodotta nella convenzione e richiamata nel provvedimento impugnato, nonché della previsione di cui all'art. 14 del capitolato, secondo cui *"I prezzi di aggiudicazione sono fissi per tutta la durata contrattuale"*.

4.4. *"Con riferimento alla dedotta violazione di legge per violazione ed omessa applicazione dell'art. 10 bis della legge 7 agosto 1990, n. 241"*: la motivazione con la quale il Tar ha respinto questa censura sarebbe erronea poiché la società ARIA non ha invitato SOL ad alcun incontro in presenza per discutere della questione e poiché il fatto che la stazione appaltante abbia interloquuto con la ricorrente, tramite invio di note istruttorie, non avrebbe eliminato l'obbligo di inviare il prescritto preavviso di rigetto.

5. Si è costituita in giudizio per resistere al proposto appello la società ARIA S.p.a.

6. Alla camera di consiglio del 16 febbraio 2023 la domanda cautelare risulta rinviata al merito.

7. Alla pubblica udienza del 22 giugno 2023 la causa è stata chiamata e assegnata in decisione.

DIRITTO

1. L'appello è solo in parte fondato e può pertanto ricevere un accoglimento parziale, nei limiti di quanto di ragione.

2. È necessario preliminarmente ricondurre la controversia all'interno della sua corretta cornice di inquadramento giuridico, in tal modo sgombrando il campo da alcuni equivoci emersi nella complessa dinamica procedimentale e processuale, che hanno reso inutilmente difficoltosa l'emersione del punto decisivo della causa, dalla cui definizione dipende la soluzione della controversia. A tal fine occorre stabilire i seguenti passaggi logici.

2.1. È ormai incontrovertibile l'ascrizione della lite alla giurisdizione amministrativa esclusiva di cui all'art. 133, lettera e), n. 2, del c.p.a., concernente le controversie relative alla clausola di revisione del prezzo (sul punto vi è un'espressa e motivata statuizione, non contestata, nella sentenza appellata).

2.2. Nonostante talune incertezze o ambiguità lessicali che si rinvergono nella comune giurisprudenza formatasi sul punto (che parla a volte di una pretesa *"discrezionalità"* della parte pubblica del contratto nella decisione sull'*an* della revisione, quasi evocando logiche attinenti all'attribuzione della giurisdizione generale di legittimità, in realtà estranee all'attribuzione della giurisdizione esclusiva), non vi è dubbio sul fatto che la controversia in materia di revisione dei prezzi appartiene per intero alla fase di esecuzione del contratto (salvo alcuni residui profili relativi al principio di immutabilità delle condizioni di gara) e che l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva si giustifica, in deroga al normale criterio di

riparto (che avrebbe determinato senza dubbio l'assegnazione al giudice civile dei contratti), per l'inestricabile intreccio tra diritti soggettivi e interessi legittimi che caratterizza tale blocco di materia (nel quale la "discrezionalità" dell'amministrazione presenta una connotazione affatto particolare, che si avvicina di più alla "discrezionalità" propria dei poteri civilistici del privato contraente nell'esercizio dei suoi diritti potestativi e delle sue facoltà di scelta nell'ambito di un rapporto obbligatorio sinallagmatico di durata che non alla comune "discrezionalità amministrativa", di cui l'amministrazione dispone nell'esercizio dei suoi ordinari poteri autoritativi di cura finale dei suoi compiti istituzionali).

2.3. Tale inquadramento giuridico implica due conseguenze logiche: in primo luogo, la centralità, *in subiecta materia*, del rapporto giuridico tra le parti, che si fonda su un contratto e attiene naturalmente alla sua dinamica esecutiva, trattandosi, in sostanza, di un così detto (possibile) "vizio funzionale del sinallagma", dovuto a sopravvenienze teoricamente capaci di alterarne l'equilibrio economico; in secondo luogo (e di conseguenza), in questa tipologia di controversie è più che mai evidente la necessità che la cognizione del giudice si estenda dall'atto al rapporto, così come, di converso, risulta inappropriato, perché incongruo rispetto alla configurazione della *res litigiosa*, un approccio di tipo puramente impugnatorio incentrato sui vizi formali e procedurali dell'atto, e ciò anche al di là della configurazione della domanda, poiché, anche in questo campo, come è regola generale, non è il *petitum* formale, ma quello sostanziale, incentrato sulla *causa petendi*, che determina il tema della decisione (e il tipo di sindacato del giudice).

2.4. Da tale preliminare chiarificazione deriva la conseguenza che l'oggetto del presente giudizio si individua nella pretesa sostanziale fatta valere dalla società appellante, che ha chiesto, con la sua domanda del 17 dicembre 2021, la revisione dei prezzi previsti dal contratto di fornitura stipulato con la società ARIA.

3. Da questa necessaria chiarificazione preliminare discendono altresì evidenti conseguenze giuridiche nella disamina dell'appello in trattazione.

3.1. Si appalesa in primo luogo non condivisibile – perché irrilevante – la notazione, contenuta nella sentenza appellata, secondo la quale la parte ricorrente non avrebbe proposto una domanda di accertamento della fondatezza della pretesa, atteso che la stessa *causa petendi* che sorregge l'azione è costituita esattamente da tale pretesa, che si innesta nel rapporto di adempimento/esecuzione di un contratto, a fronte di una posizione dell'Amministrazione (in questo caso, peraltro, costituita da una società formalmente di diritto privato, benché in mano pubblica) che è quella non già di un soggetto che esercita poteri autoritativi di esercizio di una funzione discrezionale in senso proprio (di cura diretta e finale di un interesse pubblico), bensì di un soggetto che agisce come controparte contrattuale che cura la provvista di mezzi dell'Amministrazione, agendo *jure gestionis*, esercitando la "discrezionalità" insita nell'autonomia contrattuale della parte che valuta le soluzioni più convenienti tra quelle lecite e legittime a sua disposizione (ancorché nel quadro delle norme pubblicistiche speciali di deroga al codice civile, poste dalla legislazione di settore, che incanalano tale autonomia contrattuale, comunque limitata in quanto espressione di poteri pubblicistici).

3.2. In secondo luogo perdono consistenza, a giudizio del Collegio, in questa più utile logica sostanziale di inquadramento della lite, le contestazioni formali proposte contro il

provvedimento impugnato e contro la sentenza appellata, i cui errori e le cui lacune poco o nulla incidono sulla fondatezza della pretesa azionata. Il ricorso di primo grado – le cui censure sono ampiamente riprese e riproposte in appello – si risolve in definitiva nel contestare il mancato esercizio, da parte della società ARIA, del suo dovere funzionale di istruire in modo partecipato e dialogico la documentata domanda di revisione avanzata dalla ricorrente. Il provvedimento impugnato si limita laconicamente a esporre che *“La Convenzione vigente prevede che i prezzi restino fissi e invariati per tutta la durata contrattuale come consentito dalla previgente normativa. Pur prendendo atto delle vostre articolate deduzioni, a fronte di quanto evidenziato dalla stessa ANAC in particolare nel Bando tipo n.1/2021 aggiornato a marzo 2022 in merito all’applicazione della clausola revisione prezzi per le gare successivamente indette, considerato che non sono emersi elementi incontrovertibili in base ai quali sia comunque possibile far riferimento a prezzi standard rilevati da autorità indipendenti, si deve rigettare l’istanza”*. Ma il Tar ha già rilevato l’invalidità della clausola convenzionale, se letta come preclusiva *a priori* e in assoluto di ogni revisione, ed ha per di più statuito che la società lombarda ha il dovere funzionale di riesaminare la domanda se opportunamente riformulata. Le reiterate e insistenti censure formali-procedurali dedotte dalla società appellante non condurrebbero ad altro che al normale riesercizio della funzione, da parte dell’Amministrazione, senza tuttavia centrare l’obiettivo della definizione di quale sia la possibile base giuridica capace di dare un qualche fondamento sostanziale alla pretesa revisionale fatta valere. Del tutto correttamente, sotto questo profilo, la sentenza appellata, sia pur in modo incompleto, ha posto al centro della sua disamina la lite nella sua consistenza reale, al di là dello schermo formale dell’atto, la cui rilevanza in questo genere di controversie scolora e si dequota ad elemento accessorio e marginale, assumendo preminente rilievo il tema della base fattuale e giuridica della pretesa revisionale avanzata.

3.3. Devono di conseguenza essere respinti, siccome irrilevanti, i diversi motivi di violazione procedurale e formale dedotti dalla parte appellante (tra i quali l’insistita censura di violazione dell’art. 10-*bis* della legge n. 241 del 1990, o il difetto di motivazione), così come appare inutile (e per certi aspetti controproducente, perché distoglie dal centro focale della causa) la analitica contestazione, svolta *passim* nell’atto di appello, di singoli passaggi motivazionali contenuti nella sentenza appellata. In questo contesto, risulta in definitiva che il Tar, non illogicamente, chiamato a decidere nello stesso momento una pluralità di cause indubbiamente simili per il tipo di domanda proposta, ha concentrato l’attenzione sulla sostanza del rapporto controverso, tralasciando le censure che si appuntavano su aspetti meramente procedurali e formali (censure tutte qui peraltro puntualmente viste, esaminate e valutate dal Collegio, ma respinte per le anzidette ragioni). In tal senso deve essere disattesa, in particolare, tra le altre, la contestazione secondo la quale il Tar avrebbe operato una sorta di integrazione postuma della motivazione e sarebbe incorso in una ultrapetizione perché, anziché esaminare e valutare le censure dedotte con riferimento al contenuto e alla motivazione effettivi del provvedimento, avrebbe rigettato il ricorso con riferimento ad elementi del tutto estranei al contenuto del provvedimento e della motivazione.

4. Venendo infine alla trattazione del nucleo sostanziale della causa, occorre partire dal contratto e dalla sua interpretazione e dall’esame della domanda revisionale e dalla risposta negativa fornita dalla società ARIA.

4.1. La società appellante ha chiesto, con la sua domanda del 17 dicembre 2021, rubricata *“Richiesta ex art. 106 co. 1 lett. a) e 30 co. 8 D.Lgs. 50/2016. Riconduzione ad equità delle prestazioni contrattuali”*, la revisione dei prezzi previsti dal contratto di fornitura stipulato in data 19 marzo 2021 con la società ARIA, comunicando alla stazione committente che *“stante l’assoluta criticità della situazione contingente e la sua rapida evoluzione nella direzione del continuo aumento dei costi, in assenza di un Vostro repentino riscontro entro 30 giorni, ci troveremo costretti ad applicare i seguenti contributi straordinari: - Gas medicinali criogenici (Ossigeno liquido e Azoto liquido in serbatoi fissi): 0,32 €/mc - Gas medicinali, puri, scientifici e per laboratorio compressi in bombole e pacchi bombola, Azoto liquido e Ossigeno liquido in contenitori criogenici mobili: 50% del prezzo a contratto - Materiali e ricambistica di rivendita: 20% del prezzo a contratto - Servizi di gestione: 20% delle quote a contratto”*.

4.2. La società ARIA, con la nota in data 19 aprile 2022, qui impugnata, ha respinto la domanda revisionale di parte ricorrente obiettando che *“La Convenzione vigente prevede che i prezzi restino fissi e invariati per tutta la durata contrattuale come consentito dalla previgente normativa. Pur prendendo atto delle vostre articolate deduzioni, a fronte di quanto evidenziato dalla stessa ANAC in particolare nel Bando tipo n.1/2021 aggiornato a marzo 2022 in merito all’applicazione della clausola revisione prezzi per le gare successivamente indette, considerato che non sono emersi elementi incontrovertibili in base ai quali sia comunque possibile far riferimento a prezzi standard rilevati da autorità indipendenti, si deve rigettare l’istanza”*.

4.3. L’art. 8 della convenzione stabiliva che *«Tutti i predetti corrispettivi sono stati determinati a proprio rischio dal Fornitore in base ai propri calcoli, alle proprie indagini, alle proprie stime, e sono, pertanto, fissi ed invariabili indipendentemente da qualsiasi imprevisto o eventualità, facendosi carico il Fornitore di ogni relativo rischio e/o alea, ivi incluso quello relativo all’adempimento e/o ottemperanza di obblighi ed oneri derivanti al Fornitore medesimo dall’esecuzione dei Contratti di Fornitura e delle eventuali Richieste di Consegna e dall’osservanza di leggi e regolamenti, nonché dalle disposizioni emanate o che venissero emanate dalle competenti autorità. 4) I prezzi riportati nei “Corrispettivi” si intendono fissi per tutto il periodo di durata della Convenzione, anche prorogata, e dei singoli Contratti di Fornitura ferma restante la facoltà di aggiornamento previste dal codice degli appalti. 5) Il Fornitore non potrà vantare diritto ad altri compensi, eccezion fatta per eventuali adeguamenti, revisioni o aumenti dei corrispettivi in coerenza con quanto indicato nella documentazione di gara»*. Inoltre, l’art. 22, comma 3, della convenzione richiamava espressamente l’art. 106, comma 1, lettera a), del codice dei contratti pubblici (*“In ottemperanza alle disposizioni di cui all’art. 106, comma 1 lett. a) – ultimo periodo – del D.Lgs. 50/2016, resta salva l’applicazione, nella presente Convenzione, delle disposizioni di cui all’art. 1, comma 511, della L. n. 208/2015”*),

4.4. Il Tar ha ritenuto, in *obiter dictum*, di acclarare la nullità del citato art. 8 della convenzione, nella parte in cui esclude ogni revisione del corrispettivo, *“per contrarietà alla disciplina di legge imperativa (art. 106 comma 1 lettera a) del codice dei contratti pubblici) che fa salvi, per i contratti stipulati dai soggetti aggregatori (quale è Aria Spa) l’applicazione dell’art. 1 comma 511 della legge n. 208/2015”*. Il Tar ha quindi respinto il ricorso ritenendo che la fattispecie fosse regolata dalla predetta norma introdotta dall’art. 1, comma 511, della legge n. 208 del 2015, richiamata e fatta salva dall’art. 106, comma 1, lettera a), del codice dei

contratti pubblici, e che la società richiedente non avesse soddisfatto, nella sua domanda, le condizioni poste dalla riferita disciplina speciale.

4.5. La parte appellante ha sostenuto che, per via del rinvio al codice degli appalti contenuto nel comma 4 dell'art. 8 della convenzione, la revisione dei corrispettivi doveva ritenersi ammessa per tutti i casi previsti dall'art. 106 del predetto codice (*“diversamente rispetto a quanto erroneamente ha ritenuto il TAR, non è vero che la convenzione escludesse ogni revisione, risulta, invece, per tabulas, che la convenzione faceva espressamente salva la facoltà di revisione del prezzo; pertanto, era fondata la censura dedotta in primo grado da SIAD rispetto a tale profilo della motivazione contenuta nel provvedimento di rigetto”*).

5. Si perviene in tal modo alla trattazione del punto decisivo della controversia, rispetto al quale saggiare la tenuta della sentenza appellata. Punto decisivo che si risolve nella domanda di quale sia la base giuridica idonea a fondare e a disciplinare la pretesa revisionale per cui è causa.

6. In disparte le questioni nominalistiche, circa la validità del (o il grado o tipo di invalidità che inficerebbe il) citato art. 8 della convenzione tra le parti, costituisce un dato di certa rilevanza la contraddittorietà intrinseca nella clausola convenzionale *de qua* e la sua inidoneità a fornire una disciplina chiara, esaustiva e autoapplicativa della dinamica disfunzionale del sinallagma. Occorre dunque ricercare quale debba o possa essere la diversa base giuridica in questione, al di là del dato letterale del contratto tra le parti.

7. A tal fine è utile premettere alcune considerazioni di carattere generale sul quadro giuridico vigente al momento della conclusione della convenzione.

7.1. Nella materia della revisione dei prezzi nei contratti di appalto di lavori e di servizi e nei contratti di fornitura ha sempre operato la clausola di specialità dei rapporti con le pubbliche amministrazioni, di talché i normali parametri normativi (di cui agli artt. 1467 ss., 1664, 1677, *etc.*, del codice civile) di regola non operano nei predetti rapporti obbligatori, che sono invece disciplinati, sotto questo profilo, da norme speciali *ad hoc*, che tendenzialmente, peraltro, tendono a restringere il margine di scelta “discrezionale” dell'amministrazione committente, vincolandola variamente a stringenti e ben definiti presupposti sostanziali e procedurali (posti per lo più a tutela dell'economicità dell'azione amministrativa e per ragioni di controllo della spesa pubblica, nonché, guardando al profilo eurounitario, per ragioni di tutela della concorrenza e del mercato).

7.2. L'istituto della revisione dei prezzi – tipica “clausola esorbitante” rispetto al comune diritto contrattuale dei privati – ha attraversato negli ultimi decenni una fase di “crisi” ed è stato sottoposto a forti critiche per la sua incidenza negativa sull'andamento dei costi gestionali delle amministrazioni, fino al punto da essere notevolmente ridimensionato nel suo ambito applicativo. Per gli appalti di servizi e forniture a esecuzione periodica o continuativa l'art. 44, commi 4 e 6, della legge 23 dicembre 1994, n. 724 prevedeva una revisione periodica dei prezzi sulla base di un'istruttoria condotta dalla stazione appaltante tenendo conto dei prezzi di mercato rilevati dall'Istat, meccanismo poi confermato dall'art. 115 del d.lgs. n. 163 del 2006, che prevedeva l'obbligatorio inserimento nei contratti a esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture di una clausola di revisione periodica del prezzo che tenesse conto dei costi standardizzati per tipo di servizi e fornitura. Il codice del 2016, invece, si è limitato,

nell'art. 106, a facoltizzare l'inserimento della previsione nei documenti di gara, ma solo a condizione che la modifica del contratto durante il suo periodo di efficacia non fosse tale da alterare le condizioni della gara, dovendo altrimenti essere esperita una nuova procedura di affidamento. Solo di recente, sull'onda della crisi pandemica e della forte impennata dei costi dell'energia e delle materie prime per la guerra in Ucraina, l'istituto è stato reintrodotta con numerose norme speciali (contenute per lo più nella decretazione d'urgenza e nelle ultime leggi annuali di bilancio). Il nuovo codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. codice del 2023, lo ha nuovamente ammesso a sistema (art. 60: "1. Nei documenti di gara iniziali delle procedure di affidamento è obbligatorio l'inserimento delle clausole di revisione prezzi").

7.3. La logica del d.lgs. n. 50 del 2016, vigente al tempo dell'adozione dell'atto qui impugnato, era quella di evitare che la clausola revisionale potesse alterare in modo sostanziale il contratto riflettendosi negativamente sulla effettività delle condizioni concorrenziali della gara esperita, sicché la regola generale era il divieto di clausola revisionale salvi i casi derogatori tassativamente previsti, nei quali fosse possibile una revisione "senza una nuova procedura di affidamento", a condizione che tale revisione non apportasse "modifiche che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro". La norma del 2016, infatti, si raccorda al diritto dell'Unione europea che, a tutela della concorrenza, limita i meccanismi di revisione dei prezzi degli appalti pubblici per evitarne i potenziali effetti elusivi del meccanismo della gara pubblica (art. 72 della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014; Corte di Giustizia 19 giugno 2008, C454/06, 17 settembre 2016, C-549/14, 19 aprile 2018, causa C-152/17). Trattandosi di norma derogatoria del principio della gara, non ne è consentita un'interpretazione analogica ed estensiva (come è del resto esplicitato dalla disposizione contenuta nel comma 6 dell'art. 106: "Una nuova procedura d'appalto in conformità al presente codice è richiesta per modifiche delle disposizioni di un contratto pubblico di un accordo quadro durante il periodo della sua efficacia diverse da quelle previste ai commi 1 e 2").

8. Ciò premesso, emerge in primo luogo – contrariamente a quanto sostenuto dal primo giudice, la cui statuizione sul punto va dunque riformata - la non applicabilità alla fattispecie dell'art. 106, comma 1, lettera a), del codice dei contratti pubblici, e ciò in primo luogo perché non sussiste il presupposto di base per l'applicabilità di tale disposizione, costituito dalla previsione delle modifiche contrattuali "nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili". Nel caso in esame, come detto, tali clausole chiare, precise e inequivocabili mancano anche nella convenzione stipulata all'esito della procedura selettiva, sicché l'applicazione della previsione normativa in esame, nella fattispecie, si tradurrebbe inevitabilmente in una violazione del principio di immodificabilità delle condizioni di gara, che ispira per intero la disciplina del codice del 2016 in materia di modifiche successive del contratto.

8.1. La non applicabilità alla fattispecie della predetta previsione e del connesso rinvio all'art. 1, comma 511, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, per i contratti relativi a servizi o forniture stipulati dai soggetti aggregatori, deriva altresì dalla dubbia consistenza delle forniture (gas medicali) oggetto del contratto della cui revisione si tratta, la cui natura di "beni indifferenziati" risulta quanto meno incerta (il predetto comma 511, infatti, prevede la

revisione dei prezzi per i contratti pubblici relativi a servizi e forniture ad esecuzione continuata o periodica stipulati da un soggetto aggregatore solo a condizione che *“la clausola di revisione e adeguamento dei prezzi sia collegata o indicizzata al valore di beni indifferenziati”*).

8.2. Né può ipotizzarsi che la clausola contenuta nel già menzionato art. 22 della convenzione (*“In ottemperanza alle disposizioni di cui all’art. 106, comma 1 lett. a) – ultimo periodo – del D.Lgs. 50/2016, resta salva l’applicazione, nella presente Convenzione, delle disposizioni di cui all’art. 1, comma 511, della L. n. 208/2015”*) possa consentire, su base contrattuale volontaria, un’estensione dell’ambito applicativo della normativa speciale suddetta, la quale, in quanto speciale e derogatoria, riveste sicuramente natura imperativa e non dispositiva, come tale non derogabile per via contrattuale.

8.3. Esclusa l’applicabilità, quale parametro normativo di riferimento, della lettera a) del comma 1 dell’art. 106 del codice dei contratti pubblici, cadono, siccome infondate, le obiezioni sollevate dalla società ARIA in ragione del mancato soddisfacimento, nella domanda della società richiedente, delle condizioni previste dalla norma in questione (in particolare, per la mancata acquisizione del parere dell’Autorità di regolazione di settore o, in mancanza, dell’AGCM). Risulta di conseguenza da emendare la sentenza appellata nella parte in cui ha aderito a tale impostazione e ha respinto i motivi di doglianza al riguardo formulati dalla società ricorrente.

9. La società appellante ha invero (sia pur del tutto indirettamente) ipotizzato la possibilità di fondare la propria pretesa revisionale sulle altre fattispecie pure previste dal predetto art. 106. La norma, infatti, oltre al caso ora detto (che prescinde dal valore monetario delle modifiche, ma richiede che siano state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili collegate o indicizzate al valore di beni indifferenziati ed è subordinato all’accertamento della variazione del prezzo complessivo - in misura non inferiore al 10 per cento e tale da alterare significativamente l’originario equilibrio contrattuale - da parte dell’ *“autorità indipendente preposta alla regolazione del settore relativo allo specifico contratto ovvero, in mancanza, [dell’] Autorità garante della concorrenza e del mercato”*), contempla anche i seguenti, ulteriori casi: nella lettera b), il caso di lavori, servizi o forniture supplementari (caso non riferibile alla vicenda in esame); nella lettera c) il caso della modifica *“determinata da circostanze impreviste e imprevedibili”* (con la precisazione che in tale evenienza *“le modifiche all’oggetto del contratto assumono la denominazione di varianti in corso d’opera”* e con l’indicazione esemplificativa della *“sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti”*); nella lettera d) il caso del nuovo contraente (caso anch’esso non riferibile alla vicenda in esame); nella lettera e) il caso delle modifiche non sostanziali ai sensi del comma 4 (ossia modifiche che non introducono *“condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d’appalto iniziale, avrebbero consentito l’ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l’accettazione di un’offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione”* e che non cambiano *“l’equilibrio economico del contratto o dell’accordo quadro a favore dell’aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale”*); nel comma 2 il caso, infine, di modifiche contrattuali *“se il valore della modifica è al di sotto di entrambi i seguenti valori: a) le soglie fissate all’articolo 35; b) il 10 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi e forniture sia nei settori ordinari che speciali”*

ovvero il 15 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori sia nei settori ordinari che speciali”.

10. La semplice lettura delle sopra riportate disposizioni dimostra che l'unico spazio applicativo utile per la fattispecie qui dedotta potrebbe rinvenirsi nella previsione del comma 2 dell'art. 106.

10.1. Non può infatti trovare accoglimento il riferimento all'ipotesi di cui alla lettera c) del comma 1 dell'art. 106 perché, come di recente posto in luce dalla condivisibile giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. IV, 31 ottobre 2022, n. 9426, di conferma di Tar Lombardia, sezione staccata di Brescia, 10 marzo 2022, n. 239), «Mentre la lettera a) prende in esame e disciplina le “variazioni dei prezzi e dei costi standard” e risulta dunque immediatamente attinente alla fattispecie concreta, la lettera c) fa testuale ed espresso riferimento a quelle “modifiche dell'oggetto del contratto” che si correlano alle “varianti in corso d'opera”», che «sono quelle modifiche che riguardano l'oggetto del contratto sul versante dei lavori da eseguire, (arg. da Cons. Stato Sez. II, 28 agosto 2020, n. 5288; Sez. V, 02 agosto 2019, n. 5505; Sez. VI, 19 giugno 2017, n. 2969; ma, in linea generale, nulla preclude di riferire la disciplina in questione anche alle forniture da erogare o ai servizi da svolgere) . . . Le modifiche dell'oggetto del contratto sul versante del corrispettivo che l'appaltatore va a trarre dall'esecuzione del contratto vanno invece sussunte nell'ambito della fattispecie di cui alla lettera a), che disciplina gli aspetti economici del contratto con testuale riferimento alle “variazioni dei prezzi e dei costi standard”». Nel caso di specie in esame, infatti, non vi è alcuna modifica dell'oggetto del contratto e non si può certo parlare di varianti in corso d'opera.

10.2. Resta da valutare il caso contemplato dal comma 2 dell'art. 106 (in base al quale i contratti possono parimenti essere modificati senza necessità di una nuova procedura se il valore della modifica è al di sotto delle soglie fissate all'articolo 35 e del 10 per cento del valore iniziale del contratto). Orbene, ritiene il Collegio che tale ipotesi – contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice – sia in astratto applicabile al contratto di fornitura oggetto di lite. Essa, tuttavia, non è applicabile in concreto nel caso specifico oggetto di causa, atteso che la società appellante ha chiesto nella sua domanda di revisione incrementi notevolmente superiori ai limiti posti dal predetto comma 2. In questo senso, l'appello merita un accoglimento solo parziale, con riforma della sentenza gravata nella parte in cui ha negato in assoluto l'applicabilità del predetto comma 2 al contratto oggetto di causa, ma nei limiti della riconosciuta facoltà della parte di rimodulare opportunamente la sua richiesta, nei termini anzidetti, e non anche nel senso della fondatezza della sua pretesa a conseguire i maggiori aumenti come effettivamente richiesti. In altri e più espliciti termini, la domanda revisionale, così come formulata dalla società ricorrente, in quanto esorbitante dai limiti di cui al comma 2 dell'art. 106, andava comunque respinta, sia pur con una diversa motivazione. Essa potrà in ogni caso essere correttamente riproposta, nei limiti dei termini prescrizionali desumibili dal diritto comune dei contratti.

10.2.1. La parziale fondatezza dell'appello, nei termini ora detti, non comporta, di conseguenza, l'accoglimento del ricorso di primo grado e l'annullamento della nota ivi impugnata, atteso che, come sopra chiarito, il diniego opposto dalla società ARIA resta comunque giustificato in ragione della predetta esorbitanza della domanda revisionale rispetto ai limiti quantitativi posti dal richiamato comma 2 dell'art. 106 (risultando, deve

ripetersi, del tutto influente sul piano sostanziale la critica formale della motivazione addotta, data la natura della lite e la consistenza delle contrapposte situazioni giuridiche soggettive fatte valere). La società ricorrente, pertanto, potrà, sulla base della presente sentenza, riproporre la domanda revisionale curando di inquadrarla e di dimensionarla correttamente entro i predetti limiti del comma 2 dell'art. 106 del d.lgs. n. 106 del 2016.

10.3. Per mera completezza di esame della fattispecie, rileva infine il Collegio che non potrebbe comunque trovare applicazione nel caso dedotto la previsione della lettera e) dell'art. 106, ossia il caso delle modifiche non sostanziali ai sensi del comma 4, posto che, in tutta evidenza, le modifiche richieste dalla società ricorrente sono senz'altro "sostanziali" agli effetti predetti, poiché idonee a introdurre "condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito . . . l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione" e a cambiare "l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale".

11. La parte appellante ha poi insistito nel giudicare sufficienti le proprie produzioni procedurali e nel criticare il provvedimento e la sentenza qui gravata per non aver ritenuto prova sufficiente quanto sarebbe risultato "sia dalle quotazioni ufficiali pubblicate da GME sia dalle bollette prodotte in giudizio da SOL, . . . che mentre fino al momento di sottoscrizione della convenzione il costo dell'energia al MW/h pagato da SOL oscillava intorno ai 70 euro, invece, a dicembre 2021, ossia nel periodo in cui è stata presentata l'istanza, il costo pagato da SOL era già salito ad euro 266 e ad aprile 2022, ossia nel momento in cui è stata rigettata l'istanza, il costo pagato da SOL era salito ad euro 310". Ma tale parte del ricorso in appello si appalesa irrilevante nella presente sede, atteso che, una volta esclusa l'applicabilità, nella fattispecie, dell'art. 1, comma 511, della legge n. 208 del 2015, richiamato dalla lettera a) del comma 1 dell'art. 106 del codice dei contratti pubblici, e una volta acclarata l'applicabilità al rapporto convenzionale in discorso della sola ipotesi revisionale di cui al comma 2 del predetto art. 106, esula dall'oggetto di questo giudizio la valutazione, ai fini dell'applicabilità di tale ultima previsione, che dovrà essere richiesta dalla società appellante con una nuova domanda, dell'idoneità probatoria delle intervenute variazioni dei prezzi dei mezzi documentali e informativi prodotti nel procedimento (e richiamati dalla ricorrente nei due gradi di giudizio), mezzi documentali che dovranno essere esaminati e valutati secondo correttezza e buona fede dalla società convenuta qui appellata.

12. Caduto il riferimento alla lettera a) del comma 1 dell'art. 106 del codice dei contratti pubblici, restano irrilevanti e influenti sull'esito della causa i rilievi, svolti nell'atto di appello, circa la oggettività e la valenza probatoria dei dati forniti dalla società GME S.p.a., dall'Enea o dall'Istat in ordine all'aumento dei prezzi, offerti dalla società ricorrente a corredo della domanda revisionale, così come le pure prospettate tematiche relative alla natura giuridica e al ruolo del GME o dell'Enea e dell'Istat, etc.

13. Sono parimenti da respingere le contestazioni proposte nel terzo motivo di appello in ordine alla omessa pronuncia del Tar in merito al terzo motivo di ricorso (riprodotto nelle pagg. 24 ss. dell'atto di appello), con conseguente difetto di motivazione della sentenza. Anche in questo caso, il richiamo generico degli artt. 95, comma 12, e 97 del codice dei contratti pubblici, nonché dei principi di corrispettività e del titolo oneroso del contratto di

fornitura, risulta privo di ogni possibile incidenza utile sulla fondatezza della pretesa revisionale della parte e sull'accogliibilità della sua domanda. L'assorbimento di tale prospettazioni da parte del primo giudice è del tutto comprensibile e non ha determinato nessuna incidenza negativa sull'esito della causa. Infondata si appalesa infine la censura di omessa pronuncia circa la dedotta illegittimità del comma 4 dell'art. 8 dello schema di convenzione allegato al disciplinare di gara, dichiarato in realtà nullo dal Tar.

13.1. Né, in conclusione, può ritenersi che l'esito del giudizio, così come definito in base alla suesposta motivazione, conduca a risultati iniqui, ingiustamente incidenti sull'equilibrio economico delle parti contrattuali (addirittura incidendo sulla natura corrispettiva e sul titolo oneroso del contratto di fornitura). La società ricorrente, infatti, oltre a giovare (sussistendone i presupposti) degli aiuti e dei sostegni economici e finanziari erogati dallo Stato con la surrichiamata decretazione d'urgenza (ad es., i contributi pubblici per l'acquisto dell'energia elettrica in favore delle imprese energivore di cui al decreto-legge n. 115 del 2022, così detto "Decreto Aiuti *bis*", che prevede un credito di imposta del 25 per cento per le spese sostenute per la componente energetica acquistata), potrà, come detto, domandare l'applicazione dell'ipotesi revisionale del comma 2 dell'art. 106 citato, ancorché nei limiti quantitativi ivi previsti.

14. La novità delle questioni trattate e l'esito di parziale accoglimento dell'appello giustificano l'integrale compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Terza, definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe indicato, lo accoglie in parte, nei limiti e sensi e con gli effetti di cui in motivazione.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Paolo Carpentieri, Consigliere, Estensore

Stefania Santoleri, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

TAR Marche – Ancona, sez. I, 27 maggio 2023, n. 325 (Pres. Giuseppe Daniele)

Cause di esclusione non automatica – Art. 95 D.Lgs. n. 36/2023 – Rilevanti indizi – Offerte operatori economici – Unico centro decisionale – Accordo collusivo – Accertamento.

La nuova disposizione del D.Lgs. n. 36/2023 che disciplina la fattispecie (art. 95, comma 1, let. d), il quale prevede che, ai fini della presente causa di esclusione, debbono “...sussistere rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte degli operatori economici siano imputabili ad un unico centro decisionale a cagione di accordi intercorsi con altri operatori economici partecipanti alla stessa gara...” non potrà verosimilmente essere interpretata nel senso che la stazione appaltante deve provare l’esistenza, oltre ogni ragionevole dubbio, dell’accordo collusivo, perché si tratterebbe di un onere inesigibile, salvo in casi in cui l’esistenza dell’accordo non sia stato già accertato in sede giudiziaria o in un procedimento antitrust o risulti dal casellario tenuto dall’A.N.A.C.

N. 00325/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00703/2022 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche
(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 703 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Sandoz S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesca Libanori e Caterina Menon, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Sanitaria Unica Regionale delle Marche, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marisa Barattini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Regione Marche, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Laura Simoncini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'Avvocatura Regionale, in Ancona, piazza Cavour, 23;

nei confronti

Accord Healthcare Italia S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della determina del Direttore Generale ASUR n. 704 del 14/11/2022 trasmessa con comunicazione Prot. N. 39605 del 17/11/2022 ai sensi dell'articolo 76, comma 5, lettera a) e b) del Decreto Legislativo n. 50/2016, di esclusione della ricorrente dai Lotti n. 32 e 33 dell'Appalto Specifico (IV Edizione) avente ad oggetto l'affidamento della fornitura di n. 41 principi attivi necessari agli Enti del S.S.R. ASUR, AOU Ospedali Riuniti Ancona, AO Ospedali Riuniti Marche Nord, INRCA, nell'ambito del Sistema Dinamico di Acquisizione della Pubblica Amministrazione;

- della comunicazione di avvio del procedimento di esclusione, prot. 3587 del 18/10/2022

- nonché di ogni altro atto, verbale di seduta, provvedimento e comportamento presupposto, connesso o consequenziale all'atto impugnato ancorché non conosciuti, ivi compresi, in particolare, gli atti relativi all'istruttoria compiuta per la redazione dei provvedimenti impugnati, l'ammissione e la valutazione delle offerte, relativamente ai lotti di interesse

per l'accertamento

del diritto della ricorrente di partecipare alla procedura di gara offrendo i farmaci dalla stessa commercializzati oggetto dei Lotti n. 32 e 33 a base del principio attivo "Micofenolato",

nonché

- per la riammissione della ricorrente alla procedura di gara de qua con riferimento specifico ai Lotti n. 32 e 33,

nonché

- per il risarcimento e/o l'indennizzo di tutti i danni subiti dalla ricorrente

e

- ove occorra, per la dichiarazione di inefficacia e il subentro nel contratto, ove nel frattempo stipulato da parte di un terzo;

per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati da Sandoz S.p.A. il 9 febbraio 2023:

- della determina del Direttore Generale ASUR n. 704 del 14/11/2022 di esclusione della ricorrente dai lotti n. 32 e 33 della procedura avente ad oggetto l'affidamento della fornitura di n. 41 principi attivi, avviata con Determina del Direttore Generale ASUR n. 442 del 23/06/2022, trasmessa con comunicazione Prot. N. 39605 del 17/11/2022 ai sensi dell'articolo 76, comma 5, lettera a) e b) del Decreto Legislativo n. 50/2016;

- della comunicazione di avvio del procedimento di esclusione, prot. 3587 del 18/10/2022;

anche

- della determina del Commissario straordinario ASUR n. 960 del 30/12/2022, con relativa tabella allegata, comunicata in data 17 gennaio 2023 di aggiudicazione della gara avviata con Determina del Direttore Generale ASUR n. 442 del 23/6/2022;

- nonché di ogni altro atto, verbale di seduta, provvedimento e comportamento presupposto, connesso o consequenziale all'atto impugnato ancorché non conosciuti, ivi compresi, in particolare, gli atti relativi all'istruttoria compiuta per la redazione dei provvedimenti impugnati, l'ammissione e la valutazione delle offerte, relativamente ai lotti di interesse

per l'accertamento

del diritto della ricorrente di partecipare alla procedura di gara offrendo i farmaci dalla stessa commercializzati oggetto dei Lotti n. 32 e 33 a base del principio attivo "Micofenolato",

nonché per la condanna

di ASUR Marche alla riedizione della gara *de qua* con riferimento specifico ai Lotti n. 32 e 33 o, in via subordinata, al risarcimento dei danni patiti dalla ricorrente per effetto del suo operato, in forma specifica o, in ulteriore subordine, per equivalente, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con gli aggiudicatari dei Lotti n 32 e 33.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Marche e dell'Azienda Sanitaria Unica Regionale delle Marche;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 maggio 2023 il dott. Tommaso Capitanio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La presente controversia è insorta nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica indetta dall'A.S.U.R. Marche, in qualità di soggetto aggregatore della Stazione Appaltante Unica Regionale, per la fornitura di 41 principi attivi necessari agli enti del S.S.R. (la stessa A.S.U.R., l'A.O.U. "Ospedali Riuniti" di Ancona, l'A.O. "Ospedali Riuniti Marche Nord" e l'I.N.R.C.A.), nell'ambito del Sistema Dinamico di Acquisizione della P.A., ed essa riguarda, in particolare i lotti nn. 32 e 33 della fornitura.

Sandoz S.p.A. ha partecipato alla gara anche per i suddetti lotti (i quali avevano ad oggetto la fornitura del principio attivo "Micofenolato"), dichiarando di essere soggetta a controllo societario da parte di altra società (Novartis Farma S.p.A.), anch'essa partecipante alla procedura per i medesimi lotti.

2. La stazione appaltante, preso atto di tale dichiarazione, ha comunicato a Sandoz il preavviso di esclusione, invitandola a presentare entro dieci giorni le proprie controdeduzioni.

L'odierna ricorrente, in data 27 ottobre 2022, ha trasmesso all'A.S.U.R. un'ulteriore dichiarazione a firma del medesimo procuratore che aveva sottoscritto la domanda di partecipazione, nella quale si spiega che, in base all'organizzazione della società, le offerte dalla stessa presentata nella gara in questione non possono essere ritenute il frutto di alcun

accordo lesivo della concorrenza, non esistendo l'unicità del centro decisionale con la controllante Novartis Farma.

L'A.S.U.R. Marche ha però ritenuto insufficienti tali giustificazioni ed ha escluso sia Novartis Farma (per non aver reso la dichiarazione circa l'esistenza della situazione di controllo), sia Sandoz, evidenziando, con riguardo a quest'ultima, la parziale sovrapposizione dei componenti di alcuni organi societari - in particolare del C.d.A., dell'Organismo di Vigilanza e del Collegio Sindacale - con gli omologhi organi di Novartis Farma.

3. Con il ricorso introduttivo e il successivo atto di motivi aggiunti, Sandoz ha impugnato la propria esclusione e la successiva aggiudicazione dei due lotti in favore di Accord Healthcare Italia S.r.l., esponendo in punto di fatto quanto segue.

3.1. Essa ricorrente è una società che opera nella commercializzazione in Italia di medicinali generici e biosimilari e che fa parte del Gruppo multinazionale svizzero Novartis, costituendo quella che in senso atecnico viene definita come la "divisione genericista". Dal punto di vista della struttura legale del Gruppo, Sandoz non è una divisione di una qualche affiliata del Gruppo medesimo, ma è una società distinta, del tutto indipendente e autonoma, le cui azioni sono detenute al 100% da un'altra società italiana del Gruppo, ovverosia Novartis Farma S.p.A., come attesta la visura della CCIAA di Varese, nel cui circondario Sandoz ha la sede legale.

Il Consiglio di Amministrazione di Sandoz è composto da tre consiglieri e, al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara indetta dall'A.S.U.R., erano in carica il dott. Flavio Caruso, Presidente del C.d.A., il dott. Ovidio D'Ovidio, consigliere, e il dott. Vivek Devaraj, nominato amministratore delegato. Quest'ultimo è stato, fino al 30 novembre 2022, il *Country Head* di Sandoz S.p.A., ruolo a cui fanno capo, da un punto di vista operativo e gerarchico interno, tutte le funzioni della società. Anche dopo il 30 novembre 2022 la situazione è rimasta invariata, essendo stato nominato quale amministratore delegato, fino alla nomina del nuovo *Country Head*, l'attuale direttore finanziario di Sandoz S.p.A., il dott. Matteo Rinaldi.

3.2. Nell'ambito del C.d.A., dunque, gli ampi poteri relativi alla gestione della società italiana sono attribuiti ad un solo A.D., dipendente di Sandoz S.p.A. e funzionalmente collegato alla affiliata europea a capo del *cluster* di riferimento a cui appartiene l'odierna ricorrente (al riguardo, in allegato n. 5 al ricorso, è stato prodotto l'organigramma societario).

Da ciò discende che, anche da un punto di vista del diritto societario, l'assetto conferito a Sandoz prevede l'esistenza di un organo amministrativo collegiale costituito da due rappresentanti del socio unico e da un dipendente di Sandoz, il quale si trova in una posizione apicale della società. Il C.d.A., in piena concordanza con quanto previsto dall'art. 2381 c.c., nonché dallo Statuto della società, ha delegato tutti i poteri gestori ad un unico amministratore, che è dipendente e dirigente di Sandoz S.p.A.

Le strategie commerciali della società vengono quindi stabilite sulla base del controllo funzionale che il *Country Head* (amministratore delegato), nonché la società a capo del *cluster* di appartenenza di Sandoz, esercitano su quest'ultima.

Per ciò che rileva nel presente giudizio, la strategia di partecipazione agli appalti pubblici non fa ovviamente eccezione al meccanismo di *governance* interna appena descritto. Più nello specifico, la funzione interna competente alla valutazione circa la partecipazione alle procedure di affidamento di pubbliche commesse appartiene all'unità aziendale denominata "*Biopharma and Hospital*", il cui responsabile (al momento, il dott. Eugenio Rossi) risponde direttamente e unicamente all'A.D. di Sandoz.

3.3. Con riguardo alla presente procedura, essa ricorrente ha partecipato per i lotti nn. 32 e 33, aventi ad oggetto il principio attivo "*Micofenolato*" (nello specifico, per il lotto n. 32 era richiesta la fornitura di compresse orali da 360 mg, per il lotto n. 33 di compresse orali da 180 mg, nei quantitativi presunti indicati dalla *lex specialis*).

Essa ricorrente commercializza in Italia dai primi mesi dell'anno 2022, in qualità di rappresentante per l'Italia della propria consociata Sandoz A/S, il medicinale generico dal nome commerciale "*Ceptava*", a base di acido mico-fenolico. Si tratta di un medicinale immunosoppressore, indicato in associazione con ciclosporina e corticosteroidi, per la profilassi del rigetto acuto, in pazienti adulti che ricevono un trapianto allogenico di rene, autorizzato con determina AIFA n. 1404 del 28 luglio 2017, in base alla procedura semplificata riservata ai medicinali generici di cui all'art. 10, comma 1, del D.Lgs. n. 219/2006. Il prezzo *ex factory* negoziato con AIFA ai fini della rimborsabilità e classificazione in classe A è di € 49,31 per entrambi i dosaggi richiesti nella presente gara. "*Ceptava*" è l'equivalente del medicinale di riferimento (c.d. originatore) conosciuto con il nome commerciale "*Myfortic*", commercializzato in Italia da Novartis Farma S.p.A. e autorizzato nel 2005 con AIC n. 36511035 (dosaggio 180 mg) e n. 36511069 (dosaggio 360 mg), anch'esso inserito nella classe A ai fini della rimborsabilità da parte del SSN. Sul mercato, oltre a "*Ceptava*", sono disponibili altri medicinali generici, fra i quali il prodotto "*Acido Micofenolico Accord*" (AIC 43305034 per il dosaggio 180 mg e 43305061 per il dosaggio 360 mg), di titolarità della società Accord Healthcare S.L.U. e commercializzato in Italia dalla società Accord Healthcare Italia S.r.l., anch'esso rimborsato dal SSN in classe A.

Anche Accord Healthcare Italia nella presente gara ha formulato offerta per i lotti 32 e 33.

3.4. In sede di domanda di partecipazione, Sandoz ha lealmente reso la dichiarazione relativa all'esistenza di un rapporto di controllo *ex art. 2359 c.c.* con Novartis Farma S.p.A., precisando però che tale rapporto non integra la fattispecie di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. m), del D.Lgs. n. 50/2016, non essendo rinvenibile nella specie l'esistenza di un unico centro decisionale tra le due società. Questo anche, e soprattutto, in forza della struttura di *governance* interna dianzi descritta, che prevede la netta distinzione e segregazione tra le funzioni addette alle decisioni sulla partecipazione alle procedure di affidamento pubbliche e la formulazione delle offerte.

A seguito della comunicazione del preavviso di esclusione, essa ricorrente ha inoltrato un'ulteriore dichiarazione in cui ribadiva la propria posizione, integrava le informazioni fornite e aggiungeva di non essere a conoscenza della partecipazione alla procedura di altro soggetto con il quale sussiste un rapporto di controllo *ex art. 2359 c.c.*

In data 17 novembre 2022 essa ricorrente riceveva la comunicazione della stazione appaltante circa l'esclusione dalla gara, adottata con determinazione del D.G. n. 704/ASURDG del 14 novembre 2022.

Successivamente, la stazione appaltante ha aggiudicato i lotti in parola all'unico concorrente rimasto in gara, ossia Accord Healthcare Italia.

4. Queste le censure complessivamente articolate da Sandoz nel mezzo introduttivo e nell'atto di motivi aggiunti.

4.1. Eccesso di potere per travisamento, erronea valutazione dei fatti e carenza di istruttoria, illogicità e contraddittorietà della motivazione, in relazione alla ritenuta sussistenza della clausola di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, let. m), del D.Lgs. n. 50/2016.

Con il primo motivo del mezzo introduttivo, reiterato nell'atto di motivi aggiunti, Sandoz evidenzia che:

- l'impugnata esclusione è basata su una erronea valutazione dei fatti, con riguardo alla ritenuta sussistenza di un unico centro di interesse tra le società Sandoz S.p.A. e la controllante Novartis Farma S.p.A. La stazione appaltante ha dedotto la sussistenza della causa di esclusione tenendo in considerazione soltanto la struttura delle due società (quale risulta dai documenti allegati nn. 1, 2 e 3 al ricorso), evidenziando nello specifico che *"Dall'esame dei documenti prodotti risulta che i soggetti titolari di cariche sono i medesimi per le due società: il dott. Flavio Caruso ed il dott. Ovidio D'Ovidio – rispettivamente Presidente del CdA/Consigliere e Consigliere/Procuratore della Sandoz Spa – rivestono entrambi il ruolo di Consigliere nel CdA della Novartis Farma Spa; il dott. Sergio Pennuto, sindaco supplente nella Sandoz è al contempo Presidente del Collegio Sindacale e membro dell'OIV della Novartis Farma Spa. Il dott. Maurizio Mirandola ricopre in entrambe le società il ruolo di Sindaco effettivo. Il dott. Ascensionato Carnà e la dott.ssa Marilena Arinisi sono componenti dell'OIV di entrambi gli operatori"*. La stazione appaltante ha pertanto ritenuto che questi elementi costituissero indizi sufficienti per affermare la sussistenza di un unico centro decisionale tra le due società;

- tali assunti sono però insufficienti e del tutto erronei. Al riguardo si deve premettere che la comunanza di soggetti nel C.d.A. e nel Collegio Sindacale è insita nel rapporto stesso di controllo che, peraltro, costituisce di solito presupposto per la costituzione di un gruppo societario. Il rapporto di controllo è stato lealmente dichiarato da Sandoz e da Novartis Farma S.p.A. nella documentazione amministrativa offerta in gara. Ad ogni buon conto, va osservato anzitutto che la comunanza di alcuni componenti dell'Organismo di Vigilanza e del Collegio Sindacale non ha alcuna rilevanza ai fini dell'identificazione dell'unico centro decisionale visto che, come è noto, si tratta di due organi di controllo, il primo deputato alla vigilanza sulla responsabilità amministrativa degli enti e all'osservanza del Modello Organizzativo adottato dalla società ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001, il secondo deputato, ex art. 2403 c.c., alla vigilanza sul rispetto della legge e dello Statuto, dei principi di corretta amministrazione, dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e del suo concreto funzionamento. È dunque evidente che la parziale comunanza dei componenti di questi organi tra le due società facenti parte del medesimo Gruppo multinazionale non ha alcuna importanza ai fini che qui rilevano, trattandosi di organi che per loro stessa natura sono privi di qualsiasi potere gestorio e decisionale della politica commerciale della società. Per ciò che attiene alla comunanza dei membri del C.d.A., invece, va richiamata la peculiare struttura funzionale e di *governance* interna di Sandoz, descritta in precedenza, la quale prevede che il ruolo

esecutivo di A.D. sia stato delegato, ai sensi dell'art. 2381 c.c., ad un solo amministratore. La funzione del *Country Head* risulta essere centrale e fondamentale, poiché egli detiene in ultima analisi i poteri del Consiglio e costituisce il più alto ruolo esecutivo presente all'interno della società. Come risulta dall'organigramma allegato al ricorso, l'A.D. (*Country Head*) è collocato all'apice della struttura organizzativa e funzionale della società e, pertanto, tutta l'attività operativa relativa alla società è in ultima istanza riferibile a quella figura, che costituisce l'unico centro decisionale. Il *Country Head*, inoltre, non ha rapporti di tipo funzionali o gerarchici con il socio Novartis Farma S.p.A., rispondendo a sua volta al *Regional Head Europe*, a capo del *cluster* di Sandoz a cui fa riferimento la ricorrente;

- con specifico riferimento alle procedure per gli affidamenti di commesse pubbliche, la struttura aziendale è impostata sulla segregazione delle funzioni, con il fine di evitare ogni commistione tra le strutture decisionali di Sandoz e quelle del socio unico Novartis Farma S.p.A. e di scongiurare la possibile contestazione in merito alla sussistenza della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, let. m), del D.Lgs. n. 50/2016. Sandoz, infatti, ha predisposto una procedura interna apposita, denominata "Procedura gare e offerte al canale ospedaliero" (doc. allegato n. 11 al ricorso), in cui vengono stabiliti i ruoli e le responsabilità, nonché il sistema di controlli interni, volti ad evitare il rischio di commistione dei due centri decisionali e a garantire la separazione dei processi di fissazione dei prezzi da offrire nelle varie gare. Dalla lettura del documento emerge che le attività operative relative al settore degli appalti pubblici seguono un processo formalizzato, nel quale ogni membro del *team* dedicato (ossia la *business unit* "*Bio-pharma&Onco Inj*") ha un ruolo e una responsabilità. La definizione della strategia di prezzo e l'approvazione delle politiche dei prezzi competono solo al "*BU Head*" della "*Biopharma&Onco Inj*". Le proposte di prezzo possono essere anche definite dal "*Sales Head Biopharma & Hospital*" in accordo con il *BU Head* o in autonomia, nei limiti dei propri MAL; dal "*Tender & Hospital Franchise Manager*", in accordo con il *BU Head* o in autonomia nei limiti dei propri MAL, o, infine, dal "*Tender Officer*" in accordo con il *Tender & Hospital Franchise Manager* o in autonomia nei limiti dei propri MAL. Nel capitolo 3 della Procedura ("Identificazione responsabilità") si specifica che "*Le decisioni interne rispetto a tali attività sono prese da dipendenti Sandoz facenti parte della BU Biopharmaceutical & Onco Inj, che rispondono gerarchicamente al BU Head. Nessun dipendente/collaboratore di Sandoz relativo alla BU Biopharma & Onco Inj ha quindi rapporti gerarchici e/o funzionali con la società controllante Novartis Farma S.p.A. o altre società del Gruppo Novartis.*"

La segregazione dei ruoli è garantita dalle responsabilità previste nella presente SOP e dalle autorizzazioni ai ruoli nel sistema SAP. Ove tale segregazione non risulti possibile, vengono effettuati controlli compensativi come descritto nella matrice di segregazione dei ruoli NFCM Access control matrix".

Segue poi l'elencazione di tutti i ruoli coinvolti nel processo di definizione dei prezzi da offrire nell'ambito della partecipazione a procedure di affidamento pubbliche, con l'esplicazione delle relative responsabilità. Si tratta, come detto, di ruoli che afferiscono solo a Sandoz e non hanno alcun collegamento funzionale o gerarchico con Novartis Farma S.p.A. Dal documento emerge chiaramente il processo relativo alla formulazione dei prezzi e i soggetti che sono coinvolti nella decisione degli stessi: "*Nei limiti dei minimum price definiti*

dal BPA, la definizione della politica dei prezzi per la singola transazione avviene a livello centrale coinvolgendo il Sales Head Biopharma & Hospital, il Tender & Hospital Franchise Manager, il BU Head e il Tender Officer, secondo la tabella riportata successivamente. I KAMs, diretti dal Sales Head Biopharma & Hospital non sono soggetti approvatori della politica commerciale; è loro attribuita la possibilità di proporre le quotazioni di prezzo che ritengono idonee per promuovere i prodotti del listino Sandoz che devono essere poi successivamente valutate ed approvate in base ai criteri di delega ed ai controlli previsti da questa procedura”;

- tutto ciò esclude in radice l'esistenza degli indici presuntivi individuati da A.S.U.R. ai fini della valutazione dell'esistenza dell'unico centro decisionale;

- la giurisprudenza è concorde nel ritenere che, pur non dovendo essere onerata della prova che il collegamento fra i concorrenti sia poi pervenuto a risultati effettivi in relazione ai contenuti delle offerte e all'artificiale condizionamento degli esiti della gara, la stazione appaltante debba comunque far riferimento a indici presuntivi concreti, specifici e circostanziati per ritenere sussistente l'unicità del centro decisionale cui le offerte risultano imputabili (al riguardo vengono richiamate le sentenze del T.A.R. Campania, Napoli, n. 5925/2022 e del Consiglio di Stato n. 3255/2021). Nella specie, al contrario, l'A.S.U.R. non ha rinvenuto tali elementi, né li ha posti a motivazione del proprio provvedimento, limitandosi sommariamente a richiamare la parziale comunanza di soggetti nell'ambito degli organi societari, tra i quali vengono annoverati, per la maggior parte, organi di controllo che nulla hanno a che fare con la gestione della società. Se fosse sufficiente per le stazioni appaltanti ravvisare elementi societari comuni tra due partecipanti alla medesima procedura, elementi che peraltro non sono stati occultati ma dichiarati dai partecipanti stessi, si giungerebbe alla paradossale affermazione di un generale divieto per due società appartenenti al medesimo gruppo di partecipare alla stessa procedura di gara, il che porterebbe ad un'evidente distorsione del dettato normativo di cui all'art. 80, comma 5, let. m), del D.Lgs. n. 50/2016;

- ad ulteriore sostegno dell'illegittimità del provvedimento impugnato per eccesso di potere, va poi osservato che non è possibile ipotizzare che l'offerta presentata da Sandoz sia stata in qualche modo influenzata dalla partecipazione ai medesimi lotti della controllante Novartis Farma S.p.A., apparendo la stessa perfettamente in linea a quelle già formulate nell'ambito di analoghe gare bandite di recente da altre stazioni appaltanti italiane.

4.2. Violazione dell'art. 80, comma 5, let. m), del D.Lgs. n. 50/2016, anche in relazione al principio di proporzionalità e di ragionevolezza dell'attività amministrativa, nonché alle cause di esclusione previste dalle direttive UE 2014/23 (art. 38), 2014/24 (art. 57) e 2014/25 (art. 80).

Con il secondo motivo del mezzo introduttivo, reiterato nell'atto di motivi aggiunti, Sandoz espone che:

- l'esclusione è illegittima anche per violazione dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza che devono ispirare l'attività della pubblica amministrazione. Come noto, la causa di esclusione in esame deriva dal recepimento delle c.d. direttive appalti nn. 23, 24 e 25 del 2014, le quali, nei rispettivi articoli 38, 57 e 80, prevedono l'esclusione degli operatori economici a carico dei quali possa essere ravvisata una qualsiasi forma di collusione, intesa come un accordo illegale volto a falsare la concorrenza.

Il riferimento contenuto nell'art. 80, let. m), all'unicità del "centro decisionale" evidenzia che la *ratio* della norma è quella di evitare il (rischio di un) previo accordo tra gli offerenti (appartenenti al medesimo gruppo o centro di interessi economici), che comprometterebbe la segretezza reciproca delle offerte e la serietà del confronto concorrenziale. È evidente, quindi, che la *ratio* della norma sia proprio questa, cioè garantire il massimo rispetto del principio di concorrenza nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica;

- stante il rilievo comunitario della questione, la Commissione Europea è più volte intervenuta sul punto, a supporto delle amministrazioni e delle autorità competenti degli Stati membri nell'applicazione concreta della norma di cui si tratta. Nello specifico, si deve far riferimento alla Comunicazione 2021/C91/01 ("Comunicazione sugli strumenti per combattere la collusione negli appalti pubblici e sugli orientamenti riguardanti le modalità di applicazione del relativo motivo di esclusione"), adottata proprio al fine di dare indicazioni sulla interpretazione e relativa applicazione della causa di esclusione dovuta alla collusione fra operatori economici che partecipano alla stessa gara. Per ciò che rileva nel caso di specie, la Commissione ha posto i seguenti principi (esposti in particolare ai §§ 5.3 e 5.5 della Comunicazione): i) necessità di rispettare, anche nell'ambito dell'accertamento della sussistenza della causa di esclusione relativa alla collusione fra operatori economici, il principio di proporzionalità; ii) necessità di garantire agli operatori economici coinvolti il diritto di poter provare l'assenza della collusione contestata, nonché l'adozione di misure di autodisciplina, volte all'eliminazione del rischio di collusione; iii) con specifico riferimento alle imprese collegate, la necessità di non basarsi su presunzioni generiche, nonché di consentire agli operatori di dimostrare l'indipendenza delle offerte presentate;

- sotto il primo profilo, la Commissione sottolinea che le amministrazioni pubbliche, nel giudizio di valutazione sulla possibile applicazione della causa di esclusione, devono *"...rimanere consapevoli in tutte le fasi della procedura di aggiudicazione che l'esclusione di un operatore economico dalla procedura comporta una limitazione effettiva della concorrenza e della scelta per l'acquirente pubblico. Si tratta di una misura da utilizzare con cautela (in particolare nei settori in cui vi è un numero limitato di operatori economici attivi) e solo se l'integrità e l'affidabilità del futuro contraente non possono essere garantite da altre misure meno drastiche"*. Ne consegue che, con riguardo al caso odierno, la decisione dell'A.S.U.R. risulta censurabile non solo perché nella specie non esiste unicità del centro di interesse, ma anche perché, fondandosi su indici di presunzione erronei ed insufficienti a dedurre l'unicità del centro decisionale, tale scelta risulta del tutto abnorme e sproporzionata rispetto alla fattispecie concreta, comportando una rilevante restrizione della concorrenza in relazione ai lotti 32 e 33. A tal proposito va rilevato che la procedura di affidamento indetta dall'A.S.U.R. era finalizzata alla conclusione di un accordo quadro sulla base del criterio del minor prezzo e, per i lotti da 1 a 34, il capitolato d'oneri prevede che l'accordo quadro *"...sarà aggiudicato a favore di più operatori economici, fino ad un massimo di tre (3), laddove esistenti"*. Pertanto, dall'esclusione di due operatori sui tre partecipanti ne è disceso che nei lotti 32 e 33 la concorrenza è stata completamente annullata, tanto che l'accordo quadro non potrà essere concluso per mancanza degli operatori economici esistenti sul mercato, ma esclusi. Ciò dovrebbe, come minimo, dare luogo ad una revoca in autotutela dell'aggiudicazione dei due lotti, poiché *in parte qua* sarebbe violata la *lex specialis*. Peraltro, l'aggiudicazione dei lotti 32 e 33 ad un solo

operatore, anziché a tre, vanificherebbe completamente l'obiettivo di risparmio che la stazione appaltante si era prefissata di raggiungere, mettendo a disposizione delle aziende sanitarie aderenti all'accordo quadro almeno tre medicinali (due generici e un *originator*) con prezzi differenziati. E al riguardo non è detto che l'unico operatore rimasto in lizza sia anche quello che ha offerto, tra i tre partecipanti, il prezzo più basso (questo profilo è stato poi aggiornato rispetto al dato conosciuto da Sandoz al momento della proposizione del ricorso introduttivo, essendo emerso che il medicinale commercializzato dalla ricorrente era stato offerto ad un prezzo più basso di quello offerto da Accord Healthcare);

- relativamente al secondo profilo, va invece sottolineato che l'adozione di misure di autodisciplina, volte all'eliminazione del rischio di una possibile configurazione di un unico centro decisionale e, quindi, dell'integrazione proprio della causa di esclusione qui in contestazione, è stata ampiamente provata in questa sede giudiziaria;

- per ciò che attiene, invece, all'ultimo punto, e proprio con specifico riferimento alle imprese collegate, la decisione dell'A.S.U.R. si è fondata proprio su quelle presunzioni generiche che la Commissione Europea prescrive di evitare. Infatti, il provvedimento di esclusione è stato adottato senza considerare le circostanze concrete descritte, anche nel corso dell'istruttoria, dalla ricorrente, relative alla insussistenza di un unico centro decisionale, considerato l'assetto di *governance* interna della società, nonché la delega di poteri gestori nell'ambito dell'organo amministrativo. Peraltro, tutti gli argomenti spesi da essa ricorrente sono rimasti, per tutto il corso del procedimento che è poi sfociato nell'esclusione, coerenti con quanto esposto in sede giudiziaria, il che denota la massima trasparenza nell'operato di Sandoz, che non ha mai celato i propri rapporti societari con Novartis Farma S.p.A.;

- tutte le argomentazioni dianzi esposte trovano conferma in recenti sentenze del giudice amministrativo, una delle quali, paradossalmente, è stata invece richiamata da A.S.U.R. a sostegno del provvedimento di esclusione (al riguardo la ricorrente cita la sentenza del Consiglio di Stato n. 3255/2021 - in cui viene illustrata una serie di indici che possono essere utilizzati dalle amministrazioni al fine di valutare la sussistenza di un unico centro decisionale tra due operatori economici - e le sentenze del T.A.R. Puglia, Bari, n. 380/2022 e del T.A.R. Lombardia, Milano, n. 1984/2019). È però evidente che i suddetti indici individuati dalla giurisprudenza nella specie non esistono, visto che alcuni di essi (ossia quelli che riguardano i componenti degli organi societari di controllo) sono irrilevanti, mentre altri (astrattamente rilevanti) nella specie sono superati dalle modalità organizzative interne adottate da Sandoz.

4.3. Violazione della *lex specialis* di gara e, segnatamente, del Capitolato Tecnico, del Capitolato d'Oneri e dell'Allegato 7 "Disciplina Accordo Quadro e dei relativi ordini di fornitura aventi valore di contratto esecutivo", in relazione all'applicazione dell'art. 54, commi 2 e 4, let. a), del D.Lgs. n. 50/2016.

Questa censura, nell'atto di motivi aggiunti, costituisce in sostanza la enucleazione, come motivo di ricorso autonomo, di un profilo già trattato nel ricorso introduttivo e illustrato al precedente § 4.2., terzo alinea.

4.4. Sandoz, come sempre accade nelle controversie in materia di appalti pubblici, formula altresì:

- la domanda di accertamento del suo diritto ad essere riammessa alla gara;

- la domanda di condanna della stazione appaltante alla reintegrazione in forma specifica o al risarcimento dei danni per equivalente monetario;
- la domanda di declaratoria di inefficacia dell'accordo quadro eventualmente sottoscritto con l'aggiudicataria dei lotti nn. 32 e 33 e la domanda di subentro.

5. Per resistere al ricorso e ai motivi aggiunti si sono costituiti in giudizio la Regione Marche e l'A.S.U.R. Marche, chiedendo il rigetto delle domande proposte da Sandoz.

Con ordinanze nn. 15 e 36 del 2023 (le quali hanno fatto seguito ai decreti monocratici nn. 461/2022 e 35/2023) il Tribunale ha respinto tanto la domanda cautelare proposta con il mezzo introduttivo quanto la domanda cautelare proposta con i motivi aggiunti, fissando per la trattazione del merito l'udienza pubblica del 24 maggio 2023 (all'esito della quale la causa è passata in decisione).

6. Il ricorso e i motivi aggiunti non sono meritevoli di accoglimento, alla luce delle seguenti considerazioni.

6.1. Sono certamente corretti tutti gli argomenti di natura giuridica esposti da Sandoz nei propri scritti difensivi, visto che tali argomenti trovano conferma anche nelle sentenze della Corte di Giustizia U.E. citate nella Comunicazione della Commissione Europea n. 2021/C91/01, allegata al ricorso (ci si riferisce in particolare alle sentenze relative alle cause C-213/07, C-538/07, C-531/16 e C-144/17).

Peraltro, uno dei principi affermati costantemente dal giudice comunitario (si vedano, al riguardo, il § 32 della sentenza 19 maggio 2009, in causa C-538/07, il § 40 della sentenza 17 maggio 2018, in causa C-531/16, e il § 38 della sentenza 8 febbraio 2018, in causa C-144/17) prevede che l'accertamento dell'esistenza di una situazione di controllo o di collegamento societario idonea a incrinare la regolarità della procedura ad evidenza pubblica compete in prima istanza alla stazione appaltante, la quale, in base ad elementari principi, non può che compiere tale valutazione sulla base degli elementi che il concorrente le mette a disposizione nel corso del procedimento di gara (nel citato § 32 della sentenza 19 maggio 2009 la C.G.U.E. ha testualmente affermato che "...il compito di accertare se il rapporto di controllo in questione abbia esercitato un'influenza sul contenuto delle rispettive offerte depositate dalle imprese interessate nell'ambito di una stessa procedura di aggiudicazione pubblica richiede un esame e una valutazione dei fatti che spetta alle amministrazioni aggiudicatrici effettuare...", mentre nel § 40 della sentenza 17 maggio 2018 ha ribadito che "...l'articolo 2 della direttiva 2004/18 deve essere interpretato nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice, quando dispone di elementi che mettono in dubbio l'autonomia e l'indipendenza di offerte presentate da taluni offerenti, è tenuta a verificare, eventualmente richiedendo informazioni supplementari dai suddetti offerenti, se le loro offerte siano effettivamente offerte autonome e indipendenti. Se risulta che le offerte in discussione non sono autonome e indipendenti, l'articolo 2 della direttiva 2004/18 osta all'attribuzione dell'appalto agli offerenti che abbiano presentato offerte di tal genere").

6.2. Ora, nel caso di specie, è assodato che l'esclusione di Sandoz non è stata disposta in via automatica per il solo fatto dell'esistenza della situazione di controllo societario (il che avrebbe certamente costituito una violazione dei principi affermati dalla Corte di Giustizia U.E. - si veda ad esempio il § 35 della sentenza 8 febbraio 2018, in causa C-144/17), rileva la circostanza per cui la ricorrente - la quale aveva correttamente indicato nella domanda di partecipazione l'esistenza di una situazione di controllo rispetto a Novartis Farma - a

seguito del preavviso di esclusione comunicatole dalla stazione appaltante in data 18 ottobre 2022, si è limitata a presentare una dichiarazione che, sostanzialmente, riproduce quella già prodotta in sede di gara (si veda il documento allegato n. 9 alla produzione A.S.U.R. del 3 gennaio 2023). Nell'atto in questione Sandoz, dopo aver confermato l'esistenza della situazione di controllo rispetto a Novartis Farma, si limita a dichiarare che:

- *“non è a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto alla stessa, in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c., e ha formulato l'offerta autonomamente, non sussistendo unicità di centro decisionale tra le società predette, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. m) del D.Lgs. 50/2016”* (in parte qua, come si può vedere, si tratta di dichiarazione del tutto tautologica e dunque irrilevante a fini probatori);

“...le organizzazioni aziendali, così come le gerarchie delle due Società, sono distinte e indipendenti tra loro;

- *...la funzione a cui afferisce l'Ufficio Gare di Sandoz S.p.A. è gestita interamente da dipendenti di quest'ultima e ...il relativo centro decisionale (ossia il responsabile della Business Unit Biopharma and Hospital e i relativi riporti diretti, anch'essi dipendenti di Sandoz S.p.A.) risponde direttamente e unicamente all'amministratore delegato della Società. Sig. Vivek Devaraj...”,*

concludendo nel senso di *“...aver formulato l'offerta autonomamente, non sussistendo unicità di centro decisionale tra le società Sandoz S.p.A. e Novartis Farma S.p.A., in accordo con quanto previsto dall'art. 80, comma 5 lettera m) d.lgs. 50/2016”.*

Solo in questa sede giudiziaria Sandoz, oltre ad aver speso argomenti giuridici di elevato spessore (di cui il Collegio ha già dato atto) e oltre ad avere spiegato anche le dinamiche aziendali relative alla commercializzazione del farmaco “Ceptava” rispetto a quelle che riguardano il farmaco *originator*, ha depositato, fra gli altri documenti ritenuti utili, l'organigramma societario e, soprattutto, la scheda intitolata “Procedura Gare e Offerte al canale ospedaliero” (allegati nn. 5 e 11 al ricorso). Nella memoria conclusione del 5 maggio 2023 Sandoz ha altresì aggiunto un ulteriore elemento potenzialmente rilevante ai fini della valutazione che la stazione appaltante era chiamata a svolgere prima di decretare l'esclusione, ossia ha indicato il prezzo offerto in gara.

Ora, a prescindere dalla satisfattività di tale documentazione (profilo del quale, come detto, il Tribunale non può occuparsi “in prima battuta” senza violare l'art. 34, comma 2, c.p.a., il quale vieta al giudice di pronunciarsi su poteri amministrativi non esercitati), sta di fatto che tali elementi non sono stati portati all'attenzione della stazione appaltante in sede amministrativa, per cui l'A.S.U.R. non potrebbe subire l'annullamento di un proprio provvedimento (e le altre conseguenze che da tale accoglimento discenderebbero) sulla base di fatti e documenti di cui, per causa imputabile al concorrente, non è stata posta a conoscenza nella sede a ciò deputata, ossia nell'ambito del procedimento di gara.

Al riguardo va aggiunto che è certamente vero che in alcuni casi il giudice può tenere conto di circostanze sopravvenute rispetto alla data di adozione del provvedimento impugnato, ma questo, tranne casi particolarissimi, in generale può avvenire solo in sede cautelare (ossia utilizzando lo strumento del *rémand*), ma non certo in sede di merito, dove, come detto, la legittimità di un provvedimento va accertata sulla base dello stato di fatto e di diritto esistenti al momento della sua adozione. Nel caso di specie, però, questo Tribunale, con statuizioni rimaste inoppugnate da Sandoz, non ha ritenuto di adottare un'ordinanza

cautelare di *rémand*, per cui in sede di merito la controversia va decisa applicando i principi generali di cui si è detto nel periodo precedente.

6.3. Né l'operato della stazione appaltante risulta frontalmente confliggente con norme comunitarie e/o con sentenze della C.G.U.E., visto che, così come non è automatica l'esclusione di concorrenti che partecipano alla stessa gara pur essendo in situazione di controllo o di collegamento fra loro, allo stesso modo non è automatico il diritto di tali operatori a partecipare alla selezione, dovendo la stazione appaltante, prima di decretare l'ammissione o l'esclusione, valutare il pericolo di compromissione della regolarità della procedura. E nemmeno sono utilmente invocabili i precedenti giurisprudenziali richiamati da Sandoz visto che i principi ivi affermati, in sé condivisibili, vanno pur sempre applicati caso per caso, non essendo mai del tutto identiche le circostanze fattuali da prendere in esame.

Nella specie, seppure si può convenire con la ricorrente sul fatto che la comunanza di alcuni componenti degli organi societari principali è situazione comune nelle società legate fra loro da rapporti di controllo o di collegamento, è anche vero che tale comunanza non può sempre e comunque essere ritenuta irrilevante, pena l'inversione dell'onere probatorio. Infatti, laddove esistano elementi che denotano una situazione di controllo o di collegamento societario, l'onere di provare che le offerte non sono state in alcun modo concordate ricade sui concorrenti e non sulla stazione appaltante, la quale non potrebbe mai dimostrare l'esistenza di un accordo lesivo della concorrenza, non disponendo né degli ampi poteri di indagine del giudice penale e nemmeno di quelli, comunque penetranti, di cui dispone l'autorità *antitrust* (e nemmeno potendosi immaginare che siano gli operatori interessati a rivelare l'esistenza dell'accordo).

In questo senso, dunque, anche la nuova disposizione del D.Lgs. n. 36/2023 che disciplina la fattispecie (art. 95, comma 1, let. d), il quale prevede che, ai fini della presente causa di esclusione, debbono "...sussistere rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte degli operatori economici siano imputabili ad un unico centro decisionale a cagione di accordi interscorsi con altri operatori economici partecipanti alla stessa gara..." - inapplicabile *ratione temporis* al caso di specie - non potrà verosimilmente essere interpretata nel senso che la stazione appaltante deve provare l'esistenza, oltre ogni ragionevole dubbio, dell'accordo collusivo, perché si tratterebbe di un onere inesigibile, salvo in casi in cui l'esistenza dell'accordo non sia stato già accertato in sede giudiziaria o in un procedimento *antitrust* o risulti dal casellario tenuto dall'A.N.A.C.

Da ultimo va osservato che alcuni degli argomenti spesi da Sandoz nel ricorso e nei motivi aggiunti sono rimasti indimostrati anche in questa sede (ci si riferisce, ad esempio, all'assunto per cui uno degli indizi dell'assenza di un accordo collusivo risiede nel fatto che il prezzo offerto dalla ricorrente nella presente gara è in linea con quelli praticati in recenti analoghe gare), mentre non risponde al vero che Novartis Farma Italia aveva anch'essa dichiarato l'esistenza della situazione di controllo (tanto è vero che la società è stata esclusa solo per questa ragione).

6.4. Del tutto infondato è invece il motivo con cui si deduce la violazione dell'art. 2.1. del capitolato d'oneri (il quale prevede che "...relativamente ai lotti dal n. 1 al n. 34, l'aggiudicazione avverrà a favore di più operatori economici, fino ad un massimo di tre (3), laddove esistenti") e del

principio di concorrenza. Al riguardo, infatti, colgono nel segno le difese delle amministrazioni resistenti, nella parte in cui esse evidenziano che: i) *in parte qua*, la *lex specialis* prevede solo il numero massimo, e non anche quello minimo, di aggiudicatari; ii) il concorrente legittimamente escluso non può certo aspirare a stipulare il contratto, e questo nemmeno nei casi in cui la legge di gara consente di avere più di un aggiudicatario. In casi del genere, poi, la lesione del principio di concorrenza costituisce solo un effetto indiretto e materiale discendente dall'esclusione di tutti i concorrenti diversi dall'aggiudicatario, ma tale effetto è nella natura delle cose e dunque non dà luogo ad alcun *vulnus* del *favor participationis* o di altri principi costituzionali e/o comunitari.

Né sussisteva nella specie l'obbligo della stazione appaltante di revocare i due lotti in parola per assenza di concorrenza, visto che tale decisione è ampiamente discrezionale e che, peraltro, non sembrano sussistere dubbi circa la necessità degli enti del SSR di approvvigionarsi dei farmaci per cui è causa.

7. Anche le altre domande proposte vanno rigettate in conseguenza del rigetto della domanda impugnatoria.

Per quanto concerne in particolare la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto stipulato con Accord Healthcare, la stessa sarebbe stata da rigettare in ogni caso, visto che, come si è detto, la presente fornitura poteva essere aggiudicata a più di un operatore economico, per cui la riammissione di Sandoz non avrebbe inciso sulla posizione contrattuale di Accord Healthcare Italia (se non nella fase di esecuzione dei contratti e in via di mero fatto, essendo evidente che la possibilità per gli enti del SSR di scegliere fra più farmaci ridurrebbe l'utile di ciascuno degli aggiudicatari). A conferma di ciò, è sufficiente osservare che la controinteressata non si è costituita in giudizio, non ritenendo, evidentemente, di ricevere alcun pregiudizio giuridicamente rilevante dall'eventuale accoglimento della presente domanda impugnatoria.

Le spese del giudizio si possono tuttavia compensare, in ragione della peculiarità della vicenda sottostante.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge con riguardo a tutte le domande proposte e compensa le spese del giudizio.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Tommaso Capitano, Consigliere, Estensore

Simona De Mattia, Consigliere

TAR Toscana – Firenze, sez. II, 2 ottobre 2023, n. 873 (Pres. Alessandro Cacciari)

Illecito professionale grave – Art. 98 D.Lgs. n. 36/2023 – Valutazione della gravità – Moralità professionale – Autonomia istruttoria – Autotutela.

Si consideri infatti il dettato di cui all'art. 98 del D.Lgs. 36/2023 che, in materia di requisiti di ammissione e valutazione delle gravità degli illeciti professionali delle imprese partecipanti alle procedure d'appalto ad evidenza pubblica, in caso di commissione di reati incidenti sulla moralità professionale (in particolare quelli di cui al comma 3 lettera g)), richiede espressamente, al fine di determinare l'esclusione dell'impresa, l'adozione di provvedimenti specifici (nel dettaglio "gli atti di cui all'articolo 407-bis, comma 1, del codice di procedura penale, il decreto che dispone il giudizio ai sensi dell'articolo 429 del codice di procedura penale, o eventuali provvedimenti cautelari reali o personali emessi dal giudice penale, la sentenza di condanna non definitiva [...]) con ciò escludendo la rilevanza delle mere indagini preliminari in corso. Secondo tali principi l'Amministrazione ha sempre l'onere di compiere autonoma istruttoria, valorizzando le segnalazioni giunte, valutandone la portata probatoria, accertando le irregolarità commesse, potendo solo a valle di tali accertamenti e delle conseguenti valutazioni (di cui deve rendere conto nella motivazione) intervenire in autotutela.

N. 00873/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00947/2023 REG.RIC.

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

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 947 del 2023, proposto dalla Autorità Idrica Toscana, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Paola Diani e Carmine Podda, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona dei rispettivi Ministri *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato domiciliataria *ex lege* in Firenze, via degli Arazzieri, 4;

nei confronti

Ruzzo Reti S.p.A., Ente D'Ambito Ato4 Lazio Meridionale Latina, Comune di San Miniato non costituiti in giudizio;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Acquedotto del Fiora SpA, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Di Pietro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- del decreto del Ministero del 12 luglio 2023, Dipartimento Sviluppo Sostenibile, identificato al n. 242 del protocollo, comunicato a mezzo PEC in pari data all'Autorità Idrica Toscana nonché ad Acquedotto del Fiora SpA, che ha revocato il decreto n. 23 del 20 gennaio 2023, con il quale è stata disposta la concessione, in relazione alla proposta identificata alla sigla ID MTE11c_00000841, di un contributo da impiegare per le opere relative all'impianto centralizzato di trattamento dei fanghi presso il Depuratore di Grosseto, per l'importo di euro 9.216.066,14 ;

- di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, connesso e consequenziale anche se non conosciuto, per quanto lesivo degli interessi del ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero dell'Economia e delle Finanze;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 settembre 2023 il dott. Marcello Faviere e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Pende innanzi questo Tribunale il ricorso volto a censurare il provvedimento, meglio indicato in epigrafe, con cui il Ministero dell'Ambiente e Sicurezza Energetica ha revocato il finanziamento - inizialmente riconosciuto alla ricorrente (e per essa alla Acquedotto del Fiora S.p.A. delegata alla presentazione della domanda) per le opere di ammodernamento e ampliamento dell'impianto centralizzato di trattamento dei fanghi presso il Depuratore di Grosseto per l'importo di euro 9.216.066,14 - a valere sulla Linea di intervento C della misura PNRR M2C1.1.I.1.1.

La revoca del contributo risulta fondata sulla mancanza di un requisito di ammissibilità del finanziamento, prevista all'art. 6, comma 1 lett. d), vale a dire l'assenza di lesioni "al principio DNSH sancito dall'articolo 17 del regolamento (UE) 2020/852 di "non arrecare un danno significativo" contro l'ambiente" nonché della falsa dichiarazione imputabile alla ricorrente (ed alla Società dichiarante) che, in sede di presentazione della domanda, aveva attestato il possesso di tale requisito. Tale decisione è stata assunta dall'amministrazione sulla base di una segnalazione della Guardia di Finanza.

Nel provvedimento si legge altresì che non è stato avviato un regolare procedimento amministrativo in contraddittorio poiché, sulla base delle conoscenze in possesso dell'amministrazione circa i contenuti specifici delle violazioni oggetto della citata segnalazione, nessuna deduzione o produzione documentale proveniente all'interessato avrebbe potuto giustificare l'adozione di decisioni diverse.

2. Avverso tale provvedimento è insorta la Autorità Idrica Toscana, con ricorso notificato il 8.09.2023, lamentando in due motivi violazione di legge ed eccesso di potere sotto plurimi profili ed instando per la concessione di misure cautelari.

Per resistere al gravame si sono costituiti il Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministero dell'Economia e delle Finanze (il 18.09.2023). Il M.E.F. ha poi depositato nota con cui eccepisce carenza di legittimazione attiva in quanto soggetto non titolare dell'intervento PNRR, ai sensi dell'art. 12-bis del D.L. 68/2022. Ha fatto seguito l'intervento *ad adiuvandum* della Acquedotto del Fiora SpA, soggetto delegato alla presentazione della domanda di finanziamento (il 20.09.2023).

Alla camera di consiglio del 21.09.2023 la causa è stata trattenuta in decisione previo avviso alle parti di possibilità di decisione in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

3. Il ricorso è fondato.

3.1. Il Collegio ritiene preliminarmente di poter accogliere l'istanza di estromissione presenta dal M.E.F. e di dichiararne la carenza di legittimazione passiva. Il Ministero ha infatti dimostrato che con DM del 6 agosto 2021 sono state assegnate le risorse finanziarie previste per l'attuazione degli interventi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR). Nella Tabella A allegata a tale decreto l'Amministrazione centrale titolare dell'intervento di cui si controverte (missione 2, componente 1, Investimento 1.1 PNRR «Realizzazione nuovi impianti di gestione rifiuti e ammodernamento di impianti esistenti»), è individuata nel Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica.

L'art. 12-bis del D.L. 68/2022, per i contenziosi aventi ad oggetto interventi finanziati con fondi PNRR dispone il litisconsorzio necessario per le "le amministrazioni centrali titolari degli

interventi previsti nel PNRR ai sensi dell'articolo 1, comma 4, lettera l), del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108 [...]"

In considerazione di quanto precede il Collegio ritiene che il Ministero dell'Economia e delle Finanze sia carente di legittimazione passiva.

4. Con i due motivi di ricorso, trattati congiuntamente per ragioni di connessione oggettiva, si lamenta violazione dell'art. 7 della l. 241/1990 ed eccesso di potere per difetto di istruttoria e carenza di motivazione.

La ricorrente lamenta, nello specifico:

- illegittimità per mancata comunicazione di avvio procedimento giacché non risulterebbero indicati, ancor prima che comprovati, i motivi di celerità che avrebbero indotto l'Amministrazione all'adozione del provvedimento *de quo* omettendo il preavviso;
- carenza istruttoria e motivazionale giacché il Ministero si sarebbe limitato a prendere atto della comunicazione della pendenza di non meglio precisate indagini in sede penale, giungendo alla conclusione della sussistenza di un falso decadenziale e della carenza del requisito del già richiamato principio DSNH (*do no significant harm*), senza compiere alcun accertamento, senza acquisire elementi dimostrativi della sussistenza di illeciti e/o di condizioni ostative all'accesso ai benefici, fornendo una motivazione del tutto inadeguata.

Le censure colgono nel segno.

Dalla piana lettura dell'atto impugnato emerge che la motivazione della decisione di revocare il finanziamento (ai sensi dell'art. 75 del DPR. n. 445 del 2000 e dell'art. 17, comma 2, dell'avviso di selezione) si fonda esclusivamente su quanto riportato nella citata segnalazione.

Quest'ultima riferisce di attività d'indagine per conto Procura della Repubblica presso il Tribunale di Grosseto, che hanno fatto emergere una serie di violazioni in materia ambientale, "tali da inficiare uno dei requisiti di ammissibilità necessari per accedere al finanziamento de quo, evidenziando la sussistenza di responsabilità penali in ordine all'ipotesi di reato di cui agli artt. 640 e 640-bis c.p. nella forma del tentativo ex art. 56 dello stesso c.p.". La segnalazione era funzionale alla assunzione da parte del Ministero dei provvedimenti "ritenuti opportuni" (cfr. doc. n. 8 di parte ricorrente).

Nel provvedimento non è dato rinvenire alcuna motivazione o valutazione aggiuntiva, né si riferisce di accertamenti condotti sui fatti di causa e, in particolare, sul possesso o meno del requisito di cui all'art. 6, comma 1, lett. d), dell'Avviso introduttivo della procedura (secondo il quale le proposte, quale condizione di ammissibilità, non devono ledere il richiamato principio DNSH sancito dall'articolo 17 del Regolamento (UE) 2020/852).

Il provvedimento giunge inoltre alla conclusione della presenza di un falso nelle dichiarazioni rese in sede di presentazione della proposta, sempre sulla base dei medesimi presupposti di fatto, vale a dire la segnalazione succitata.

Questo Collegio concorda con le tesi di parte ricorrente secondo cui la mera pendenza dell'indagine non può di per sé sola giustificare la definitiva revoca del finanziamento, anche in un contesto in cui i tempi di realizzazione degli interventi PNRR non consentono di attendere la conclusione delle indagini. In assenza di specifiche previsioni di settore, a livello di principio, l'ordinamento ha già esplicitato tale giudizio di insufficienza probatoria nei confronti della mera pendenza delle indagini preliminari. **Si consideri infatti il dettato**

di cui all'art. 98 del D.Lgs. 36/2023 che, in materia di requisiti di ammissione e valutazione delle gravità degli illeciti professionali delle imprese partecipanti alle procedure d'appalto ad evidenza pubblica (fattispecie ai nostri fini assimilabile a quella dell'erogazione di pubblici contributi), in caso di commissione di reati incidenti sulla moralità professionale (in particolare quelli di cui al comma 3 lettera g)), richiede espressamente, al fine di determinare l'esclusione dell'impresa, l'adozione di provvedimenti specifici (nel dettaglio "gli atti di cui all'articolo 407-bis, comma 1, del

codice di procedura penale, il decreto che dispone il giudizio ai sensi dell'articolo 429 del codice di procedura penale, o eventuali provvedimenti cautelari reali o personali emessi dal giudice penale, la sentenza di condanna non definitiva [...] con ciò escludendo la rilevanza delle mere indagini preliminari in corso.

Secondo tali principi l'Amministrazione ha sempre l'onere di compiere autonoma istruttoria, valorizzando le segnalazioni giunte, valutandone la portata probatoria, accertando le irregolarità commesse, potendo solo a valle di tali accertamenti e delle conseguenti valutazioni (di cui deve rendere conto nella motivazione) intervenire in autotutela (potere peraltro riservato, in capo all'amministrazione titolare dell'intervento, dal citato art. 17 dell'avviso di selezione, richiamato nel provvedimento impugnato).

Il provvedimento risulta pertanto emanato in carenza di istruttoria e affetto da difetto di motivazione.

L'amministrazione, inoltre, non ha avviato un procedimento amministrativo né un contraddittorio con le parti interessate, aggravando i difetti sopra evidenziati.

La giustificazione resa nell'atto si fonda sul possesso di informazioni specifiche nonché sulla impossibilità di acquisire, in un eventuale scambio in contraddittorio con l'impresa, elementi conoscitivi ulteriori determinanti per la decisione.

Tale decisione non appare in linea con l'ordinamento giuridico soprattutto in considerazione del livello istruttorio raggiunto nel caso di specie.

L'accertamento della violazione del principio DSNH, infatti, non costituisce una attività di tipo vincolato (così come la determinazione della presenza di falsi in ordine alla commissione di tali violazioni). Ciò è dato desumere dal testo dell'art. 17 del Regolamento 2020/852/UE (recante l'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e richiamato nell'ambito del requisito di ammissibilità contestato nel provvedimento impugnato) il quale, nel definire il danno significativo agli obiettivi ambientali ne regola contenuti e modalità di valutazione, facendo emergere una attività ampiamente discrezionale (basti pensare che il paragrafo 2 dell'articolo così recita: *"nel valutare un'attività economica in base ai criteri indicati al paragrafo 1, si tiene conto dell'impatto ambientale dell'attività stessa e dell'impatto ambientale dei prodotti e dei servizi da essa forniti durante il loro intero ciclo di vita, in particolare prendendo in considerazione produzione, uso e fine vita di tali prodotti e servizi"*).

È il caso di evidenziare che nel caso di valutazioni di natura discrezionale la mancanza della comunicazione dell'avvio del procedimento può costituire causa autonoma di illegittimità ed annullabilità di un provvedimento amministrativo, salvo che l'amministrazione non fornisca in giudizio la prova che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (art. 21-octies della L. n. 241/1990). Nel caso di specie, in altri termini, non ricorrono i presupposti di un recupero o di una revoca "doverosa" del finanziamento, in considerazione del mancato accertamento dei presupposti dell'intervento in autotutela.

L'amministrazione non ha fornito nelle proprie difese alcuna specificazione sul punto né argomenti volti a giustificare la scelta adottata.

Per quanto precede entrambi i motivi di ricorso sono fondati.

5. Il ricorso è, nel suo complesso, fondato e pertanto deve essere accolto. Il provvedimento impugnato deve essere annullato. Si dispone altresì l'estromissione del Ministero dell'economia e Finanze dal presente giudizio.

6. Le spese di lite seguono la soccombenza in favore della ricorrente con riguardo al Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, mentre sono compensate nei confronti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero dell'economia e Finanze e della interveniente Acquedotto del Fiora SpA, in considerazione della limitata attività difensiva.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando:

- dichiara la carenza di legittimazione passiva del Ministero dell'Economia e delle finanze che viene estromesso dal presente giudizio;
- accoglie il ricorso come in epigrafe proposto e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato.

Condanna il Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica alle spese di lite in favore della Autorità Idrica Toscana, che liquida in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre oneri accessori; spese compensate per la Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero dell'economia e Finanze e della interveniente Acquedotto del Fiora SpA.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 21 settembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Cacciari, Presidente

Andrea Vitucci, Primo Referendario

Marcello Faviere, Referendario, Estensore

TAR Liguria – Genova, sez. I, 19 giugno 2023, n. 603 (Pres. Giuseppe Caruso)

Illecito professionale grave – Art. 98 D.Lgs. n. 36/2023 – Reati non definitivamente accertati – Estromissione – Delitti gravi – Azione penale.

Le conclusioni, raggiunte dalla giurisprudenza nella ricostruzione ermeneutica del grave illecito professionale da reato ai sensi dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, sono state recepite nel codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023. Infatti, pur avendo introdotto nella materia de qua significative innovazioni (tra cui la tipizzazione delle fattispecie integranti il grave illecito professionale e dei relativi mezzi di prova), il nuovo codice, all'art. 98, comma 7, stabilisce che "La stazione appaltante valuta i provvedimenti...giurisdizionali di cui al comma 6, motivando sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e integrità dell'offerente". Dunque, il legislatore ha confermato che, in presenza di reati non definitivamente accertati, spetta all'amministrazione decidere se mantenere l'impresa in gara oppure estrometterla, prevedendo espressamente che, nell'ipotesi di delitti gravi (comportanti l'esclusione automatica in caso di condanna definitiva), l'ente può desumere l'illecito professionale anche dagli atti con cui il P.M. esercita l'azione penale ai sensi dell'art. 407-bis, comma 1, c.p.p. (richiesta di rinvio a giudizio nel rito ordinario, formulazione dell'imputazione nei casi di applicazione della pena su richiesta, giudizio direttissimo, giudizio immediato e procedimento per decreto).

N. 00603/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00032/2023 REG.RIC.

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

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 32 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da

-OMISSIS--OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Eleonora Zazza e Fabrizio Magliaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

-OMISSIS- - -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Elisabetta Sordini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo Militerni, Innocenzo Militerni e Alberto Salmaso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

-OMISSIS-, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

A - per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento in data -OMISSIS-, comunicato il -OMISSIS-, recante l'esclusione della ricorrente dalla procedura negoziata per l'affidamento del servizio di fornitura contenitori, raccolta, trasporto e avvio a recupero di indumenti usati e accessori di abbigliamento, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016;

- ove occorra, dell'intera procedura di gara;

- di ogni atto connesso, presupposto e/o conseguente;

nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more, con subentro nel rapporto contrattuale;

B - per quanto riguarda il ricorso per motivi aggiunti:

- del provvedimento prot. n. -OMISSIS- del -OMISSIS-, comunicato in pari data, recante la conferma dell'esclusione all'esito del procedimento di riesame svolto in ottemperanza all'ordinanza n. 29/2023 del T.A.R. Liguria;

- ove occorra, dell'intera procedura di gara;

- di ogni atto connesso, presupposto e/o conseguente, ivi incluso il preavviso di conferma dell'esclusione del -OMISSIS-;

nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more, con subentro nel rapporto contrattuale;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'-OMISSIS- e di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 9 giugno 2023, la dott.ssa Liliana Felletti e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 18 gennaio 2023 e depositato il 19 gennaio 2023 la società cooperativa -OMISSIS--OMISSIS- (d'ora innanzi, -OMISSIS-) ha impugnato il provvedimento in data -OMISSIS-, con cui l'-OMISSIS- (d'ora innanzi, -OMISSIS-) ha disposto la sua esclusione dalla procedura negoziata per l'affidamento del servizio di raccolta e avvio a recupero di indumenti usati e accessori di abbigliamento. La ricorrente ha chiesto l'annullamento dell'atto gravato e la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more, con subentro nel rapporto negoziale, o, in subordine, la caducazione della procedura.

Ha articolato i seguenti motivi:

I) *Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 80 e 85, comma 5, lett. c) del d.lgs n. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione delle Linee guida ANAC n. 6/2016. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 57, par. 1 e par. 4, lett. c) della direttiva 2014/24/UE. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 16, 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Violazione del principio del contraddittorio. Violazione degli artt. 3, 23, 27, 41, 97 e 112 Cost. Violazione del principio di presunzione di innocenza e del principio di proporzionalità. Eccesso di potere per assoluto difetto di istruttoria e travisamento dei fatti. Eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto, ingiustizia grave e manifesta. L'espulsione della deducente risulterebbe illegittima, in quanto la stazione appaltante:*

- non avrebbe consentito a -OMISSIS- il contraddittorio;
- avrebbe completamente omesso un'autonoma valutazione dei fatti, limitandosi a riprodurre le contestazioni mosse dalla Procura della Repubblica di Roma alla società ed al legale rappresentante nell'avviso di conclusione delle indagini preliminari del -OMISSIS-; tanto più che, a ben vedere, il suddetto avviso non sarebbe nemmeno suscettibile di considerazione da parte dell'amministrazione, in quanto antecedente all'esercizio penale da parte del P.M. e, soprattutto, al vaglio del Giudice dell'udienza preliminare, che, con la c.d. riforma Cartabia, sarebbe diventato un passaggio fondamentale per verificare la fondatezza del quadro accusatorio;
- avrebbe trascurato la risalenza nel tempo delle condotte oggetto dell'indagine penale, la mancata adozione di misure cautelari, l'assenza di segnalazioni ANAC e l'iscrizione nella *white list* presso la Prefettura di Roma in data -OMISSIS-.

II) *Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 80 e 85, comma 5 lettera c) del d.lgs n. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione delle Linee guida ANAC n. 6/2016. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 57, par. 1 e par. 4, lett. c) della direttiva 2014/24/UE. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 16, 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Violazione del principio del contraddittorio. Violazione degli artt. 3, 23, 27, 41, 97 e 112 Cost. Violazione del principio di presunzione di innocenza e del principio di proporzionalità. Eccesso di potere per assoluto difetto di istruttoria e travisamento dei fatti. Eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto, ingiustizia grave e manifesta. Contraddittorietà di atti e comportamenti, violazione del legittimo affidamento. L'estromissione sarebbe inficiata da contraddittorietà rispetto ai precedenti atti della procedura, perché il -OMISSIS- -OMISSIS- ha regolarmente comunicato di avere ricevuto l'avviso *ex art. 415-bis c.p.p.* e, con successiva lettera del -OMISSIS-, l'azienda pubblica genovese l'ha invitata alla gara.*

Sia -OMISSIS- sia la controinteressata Humana People to People Italia soc. coop. a r.l. (prima graduata) si sono costituite in giudizio, difendendo la piena legittimità del provvedimento oppugnato e instando per la reiezione del gravame.

Con ordinanza n. 29 del 13 febbraio 2023 il Collegio ha accolto la domanda cautelare ai fini del riesame dell'atto espulsivo da parte dell'Amministrazione, ravvisando deficit istruttori e motivazionali perché assunto in carenza di contraddittorio con l'impresa interessata, nonché sulla base di un avviso di chiusura delle indagini anteriore all'iscrizione della società nella *white list* presso la Prefettura di Roma.

Con ricorso ai sensi dell'art. 43 c.p.a., notificato il 28 aprile 2023 e depositato l'8 maggio 2023, -OMISSIS- ha impugnato il nuovo provvedimento di esclusione emesso da -OMISSIS- in data -OMISSIS-, deducendo il seguente motivo aggiunto:

I) *Violazione e/o falsa applicazione dell'ordinanza del T.A.R. Liguria n. 29/2023. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 425 c.p.p. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 80 e 85, comma 5, lettera c) del d.lgs n. 50/2016. Violazione degli artt. 1, 3 e 7 della legge n. 241/90. Vizio del procedimento e difetto motivazione. Violazione e/o falsa applicazione delle Linee guida ANAC n. 6/2016. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 57, par. 1 e par. 4, lett. c) della direttiva 2014/24/UE. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 16, 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Violazione degli artt. 3, 23, 27, 41, 97 e 112 Cost. Violazione del diritto di difesa e del contraddittorio. Violazione del principio di presunzione di innocenza e del principio di proporzionalità. Eccesso di potere per travisamento dei fatti. Eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto, ingiustizia grave e manifesta. La conferma dell'originaria espulsione sarebbe illegittima, perché:*

- anche in sede di riesame la stazione appaltante avrebbe omesso di apprezzare autonomamente i fatti e di indicare gli elementi in grado di ledere l'affidabilità dell'operatore economico, continuando semplicemente a richiamare i reati contestati dalla pubblica accusa;
- il procedimento penale verserebbe nella fase di attesa dell'udienza preliminare e, quindi, occorrerebbe aspettare che il G.U.P. valuti la tenuta dell'impianto accusatorio, stabilendo se disporre la celebrazione del processo o, invece, pronunciare sentenza di non luogo a procedere: ciò in quanto solo in presenza di un decreto di rinvio a giudizio l'amministrazione potrebbe ravvisare un grave illecito professionale, suscettibile di comportare l'esclusione dell'impresa dalla gara, mentre sarebbe incostituzionale fare discendere tale conseguenza da un atto del P.M.;
- l'insussistenza di esigenze cautelari nel procedimento penale rappresenterebbe un indicatore della non gravità dei fatti addebitati;
- la mancata emissione di interdittive antimafia a carico di -OMISSIS- e la sua inclusione nella *white list* dovrebbero incidere positivamente sul giudizio dell'ente pubblico committente;
- l'assenza di annotazioni nel casellario ANAC testimonierebbe la professionalità ed affidabilità dell'esponente, che da anni opera nel settore della raccolta di abiti usati come *partner* di molti soggetti pubblici e privati, senza avere mai ricevuto contestazioni;
- i vizi censurati con il ricorso introduttivo non sarebbero stati superati e, quindi, affliggerebbero anche il provvedimento di conferma.

Le parti hanno depositato memorie ai sensi dell'art. 73, comma 1, c.p.a., insistendo nelle rispettive conclusioni.

La causa è stata assunta in decisione nella pubblica udienza del 9 giugno 2023.

DIRITTO

1. Preliminarmente, va dichiarata l'improcedibilità del ricorso introduttivo per sopravvenuta carenza di interesse.

Infatti, dopo l'ordinanza cautelare di *remand*, -OMISSIS- ha riesercitato il potere, rinnovando l'istruttoria e la ponderazione degli interessi, ed ha confermato l'estromissione di -OMISSIS- dalla procedura negoziata.

Ne discende l'improcedibilità del gravame diretto contro il primo provvedimento, sostituito, in pendenza del processo, da un atto di conferma propria dell'esclusione inizialmente impugnata (cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 30 maggio 2022, n. 4316; T.A.R. Toscana, sez. II, 31 -OMISSIS-, n. 330, secondo cui "*qualora l'amministrazione, sulla scorta di una rinnovata istruttoria e di un'aggiornata motivazione, dimostri... di voler confermare la volizione espressa in atti pregressi, il successivo provvedimento si qualifica come atto del tutto nuovo con effetto confermativo (e non meramente confermativo): ne discende, quale corollario, che deve essere dichiarata improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse la domanda di annullamento rivolta avverso il provvedimento che, nel corso del giudizio, sia stato superato e sostituito dal provvedimento di conferma, dotato di autonoma efficacia lesiva della sfera giuridica del privato*"; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 9 gennaio 2023, n. 139).

2. Il ricorso per motivi aggiunti avverso l'atto confermativo dell'espulsione non è meritevole di accoglimento, per le ragioni che in appresso si illustrano.

In punto di fatto si rileva che:

- nel 2022 -OMISSIS- ha pubblicato un avviso per un'indagine di mercato volta ad individuare gli operatori economici interessati all'affidamento del servizio di raccolta differenziata di indumenti e accessori di abbigliamento usati, mediante appositi contenitori da posizionare nel comune di Genova e in altri comuni della Città Metropolitana, e successivo avvio a recupero come rifiuti presso un impianto autorizzato (doc. 1 ricorrente);
- in data -OMISSIS- la cooperativa -OMISSIS- ha presentato una manifestazione di interesse a partecipare alla procedura negoziata; con una nota allegata a tale dichiarazione, il legale rappresentante signor -OMISSIS- ha comunicato l'avvenuta ricezione, da parte sua e di -OMISSIS-, di un avviso di conclusione delle indagini preliminari ai sensi dell'art. 415-bis c.p.p., emesso il -OMISSIS- dalla Procura della Repubblica di Roma, ed ha contestualmente rivendicato l'estraneità ai fatti addebitati (doc. 2 resistente);
- il -OMISSIS- -OMISSIS- ha inviato a -OMISSIS-, come agli altri operatori interessati, la lettera di invito a presentare l'offerta (doc. 3 resistente);
- il -OMISSIS- l'impresa deducente ha, quindi, trasmesso la domanda di partecipazione, inserendo nella busta amministrativa, unitamente al D.G.U.E., la copia dell'avviso *ex art. 415-bis c.p.p.* (doc. 5 resistente);
- nella seduta del -OMISSIS- il R.U.P. ha escluso -OMISSIS- dalla procedura, ritenendo che i delitti ascritti al legale rappresentante della cooperativa, così come l'illecito amministrativo da reato per cui è indagata la società, integrino gravi illeciti professionali, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016 (doc. 2 ricorrente);
- in ottemperanza all'ordinanza di questo T.A.R. n. 29 del 2023, con nota datata 13 -OMISSIS- e consegnata via pec il 14 -OMISSIS-, -OMISSIS- ha avviato il procedimento di riesame, consentendo a -OMISSIS- di presentare osservazioni sia dopo la prefata comunicazione (docc. 7 e 10 ricorrente), sia in seguito al preavviso di conferma dell'esclusione del -OMISSIS- (docc. 8-9 ricorrente);

- con provvedimento del -OMISSIS- l'ente resistente ha confermato l'estromissione della concorrente, tenendo anche conto del fatto che, con atto del -OMISSIS-, il Pubblico Ministero ha esercitato l'azione penale, chiedendo il rinvio a giudizio del signor -OMISSIS- e, per l'illecito di cui al d.lgs. n. 231/2001, di -OMISSIS-, oltre che dei coimputati (doc. 12 ricorrente; l'udienza preliminare è stata fissata per il -OMISSIS-).

Si osserva, inoltre, che la gara ha ad oggetto l'affidamento di un servizio funzionale alla gestione dei rifiuti urbani, cui -OMISSIS- è istituzionalmente preposta, al quale si aggiunge, come contratto (attivo) accessorio, la vendita dall'azienda pubblica al privato affidatario degli indumenti usati raccolti (cfr. il capitolato speciale, sub doc. 4 resistente). Pertanto, data la natura di contratto passivo dell'appalto del servizio di ritiro dei rifiuti tessili, trovano applicazione le norme del codice dei contratti pubblici e, segnatamente, l'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 sui requisiti di ordine generale dei partecipanti alle gare pubbliche (come, peraltro, espressamente previsto a pag. 14 dell'avviso di manifestazione di interesse e a pag. 9 della lettera di invito).

2.1. L'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016 contempla una causa di esclusione c.d. facoltativa o non automatica, consistente nella commissione, da parte dell'operatore economico, di un grave illecito professionale, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità.

La disposizione in esame presenta una formulazione "aperta", in grado di comprendere tutti quei fatti, non predeterminati o predeterminabili *ex ante*, che siano qualificabili come gravi illeciti professionali incidenti sulla fiducia dell'ente committente e che, pertanto, ostino all'affidamento dell'appalto. In particolare, la norma rimette all'amministrazione aggiudicatrice sia la concreta individuazione delle fattispecie che possono integrare la situazione escludente, sia i relativi mezzi di prova, richiedendo solamente che questi siano "adeguati".

Secondo l'elaborazione pretoria, il grave illecito professionale può essere individuato (anche) in relazione sia ai delitti annoverati nell'art. 80, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, per i quali non vi sia ancora la condanna penale definitiva (che, una volta intervenuta, comporta l'espulsione obbligatoria), sia a fattispecie criminose diverse da quelle del suddetto elenco, purché la stazione appaltante valuti autonomamente i fatti e li reputi tali da intaccare l'integrità morale e/o l'affidabilità professionale del concorrente.

Alla stregua di un indirizzo giurisprudenziale minoritario, invocato dalla ricorrente, l'autonoma valutazione dell'amministrazione dovrebbe consistere in un vero e proprio vaglio degli atti del procedimento penale, quali i verbali di interrogatorio della polizia giudiziaria e le intercettazioni (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 16 maggio 2019, n. 1120). Tuttavia, l'ente pubblico non dispone di poteri di accertamento pari o, tantomeno, superiori a quelli della magistratura penale, ragion per cui non si può realisticamente pretendere che il funzionario amministrativo apprezzi gli elementi di prova raccolti dagli inquirenti, o la bontà dell'impianto accusatorio costruito dal Pubblico Ministero (v. sul punto Cons. St., sez. V, 17 settembre 2018, n. 5424).

Per tale ragione, secondo l'orientamento prevalente, cui aderisce questo Tribunale, è necessario e sufficiente che l'autonoma valutazione della stazione appaltante riguardi la potenziale incidenza delle condotte addebitate all'operatore economico sulla sua moralità

ed affidabilità, precisandosi che l'apprezzamento del medesimo fatto in sede giudiziaria penale e in seno alla gara di appalto, presentando finalità differenti, avviene sulla base di parametri normativi distinti (in tal senso cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. III, -OMISSIS-, n. 10936; Cons. St., sez. V, 8 gennaio 2021, n. 307; T.A.R. Toscana, sez. I, 19 ottobre 2022, n. 1172; si veda altresì Corte di Giustizia UE, 24 ottobre 2018, C-124/17, *Vossloh Laeis*, secondo cui *“occorre tener conto delle funzioni rispettive, da un lato, delle amministrazioni aggiudicatrici e, dall'altro, delle autorità investigative. Mentre queste ultime hanno il compito di stabilire la responsabilità di determinati agenti nel commettere una violazione a una norma di diritto, accertando con imparzialità la realtà di fatti che possono costituire una siffatta violazione, nonché punendo il comportamento illecito pregresso di detti agenti, le amministrazioni aggiudicatrici devono valutare i rischi cui potrebbero essere esposte aggiudicando un appalto a un offerente la cui integrità o affidabilità sia dubbia”*).

Per quanto concerne l'adeguatezza dei mezzi di prova del grave illecito professionale da fatto di reato, la giurisprudenza ha riconosciuto che la stazione appaltante può utilizzare come “fonti” non solo le sentenze non irrevocabili, ma anche gli atti del procedimento penale dai quali emergano gravi indizi, quali i provvedimenti cautelari, l'avviso di conclusione delle indagini preliminari, l'atto di esercizio dell'azione penale e il decreto di rinvio a giudizio (cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 15 -OMISSIS-, n. 2726; Cons. St., sez. V, -OMISSIS-, n. 10970; Cons. St., sez. V, 23 dicembre 2019, n. 8711; Cons. St., sez. V, 20 marzo 2019, n. 1846; Cons. St., sez. V, 27 febbraio 2019, n. 1367; T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 6 giugno 2023, n. 197; T.A.R. Piemonte, sez. I, 23 agosto 2019, n. 959).

In proposito, si è precisato che *“dal procedimento penale si potranno trarre elementi probatori tanto più significativi, quanto più esso è progredito”* (così T.A.R. Liguria, sez. I, 22 giugno 2021, nn. 521-522-523). Infatti, gli atti prodromici alla condanna penale e, segnatamente, quelli assunti dal magistrato inquirente (avviso di conclusione delle indagini e richiesta di rinvio a giudizio) possiedono “fisiologicamente” una portata dimostrativa inferiore rispetto ai provvedimenti contenenti un accertamento dell'autorità giudicante, quali l'ordinanza applicativa di misure cautelari (personali o reali) e la sentenza.

Tuttavia, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, l'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016 consente all'amministrazione di ravvisare un grave illecito professionale, con portata escludente, anche se il procedimento penale si trovi nella fase antecedente al rinvio a giudizio (e non siano stati adottati provvedimenti cautelari). Infatti, la norma in parola assolve ad una finalità precauzionale, mirando ad evitare che l'ente pubblico contratti con soggetti inaffidabili, a tutela del buon andamento dell'azione amministrativa *ex art. 97 Cost.*: onde non sussiste alcuna violazione della presunzione di innocenza sancita dall'art. 27, comma 2, Cost., che riguarda il processo e la responsabilità penale e, quindi, non può essere automaticamente trasposta nelle procedure di evidenza pubblica.

Fallace è, poi, la tesi ricorsuale secondo cui, dopo la modifica della regola di giudizio che governa l'udienza preliminare per effetto del d.lgs. n. 150/2022 (c.d. riforma Cartabia), l'amministrazione non potrebbe più fare riferimento alle risultanze delle indagini penali non ancora vagliate dal Giudice dell'udienza preliminare. Invero, il novellato art. 425, comma 3, c.p.p. ha arricchito i poteri cognitivi del G.U.P., stabilendo che l'imputato venga

rinvio a giudizio solo se gli elementi probatori raccolti dal Pubblico Ministero consentano di formulare una *“ragionevole previsione di condanna”* (non bastando più che siano sufficienti e idonei a sostenere l'accusa in giudizio, secondo la previgente formulazione della norma). Ma, come ammesso dalla stessa ricorrente, il più pregnante giudizio prognostico adesso rimesso al G.U.P. non condiziona le indagini del P.M., i cui atti, pertanto, mantengono per le stazioni appaltanti la stessa rilevanza che rivestivano precedentemente al d.lgs. n. 150 cit.

Pertanto, alla luce di quanto sin qui esposto, l'amministrazione aggiudicatrice ha la facoltà di escludere un concorrente per un grave illecito professionale discendente dalla (asserita) commissione di un fatto penalmente rilevante, a prescindere dalla definitività degli accertamenti compiuti in sede penale, purché la decisione sia assunta all'esito di un'istruttoria adeguata, svolta in contraddittorio con l'impresa, e sia assistita da una motivazione congrua ed esauriente.

Nella valutazione dell'incidenza delle condotte dell'impresa e/o dei soggetti titolari di incarichi apicali sull'affidabilità dell'operatore economico l'amministrazione gode di lata discrezionalità, fondata sulla necessità di garantire l'elemento fiduciario del rapporto contrattuale fin dalla sua genesi. Onde la decisione di estromettere dalla competizione il concorrente – anche utilizzando “fonti” non contenenti un accertamento del reato da parte del giudice penale, come l'avviso di conclusione delle indagini preliminari e l'atto di esercizio dell'azione penale (ma anche il decreto di rinvio a giudizio, recante comunque solo una prognosi) – risulta sindacabile in sede di legittimità nei limiti della manifesta illogicità, macroscopica irragionevolezza, abnormità, travisamento dei fatti, o insufficienza della motivazione (cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, -OMISSIS-, n. 10970, cit.; Cons. St., sez. III, 2 agosto 2021, n. 5659; Cons. St., sez. V, 20 marzo 2019, n. 1846, cit.; Cons. St., sez. V, 17 settembre 2018, n. 5424, cit.; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, ord. 16 settembre 2022, n. 5918).

Per completezza, si osserva che le richiamate conclusioni, raggiunte dalla giurisprudenza nella ricostruzione ermeneutica del grave illecito professionale da reato ai sensi dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, sono state recepite nel codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023. Infatti, pur avendo introdotto nella materia *de qua* significative innovazioni (tra cui la tipizzazione delle fattispecie integranti il grave illecito professionale e dei relativi mezzi di prova), il nuovo codice, all'art. 98, comma 7, stabilisce che *“La stazione appaltante valuta i provvedimenti...giurisdizionali di cui al comma 6, motivando sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e integrità dell'offerente”*. Dunque, il legislatore ha confermato che, in presenza di reati non definitivamente accertati, spetta all'amministrazione decidere se mantenere l'impresa in gara oppure estrometterla, prevedendo espressamente che, nell'ipotesi di delitti gravi (comportanti l'esclusione automatica in caso di condanna definitiva), l'ente può desumere l'illecito professionale anche dagli atti con cui il P.M. esercita l'azione penale ai sensi dell'art. 407-bis, comma 1, c.p.p. (richiesta di rinvio a giudizio nel rito ordinario, formulazione dell'imputazione nei casi di applicazione della pena su richiesta, giudizio direttissimo, giudizio immediato e procedimento per decreto).

2.2. In applicazione delle tracciate coordinate ermeneutiche, ritiene il Collegio che il rinnovato provvedimento di esclusione di -OMISSIS- sia immune dai vizi dedotti dalla ricorrente.

Infatti, l'ente ha rieditato il subprocedimento di valutazione dell'integrità ed affidabilità dell'impresa, garantendole ampiamente il contraddittorio, ed ha confermato che i comportamenti descritti negli atti del Pubblico Ministero appaiono tali da integrare un grave illecito professionale, che impedisce l'instaurazione del vincolo fiduciario tra committente ed appaltatore.

In particolare, con motivazione dettagliata, puntuale ed esaustiva, -OMISSIS- ha illustrato i numerosi fattori che la inducono a dubitare dell'affidabilità della cooperativa e che, pertanto, minano la fiducia che essa deve riporre nell'affidatario del servizio, in ottica cautelativa e, viepiù, nel delicato settore dei rifiuti. Segnatamente, l'azienda pubblica ha evidenziato che:

- dopo l'avviso di chiusura delle indagini preliminari *ex art. 415-bis c.p.p.*, considerato nel primigenio atto di estromissione, la Procura non ha chiesto l'archiviazione del procedimento, ma ha instato per il rinvio a giudizio ai sensi dell'art. 416 c.p.p. sia del signor -OMISSIS-, sia, per l'illecito *ex art. 231/2001*, della cooperativa -OMISSIS-: pertanto, non ravvisando elementi a discarico, il P.M. ha ritenuto di dover esercitare l'azione penale, sicché il procedimento penale è progredito in processo e gli indagati sono divenuti imputati;
- i reati ascritti al legale rappresentante di -OMISSIS-, in concorso con altri quindici soggetti, sono gravi e numerosi, trattandosi di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti (art. 452-*quaterdecies* c.p.), truffa (art. 640 c.p.), furto aggravato (artt. 624 e 625 nn. 2 e 7 c.p.), falso ideologico e materiale per induzione in errore del pubblico ufficiale (artt. 48, 479 e 476 c.p.), turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.), turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (art. 353-*bis* c.p.), falso ideologico del privato in atto pubblico con turbata libertà degli incanti (artt. 483 e 353 c.p.);
- alla cooperativa -OMISSIS- è contestato l'illecito amministrativo da reato di cui all'art. 25-*undecies* del d.lgs. n. 231/2001 (reati ambientali);
- le fattispecie criminose descritte nell'avviso di conclusione delle indagini afferiscono all'esecuzione di contratti pubblici analoghi all'appalto oggetto di gara, riguardando proprio la raccolta e il recupero di indumenti usati;
- il legale rappresentante e presidente del consiglio di amministrazione di -OMISSIS-, cui sono addebitate anche condotte decettive e non trasparenti verso le stazioni appaltanti ed i terzi, è il "*dominus*" della cooperativa, poiché gli altri due componenti del c.d.a. sono familiari con lui residenti;
- a prescindere dall'esito del giudizio penale, i comportamenti emergenti dagli atti di indagine rivelano una gestione incauta delle commesse da parte di -OMISSIS-, accusata di avere commercializzato come beni di consumo ingenti quantitativi di prodotti di abbigliamento raccolti presso enti locali e parrocchie, senza attivare previamente le procedure necessarie alla cessazione della qualifica di rifiuto tessile.

Dunque, l'avversato provvedimento di esclusione si è basato su una "fonte" idonea ed ha assolto adeguatamente all'onere motivazionale concernente l'autonoma valutazione del rilievo delle vicende sull'affidabilità del concorrente, anche sotto il profilo della consistenza

e gravità delle condotte di reato contestate (alcune delle quali – traffico illecito di rifiuti, turbata libertà degli incanti e turbata libertà del procedimento di scelta del contraente – rientranti nell'elencazione dei gravi delitti per i quali la condanna definitiva è automaticamente ostativa *ex art. 80, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016*).

2.3. Per contro, nessuna delle circostanze invocate dalla difesa attorea è suscettibile di inficiare la legittimità dell'atto oppugnato.

3.1. Anzitutto, le condotte imputate al legale rappresentante della cooperativa -OMISSIS- e alla stessa -OMISSIS- sono senz'altro rilevanti sotto il profilo temporale.

In giurisprudenza si riscontra un contrasto in ordine al limite massimo di rilevanza temporale del grave illecito professionale, originato dalla formulazione oscura dell'art. 10-bis dell'art. 80.

Secondo un primo orientamento, in base ad un'interpretazione adeguatrice o "utile" della citata disposizione, la vicenda che può dar luogo al provvedimento espulsivo conta per tre anni dalla data del suo accertamento (definitivo) e, nelle more dell'eventuale contestazione giudiziale, va comunque considerata dalla stazione appaltante (cfr. Cons. St., sez. III, 1° giugno 2021, n. 4201; Cons. St., sez. V, 29 ottobre 2020, n. 6635; C.G.A. Reg. Sic., sez. giur., 16 novembre 2020, n. 1032; T.A.R. Liguria, sez. I, 27 ottobre 2020, n. 734).

Altro indirizzo reputa, invece, che l'art. 80 del d.lgs. 50/2016 non fissi un limite cronologico del grave illecito professionale, che, però, si ricava dall'art. 57, par. 7, della direttiva 2014/24/UE, dotato di efficacia diretta, ai sensi del quale il periodo di esclusione non può essere superiore a "tre anni dalla data del fatto" (v., *ex aliis*, Cons. St., sez. V, 27 gennaio 2022, n. 575; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 11 ottobre 2022, n. 2228). Tuttavia, se la situazione escludente è correlata alla perpetrazione di un reato, la data del fatto di cui all'art. 57, par. 7, della direttiva e, quindi, il *dies a quo* del triennio in cui la stazione appaltante può dare corso all'estromissione facoltativa coincide (non con la condotta materiale, bensì) con il momento in cui il magistrato competente abbia emesso un provvedimento idoneo a conferire una qualificazione giuridica rilevante ai fini delle cause espulsive dalle gare d'appalto, quale l'ordinanza cautelare del G.I.P., la richiesta del P.M. di rinvio a giudizio, o il decreto che G.U.P. che dispone il giudizio. Ciò in quanto il fatto in sé, oltre a rimanere tendenzialmente sconosciuto per lungo tempo, non è idoneo a sfociare nel grave illecito professionale ove non venga corredato da siffatta qualificazione giuridica (in argomento cfr., *ex aliis*, Corte di Giustizia UE, 24 ottobre 2018, C-124/17, cit., § 39; Cons. St., sez. IV, 7 ottobre 2022, n. 8611; Cons. St., sez. IV, 31 dicembre 2020, n. 8563).

L'art. 96, comma 10, lett. c) del nuovo codice ha prescelto questa seconda ricostruzione per l'ipotesi di illecito professionale derivante da un reato in corso di accertamento, prevedendo che i tre anni siano conteggiati dalla data dell'atto del P.M. di esercizio dell'azione penale o, se antecedente, dell'eventuale provvedimento cautelare del G.I.P. Come evidenziato nella relazione illustrativa al d.lgs. n. 36/2023, se il *dies a quo* della causa espulsiva si individuasse nella mera commissione del fatto penalmente rilevante, verrebbero sottratte alla valutazione dell'amministrazione, fino alla condanna definitiva, condotte anche molto gravi, in contrasto con la logica precauzionale e preventiva che presiede allo scrutinio dei requisiti generali di partecipazione alle gare pubbliche.

Ciò posto, aderendo a quest'ultima impostazione, nel caso in esame la decorrenza del triennio va ancorata all'atto del -OMISSIS-, con cui il Pubblico Ministero ha esercitato l'azione penale, non rilevando che molti comportamenti risalirebbero agli anni fra il -OMISSIS-. Peraltro, secondo la prospettazione dell'accusa, il delitto di traffico illecito di rifiuti sarebbe stato commesso sino a tutto il 2019 e, quindi, risulterebbe infratriennale la stessa condotta materiale.

Peraltro, anche seguendo il primo indirizzo sopra richiamato, la vicenda può essere senz'altro tenuta in conto dalla stazione appaltante, in quanto tuttora in corso di accertamento da parte dell'autorità giudiziaria.

3.2. Per quanto riguarda la mancata adozione di provvedimenti cautelari da parte del G.I.P., invocata dalla ricorrente a suo favore, si ritiene che l'omessa applicazione di misure restrittive personali o reali non impedisca ad -OMISSIS- di apprezzare sfavorevolmente gli altri elementi emergenti dagli atti del procedimento penale. Tale conclusione, peraltro, è oggi accolta dall'art. 98, comma 6, lett. g) del d.lgs. n. 36/2023 con riguardo all'illecito professionale derivante dalle fattispecie delittuose non definitivamente accertate che, in caso di condanna definitiva, hanno portata automaticamente escludente.

Considerazioni simili possono svolgersi per l'iscrizione di -OMISSIS- nell'elenco delle imprese non soggette a tentativi di infiltrazione mafiosa istituito presso la Prefettura capitolina (c.d. *white list*), in forza di provvedimento del -OMISSIS- (doc. 6 ricorrente). Infatti, ai sensi dell'art. 1, commi 52, 52-*bis* e 53 della legge n. 190/2012, l'inserimento nella "lista bianca" prefettizia tiene luogo, nei rapporti negoziali con la pubblica amministrazione, della comunicazione e dell'informazione antimafia liberatorie, attestando sia che gli amministratori, i direttori tecnici, i sindaci ed i soci della società non sono stati attinti da misure di prevenzione o da condanne per delitti-spia, sia che l'impresa non è esposta a rischio infiltrativo. Ma, come ben lumeggiato nell'atto gravato, l'assenza di permeabilità al crimine organizzato non esaurisce la valutazione in ordine all'integrità ed affidabilità dell'operatore economico, che, senza dubbio, può essere di segno negativo anche qualora non si riscontri un condizionamento da parte di consorterie mafiose.

3.3. Nemmeno l'assenza di annotazioni riservate nel casellario ANAC vale a rendere illogico o insensato il giudizio di inaffidabilità espresso da -OMISSIS- Invero, come evidenziato nel provvedimento avverso, tale circostanza non costituisce prova certa dell'esecuzione impeccabile dei contratti pregressi, potendo semplicemente dipendere dalla mancata percezione, da parte dei committenti, di mancanze dell'appaltatrice, o dall'omessa reazione degli stessi committenti, o, ancora, dalla possibile compensazione di inadempimenti reciproci.

Peraltro, la non irragionevolezza della valutazione dell'ente resistente trova ulteriore conferma, sebbene non necessaria, alla luce della recente ordinanza del T.A.R. Veneto n. -OMISSIS- del -OMISSIS-, pubblicata sul sito istituzionale della giustizia amministrativa. Da tale pronuncia emerge che, nel -OMISSIS-, la cooperativa -OMISSIS- è stata colpita da un provvedimento di decadenza dell'aggiudicazione emesso da un'azienda pubblica veneta, in relazione all'affidamento di un servizio di raccolta di indumenti e accessori usati, per non avere comprovato i requisiti di idoneità professionale e capacità tecnica dichiarati in sede di

partecipazione e, in particolare, per non avere prodotto i certificati di regolare esecuzione rilasciati dalle amministrazioni in altre commesse. Orbene, tale provvedimento, per quanto di per sé non sintomatico dell'inaffidabilità della cooperativa (essendo *sub judice*, seppur non sospeso dal tribunale), smentisce comunque l'affermazione della ricorrente, contenuta nei motivi aggiunti (e, quindi, successiva all'atto decadenziale), di non avere mai ricevuto contestazioni di sorta da parte delle stazioni appaltanti.

3.4. Infine, non è ravvisabile alcuna contraddizione nel fatto che -OMISSIS-, pur essendo stata resa edotta dell'avviso *ex art. 415-bis c.p.p.* sin dalla manifestazione di interesse di -OMISSIS-, abbia invitato l'impresa alla procedura e, successivamente, l'abbia estromessa dal confronto comparativo.

Infatti, l'art. 5 dell'avviso pubblico stabiliva espressamente che *"Saranno invitati alla procedura tutti gli operatori economici che hanno aderito, nei tempi stabiliti, alla presente manifestazione di interesse e che hanno dichiarato il possesso dei requisiti richiesti. Resta inteso che la manifestazione d'interesse inviata non costituisce prova del possesso dei requisiti generali richiesti per l'affidamento del servizio, che invece dovranno essere dichiarati dall'interessato, unitamente ai requisiti speciali, ed accertati dalla stazione appaltante in capo ai soggetti invitati in occasione della procedura di affidamento ed in conformità delle prescrizioni contenute nella lettera di invito e del Codice"*.

Onde correttamente -OMISSIS- ha, dapprima, convocato la cooperativa interessata alla procedura negoziata e, in seguito, ha verificato il possesso dei requisiti di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016. Tanto più che la resistente ha preso visione della copia dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari solo al momento della ricezione della domanda di partecipazione di -OMISSIS-, la quale, al momento della manifestazione di interesse iniziale, si era limitata a comunicare di avere ricevuto il suddetto avviso (senza allegarlo e senza indicare le condotte e i reati contestati).

3. In relazione a quanto precede, il ricorso introduttivo deve essere dichiarato improcedibile, mentre il ricorso per motivi aggiunti si appalesa infondato e va, quindi, rigettato.

4. In considerazione della complessità delle questioni trattate, le spese di lite possono essere integralmente compensate tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e sul ricorso per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, così dispone:

- dichiara improcedibile il ricorso introduttivo;
- rigetta il ricorso per motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Vista la richiesta dell'interessato e ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, comma 1, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento di ogni dato idoneo ad identificare la parte ricorrente ed il suo legale rappresentante.

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:



Giuseppe Caruso, Presidente
Liliana Felletti, Referendario, Estensore
Marcello Bognesi, Referendario

TAR Calabria – Reggio Calabria, 26 ottobre 2023, n. 782 (Pres. Roberta Mazzulla)

Requisiti di ordine speciale – Art. 100 D.Lgs. n. 36/2023 - Sistema di qualificazione degli operatori economici – Categorie di opere scorporabili – Generali – Specializzate – Qualificazione obbligatoria – Subappalto.

Con la nuova disciplina del sistema di qualificazione degli operatori economici introdotta dal D.lgs. n. 36/2023 e nell'attuale vigenza dell'art. 12 D.L. n. 47/2014, si può dunque affermare che tutte le categorie di opere scorporabili, sia generali che specializzate, dovranno, dal 1 luglio 2023, considerarsi a qualificazione obbligatoria, ovvero l'aggiudicatario, per eseguirle, dovrà essere in possesso della relativa qualificazione, oppure dovrà necessariamente ricorrere al subappalto.

Tale interpretazione, oltre a configurare un esito rassicurante del quadro normativo in tema di qualificazione degli operatori economici, ha il pregio di armonizzarsi con l'art. 2 comma 2 del citato allegato II.12, laddove prescrive che “La qualificazione in una categoria abilita l'operatore economico a partecipare alle gare e a eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto”, il che fa dedurre che per “eseguire i lavori” è necessario essere in possesso di adeguata qualificazione.

(Per il testo della sentenza in formato integrale vedere [pag. 18](#))

TAR Lazio – Roma, sez. IV, 26 settembre 2023, n. 14255 (Pres. Roberto Politi)

Soccorso istruttorio – Art. 101 D.Lgs. n. 36/2023 – Integrazione offerta tecnica – Integrazione offerta economica – Limiti – Esclusione – Funzione integrativa e funzione sanante – Principio di parità dei concorrenti – Par condicio – Requisiti di ordine generale – Requisiti di ordine speciale.

Non poteva ammettersi per la tutela della par condicio tra i concorrenti l'integrazione dell'offerta tecnica, finanche in via di soccorso istruttorio, alla luce della piana previsione di cui all'art. 83, comma 9 del d.lgs. 50/2016, una disposizione in cui si prevedeva che "in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere"; previsione ancor più circostanziata nel nuovo testo di cui all'art. 101 del d.lgs. 36/2023, ove attualmente è previsto che mediante il soccorso istruttorio si possa "sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione, del documento di gara unico europeo e di ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura di gara, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica". Sul punto, una chiara presa di posizione da parte della giurisprudenza si registra nella recente sentenza del Consiglio di Stato del 21 agosto 2023, n. 7870, nella quale – oltre ad esaminarsi accuratamente l'evoluzione legislativa del soccorso istruttorio dal d.lgs. 50/2016 al vigente d.lgs. 36/2023 – si è ribadito che "deve tenersi per ferma la non soccorribilità (sia in funzione integrativa, sia in funzione sanante) degli elementi integranti, anche documentalmente, il contenuto dell'offerta (tecnica od economica): ciò che si porrebbe in contrasto con il superiore principio di parità dei concorrenti. Restano, per contro, ampiamente sanabili le carenze (per omissione e/o per irregolarità) della documentazione c.d. amministrativa. In altri termini, si possono emendare le carenze o le irregolarità che attengano alla (allegazione) dei requisiti di ordine generale (in quanto soggettivamente all'operatore economico in quanto tale), non quelle inerenti ai requisiti di ordine speciale (in quanto atte a strutturare i termini dell'offerta, con riguardo alla capacità economica, tecnica e professionale richiesta per l'esecuzione delle prestazioni messe a gara)"

(In senso conforme: TAR Calabria, n. 1192/2023).

N. 14255/2023 REG.PROV.COLL.
N. 10538/2023 REG.RIC.

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

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.; sul ricorso numero di registro generale 10538 del 2023, proposto da Consorzio Imprese Riunite Società Consortile a r.l., in relazione alla procedura CIG 9612182F81, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianluigi Pellegrino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Anas Gruppo FS Italiane, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Vittadello S.p.A.; Edil Moter s.r.l.; Techproject s.r.l.;

Ingegneria del Territorio s.r.l.;

Studio Corona s.r.l., Civil Engineering;

Inco Engineering s.r.l.;

Pat Progettazione Ambiente e Territorio s.r.l.;

Terre s.r.l.;

Ecol Studio S.p.A.;

I.Co.P. S.p.A. Società Benefit;

Vianini Lavori S.p.A.;

Itinera S.p.A.;

Eteria Consorzio Stabile s.c.a.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Patrizio Leozappa e Riccardo Gai, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

del provvedimento, comunicato con nota dell'8.6.2023, con cui ANAS S.p.A. ha disposto l'aggiudicazione in favore del RTI con mandataria Eteria Consorzio Stabile S.c.a.r.l. della procedura di affidamento dell'appalto integrato "RM 07-23 - S.S. 675 Sistema infrastrutturale del collegamento del porto di Civitavecchia con il nodo intermodale di Orte Tratta Monte Romano est - Civitavecchia. 1° stralcio Tratta Monte Romano est - Tarquinia"; di ogni atto e provvedimento presupposto, connesso e consequenziale, ivi compresi i verbali di valutazione delle offerte tecniche, con specifico riferimento al verbale di seduta riservata n. 11 del 16.5.2023.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Anas Gruppo FS Italiane;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Eteria Consorzio Stabile S.C. A R.L.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 settembre 2023 il dott. Angelo Fanizza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il Consorzio Imprese Riunite Società Consortile a r.l. ha impugnato e chiesto l'annullamento del provvedimento, comunicato con nota dell'8.6.2023, con cui ANAS S.p.A. ha disposto l'aggiudicazione in favore del RTI con mandataria Eteria Consorzio Stabile s.c.a.r.l. della procedura di affidamento dell'appalto integrato "RM 07-23 - S.S. 675 Sistema infrastrutturale del collegamento del porto di Civitavecchia con il nodo intermodale di Orte Tratta Monte Romano est - Civitavecchia. 1° stralcio Tratta Monte Romano est - Tarquinia"; di ogni atto e provvedimento presupposto, connesso e consequenziale, ivi compresi i verbali di valutazione delle offerte tecniche, con specifico riferimento al verbale di seduta riservata n. 11 del 16.5.2023; la ricorrente ha, inoltre, chiesto la declaratoria di nullità, invalidità e inefficacia del contratto eventualmente stipulato ed il conseguimento dell'aggiudicazione mediante subentro.

La procedura oggetto del contendere, avente un importo a base gara di €. 285.229.528,12 (di cui: €. 268.344.507,17 per lavori da eseguire, €. 805.200,03 per il servizio di monitoraggio ambientale in corso d'opera, €. 4.516.455,35 per le spese tecniche relative alla progettazione esecutiva, €. 11.563.365,57 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso), è stata regolata dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa mediante l'assegnazione di 100 punti, ripartiti tra 80/100 punti per l'offerta tecnica (suddivisi in 66/100 per il punteggio discrezionale e 14/100 per il punteggio tabellare, da assegnare sulla base di nove criteri di valutazione, ulteriormente suddivisi in subcriteri e correlati subpunteggi) e 20/100 per l'offerta economica.

In esito alle operazioni di gara si è classificato al primo posto il RTI capeggiato da Eteria Consorzio Stabile s.c.a.r.l. con 73,985 (55,850 punti per l'offerta tecnica + 18,135 per l'offerta economica a fronte di un ribasso del 12,230%), mentre il consorzio ricorrente si è classificato al secondo posto con 73,106 punti (54,010 punti per l'offerta tecnica + 19,096 per l'offerta economica a fronte di un ribasso del 15,033%).

A fondamento del ricorso ha dedotto, con unico e articolato motivo, la violazione dell'art. 95 del d.lgs. 50/2016, della *lex specialis*, dell'art. 18 della legge 241/1990, dell'art. 59, comma 5 della Direttiva 2014/24/UE, dell'art. 43, comma 1 del DPR 445/2000, nonché l'eccesso di potere per difetto d'istruttoria, sviamento, irragionevolezza e ingiustizia manifesta.

Il ricorrente, dopo aver evidenziato che il distacco tra le prime due graduate è di 0,879 punti, ha lamentato che l'aggiudicazione sarebbe "manifestamente viziata in ragione dell'errata e illegittima mancata attribuzione all'odierna ricorrente del punteggio invece spettante per il criterio tecnico B.7.2 - "Esperienza specifica (Impresa di esecuzione dei lavori)", con attribuzione fino ad un massimo di 4 punti su base tabellare automatica" (cfr. pag. 3).

Per tale criterio, la commissione giudicatrice ha assegnato al RTI aggiudicatario 4 punti, mentre a parte ricorrente ha assegnato 2 punti.

Quest'ultima ha precisato di aver indicato nella relazione tecnica che *“il raggruppamento vanta una vasta e consolidata esperienza nel campo della realizzazione di infrastrutturali. Come meglio esplicitato negli allegati tecnici il concorrente ha espletato 2 interventi di esecuzione di infrastrutture lineari con importo complessivo superiore a 165 milioni di euro. Si rimanda all'allegato tecnico GT_b.7.2 “Dichiarazione esperienza specifica” Intervento n.1: Ampliamento della 3^a corsia da Rimini N. a Pedaso - Lotto 4 - Codice Appalto N. 0373/A04; Intervento n.2: S.S. 106 Jonica. Lavori di costruzione della variante all'abitato di Palizzi. Lotto dal km49+485 al km 51+750. 1° stralcio funzionale”*. E che, dunque, *“ai fini del soddisfacimento del criterio B.7.2, la deducente ha dunque dichiarato e attestato la realizzazione di due pregressi interventi per un importo complessivo pari a € 235.071.234,82, di gran lunga maggiore all'importo di € 165.000.000, al di sopra di cui, ai sensi della tabella a pag. 68 del Disciplinare, sarebbe stato riconosciuto il punteggio massimo”* (cfr. pag. 5), ma che la mancata attribuzione di punteggio sarebbe derivata dall'omessa allegazione dei *“documenti a comprova di quanto dichiarato”*, secondo quanto previsto dal disciplinare.

Ha dedotto, però, che sarebbe *“assolutamente pacifico che nel caso di specie il raggruppamento di cui CIR è mandataria ben può comprovare il possesso della specifica esperienza dichiarata mediante esibizione dei Certificati di Esecuzione Lavori (cd. C.E.L.) relativi a ciascuna delle due commesse allegate nella relativa dichiarazione di offerta. Certificati rilasciati in data ben antecedente alla partecipazione alla gara controversa”* (cfr. pag. 7).

La lacuna dichiarativa, tuttavia, non sarebbe stata suscettibile di determinare il diniego del pieno punteggio e, comunque, *“il criterio tecnico B.7.2 era espressamente qualificato come criterio tabellare-quantitativo, con attribuzione automatica di punteggio in base al valore complessivo dei pregressi lavori svolti”* (cfr. pag. 8): il che avrebbe dovuto giustificare una maggiore accuratezza nelle valutazioni della commissione di gara, dal momento che *“il raggruppamento di cui è mandataria già all'interno della propria relazione tecnica, come visto, e ancor più mediante il relativo allegato tecnico GT_b.7.2, aveva puntualmente dettagliato i lavori realizzati dalle imprese esecutrici, attestando in tal modo il – pacifico – possesso del requisito esperenziale in capo alle imprese che avrebbero eseguito i lavori oggetto di affidamento. Risulta pertanto evidente come già dalla documentazione di gara della ricorrente emergessero tutti gli elementi necessari a ritenere soddisfatto e altresì comprovato il menzionato criterio premiale B.7.2”* (cfr. pag. 10).

Ha soggiunto che *“ai fini della comprova del requisito premiale di esperienza specifica ben avrebbe potuto farsi riferimento anche ai certificati di esecuzione lavori (cd. C.E.L.), di cui all'art. 86, co. 5-bis, D.Lgs. n. 50/16, i quali risultano consultabili da tutte le stazioni appaltanti tramite la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici istituita presso l'ANAC ai sensi dell'art. 81, co. 4, D.Lgs. n. 50/16. Consultazione divenuta ancora più semplice a seguito dell'entrata in vigore del cd. Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico (FVOE), operante anche rispetto alla gara controversa ai sensi dell'art. 22 Disciplinare”* (cfr. pag. 12).

Si sono costituiti in giudizio la società Anas S.p.A. (3.8.2023) e la società Eteria Consorzi Stabile s.c.a.r.l. (4.8.2023), quest'ultima in proprio e in qualità di mandataria del RTI con le società Vittadello S.p.A. e Edil Moter s.r.l.

La stazione appaltante, nella memoria depositata il 10.8.2023, ha confermato che *“la commissione di gara nel rilevare, in ordine al criterio di valutazione B.7.2 del disciplinare di gara, la mancanza della documentazione richiesta a comprova di quanto dichiarato per l’assegnazione del punteggio, ha attribuito all’odierno ricorrente due punti, come si evince dal relativo verbale (...) valorizzando correttamente la commessa eseguita per ANAS in ragione del fatto che la relativa documentazione fosse già in possesso di questa stazione appaltante”* (cfr. pag. 7); ha opposto che *“la produzione dei CEL rappresentava (...) un obbligo per tutti i concorrenti sancito espressamente dalla legge di gara per l’ottenimento del punteggio previsto dal relativo criterio e tale documentazione non era surrogabile da una mera dichiarazione. Proprio per la funzione che è attribuita ai CEL, la stessa non può ritenersi validamente assolta con una mera dichiarazione posto che sui CEL, peraltro, è apposta la firma del committente”* (cfr. pag. 8); né la lacuna documentazione sarebbe stata sanabile mediante soccorso istruttorio, trattandosi di documentazione afferente all’offerta tecnica, né, ancora, mediante la consultazione della banca dati nazionale.

All’udienza in Camera di Consiglio del 23 agosto 2023 la domanda cautelare non è stata trattata in considerazione del deposito, in data 21.8.2023, del ricorso incidentale della società Eteria, la quale ha censurato la legittimità del punteggio assegnato per il criterio di valutazione B.7.2, contestando che al ricorrente principale non sarebbe spettato alcun punteggio e che, pertanto, allo stesso si dovrebbero sottrarre i 2 punti assegnati.

Ha dedotto, in particolare, che *“l’esecuzione degli interventi doveva essere attestata in sede di gara da idonea documentazione, in assenza della quale la commissione giudicatrice non avrebbe potuto (e dovuto) tener conto della mera autodichiarazione prodotta dal concorrente, con conseguente attribuzione di zero punti”* (cfr. pag. 9); ha eccepito l’irricevibilità del ricorso sull’assunto che *“la griglia dei punteggi tabellari assegnati dalla Commissione (ivi incluso il punteggio assegnato per il criterio B.7.2) è nota al Consorzio Imprese Riunite sin dal 17.5.2023, allorquando ANAS ha pubblicato sul Portale Acquisti e, quindi, reso disponibile a tutti gli operatori economici”* i files relativi alla tabella dei punteggi tecnici ed alla tabella finale; nel merito, si è opposta alle deduzioni proposte dalla ricorrente.

All’udienza in Camera di Consiglio del 20 settembre 2023, fissata per la trattazione della domanda cautelare, il Collegio ha avvisato le parti della possibile definizione della controversia ai sensi dell’art. 60 c.p.a. e la causa è stata trattenuta per la decisione.

Il ricorso incidentale è infondato e, pertanto, va respinto.

Ai sensi dell’art. 18, comma 2 della legge 241/1990, le Amministrazioni che bandiscono una gara pubblica devono acquisire d’ufficio i documenti necessari all’istruttoria già in loro possesso, in coerenza con le esigenze di semplificazione amministrativa ed in ossequio al divieto di aggravamento del procedimento (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 28 dicembre 2011, n. 6947; id., sez. IV, 16 luglio 2007, n. 4011).

Anche recentemente la giurisprudenza ha statuito che l’acquisizione d’ufficio di documenti in possesso della stazione appaltante sostanzia un obbligo di portata generale, unitamente alla *“insussistenza di espressioni deroghe o eccezioni al loro ambito d’applicazione oggettivo e l’assenza, nella normativa disciplinante le procedure di affidamento di appalti pubblici, di puntuali previsioni che impediscano espressamente l’acquisizione degli attestati in possesso delle amministrazioni aggiudicatrici, precludono che possano essere escluse dal perimetro applicativo della normativa citata le procedure di aggiudicazione di contratti pubblici, nonché impongono di interpretarla ed applicarla,*

anche in ossequio al principio del "favor participationis" ed in conformità ai recepiti principi di semplificazione amministrativa, a tale tipologia di procedimenti" (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 27 luglio 2017, n. 3698).

Pertanto, con riferimento all'intervento, avente come committente Anas e precisamente dichiarato dalla ricorrente, relativo alla "S.S. 106 Jonica. Lavori di costruzione della variante all'abitato di Palizzi. Lotto dal km 49+485 al km 51+750. 1° stralcio funzionale", la commissione giudicatrice ha legittimamente assegnato 2 punti, e ciò sull'evidente presupposto che la stazione appaltante non potesse disconoscere l'esecuzione di tale commessa.

Venendo al ricorso principale, ritiene il Collegio che debba essere respinto, tenuto conto:

- a) che il disciplinare ha previsto, con riferimento al criterio B.7.2 (esperienza specifica (Impresa di esecuzione dei lavori)) che "a comprova della effettiva esecuzione, non sarà accettata come valida alcun tipo di autodichiarazione/autocertificazione prodotta dal concorrente", rendendosi necessaria l'allegazione di documentazione puntualmente indicata (certificato di regolare esecuzione o di collaudo alla data di presentazione delle offerte; certificato di regolare esecuzione parziale; certificato di ultimazione lavori; verbale di apertura al traffico ancorché in modalità di esercizio provvisorio);
- b) che in merito all'attribuzione del punteggio per le offerte tecniche il disciplinare ha previsto che "quanto agli elementi cui è assegnato un punteggio tabellare identificato dalla colonna "T" della tabella, il relativo punteggio è assegnato, automaticamente e in valore assoluto, sulla base della presenza o assenza nell'offerta dell'elemento richiesto";
- c) che, pertanto, ai fini dell'assegnazione del punteggio (fino a un massimo di 4 punti) per il criterio B.7.2 dovessero essere allegati gli elementi richiesti, ossia la documentazione e non la semplice dichiarazione contenuta nella relazione tecnica (cfr. pag. 16, ove si è soltanto dichiarato che "il raggruppamento vanta una vasta e consolidata esperienza nel campo della realizzazione di infrastrutturali. Come meglio esplicitato negli allegati tecnici il concorrente ha espletato 2 interventi di esecuzione di infrastrutture lineari con importo complessivo superiore a 165 milioni di euro");
- d) che nel disciplinare di gara la stazione appaltante ha prescritto all'art. 16.2 che "nella tabella che segue sono riepilogati i documenti obbligatori per l'attribuzione del punteggio; visto l'impegno contrattuale che il concorrente assume con la propria offerta, in assenza di tali documenti verrà attribuito un punteggio pari a zero rispetto al criterio interessato"; e che per il criterio B.7.2 il contenuto dell'allegato tecnico fosse composto sia dalla "compilazione e Sottoscrizione – Allegato GT_b.7.2 - Dichiarazione esperienza specifica", sia dai "documenti a comprova di quanto dichiarato": previsioni di tenore inequivocabile, note ai concorrenti all'atto della partecipazione alla gara;
- e) che a fini dell'assegnazione del punteggio tecnico controverso fosse, dunque, necessaria l'allegazione del certificato di esecuzione dei lavori, il quale costituisce "una certificazione richiesta dall'impresa al committente (...) per la dimostrazione del possesso del requisito di idoneità tecnica – organizzativa, costituito dall'aver svolto lavori per un certo importo in una certa categoria in quanto la committenza certifica l'avvenuta esecuzione in maniera regolare e con buon esito dei lavori, nonché se risultano, e con quale esito, le contestazioni reciprocamente mosse dalle parti contrattuali in seguito all'esecuzione dei lavori"; e che, pertanto, è disciplinato dall'art. 86, comma 5 bis del d.lgs. 50/2016, ed annoverato tra i "mezzi di prova", perché attesta in favore

dell'impresa esecutrice *“la corretta esecuzione dei lavori, ossia la sua capacità tecnico – organizzativa”* (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1320);

f) **che, di conseguenza, non potesse ritenersi sufficiente ai fini della comprova la mera produzione del solo allegato GT o di parte dei vari elaborati documentali richiesti dal disciplinare; né, ancora, potesse ammettersi per la tutela della *par condicio* tra i concorrenti l'integrazione dell'offerta tecnica, finanche in via di soccorso istruttorio, alla luce della piana previsione di cui all'art. 83, comma 9 del d.lgs. 50/2016, una disposizione in cui si prevede(va) che *“in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere”*; previsione ancor più circostanziata nel nuovo testo di cui all'art. 101 del d.lgs. 36/2023, ove attualmente è previsto che mediante il soccorso istruttorio si possa *“sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione, del documento di gara unico europeo e di ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura di gara, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica”*;**

g) che, di conseguenza, il soccorso istruttorio non avrebbe potuto trovare applicazione, riguardando, la contestata valutazione, l'assegnazione di un determinante punteggio tecnico e non, più semplicemente, una previsione relativa alla partecipazione alla procedura di gara. Sul punto, una chiara presa di posizione da parte della giurisprudenza si registra nella recente sentenza del Consiglio di Stato del 21 agosto 2023, n. 7870, nella quale – oltre ad esaminarsi accuratamente l'evoluzione legislativa del soccorso istruttorio dal d.lgs. 50/2016 al vigente d.lgs. 36/2023 – si è ribadito che *“deve tenersi per ferma la non soccorribilità (sia in funzione integrativa, sia in funzione sanante) degli elementi integranti, anche documentalmente, il contenuto dell'offerta (tecnica od economica): ciò che si porrebbe in contrasto con il superiore principio di parità dei concorrenti. Restano, per contro, ampiamente sanabili le carenze (per omissione e/o per irregolarità) della documentazione c.d. amministrativa. In altri termini, si possono emendare le carenze o le irregolarità che attengono alla (allegazione) dei requisiti di ordine generale (in quanto soggettivamente all'operatore economico in quanto tale), non quelle inerenti ai requisiti di ordine speciale (in quanto atte a strutturare i termini dell'offerta, con riguardo alla capacità economica, tecnica e professionale richiesta per l'esecuzione delle prestazioni messe a gara)”*; il che è quanto si è verificato pure nella presente controversia;

h) che, inoltre, la dedotta applicazione dell'art. 18, comma 2 della legge 241/1990, posta a fondamento del riconoscimento dei 2 punti assegnati per il criterio B.7.2 in considerazione del fatto che il committente di tale appalto fosse proprio la società ANAS, non avrebbe potuto, invece, trovare applicazione relativamente all'appalto riguardante *“l'ampliamento della 3° corsia da Rimini a Pedaso - Lotto 4”*, trattandosi di commessa indetta dalla società Autostrada per l'Italia S.p.A.; cosicché l'ipotetica attivazione in via officiosa, da parte della commissione, per una consultazione presso la banca dati Anac, finalizzata ad avallare l'esecuzione della commessa dichiarata dalla ricorrente avrebbe sostanziato una condotta

discriminatoria tra i concorrenti. Il tutto senza contare, sul piano concreto, lo stato di precaria attuazione delle disposizioni normative del codice del 2016 che hanno istituito il modello informativo e il FVOE: una disciplina profondamente incisa dal d.lgs. 36/2023 (inapplicabile *ratione temporis* alla gara controversa) per un effettivo avvento della digitalizzazione dei contratti pubblici, in attesa del quale trova giustificazione l'elaborazione delle specifiche previsioni della *lex specialis* sulla prova documentale dei lavori riguardanti il criterio di valutazione oggetto del contendere.

In conclusione, sia il ricorso incidentale che il ricorso principale devono essere respinti.

Si ravvisano i presupposti per disporre la compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

- respinge il ricorso incidentale;
- respinge il ricorso principale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 settembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente

Angelo Fanizza, Consigliere, Estensore

Giuseppe Bianchi, Referendario

TAR Trentino Alto-Adige – Bolzano, 25 ottobre 2023, n. 316 (Pres. Lorenza Pantozzi Lerjefors)

Soccorso istruttorio – Principio del risultato – Art. 101 D.Lgs. n. 36/2023 – Art. 1 D.Lgs. n. 36/2023 – Miglior offerta – Valutazioni della stazione appaltante – Operato illegittimo.

L'istituto del soccorso istruttorio/procedimentale deve essere interpretato conformemente al cd. principio del risultato, oggi codificato nell'art. 1 del d.lgs. 36/2023 ma, come ricordato dal Consiglio di Stato in una recente decisione, costituente principio già immanente dell'ordinamento (Con. Stato, sez. IV, 20 aprile 2023, n. 4014). Il perseguimento del risultato, infatti, deve orientare quale criterio-guida l'azione amministrativa nella selezione del concorrente che risulti il più idoneo all'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'affidamento avendo presentato la migliore offerta. Da ciò deriva che l'operato della stazione appaltante la quale, attraverso erronee valutazioni, impedisca all'operatore economico che abbia presentato la migliore offerta di aggiudicarsi la commessa, è illegittimo anche sotto il profilo della violazione del cd. principio del risultato.

N. 00316/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00175/2023 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa
Sezione Autonoma di Bolzano

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 175 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da

AIG Associati Südtirol, in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del costituendo RTP con Pasquali – Rausa Engineering S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., e Studio Sartori e Piazzini, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Manzi, con

domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Alberico II, 33;

contro

Provincia Autonoma di Bolzano, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Alexandra Roilo, Patrizia Pignatta, Elisa Rodaro e Eric Chini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'Avvocatura provinciale in Bolzano, piazza Silvius Magnago, 1;

nei confronti

- Ing. Adriano Fragiaco, in proprio e in qualità di designato Capogruppo mandatario del RT di professionisti costituendo con i mandanti Baubüro Ingenieurgesellschaft e Ing. Mario Rossetti,
- Baubüro Ingenieurgesellschaft, in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e in qualità di mandante del sopra citato RTP,
- Ing. Mario Rossetti, in proprio e in qualità di mandante del sopra citato RTP, tutti rappresentati e difesi dall'avvocato Paolo Segalerba, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Bolzano, Via Cassa di Risparmio, 13;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo, notificato in data 19.6.2023:

- del provvedimento del 18 maggio 2023, comunicato il 19 maggio 2023, adottato dalla Provincia Autonoma di Bolzano nell'ambito della procedura aperta per l'affidamento dei servizi di collaudo tecnico amministrativo, collaudo statico, collaudo tecnico funzionale degli impianti e collaudo antincendio in corso d'opera e finale per l'opera "Circonvallazione dell'abitato di Perca sulla SS 49 Val Pusteria (Comune di Perca)", recante l'aggiudicazione della predetta procedura in favore del RTP Studio Ingegneria Fragiaco Adriano/Baubüro Ingenieurgesellschaft/Mario Rossetti;
- del provvedimento del 19 maggio 2023 di comunicazione dell'aggiudicazione della procedura aperta per l'affidamento dei servizi di collaudo tecnico amministrativo, collaudo statico, collaudo tecnico funzionale degli impianti e collaudo antincendio in corso d'opera e finale per l'opera "Circonvallazione dell'abitato di Perca sulla SS 49 Val Pusteria (Comune di Perca)" in favore del RTP Studio Ingegneria Fragiaco Adriano/Baubüro Ingenieurgesellschaft/Mario Rossetti;
- in parte qua, di tutti i verbali di gara, compresi quelli resi in seduta riservata, nei quali la commissione giudicatrice ha riportato gli esiti delle valutazioni dell'offerta tecnica del RTP aggiudicatario (con riguardo al punteggio riparametrato e al punteggio assegnato per la referenza B1b e B1c) e del RTP ricorrente (con riguardo al criterio "A" referenza B1b e al punteggio riparametrato), in particolare:
 - (i) del verbale n. 4 della Commissione per la valutazione tecnico-qualitativa delle offerte del 29.03.2023, recante gli esiti della valutazione tecnico-qualitativa e dell'Allegato A contenente la tabella di valutazione ed attribuzione dei punteggi, nella parte in cui la commissione giudicatrice ha ommesso di riconoscere in favore del RTP ricorrente il punteggio tecnico per il criterio A, referenza B1b, attribuendogli 0 punti sulla scorta del fatto che il servizio oggetto di referenza sarebbe stato svolto da soggetto diverso da quello indicato nell'Allegato A2;

nonché, per effetto di ciò, del medesimo verbale e dell'Allegato A recante la tabella di valutazione ed attribuzione dei punteggi nella parte in cui la commissione giudicatrice ha proceduto alla riparametrazione dei punteggi attribuendo un punteggio superiore al RTI aggiudicatario (rispetto a quanto avrebbe dovuto essergli attribuito) in virtù dell'erronea attribuzione del punteggio tecnico per il criterio A, riferimento B1b, nei confronti del RTP ricorrente;

(ii) del verbale n. 4 della Commissione per la valutazione tecnico-qualitativa delle offerte del 29.03.2023, recante gli esiti della valutazione tecnico-qualitativa e dell'Allegato A contenente la tabella di valutazione ed attribuzione dei punteggi nella parte in cui la commissione giudicatrice ha attribuito al RTP aggiudicatario il punteggio per la riferimento B1c, nonostante l'illegittima integrazione dell'offerta tecnica compiuta in sede di soccorso procedimentale nonché della parte in cui, in virtù del predetto errore, si è proceduto alla riparametrazione, attribuendogli un punteggio superiore rispetto a quanto avrebbe dovuto essergli attribuito;

(iii) del verbale n. 4 della Commissione per la valutazione tecnico-qualitativa delle offerte del 29.03.2023, recante gli esiti della valutazione tecnico-qualitativa e dell'Allegato A contenente la tabella di valutazione ed attribuzione dei punteggi nella parte in cui la commissione giudicatrice ha attribuito al RTP aggiudicatario il punteggio per la riferimento B1b nonostante la difformità della riferimento presentata con la *lex specialis* di gara;

(iv) del verbale n. 3 dell'Autorità di gara del 18.05.2023, con il quale sono state recepite le valutazioni tecnico-qualitative della commissione giudicatrice e, sulla scorta di tali erronee valutazioni, si è proceduto all'attribuzione del punteggio economico e, infine, sulla scorta della graduatoria così risultante, alla proposta di aggiudicazione in favore del RTP Studio Ingegneria Fragiaco Adriano/Baubüro Ingenieurgesellschaft/Mario Rossetti nonché del medesimo verbale nella parte in cui viene disposta l'aggiudicazione della gara in favore del RTP Studio Ingegneria Fragiaco Adriano/Baubüro Ingenieurgesellschaft/Mario Rossetti;

- della richiesta di soccorso procedimentale e del verbale n. 2 della Commissione per la valutazione tecnico-qualitativa delle offerte del 15.02.2023, nella misura in cui ha consentito al RTP Fragiaco di integrare/modificare l'offerta tecnica e del verbale n. 4 della Commissione per la valutazione tecnico-qualitativa delle offerte nella misura in cui ha ritenuto i chiarimenti resi in sede di soccorso procedimentale regolari ed esaustivi;

- del verbale di gara n. 2 dell'Autorità di gara del 30.01.2023 (doc. 6) e della comunicazione di scioglimento riserve nella parte in cui è stata disposta l'ammissione alla gara del RTP Fragiaco sia nella misura in cui è stato ritenuto che le integrazioni rese in sede di soccorso istruttorio sarebbero intervenute entro i termini stabiliti sia in quanto sono stati ritenuti regolari i chiarimenti resi in tale sede;

- della richiesta di soccorso istruttorio nella parte in cui l'Autorità di gara ha ritenuto la documentazione presentata dal RTP Fragiaco già completa;

- in subordine e per quanto occorrer possa, del disciplinare di gara in parte qua con particolare riguardo all'art. 6 parte I, dell'art. 3.2 parte II ed all'art. 4.3 parte III nella misura in cui tali disposizioni dovessero essere interpretate nel senso di ritenere che l'Allegato A2 - nel quale viene richiesto di indicare il gruppo di lavoro - non possa mai essere oggetto di

chiarimento e rettifica in presenza di un manifesto errore materiale che si estrinseca nella mancata indicazione di un soggetto nel gruppo di lavoro, anche laddove tale volontà sia inequivocabilmente ricavabile aliunde;

- in subordine e per quanto occorrer possa, del disciplinare di gara in parte qua con particolare riguardo all'art. 2, parte III nella misura in cui dovesse essere ritenuto non esperibile il soccorso istruttorio sull'Allegato A2 (facente parte della documentazione amministrativa);

- in subordine e per quanto occorrer possa, del disciplinare di gara in parte qua con particolare riguardo all'art. 4.4, parte III, nella misura in cui la suddetta prescrizione dovesse essere interpretata nel senso di consentire il soccorso istruttorio solo nel caso in cui sia totalmente carente l'indicazione (i.e. mancata compilazione) dei professionisti nell'Allegato A2;

- in subordine e per quanto occorrer possa, del disciplinare di gara in parte qua con particolare riguardo all'art. 4, parte III, "Busta B: offerta tecnica", nella misura in cui dovesse essere interpretato nel senso di ostare all'attribuzione del punteggio tecnico nell'ipotesi di allegazione di una referenza espletata da soggetto non indicato nell'Allegato A2 a causa di un errore materiale, anche laddove tale volontà sia inequivocabilmente ricavabile aliunde;

- di ogni altro atto, antecedente o susseguente, comunque connesso ai provvedimenti impugnati, ancorché sconosciuto all'odierno RTP ricorrente;

nonché per la declaratoria

di inefficacia del contratto che, medio tempore, dovesse essere sottoscritto tra la Provincia Autonoma di Bolzano ed il costituendo RTP Studio Ingegneria Fragiaco Adriano/Baubüro Ingenieurgesellschaft/Mario Rossetti, con espressa richiesta sin da ora di subentrare nell'esecuzione dello stesso;

con espressa riserva di domanda risarcitoria per equivalente ai sensi dell'art. 30, comma 5, c.p.a.

Per quanto riguarda il ricorso per motivi aggiunti notificato dal RTP AIG Associati Südtirol in data 31.7.2023:

oltre agli atti impugnati con il ricorso introduttivo, anche, per quanto occorrer possa,

- del disciplinare di gara in parte qua con particolare riguardo all'art. 8 parte IV (doc. 7) nella misura in cui tale disposizione dovesse essere interpretata nel senso di ritenere sussistente:

(i) l'obbligo di comunicare tutti i precedenti incarichi, di qualsiasi natura, gravante su ogni concorrente; (ii) l'estensione ad ogni incarico di qualsiasi natura della causa di incompatibilità; (iii) l'automaticità dell'incompatibilità senza necessità di operare una valutazione "in concreto" sulla sussistenza del conflitto di interessi;

Per quanto riguarda il ricorso incidentale notificato dal RTP Studio Ingegneria Fragiaco Adriano/Baubüro Ingenieurgesellschaft/Mario Rossetti in data 19.7.2023:

- dei medesimi impugnati provvedimenti e determinazioni della Stazione Appaltante, dell'Autorità di gara e della Commissione di valutazione, nella parte in cui hanno ammesso o comunque non hanno escluso la parte ricorrente dalla procedura di gara, per i motivi infra meglio esplicitati e rappresentati, e con espressa riserva di motivi aggiunti.

Per quanto riguarda il ricorso per motivi aggiunti notificato dal RTP Studio Ingegneria Fragiaco Adriano/Baubüro Ingenieurgesellschaft/Mario Rossetti in data 11.10.2023:

dei medesimi impugnati provvedimenti e determinazioni della Stazione Appaltante, dell'Autorità di gara e della Commissione di valutazione nella parte in cui hanno ammesso o comunque non hanno escluso la parte ricorrente dalla procedura di gara, per i motivi infra meglio esplicitati e rappresentati, e con espressa riserva di motivi aggiunti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia Autonoma di Bolzano e del RTP Studio Ingegneria Fragiaco Adriano/Baubüro Ingenieurgesellschaft/Mario Rossetti;

Visto il ricorso incidentale, notificato il 19.7.2023 dal RTP Studio Ingegneria Fragiaco Adriano/Baubüro Ingenieurgesellschaft/Mario Rossetti;

Visto il ricorso per motivi aggiunti, notificato il 31.7.2023 dal RTP AIG Associati Südtirol;

Visti il ricorso per motivi aggiunti notificato dal RTP Studio Ingegneria Fragiaco Adriano/Baubüro Ingenieurgesellschaft/Mario Rossetti in data 11.10.2023:

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice nella pubblica udienza del giorno 11 ottobre 2023 la consigliere Margit Falk Ebner e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

(I documenti di seguito citati si riferiscono - salva diversa specificazione – alle produzioni effettuate dal ricorrente principale).

1. Con bando di gara, pubblicato sulla G.U.U.E. del 14.10.2022, la Provincia Autonoma di Bolzano (di seguito anche solo "PAB" o "stazione appaltante") ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei servizi di collaudo tecnico amministrativo, collaudo statico, collaudo tecnico funzionale degli impianti e collaudo antincendio in corso d'opera e finale per l'opera "Circonvallazione dell'abitato di Perca sulla SS 49 Val Pusteria (Comune di Perca)" (CIG: 942868904F).

Il termine di scadenza per la presentazione delle offerte, inizialmente fissato alla data del 31.10.2022 (doc. 8), è stato successivamente prorogato al 17.11.2022 (doc. 9).

L'importo posto a base di gara, è stato fissato in € 1.233.834,38 ex art. 4.3, parte I, del disciplinare di gara (doc. 7).

Il criterio di aggiudicazione prescelto è stato quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, da individuare sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, con un massimo di 20 punti attribuibili alla proposta economica e di 80 punti a quella tecnica (con previsione della riparametrazione dell'offerta tecnica, cfr. doc. 7, parte IV, art. 1.1, pag. 68 e ss.).

2. Per quanto qui di interesse, va innanzitutto precisato che nella *lex specialis* è stato richiesto ai concorrenti di indicare nell'Allegato A2, incluso all'interno della busta amministrativa, la composizione del gruppo di lavoro, specificando che "l'incarico dovrà essere espletato da tecnici in possesso delle competenze richieste...omissis... personalmente responsabili e nominativamente già indicati in sede di presentazione dell'offerta...omissis" (doc. 7, parte I, art. 6, pag. 13).

L'art. 3, parte III, della *lex specialis* ha previsto poi che "Ai sensi dell'art. 24, comma 5 CODICE è fatto obbligo ai concorrenti di indicare in sede di presentazione dell'offerta (nell'Allegato A2 – Composizione del Gruppo di Lavoro) i nomi e le qualifiche dei tecnici (PERSONE FISICHE) che eseguiranno personalmente le prestazioni oggetto di appalto.

Nell'Allegato A2 – Composizione del Gruppo di Lavoro dovrà inoltre essere specificata la natura del rapporto – organico (ad es: professionista associato di studio associato ovvero socio, amministratore in caso di società), di dipendenza (ad es: dipendente) o di collaborazione (ad es: collaboratore o consulente su base annua) – intercorrente tra il tecnico esecutore della prestazione ed il concorrente. ...omissis...

Fermo restando la presenza del numero minimo di unità di personale sopra indicato per lo svolgimento dei servizi tecnici in questione, si specifica che, rispetto alle figure professionali sopra indicate, un soggetto può ricoprire più figure e/o professionalità qualora ne abbia i requisiti.

L'indicazione della composizione del gruppo di lavoro è vincolante."

Per sopperire ad eventuali carenze e/o omissioni nell'Allegato A2 è stata prevista espressamente la possibilità di attivare il cd. soccorso istruttorio, *inter alia*, allorquando "nell'Allegato A2 – Composizione del Gruppo di Lavoro manchi l'indicazione del numero di unità minime di personale tecnico o sia indicato un numero inferiore rispetto a quello richiesto nella Parte I par. 6 ovvero manchi o sia carente l'indicazione dei nomi e dei dati richiesti relativi ai professionisti esecutori" (doc. 7, parte III, art. 4, pag. 43).

Inoltre, la PAB ha previsto anche la possibilità di richiedere ai concorrenti chiarimenti in ordine al contenuto delle dichiarazioni presentate (doc. 7, parte III, art. 2, pag. 38).

3. Con riguardo alla proposta tecnica sono stati fissati i relativi elementi di valutazione (art. 1, parte III, "Busta B: offerta tecnica" (doc. 7, pag. 60 ss.), i quali sono stati suddivisi in due criteri:

- A. criterio A "Professionalità ed adeguatezza dell'offerta", a cui corrisponde un punteggio massimo di 50 punti;
- B. criterio B "Caratteristiche metodologiche dell'offerta", a cui corrisponde un punteggio massimo di 30 punti.

Tali criteri sono stati ripartiti in ulteriori sub-criteri di valutazione, descritti analiticamente nella tabella allegata al disciplinare (doc. 10).

Ai fini dell'attribuzione del punteggio premiale per il criterio A "Professionalità ed adeguatezza dell'offerta" è stata richiesta ai concorrenti la presentazione di tre servizi svolti - cd. referenze (B1a, B1b e B1c) - relativi ad interventi qualificabili come affini a quelli oggetto della gara. La valutazione di ciascuna referenza si è, poi, incentrata sui due sub-criteri "affinità dell'opera di referenza con il progetto della gara d'appalto" (sub-criterio a) e "importo dell'opera" (sub-criterio b).

Per quanto riguarda la posizione di parte ricorrente, in particolare, assume rilievo la referenza B1b, rispetto alla quale la stazione appaltante si è vincolata a valutare "la scheda descrittiva di un incarico di collaudo statico per i lavori per un'opera di infrastrutture (codice-ID S.03 – vale anche S.05)" (doc. 7, pag. 60). La valutazione di detta referenza B1b è stata ancorata ai due succitati sub-criteri (doc. 10):

- sub-criterio a), di natura discrezionale, con il quale è stata prevista l'attribuzione di un punteggio massimo di 10 punti sulla base dell'"affinità dell'opera di referenza con il progetto della gara d'appalto";
- sub-criterio b), di natura tabellare, con il quale è stata prevista l'attribuzione di un punteggio massimo di 5 punti "all'opera il cui costo netto dei lavori con il codice-ID S.03 (o categoria assimilabile oggetto di referenza) corrisponde almeno al 50% del costo netto dei lavori con

il codice-ID S.03 dell'opera oggetto della presente gara. Per importi inferiori sarà assegnato un punteggio proporzionalmente minore".

Inoltre, la *lex specialis* ha previsto che il servizio oggetto della referenza B1b (parimenti a quanto previsto per le referenze B1a e B1c doveva essere eseguito personalmente dal professionista indicato nell'Allegato A2; prevedendo, in caso contrario, l'attribuzione del punteggio di 0 punti da parte della commissione giudicatrice (cfr., doc. 7, pag. 61).

Ai fini dell'attribuzione del punteggio per il criterio B *"Caratteristiche metodologiche dell'offerta"*, volto a valorizzare le modalità di esecuzione dell'incarico è stata richiesta la produzione di una relazione tecnica *"nella quale illustra la propria proposta e le modalità di esecuzione dell'incarico"* (doc. 7, parte III, pag. 63). L'importanza della relazione tecnica è, poi, rimarcata dalla legge di gara, allorché è stato previsto che *"quanto dichiarato nella relazione tecnica costituirà un obbligo in fase esecutiva del contratto"* (doc. 7, parte III, pag. 64).

Infine, per quanto qui di interesse, il disciplinare di gara ha previsto la doppia riparametrazione, ovvero sia la c.d. prima riparametrazione interna, riferita cioè ai singoli criteri e sub-criteri; sia la c.d. seconda riparametrazione finale, rapportata cioè al punteggio complessivo finale previsto per l'offerta tecnica, nella specie di 80 punti (doc. 7, art. 1.1, parte IV, pag. 72).

4. Alla gara hanno partecipato quattro concorrenti, tra cui, per ciò che qui rileva:

- il costituendo RTP ricorrente, composto dalla mandataria AIG Associati Südtirol e dalle mandanti Pasquali - Rausa Engineering S.r.l. e Studio Sartori e Piazzi (di seguito anche *"RTP AIG"*) e
- il costituendo RTP controinteressato, composto dalla mandataria Studio Ingegneria Fragiaco Adriano e dalle mandanti Baubüro Ingenieurgesellschaft e Mario Rossetti (di seguito anche *"RTP Fragiaco"*).

I quattro concorrenti hanno presentato entro il prescritto termine le loro rispettive offerte. Per quanto qui di interesse, il RTP AIG nella presentazione della documentazione amministrativa è incorso in un errore materiale, avendo nella compilazione dell'Allegato A2 (composizione del gruppo di lavoro) omesso di indicare l'Ing. Stefano Mattei quale incaricato di eseguire il collaudo statico (categoria S.05 e S.03).

Per dette carenze nell'Allegato A2 la stazione appaltante non ha attivato alcun soccorso istruttorio nei confronti del RTP AIG.

A differenza di quanto fatto nei confronti del RTP AIG, la stazione appaltante, con richiesta dd. 12.12.2022, ha attivato un soccorso istruttorio nei confronti del RTP Fragiaco (doc. 13).

A detta richiesta di soccorso istruttorio dd. 12.12.2022 il RTP Fragiaco ha risposto in data 23.1.2023 (doc. 14), producendo un documento in cui ha indicato gli esecutori della prestazione oggetto dell'appalto *de quo* di *"collaudo impianti"*.

Reputando, dunque, regolare la posizione del RTP Fragiaco, la stazione appaltante ha nominato la commissione giudicatrice (di seguito anche la *"Commissione"*) per la valutazione tecnica delle offerte.

Nel corso della seduta riservata tenutasi il 15.2.2023 (doc. 5), la Commissione, ha nuovamente ritenuto di chiedere chiarimenti sul contenuto dell'offerta tecnica al RTP

Fragiacomo e cioè *“relativamente agli importi per categoria dichiarati nelle referenze B1b e B1c del Raggruppamento RTP2”*.

Successivamente, nel corso delle sedute riservate tenutesi il 28.2.2023 e il 29.3.2023, la Commissione ha concluso le valutazioni delle proposte tecniche presentate dai suddetti concorrenti, i cui esiti sono confluiti nella tabella di valutazione e attribuzione dei punteggi di cui all’*“Allegato A”* del relativo verbale di gara (doc. 4).

Per ciò che qui rileva, la Commissione, nel valutare l’offerta tecnica del RTP AIG con riferimento alla referenza B1b del criterio A (doc. 11), ha attribuito il punteggio di 0 punti sia per il sub-criterio a) che per il sub-criterio b) sulla scorta della seguente motivazione: *“Come da disciplinare di gara, pag. 61 in caso di servizio oggetto di referenza svolto da soggetto diverso da quello indicato nell’Allegato A2 quale esecutore della prestazione per la quale viene richiesta la referenza, la commissione di valutazione assegnerà 0 punti”* (doc. 4).

Di conseguenza, la Commissione, avendo assegnato 0 punti alla referenza B1b presentata dal RTP AIG, ha attribuito al medesimo il punteggio tecnico complessivo ante-riparametrazione di 58 punti.

Dunque, all’esito delle operazioni di gara:

- il RTP Fragiaco ha ottenuto, dopo la seconda riparametrazione finale, 80 punti per l’offerta tecnica e 20 punti per quella economica, in virtù di un ribasso proposto del 60%, collocandosi al primo posto in graduatoria, con complessivi 100 punti;
- il RTP AIG si è posizionato al secondo posto con 98,10 punti a seguito della seconda riparametrazione finale (di cui 78,36 punti per l’offerta tecnica e 19,74 per la proposta economica), frutto di un ribasso proposto del 59,17%.

Con provvedimento del 18.5.2023, la stazione appaltante ha disposto quindi l’aggiudicazione in favore del RTP Fragiaco (doc. 1), dandone comunicazione al RTP AIG *ex art. 76 del d.lgs. n. 50/2016* in data 19.5.2023 (doc. 2).

5. In data 31.5.2023 il RTP AIG ha richiesto alla stazione appaltante l’ostensione di tutta la documentazione di gara, ivi compresa l’offerta tecnica del RTP Fragiaco.

In data 12.6.2023, la stazione appaltante ha messo a disposizione del RTP AIG l’offerta tecnica, la documentazione amministrativa presentata dal RTP Fragiaco, nonché la documentazione di gara inerente al soccorso istruttorio e procedimentale attivato nei confronti del medesimo (doc. 16).

Con ricorso introduttivo, notificato il 19.6.2023, il RTP AIG ha impugnato dinnanzi a questo Tribunale gli atti di gara meglio specificati in epigrafe, tra cui – in via subordinata – anche il bando di gara sotto più profili, facendo valere i seguenti motivi di impugnazione:

“A.1 - Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 83, comma 9 e 24 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 27 e 29 della L.p. 16/2015. Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 2, parte III, del disciplinare di gara. Illegittima integrazione/modificazione dell’offerta. Violazione del principio di par condicio tra concorrenti. Ingiustizia manifesta e disparità di trattamento. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti”;

“A.2. - Sulla erroneità del punteggio attribuito al RTI Fragiaco per il criterio A (referenza B1c) Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 80, comma 5, del Codice – Disparità di trattamento – Violazione dei principi di par condicio competitorum, trasparenza, favor participationis, risultato e proporzionalità – Illegittima integrazione/modificazione dell’offerta tecnica – Violazione e/o falsa

applicazione dell'art. 1 del d.lgs. 36/2023. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost – Eccesso di potere per errore di fatto, difetto di istruttoria, carenza di motivazione”;

“A.3 - Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 27 e 29 della L.p. 16/2015. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 6 della L. 241/1990. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2, parte III, 4.4 parte III; art. 5, parte III, del disciplinare di gara. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1 del d.lgs. 36/2023. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 24 e 97 Cost. Eccesso di potere per errore di fatto, difetto di istruttoria, carenza di motivazione. Disparità di trattamento. Violazione dei principi di par condicio tra concorrenti, trasparenza, favor participationis, risultato e proporzionalità. Ingiustizia manifesta e travisamento dei fatti. Manifesta abnormità e illogicità per non corrispondenza delle valutazioni con le risultanze di fatto”;

“A.4 – Sulla erroneità del punteggio attribuito al RTI Fragiaco per il criterio A (referenza B1b) – Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 4, parte III, “Busta B – offerta tecnica” della lex specialis – Violazione dei principi di par condicio competitorum, trasparenza, favor participationis, risultato e proporzionalità – Eccesso di potere per errore di fatto, difetto di istruttoria, carenza di motivazione”. Sulla base di detti motivi il RTP AIG ha rassegnato le seguenti conclusioni:

“Voglia l'Ecc.mo TAR adito, contrariis rejectis,

- in via cautelare, sospendere l'efficacia dei provvedimenti impugnati ovvero adottare le misure cautelari ritenute più opportune;

- in via istruttoria, disporre l'obbligo per la Provincia Autonoma di Bolzano di esibire e produrre agli atti del giudizio le referenze dei distinti incarichi di collaudo statico inerenti alla galleria di base del Brennero rilasciati all'Ing. Fragiaco nonché i connessi atti di affidamento in favore dell'Ing. Fragiaco;

- nel merito, annullare i provvedimenti impugnati con conseguente accertamento del diritto della ricorrente ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto e connessa declaratoria di inefficacia dell'eventuale contratto nel frattempo stipulato nonché subentro della ricorrente nel contratto medesimo ovvero, in via subordinata, rimettere alla stazione appaltante la valutazione delle referenze viziate per quanto esposto nel ricorso.

Con espressa riserva, nel caso in cui fosse impossibile il subentro, di agire, anche con separato giudizio, per la condanna della stazione appaltante ed eventualmente del controinteressato al risarcimento per equivalente, ai sensi dell'art. 30, comma 5, c.p.a., di tutti i danni subiti e subendi dalla ricorrente per la mancata aggiudicazione ed esecuzione dell'appalto. Con vittoria di spese, diritti ed onorari di lite.”.

Con comparsa di costituzione dd. 23.6.2023 si è costituita in giudizio la PAB, chiedendo il rigetto del ricorso, in quanto inammissibile e comunque infondato.

Con comparsa di costituzione dd. 30.6.2023 si è costituito in giudizio il RTP Fragiaco, chiedendo anch'esso il rigetto del ricorso, in quanto irricevibile, improcedibile, inammissibile e infondato.

In seguito all'udienza in camera di consiglio del 4.7.2023, questo Tribunale, con ordinanza cautelare n. 49/2023, pubblicata in data 5 luglio 2023, avendo ritenuto il ricorso sorretto da un apprezzabile *fumus boni iuris*, in particolare per quanto concerne il primo e il terzo motivo di impugnazione, e i motivi di *periculum* dedotti dalla parte ricorrente fondati, ha accolto la domanda cautelare, fissando l'udienza pubblica per il giorno 11 ottobre 2023.

Con ricorso incidentale dd. 19.7.2023 di affermata natura paralizzante del ricorso principale, il RTP Fragiaco ha impugnato i medesimi provvedimenti e determinazioni della Stazione Appaltante, dell'Autorità di gara e della Commissione di valutazione, già impugnati con il ricorso principale, nella parte in cui hanno ammesso o comunque non hanno escluso il RTP AIG dalla procedura di gara, per i seguenti motivi, e con espressa riserva di motivi aggiunti: *"I. in via incidentale – Violazione dell'art. 102, d.lgs. n. 50/2016 con particolare riguardo alla previsione di incompatibilità rispetto all'incarico di collaudatore di cui alla norma dettata dal comma 7, lett. c) di tale articolo – Violazione dell'art. 120, comma 7, del dPR n. 207/2010 - Violazione dell'art. 80, comma 5 lett. f-bis) del d.lgs. n. 50/2016 - Violazione dell'art. 80, comma v lett. c) e c-bis) del d.lgs. n. 50/2016 - Falsa dichiarazione sull'assenza delle cause di incompatibilità di cui agli artt. 102, comma 7, lettere a), b), c), d) e d-bis) del d.lgs. n. 50/2016 e 216, comma 7 del dPR n. 207/2010 e sul possesso dei requisiti generali di ammissione alla gara e di partecipazione - Violazione della lex specialis di gara, pag. 86, par. 8, laddove prevede la clausola di incompatibilità di cui agli artt. 102, comma 7, lettere a), b), c), d) e d-bis) del d.lgs. n. 50/2016 e 216, comma 7 del dPR n. 207/2010 – Difetto di istruttoria - errata considerazione dei presupposti - Eccesso di potere in tutte le sue forme sintomatiche ed in particolare per sviamento – Mancato accertamento in merito alla causa di incompatibilità rispetto all'incarico di collaudatore"*.

Sulla base di detti motivi il RTP Fragiaco ha rassegnato le seguenti conclusioni: *"Piaccia all'Ecc.mo Tribunale adito, respinta ogni contraria istanza deduzione ed eccezione:*

- a. nel merito, in accoglimento del presente ricorso incidentale, accertare l'illegittimità della partecipazione alla gara del ricorrente principale AIG Associati Suedtirol, in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del costituendo RTI con Pasquali – Rausa Engineering S.r.l. e Studio Sartori e Piazzini, nonché la sussistenza a carico del suddetto operatore delle cause di esclusione dalla gara evidenziate nell'espositiva che precede, e per l'effetto dichiarare l'inammissibilità e/o l'irricevibilità /improcedibilità del ricorso principale, per i motivi spiegati in narrativa;*
- b. annullare i medesimi atti e provvedimenti ex adverso impugnati nella parte in cui hanno ammesso o comunque non hanno escluso il ricorrente principale AIG Associati Suedtirol, in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del costituendo RTI con Pasquali – Rausa Engineering S.r.l. e Studio Sartori e Piazzini dalla procedura di gara in epigrafe;*
- c. per l'effetto, dichiarare inammissibili e/o irricevibili tutte le censure formulate dalla ricorrente principale con conseguente reiezione del ricorso dalla stessa proposto;*
- d. in via istruttoria, ordinare alla ricorrente principale il deposito integrale dei documenti relativi all'incarico di Consulente tecnico di parte conferito da Unionbau SpA nei confronti dell'Ing. Claudio Sartori nell'ambito del procedimento sub R.G. n. 2409/2022, pendente dinanzi al Tribunale civile di Bolzano; e, in ogni caso, condannare la ricorrente principale al pagamento delle spese e competenze di lite"*.

In data 31.7.2023 il RTP AIG ha notificato il ricorso per motivi aggiunti avverso i medesimi atti impugnati con il ricorso introduttivo, nonché, per quanto occorrer possa, del disciplinare di gara *in parte qua* con particolare riguardo all'art. 8 parte IV (doc. 7) nella misura in cui tale disposizione dovesse essere interpretata nel senso di ritenere sussistente: (i) l'obbligo di comunicare tutti i precedenti incarichi, di qualsiasi natura, gravante su ogni concorrente; (ii) l'estensione ad ogni incarico di qualsiasi natura della causa di incompatibilità; (iii) l'automaticità dell'incompatibilità senza necessità di operare una

valutazione *“in concreto”* sulla sussistenza del conflitto di interessi, facendo valere le seguenti censure:

“I. Primo motivo aggiunto. Sulla erroneità del punteggio attribuito al RTI Fragiacomò per il criterio A (referenza B1b) –Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 4, parte III, “Busta B – offerta tecnica” della lex specialis. Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 80, comma 5, del Codice – Disparità di trattamento – Violazione dei principi di par condicio competitorum, trasparenza, favor participationis, risultato e proporzionalità – Illegittima integrazione/modificazione dell’offerta tecnica – Eccesso di potere per errore di fatto, difetto di istruttoria, carenza di motivazione - Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost – Eccesso di potere per errore di fatto, difetto di istruttoria, carenza di motivazione”;

“In via gradata

II. Secondo motivo aggiunto. Illegittimità dell’art. 8 parte IV del disciplinare di gara per violazione del principio di proporzionalità e manifesta irragionevolezza. Violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione”.

Con il ricorso per motivi aggiunti il RTP AIG ha rassegnato le seguenti conclusioni:

“Voglia l’Ecc.mo TAR adito, contrariis rejectis,

- in via istruttoria, disporre l’obbligo per la Provincia Autonoma di Bolzano di esibire e produrre agli atti del giudizio le referenze dei distinti incarichi di collaudo statico inerenti alla galleria di base del Brennero rilasciati all’Ing. Fragiacomò nonché i connessi atti di affidamento in favore dell’Ing. Fragiacomò;

- nel merito, annullare i provvedimenti impugnati per i motivi esposti nel ricorso principale e nel ricorso per motivi aggiunti con conseguente accertamento del diritto della ricorrente ad ottenere l’aggiudicazione dell’appalto e connessa declaratoria di inefficacia dell’eventuale contratto nel frattempo stipulato nonché subentro della ricorrente nel contratto medesimo ovvero, in via subordinata, rimettere alla stazione appaltante la valutazione delle referenze viziate per quanto esposto nel ricorso principale e nel ricorso per motivi aggiunti; - sempre nel merito, rigettare il ricorso incidentale del RTI controinteressato, in quanto inammissibile, improcedibile ed infondato;

- in via subordinata, annullare in parte qua il disciplinare di gara (art. 8 parte IV) per le motivazioni esposte nel ricorso per motivi aggiunti.

Con espressa riserva, nel caso in cui fosse impossibile il subentro, di agire, anche con separato giudizio, per la condanna della stazione appaltante ed eventualmente del controinteressato al risarcimento per equivalente, ai sensi dell’art. 30, comma 5, c.p.a., di tutti i danni subiti e subendi dalla ricorrente per la mancata aggiudicazione ed esecuzione dell’appalto.

Con vittoria di spese, diritti ed onorari di lite.”.

In vista della pubblica udienza le parti hanno prodotto ulteriori documenti e memorie difensive e di replica.

In particolare,

- il RTP AIG, con memoria dd. 25.9.2023 ha insistito affinché “l’Ecc.mo TAR adito, contrariis rejectis, accogliesse le già rassegnate seguenti conclusioni:

- in via istruttoria, disponga l’obbligo per la Provincia Autonoma di Bolzano di esibire e produrre agli atti del giudizio le referenze dei distinti incarichi di collaudo statico inerenti alla galleria di base del Brennero rilasciati all’Ing. Fragiacomò nonché i connessi atti di affidamento in favore dell’Ing. Fragiacomò;

- nel merito, annulli i provvedimenti impugnati per i motivi esposti nel ricorso principale e nel ricorso per motivi aggiunti con conseguente accertamento del diritto della ricorrente a ottenere l'aggiudicazione dell'appalto e connessa declaratoria di inefficacia dell'eventuale contratto nel frattempo stipulato nonché subentro della ricorrente nel contratto medesimo ovvero, in via subordinata, rimettere alla stazione appaltante la valutazione delle referenze viziate per quanto esposto nel ricorso principale e nel ricorso per motivi aggiunti;
- sempre nel merito, rigetti il ricorso incidentale del RTI controinteressato, in quanto inammissibile, improcedibile ed infondato;
- in via subordinata, annulli in parte qua il disciplinare di gara (art. 8 parte IV) per le motivazioni esposte nel ricorso per motivi aggiunti.

Con espressa riserva, nel caso in cui fosse impossibile il subentro, di agire, anche con separato giudizio, per la condanna della stazione appaltante ed eventualmente del controinteressato al risarcimento per equivalente, ai sensi dell'art. 30, comma 5, c.p.a., di tutti i danni subiti e subendi dalla ricorrente per la mancata aggiudicazione ed esecuzione dell'appalto.

Con vittoria di spese, diritti ed onorari di lite”.

- il RTP Fragiaco, con la memoria dd. 25.9.2023, ha eccepito la tardività dei motivi aggiunti, rassegnando le seguenti conclusioni:

“Piaccia all'Ecc.mo Tribunale adito, respinta ogni contraria istanza deduzione ed eccezione:

a. nel merito, in accoglimento del presente ricorso incidentale, accertare l'illegittimità della partecipazione alla gara del ricorrente principale AIG Associati Suedtirol, in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del costituendo RTI con Pasquali – Rausa Engineering S.r.l. e Studio Sartori e Piazzi, nonché la sussistenza a carico del suddetto operatore delle cause di esclusione dalla gara evidenziate nell'espositiva che precede, e per l'effetto dichiarare l'inammissibilità e/o l'irricevibilità/improcedibilità del ricorso principale, per i motivi spiegati in narrativa;

b. annullare i medesimi atti e provvedimenti ex adverso impugnati nella parte in cui hanno ammesso o comunque non hanno escluso il ricorrente principale AIG Associati Suedtirol, in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del costituendo RTI con Pasquali – Rausa Engineering S.r.l. e Studio Sartori e Piazzi dalla procedura di gara in epigrafe;

c. per l'effetto, dichiarare inammissibili e/o irricevibili tutte le censure formulate dalla ricorrente principale con conseguente reiezione del ricorso dalla stessa proposto;

d. in ogni caso, dichiarare il ricorso principale irricevibile, inammissibile, improcedibile e comunque infondato, e, per l'effetto, respingere il ricorso medesimo;

e. in via istruttoria, ordinare alla ricorrente principale il deposito integrale dei documenti relativi all'incarico di Consulente tecnico di parte conferito da Unionbau SpA nei confronti dell'Ing. Claudio Sartori nell'ambito del procedimento sub R.G. n. 2409/2022, pendente dinanzi al Tribunale civile di Bolzano;

f. in ogni caso, condannare la ricorrente principale al pagamento delle spese e competenze di lite”.

- la PAB, con memoria dd. 25.9.2023, ha così concluso: “Voglia l'Ill.mo Tribunale adito, disattesa ogni deduzione o eccezione contraria, in via cautelare, rigettare l'istanza di sospensiva dei provvedimenti impugnati in quanto carente dei presupposti del fumus boni iuris e del periculum in mora; - nel merito, rigettare il ricorso nonché il ricorso per motivi aggiunti, e tutte le domande proposte, ivi compresa la domanda avanzata in via istruttoria, in quanto inammissibili e comunque infondati”.

In data 11.10.2023 il RTP Fragiacommo ha notificato il ricorso per motivi aggiunti al ricorso incidentale avverso i medesimi impugnati provvedimenti e determinazioni della Stazione Appaltante, dell'Autorità di gara e della Commissione di valutazione nella parte in cui hanno ammesso o comunque non hanno escluso la parte ricorrente dalla procedura di gara, facendo valere le seguenti censure:

“Motivo aggiunto, anche in relazione agli avversi motivi 2 e 4 e successivo primo motivo aggiunto – violazione della lex specialis di gara, art. 4, parte III, busta b, offerta tecnica, anche con riguardo alla disciplina dei requisiti della referenza b1b, pag. 60, nonché dell'allegato “elementi di valutazione dell'offerta tecnica” - violazione dell'art. 80, comma v lett. c) e c-bis) del d.lgs. n. 50/2016 - violazione dell'art. 80, comma 5 lett. f-bis) del d.lgs. n. 50/2016 – errata attribuzione dei punteggi - difetto di istruttoria - errata considerazione dei presupposti - eccesso di potere in tutte le sue forme sintomatiche ed in particolare per sviamento”.

Con detto ricorso il RTP Fragiacommo ha rassegnato le seguenti conclusioni:

“Piaccia all'Ecc.mo Tribunale adito, respinta ogni contraria istanza deduzione ed eccezione:

a. nel merito, in accoglimento del ricorso incidentale e dei successivi motivi aggiunti proposti in questa sede, accertare l'illegittimità della partecipazione alla gara del ricorrente principale AIG Associati Suedtirol, in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del costituendo RTI con Pasquali – Rausa Engineering S.r.l. e Studio Sartori e Piazzi, nonché la sussistenza a carico del suddetto operatore delle cause di esclusione dalla gara evidenziate nell'espositiva che precede, e per l'effetto dichiarare l'inammissibilità e/o l'irricevibilità /improcedibilità del ricorso principale, per i motivi spiegati in narrativa;

b. annullare i medesimi atti e provvedimenti ex adverso impugnati nella parte in cui hanno ammesso o comunque non hanno escluso il ricorrente principale AIG Associati Suedtirol, in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del costituendo RTI con Pasquali – Rausa Engineering S.r.l. e Studio Sartori e Piazzi dalla procedura di gara in epigrafe;

c. per l'effetto, dichiarare inammissibili e/o irricevibili tutte le censure formulate dalla ricorrente principale con conseguente reiezione del ricorso dalla stessa proposto;

d. in via istruttoria, ordinare alla ricorrente principale il deposito integrale dei documenti relativi all'incarico di Consulente tecnico di parte conferito da Unionbau SpA nei confronti dell'Ing. Claudio Sartori nell'ambito del procedimento sub R.G. n. 2409/2022, pendente dinanzi al Tribunale civile di Bolzano;

e. in ogni caso, condannare la ricorrente principale al pagamento delle spese e competenze di lite”.

All'udienza pubblica dell'11 ottobre 2023 sono state sentite le parti.

In particolare il difensore del RTP AIG ha chiesto che la causa venisse decisa, essendo inammissibili/irricevibili i motivi aggiunti al ricorso incidentale, in quanto notificati la mattina stessa dell'udienza di merito a seguito di un'istanza di accesso presentata oltre 60 giorni dopo la notifica del ricorso incidentale al quale si collegano.

La difesa della PAB si è rimessa alla decisione del Collegio.

La difesa del RTP Fragiacommo ha contestato l'eccezione di inammissibilità/irricevibilità dei motivi aggiunti, affermando che detta eccezione sarebbe priva di pregio per le ragioni esposte sia verbalmente che anche nei motivi aggiunti al ricorso incidentale in cui si sarebbe dato conto delle ragioni di conoscenza sopravvenuta della circostanza da cui trova origine

il motivo aggiunto medesimo. In via subordinata ha chiesto la rimessione in termini in virtù delle medesime ragioni.

Infine, il procuratore della parte ricorrente e la procuratrice della PAB hanno dichiarato di rinunciare ai termini a difesa sui motivi aggiunti.

Quindi, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare va affrontato il tema dell'ordine di decisione dei ricorsi, principale e incidentale.

1.1. Il ricorrente incidentale RTP Fragiacomò sostiene che il ricorso incidentale, con il quale censura il difetto, in capo ai componenti del RTP AIG, dei requisiti generali di ammissione alla gara di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, involgendo altresì fatti e circostanze tali da integrare gli estremi di una falsa dichiarazione rilevante ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis), c) e c-bis) del d.lgs. n. 50/2016, e quindi profili, giuridicamente e logicamente, pregiudiziali rispetto al ricorso principale di detto RTP, collocandosi in una fase antecedente della procedura selettiva ed anzi nell'ambito del vaglio preliminare sul possesso in capo ai concorrenti dei requisiti generali di moralità professionale rilevanti ai fini dell'ammissibilità stessa alla gara, dovrebbe essere esaminato prioritariamente perché il suo accoglimento determinerebbe l'effetto cd. escludente del RTI AIG. Da ciò, sempre a dire del ricorrente incidentale RTP Fragiacomò discenderebbe la carenza di interesse del RTP AIG alla coltivazione del ricorso principale.

1.2. La difesa del RTP AIG contesta detta tesi, sostenendo che la stessa oblitererebbe anni di consolidata giurisprudenza nazionale formatasi a seguito della sentenza della CGUE, sez. X, 5 settembre 2019, C-333-18.

Al riguardo la difesa del RTP AIG richiama, dopo aver esposto i principi fondamentali di detta pronuncia, la giurisprudenza nazionale, precisando che la stessa avrebbe recepito *tout court* i principi espressi dalla Corte di Giustizia e, dal 2019 fino ad oggi, avrebbe sempre affermato che *“il ricorso principale deve essere sempre e comunque esaminato nel merito, in quanto - anche se l'offerta del ricorrente principale sia giudicata irregolare - l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe constatare l'impossibilità di scegliere un'altra offerta regolare e procedere di conseguenza all'indizione di una nuova procedura di gara, vale a dire che, qualora il ricorso dell'offerente non prescelto fosse giudicato fondato, l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe prendere la decisione di annullare gli atti della procedura e di avviare una nuova procedura di affidamento, in considerazione del fatto che le restanti offerte regolari non corrispondono sufficientemente alle attese dell'amministrazione stessa (...)* Sarebbe stata riaffermata la giuridica rilevanza di interessi legittimi *“eterogenei”* nello svolgimento delle gare pubbliche di appalto, essendo stato ritenuto meritevole di tutela sia l'interesse legittimo *“finale”* ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, sia l'interesse legittimo *“strumentale”* alla partecipazione ad un eventuale procedimento di gara rinnovato” (ex multis, TAR Roma, sez. V, 4 aprile 2023, n. 5663; in termini: TAR Milano, sez. I, 5 maggio 2023, n. 1071; TRGA Trento, sez. I, 8 agosto 2022, n. 151). In questo senso il Consiglio di Stato avrebbe statuito che *“l'accoglimento del gravame incidentale non determina ex se l'improcedibilità di quello principale, continuando ad esistere, in capo al ricorrente principale, la titolarità dell'interesse legittimo strumentale all'eventuale rinnovazione della gara, anche nel caso in cui alla stessa abbiano partecipato altre imprese, sia pure estranee al processo, laddove 'il rapporto di priorità*

logica tra ricorso principale e ricorso incidentale deve essere rivisto rispetto a quanto ritenuto dalla giurisprudenza sinora prevalente, nel senso che il ricorso principale deve essere esaminato per primo, potendo la sua eventuale infondatezza determinare l'improcedibilità del ricorso incidentale'" (ex multis, Consiglio di Stato, sez. V, 3 marzo 2022, n. 1536).

1.3. La richiesta del RTP Fragiacomò volta ad ottenere una declaratoria di improcedibilità/inammissibilità del ricorso principale va rigettata.

A prescindere dal fatto che nel caso all'esame a rigore non si è in presenza di due ricorsi tendenti alla reciproca esclusione, in quanto il ricorrente principale RTP AIG aspira anche ad un miglior punteggio tecnico che gli permetterebbe di superare in graduatoria finale il RTP Fragiacomò (cfr. terzo e quarto motivo), detta richiesta è priva di fondamento, posto che poggia su una giurisprudenza formatasi prima della pronuncia risolutiva della CGUE del 2019 e, dunque, non più attuale.

Nella pronuncia della CGUE, sez. X, 5 settembre 2019, C-333-18, infatti, è stato chiarito che gli interessi perseguiti nell'ambito di ricorsi intesi alla reciproca esclusione sono considerati equivalenti, traducendosi *"nell'obbligo di non dichiarare irricevibile il ricorso per esclusione principale"* (par. 25). D'altra parte, i giudici europei hanno parimenti evidenziato che *"la ricevibilità del ricorso principale non può – a pena di pregiudicare l'effetto utile della direttiva 89/665 – essere subordinata alla previa constatazione che tutte le offerte classificate alle spalle di quella dell'offerente autore di detto ricorso sono anch'esse irregolari. Tale ricevibilità non può neppure essere subordinata alla condizione che il suddetto offerente fornisca la prova del fatto che l'amministrazione aggiudicatrice sarà indotta a ripetere la procedura di affidamento di appalto pubblico. L'esistenza di una possibilità siffatta deve essere considerata in proposito sufficiente"*. Hanno quindi concluso che *"l'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono quest'ultimo, ed inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi"* (CGUE, sez. X, 5 settembre 2019, C-333-18).

Da detti principi discende anche la palese gratuità dell'ulteriore affermazione del RTP Fragiacomò che nel caso *de quo* sarebbe comunque esclusa la possibilità di rinnovazione della gara a causa delle esigenze di indifferibilità della commessa.

A prescindere dal fatto che detta affermazione non è sorretta da alcuna prova, la decisione sulla possibilità e/o opportunità di rinnovazione della gara non spetta comunque al RTP Fragiacomò, bensì esclusivamente alla PAB.

Alla luce di quanto esposto, risulta chiaro che nella fattispecie questo giudice è chiamato a scrutinare tutte le impugnazioni, in quanto l'eventuale fondatezza del ricorso incidentale non potrebbe in ogni caso comportare l'improcedibilità del ricorso principale.

Dato che l'eventuale infondatezza del ricorso principale consentirebbe, invece, di dichiarare l'improcedibilità per mancanza di interesse del ricorso incidentale, con conseguente

economia dei mezzi processuali, s'impone che il ricorso principale deve essere esaminato per primo.

2. In ordine al ricorso principale va innanzitutto ricordato che questo Tribunale, con ordinanza n. 49/2023 del 5.7.2023, ha accolto l'istanza di sospensione cautelare presentata dal RTP AIG, in ragione della positiva delibazione della fondatezza del primo e terzo motivo di impugnazione.

All'esito della compiuta e più approfondita disamina collegiale, tipica della fase di merito, si conferma la valutazione positiva del ricorso principale solamente per quanto riguarda il terzo motivo.

2.1. Con il primo motivo del ricorso principale il RTP AIG lamenta violazione e/o falsa applicazione degli artt. 83, comma 9 e 24 del d.lgs. n. 50/2016, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 27 e 29 della l.p. 16/2015, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2, parte III, del disciplinare di gara, illegittima integrazione/modificazione dell'offerta, violazione del principio di par condicio tra concorrenti, ingiustizia manifesta e disparità di trattamento, eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti.

2.1.2. Con la prima censura il RTP AIG afferma che il RTP Fragiaco avrebbe dovuto essere escluso dalla gara *de qua*, con conseguente automatica aggiudicazione della commessa in favore del RTI AIG, secondo in graduatoria, in quanto avrebbe riscontrato la richiesta di soccorso istruttorio, attivato dalla stazione appaltante in data 13.12.2022 (doc. 13), solo dopo 41 giorni (doc. 14).

Ciò in quanto la *lex specialis*, in conformità all'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, avrebbe disciplinato l'istituto del soccorso istruttorio, prevedendo l'assegnazione al concorrente di un "*termine perentorio, non superiore a 10 giorni naturali e consecutivi, perché siano resi, integrati o regolarizzati le dichiarazioni necessarie*" cosicché "*nel caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione ovvero di ulteriori precisazioni o chiarimenti il concorrente è escluso dalla gara*" (doc. 7, parte III, art. 2).

La stazione appaltante, anziché escludere il RTP Fragiaco a causa del mancato riscontro al soccorso istruttorio entro il termine perentorio prescritto, avrebbe, invece, disposto l'ammissione del medesimo, con la conseguenza dell'illegittimità dei provvedimenti impugnati.

2.1.3. Con la seconda censura il RTP AIG rileva che, con i suddetti chiarimenti (doc. 17) il RTP Fragiaco avrebbe indicato, per la prima volta, il soggetto incaricato di eseguire il collaudo degli impianti (IA.03, IA.02 e IA.01) che, invece, risultava carente nell'originario Allegato A2.

Sarebbe, dunque, evidente la disparità di trattamento rispetto alla posizione del RTP AIG ove, invece, nonostante la designazione dell'Ing. Stefano Mattei quale esecutore del collaudo statico nell'offerta tecnica, non sarebbe stato consentito il soccorso istruttorio e, di conseguenza, non sarebbe stata valutata la referenza B1b che gli avrebbe permesso di risultare primo graduato. Il che dimostrerebbe anche il palese travisamento dei fatti e difetto di istruttoria in cui sarebbe incorsa la stazione appaltante per aver ritenuto che la documentazione presentata dal RTP Fragiaco (i.e. Allegato A2) fosse già completa, nonostante la mancata indicazione del professionista incaricato di eseguire il collaudo degli impianti costituente una prestazione oggetto dell'appalto *de quo*.

I provvedimenti impugnati sarebbero dunque viziati anche sotto questi ulteriori profili.

2.1.4. La difesa della PAB e del RTP Fragiacomò sostiene, innanzitutto, che nella fattispecie non si sarebbe trattato di un soccorso istruttorio, ma di una richiesta di chiarimenti e che non sarebbe stata operata alcuna illegittima integrazione dell'Allegato A2 del RTP Fragiacomò, posto che lo stesso sarebbe stato "completo" sin dall'inizio.

2.1.5. Le censure svolte con il primo motivo sono prive di fondamento.

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

2.1.5.2. L'art. 2 della parte III del Disciplinare di gara (doc. 7) dispone quanto segue: "Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9 Codice e 27, comma 8 e 29 Legge provinciale appalti. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine perentorio, non superiore a 10 giorni naturali e consecutivi, perché siano resi, integrati o regolarizzati le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Ove il concorrente produca dichiarazioni o documenti non perfettamente coerenti con la richiesta, la Stazione appaltante può chiedere ulteriori precisazioni o chiarimenti, fissando un termine perentorio a pena di esclusione.

Nel caso di inutile decorso del termine perentorio di regolarizzazione ovvero di ulteriori precisazioni o chiarimenti il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

La mancata presentazione di dichiarazioni e/o elementi a corredo dell'offerta, che hanno rilevanza in fase esecutiva sono sanabili.

Al di fuori delle ipotesi di cui all'articolo 83, comma 9 CODICE è facoltà della Stazione appaltante invitare, se necessario, i concorrenti a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati."

2.1.5.3. Con lettera dd. 12.12.2022, intitolata "Soccorso istruttorio Richiesta di chiarimenti/Integrazioni", la stazione appaltante ha comunicato al RTP Fragiacomò quanto segue: "Egregio operatore economico, l'Autorità di gara, preso atto del contenuto della busta amministrativa "Busta A", chiede il seguente chiarimento/integrazione: • con riferimento all'Allegato A2 (composizione del Gruppo di Lavoro) si chiede di fornire, in aggiunta all'elenco completo dei professionisti coinvolti nell'esecuzione delle prestazioni sottese alle categorie richieste (elenco già fornito e completo), anche l'indicazione del/dei professionista/i che, in caso di aggiudicazione, si occuperà/occuperanno specificamente del collaudo tecnico amministrativo, del

collaudo statico, del collaudo impianti e del collaudo antincendio. Si precisa che la richiesta di cui sopra non costituisce carenza formale sanabile mediante soccorso istruttorio, bensì una mera specificazione delle indicazioni contenute nell'Allegato A2. Il chiarimento/integrazione richiesto deve essere inviato al seguente indirizzo PEC:..omissis..)"

2.1.5.4. Questo Collegio concorda con la difesa della PAB e del RTP Fragiaco che la succitata richiesta dd. 12.12.2022, indipendentemente dalla non univoca dicitura contenuta nell'epigrafe (*"Soccorso istruttorio Richiesta di chiarimenti/Integrazioni"*), non rappresenta un vero e proprio soccorso istruttorio soggetto al termine perentorio di 10 giorni, bensì una mera richiesta di chiarimenti.

Ciò risulta innanzitutto sotto un profilo formale.

In detta richiesta dd. 12.12.2022, infatti, la stazione appaltante ha espressamente precisato che l'invito *"non costituisce carenza formale sanabile mediante soccorso istruttorio, bensì una mera specificazione delle indicazioni contenute nell'Allegato A2"*.

Inoltre, la stazione appaltante, a differenza di quanto avrebbe dovuto fare in caso di attivazione di un subprocedimento di soccorso istruttorio, non ha fissato alcun termine perentorio, entro il quale il concorrente era obbligato di fornire dette specificazioni.

La stazione appaltante nella fattispecie, dunque, non ha inteso di attivare il soccorso istruttorio, ma ha agito ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 2 della parte III del Disciplinare di gara (doc. 7), secondo il quale *"Al di fuori delle ipotesi di cui all'articolo 83, comma 9 CODICE è facoltà della Stazione appaltante invitare, se necessario, i concorrenti a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati."*

Posto che detta richiesta dd. 12.12.2022 era una mera richiesta di chiarimenti, la medesima – ai sensi del citato art. 2 della *lex specialis* alla disciplina dell'art. 83, comma 9 del d.lgs. 50/2016 non era soggetta ad alcun termine perentorio.

Sotto il profilo sostanziale, invece, rileva il fatto che la stazione appaltante ha espressamente qualificato l'Allegato A2 *"completo"*. L'oggetto della richiesta dd. 12.12.2022 era, infatti, il seguente: *"con riferimento all'Allegato A2 (composizione del Gruppo di Lavoro) si chiede di fornire, in aggiunta all'elenco completo dei professionisti coinvolti nell'esecuzione delle prestazioni sottese alle categorie richieste (elenco già fornito e completo), anche l'indicazione del/dei professionista/i che, in caso di aggiudicazione, si occuperà/occuperanno specificamente del collaudo tecnico amministrativo, del collaudo statico, del collaudo impianti e del collaudo antincendio"*

Da un confronto tra l'Allegato A2 (doc. 4 del RTP Fragiaco) e l'elenco fornito in seguito alla richiesta di chiarimenti (doc. 14) emerge effettivamente che il RTP Fragiaco nel proprio Allegato A2 non ha modificato la composizione del Gruppo di lavoro, ma si è limitato a correggere una imprecisione nella indicazione dei vari tipi di collaudi.

Nell'Allegato A2, infatti, per un errore non era stato menzionato il collaudo degli impianti, essendo stato indicato per le suddette categorie (IA.03, IA.02 e IA.01) solamente il collaudo tecnico amministrativo, il collaudo statico e il collaudo antincendio.

Nella lettera dd. 23.1.2023 il RTP Fragiaco ha poi indicato, oltre al collaudo tecnico amministrativo, statico ed antincendio, anche il collaudo degli impianti (*"Funktionstechnische Abnahme"*).

I soggetti incaricati di eseguire detti collaudi, compreso quindi anche il collaudo degli impianti (IA.03, IA.02 e IA.01) sono, però, rimasti sempre gli stessi, già elencati

nell'originario Allegato A2, e cioè per le categorie IA.03 e IA.02 il Dr. Ing. Adriano Fragiaco, il Dr. Ing. Pauli Psenner e il Dr. Ing. Mario Rossetti, e per la categoria IA.01 il Dr. Ing. Pauli Psenner.

Ad avviso del Collegio l'elenco fornito dal RTP Fragiaco non può essere qualificata una integrazione postuma dell'Allegato A2, originariamente incompleto, bensì un mero chiarimento.

Contrariamente a quanto affermato dal RTP AIG, nella fattispecie la stazione appaltante non aveva, dunque, alcun obbligo di escludere il RTP Fragiaco dalla gara.

La prima censura del primo motivo di impugnazione è pertanto infondata.

2.1.6. La seconda censura, svolta con il primo motivo di impugnazione, è, invece, fondata.

2.1.6.1. Indubbiamente, nella fattispecie, l'operato della stazione appaltante implica una disparità di trattamento tra operatori economici e la violazione della *par condicio competitorum*, posto che la stessa, da un lato, ha consentito al RTP Fragiaco di integrare l'Allegato 2, mentre non ha concesso la stessa possibilità al RTP AIG.

2.1.6.2. Il RTP AIG, nella compilazione dell'Allegato A2 (composizione del Gruppo di Lavoro) per un mero errore materiale (come verrà esposto con riferimento al terzo motivo, la volontà del RTP AIG di far eseguire il collaudo statico all'Ing. Stefano Mattei emergeva, infatti, chiaramente dall'offerta tecnica e precisamente dalla referenza B1b (doc. 11) e dal contenuto della relazione tecnica (Allegato B2 doc. 12) ove il RTP AIG, nell'indicare le modalità di esecuzione dell'incarico, ha dichiarato espressamente che il collaudo statico sarebbe stato eseguito da una Commissione di collaudo formata da tre componenti, tra cui l'Ing. Stefano Mattei) ha ommesso di indicare l'Ing. Stefano Mattei quale incaricato di eseguire il collaudo statico (categoria S.05 e S.03).

Le conseguenze negative di detto errore si sono però manifestate solamente in sede di valutazione tecnica, laddove alla referenza B1b del RTP AIG è stato dato il punteggio di 0 punti.

2.1.6.3. Sebbene l'errore materiale del RTP Fragiaco nella compilazione dell'Allegato 2 fosse, dunque, riconoscibile già in sede di controllo della documentazione amministrativa, mentre l'errore materiale, in cui è incorso il RTP AIG nella compilazione dell'Allegato 2 fosse individuabile solamente in sede di valutazione dell'offerta tecnica, la Commissione tecnica, una volta resasi conto di tale errore, avrebbe dovuto rimettere gli atti all'Autorità di gara, richiedendo l'attivazione del soccorso istruttorio/procedimentale nei confronti del RTP AIG, così come ha fatto con il RTP Fragiaco nel soccorso procedimentale 2.3.2023 con riferimento alle referenze B1a, B1b e B1c.

L'attivazione del soccorso istruttorio/procedimentale, infatti, è possibile in ogni momento della procedura di gara, senza alcuna preclusione (*ex multis*: Con. Stato, sez. V, 2.0.2019, n. 6013).

Dunque la stazione appaltante, non avendo permesso al RTP AIG di correggere l'errore nell'Allegato A2 ha violato il principio di *par condicio* tra concorrenti ed è incorsa in una ingiustizia manifesta e disparità di trattamento.

2.1.6.3. Concludendo, il primo motivo è in parte infondato e in parte fondato.

2.2. Con il secondo motivo il RTP AIG lamenta erroneità del punteggio attribuito al RTP Fragiaco per il criterio A (referenza B1c), violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80,

comma 5, del Codice, disparità di trattamento, violazione dei principi di *par condicio competitorum*, trasparenza, *favor participationis*, risultato e proporzionalità, illegittima integrazione/modificazione dell'offerta tecnica, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1 del d.lgs. 36/2023, violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost. – Eccesso di potere per errore di fatto, difetto di istruttoria, carenza di motivazione.

2.2.1. In particolare, il RTP AIG afferma che in data 2.3.2023 la stazione appaltante, attraverso lo strumento del soccorso istruttorio/procedimentale avrebbe ammesso il RTP Fragiacomò ad un'illegittima integrazione dell'offerta tecnica (docc. 5 e 17).

Il RTP Fragiacomò, nel riscontrare detta richiesta, avrebbe, infatti, ammesso esplicitamente di essere incorso in un errore su un tratto essenziale dell'offerta tecnica per quanto concerne la referenza B1c in riferimento all'importo indicato per le categorie IA.03 riconoscendo che *"per refuso di scrittura nella referenza B1c è stato inserito erroneamente l'intero importo dell'opera e non quello relativo alle sole categorie IA.03 che corrisponde a 37.072.562,99 €"* (doc. 17).

Da questo riconoscimento risulterebbe, sempre secondo il RTP AIG, che il RTP Fragiacomò, oltre ad aver integrato/modificato inammissibilmente l'offerta tecnica presentata, avrebbe evidentemente anche reso una falsa dichiarazione in sede di gara (per sua stessa ammissione), con la conseguenza che avrebbe dovuto essere escluso ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis, del d.lgs. n. 50/2016 ovvero, in subordine, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis di detto d.lgs. n. 50/2016.

La falsità della suddetta dichiarazione apparirebbe di tutta evidenza in quanto il RTP Fragiacomò avrebbe dichiarato nella referenza B1c (doc. 18) di aver svolto per le sole categorie IA.03 un servizio di collaudo per un importo pari ad € 925.881.689,32 mentre, invece, l'importo corretto era pari ad € 37.072.562,99, come esplicitato solamente in sede di chiarimenti. Alla luce di ciò, sarebbe del tutto evidente che l'importo indicato dal RTI Fragiacomò nella referenza B1c, integrerebbe quella *"situazione fattuale per la quale possa alternativamente porsi l'alternativa logica vero/falso, accertabile automaticamente (Consiglio di Stato, A.P., n.16 del 2020)"* per la quale si imporrebbe l'esclusione dalla gara.

In subordine, nella denegata ipotesi in cui non si ritenesse di aderire alla prospettazione di cui sopra, la suddetta falsità rientrerebbe, ad ogni modo, nella causa di esclusione ex art. 80, comma 5, lett. c bis del Codice, essendo stato il valore della referenza oggetto di specifica valutazione da parte della stazione appaltante (doc. 10, sub-criterio b del). Pertanto, risulterebbe incomprensibile come la stazione appaltante, alla luce di una falsa dichiarazione espressamente ammessa, non avesse proceduto all'esclusione dell'operatore economico. Sarebbe evidente, allora, che il comportamento tenuto prima dal RTP Fragiacomò e, successivamente ai chiarimenti resi, dalla stazione appaltante, avesse completamente falsato la procedura di gara in oggetto, con la diretta conseguenza di aver determinato una aggiudicazione illegittima sia in fatto che in diritto a scapito del RTP AIG. Sotto altro ma connesso profilo il RTP AIG evidenzia anche con riguardo alla valutazione della referenza B1c la palese disparità di trattamento che si sarebbe originata nella procedura *de qua*, posto che se da un lato è stato attivato il soccorso procedimentale nei confronti di un concorrente che avrebbe commesso un errore essenziale sull'offerta tecnica, dall'altro lato, nei confronti del RTP AIG che avrebbe commesso un mero errore sulla documentazione amministrativa non si è ritenuto di richiedere chiarimenti.

Ciò determinerebbe la palese violazione del principio della parità di trattamento e della *par condicio* dei concorrenti in gara. La suddetta violazione sarebbe lapalissiana se si consideri che la stazione appaltante nei confronti del RTP Fragiacomò, avvedendosi di una “potenziale” erronea indicazione nell’offerta tecnica, ha attivato tutte le garanzie procedurali richiedendo al concorrente di fornire i relativi chiarimenti, peraltro oltre il lecito; mentre, invece, nei confronti del RTI AIG la stazione appaltante, nonostante l’incongruenza era *ictu oculi* evincibile dalla documentazione già prodotta dall’operatore, avrebbe omesso l’attivazione delle doverose garanzie procedurali, con la conseguenza che alla referenza B1b sarebbe illegittimamente attribuito il punteggio di 0 punti.

Che l’errore commesso dal RTI Fragiacomò sia stato determinante risulterebbe, sempre secondo il RTP AIG, dalle seguenti circostanze:

- l’errore sarebbe stato commesso su un elemento essenziale dell’offerta tecnica;
- l’errore verterebbe su un elemento, quale il valore, oggetto di specifica valutazione da parte della Commissione (cfr. criterio A, sub-criterio b della referenza B1c doc. 10);
- l’importo corretto della referenza B1c per la categoria IA.03 non sarebbe stato evincibile da alcun altro documento dell’offerta tecnica. Essendo stato tale errore evincibile, da parte della Commissione, solo in seguito ai “chiarimenti” forniti in sede di soccorso procedimentale, in quanto il corretto valore non era ricavabile da nessun altro documento dell’offerta, sarebbe evidente che il chiarimento reso si è sostanziato nella introduzione di un elemento prima mancante e in una (inammissibile) integrazione/modificazione dell’offerta tecnica. In altri termini, attraverso la risposta resa in sede di chiarimenti il RTP Fragiacomò, con un atto esterno prodotto successivamente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, avrebbe dato luogo ad una integrazione/modificazione dell’offerta tecnica.

2.2.2. La difesa della PAB e del RTP Fragiacomò contestano la fondatezza delle censure, sostenendo che, sebbene l’importo indicato per la cat. IA.03 nella referenza B1c sia stato rettificato durante il soccorso procedimentale con un importo inferiore (€ 37.072.562,99 invece di € 925.881.689,32), ciò non avrebbe avuto alcuna influenza sul punteggio tabellare conseguito dal RTP Fragiacomò, in quanto l’importo sarebbe stato superiore al 50% di € 11.468.577,34 e pertanto sarebbe stato attribuito comunque il punteggio massimo.

Parimenti non sarebbe condivisibile la tesi secondo la quale il chiarimento/integrazione fornito dal RTP Fragiacomò integrerebbe una falsa dichiarazione; accedendo a tale interpretazione, ciò si configurerebbe ogni volta in cui un operatore economico renda risposta ad una qualsiasi richiesta di chiarimento/integrazione. La precisazione resa dal RTP Fragiacomò con l’ammissione di un refuso di scrittura relativo all’importo della cat. IA.03 non avrebbe alterato l’offerta tecnica e non avrebbe aggiunto nuovi elementi.

2.2.3. Il motivo è parzialmente fondato: la prima censura dell’asserita illegittima integrazione della referenza B1c del RTP AIG è infondata, mentre la censura della disparità di trattamento è fondata.

2.2.3.1. In data 2.3.2023 la stazione appaltante ha inviato al RTP Fragiacomò la seguente comunicazione: “*al fine di addivenire ad una corretta interpretazione dell’offerta tecnica e ricercare l’effettiva volontà del raggruppamento partecipante alla gara, fermo restando il divieto di integrazione dell’offerta tecnica, (...) di fornire chiarimenti e/o precisazioni in ordine ad elementi essenziali dell’offerta tecnica:* • con riferimento agli allegati B1a, B1b e B1c e alle relative referenze indicate, si

chiede di specificare la percentuale di esecuzione dell'incarico da parte del firmatario (qualora questa corrisponda al 100%, tale elemento va esplicitato); • con riferimento alle referenze sottese agli allegati B1b e B1c, si chiede conferma che l'importo evidenziato sia riferito, rispettivamente, alla categoria e codice ID S.03/05 (riferenza di cui all'allegato B1b) e IA.03 (riferenza di cui all'allegato B1c)".

Come già detto, il RTP Fragiacomò, nel riscontrare detta richiesta, ha ammesso esplicitamente di essere incorso in un errore su un tratto essenziale dell'offerta tecnica per quanto concerne la referenza B1c in riferimento all'importo indicato per le categorie IA.03 riconoscendo che "per refuso di scrittura nella referenza B1c è stato inserito erroneamente l'intero importo dell'opera e non quello relativo alle sole categorie IA.03 che corrisponde a 37.072.562,99 €" (doc. 17).

2.2.3.2. La *lex specialis* con riguardo alla proposta tecnica ha fissato gli elementi di valutazione (art. 1, parte III, "Busta B: offerta tecnica" (doc. 7, pag. 60 ss.) descritti analiticamente nella tabella allegata al disciplinare (doc. 10) e suddivisi in due criteri:

- A. criterio A "Professionalità ed adeguatezza dell'offerta", a cui corrisponde un punteggio massimo di 50 punti;
- B. criterio B "Caratteristiche metodologiche dell'offerta", a cui corrisponde un punteggio massimo di 30 punti.

Tali criteri sono stati ripartiti in ulteriori sub-criteri di valutazione.

Ai fini dell'attribuzione del punteggio premiale per il criterio A "Professionalità ed adeguatezza dell'offerta" è stata richiesta ai concorrenti la presentazione di tre servizi svolti - cd. referenze (B1a, B1b e B1c) - relativi ad interventi qualificabili come affini a quelli oggetto della gara. La valutazione di ciascuna referenza si è, poi, incentrata sui due sub-criteri, e precisamente il sub-criterio a) "affinità dell'opera di referenza con il progetto della gara d'appalto", in relazione al quale è stato previsto l'assegnazione di un punteggio massimo di 10 punti ed il sub-criterio b), di natura tabellare, "importo dell'opera", in relazione al quale è stato previsto l'assegnazione di un punteggio massimo di 5 punti "all'opera il cui costo netto dei lavori con il codice-ID IA.03 corrisponde almeno al 50 % del costo netto dei lavori con il codice-ID IA.03 dell'opera, oggetto della presente gara. Per importi inferiori sarà assegnato un punteggio proporzionalmente minore".

Orbene, come emerge dal disciplinare di gara, il costo netto dei lavori con il codice-ID IA.03 dell'opera oggetto di gara risulta essere pari ad € 11.468.577,34 (doc. 7, pag. 10).

Al fine di ottenere il massimo punteggio tabellare per il sub-criterio b), il concorrente doveva, dunque, produrre una referenza di importo per la categoria IA.03 almeno pari ad Euro 5.734.288,65 (50 % di 11.468.577,34).

2.2.3.3. Appare quindi chiaro che l'erronea indicazione, per la referenza in questione, dell'importo di € 925.881.689,32, poi rettificato in € 37.072.562,99, in concreto è del tutto irrilevante ai fini dell'attribuzione del punteggio massimo per il sub-criterio b), essendo l'importo della relativa referenza, in ogni caso, di gran lunga superiore alla predetta soglia di € 5.734.288,65.

2.2.3.4. Pertanto, il RTP Fragiacomò non ha reso alcuna falsa dichiarazione passibile di esclusione ai sensi delle disposizioni di cui all'art. 80 comma 5 lett. f-bis) e c-bis) del d.lgs. n. 50/2016, difettandone, oltre che l'intrinseca falsità, altresì l'ulteriore presupposto dell'idoneità di detta erronea indicazione ad influenzare le decisioni della stazione

appaltante sulla esclusione, selezione o aggiudicazione, presupposto richiesto espressamente dalla lettera c-bis) (*“l’operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull’esclusione, la selezione o l’aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;”*) e comunque rimarcato come parimenti essenziale anche in relazione al falso dichiarativo di cui alla lettera f-bis) (*“l’operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere;”*).

Al riguardo si richiama la giurisprudenza amministrativa che sulla scia della decisione dell’Adunanza Plenaria 28.8.2020, n. 16 è ormai costante nel ritenere che, in presenza di dichiarazioni erronee o *“fuorvianti”*, la stazione appaltante non può disporre senz’altro l’estromissione del concorrente, ma deve volta a volta accertare e stabilire:

- a) se l’informazione (fornita od omessa) sia effettivamente falsa o fuorviante;
- b) se, in tal caso, la stessa *“fosse in grado di soviare le proprie valutazioni”* (trattandosi, con ciò, di omissione *“rilevante”*);
- c) se il comportamento tenuto dall’operatore economico *“incida in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità”*, trattandosi, allora, di omissione *“significativa”* (Consiglio di Stato, sez. V, 4.1.2021 n. 62; idem anche Cons. Stato, sez. V, 22.11.2017, n. 5430; nella prassi, Delibera ANAC n. 482 del 29.5.2019).

2.2.3.5. Parimenti infondata si rivela l’ulteriore affermazione che la rettifica compiuta in sede di chiarimenti dal RTP Fragiaco configurerebbe un’integrazione o modificazione dell’offerta tecnica.

Ed invero, contrariamente a quanto sostenuto dal RTP AIG, non può revocarsi in dubbio che:

- la referenza B1c è sussistita effettivamente al momento della spendita della stessa;
- a prescindere dall’erronea indicazione del relativo importo, essa è stata validamente spesa al momento della presentazione dell’offerta,
- procedendo alla precisazione e rettifica dell’importo in sede di chiarimenti, non è stato introdotto in corso di gara alcun elemento nuovo di valutazione, essendo stata, giova ribadirlo, la rettificazione dell’importo della referenza del tutto irrilevante ai fini dell’attribuzione del punteggio massimo per il sub-criterio b).

2.2.4. La censura, con la quale il RTP AIG lamenta la violazione del principio della parità di trattamento e della *par condicio* dei concorrenti in gara, invece, è fondata.

Come si dirà anche in seguito con riferimento del terzo motivo di impugnazione, detta disparità di trattamento è dovuta al fatto che la stazione appaltante nei confronti del RTP Fragiaco ha attivato ben due volte il soccorso istruttorio/procedimentale, mentre nei confronti del RTI AIG non ha ritenuto di concedere le stesse garanzie procedurali.

Detto mancato esercizio da parte della stazione appaltante di attivare anche nei confronti del RTP AIG il soccorso istruttorio/procedimentale ha comportato per il medesimo l’attribuzione del punteggio di 0 punti (anziché dell’auspicato punteggio pari ad almeno 5 punti), con la diretta conseguenza della perdita di *chance* all’aggiudicazione dell’appalto in oggetto.

2.2.5. Concludendo, il secondo motivo è infondato in ordine alla censura riguardante la mancata esclusione del RTP Fragiaco dalla gara a causa della pretesa illegittima integrazione dell'offerta tecnica, mentre è fondato in ordine alla disparità di trattamento e della *par condicio* tra concorrenti di gara.

3.3. Con il terzo motivo del ricorso principale il RTP AIG lamenta violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 27 e 29 della l.p. 16/2015, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 6 della l. 241/1990, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016, violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2, parte III, 4.4 parte III; art. 5, parte III, del disciplinare di gara, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1 del d.lgs. n. 36/2023, violazione e/o falsa applicazione degli artt. 24 e 97 Cost., eccesso di potere per errore di fatto, difetto di istruttoria, carenza di motivazione, disparità di trattamento, violazione dei principi di *par condicio* tra concorrenti, trasparenza, *favor participationis*, risultato e proporzionalità, ingiustizia manifesta e travisamento dei fatti, manifesta abnormità e illogicità per non corrispondenza delle valutazioni con le risultanze di fatto.

3.3.1. Innanzitutto, il RTP AIG lamenta la violazione della disciplina sul soccorso istruttorio, affermando che tale istituto non rappresenterebbe una mera facoltà della stazione appaltante, bensì un onere procedimentale ogniqualvolta esso sia strumentale a sanare irregolarità e/o omissioni afferenti alla documentazione presentata dagli operatori economici che potrebbero impedire di selezionare il miglior concorrente quale esecutore dell'appalto.

Nella fattispecie, la stazione appaltante non avrebbe osservato detta disciplina, non avendo permesso al RTP AIG di sanare, in via di soccorso istruttorio, l'omessa indicazione nell'Allegato A2 – composizione del Gruppo di Lavoro, dell'Ing. Stefano Mattei tra i soggetti indicati per l'esecuzione del collaudo statico S.05 / S.03.

L'operato della stazione appaltante – sempre secondo la tesi del RTP AIG – costituirebbe anche una palese violazione del principio del risultato, oggi codificato dall'art. 1 del d.lgs. n. 36/2023.

Inoltre, l'attivazione del soccorso istruttorio sarebbe stato previsto espressamente dalla *lex specialis*, allorché “nell'Allegato A2 – Composizione del Gruppo di Lavoro manchi l'indicazione del numero di unità minime di personale tecnico o sia indicato un numero inferiore rispetto a quello richiesto nella Parte I par. 6 ovvero manchi o sia carente l'indicazione dei nomi e dei dati richiesti relativi ai professionisti esecutori” (doc. 7, parte III, art. 4, pag. 43).

La mancata indicazione nell'Allegato A2 – composizione del Gruppo di Lavoro dell'Ing. Stefano Mattei tra i soggetti indicati per l'esecuzione del collaudo statico S.05 / S.03 sarebbe stato, dunque, facilmente sanabile con il soccorso istruttorio, trattandosi di un mero errore materiale, *ictu oculi* evincibile dalla lettura dell'offerta tecnica, presentata dal RTP AIG (doc. 12).

Nella referenza B1b (doc. 11) presentata ai fini della valutazione del criterio A della *lex specialis*, il RTP AIG avrebbe indicato in modo chiaro che l'incarico di collaudo statico doveva essere espletato dall'Ing. Stefano Mattei.

Anche nella relazione tecnica (allegato B2, doc. 12) elaborata per la valutazione del criterio B della *lex specialis*, il RTP AIG, nell'indicare le modalità di esecuzione dell'incarico, avrebbe

dichiarato espressamente che il collaudo statico doveva essere eseguito da una commissione di collaudo formata da tre componenti, tra cui l'Ing. Stefano Mattei.

Di conseguenza, sempre secondo il RTP AIG, l'azzeramento del punteggio per la referenza B1b relativa ad un precedente incarico di collaudatore statico svolto dall'Ing. Stefano Mattei, operato dalla Commissione sulla base della clausola del bando che prescrive che il servizio oggetto di referenza debba essere svolto dallo stesso soggetto indicato nell'Allegato A2 quale esecutore o coesecutore del collaudo statico, sarebbe illegittimo.

Infine, il RTP AIG lamenta anche con riguardo al presente motivo l'evidente disparità di trattamento originata dal contegno serbato dalla stazione appaltante che al RTP Fragiacommo avrebbe consentito di integrare (*rectius*: produrre *ex novo*) l'Allegato A2 con l'indicazione dei nominativi incaricati del collaudo degli impianti (sub docc. 13 e 14) valutandoli, poi, con la referenza B1c, mentre analoga determinazione non sarebbe stata adottata per il RTP AIG con la conseguente omessa valutazione della referenza B1b.

L'illegittimità dell'operato della stazione appaltante inficerebbe il provvedimento di aggiudicazione impugnato.

Con una seconda censura il RTP AIG sostiene che anche nella denegata e non creduta ipotesi in cui non si dovesse ritenere esperibile il soccorso istruttorio, la stazione appaltante sarebbe stata, comunque, onerata di richiedere chiarimenti in sede di cd. soccorso procedimentale al fine di ricercare l'effettiva volontà del RTP AIG.

Tanto più che, come risulterebbe *per tabulas*, contrariamente all'omissione quivi denunciata, la Commissione avrebbe rivolto specifici chiarimenti (i.e. soccorso procedimentale) sul contenuto dell'offerta tecnica al RTP Fragiacommo, riflettendosi nell'ulteriore violazione del principio di *par condicio competitorum*.

Come noto, costituirebbe *ius receptum* nella giurisprudenza amministrativa la vigenza di un soccorso procedimentale distinto dal soccorso istruttorio, il quale "*consiste nella possibilità di richiedere al concorrente di fornire chiarimenti volti a consentire l'interpretazione della sua offerta e a ricercare l'effettiva volontà dell'offerente, superando le eventuali ambiguità dell'offerta, ciò fermo il divieto di integrazione dell'offerta*" (cfr. *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. III, 13 dicembre 2018, n. 7039; Consiglio di Stato, sez. III, 3 agosto 2018, n. 4809; Consiglio di Stato, sez. V, 27 aprile 2015, n. 2082).

In altri termini, mediante il ricorso al soccorso procedimentale sarebbe consentito di richiedere "*quei chiarimenti che (...) sono ammessi, in quanto finalizzati a consentire l'interpretazione delle offerte e ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante alla gara*" ed ancora "*l'esperibilità del soccorso procedimentale, nei termini ammessi dalla giurisprudenza, deve pertanto ritenersi consentita, al di là di quanto previsto nella lex specialis di gara, in via di eterointegrazione della stessa, in presenza di un errore manifesto, laddove comunque l'effettiva volontà del partecipante sia desumibile da altri elementi dell'offerta tecnica*" (Consiglio di Stato, sez. V, 9 gennaio 2023, n. 290).

Tale indirizzo si porrebbe in linea con quanto previsto dalla giurisprudenza euro-unitaria della Corte di Giustizia allorché ha previsto che una richiesta di chiarimenti non possa ovviare alla mancanza di un documento o di un'informazione se non nel caso in cui essi siano indispensabili per chiarimento dell'offerta o rettifica di un errore manifesto dell'offerta (CGUE, sez. VIII, 10 maggio 2017, causa C-131/16 Archus).

Calando i suesposti principi giurisprudenziali alla fattispecie *de qua* ne deriverebbe, pacificamente, che l'operato della stazione appaltante sarebbe illegittimo nella misura in cui ha omesso di richiedere al RTP AIG i chiarimenti che avrebbero:

- (i) consentito di superare le (eventuali) ambiguità nell'offerta presentata dal RTP AIG;
- (ii) consentito di ricercare l'effettiva volontà del RTP AIG, vale a dire quella di rimettere la prestazione di collaudo statico all'Ing. Stefano Mattei come evincibile *per tabulas* dall'offerta tecnica;
- (iii) consentito di porre rimedio a un manifesto errore materiale senza costituire alcuna integrazione dell'offerta tecnica posto che la volontà del RTI AIG era già compiutamente espressa in modo inequivoco nella relazione B2 facente parte della proposta tecnica.

Per l'effetto l'attivazione del soccorso procedimentale avrebbe consentito la valutazione della referenza B1b con l'attribuzione del relativo punteggio (15 punti di cui 5 punti tabellari che sarebbero stati assegnati automaticamente) che avrebbe permesso al RTP AIG di conseguire la commessa pubblica.

Infine, il RTP AIG sostiene che la richiesta di chiarimenti sarebbe imposta anche alla luce di ulteriori prescrizioni del disciplinare. Segnatamente, assumerebbe rilievo:

- a) l'art. 2, parte III, del disciplinare di gara nella parte in cui consente alla stazione appaltante di invitare i concorrenti a fornire chiarimenti in ordine al contenuto delle dichiarazioni presentate;
- b) l'art. 5, parte III, del disciplinare di gara, allorché consente alla stazione appaltante di richiedere ai concorrenti di completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto delle dichiarazioni.

Sarebbe evidente, dunque, la radicale illegittimità dell'operato della stazione appaltante e, dunque, del provvedimento di aggiudicazione e degli atti presupposti quivi gravati sotto plurimi profili: (i) difetto di istruttoria; (ii) omessa attivazione del soccorso procedimentale; (iii) violazione della *lex specialis*.

In via subordinata, il RTP impugna la *lex specialis*, in particolare l'art. 4, parte III, "*Busta B: offerta tecnica*" (doc. 7, pagg. 60-61), nella misura in cui dovesse essere interpretata nel senso di ritenere che essa sia ostativa all'attribuzione del punteggio premiale e all'attivazione del soccorso istruttorio/procedimentale anche nel caso in cui: (a) la mancata corrispondenza tra il professionista indicato nell'Allegato A2 e quello che ha svolto il servizio oggetto della referenza B1b derivi da un mero errore materiale; (b) l'esecutore della referenza B1b, anche se non indicato per mero errore materiale nell'Allegato A2 sia stato correttamente indicato nell'offerta tecnica quale esecutore delle prestazioni oggetto dell'appalto.

Una simile interpretazione, infatti, non solo si porrebbe in contrasto con il tenore letterale del disciplinare di gara (per come correttamente sopra ricostruito), ma anche con il soccorso istruttorio (art. 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016 nonché artt. 27 e 29 l.p. 16/2015) e con l'elaborazione pretoria in tema di soccorso procedimentale.

Dall'annullamento in *parte qua* e nei termini sopra dedotti della *lex specialis*, discenderebbe quindi e in ogni caso la possibilità di valutare la referenza B1b (previo eventuale soccorso istruttorio/procedimentale) anche nel caso in cui il soggetto che ha eseguito il servizio, per mero errore materiale, non dovesse corrispondere a quanto indicato nell'Allegato A2, ma tale dato sia ricavabile dall'offerta tecnica.

Parimenti illegittime sarebbero le disposizioni della *lex specialis* di cui agli artt. 6 parte I, art. 3.2 parte II, art. 4.3 parte III e art. 4.4. parte III del disciplinare di gara (doc. 7) nella misura in cui tali disposizioni dovessero essere interpretate nel senso di ritenere che l'Allegato A2 nel quale viene richiesto di indicare il gruppo di lavoro non possa mai essere emendabile in presenza di un manifesto errore materiale che si estrinseca nella mancata indicazione di un soggetto nel gruppo di lavoro anche laddove tale volontà sia inequivocabilmente ricavabile *aliunde*.

Dall'annullamento *in parte qua* e nei termini sopra dedotti della *lex specialis*, discenderebbe la possibilità di valutare la referenza B1b presentata dal RTP AIG anche nel caso in cui il soggetto che ha eseguito il servizio, per mero errore materiale, non dovesse corrispondere a quanto indicato nell'Allegato A2, ma sia ricavabile dall'offerta tecnica.

Da ciò conseguirebbe l'aggiudicazione in favore del RTP AIG.

3.3.2. La PAB e il RTP Fragiacommo contestano la fondatezza del motivo, sostenendo innanzitutto che nella fattispecie non sarebbe stato possibile ricorrere al soccorso istruttorio, in quanto ai sensi della *lex specialis* l'indicazione della composizione del gruppo di lavoro nell'Allegato A2 doveva considerarsi "*vincolante*".

Inoltre, sempre secondo la PAB ed il RTP Fragiacommo, l'errore materiale in cui è incorso il RTP AIG nella compilazione dell'Allegato A2 difetterebbe, comunque, del requisito della chiara riconoscibilità, in quanto la relazione B2 (i.e. relazione tecnica) conteneva delle informazioni che avrebbero ingenerato confusione nella Commissione tecnica al punto tale da non potersi parlare di errore *ictu oculi* evincibile. Dallo schemino di suddivisione degli incarichi elaborato dal RTP AIG risulterebbe, infatti, quale principale esecutore del collaudo statico, non il Dr. Ing. Stefano Mattei, bensì il Dr. Ing. Luigi Rausa, in quanto solamente quest'ultimo sarebbe stato evidenziato in neretto.

Pertanto, la stazione appaltante, in ossequio al principio di immodificabilità dell'offerta tecnica, avrebbe legittimamente agito, valutando la referenza B1b del RTP AIG con un punteggio pari a 0 punti.

Inoltre viene eccepita l'illegittimità dell'operazione del RTP AIG di auto-attribuirsi il punteggio massimo di 5 punti per detta referenza B1b.

3.3.3. Le censure fatte valere dal RTP AIG sono fondate nei limiti di cui in seguito.

3.3.3.1. La *lex specialis*, parte I, art. 6 ("*Gruppo di Lavoro*") prevede quanto segue:

"...omissis... Ai sensi dell'art. 24, comma 5 CODICE è fatto obbligo ai concorrenti di indicare in sede di presentazione dell'offerta (nell'Allegato A2 – Composizione del Gruppo di Lavoro) i nomi e le qualifiche dei tecnici (PERSONE FISICHE) che eseguiranno personalmente le prestazioni oggetto di appalto.

Nell'Allegato A2 – Composizione del Gruppo di Lavoro dovrà inoltre essere specificata la natura del rapporto – organico (ad es: professionista associato di studio associato ovvero socio, amministratore in caso di società), di dipendenza (ad es: dipendente) o di collaborazione (ad es: collaboratore o consulente su base annua) – intercorrente tra il tecnico esecutore della prestazione ed il concorrente. ...omissis...

Fermo restando la presenza del numero minimo di unità di personale sopra indicato per lo svolgimento dei servizi tecnici in questione, si specifica che, rispetto alle figure professionali sopra indicate, un soggetto può ricoprire più figure e/o professionalità qualora ne abbia i requisiti.

L'indicazione della composizione del gruppo di lavoro è vincolante."

La *lex specialis*, parte III, art. 3 ("*Allegato A2 – Composizione del gruppo di Lavoro*") dispone a sua volta:

"Per la partecipazione alla gara i concorrenti devono compilare in ogni sua parte, sottoscrivere con firma digitale (firmano le persone legittimate a seconda della forma giuridica del concorrente – vedasi le "Istruzioni alla sottoscrizione) ed inserire sul Portale in formato PDF l'Allegato A2 - Composizione del Gruppo di Lavoro messo a disposizione della Stazione appaltante.

L'Allegato A2 deve essere compilato e sottoscritto da tutti i concorrenti, sia che partecipino in forma singola sia associata. ... omissis...

Nell'Allegato A2 - Composizione del Gruppo di Lavoro vanno indicati nominativamente tutti professionisti che eseguiranno personalmente una prestazione in caso di affidamento dell'incarico; per ogni professionista esecutore vanno forniti i dati richiesti (Vedasi parte I Par. 6)... omissis"

Per sopperire ad eventuali carenze e/o omissioni nell'Allegato A2 nell'art. 4, parte III, della *lex specialis* prevede espressamente la possibilità di attivare il cd. soccorso istruttorio, allorquando "*nell'Allegato A2 – Composizione del Gruppo di Lavoro manchi l'indicazione del numero di unità minime di personale tecnico o sia indicato un numero inferiore rispetto a quello richiesto nella Parte I par. 6 ovvero manchi o sia carente l'indicazione dei nomi e dei dati richiesti relativi ai professionisti esecutori"*.

3.3.3.2. Nell'ambito dell'offerta tecnica, e relativamente al Criterio A) "*Professionalità ed adeguatezza dell'offerta*", di cui alla tabella "*Elementi di valutazione dell'offerta tecnica*", la *lex specialis* (pagg. 60 ss.) prevede l'obbligo in capo ai concorrenti di presentare, a pena di esclusione, n. 3 referenze su interventi qualificabili affini ai servizi oggetto della procedura selettiva, e rispondenti ai sub-criteri e ai criteri motivazionali descritti nella citata tabella "*Elementi di valutazione dell'offerta tecnica*".

In particolare, per la referenza B1b – Collaudo statico per i lavori per un'opera di infrastrutture (codice-ID S.03 – vale anche S.05), è stabilito che il servizio oggetto della referenza B1b (parimenti a quanto previsto per le referenze B1A e B1c) doveva essere eseguito personalmente dal professionista indicato nell'Allegato A2 – Composizione del Gruppo di Lavoro – quale esecutore ovvero co-esecutore, prevedendo, in caso contrario, l'attribuzione del punteggio di 0 punti da parte della commissione giudicatrice (cfr., doc. 7, pag. 61).

3.3.3.3. Orbene, il RTP AIG ha compilato l'Allegato A2, indicando per il collaudo statico i seguenti nominativi, con le relative qualifiche professionali, gli estremi di iscrizione nell'Albo di appartenenza e la specificazione intercorrente con l'operatore partecipante alla gara: Ing. Massimo Perli; Ing. Luigi Rausa; Ing. Giorgio Mira; Ing. Igor Frasnelli; Ing. Claudio Sartori; Ing. Sandro Bonotto.

Per la referenza B1b, invece, è stato indicato un collaudo statico per i lavori riguardanti un'opera di infrastrutture, svolto esclusivamente dall'Ing. Stefano Mattei che non figura tra i suddetti sei soggetti indicati per il ruolo di collaudatore statico nel predetto Allegato A2. Pertanto, l'errore commesso dal RTP AIG si è sostanziato nell'aver omesso di indicare l'Ing. Stefano Mattei (quale incaricato di eseguire il collaudo statico) nell'Allegato A2.

Orbene, ad avviso del Collegio, detta omissione nell'Allegato A2 costituisce un mero errore materiale, chiaramente evincibile dal raffronto con l'offerta tecnica presentata dallo stesso RTP AIG.

Nell'offerta tecnica, infatti, è chiaramente individuabile la volontà del RTP AIG di far eseguire il collaudo statico anche all'Ing. Stefano Mattei.

Dalla referenza B1b (doc. 11) presentata ai fini della valutazione del criterio A della *lex specialis*, risulta, infatti, che l'Ing. Stefano Mattei ha redatto la stessa in qualità di legale rappresentante dell'Associazione professionale AIG Associati ed in qualità di mandatario del costituendo RTP *de quo* e che la referenza si riferisce al collaudo statico della "Rettifica della SS 508 Val Sarentino fra il km 3+000 ed il km 7+800" espletato personalmente dall'Ing. Stefano Mattei.

Nella relazione tecnica (allegato B2, doc. 12) elaborata per la valutazione del criterio B della *lex specialis*, nell'indicare le "modalità di esecuzione dell'incarico", è stato dichiarato espressamente che il collaudo statico sarebbe stato eseguito da una "Commissione di collaudo" formata, da tre componenti tra cui l'Ing. Stefano Mattei: "Il raggruppamento tra AIG Associati, Pasquali Rausa Engineering, Sartori & Piazzini, interamente a connotazione locale, attraverso i soci titolari ing. S. Mattei, ing. L. Rausa, ing. C. Sartori, vanta quasi 40 anni di progettazione, DL e collaudi di importanti opere stradali locali, soddisfacendo le richieste specifiche del bando. L'RTI dispone infatti delle referenze di collaudi attinenti alla presente gara: Circonvallazioni di Laives, Bressanone, Merano 1° Lotto, Gallerie di Sarentino, Gallerie della Val d'Ega, Gallerie della Val Badia, Galleria di Fiè, Galleria di Punt de Fer. I tre componenti, pur disponendo singolarmente dei requisiti necessari, partecipano come Commissione di collaudo, in considerazione della complessità dell'opera e assicurando quindi scelte collegiali di maggior garantismo ed imparzialità." (doc. 12, pag. 1).

Con riferimento al punto "Modalità di interazione/integrazione con la committenza e di eventuale supporto decisionale" si legge poi che "I collaudatori assolveranno a tale compito attraverso le visite in corso d'opera, la trasmissione dei verbali, la partecipazione a tutte le riunioni convocate dal RUP, la piattaforma dati su web ai fini della condivisione in tempo reale, ma anche attraverso il contatto diretto con i tecnici coinvolti grazie al fatto che i tre studi hanno sede a Bolzano e svolgono già incarichi per la Provincia; i collaudatori si renderanno disponibili a richiesta in ogni momento per uno scambio di informazioni con la Committenza/RUP Allegato B2 (riunioni straordinarie, via telefono, in videoconferenza). Supporto decisionale La commissione di collaudo si esprimerà, su richiesta dell'Amministrazione, su eventuali varianti, richieste di proroga e situazioni particolari determinatesi nel corso dei lavori, supportando così la stessa per ogni eventualità." (doc. 12, pag. 2 e 3).

Con riferimento all'"Organigramma con relativa qualifica professionale / esperienza delle eventuali figure professionali di supporto al collaudatore" risulta che "I collaudatori saranno affiancati dal seguente STAFF appositamente dedicato (con indicazione anno iscrizione all'Albo Ingegneri): 1. Ing. Massimo Perli (1997) controlli amministrativi e verifiche contabili 2. Ing. Mauro Previti (1997) Verifiche statiche galleria 3. Ing. Giorgio Mira (2000) Verifiche strutture statiche all'aperto 4. Ing. Igor Frasnelli (2003) Assistenza alle prove di carico e prove specifiche (Cross-hole, ecc.) 5. Ing. Matteo Martinelli (2018) Controllo prove materiali 6. Ing. Sandro Bonotto (1998) Assistente alle verifiche tecnico-funzionali degli impianti." (doc. 12, pag. 3).

Segue poi lo schema degli incarichi, nel quale sono indicate le seguenti persone responsabili per il collaudo statico: “*dr. ing. Luigi Rausa, dr. Ing. Stefano Mattei dr. ing. Claudio Sartori*”.

Dalla relazione tecnica risulta, dunque, la palese volontà del RTP AIG di conferire all’Ing. Stefano Mattei, componente della Commissione di collaudo, l’espletamento del collaudo statico insieme all’Ing. Luigi Rausa ed all’Ing. Claudio Sartori.

3.3.3.4. Non fondata è al riguardo l’affermazione che essendo stato uno dei componenti della Commissione di collaudo statico, e precisamente l’Ing. Luigi Rausa, evidenziato in neretto, ciò avrebbe creato una confusione nella Commissione tecnica ovvero avrebbe impedito di individuare pure l’Ing. Stefano Mattei come incaricato del collaudo statico.

Indipendentemente dall’uso del neretto per uno dei componenti della Commissione di collaudo statico, risulta, infatti, in modo inequivoco che le prestazioni professionali sarebbero state eseguite da tutti e tre i componenti, e quindi anche dall’Ing. Stefano Mattei. Di conseguenza, ad avviso del Collegio, nessun dubbio poteva ingenerare la relazione tecnica circa la volontà del RTP AIG di costituire una Commissione di collaudo per lo svolgimento delle prestazioni oggetto dell’appalto *de quo*, della quale faceva parte anche l’Ing. Stefano Mattei.

Pertanto, la Commissione tecnica non poteva *sic et simpliciter* valutare la referenza B1b con un punteggio pari a 0 punti, sulla base della clausola del bando che prescrive che il servizio oggetto di referenza debba essere svolto dallo stesso soggetto indicato nell’Allegato A2 quale esecutore o coesecutore del collaudo statico, ma avrebbe dovuto attivare il soccorso istruttorio o quantomeno il soccorso procedimentale, permettendo al RTP AIG di chiarire il mero errore materiale commesso nella compilazione dell’Allegato 2.

3.3.3.5. Al riguarda va, infatti, ricordato che la *lex specialis* non solo prevede espressamente all’art. 4, parte III, l’attivazione del soccorso istruttorio, allorquando “*nell’Allegato A2 – Composizione del Gruppo di Lavoro manchi l’indicazione del numero di unità minime di personale tecnico o sia indicato un numero inferiore rispetto a quello richiesto nella Parte I par. 6 ovvero manchi o sia carente l’indicazione dei nomi e dei dati richiesti relativi ai professionisti esecutori*” (doc. 7, pag. 43), ma stabilisce all’art. 2, parte III, che alla stazione appaltante è consentito di invitare i concorrenti a fornire chiarimenti in ordine al contenuto delle dichiarazioni presentate e all’art. 5, parte III, che alla stazione appaltante è consentito di richiedere ai concorrenti di completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto delle dichiarazioni.

3.3.3.6. Applicando le suddette disposizioni la Commissione tecnica e/o la stazione appaltante avrebbe dunque dovuto richiedere al RTP AIG i chiarimenti che avrebbero consentito al medesimo di superare le (eventuali) ambiguità nell’offerta presentata dal RTP AIG e di porre rimedio ad un manifesto errore materiale.

Ed invero, non è revocabile in dubbio che la mancata indicazione dell’Ing. Stefano Mattei nell’Allegato A2 costituisca un mero errore formale nella manifestazione esteriore della volontà del RTP AIG di far espletare anche all’Ing. Mattei il collaudo statico.

Posto che detta volontà del RTP AIG è stata già compiutamente espressa in modo inequivoco nella relazione B2 facente parte della proposta tecnica, una richiesta di chiarimenti da parte della stazione appaltante, dunque, non avrebbe costituito alcuna integrazione dell’offerta tecnica, ma sarebbe stata dovuta in applicazione della *lex specialis* al cui rispetto la stazione appaltante si era auto-vincolata.

3.3.3.7. Al riguardo si richiama anche l'orientamento della giurisprudenza amministrativa che, a fronte di carenze documentali o dichiarative, afferma che *“La sua sanabilità può quindi essere ammessa nei limiti in cui si tratti di rimediare ad una carenza strettamente formale della sua manifestazione esteriore, come accade nel caso in cui la suddetta volontà, pur non consacrata in un documento all'uopo destinato, conforme al modello eventualmente predisposto dalla stazione appaltante, sia comunque desumibile da altri documenti di gara.”* (Consiglio di Stato, sez. III, 27.10.2022, n. 9147).

3.3.3.8. La mancata attivazione da parte della stazione appaltante del soccorso istruttorio/procedimentale nei confronti del RTP AIG ha comportato, come già detto sopra, l'attribuzione del punteggio di 0 punti al medesimo anziché il punteggio auspicato pari almeno a 5 punti (considerando il solo punteggio tabellare), con la diretta conseguenza della perdita di chance all'aggiudicazione dell'appalto in oggetto.

Ciò non contrasta solamente con l'interesse del RTP AIG di vedersi aggiudicata la gara, ma anche con l'interesse pubblico, posto che la *ratio* dell'istituto del soccorso istruttorio si rinviene proprio nell'esigenza di evitare che errori materiali e/o omissioni meramente formali possano compromettere l'interesse pubblico a stipulare il contratto di appalto con l'operatore economico che ha presentato la migliore offerta in termini di qualità e prezzo.

Va aggiunto che, come afferma giustamente il RTP AIG, **l'istituto del soccorso istruttorio/procedimentale deve essere interpretato conformemente al cd. principio del risultato, oggi codificato nell'art. 1 del d.lgs. 36/2023 ma, come ricordato dal Consiglio di Stato in una recente decisione, costituente principio già immanente dell'ordinamento (Con. Stato, sez. IV, 20 aprile 2023, n. 4014).**

Il perseguimento del risultato, infatti, deve orientare quale criterio-guida l'azione amministrativa nella selezione del concorrente che risulti il più idoneo all'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'affidamento avendo presentato la migliore offerta. Da ciò deriva che l'operato della stazione appaltante la quale, attraverso erronee valutazioni, impedisca all'operatore economico che abbia presentato la migliore offerta di aggiudicarsi la commessa, è illegittimo anche sotto il profilo della violazione del cd. principio del risultato.

È quindi chiaro che il ricorso al soccorso istruttorio/procedimentale non costituisce una mera facoltà per la stazione appaltante, ma un vero e proprio onere procedimentale ogniqualvolta esso sia strumentale a sanare irregolarità e/o omissioni afferenti alla documentazione presentata dagli operatori economici che potrebbero impedire di selezionare il miglior concorrente quale esecutore dell'appalto.

3.3.3.9. **Dal fatto che il ricorso al soccorso istruttorio/procedimentale non costituisce una mera facoltà per la stazione appaltante, ma un vero e proprio onere procedimentale ogniqualvolta esso sia strumentale a sanare irregolarità e/o omissioni afferenti alla documentazione presentata dagli operatori economici che potrebbero impedire di selezionare il miglior concorrente quale esecutore dell'appalto, deriva che la possibilità della sanatoria di meri errori materiali attraverso detto istituto di soccorso istruttorio/procedimentale deve essere concessa indistintamente a tutti gli operatori economici.**

Pertanto, l'operato della stazione appaltante la quale, attraverso erronee valutazioni, da un lato permette ad un operatore economico (i.e. RTP Fragiacom) che sia incorso in errori materiali e/o omissioni meramente formali di sanare detti errori, mentre non concede la stessa possibilità ad un altro operatore economico (i.e. RTP AIG), è illegittimo anche per la violazione della parità di trattamento e della *par condicio* tra i due concorrenti di gara.

3.3.3.10. Alla luce di quanto esposto, risulta la fondatezza del terzo motivo di impugnazione.

3.4. Con il quarto motivo del ricorso principale il RTP AIG lamenta l'erroneità del punteggio attribuito al RTP Fragiacom per il criterio A (referenza B1b), violazione e/o falsa applicazione dell'art. 4, parte III, "*Busta B – offerta tecnica*" della *lex specialis*, violazione dei principi di *par condicio competitorum*, trasparenza, *favor participationis*, risultato e proporzionalità, eccesso di potere per errore di fatto, difetto di istruttoria, carenza di motivazione.

3.4.1. In sostanza, il RTP AIG contesta la valutazione effettuata dalla Commissione tecnica con riguardo alla referenza B1b del RTP Fragiacom (doc. 19).

In particolare il RTP AIG afferma che la valutazione di detta referenza, avendo ad oggetto non già un solo incarico – come previsto dalla *lex specialis* (doc. 7, 1. criterio a) "*Professionalità ed adeguatezza dell'offerta*" pagg. 60-63) – bensì una pluralità di incarichi di collaudo statico, relativamente ad appalti non ancora completati, sarebbe illegittima ed avrebbe, dunque, dovuto comportare l'azzeramento del punteggio, con conseguente scorrimento della graduatoria in favore del RTP AIG.

3.4.2. La PAB, contestando l'affermazione del RTP AIG, precisa innanzitutto che la valutazione della Commissione tecnica sarebbe basata su una scheda impostata in sede di gara sulla quale compaiono i dati ritenuti necessari per identificare l'opera, una descrizione dell'opera ed una scheda grafica allo scopo di spiegare l'opera al fine della sua valutazione. A dire della difesa della PAB, l'ammissibilità o meno di una referenza non potrebbe essere messa in dubbio *a priori* dalla Commissione tecnica sulla base dei dati acquisiti in queste schede (a meno che non vi risultino palesi violazioni): la dichiarazione di un importo dei lavori eseguiti sulla base del conto finale identificherebbe l'opera o il lotto come concluso ed altrettanto indicherebbe la data di emissione del certificato di collaudo.

Compito della Commissione tecnica non sarebbe, dunque, la verifica della veridicità delle dichiarazioni rese dai partecipanti, bensì la valutazione tecnica delle referenze. La verifica sulla veridicità delle dichiarazioni sarebbe rimandata ai controlli a campione successivi.

La Commissione tecnica avrebbe quindi correttamente operato non avendo ravvisato nella scheda elementi che precludessero l'esame della medesima.

3.4.3. Il RTP Fragiacom al riguardo sostiene, innanzitutto, che la referenza in questione rispetterebbe le indicazioni contenute nella *lex specialis*, avendo la stessa richiesto espressamente la denominazione di un'"*opera di infrastrutture*". Per tale motivo, il RTP Fragiacom avrebbe indicato, nel titolo della referenza in grassetto, quale "*opera*", la Galleria di Base del Brennero che, seppure divisa in quattro lotti, sarebbe comunque identificata unitariamente, quale intera opera, dal CUP L41 J050 0002 0005.

Concretamente la scheda di referenza con le relative immagini, prodotta con il documento B1b, si sarebbe riferita al lotto 3, denominato *“Sottoattraversamento dell’Isarco”*, il cui valore delle opere assoggettate a collaudo statico sarebbe certificato per € 19.096.484,88.

Infine, il RTP Fragiaco afferma che il fatto di aver indicato quale *“opera”* la Galleria di Base del Brennero per un importo complessivo di € 184.711.917,42 si rivelerebbe del tutto ininfluenza ai fini della valida spendita della referenza in questione e dell’attribuzione del relativo punteggio per il corrispondente criterio, posto che la valutazione della referenza B1b si baserebbe sul criterio, di natura tabellare (cfr. doc. 8), che prevede l’attribuzione di un punteggio massimo di 5 punti *“all’opera il cui costo netto dei lavori con il codice-ID S.03 (o categoria assimilabile oggetto di referenza) corrisponde almeno al 50 % del costo netto dei lavori con il codice-ID S.03 dell’opera, oggetto della presente gara. Per importi inferiori sarà assegnato un punteggio proporzionalmente minore.”*

Nella fattispecie, posto che il costo netto dei lavori con il codice-ID S.03 dell’opera oggetto di gara sarebbe pari ad € 12.193.449,83 (doc. 7, pag. 10), al fine di ottenere il massimo punteggio tabellare per il sub-criterio b), il concorrente doveva produrre una referenza di importo per la categoria S.03 almeno pari ad € 6.096724,90 (50 % di € 12.193.449,83).

Deriverebbe da ciò che anche la sola referenza relativa al lotto 3 denominato *“Sottoattraversamento dell’Isarco”* pari ad € 19.096.484,88 sarebbe pienamente idonea ai fini dell’attribuzione del punteggio massimo per la referenza in questione.

3.4.5. Con il primo motivo del ricorso per motivi aggiunti del 31.7.2023 il RTP AIG, precisando che dalle difese spiegate dal RTP Fragiaco nella propria memoria di costituzione dd. 1.7.2023 sarebbero emersi ulteriori profili di illegittimità della referenza B1b, lamenta l’erroneità del punteggio attribuito al RTI Fragiaco per il criterio A (referenza B1b), violazione e/o falsa applicazione dell’art. 4, parte III, *“Busta B – offerta tecnica”* della *lex specialis*, violazione e/o falsa applicazione dell’art. 80, comma 5, del Codice, disparità di trattamento, violazione dei principi di *par condicio competitorum*, trasparenza, *favor participationis*, risultato e proporzionalità, illegittima integrazione/modificazione dell’offerta tecnica, eccesso di potere per errore di fatto, difetto di istruttoria, carenza di motivazione, violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost., eccesso di potere per errore di fatto, difetto di istruttoria, carenza di motivazione.

3.4.6. In particolare il RTP AIG precisa che dalla memoria dd. 1.7.2023 in giudizio dal RTP Fragiaco, per la prima volta, sarebbe emersa l’illegittimità dell’aggiudicazione, in via autonoma ed in via derivata, a causa

- i) della mancata esclusione del RTP Fragiaco per aver reso una falsa dichiarazione su elementi essenziali dell’offerta tecnica;
- (ii) dell’illegittima modifica (in sede processuale) dell’offerta tecnica;
- (iii) dell’illegittima valutazione della referenza B1b presentata in violazione della legge di gara dal RTP Fragiaco.

In primo luogo, dunque, i provvedimenti impugnati sarebbero *ictu oculi* ulteriormente illegittimi in quanto, dalla produzione giudiziale del RTP Fragiaco, sarebbe emerso che il medesimo avrebbe reso anche con riguardo alla referenza in questione una falsa dichiarazione, il che avrebbe dovuto indurre la stazione appaltante a estrometterlo dalla

procedura di gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis del d.lgs. n. 50/2016 ovvero, in subordine, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c e c-bis di detto d.lgs. n. 50/2016.

Difatti, il RTP Fragiacomò, benché in sede di gara avesse prodotto la referenza B1b nella quale aveva dichiarato di aver svolto un incarico di collaudo statico il cui valore delle opere corrispondeva a € 184.711.917,42 (doc. 19), in sede processuale, nel tentativo di sottrarsi alle conseguenze derivanti dall'aver indicato una pluralità di incarichi nella referenza B1b (anziché uno come richiesto dalla *lex specialis*) avrebbe ammesso espressamente che *“la scheda di referenza con le relative immagini, prodotta col documento B1b si riferisce al lotto 3 denominato ‘Sottoattraversamento dell’Isarco’, il cui valore delle opere assoggettate a collaudo statico è certificato per Euro 19.096.484,88”*.

In altri termini, il RTP Fragiacomò nella scheda di referenza B1b per un verso avrebbe dichiarato di aver eseguito un incarico di collaudo statico per un importo pari a € 184.711.917,42 e, per altro verso, nella suddetta scheda di referenza e relative immagini allegata ha illustrato un incarico diverso afferente al lotto 3 *“Sottoattraversamento dell’Isarco”* di importo notevolmente inferiore pari a € 19.096.484,88.

Sarebbe, pertanto, del tutto evidente la falsità della dichiarazione resa dal RTP Fragiacomò, dalla quale avrebbe dovuto conseguire l'esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis del Codice, posto che la suddetta dichiarazione integrerebbe, secondo i noti insegnamenti dell'Adunanza Plenaria n.16 del 2020, quella *“situazione fattuale per la quale possa alternativamente porsi l'alternativa logica vero/falso, accertabile automaticamente”*.

Contrariamente a quanto sostenuto dal RTP Fragiacomò detto errore (*rectius*: detta falsità) non sarebbe privo di rilevanza giacché esso verterebbe:

- (i) su un elemento essenziale dell'offerta tecnica;
- (ii) su un elemento, quale il valore, oggetto di specifica valutazione da parte della Commissione (cfr. criterio A, sub-criterio b della referenza B1b);
- (iii) su un elemento (quale importo e descrizione dell'opera) suscettibile di falsare la valutazione della Commissione anche con riferimento al criterio A, sub-criterio a) della referenza B1b *“affinità dell'opera di referenza con il progetto della gara d'appalto”* (doc. 10), in quanto sarebbe di immediata evidenza che un conto è valutare, in termini di affinità, un'opera di quasi 200 milioni di euro, altro conto è valutarne una di 19 milioni di euro (!) essendo la complessità notevolmente differente;
- (iv) l'importo corretto della referenza per la categoria S.03 (€ 19.096.484,88) riferito ad un solo incarico di collaudo non era evincibile da nessun altro documento dell'offerta tecnica.

Da tutte le suesposte considerazioni emergerebbe inequivocabilmente la falsità della dichiarazione resa dal RTP Fragiacomò e la doverosità della sua estromissione dalla gara.

Ad ogni modo, anche nella denegata ipotesi in cui non si ritenesse falsa la dichiarazione del RTP Fragiacomò, sempre a dire del RTP AIG, dovrebbe comunque azzerarsi il punteggio attribuito alla referenza B1b, trattandosi di un evidente errore insanabile (vieppiù in sede processuale) sull'offerta tecnica: difatti, all'interno della referenza B1b il RTP Fragiacomò avrebbe indicato un importo (i.e. € 184.711.917,42) afferente ad una pluralità di incarichi (diversi lotti come da egli stesso riconosciuto) in violazione della *lex specialis* (pagg. 60-63, art. 4, parte III, del disciplinare sub doc. 7), mentre nella successiva scheda e nelle immagini

avrebbe descritto solo l'incarico relativo al lotto 3 "Sottoattraversamento dell'Isarco" di importo pari a € 19.096.484,88.

Dal che deriverebbe l'impossibilità di attribuire il punteggio per la referenza in parola essendo, oltre che falsa, stata presentata in aperta violazione della *lex specialis*.

Il che determinerebbe automaticamente l'aggiudicazione in favore del RTI AIG.

Non sussisterebbe dubbio alcuno, quindi, sull'illegittimità ed erroneità dell'aggiudicazione della gara in capo al RTI Fragiacomò che, al contrario, avrebbe dovuto essere escluso o, in ogni caso, conseguire un punteggio nettamente inferiore ed insufficiente a risultare primo in graduatoria.

3.5.6. La difesa della PAB non ha preso posizione su tale motivo aggiunto, essendosi limitata a ribadire le precedenti deduzioni e difese.

La difesa del RTP Fragiacomò, invece, ha eccepito la tardività del motivo aggiunto e nel merito ha riconfermato quanto esposto nella memoria di costituzione dd. 1.7.2023, aggiungendo, in particolare, che il RTP Fragiacomò non avrebbe reso alcuna falsa dichiarazione passibile di esclusione ai sensi delle disposizioni ex art. 80 comma 5 lett. f-bis) e c-bis) del d.lgs. n. 50/2016, difettandone, oltre che l'intrinseca falsità, altresì l'ulteriore presupposto dell'idoneità ad "influenzare le decisioni sulla esclusione, selezione o aggiudicazione", richiesto testualmente dalla lettera c-bis), e comunque rimarcato come parimenti essenziale dalla prassi e giurisprudenza assolutamente pacifiche anche in relazione al falso dichiarativo di cui alla lettera f-bis) del d.lgs. n. 50/2016.

Parimenti infondata si rivelerebbe, a dire del RTP Fragiacomò, l'ulteriore affermazione che la rettifica del prezzo configurerebbe un'integrazione o modificazione dell'offerta tecnica.

Non si potrebbe invero revocare in dubbio che la referenza B1b sussistesse effettivamente al momento della spendita della stessa e che, a prescindere dall'erronea indicazione del relativo importo, fosse stata come tale validamente spesa al momento della presentazione dell'offerta, senza che il concorrente avesse introdotto in corso di gara alcun elemento nuovo.

Nessuna pretesa "modifica" dell'offerta tecnica sarebbe stata poi operata a posteriori ed in sede processuale, atteso che l'illustrazione della scheda B1b presentata in gara attiene precisamente al lotto "Sottoattraversamento dell'Isarco".

3.5.7. La tesi del RTP Fragiacomò è convincente.

Il quarto motivo e il primo motivo aggiunto – a causa della loro connessione logica – si prestano ad un esame congiunto.

L'eccezione di tardività del motivo aggiunto è infondata, posto che la conoscenza dei fatti, dai quale il RTP AIG deduce gli ulteriori vizi inficianti la referenza B1b è scaturita dalle difese svolte dal RTP Fragiacomò nella propria memoria di costituzione dd. 1.7.2023. Essendo stato il ricorso per motivi aggiunti notificato il 31.7.2023, l'eccezione di tardività è priva di fondamento.

I motivi sono entrambi privi di fondamento.

3.5.7.1. Nella *lex specialis* (doc. 7, 1. criterio a) "Professionalità ed adeguatezza dell'offerta" pagg. 60-63) è stata richiesta l'allegazione di una referenza relativa ad un solo incarico, concluso ed attestato da un certificato lavori emesso in data antecedente alla pubblicazione del bando.

Contrariamente a quanto affermato dal RTP AIG, la referenza B1b, presentata dal RTP Fragiaco, sebbene faccia riferimento alla “Galleria del Brennero” e quindi ad un’opera di infrastrutture notoriamente non ancora completata, rispetta detta prescrizione.

3.5.7.2. Al riguardo bisogna, innanzitutto, tener conto che sia la scheda di referenza B1b (doc. 19), impostata in sede di gara sulla quale compaiono i dati ritenuti necessari per identificare l’opera, una descrizione dell’opera ed una scheda grafica allo scopo di spiegare l’opera al fine della sua valutazione, sia le disposizioni della *lex specialis* in ordine a detta referenza, si riferiscono espressamente ad un incarico di collaudo statico per “un’opera di infrastrutture”.

- Nella *lex specialis* (doc. 7, pag. 60) si legge, infatti, in ordine alle referenze richieste con riferimento al criterio A – “Professionalità ed adeguatezza dell’offerta”, tra cui in particolare la referenza B1b, quanto segue:

“Referenze

Con riferimento al criterio A) “Professionalità ed adeguatezza dell’offerta”, di cui alla tabella “Elementi di valutazione dell’offerta tecnica”, il concorrente deve presentare 3 (tre) servizi svolti (c.d. referenze) relativi ad interventi qualificabili affini ai servizi oggetto di gara.

Nello specifico, i servizi relativamente ai quali il concorrente deve presentare le referenze sono i seguenti:

...omissis...

Allegato B1b

Una scheda descrittiva di un incarico di:

➤ collaudo statico per i lavori per un’opera di infrastrutture (codice-ID S.03 – vale anche S.05)... omissis...

Per ciascuna referenza deve essere fornita una scheda sintetica comprensiva:

- dei moduli allegati al presente Disciplinare (B1a), B1b), B1c);

- di una scheda descrittiva e

- di una parte costituita da elaborati grafici e/o foto, che il concorrente ritiene idonei a dimostrare la propria professionalità.... omissis..

Nelle schede sono da indicare i costi netti di costruzione secondo il conto finale (senza I.V.A. e spese a disposizione dell’Amministrazione). Devono essere indicati gli importi esatti. L’indicazione di importi approssimativi (importo ca.) non è ammessa.

Riguardo alla prestazione di referenza il certificato di ultimazione lavori deve essere stato emesso da parte del direttore lavori in data antecedente la data di pubblicazione del bandoomissis..

Le tre referenze possono riferirsi alla stessa opera. ..omissis...

L’Autorità di gara può verificare la veridicità delle dichiarazioni rese dal concorrente con riguardo alle referenze prodotte. La verifica delle dichiarazioni sarà effettuata in tutti i casi in cui sorgano fondati dubbi sulla veridicità delle dichiarazioni rese. ..omissis..”.

- Analogo riferimento all’“opera di infrastruttura” è contenuto nell’allegato al disciplinare di gara “Elementi di valutazione dell’offerta tecnica” (doc. 10) relativamente alla referenza B1b, la quale viene nuovamente identificata con riguardo ad “Un incarico di collaudo statico per i lavori per un’opera di infrastrutture con il codice- ID S.03 (vale anche S.05)”.

Nella medesima scheda “Elementi di valutazione dell’offerta tecnica”, è specificato altresì che “Il punteggio massimo previsto per il criterio viene assegnato all’opera il cui costo netto dei lavori

con il codice-ID S.03 (o categoria assimilabile oggetto di riferimento) corrisponde almeno al 50 % del costo netto dei lavori con il codice-ID S.03 dell'opera, oggetto della presente gara".

- Nella scheda di riferimento B1b (doc. 19), infine, al concorrente è stato richiesto di dichiarare "che l'incarico di collaudo statico, oggetto della referenza B1b, è stato espletato per la seguente opera: (Denominazione dell'opera):".

3.5.7.3. Alla luce di queste disposizioni, dunque, è legittimo che il RTP Fragiacomò abbia indicato, nel titolo di detta scheda di riferimento B1b in grassetto, quale "opera", la "Galleria di Base del Brennero", che, seppure divisa in quattro lotti, è comunque identificata unitariamente, quale intera opera, dal CUP L41 J050 0002 0005.

Al riguardo va tenuto anche conto del fatto che l'ing. Adriano Fragiacomò è incaricato di eseguire le attività di collaudo statico per l'intera opera della "Galleria di Base del Brennero".

3.5.7.4. Nella scheda descrittiva della referenza B1b il RTP Fragiacomò ha poi chiaramente specificato che la referenza B1b si riferisce ad un singolo tracciato della "Galleria di Base del Brennero" e precisamente al "Sottoattraversamento dell'Isarco". In detta scheda descrittiva si legge, infatti, tra l'altro, quanto segue "Il tracciato del progetto di referenza attraversa poco a nord di Fortezza esattamente le medesime UG e coperture presenti nel progetto di gara ...omissis.. Un'ulteriore similitudine presente nel progetto di referenza è relativa all'adiacenza della zona urbana del paese di Percha dove il progetto di gara adotta le medesime procedure per l'avanzamento, il controllo dei versanti e monitoraggio adottati nel progetto di referenza nelle parti di affiancamento e sottoattraversamento della linea ferroviaria storica e per il sottoattraversamento dell'A22 sempre mantenuta in esercizio. Il progetto di referenza, com'è evidente dalle carte geologiche della Provincia, attraversa la medesima formazione di filladi con vari stati di alterazioni attraversata con lo scavo con le medesime metodologie di avanzamento del progetto."

Risulta, quindi, che l'oggetto della referenza B1b del RTP Fragiacomò, in realtà, non era la "Galleria di Base del Brennero", opera di infrastrutture notoriamente non ancora completata, ma un singolo lotto di detta opera di infrastrutture, che, come espressamente dichiarato nella scheda di riferimento B1b, è stato ultimato in data 15.3.2017 e per il quale è stato emesso e consegnato al committente il certificato di collaudo statico (doc. 19).

3.5.7.5. Detta circostanza, che come detto, risultava chiaramente dalla scheda descrittiva della referenza B1b, è stata poi confermata espressamente nella memoria di costituzione dd. 1.7.2023 del RTP Fragiacomò, nella quale si legge che "la scheda di referenza con le relative immagini, prodotta col documento B1b si riferisce al lotto 3 denominato 'Sottoattraversamento dell'Isarco', il cui valore delle opere assoggettate a collaudo statico è certificato per € 19.096.484,88".

3.5.7.6. L'errore in cui è incorso il RTP Fragiacomò nella compilazione della referenza B1b, dunque, non riguarda l'erronea indicazione dell'opera di infrastrutture, bensì l'indicazione del prezzo per il lotto 3 "Sottoattraversamento dell'Isarco", avendo il medesimo all'interno della scheda di riferimento B1b dichiarato che "il costo netto dei lavori nella categoria e ID richiesta secondo il conto finale (senza IVA) corrisponde a 184.711.917,42 Euro" e non all'importo pari a € 19.096.484,88 corrispondente al costo dei lavori relativi al lotto 3 "Sottoattraversamento dell'Isarco".

Contrariamente a quanto sostenuto dal RTP AIG, detto errore, ad avviso del Collegio, non costituisce una dichiarazione falsa, ma un errore materiale che non ha influito ai fini della valutazione di detta referenza.

Ed invero, come precisa giustamente la difesa del RTP Fragiaco, l'indicazione dell'"*opera di infrastrutture*" nel suo complesso, con l'importo di € 184.711.917,42 in luogo dell'importo pari ad € 19.096.484,88 è del tutto ininfluenza ai fini della valida spendita della referenza in questione e dell'attribuzione del relativo punteggio per il corrispondente criterio.

Ed invero, come risulta dalla scheda "*Elementi di valutazione dell'offerta tecnica*" (doc. 10), la valutazione della referenza B1b si basa sul criterio, di natura tabellare, che prevede l'attribuzione di un punteggio massimo di 5 punti "*all'opera il cui costo netto dei lavori con il codice-ID S.03 (o categoria assimilabile oggetto di referenza) corrisponde almeno al 50 % del costo netto dei lavori con il codice-ID S.03 dell'opera, oggetto della presente gara. Per importi inferiori sarà assegnato un punteggio proporzionalmente minore.*".

Nella fattispecie, il costo netto dei lavori con il codice-ID S.03 dell'opera oggetto di gara è pari ad € 12.193.449,83 (doc. 10, pag. 10).

Pertanto, al fine ottenere il massimo punteggio tabellare per il sub-criterio b), il concorrente doveva produrre una referenza di importo per la categoria S.03 almeno pari ad € 6.096.724,90 (50 % di € 12.193.449,83).

Risulta quindi chiaro che la referenza relativa al lotto 3 "*Sottoattraversamento dell'Isarco*" con un costo dei lavori pari ad Euro 19.096.484,88 è pienamente idonea ai fini dell'attribuzione del punteggio massimo per la referenza in questione.

Da ciò deriva però anche che il RTP Fragiaco non ha reso alcuna falsa dichiarazione passibile di esclusione ai sensi delle disposizioni *ex art. 80 comma 5 lett. f-bis) e c-bis)* del d.lgs. n. 50/2016.

Al riguardo si richiama espressamente quanto esposto sopra in ordine al secondo motivo di impugnazione, limitandosi a ribadire che ai fini della sussistenza di una falsa dichiarazione sanzionabile con l'esclusione dalla gara, oltre all'intrinseca falsità, deve sussistere anche l'ulteriore presupposto dell'idoneità ad "*influenzare le decisioni sulla esclusione, selezione o aggiudicazione*" della stazione appaltante.

Nella fattispecie, detto presupposto manca certamente, considerato che l'indicazione nella scheda di referenza B1b dell'importo pari a € 184.711.917,42, invece dell'importo pari a € 19.096.484,88 per il lotto 3 "*Sottoattraversamento dell'Isarco*", comunque non poteva influenzare la valutazione di detta referenza con l'attribuzione del relativo punteggio, trattandosi, come detto sopra, di un criterio di natura tabellare.

Ne consegue anche che nella fattispecie non si può qualificare la rettifica del prezzo un'illegittima integrazione o modificazione dell'offerta tecnica, posto che la referenza B1b è stata effettivamente esistente al momento della spendita della stessa e, a prescindere dall'erronea indicazione del relativo importo, come tale è stata validamente spesa al momento della presentazione dell'offerta, senza che il concorrente avesse introdotto in corso di gara alcun elemento nuovo, atteso che l'illustrazione della scheda B1b ha indubbiamente ad oggetto il lotto 3 "*Sottoattraversamento dell'Isarco*".

3.5.7.7. Il quarto motivo del ricorso principale e il primo motivo del ricorso per motivi aggiunto del RTP AIG sono, dunque, infondati.

3.5.7.8. Il secondo motivo del ricorso per motivi aggiunto del RTP AIG, invece, è inammissibile.

Come risulta, infatti, da detto ricorso per motivi aggiunti dd. 31.7.2023, l'interesse alla proposizione di detto motivo discende unicamente dalla notificazione in data 19.7.2023 del ricorso incidentale da parte del RTP Fragiacom. Essendo detto ricorso incidentale, come risulterà dal seguente punto 4, inammissibile, anche il secondo motivo aggiunto sviluppato dal RTP AIG in relazione al ricorso incidentale è inammissibile.

4. In via incidentale il RTP Fragiacom lamenta la violazione dell'art. 102, d.lgs. n. 50/2016 con particolare riguardo alla previsione di incompatibilità rispetto all'incarico di collaudatore di cui alla norma dettata dal comma 7, lett. c) di tale articolo, violazione dell'art. 120, comma 7, del DPR n. 207/2010, violazione dell'art. 80, comma 5 lett. f-bis) del d.lgs. n. 50/2016, violazione dell'art. 80, comma v lett. c) e c-bis) del d.lgs. n. 50/2016, falsa dichiarazione sull'assenza delle cause di incompatibilità di cui agli artt. 102, comma 7, lettere a), b), c), d) e d-bis) del d.lgs. n. 50/2016 e 216, comma 7 del DPR n. 207/2010 e sul possesso dei requisiti generali di ammissione alla gara e di partecipazione, violazione della *lex specialis* di gara, pag. 86, par. 8, laddove prevede la clausola di incompatibilità di cui agli artt. 102, comma 7, lettere a), b), c), d) e d-bis) del d.lgs. n. 50/2016 e 216, comma 7 del DPR n. 207/2010, difetto di istruttoria, errata considerazione dei presupposti, eccesso di potere in tutte le sue forme sintomatiche ed in particolare per sviamento, mancato accertamento in merito alla causa di incompatibilità rispetto all'incarico di collaudatore.

4.1. Il ricorrente incidentale denuncia l'asserita incompatibilità, ai sensi dell'art. 102, comma 7 del d.lgs. 50/2016, nonché la falsità dichiarativa, a carico di un componente del RTI AIG (i.e. Ing. Claudio Sartori, singolo professionista del mandante Studio Sartori e Piazzi), in ragione di un presunto pregresso rapporto con l'esecutore dei lavori, lamentando la mancata esclusione del RTI AIG.

In particolare il RTP Fragiacom, richiamando l'art. 102, comma 7, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale non possono essere affidati incarichi di collaudo e verifica di conformità, "*c) a coloro che nel triennio antecedente hanno avuto rapporti di lavoro autonomo o subordinato con gli operatori economici a qualsiasi titolo coinvolti nell'esecuzione del contratto*", e l'art. 120, comma 7 del DPR n. 207/2010, entrambi espressamente richiamati e recepiti nel disciplinare di gara *de quo*, nonché le determinazioni espresse al riguardo dall'ANAC, secondo cui le amministrazioni aggiudicatrici sono obbligate "*di svolgere le opportune verifiche in ordine, non solo ai requisiti morale e professionali dei tecnici da nominare, ma anche dei profili di incompatibilità, come indicati dal comma 7 dell'art. 102 citato, che non garantiscono lo svolgimento del collaudo con correttezza, terzietà e imparzialità*" (parere ANAC n. 21/2022), afferma che l'Ing. Claudio Sartori, il quale è stato indicato, tra gli altri, dal RTP AIG per l'esecuzione di tutti i servizi di collaudo (collaudo tecnico amministrativo, collaudo statico, collaudo tecnico funzionale degli impianti e collaudo antincendio) oggetto della procedura selettiva (sia nell'Allegato A2 – Composizione del Gruppo di Lavoro (doc. 9 del RTP Fragiacom), sia nella relazione B2 (doc. 13 del RTP Fragiacom), avrebbe ricevuto dalla Unionbau S.p.a. – affidataria dei lavori di realizzazione della Circonvallazione di Perca in RTI con la Alpenbau S.r.l. e con la capogruppo Strabag S.p.a., giusta provvedimento del 18.8.2022 (doc. 14 del RTP Fragiacom) – l'incarico di Consulente Tecnico di Parte della medesima Unionbau S.p.a. nell'ambito del procedimento *ex art. 696 e 696 bis c.p.c.*, tuttora pendente dinanzi al Tribunale civile di Bolzano nei confronti di Markas S.r.l., e rubricato *sub R.G. n. 2409/2022*

(doc. 15 del RTP Fragiacomò). Tale incarico, tuttora in corso di espletamento, a dire del RTP Fragiacomò, rientrerebbe certamente nella fattispecie di prestazione professionale *ex art.* 2230 c.c., in relazione alla quale opererebbe la causa di incompatibilità prevista dalle norme e previsioni della *lex specialis* sopra richiamate, con particolare riguardo alla citata disposizione *ex art.* 102, comma 7, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016.

Sarebbe pertanto evidente la sussistenza di una causa di esclusione dalla gara nei confronti del mandante Studio Sartori Piazzi, e di riflesso dell'intero RTP AIG, per violazione delle medesime previsioni imperative in tema di incompatibilità rispetto all'incarico di collaudatore nell'affidamento *de quo*.

Esponde, inoltre, il RTP Fragiacomò che la mandante Studio Sartori Piazzi, nella propria dichiarazione di partecipazione alla gara, avrebbe del tutto omesso di dar conto di detto incarico di Consulente Tecnico di Parte dell'Unionbau S.p.a.. Ne conseguirebbe pertanto la palese falsità della dichiarazione resa in gara dal RTP AIG, tale da configurare le ulteriori cause di esclusione previste dall'art. 80, comma 5, lett. c), *c-bis*) e *f-bis*) per le ipotesi in cui:

- *"l'operatore economico ...presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere"* (art. 80, comma 5, lett. *f-bis*);

- *"l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione"* (art. 80, comma 5, lett. *c-bis*).

L'omessa rappresentazione di tale precedente incarico rileverebbe altresì, in sé e per sé, quale autonoma causa di esclusione dalla gara, avendo impedito alla stazione appaltante di svolgere i necessari approfondimenti istruttori e le opportune verifiche in merito all'assenza di cause di incompatibilità in capo al concorrente ad assumere l'incarico oggetto della procedura di gara.

Tale principio sarebbe posto dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza 28 agosto 2020, n. 16, laddove, ha trattato degli obblighi dichiarativi gravanti sugli operatori economici al momento della partecipazione ad una procedura di gara.

4.2. Il ricorso incidentale è inammissibile per violazione dell'art. 34, comma 2 c.p.a..

4.3. Come eccepisce giustamente la difesa del RTP AIG, il ricorso incidentale è inammissibile, in quanto finalizzato a sollecitare un vaglio giurisdizionale in ordine a poteri amministrativi non ancora esercitati (i.e. sussistenza dei requisiti in capo al RTI AIG) in chiara violazione dell'art. 34, comma 2, c.p.a..

4.4. Nella gara *de qua*, la stazione appaltante, conformemente all'art. 27 della l.p. n. 16/2015, ha rinviato lo scrutinio sull'effettivo possesso dei requisiti (ivi compresi quelli di ordine generale *ex art.* 80 del d.lgs. n. 50/2016) ad un momento successivo all'aggiudicazione e ciò solo nei confronti del primo graduato.

Da ciò deriva che, nei confronti del RTP AIG, classificatosi secondo, non sono state effettuate le verifiche sul possesso dei requisiti.

Risulta, dunque, evidente l'inammissibilità della pretesa di esclusione del RTP AIG dalla gara *de qua*, fatta valere dal RTP Fragiacomò con il ricorso incidentale, giacché verte sull'asserita carenza dei requisiti in capo ad un mandante del RTP AIG, requisiti che però

non sono stati ancora verificati dalla PAB e la cui sussistenza non può, dunque, essere scrutinata da questo Tribunale.

4.5. Va aggiunto che il conflitto di interessi di cui all'art. 102, comma 7 del d.lgs. n. 50/2016 per poter costituire una causa di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. d) del d.lgs. n. 50/2016 (*"conflitto di interessi"*) deve essere *"non diversamente risolvibile"* e deve essere stato in concreto accertato dalla stazione appaltante con un giudizio valutativo ampiamente discrezionale.

Nel caso *de quo* non sussiste ovviamente nessuna di tali condizioni, non avendo la stazione appaltante finora avuto occasione di accertare alcunché nei confronti dell'Ing. Claudio Sartori, singolo professionista del mandante Studio Sartori e Piazzini e nei confronti del RTP AIG.

4.6. Da quanto precede, la pretesa di esclusione dalla gara del RTP AIG, fatta valere dal RTP Fragiaco con il ricorso incidentale, è dunque inammissibile per violazione dell'art. 34, comma 2, c.p.a..

5.1. Il ricorso per motivi aggiunti al ricorso incidentale, notificato in data 11.10.2023, invece, è irricevibile.

5.2. In ordine all'asserita tempestività di detto ricorso il RTP Fragiaco afferma che:

- All'inizio del mese di ottobre del corrente anno 2023, l'Ing. Fragiaco, capogruppo del RTP odierno ricorrente incidentale, avrebbe appreso informalmente da un tecnico di una delle ditte già coinvolte nell'esecuzione di uno stralcio dell'opera denominata *"Rettifica della SS 508 Val Sarentino fra il km 3+000 ed il km 7+800"*, che la stessa si componeva di quattro lotti, tre dei quali aventi ad oggetto le opere civili ed una lavorazione impiantistica, e che l'Ing. Mattei avrebbe ricevuto l'incarico di collaudatore statico relativamente a più di uno fra i lotti suddetti.

- Sarebbe pertanto sorto il sospetto che la referenza spesa dall'Ing. Mattei nella scheda B1b potesse riferirsi ad una pluralità di lotti, ed ai relativi incarichi, anziché ad uno solo di essi.

- Si sarebbe pertanto sollecitamente dato corso, in data 3.10.2023, ad un'istanza di accesso agli atti presso l'Amministrazione Appaltante (doc. 18), poi integrata da ulteriore istanza del 5 ottobre 2023 (doc. 19), a cui sarebbe stato dato riscontro il successivo 9.10.2023 (doc. 20).

- Dagli atti e documenti trasmessi dall'Amministrazione, sarebbero emersi – *prima facie* e con riserva di ulteriore approfondimento in considerazione dell'estrema contiguità di tale ostensione rispetto alla redazione del presente ricorso – profili tali da rilevare ai fini della interposizione di motivi aggiunti al ricorso incidentale già spiegato.

5.3. Orbene, a prescindere dal fatto che l'affermazione del RTP Fragiaco di aver appreso solo all'inizio del mese di ottobre 2023 che l'opera denominata *"Rettifica della SS 508 Val Sarentino fra il km 3+000 ed il km 7+800"* era suddivisa in più lotti, non è sorretta da alcun elemento di prova, ad avviso del Collegio, sarebbe stato onere del RTP Fragiaco già immediatamente dopo la notifica del ricorso principale (i.e. 19.6.2023) effettuare le necessarie verifiche sulle referenze di controparte, depositate in giudizio in data 21.6.2023 (cfr. doc. 11 del fascicolo del RTP AIG).

E ciò a maggior ragione, se si considera che – come dichiarato dallo stesso RTP Fragiaco – i motivi aggiunti notificati in data 11.10.2023 involgono censure del tutto speculari rispetto

a quelle dedotte in via di ricorso principale con il secondo e il quarto motivo nonché con il successivo primo motivo aggiunto.

5.4. Essendo stato notificato il ricorso principale in data 19.6.2023, il ricorso per motivi aggiunti al ricorso incidentale notificato in data 11.10.2023 è tardivo e va, dunque, dichiarato irricevibile.

Per le medesime ragioni, la richiesta di rimessione in termini per errore scusabile, va rigettata.

6. Per le ragioni sin qui esaminate, il ricorso principale è fondato nei limiti sopra indicati, mentre il ricorso per motivi aggiunti al ricorso principale è infondato.

Il ricorso incidentale è inammissibile, mentre il ricorso per motivi aggiunti al ricorso incidentale è irricevibile.

Essendo il ricorso principale fondato, l'aggiudicazione della gara nonché i verbali di attribuzione dei punteggi relativi alla valutazione tecnica vanno annullati, con salvezza di ogni provvedimento consequenziale della stazione appaltante.

Sussistono giustificate ragioni per la integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa - Sezione autonoma di Bolzano definitivamente pronunciando sul ricorso principale ed i relativi motivi aggiunti, nonché sul ricorso incidentale ed i relativi motivi aggiunti, come in epigrafe proposti:

- Accoglie il ricorso principale, nei limiti di cui in motivazione;
- Rigetta il ricorso per motivi aggiunti al ricorso principale;
- Dichiarà inammissibile il ricorso incidentale;
- Dichiarà irricevibile il ricorso per motivi aggiunti al ricorso incidentale;
- Annulla l'aggiudicazione della gara nonché i verbali di attribuzione dei punteggi relativi alla valutazione tecnica, con salvezza di ogni provvedimento consequenziale della stazione appaltante.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bolzano nella camera di consiglio del giorno 11 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Lorenza Pantozzi Lerjefors, Presidente

Margit Falk Ebner, Consigliere, Estensore

Edith Engl, Consigliere

Andrea Sacchetti, Consigliere

Consiglio di Stato, sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870 (Pres. Diego Sabatino)

Soccorso istruttorio – Art. 101 D.Lgs. n. 36/2023 – Elementi integrativi – Offerta tecnica – Offerta economica – Carenze della documentazione amministrativa – Requisiti di ordine generale – Requisiti di ordine speciale.

Deve tenersi per ferma la non soccorribilità (sia in funzione integrativa, sia in funzione sanante) degli elementi integranti, anche documentalmente, il contenuto dell'offerta (tecnica od economica): ciò che si porrebbe in contrasto con il superiore principio di parità dei concorrenti. Restano, per contro, ampiamente sanabili le carenze (per omissione e/o per irregolarità) della documentazione c.d. amministrativa. In altri termini, si possono emendare le carenze o le irregolarità che attengano alla (allegazione) dei requisiti di ordine generale (in quanto soggettivamente all'operatore economico in quanto tale), non quelle inerenti ai requisiti di ordine speciale (in quanto atte a strutturare i termini dell'offerta, con riguardo alla capacità economica, tecnica e professionale richiesta per l'esecuzione delle prestazioni messe a gara).

N. 07870/2023REG.PROV.COLL.
N. 08046/2022 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8046 del 2022, proposto da Datamanagement Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 91011488EA, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Lirosi, Marco Martinelli e Matteo Padellaro, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

contro

Ministero della Giustizia, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, alla via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

Fdm Business Services S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Nicola Creuso, Mario Esposito e Nicola De Zan, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

Celda P.A. S.r.l., Selecta Digital S.p.A., non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza in forma semplificata del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Roma, sez. I, n. 13055/2022, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Giustizia e di Fdm Business Services S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 aprile 2023 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Marinelli, Giorgiani, in dichiarata delega degli avvocati Creuso, Esposito e De Zan, e l'avvocato dello Stato Fedeli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con atto di determina a contrarre ed indizione procedura negoziata prot. n. 1013.ID del 16 febbraio 2022, il Ministero della Giustizia, previa acquisizione del parere emesso dall'Agenzia per l'Italia Digitale, indicava una procedura negoziata, senza previa pubblicazione del bando di gara, ai sensi dell'art. 63 d. lgs. n. 50/2016, finalizzata all'affidamento del servizio di *“digitalizzazione dei fascicoli giudiziari, ibridi e cartacei”*, iscritti negli anni 2016-2026, di Tribunali, Corti d'Appello e Suprema Corte di cassazione, da aggiudicare con il criterio del minor prezzo.

L'appalto era suddiviso in quindici lotti, di cui quattordici a carattere territoriale e uno (segnatamente, il lotto n. 15) di natura funzionale, per i processi di legittimità della Corte Suprema di Cassazione.

Per quanto di interesse ai fini della presente lite, il capitolato speciale di gara, in conformità al relativo disciplinare, richiedeva, relativamente ai requisiti di partecipazione e con specifico riferimento alle figure del *“responsabile unico”* e del *“coordinatore”* del servizio, il possesso di laurea magistrale in discipline tecnico-scientifiche, economico-gestionali *“o equivalenti”* (cfr. art. 7.1.).

Peraltro, a riscontro di apposito quesito sul punto (n. 46), la stazione appaltante, nel fornire analitica indicazione delle lauree considerate *“equivalenti”*, specificava che sarebbero state ritenute idonee anche quelle *“equipollenti”*, in ordine alle quali sarebbe stata *“applicata la normativa specifica che definisce la equipollenza dei titoli accademici”*.

Era, quindi, previsto, che, ai fini della partecipazione, ogni operatore economico avrebbe dovuto *“presentare obbligatoriamente in fase di offerta i curricula anonimi delle risorse individuate quali Coordinatori del servizio di acquisizione documentale per ciascun distretto giudiziario e di un Responsabile del servizio per lotto”*.

2.- Alla gara partecipava, tra gli altri operatori concorrenti, anche l'appellante Datamanagement Italia S.p.A., nei cui confronti – con verbale del 5 aprile 2022 – il RUP attivava il procedimento di soccorso istruttorio, sollecitando *“chiarimenti in merito*

all'associazione dei curricula presentati in ciascuna offerta per ogni lotto" e chiedendo altresì "di far pervenire dichiarazione di equipollenza dei titoli di studio conseguiti all'estero, indicati nei C.V.". A riscontro, la società rappresentava, relativamente al lotto n. 15, che il dipendente individuato con il "CV 04", all'uopo individuato, aveva conseguito un titolo di studio "Tecnico Scientifico" (come richiesto dall'art. 7.1 del Capitolato) in altro Paese dell'UE (nello specifico, si trattava della laurea in "Ingegneria Meccanica" conseguita in Romania), non corredato, tuttavia, di dichiarazione di equipollenza.

3. Con determinazione del 2 agosto 2022, il RUP disponeva, di conserva, l'esclusione di Data Management dalla gara, sul motivato rilievo che "per il curriculum del Responsabile del servizio del lotto 15 la laurea dichiarata nel CV depositato in sede di offerta [fosse] una laurea estera per cui non [era] mai stata richiesta la dichiarazione di equipollenza al Consolato", e che "trattandosi di requisito di partecipazione relativo alla capacità tecnico professionale, come indicato al punto 8.3 del Disciplinare di gara, il mancato possesso [...] non [fosse] sanabile con soccorso istruttorio".

4.- Il provvedimento di esclusione era impugnato con ricorso proposto presso il TAR per il Lazio – Roma, che, con sentenza n. 13055/2022, resa nel rituale contraddittorio delle parti, lo respingeva, sul complessivo ed argomentato assunto: a) che, ai sensi della l. n. 148/2002, per il conferimento di valore legale ai titoli di studio conseguiti all'estero, fossero in ogni caso necessari la richiesta ed il conseguimento della prevista attestazione di equipollenza; b) che, trattandosi di un requisito di partecipazione relativo alla capacità tecnico professionale, l'omissione non fosse suscettibile di sanatoria in grazia di soccorso istruttorio, in ragione del principio di immodificabilità dell'offerta.

5.- Con atto di appello, proposto nelle forme e nei tempi di rito, Data Management s.p.a. impugna la ridetta statuizione, di cui assume la complessiva erroneità ed ingiustizia, auspicandone l'integrale riforma.

Si sono costituiti, in resistenza, il Ministero della giustizia e la controinteressata Fdm Business Services S.r.l., in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di impresa.

Alla pubblica udienza del 27 aprile 2023, sulle reiterate conclusioni delle parti, la causa è stata riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello non è fondato e merita di essere respinto.

2.- Con un primo, articolato motivo di censura, l'appellante si duole di *error in iudicando*, avuto riguardo alla reiezione del primo motivo del ricorso di prime cure e dei relativi motivi aggiunti, segnatamente lamentando: a) violazione e falsa applicazione del diritto UE in relazione al meccanismo dell'eterointegrazione, dell'art. 60 della Direttiva 2014/24/UE e dell'Allegato XII, parte II, lett. f), della l. n. 148/02 e del D.P.R. 189/09, degli artt. 1 della l. 241/90, 30, 83 e 86 e Allegato XVII, parte II, lett. f), del Codice, 7.1 del Capitolato; b) violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, legittimo affidamento, *clare loqui*, tassatività e interpretazione restrittiva delle cause di esclusione, del *favor participationis*; c) eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà intrinseca, manifesta arbitrarietà, travisamento ed erronea valutazione dei presupposti in fatto e in diritto; d) violazione della funzione dei chiarimenti nelle procedure comparative.

2.1.- Sotto un primo profilo critico, assume anzitutto che in alcuna parte della *lex specialis* fosse richiesta (né tampoco presidiata da espressa clausola espulsiva) la pretesa dichiarazione di equipollenza del titolo di studio conseguito all'estero.

Invero, il *tenore letterale* dell'art. 7 del capitolato tecnico, dedicato al "Gruppo di lavoro", era complessivamente orientato nel senso di delineare una figura di "responsabile unico" del servizio "idoneo allo svolgimento delle mansioni richieste" e in possesso delle qualifiche professionali "minime" indicate nell'apposita sezione, in ordine alle quali l'art. 7.1 – relativamente al requisito del "titolo di studio" – richiedeva, in asserita coerenza con il vincolante canone pro-concorrenziale, esclusivamente il "Possesso di laurea magistrale in discipline tecniche-scientifiche, economico-gestionali o equivalenti", nessun cenno essendo fatto alla necessità di produrre ("anche") una dichiarazione di equipollenza del titolo di studio, conforme alle predette discipline, ove conseguito in altro Stato membro UE.

Era stato, appunto, legittimamente confidando, per tal via, nel delineato ed asseritamente inequivoco contesto regolatorio, che l'appellante, in ossequio all'art. 8.3 del disciplinare, aveva dichiarato, nel corpo del DGUE, di disporre di risorse in possesso dei requisiti capitolari, producendo, come "mezzo di prova", il "C[urriculum] V[itae] 04", rispondente a tutte le qualifiche professionali "minime" previste per la figura del responsabile unico, tra cui il "titolo di studio" della "laurea magistrale in discipline tecniche-scientifiche", conseguita presso il Politecnico di Bucarest.

D'altra parte, argomenta, se l'art. 7.1 del capitolato avesse *espressamente* richiesto – in ossequio all'obbligo di *clare loqui*, particolarmente pervasivo trattandosi di enucleare il tratto di clausole espulsive – una (formale) dichiarazione di equipollenza dei titoli di studio, la società sarebbe stata perfettamente in grado di indicare, ove le fosse stato consentito in via di doveroso soccorso, la risorsa (posseduta da un proprio dipendente alla data di scadenza del termine di presentazione delle offerte) cui era associato il "CV 13": il quale dipendente, oltre ad avere tutti i requisiti richiesti, vantava il titolo di studio "nazionale" della Laurea in Economia e Commercio conseguita presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

2.2.- Sotto un secondo, concorrente profilo censorio, l'appellante assume, che la richiesta di una dichiarazione di equipollenza per i titoli di studio conseguiti all'estero si porrebbe, anche in una prospettiva di *ordine logico-sistematico* (e, quindi, di là dal mero dato *formale e letterale*) in palese contrasto con la *lex specialis*.

A suo dire, l'art. 7.1 del capitolato si era limitato ad indicare soltanto "meri ambiti disciplinari generalmente intesi", senza minimamente fornire un "esaustivo elenco di specifici titoli di studio": con ciò sarebbe mancato lo stesso presupposto per poter prefigurare (e, di conserva, pretendere) una (necessariamente *specifica*) certificazione di equipollenza. Ciò sarebbe, oltretutto, confermato dal fatto che l'art. 8.3 del disciplinare individuava come (idoneo) "mezzo di prova" non già la "produzione materiale" del titolo, ma (solo) il "curriculum vitae della risorsa".

Né a diverso (ed abusivamente rigoroso) esito avrebbe potuto indurre la positiva previsione di *equivalenza* (testualmente affidata all'inciso: "o equivalenti"): la quale avrebbe dovuto intendersi (ed anzi: non avrebbe potuto che intendersi) nel senso della "equivalenza di area disciplinare" (come fatto chiaro, peraltro, dall'emblematico "utilizzo del termine al plurale").

Diversamente opinando, la prescrizione capitolare avrebbe finito per illegittimamente e surrettiziamente introdurre (come era, di fatto, occorso) “una sanzione espulsiva occulta”, in violazione del canone di tassatività.

2.3.- In tale argomentata prospettiva, a nulla sarebbe valso il chiarimento n. 46, sul quale la stazione appaltante aveva parimenti fondato la contestata determinazione espulsiva e che, all’incontro, avrebbe in tesi svolto la (semplice) funzione di evidenziare e concretizzare l’effettiva portata della *equivalenza degli ambiti disciplinari*: risultandone, con ciò, compromesso il (consolidato) intendimento che affida ai chiarimenti la (mera) funzione di rendere più chiaro e comprensibile il significato del contenuto delle prescrizioni di gara, non potendo per contro giungere ad attribuire – con preclusa attitudine *integrativa* e/o addirittura *novativa* – ad una disposizione della *lex specialis* un significato e una portata *diversa* o *maggiore* di quella risultante dal relativo tratto testuale.

2.4.- Per sovrammercato, la stazione appaltante (e, per essa, il responsabile del procedimento) avrebbe, in proposto, serbato un atteggiamento ambiguo ed ondivago nella gestione del (pur attivato) soccorso istruttorio: il che aveva finito per conculcare – anche nel confronto partecipativo – l’affidamento in ordine al corretto intendimento delle regole di gara.

2.5.- A tutto concedere, comunque, la valorizzazione, ai fini ostativi e agli esiti espulsivi, del meccanismo di riconoscimento dei titoli di studio esteri – introdotto con la ratifica della Convenzione di Lisbona, avvenuta tramite la l. n. 148/2002 ed incentrato, per l’appunto, sulla necessità di richiesta ad acquisizione, a carico dell’interessato, della certificazione di equipollenza – non avrebbe potuto, come era in concreto accaduto, essere trasfusa all’interno delle procedure di *matrice selettiva* (e, segnatamente, nelle *gare d’appalto*).

Invero, il “*riconoscimento finalizzato per finalità diverse da quelle accademiche*” era previsto dall’art. 5 della l. n. 148/02, che rimandava, a sua volta, alle “*procedure*” di cui al regolamento adottato con il D.P.R. n. 189/09, il quale (agli artt. 3 e 4) non prevedeva alcun onere, in capo al soggetto interessato, di acquisire da terzi tale “*attestazione di equipollenza*”, facendo invece ricadere sulla singola “*amministrazione interessata*” l’officiosa attivazione, ricorrendone i presupposti, delle procedure ivi indicate.

Avrebbe, per tal via, errato la sentenza impugnata (che aveva richiamato, sul punto, ad una recente e conforme decisione resa, nella medesima vicenda procedimentale, dal TAR Palermo: la quale tra l’altro, si può aggiungere sin d’ora, sarebbe stata successivamente riformata in sede di gravame) a far, sostanzialmente, carico all’appellante di acquisire (e produrre) tale “*attestazione di equipollenza*” entro il termine di presentazione delle offerte: al che, in definitiva, avrebbe – semmai – dovuto provvedere la stazione appaltante.

2.6.- In ogni caso, il richiamo alla disciplina di cui alla l. n. 148/2002, quale che ne fosse l’esatto intendimento, non avrebbe comechessia potuto operare (nella assenza di un espresso richiamo ad opera della *lex specialis*) in vi di *eterointegrazione*: la quale – operando, in concreto, *in malam partem* – avrebbe finito per porsi in contraddizione con i principi eurounitari di certezza del diritto, di tutela del legittimo affidamento, di massima concorrenza e di trasparenza dell’attività amministrativa, nella (bene intesa) prospettiva di una (necessaria) *autosufficienza della documentazione di gara* e del (correlativo e ribadito) divieto di *atipicità delle clausole escludenti*.

D'altra parte, l'eterointegrazione in senso escludente non sarebbe stata, nella specie, possibile, vertendosi in contesti diversi da quello dei concorsi pubblici (nei quali *il titolo di studio assurgerebbe ad elemento centrale*, concretando lo specifico presupposto ai fini dell'accesso di un determinato soggetto a una specifica professione pubblica): laddove, in base al canone della massima partecipazione concorrenziale, le procedure evidenziali dovrebbero ritenersi incentrate sul "*possesso sostanziale*" del requisito, avuto riguardo alla idoneità dell'operatore economico ad eseguire i lavori o i servizi per cui tali capacità fossero richieste.

Sicché, in definitiva – anche in forza dell'art. 86 del d. lgs. n. 50/2016, riproduttivo dell'art. 60, § 1, e dell'Allegato XII, parte II, lett. f), della Direttiva n. 24/2014/UE – "*l'indicazione dei titoli di studio*" (quale "*mezzo di prova*" dei requisiti di capacità tecnica e professionale) doveva ritenersi senz'altro sufficiente a fini dimostrativi, anche in assenza della (al postutto: non richiesta) "*attestazione di equipollenza*".

3.- Il complesso ed articolato motivo, ancorché suggestivamente ed abilmente sviluppato, non è persuasivo.

Importa evidenziare, in fatto, che il capitolato speciale di gara, nel definire i requisiti di capacità tecnico-professionale necessari per la partecipazione alla gara oggetto di controversia, prevedeva (all'art. 7) la programmatica strutturazione di un apposito "*gruppo di lavoro*", composto da "*personale idoneo allo svolgimento delle mansioni richieste*", comprendente: a) un "*Responsabile unico del servizio*", con il ruolo di "*referente unico nei confronti della Stazione Appaltante*" per ciascun lotto aggiudicato; b) un "*Coordinatore del servizio*", per ogni distretto giudiziario afferente al singolo lotto aggiudicato; c) un "*team operativo*", composto da "*operatori di acquisizione documentale*".

In relazione alle ridette risorse, l'art. 7.1 precisava le "*qualifiche professionali minime*" richieste, con concorrente riguardo: a) alle "*esperienze pregresse*"; b) alle "*competenze*" acquisite; c) ai "*titoli di studio*" conseguiti.

Relativamente a questi ultimi, era in particolare richiesto: a) per ognuno degli "*operatori di acquisizione documentale*", membro del *team operativo*, il "*diploma di scuola secondaria di II grado*"; b) per il "*coordinatore del servizio*" e per il "*responsabile unico del servizio*", la "*laurea magistrale in discipline tecniche-scientifiche, economico-gestionali o equivalenti*".

3.1.- Si intende, in principio, che la scolpita clausola di "*equivalenza*" (sulla quale – e sul suo restrittivo cooperare con la cooccorrente condizione di "*equipollenza*" – si incentrano, in prima battuta, le ragioni critiche di parte appellante) fosse *sintatticamente* riferita, nel corpo della previsione, non già alla "*laurea*", ma alle "*discipline*": ove non fosse, a tal fine, sufficiente (trattandosi di elemento sempre e notoriamente ambiguo) la struttura del sintagma aggettivale, con dislocazione dell'aggettivo qualificativo in funzione restrittiva, varrebbe a dimostrarlo, con evidenza, l'accordo *al plurale* (sul quale, giustamente, fa leva, nella propria argomentazione, la stessa appellante).

In altri termini, sotto il profilo *testuale*, la regola era scolpita nel senso che la laurea dovesse afferire a discipline dell'*ambito* tecnico-scientifico, ovvero dell'*ambito* economico-gestionale o di "*ambiti equivalenti*" (all'uno e/o all'altro).

Proprio l'obiettiva indeterminatezza del riferimento ha finito, del resto, per sollecitare, in riscontro ad apposito quesito, l'opportuno chiarimento reso dalla stazione appaltante (n. 46)

che – come diffusamente evidenziato in narrativa e come subito si ribadirà – ha elencato *positivamente ed esplicitamente* le discipline ritenute, ai fini in questione, “*equivalenti*”.

È, in premessa, esatto, allora, il rilievo dell’appellante, secondo cui la nozione di “*equivalenza*” (degli ambiti disciplinari) non coincidesse né fosse automaticamente sovrapponibile alla nozione di “*equipollenza*” (dei titoli di laurea, quale che ne fosse l’ambito).

3.2.- Nondimeno, è chiaro che l’indicazione del “*titolo*” di studio (la “*laurea magistrale*”) implicava o sottintendeva (in quanto necessariamente connotato da “*valore legale*”, che rappresenta *elemento giuridico-normativo* della fattispecie, integrativo della sua consistenza *materiale*: tale essendo, in sostanza, il significato proprio e tecnico del “*titolo*”) il requisito (legale) della “*validità*”: che – con riguardo ai titoli conseguiti all’estero – postula in termini generali (come previsto dalla l. n. 148/2002, approvata in adesione alla Convenzione di Lisbona, nonché dalla l. n. 29/2006) uno specifico e qualificato *accertamento* (relativamente alla valutazione della sostanziale omogeneità, adeguatezza e comparabilità dei percorsi formativi e delle modalità della relativa verifica), ed una (pedissequa e formale) *certificazione* ufficiale, di equipollenza.

In questo senso, è allora corretto – nella valutazione del primo giudice – l’intendimento della *lex specialis* nella prospettiva della sua c.d. *eterointegrazione*: la quale, come è noto, opera in presenza di una (obiettiva) “*lacuna*” delle regole di gara (nella specie: l’attitudine della “*laurea*” a concretare un idoneo “*titolo*” di studio, nel senso chiarito), ovvero nel caso in cui la stazione appaltante abbia ommesso di inserire nella disciplina di gara elementi previsti come *necessari ed obbligatori* dall’ordinamento giuridico *nel suo complesso* (ad *instar* di quanto, nell’ambito dei rapporti civili, accade in forza degli artt. 1374 e 1339 c.c.): sicché il bando, nella sua portata precettiva di *lex specialis* della procedura, debba essere *integrato*, in via suppletiva, da una vincolante (e non derogabile) previsione della *lex generalis*.

S’intende, per tal via, che l’eterointegrazione del bando – ancorché si risolva, in effetto, nella prefigurazione più ampia e comprensiva (in senso *qualitativo* o *quantitativo*) dei requisiti di accesso alla procedura di gara, rispetto al canone di (*determinatezza* e) *autosufficienza* della relativa legge speciale – non collide con il principio di (rigorosa) tassatività delle cause di esclusione (che è, di per sé, corollario dell’onere di puntuale ed esaustiva prefigurazione delle condizioni concorrenziali), proprio perché si tratta di condizioni *necessarie* (in ragione della attitudine non derogabile della legge) ed *implicite* (e, come tali, suscettibili di essere colmate, nei sensi chiariti, in via di diretta applicazione della legge generale).

S’intende, ancora, che il riassunto meccanismo di eterointegrazione – nella specie, come vale ribadire, imposto dalla necessità di un valore legale del titolo di studio – non impinga (pur in presenza di una esclusione disposta in applicazione della *lex generalis* e non della *lex specialis*) nell’*affidamento legittimo* dei concorrenti, con il quale anzi – anche nella prospettiva dei principi di derivazione eurocomune – postula di essere temperato.

Sotto il profilo in questione, deve essere incidentalmente disattesa – perché non sollecita né prefigura un dubbio interpretativo, alla luce della Convenzione di Lisbona – l’istanza, formulata dall’appellante, di rimessione alla Corte di giustizia: la quale, oltretutto, si

appalesa pregiudizialmente inammissibile, in quanto formulata per la prima volta in sede di gravame, quale sviluppo di un motivo di doglianza non formalizzato, nei termini, in prime cure.

3.3.- Deve essere letto in questa logica il chiarimento fornito al quesito n. 46, con il quale si chiedeva (per l'appunto, in merito al requisito "*Possesso di laurea magistrale in discipline tecnico-scientifiche, economico-gestionali o equivalenti*"): a) cosa potesse essere ricompreso nella dicitura *equivalenti*"; b) se una "*laurea di diversa tipologia*", sussistendo tutti gli altri requisiti, comportasse l'esclusione.

La stazione appaltante, a riscontro, forniva un elenco dettagliato delle lauree che sarebbero state ritenute (concretamente) idonee, integrando la (tassativa) indicazione con l'apertura alla valutazione di "*equipollenza*": all'uopo, peraltro, precisando che sarebbe stata applicata, nella valutazione dei titoli, "*la normativa specifica che definisce la equipollenza dei titoli accademici*".

In sostanza, con il chiarimento in questione, la stazione appaltante: a) colmava, con indicazioni puntuali, la *relativa indeterminatezza* del riferimento, operato dal bando, alla equivalenza di ambiti disciplinare, fornendone un elenco dettagliato; b) rendeva evidente ciò che, nella legge di gara, *doveva ritenersi implicito*, vale a dire che – nell'ambito dei settori rilevanti – oltre alla "*laurea magistrale*" (espressamente richiesta), avrebbe potuto essere valorizzato ogni titolo "*equipollente*" (onde, per questa parte, il chiarimento operava, a ben vedere, in senso ampliativo e non restrittivo rispetto al bando); c) puntualizzava che la effettiva *equipollenza* (del tutto diversa dalla *equivalenza*) sarebbe stata saggiata e verificata secondo la *normativa "generale"* (sul corretto presupposto della sua evidenziata attitudine eterointegrativa).

3.4.- Ciò posto, vale aggiungere che il richiamo alla l. n. 148/2002 (decisivo, nel senso chiarito) non poteva essere certamente inteso – come pretenderebbe l'appellante, al fine di dequotare il meccanismo escludente – nel senso che, fermo l'obbligo di allegazione del titolo nel corpo del *curriculum vitae* (peraltro, in prima battuta, anonimo), sarebbe stato *onere della stazione appaltante* di attivarsi per acquisire, mercé le relative procedure, la certificazione di equipollenza.

Invero, il richiamo alla l. n. 148/2002 (e, di conserva, al d.P.R. n. 189/2009, che ne scandisce le modalità operative in via regolamentare) deve intendersi con ogni evidenza limitato alla integrazione della (garanzia e della regola) di equipollenza dei titoli di studio allegati all'offerta: la "*formazione*" dei requisiti di capacità tecnica e professionale deve, per definizione, *preesistere* rispetto alla gara nella quale essi vengono spesi.

3.5.- Deve anche escludersi – sotto distinto profilo – la possibilità di supplire alla carenza della attestazione di equipollenza con il soccorso istruttorio (ai fini di surrogazione della risorsa).

3.5.1.- Naturalmente, il Collegio non ignora il diverso intendimento manifestato, sul punto – peraltro in riguardo alla medesima procedura evidenziale, relativamente all'affidamento di distinti lotti – da C.G.A., 2 gennaio 2023, n. 4 e dalla successiva e conforme 6 marzo 2023, n. 174, le quali, pur muovendo da analoghe premesse in ordine alla necessità di una certificazione di equipollenza dei titoli di studio, hanno, in sostanza, ritenuto:

- a) che la stazione appaltante avrebbe potuto (e allora: dovuto) dare seguito all'iter di soccorso istruttorio, eventualmente sollecitando la produzione del certificato di equipollenza (o alla valorizzazione di risorsa alternativa);
- b) che, a tal fine, il *curriculum vitae* (alla cui allegazione, in forma inizialmente anonima, il disciplinare di gara limitava gli obblighi di allegazione dei concorrenti) non fosse, come tale, qualificabile come "requisito di partecipazione", ma come "mezzo a comprova del requisito di partecipazione", non concretando, per tal via, "componente dell'offerta tecnica o economica" ed essendo semmai da includere tra la "documentazione amministrativa", sicché la sua sostituzione, in ragione dell'anonimato, non fosse idonea a comportare una "modificazione soggettiva" dell'offerta;
- c) che, in definitiva, la disciplina di gara imponeva di tenere distinta l'ipotesi della (sostanziale) *manca* *manca* *dei requisiti* (di per sé non sanabile) da quella della *manca* *comprova* (sotto il profilo essenzialmente *documentale*) dei requisiti, suscettibile di recupero mediante soccorso.

3.5.2.- *Re perpensa*, ritiene il Collegio che si giustifichi un difforme intendimento del profilo in questione.

Importa osservare, in premessa ed in termini generali, che l'istituto del soccorso istruttorio obbedisce, per vocazione generale (cfr. art. 6 l. n. 241/1990), ad una fondamentale *direttiva antiformalistica* che guida l'azione dei soggetti pubblici ed equiparati. Con riguardo alle procedure di evidenza pubblica, esso si fa carico di evitare, nei limiti del possibile, che le rigorose formalità che accompagnano la partecipazione alla gara si risolvano – laddove sia garantita la paritaria posizione dei concorrenti – in disutile pregiudizio per la sostanza e la qualità delle proposte negoziali in competizione e, in definitiva, del risultato dell'attività amministrativa.

In tale prospettiva, la regola – che traduce operativamente un canone di *leale cooperazione* e di *reciproco affidamento* tra le stazioni appaltanti o gli enti concedenti e gli operatori economici (cfr. art. 1, comma 2 *bis* legge n. 241/1990) – ha visto riconosciuta (ed accresciuta) la sua centralità nel nuovo Codice dei contratti pubblici: il quale, per un verso, vi dedica (a differenza del Codice previgente, peraltro ancora applicabile *ratione temporis* alla vicenda in esame, che lo disciplinava, in guisa alquanto incongrua, a margine dei criteri di selezione delle offerte: cfr. art. 83, comma 9 d. lgs. n. 50/2016) una autonoma e più articolata disposizione (art. 101) e, per altro verso, ne amplifica l'*ambito*, la *portata* e le *funzioni*, superando, altresì, talune incertezze diffusamente maturate nella prassi operativa.

Quand'anche si intenda dilatarne al massimo la portata (in certo modo filtrando – con non abusiva operazione esegetica, ben fondata su un ragionevole canone di ordine teleologico – l'interpretazione dell'art. 83, comma 9 del d. lgs. n. 50/2016 con la più ariosa prospettiva dischiusa, in termini solo parzialmente innovativi, dall'art. 101 del d.lgs. n. 36/2023), si dovrà, in ogni caso, puntualizzare, sotto un profilo funzionale, la necessaria distinzione tra:

a) soccorso integrativo o completivo (comma 1, lettera a) dell'art. 101 d. lgs. n. 36 cit., non difforme dall'art. 83, comma 9), che mira, in termini essenzialmente quantitativi, al recupero di carenze della c.d. documentazione amministrativa necessaria alla partecipazione alla gara (con esplicita esclusione, quindi, della documentazione inerente

l'offerta, sia sotto il profilo *tecnico* che sotto il profilo *economico*), *sempreché* non si tratti di documenti bensì non allegati, ma acquisibili direttamente dalla stazione appaltante (in prospettiva, tramite accesso al fascicolo virtuale dell'operatore economico);

b) soccorso *sanante* (comma 1 lettera *b*), anche qui non difforme dall'art. 83, comma 9 del d. lgs. n. 50), che consente, in termini *qualitativi*, di *rimediare* ad omissioni, inesattezze od irregolarità della documentazione amministrativa (con il limite della irrecuperabilità di documentazione di incerta imputazione soggettiva, che varrebbe a rimettere in gioco domande inammissibili);

c) soccorso *istruttorio* in senso stretto (comma 3), che – recuperando gli spazi già progressivamente riconosciuti dalla giurisprudenza alle forme di soccorso *c.d. procedimentale* – abilita la stazione appaltante (o l'ente concedente) a sollecitare *chiarimenti* o *spiegazioni* sui *contenuti* dell'offerta tecnica e/o dell'offerta economica, finalizzati a consentirne l'esatta acquisizione e a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di pervenire ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto, e fermo in ogni caso il divieto (strettamente correlato allo stringente vincolo della *par condicio*) di apportarvi qualunque modifica;

d) soccorso *correttivo* (comma 4): che, in realtà, a differenza delle altre ipotesi – rispetto alle quali si atteggia, peraltro, a fattispecie di nuovo conio, come tale insuscettibile, almeno in principio, di applicazione retroattiva – prescinde dall'iniziativa e dall'impulso della stazione appaltante o dell'ente concedente (sicché non si tratta, a rigore, di soccorso *in senso stretto*), abilitando direttamente il concorrente, fino al giorno di apertura delle offerte, alla rettifica di errori che ne inficino materialmente il contenuto, fermo il duplice limite *formale* del rispetto dell'anonimato e *sostanziale* della immodificabilità contenutistica.

Sotto un profilo operativo, il soccorso procede (con la evidenziata e non rilevante peculiarità del soccorso correttivo, che è oggi riconosciuto *ex lege*) da una (doverosa, trattandosi al solito di potere-dovere) *assegnazione di un termine* (ora positivamente prefigurato in misura non inferiore a cinque e non superiore a dieci giorni) entro il quale l'operatore economico può integrare o sanare (a pena di esclusione: cfr. il comma 4 dell'art. 101) la documentazione amministrativa ovvero (ma in tal caso, è il caso di soggiungere, senza automatismi espulsivi) chiarire ed illustrare, nei termini (e nei limiti) della specifica richiesta, il tenore della propria offerta.

La norma si cura di precisare (offrendo, con ciò, espressa soluzione positiva a talune ipotesi già oggetto di controverso intendimento) che sono soccorribili (purché, in tal caso, documentabili con atti *di data certa*, anteriore al termine di presentazione delle offerte: il che conferma che si deve trattare di una omissione meramente *formale* e non di una originaria carenza *sostanziale*): *a)* la mancata presentazione della garanzia provvisoria; *b)* l'omessa allegazione del contratto di avvalimento; *b)* la carenza dell'impegno al conferimento, per i concorrenti partecipanti in forma di raggruppamento costituendo, del mandato collettivo speciale.

In definitiva, appare evidente – con valutazione non estranea all'esatta parametrizzazione della vicenda in esame, sotto il profilo della prefigurazione di una direttiva esegetica

tendenzialmente *non restrittiva* – il programmatico ampliamento dell'ambito del soccorso, fino al segno, si può nondimeno osservare, di marcare un possibile conflitto con il *canone di autoresponsabilità* (che in generale sollecita gli operatori economici, in virtù della postulata qualificazione professionale e del correlativo dovere di diligenza, al pieno e puntuale rispetto delle formalità procedurali, evitando gli aggravii imposti dalla rimessione in termini: per i quali ben potrebbe prospettarsi, anche alla luce del criterio di buona fede, un forma di immeritevole *abuso*).

3.5.2.- Tutto ciò, premesso – traducendo le riassume coordinate ermeneutiche alla vicenda in esame – deve tenersi per ferma la non soccorribilità (sia in funzione integrativa, sia in funzione sanante) degli elementi integranti, anche documentalmente, il contenuto dell'offerta (tecnica od economica): ciò che si porrebbe in contrasto con il superiore principio di parità dei concorrenti. Restano, per contro, ampiamente sanabili le carenze (per omissione e/o per irregolarità) della documentazione c.d. *amministrativa*.

In altri termini, si possono emendare le carenze o le irregolarità che attengano alla (allegazione) dei *requisiti di ordine generale* (in quanto *soggettivamente* all'operatore economico in quanto tale), non quelle inerenti ai *requisiti di ordine speciale* (in quanto atte a strutturare i termini dell'offerta, con riguardo alla capacità economica, tecnica e professionale richiesta per l'esecuzione delle prestazioni messe a gara).

3.5.3.- Orbene, l'assunto dell'appellante, che è stato condiviso dai richiamati precedenti, è che, nella specie, la carenza riguardasse il *curriculum vitae* (in tesi attinente alla documentazione amministrativa) e non il "*titolo di studio*" in quanto tale (inerente i requisiti di professionalità richiesti). Sicché, in sostanza, la carenza del primo (correlata alla evidenziata omissione della certificazione di equipollenza) fosse emendabile *sia* mediante postuma allegazione, *sia* mediante surrogazione della relativa risorsa umana (cioè: sia mediante produzione successiva della attestazione di equipollenza relativa al titolo di studio dichiarato, sia – alternativamente – mediante *sostituzione* del *curriculum vitae* con altro idoneo).

3.5.4.- Si tratta di valutazione non condivisibile.

Ancorché, nei sensi più volte chiariti, il *disciplinare* di gara postulasse l'allegazione, in forma solo inizialmente anonima, dei *curricula*, il *capitolato tecnico* era chiaro nel richiedere, in capo al personale designato per l'esecuzione del contratto, il prescritto *titolo di studio* (integrante, all'evidenza, un *requisito di ordine tecnico-professionale*).

Ammettendo, perciò, come pretenderebbe l'appellante (non tanto la formale sostituzione del *curriculum*, quanto) la indicazione di un diverso *titolo di studio*, riferito a *diversa figura professionale*, significherebbe legittimare la modifica (sotto il profilo soggettivo, relativamente alla *manodopera impegnata*) dei termini dell'offerta.

Sicché appare, in definitiva, specioso, ma non persuasivo, l'assunto che la mancanza della certificazione di equipollenza del titolo di studio si risolverebbe in un fatto meramente *formale* (essendo, in tesi, incontestato il possesso del requisito *sostanziale*): ciò sarebbe quando si fosse (a tutto concedere) chiesto di *integrare* il *curriculum* con la (postuma) produzione di una (già conseguita) attestazione di equipollenza; non quando – come nella specie – si vorrebbe supplire alla (acclarata) inidoneità (per *insufficienza del titolo*, in quanto

privo di riconoscimento del valore legale) del personale con l'indicazione di personale alternativo, per quanto (asseritamente) nella disponibilità dell'impresa.

4.- Le considerazioni che precedono superano (ed assorbono) le ragioni di doglianza affidate al secondo motivo di appello, con il quale l'appellante lamenta – ribadendo la sostanza del proprio apparato censorio – che solo in sede processuale la stazione appaltante avesse (in tesi: inammissibilmente) esplicitato le (postume) ragioni di eterointegrazione del bando. Le quali, per contro, per quel che precede e che non giova ribadire, dovevano ritenersi *ab origine* integrative della *lex specialis* di procedura.

5.- Parimenti infondato, in quanto superato dalla argomentata infondatezza del primo motivo, l'ulteriore censura con la quale (in prospettiva dichiaratamente subordinata) l'appellante si duole della reiezione del secondo motivo del ricorso di prime cure, reiterato nei pedissequi motivi aggiunti, con cui aveva contestato l'illegittimità dell'esclusione, sull'assunto che il RUP, in sede di soccorso istruttorio, non avrebbe potuto obliterare l'allegazione del "CV 13", con cui aveva ulteriormente comprovato il possesso del requisito di partecipazione già dichiarato *ex ante*, cioè al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte (16/3/22).

Censura che, all'evidenza, sta (e cade) con quella già diffusamente esaminata, in ordine alla non praticabilità del soccorso istruttorio, pur ampiamente inteso.

6.- Con un ultimo motivo di censura, l'appellante si duole che – relativamente alla ritenuta insussistenza dell'obbligo di versare il contributo unificato in relazione ai motivi aggiunti proposti, in corso di causa, avverso la sopravvenuta aggiudicazione a favore della controinteressata, censurata per invalidità meramente derivata (in ragione della assenza di un *sostanziale* ampliamento dei termini oggettivi della lite) – il TAR abbia ritenuto di non essere "*tenuto a pronunciarsi sulla richiesta [...] poiché si tratt[erebbe] di una questione inerente alle censure presentate avverso gli atti impugnati [...] in quanto riguardanti pretese di natura tributaria*".

Assume, sul punto che, se è noto che la controversia sulla pretesa tributaria appartiene ad altro plesso giurisdizionale, rientrerebbe, per contro, nella giurisdizione del giudice amministrativo l'accertamento, *in via incidentale*, dell'identità di oggetto del ricorso e dei motivi aggiunti, sotto il segnato profilo della inettitudine dei secondi ad ampliare in modo considerevole l'oggetto della controversia.

6.1.- Il motivo non è fondato.

In disparte ogni altro rilievo – anche relativamente alla indiscussa spettanza, in principalità, della relativa questione alla cognizione del giudice tributario, correttamente affermata dal TAR – vale osservare che è solo con l'art. 209, comma 1 lettera *a*) del d.lgs. n. 36/2023, con il quale è stato approvato il nuovo Codice dei contratti pubblici, che l'art. 120 del codice del processo amministrativo è stato modificato – in termini indubbiamente innovativi e, come tale, insuscettibili di applicazione retroattiva ai processi in corso, atteso che, pur nel contesto di una disposizione di natura processuale, assume il tratto sostanziale delle disposizioni di matrice tributaria – esentando (con il nuovo comma 7) l'impugnazione, per aggiunta di motivi, dei "*nuovi atti attinenti alla medesima procedura di gara*" dall'obbligo di "*pagamento del contributo unificato*".

7.- Sulle esposte considerazioni, l'appello deve essere, in definitiva, complessivamente respinto.

Sussistono, in assorbente considerazione dei contrasti giurisprudenziali di cui si è dato diffusamente conto, i presupposti per disporre, tra le parti costituite, l'integrale compensazione delle spese e delle competenze di lite.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

TAR Campania – Salerno, sez. I, 19 settembre 2023, n. 2014 (Pres. Leonardo Pasanisi)

Avvalimento – Art. 104 D.Lgs. n. 36/2023 – Avvalimento premiale puro – Punteggi incrementali – Limite partecipativo – Rapporti concorrenziali.

L'impostazione dell'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 risulta modificata dal nuovo art. 104 del d.lgs. n. 36/2023 che, innovando e non meramente interpretando la previgente disciplina, consente l'avvalimento premiale puro ovvero l'avvalimento finalizzato non alla partecipazione ma all'esclusivo conseguimento delle risorse necessarie all'attribuzione di punteggi incrementali, sia pure con il limite partecipativo previsto dalla medesima disposizione quale opportuno temperamento a tutela dei rapporti concorrenziali.

(In senso conforme: TAR Campania – Napoli, n. 4756/2023).

N. 02014/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00214/2023 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 214 del 2023, proposto dall'Associazione Corpo Internazionale di Pubblica Assistenza Humanitas Soccorso Italia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Vetrano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

ASL di Salerno, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Valerio Casilli, Emma Tortora, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Associazione G.O.P.I. Protezione Civile Odv, Croce Rossa Italiana Comitato di Ercolano Odv, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Dario Gioia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Salerno, via Ss. Martiri Salernitani, 31;

per l'annullamento, previa sospensione

a) della Deliberazione del Direttore Generale dell'ASL Salerno n. 1433 del 15.12.2022, pubblicata sulla piattaforma telematica SIAPS il 20.12.2022, recante l'approvazione degli atti

di gara e l'affidamento al controinteressato (costituenda Associazione Temporanea di Scopo - ATS) del "Servizio di Trasporto Sanitario di Emergenza Urgenza 118 dell'ASL Salerno" relativamente al lotto 15;

b) di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali che possano ledere gli interessi della ricorrente ed in particolare: 1) dei verbali del Seggio di gara nella parte in cui, in seguito al soccorso istruttorio, sono stati verificati positivamente i documenti amministrativi trasmessi dalla controinteressata e si è preso atto del punteggio ad essa attribuito dalla Commissione; 2) dei verbali redatti dalla Commissione giudicatrice nella parte in cui non hanno escluso la controinteressata e le hanno attribuito il punteggio che ha determinato l'affidamento del servizio 11;

nonché per la declaratoria di inefficacia della convenzione, ove stipulata, ai sensi e degli artt. 121 e 122 c.p.a. e per la condanna a disporre il subentro dei ricorrenti nell'affidamento del servizio e, ove stipulato, nel contratto, nonché, in subordine, al risarcimento del danno per equivalente, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 124 c.p.a.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ASL di Salerno, dell'Associazione G.O.P.I. Protezione Civile e della Croce Rossa Italiana - Comitato di Ercolano;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 luglio 2023 il dott. Raffaele Esposito e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 27 gennaio 2023 e depositato il 1° febbraio 2023, la ricorrente impugna l'aggiudicazione relativa al lotto 15 della procedura di gara per l'affidamento del "servizio di trasporto sanitario di Emergenza Urgenza 118", indetta dall'ASL di Salerno; classificatasi al secondo posto della graduatoria con un punteggio di 56,90 punti e preceduta dalla associazione temporanea di scopo tra G.O.P.I. - Gruppo Operativo Primo Intervento - Protezione Civile e Croce Rossa Italiana - Comitato di Ercolano, poi risultata aggiudicataria con un punteggio di 79,30 punti, espone di aver ottenuto la documentazione amministrativa prodotta in gara dalle controinteressate il 16 gennaio 2023 (dopo averne ottenuto una prima parte già il 3 gennaio 2023, come risulta dalla nota di trasmissione della restante parte della documentazione) e di essere in attesa della esibizione della trasmissione dell'offerta tecnica, formulando al riguardo istanza istruttorio.

2. La ricorrente deduce:

- l'invalidità del contratto di avvalimento prodotto dall'ATS controinteressata, carente del requisito di capacità tecnico - professionale relativo alla "comprovata esperienza di almeno un anno continuativo (cioè senza soluzione di continuità) nel servizio di soccorso e di emergenza SIRES 118" di cui al punto 1.1, lettera b, dell'avviso di gara, stante l'esiguità del corrispettivo pattuito in relazione all'intera durata del contratto (euro 4.128,00 per una durata contrattuale di due anni oltre proroga annuale, pari allo 0,5% dell'importo di gara, determinato dalla Stazione appaltante in euro 825.600,00);

- la violazione del punto 4, lettera H.7, nonché del punto 14.3 dell'avviso di gara in quanto le ambulanze indicate dalla controinteressata con targa FZ296RC e GB465ZY risultano nella disponibilità dell'ATS controinteressata sulla base di contratti non qualificabili come contratti di *leasing*, considerata la disciplina del contratto di locazione finanziaria contenuta nella legge n. 124/2017 e considerato peraltro che l'art. 10C di tali contratti prevede la risoluzione anticipata in caso di mancato pagamento anche di un solo canone o di violazione degli obblighi previsti dal contratto, con la conseguenza che non potrebbe essere garantita la disponibilità dei mezzi "per tutto l'arco delle 24 ore per 365 giorni l'anno... con percorrenza illimitata", come richiesto dalla documentazione di gara. Inoltre, in violazione di quanto previsto dal punto 14.1 dell'avviso di selezione, i mezzi risultano sprovvisti di revisione. A ciò si aggiunga che, in violazione del punto 14.3 dell'avviso, l'art. 7A dei predetti contratti prevede un vincolo chilometrico per l'utilizzo delle ambulanze di 30.000 km/anno con una tolleranza massima del 5% e sanziona, in combinato disposto con il citato art. 10C, l'eccedenza chilometrica con la risoluzione anticipata del contratto.

L'offerta dell'ATS controinteressata, pertanto, avrebbe dovuto essere dichiarata inammissibile o esclusa avendo messo a disposizione della Amministrazione "un numero ridotto di ambulanze rispetto a quello richiesto dalla *lex specialis* (in effetti risultano ammissibili soltanto i 2 automezzi della mandante e non quelli della mandataria) senza indicare l'ambulanza da utilizzare in via sostitutiva (punto 14.5)";

- la violazione dell'art. 80, comma 5, lettera *c bis*, del d.lgs. n. 50/2016 in quanto la produzione di contratti relativi agli automezzi non riconducibili al *leasing* è finalizzata a influenzare le decisioni della Stazione appaltante in merito all'ammissione del concorrente;

- l'erroneità del punteggio attribuito all'ATS controinteressata in relazione al criterio di valutazione 11 riferito alla "media degli anni di anzianità delle ambulanze/auto mediche del lotto", in quanto la Stazione appaltante avrebbe dovuto valutare, per le ragioni sopraindicate, solo i mezzi conformi alle prescrizioni di gara ovvero unicamente due ambulanze su quattro, con conseguente illogicità del punteggio attribuito alle controinteressate che hanno conseguito il punteggio massimo di 12 punti, pari a quello della ricorrente, mentre avrebbero dovuto conseguire un punteggio pari a zero (in quanto "in una procedura comparativa, l'attribuzione di un punteggio basato sulla media degli anni di anzianità delle ambulanze determina un'evidente disparità di trattamento con gli altri concorrenti dovendosi tale media necessariamente calcolare soltanto sui due automezzi indicati dalla mandante e non, come nel caso degli altri concorrenti, su quattro automezzi");

- l'erroneità del punteggio attribuito in relazione al criterio 9, per il quale l'ATS controinteressata ha conseguito il punteggio di 15 punti, in quanto la mandataria della controinteressata non ha svolto l'attività prevista dal citato criterio e si è avvalsa, ai fini del possesso del requisito tecnico - professionale previsto dal punto 1.1, lettera b, dell'avviso, di una ausiliaria che vanta esperienza nel sistema 118 della Regione Puglia mentre non è consentito l'avvalimento ai fini del conseguimento di punteggi premiali e il citato criterio consente la valutazione unicamente della pregressa attività nel sistema 118 della Regione Campania.

Si evidenzia inoltre l'illogicità del punteggio alla luce del mancato deposito da parte dell'ausiliaria della documentazione idonea a dimostrare l'effettivo svolgimento della

predetta attività di emergenza per il territorio pugliese per un periodo così lungo da determinare l'assegnazione del punteggio massimo;

- l'illogicità del punteggio attribuito in relazione al criterio 1, sub-criteri 1 e 3, in quanto:

-- in relazione alla sub-criterio 1, è stato attribuito un punteggio di 8 punti all'ATS controinteressata che non vanta alcuna esperienza nel settore dell'emergenza-urgenza 118 (essendo ricorso all'avvalimento) mentre alla ricorrente, che gestisce per conto dell'ASL di Salerno il servizio 118 per le postazioni di Salerno, Eboli e Sala Consilina (ovvero per tutto il territorio del lotto 15), sono stati attribuiti 6 punti;

-- in relazione al sub-criterio 3 è stato attribuito il punteggio massimo di 10 punti all'ATS controinteressata, sebbene la mandataria (che partecipa all'ATS al 52%) abbia sede nel territorio del lotto di riferimento e la mandante (che partecipa all'ATS al 48%) abbia sede in Ercolano e non possa pertanto avere conoscenza del territorio del lotto 15. La ricorrente ha invece conseguito un punteggio di 8 punti sebbene operi sul territorio del lotto dal gennaio 2020 (sucedendo ad altra associazione che svolgeva analoga attività sul medesimo territorio) e vanta una pluriennale operatività presso la postazione di Sala Consilina.

3. Si è costituita l'ASL di Salerno eccependo l'inammissibilità del ricorso per la mancata impugnazione del punto 9 del disciplinare di gara e del punto 15 dell'avviso di selezione e argomentando per l'infondatezza del ricorso.

4. Si è costituita la controinteressata chiedendo il rigetto del ricorso.

5. Con ordinanza n. 103/2023 di questo Tribunale è stata respinta la domanda cautelare per carenza di *fumus boni iuris* sotto molteplici profili.

6. Con ordinanza n. 1368/2023 è stata accolta l'istanza ex art. 116, comma 2, c.p.a. presentata dalle controinteressate ai fini dell'acquisizione dell'offerta tecnica della ricorrente.

7. All'udienza pubblica del 19 luglio 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

8. Occorre preliminarmente rigettare l'eccezione di inammissibilità formulata dall'Amministrazione in quanto la ricorrente contesta non i criteri di valutazione formulati ma la loro corretta applicazione da parte dell'Amministrazione, non sussistendo pertanto un onere di impugnazione della documentazione di gara nella parte in cui determina l'articolazione dei criteri di valutazione delle offerte.

9. È possibile procedere all'esame del ricorso che, nel merito, risulta infondato.

Ribadendo le argomentazioni già rappresentate in sede cautelare, occorre considerare quanto segue.

L'ATS controinteressata mancava del requisito relativo alla "comprovata esperienza di almeno un anno continuativo (cioè senza soluzione di continuità) nel servizio di soccorso e di emergenza SIRES 118" di cui al punto 1.1, lett. b, dell'avviso di gara e ha fatto pertanto ricorso all'avvalimento.

Il contratto di avvalimento stipulato mette a disposizione della controinteressata il predetto requisito e obbliga l'ausiliaria a fornire un'ambulanza completa di barelle e defibrillatore, a svolgere attività di formazione in favore del personale addetto al servizio e a trasmettere la propria esperienza gestionale (cfr. pag. 3 e 4 del contratto).

Il contratto prevede (cfr. lett. d, pag. 5) un corrispettivo pari allo 0,5% dell'importo di gara e quindi a euro 4.128,00, da versare, tra l'altro, anticipatamente al momento

dell'aggiudicazione (aspetto questo al quale la quantificazione del corrispettivo non risulta indifferente).

Tale corrispettivo, a differenza di quanto sostenuto dalla ricorrente, non appare irrisorio o simbolico, tenuto conto delle risorse materiali e umane messe a disposizione e della finalità solidaristica che anima le parti (entrambe organizzazioni di volontariato).

Il contratto di avvalimento infatti rende disponibile:

- una ambulanza, mezzo soggetto di per sé a rapida obsolescenza e altrettanto rapido ammortamento, immatricolata sicuramente prima del 2020 (considerato che una delle ambulanze proposte dalla stessa controinteressata riporta numero di targa di molto susseguente e risulta immatricolata nel marzo 2020) e pertanto avente non significativo valore residuo;
- personale per la formazione degli addetti al servizio e la trasmissione dell'esperienza organizzativa, destinato a operare, appartenendo all'associazione ausiliaria, nell'ambito dell'attività di volontariato già svolta.

Non può trascurarsi inoltre la finalità solidaristica che ispira sia l'associazione ausiliaria sia le associazioni ausiliate e che incide necessariamente anche sul rapporto di avvalimento che, a sua volta, inerisce a una procedura finalizzata all'affidamento di una convenzione estranea a finalità lucrative.

I profili evidenziati non possono non aver avuto ricadute sulla determinazione del corrispettivo contrattuale.

È pur vero che la valutazione dell'adeguatezza del corrispettivo previsto dal contratto di avvalimento è volta a verificare l'effettività dell'operazione negoziale e, di conseguenza, l'affidabilità della relazione tra ausiliaria e ausiliata ai fini della corretta esecuzione del contratto; nell'ambito di tale valutazione occorre tuttavia tener conto non solo delle risorse materiali e umane messe a disposizione e dei relativi costi ma anche dell'interesse che ispira la collaborazione tra le parti.

Nel caso di specie, la finalità solidaristica che colora la causa del contratto di avvalimento, unitamente al costo, ridotto o addirittura nullo, delle risorse messe a disposizione, ben può giustificare una determinazione del corrispettivo del contratto di avvalimento in misura apparentemente inferiore rispetto a quello normalmente praticabile nell'ambito di un rapporto di tipo strettamente commerciale, che pertanto non può costituire utile parametro di riferimento per la verifica della adeguatezza del corrispettivo e della affidabilità del rapporto.

10. Inoltre, l'avviso della procedura di selezione consentiva ai concorrenti di indicare, per lo svolgimento del servizio, mezzi "intestati" agli stessi o agli ausiliari, ammettendo "qualunque forma di locazione finanziaria" ed escludendo "forme di cessione o di prestito, compreso il comodato d'uso", con l'obiettivo di assicurarne la stabile e non precaria disponibilità da parte dei concorrenti.

La clausola della *lex specialis*, stante la sua ampia formulazione, deve essere quindi interpretata alla luce di tale obiettivo e secondo un criterio di ragionevolezza; la stessa risulterebbe priva di senso qualora interpretata come volta a imporre l'utilizzo di uno specifico tipo contrattuale e a escludere l'utilizzo di ogni altro tipo. La qualificazione dei contratti mediante i quali i concorrenti dispongono dei mezzi da utilizzare per lo

svolgimento del servizio non ha infatti alcuna incidenza sul servizio stesso, pregiudicato invece da quei titoli contrattuali che determinano un utilizzo instabile e provvisorio dei mezzi, come reso evidente dall'esclusione di generiche forme di cessione o di prestito, incluso il comodato d'uso.

Quindi i contratti con cui l'ATS controinteressata si è assicurata la disponibilità dei due mezzi oggetto di contestazione, assicurando la continuità dell'utilizzo, soddisfano la richiesta dell'avviso di gara.

A ben vedere però, l'avviso di gara consentiva ai concorrenti di dimostrare la disponibilità dei citati mezzi mediante "qualunque forma di locazione finanziaria", senza alcun riferimento a forme tipiche, espressamente disciplinate dal legislatore; in particolare, l'avviso di gara non imponeva la stipula di un contratto di *leasing* finanziario secondo il modello previsto dalla legge n. 124/2017.

Ciò evidenzia con maggior forza la conformità dello strumento contrattuale utilizzato alle richieste dell'Amministrazione.

I contratti oggetto di contestazione appaiono inquadrabili nel *leasing* operativo, come ammesso dalla stessa ricorrente; considerato l'oggetto (l'ambulanza è un bene di costo elevato a rapida obsolescenza, come dimostra la richiesta di cui al punto 4, lett. H8 dell'avviso), l'ammontare del corrispettivo (superiore a quello normalmente praticato, come risultante dalle offerte di altri operatori depositate dalla stessa ricorrente) e la durata contrattuale (di quarantotto mesi, con rinnovo automatico salvo disdetta e facoltà di proroga), ai contratti stipulati dalla controinteressata non è estranea la causa di finanziamento; l'ATS, mediante i citati contratti, ha infatti ottenuto la disponibilità delle ambulanze per un periodo inferiore alla durata della vita utile del bene (come risultante dal citato punto H.8 dell'avviso) senza sopportarne nell'immediato il costo ma corrispondendo un canone il cui ammontare, rapportato alla durata contrattuale, tende a eguagliare il valore del bene, considerata altresì la possibilità di proroga e di contestuale adeguamento del medesimo canone, prevista dall'art. 13, lett. b, del contratto e tipica dei contratti di *leasing* in alternativa all'opzione di acquisto, ai fini della copertura del valore residuo.

Tali contratti, inoltre, non contengono comunque clausole in grado di compromettere la continuità del rapporto. È d'uso infatti che i negozi commerciali includano clausole che ne disciplinano la risoluzione in caso di inadempimento. A ciò si aggiunga che, a differenza di quanto affermato dalla ricorrente, l'eccedenza chilometrica non determina la risoluzione del contratto; infatti l'art. 7, comma 9, del contratto ricollega alle eccedenze chilometriche il ricalcolo del corrispettivo alla cessazione del rapporto, determinato secondo quanto previsto dall'art. 6A (*rectius* 7A) del medesimo contratto che rinvia all'offerta formulata ovvero alle "condizioni leasing operativo ambulanza" allegate al contratto – par. "chilometraggio".

La risoluzione di diritto che l'art. 10C ricollega alla violazione dell'art. 7A è in realtà da riferirsi alla previsione contenuta nell'ultimo comma di quest'ultimo articolo, relativo all'obbligo di conservare la sigillatura e il funzionamento del contachilometri e di dare immediato avviso di qualsiasi rottura o anomalia di funzionamento (incidendo tale aspetto, con tutta evidenza, sulla regolarità dei rapporti tra le parti e sulla corretta utilizzazione del veicolo).

Infondato è altresì il rilievo relativo all'assenza di revisione dei citati mezzi; considerato che il termine di presentazione delle offerte era fissato al 13 aprile 2021, la carta di circolazione del secondo dei mezzi indicati non avrebbe potuto riportare l'effettuazione delle predette revisioni essendo stato immatricolato il 7 agosto 2020.

Con riferimento invece al primo dei mezzi indicati, immatricolato il 18 marzo 2020, occorre considerare che la revisione è necessaria ai fini della circolazione del veicolo (cfr. art. 80, comma 14, del d.lgs. n. 285/1992) e la revisione del veicolo non sembra costituire requisito minimo dei mezzi in quanto non inclusa nell'elencazione di cui alle lettere H del punto 4 dell'avviso; essa risulta al più riconducibile al punto 14.1 e quindi da verificare prima dell'avvio dell'esecuzione e della circolazione dei medesimi mezzi.

Non sussiste pertanto, in relazione citati mezzi, né la falsa dichiarazione né l'erroneità nel calcolo del punteggio relativo al criterio di valutazione 11, come invece prospettato dalla ricorrente.

11. Con riferimento invece alla denunciata erroneità della valorizzazione dell'esperienza dell'ausiliaria dell'ATS controinteressata ai fini dell'attribuzione del punteggio relativo al criterio 9, considerato che non sono state avanzate censure sulla formulazione del criterio, è necessario considerare gli approdi raggiunti dalla giurisprudenza in materia di avvalimento premiale.

Allo stato, la giurisprudenza esclude l'ammissibilità dell'avvalimento meramente premiale, utilizzato dal concorrente già in possesso dei requisiti di partecipazione, all'unico ed esclusivo fine di disporre di ulteriori elementi da spendere nell'ambito dell'offerta tecnica e di conseguire il relativo punteggio premiale; la medesima giurisprudenza ammette invece l'avvalimento premiale da parte del concorrente che non sia già in possesso dei requisiti di partecipazione, al fine di disporre sia dei citati requisiti sia dei correlati elementi utili a comporre l'offerta tecnica e a costituire oggetto di valutazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 9 febbraio 2023, n. 1449, Consiglio di Stato, sez. V, 25 marzo 2021, n. 2526, Consiglio di Stato, sez. V, 17 settembre 2021, n. 6347).

In tal caso il ricorso all'avvalimento risulta conforme alle caratteristiche strutturali e funzionali dell'istituto e alla sua logica *pro concorrenziale*, operando a favore non dell'operatore economico che miri esclusivamente alla maggiore valorizzazione della propria offerta ma di quello che, privo dei requisiti di partecipazione, disponga delle risorse messe a disposizione per meglio articolare la propria offerta.

Infatti se con l'avvalimento l'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'impresa ausiliata i requisiti speciali di partecipazione di cui questa risulta carente e le connesse risorse aziendali, allora non può escludersi che l'impresa ausiliata, nella formulazione della offerta tecnica, utilizzi le medesime risorse, di cui può e deve disporre nella fase di esecuzione del contratto proprio sulla base del rapporto di avvalimento, al fine di comporre una proposta tecnica che possa essere maggiormente apprezzata dalla Stazione appaltante e conseguire i punteggi premiali previsti.

Tale elaborazione risulta coerente con l'impostazione dell'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 (espressamente richiamato dal par. 3 dell'avviso e applicabile alla procedura in questione, svoltasi nel vigore del citato decreto), tuttavia modificata dal nuovo art. 104 del d.lgs. n. 36/2023 (non applicabile *ratione temporis* alla procedura) che, innovando e

non meramente interpretando la previgente disciplina, consente l'avvalimento premiale puro ovvero l'avvalimento finalizzato non alla partecipazione ma all'esclusivo conseguimento delle risorse necessarie all'attribuzione di punteggi incrementali, sia pure con il limite partecipativo previsto dalla medesima disposizione quale opportuno temperamento a tutela dei rapporti concorrenziali.

Nel caso di specie, l'ATS controinteressata, carente del requisito esperienziale, ha fatto ricorso all'avvalimento; avendo speso in gara il requisito dell'ausiliaria, tale esperienza è stata valorizzata anche ai fini dell'attribuzione del punteggio.

Al di là della formulazione del criterio di valutazione delle relazioni tecniche, che non risulta contestata, la condotta dell'Amministrazione risulta in linea con l'elaborazione giurisprudenziale sopra illustrata.

12. A ciò si aggiunga che, in un'ottica di *favor participationis*, il riferimento alla pregressa esperienza nel "SIREs 118" deve essere in realtà riferita in generale al servizio di emergenza - urgenza 118; infatti il paragrafo 1.1 richiedeva, quale requisito di partecipazione, comprovata esperienza nel servizio di soccorso di emergenza (SIREs 118) precisando: "a tal fine si sottolinea che non costituisce esperienza nel servizio 118: l'attività di trasporto sanitario, anche se effettuata per enti pubblici e privati; l'attività per qualunque tipo di servizio sanitario per enti pubblici o privati, svolto al di fuori del servizio di emergenza SIREs 118, anche se tali servizi si sono tradotti in attività assimilabili al soccorso sanitario (es. assistenza a manifestazioni sportive o culturali o servizi di supporto a centri commerciali o altri luoghi di aggregazione, ecc.)".

La formulazione del requisito, nella regola e nelle eccezioni previste, evidenzia che l'Amministrazione ha inteso porre l'accento sullo svolgimento non di un qualunque servizio di tipo sanitario, di trasporto sanitario o assimilabile al soccorso sanitario, ma sullo svolgimento del servizio di soccorso di emergenza ovvero del "servizio 118", risultando pertanto marginale il riferimento al "SIREs 118" ovvero allo specifico servizio svolto nel contesto della Regione Campania.

Risulterebbe irragionevole, infatti, limitare la partecipazione alle associazioni che hanno svolto il predetto servizio nel contesto di una Regione anziché di un'altra, risultando un requisito così formulato idoneo a limitare la partecipazione senza alcuna specifica finalità, considerato che la stessa ricorrente non evidenzia ragioni che possano giustificare il riferimento al servizio reso specificamente nell'ambito della Regione Campania.

Occorre inoltre ricordare che il par. 21 del disciplinare di gara disponeva che la verifica del possesso del predetto requisito (unitamente agli altri requisiti generali e speciali di partecipazione) dovesse essere effettuata solo in occasione dell'aggiudicazione ai fini dell'efficacia della stessa e che il par. 4.2, lett. A, richiedeva ai concorrenti, ai fini della valutazione e quale componente della relazione tecnica, unicamente un'autocertificazione dell'esperienza.

13. Infine, con riferimento alle censure relative ai sub-criteri 1 e 3 del criterio 1, sulle quali insiste la ricorrente nell'ambito della memoria da ultimo depositata, occorre considerare quanto segue, sulla base delle deduzioni e delle controdeduzioni delle parti.

Nell'ambito del criterio di valutazione 1:

- il sub-criterio 1 apprezzava la “descrizione dell’associazione partecipante e della sua esperienza nell’emergenza 118”, con particolare riferimento alla composizione associativa, alla composizione numerica e all’esperienza, non solo temporale, nel campo dell’emergenza urgenza 118 nonché alla moralità dell’associazione e al suo impegno sociale.

Il criterio, di conseguenza, non valorizzava unicamente l’esperienza dell’associazione nella gestione del servizio 118 ma anche altri profili dell’associazione concorrente e dell’attività associativa, con la conseguenza che, considerati i punteggi attribuiti alla ricorrente e all’ATS controinteressata in relazione al citato sub-criterio nonché il mancato conseguimento da parte di quest’ultima del punteggio massimo, i punteggi attribuiti non risultano manifestamente illogici o irragionevoli;

- il sub-criterio 3 valorizzava la “conoscenza dell’associazione del territorio relativo al lotto a cui partecipa” e, in particolare, “la piena conoscenza del territorio urbano ed extraurbano e le strategie per la riduzione dei tempi di intervento nonché aver eventualmente effettuato iniziative di qualunque tipo nel territorio dove intende svolgere il servizio”.

Il criterio di valutazione così formulato non apprezzava la localizzazione della sede dell’associazione ma la conoscenza del territorio di riferimento del lotto, di cui la sede costituisce indicatore debole e mediato. Non può escludersi pertanto che l’offerta della controinteressata abbia evidenziato una maggiore conoscenza del territorio, soprattutto se si considera che, come rilevato dalla stessa ricorrente, la mandataria dell’ATS ha sede proprio nel territorio del lotto di riferimento. Inoltre il medesimo criterio valorizza anche altri profili diversi dalla mera conoscenza del territorio e, in particolare, le strategie per la riduzione dei tempi di intervento nonché le iniziative già attuate nel territorio di riferimento.

I punteggi attribuiti alla ricorrente e alla controinteressata non risultano, anche per tale sub-criterio, illogici o irragionevoli.

Il mero raffronto tra le censure proposte dalla ricorrente e gli elementi posti a supporto, da un lato, e la formulazione dei criteri di valutazione e degli elementi da questi valorizzati, dall’altro, consente di ritenere insussistenti le illegittimità dedotte e di prescindere dall’acquisizione dell’offerta tecnica richiesta dalla ricorrente mediante l’istanza istruttoria formulata.

14. In conclusione, per le ragioni sopra esposte, il ricorso è infondato e va respinto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali in favore dell’Amministrazione e dell’ATS controinteressata, liquidate per ciascuna di esse in euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre spese generali nella misura del 15%, IVA e CPA come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’Autorità amministrativa.

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2023 con l’intervento dei magistrati:



Leonardo Pasanisi, Presidente
Anna Saporito, Referendario
Raffaele Esposito, Referendario, Estensore

TAR Campania – Napoli, sez. I, 20 ottobre 2023, n. 5716 (Pres. Vincenzo Salamone)

Avvalimento – Art. 104 D.Lgs. n. 36/2023 – Verifiche – Possesso dei requisiti – Risorse – Fase posteriore dell'esecuzione.

Dal tenore del nono comma dell'art. 104 del d.lgs. n. 36/2023 le verifiche in ordine all'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento e al loro diretto impiego nell'appalto attengono alla fase posteriore dell'esecuzione e non possono quindi condizionare l'ammissione del concorrente.

N. 05716/2023 REG.PROV.COLL.
N. 04162/2023 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 4162 del 2023, proposto da: M.G.R. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG A004F9D3C1, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Ausiello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia ed eletto presso il suo studio in Napoli alla Via G. G. Orsini n. 46;

contro

Comune di Piano di Sorrento, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Saolini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Centrale Unica di Committenza della Penisola Sorrentina, non costituita in giudizio;

nei confronti

Edil Ferro S.r.l., non costituita in giudizio;

Ministero dell'Economia e delle Finanze e Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, domiciliataria *ex lege* in Napoli alla Via A. Diaz n. 11; Ministero dell'Istruzione e del Merito, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

a- del verbale di gara del 12.9.2023, comunicato con pec del 13.9.2023, con il quale è stata disposta l'esclusione della società MGR S.r.l., e, contestualmente, previa graduatoria

provvisoria, è stata disposta la proposta di aggiudicazione dell'appalto in parola nei confronti dell'impresa EDIL FERRO S.r.l. inerente l'affidamento dei "Lavori di adeguamento sismico della scuola "Michele Massa" - Codice Ares 0630530398", finanziato dall'Unione Europea - Next Generation UE nell'ambito del PNRR - Missione 4 - Componente 1 - Investimento 3.3. CIG A004F9D3C1;

b- della nota inviata via pec in data 12.9.2023, con la quale il Responsabile 5° Settore/RUP comunicava l'esclusione della società MGR S.r.l., trasmettendo il verbale di gara sub a) e prospetto di aggiudica;

c- ove occorra, della nota di riscontro prot. n. 27490 del 19.9.2023, comunicata in pari data, a firma del Responsabile del 5° Settore/RUP, con la quale è stata respinta l'istanza di annullamento in autotutela dell'esclusione formulata dalla ricorrente con nota del 15.9.2023 prot. 26968;

d- della determina di aggiudicazione n. 717 del 14.9.2023, a firma del Responsabile Unico del Procedimento, con la quale è stato aggiudicato "in via definitiva l'appalto in oggetto all'impresa EDIL FERRO S.r.l.", comunicata, dalla CUCPS, con pec del 14.9.2023;

e- ove occorrer possa, dell'Avviso di comunicazione di aggiudicazione della CUC Penisola Sorrentina, inviato via pec in data 14.9.2023;

f- di tutti i verbali di gara, relativi al procedimento di gara per cui è lite, lesivi degli interessi della ricorrente;

g- ove occorra, dell'art. 20 della lettera Invito, ove inteso nel senso di dover escludere l'operatore economico che abbia richiamato l'art. 89 D.Lgs. 50/2106, ovvero nel senso così come interpretato dalla commissione di gara con verbale del 12.9.2023, e dal RUP con nota riscontro del 19.9.2023, per violazione dei principi di massima partecipazione, non discriminazione, di tassatività delle cause di esclusione, proporzionalità e ragionevolezza;

h- di tutti gli atti presupposti, preparatori, conseguenti e comunque connessi, a quelli impugnati in via principale comunque lesivi degli interessi della società ricorrente;

nonché per la declaratoria di riammissione alla gara della ricorrente, con ordine di riformulare la graduatoria definitiva e disporre l'aggiudicazione in favore della ricorrente per aver presentato il miglior ribasso economico e, quindi, la migliore offerta, previa esclusione della EDIL FERRO S.r.l. per offerta anomala oltre la soglia di anomalia (in applicazione dell'art. 5 della Lettera di Invito);

nonché per la declaratoria, ex art. 121 e ss. c.p.a., di inefficacia del contratto di appalto ove - *medio tempore* - stipulato, con diritto della ricorrente - in sede di giurisdizione esclusiva ex art. 133 lett. e) c.p.a.- al subentro nel contratto di appalto, dichiarando sin d'ora la disponibilità ai sensi dell'art. 124 c.p.a.;

nonché, in alternativa, per la condanna della S.A. al risarcimento danni per equivalente in favore della ricorrente, in termini di danno emergente e lucro cessante (sia danno da perdita di chance 10%, sia del danno curriculare), ovvero a titolo di responsabilità da contatto sociale qualificato, ovvero, in alternativa, di responsabilità precontrattuale per violazione dei principi di correttezza, lealtà e buona fede.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Piano di Sorrento, del Ministero dell'Economia e delle Finanze e della Presidenza del Consiglio dei Ministri;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 ottobre 2023 il dott. Giuseppe Esposito e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- La ricorrente era invitata a formulare offerta per la gara d'appalto per l'adeguamento sismico dell'indicato edificio scolastico (dall'importo complessivo di € 691.6667,44), partecipandovi in avvalimento con la Edil Forte S.r.l., per il prestito del requisito del possesso della certificazione SOA per la categoria di lavori OG1 classifica III bis.

Vi è stata esclusa dal Seggio di gara, *"in quanto il contratto di avvalimento è privo degli elementi essenziali, siccome riferito a normativa (d.lgs.50/2016) superata con l'entrata in vigore del D.Lgs.36/2023 a cui si riferisce peraltro la presente procedura d'affido ad evidenza pubblica. Il D.Lgs. 36/2023 ha sostanzialmente modificato l'istituto dell'avvalimento. Tale aspetto determina di fatto la carenza dei requisiti essenziali previsti dal bando da parte del concorrente, carenza questa che non può essere sanata attraverso il soccorso istruttorio"* (verbale del 12/9/2023).

L'esclusione è stata ribadita, in riscontro all'istanza di annullamento in autotutela, con nota del RUP prot. 27490 del 19/9/2023, significando che il nuovo codice dei contratti pubblici *"ha eliminato di fatto l'avvalimento cd. "di garanzia" riguardante la semplice messa a disposizione di requisiti di carattere astratto e referenziale quali ad esempio il fatturato e le pregresse esperienze [...], affidando al RUP il compito di accertare "che le prestazioni oggetto di contratto siano svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento"* (art. 104, co. 9, del d.lgs. n. 36/2023).

Il ricorso avverso l'esclusione e l'aggiudicazione in favore della controinteressata è affidato a quattro motivi, con cui sono denunciati la violazione della *lex specialis* (art. 20 della lettera di invito) e dell'art. 104 cit., oltre all'eccesso di potere sotto molteplici profili e alla violazione dei principi di tassatività delle cause di esclusione, di *par condicio* e massima partecipazione, nonché alla violazione dell'art. 5 della lettera di invito in relazione all'art. 54, co. 1, del d.lgs. n. 36/2023.

Si è costituito in giudizio per resistere il Comune di Piano di Sorrento, depositando memoria e documentazione.

Si sono costituiti altresì il Ministero dell'Economia e delle Finanze e la Presidenza del Consiglio dei Ministri, ai quali il ricorso (unitamente al Ministero dell'Istruzione e del Merito) è stato notificato, in base a quanto dispone l'art. 12-bis, co. 4, del D.L. 16 giugno 2022, n. 68, convertito con legge 5 agosto 2022, n. 108.

All'udienza in camera di consiglio dell'11 ottobre 2023, per la trattazione dell'istanza cautelare, è stato formulato alle parti l'avviso ex art. 60 c.p.a. e il ricorso è stato assegnato in decisione.

2.- Sussistono le condizioni per la definizione del presente giudizio con una sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 c.p.a., sentite sul punto le parti costituite, trascorso il termine dimezzato di dieci giorni dalla notificazione del ricorso, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, in assenza della volontà delle parti di proporre motivi

aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza, ovvero regolamento di giurisdizione.

Nel primo motivo la ricorrente osserva che nel contratto di avvalimento sono state specificate le risorse, le attrezzature e i mezzi messi a disposizione dall'ausiliata ma, per mero refuso, in esso veniva indicato l'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 e fatto riferimento al requisito economico-finanziario, oltre che tecnico professionale.

Sulla scorta di ciò, contesta la valutazione della Commissione (secondo cui il contratto di avvalimento sarebbe privo degli elementi essenziali, poiché riferito alla normativa anteriore al d.lgs. n. 36/2023), affermandone il contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione e lamentando che non sia stato ritenuto ammissibile il soccorso istruttorio (ponendosi la necessità di una precisazione formale, senza intaccare l'offerta).

Con altro motivo è censurata la *"inedita e fuorviante parabola argomentativa"* di cui al riscontro all'istanza di autotutela, poiché ignora che il contratto di avvalimento riguarda il requisito tecnico professionale (SOA), non già quello economico finanziario, erroneamente invocando il comma 9 dell'art. 104 sull'effettuazione diretta da parte dell'ausiliaria delle prestazioni, il cui accertamento è demandato alla fase esecutiva.

È ulteriormente affermato che l'indicazione nel contratto di avvalimento dell'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 non può costituire motivo di esclusione, in quanto l'art. 225, co. 8, del d.lgs. n. 36/2023 (richiamato dalla lettera di invito) ne prevede l'ultrattività, al pari dei decreti legge n. 76/2020 e n. 77/2021, per gli appalti finanziati con risorse PNRR.

Infine, rimarca la ricorrente che si sarebbe resa aggiudicataria, per effetto del miglior ribasso offerto (17%) e dell'automatica esclusione dell'offerta dell'aggiudicataria il cui ribasso percentuale (21%), con 5 concorrenti in gara, si poneva oltre la soglia di anomalia del 18,7%. Il ricorso è fondato, nei seguenti termini.

Il contratto di avvalimento ne definisce l'oggetto (prestito del requisito costituito dall'indicata certificazione SOA: art. 2), reca l'impegno a mettere a disposizione dell'ausiliata la corrispondente organizzazione aziendale, declinata in termini di Know-How tecnologico e commerciale (con indicazione nominativa del direttore tecnico e dei soggetti dello staff tecnico), di specificazione delle attestazioni possedute (per la salute e sicurezza sul lavoro, la prevenzione incendi, il primo soccorso aziendale e la gestione delle emergenze), con allegato l'elenco dei mezzi e delle attrezzature e la messa a disposizione degli operai facenti parte dell'organizzazione aziendale, con nominativi da comunicare prima dell'inizio dei lavori (art. 3).

Il contratto contiene altresì l'indicazione del corrispettivo (art. 8).

A fronte dei dettagliati elementi da esso ricavabili, è indubbia la sua qualificazione in termini di contratto di avvalimento tecnico-operativo, di cui presenta il contenuto necessario che, com'è uniformemente affermato, si riassume nella *"concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche, e specificamente indicate nel contratto, indispensabili per l'esecuzione dell'appalto che l'ausiliaria ponga a disposizione del concorrente"* (TAR Marche - sez. I, 5/5/2023 n. 276).

Presentando innegabilmente questi elementi, risulta inesatta la valutazione compiuta dalla stazione appaltante che, nel reputare la mancanza di elementi essenziali (sul dato del riferimento all'abrogato codice dei contratti pubblici) ne ha travisato l'oggetto.

Invero, l'inesatto riferimento all'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 non può valere a fondare l'esclusione del concorrente, occorrendo far prevalere la sostanza sulla forma e privilegiare l'evidenza mostrata dal contenuto del contratto (a prescindere dall'addotta permanente vigenza dell'abrogato codice dei contratti, per le opere finanziate con fondi PNRR).

Anche il richiamo al nono comma dell'art. 104 del d.lgs. n. 36/2023 si dimostra inesatto, essendo palese dal tenore della norma che le verifiche in ordine all'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento e al loro diretto impiego nell'appalto attengono alla fase posteriore dell'esecuzione e non possono quindi condizionare l'ammissione del concorrente.

Per queste motivazioni, in accoglimento del ricorso vanno dunque annullati l'impugnata esclusione e la disposta aggiudicazione, impregiudicata la successiva attività demandata alla stazione appaltante, in conseguenza dall'effetto conformativo discendente dalla presente decisione.

A tal proposito, non può trovare ingresso in questa sede la pretesa finale della ricorrente, volta a far dichiarare di aver proposto la migliore offerta non anomala, per farne discendere l'aggiudicazione in proprio favore, trattandosi di attività conseguente alla riammissione del concorrente per effetto dell'annullamento dell'esclusione, rimessa alla stazione appaltante, non potendo il Giudice pronunciarsi con riferimento a poteri non ancora esercitati (art. 34, co. 2, c.p.a.).

Il ricorso va dunque accolto nei termini ora illustrati.

Per la connotazione della vicenda contenziosa sussistono valide ragioni per disporre la compensazione per l'intero delle spese di giudizio tra le parti costituite, dichiarandole irripetibili nei confronti delle altre parti e ponendo a carico del Comune di Piano di Sorrento il rimborso del contributo unificato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati, nei termini di cui in motivazione.

Compensa per l'intero le spese di giudizio tra le parti costituite, dichiarandole irripetibili nei confronti delle altre parti, ponendo a carico del Comune di Piano di Sorrento il rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 11 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Giuseppe Esposito, Consigliere, Estensore

Maurizio Santise, Consigliere

TAR Calabria – Reggio Calabria, 26 ottobre 2023, n. 782 (Pres. Roberta Mazzulla)

Avvalimento – Art. 104 D.Lgs. n. 36/2023 – Nullità – Certificazione di qualità – SOA - Requisiti della determinatezza – Art. 1346 c.c. – RUP – Compiti di vigilanza.

L'art. 104 D.lgs. n. 36/2023, a differenza dell'art. 89 del D.Lgs. n. 50/2016, non prevede più che la specificazione delle risorse e delle dotazioni tecniche sia stabilito a pena di nullità del contratto di avvalimento. D'altronde, già sotto la vigenza dell'art. 89 D.lgs. n. 50/2016, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nella decisione n. 22 del 2020, con riferimento all'avvalimento di una attestazione SOA aveva ribadito che "la certificazione di qualità costituisce un requisito speciale di natura tecnico-organizzativa, come tale suscettibile di avvalimento, in quanto il contenuto dell'attestazione concerne il sistema gestionale dell'azienda e l'efficacia del suo processo operativo".

L'impegno dell'ausiliario deve, quindi, essere munito dei necessari requisiti della determinatezza, o quanto meno della determinabilità, ai sensi dell'art. 1346 cod. civ., onde prevenire contestazioni nella fase di esecuzione del contratto tra l'appaltatore e l'ausiliario che possano frustrarne il buon esito.

L'art. 104 co. 9 del D.Lgs. n. 36/2023 affida al RUP importanti compiti di vigilanza e di controllo in fase di esecuzione del contratto circa l'effettivo impiego da parte dell'appaltatore delle risorse tecniche e strumentali messe a disposizione dall'ausiliaria con il contratto di avvalimento. Ciò può avvenire anche tramite l'acquisizione "sul campo" di un aggiornato inventario dei beni aziendali che garantisca l'avvenuta prestazione effettiva di attività ed i mezzi da un'impresa all'altra e, conseguentemente, il "risultato" della buona esecuzione del contratto di appalto, dovendo altrimenti il RUP procedere alla sua risoluzione.

(Per il testo della sentenza in formato integrale vedere [pag. 18](#))

Consiglio di Stato, sez. V, 27 luglio 2023, n. 7378 (Pres. Francesco Caringella)

Criteri di aggiudicazione – Art. 108 D.Lgs. n. 36/2023 – Vicende successive e sopravvenute – Aggiudicazione – Variazione – Rilevanza – Soglia di anomalia delle offerte – Conseguenze sugli altri lotti di gara.

Le vicende successive e sopravvenute rispetto alla conclusione della procedura non rilevano rispetto alla valenza del vincolo di aggiudicazione. Si tratta di conclusione pressoché obbligata ... in applicazione del principio per il quale le regole fissate nella legge di gara vincolano la stazione appaltante nella conduzione della fase pubblicitaria della procedura, senza che possano essere variamente condizionate da circostanze di fatto sopravvenute alla sua conclusione, dopo l'individuazione dei concorrenti aggiudicatari dei lotti in gara (Cons. St., Sez. V, 15 marzo 2021 n. 2184); tale principio, statuito invero con riferimento alle vicende successive relative alla fase esecutiva, ben può trovare applicazione anche in riferimento alle vicende successive lo svolgimento della procedura di gara ed inerenti le impugnazioni delle aggiudicazioni, onde evitare il travolgimento a cascata delle aggiudicazioni disposte tenendo conto del vincolo di aggiudicazione, ove questo vincolo possa intendersi venuto meno per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione intervenuto in sede giurisdizionale. L'art. 108 comma 12 del progetto di codice elaborato dal Consiglio di Stato – recepito poi nel corrispondente disposto del D.lgs. 36/2023 - tenendo conto di tale elaborazione giurisprudenziale ha infatti previsto che "Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente al provvedimento di aggiudicazione, tenendo anche conto dell'eventuale inversione procedimentale, non è rilevante ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte, eventualmente stabilita nei documenti di gara, e non produce conseguenze sui procedimenti relativi agli altri lotti della medesima gara".

N. 07378/2023REG.PROV.COLL.

N. 00278/2023 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 278 del 2023, proposto da Società Cooperativa Sociale Cooperativa Ambiente e Lavoro Onlus, in persona del legale

rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG n. 864207845F, rappresentata e difesa dall'avvocato Claudio Giangiacomo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, Circonvallazione Trionfale n.1;

contro

Roma Capitale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Armenante, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Cooperativa Sociale San Saturnino Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Amina L'Abbate, Andrea Policari, Mattia Paonessa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 14309/2022, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Roma Capitale e di Cooperativa Sociale San Saturnino Onlus;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2023 il Cons. Diana Caminiti e uditi per le parti gli avvocati Giangiacomo e L'Abbate;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con atto notificato in data 11 gennaio 2023 e depositato il giorno successivo la Società cooperativa sociale Cooperativa Ambiente e Lavoro Onlus ha interposto appello avverso la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), 2 novembre 2022, n. 14309, con cui è stato rigettato il ricorso principale da essa proposto avverso la determina dirigenziale QE/1889/2022 del 10.06.2022 con cui Roma Capitale aveva disposto l'aggiudicazione in favore della Cooperativa San Saturnino del lotto n. 3 della gara relativa all'accordo quadro per l'affidamento del servizio cittadino di pronto intervento sociale, e dichiarato conseguentemente improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata Cooperativa Sociale San Saturnino Onlus.

2. Dagli atti di causa risulta quanto di seguito indicato.

2.1. Con bando pubblicato in data 23.3.2021, il Dipartimento Politiche Sociali - Direzione Accoglienza e Inclusione - del Comune di Roma Capitale, ha indetto una procedura aperta finalizzata alla conclusione di un accordo quadro, ai sensi dell'art. 54 del d.lgs. n. 50/2016, avente ad oggetto l'affidamento del servizio cittadino di pronto intervento sociale, per una durata di 36 mesi, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'appalto è stato suddiviso in otto lotti funzionali, in base alla specificità della collocazione nei territori dei Municipi di Roma Capitale.

2.2. La stazione appaltante ha previsto l'attribuzione fino ad un massimo di 80 punti per la proposta tecnica, da effettuarsi alla stregua di otto distinti criteri di valutazione, e fino ad un massimo di 20 punti per l'offerta economica.

2.3. L'art. 3 del Disciplinare di gara ha stabilito che i concorrenti avrebbero potuto partecipare a tutti i lotti, ma l'aggiudicazione poteva riguardare un solo lotto (c.d. vincolo di aggiudicazione), da individuarsi in quello per cui il concorrente avesse ottenuto il maggior punteggio in relazione all'offerta tecnica, oppure il maggior punteggio complessivo, o, in ulteriore subordine, avesse formulato il ribasso maggiore.

I restanti lotti, nei quali il concorrente fosse risultato provvisoriamente primo, sarebbero stati invece aggiudicati ai concorrenti che seguivano in graduatoria.

2.3.1. La graduatoria iniziale per il lotto 3 vedeva al primo posto l'odierna appellante, Cooperativa Ambiente e Lavoro Onlus (nel prosieguo anche "Ambiente e Lavoro"), al secondo posto il RTI con mandataria Il Cammino cooperativa sociale Onlus e come mandante Cooperativa Sociale Parsec (nel prosieguo anche il "RTI Il Cammino"), al terzo posto la Cooperativa San Saturnino (nel prosieguo anche "San Saturnino"). La graduatoria iniziale per il lotto 6 vedeva al primo posto Ambiente e Lavoro, al secondo posto il RTI Il Cammino e al terzo posto Cotrad Società Cooperativa Sociale Onlus (nel prosieguo anche "Cotrad").

2.3.2. Stante il vincolo di aggiudicazione di un solo lotto suscettibile di aggiudicazione in favore di ciascun concorrente, l'odierna appellante (id est Ambiente e Lavoro) – benché collocatasi in prima posizione in entrambi i lotti – risultava aggiudicataria del solo lotto 6, mentre il RTI Il Cammino, proprio grazie al suddetto vincolo di aggiudicazione gravante su Ambiente e Lavoro, risultava aggiudicatario del lotto 3.

Pertanto, la graduatoria finale del lotto 6 era la seguente: Ambiente e Lavoro (aggiudicataria), RTI Il Cammino, Cotrad.

La graduatoria finale del lotto 3 era invece la seguente: Ambiente e Lavoro (non aggiudicataria, stante la contemporanea aggiudicazione del lotto 6), RTI Il Cammino (aggiudicataria), San Saturnino.

2.4. Seguivano due contenziosi amministrativi rispettivamente instaurati:

(i) da Cotrad avverso la determina dirigenziale del 20.08.2021 di aggiudicazione del lotto 6 (NRG 11252/2021);

(ii) da San Saturnino avverso la determina dirigenziale del 20.08.2021 di aggiudicazione del lotto 3 (NRG 10660/2021).

2.4.1. In particolare, con ricorso iscritto sub NRG 11252/2021 dinanzi al Tar per il Lazio, la società Cotrad impugnava gli atti di gara relativi al lotto 6, contestando sia la posizione dell'aggiudicataria Ambiente e Lavoro, sia la posizione del RTI Il Cammino (collocatosi in seconda posizione).

2.4.2. Con parallelo ricorso iscritto sub NRG 10660/2021 sempre dinanzi al Tar per il Lazio, San Saturnino impugnava gli atti di gara relativi al lotto 3, contestando sia la posizione del RTI Il Cammino (aggiudicatario), sia in via cautelativa anche la posizione di Ambiente e Lavoro prima graduata, sebbene in quel momento quest'ultima non fosse interessata al lotto 3, in quanto già affidataria del lotto 6, la cui aggiudicazione risultava tuttavia anch'essa *sub iudice*.

2.5. In entrambi i giudizi le due ricorrenti (rispettivamente Cotrad e San Saturnino) censuravano le modalità di valutazione delle offerte tecniche delle imprese aggiudicatrici e di quelle comunque posizionate davanti in graduatoria.

2.5.1. Il giudizio di impugnazione degli atti di gara relativi al lotto 6 si concludeva con sentenza n. 5778, pubblicata in data 9 maggio 2022, con cui il Tar – previa estromissione dal giudizio del RTI Il Cammino per difetto di legittimazione passiva (in quanto non aggiudicatario del lotto 6 in questione), nonché previo accertamento della fondatezza di alcune delle censure sollevate da Cotrad – accoglieva il gravame proposto nei confronti di Ambiente e Lavoro, disponendo per l'effetto che l'aggiudicazione del lotto 6 in favore di Ambiente e Lavoro andasse *“annullata in parte qua e l'amministrazione comunale tenuta, in via esecutiva, a ri-esercitare il potere amministrativo emendato dai vizi qui riscontrati riconoscendo alla ricorrente [NDR: Cotrad], atteso il piccolo scarto tra i punteggi (di soli 0,458 punti), il primo posto in graduatoria”*.

2.5.2. Il giudizio di impugnazione degli atti di gara relativi al lotto 3 si concludeva con sentenza n. 5777, del pari pubblicata in data 9 maggio 2022, con cui il Tar – previa estromissione dal giudizio di Ambiente e Lavoro per difetto di legittimazione passiva (in quanto non aggiudicatario del lotto 3 in questione), nonché previo accertamento della fondatezza di alcune delle censure sollevate da San Saturnino – accoglieva il gravame proposto nei confronti del RTI Il Cammino, disponendo per l'effetto che l'aggiudicazione del lotto 3 in favore del RTI Il Cammino andasse *“annullata in parte qua e l'amministrazione comunale è tenuta, in via esecutiva, a ri-esercitare il potere amministrativo emendato dai vizi qui riscontrati riconoscendo alla ricorrente [NDR: San Saturnino], atteso il piccolo scarto tra i punteggi (di soli 0,305 punti), il primo posto in graduatoria”*.

3. Il giudice di prime cure, pertanto, con la sentenza oggetto dell'odierno appello ha rigettato il ricorso proposto da Ambiente e Lavoro, sulla base del rilievo che la ricorrente non avesse appellato la succitata sentenza n. 5777/2022, che aveva ordinato a Roma Capitale di affidare il lotto 3 a San Saturnino, a tutto svantaggio sia del RTI Il Cammino che della stessa estromessa Ambiente e Lavoro (che con la parallela sentenza n. 5778/2022 sopra menzionata aveva visto *“sottrarsi”* anche il lotto 6), laddove con il ricorso *de quo* aveva chiesto l'annullamento della determina dirigenziale QE/1889/2022 del 10.06.2022, con cui Roma Capitale aveva per l'appunto attuato detta sentenza rimasta inappellata, disponendo l'aggiudicazione in favore della Cooperativa San Saturnino.

3.1. Il Tar ha infatti disatteso la doglianza attorea fondata sul rilievo che, avendo il medesimo Tar in esito a separato giudizio, annullato l'aggiudicazione in suo favore del lotto 6, Ambiente e Lavoro avrebbe dovuto essere rimessa in gara per il lotto 3, ritenendo che la determinazione dirigenziale QE/1889/2022 del 10.06.2022 avversata, costituisse fedele attuazione del *dictum* della sentenza n. 5777/2022, rimasta inappellata, che determinava una soccombenza sostanziale per la ricorrente, nel momento in cui aveva disposto che Roma Capitale dovesse riconoscere alla Cooperativa San Saturnino il primo posto in graduatoria.

3.2. Stante il rigetto del ricorso principale, il Tar ha pertanto dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, il ricorso incidentale proposto dalla Cooperativa San Saturnino.

4. Con l'odierno appello Ambiente e Lavoro ha formulato i seguenti motivi avverso la sentenza di *prime cure*:

Eccesso di potere; eccesso di potere per travisamento dei fatti; sviamento; illogicità ed erroneità manifesta; difetto e/o erroneità della motivazione; violazione dell'artt. 100 e 102 c.p.c., Violazione di legge; Violazione dell'art. 23 del disciplinare di gara; Violazione del D.lgs 50/2016; Violazione dell'art. 2909 c.c..

4.1. In tesi di parte appellante con la sentenza n. 5777/2022 il Tar capitolino aveva dichiarato illegittima l'aggiudicazione del lotto 3 e la relativa graduatoria nella sola parte riguardante il RTI Il Cammino.

Peraltro malgrado nella citata sentenza fosse stata espressamente dichiarata l'estromissione dal giudizio della Cooperativa Ambiente e Lavoro, il giudice di *prime cure* nella sentenza 14309/2022, oggetto del presente appello, aveva sorprendentemente ritenuto che la stessa avesse nei suoi confronti valore anche per le statuizioni di merito, relative unicamente al RTI Il Cammino e che quindi, avendo la sentenza, peraltro nella sola parte motiva, dichiarato che tra Il Cammino e la San Saturnino, quest'ultima dovesse essere l'assegnataria del primo posto in graduatoria, Ambiente e Lavoro avesse l'onere di impugnarla, in quanto la stessa *"in uno con il contestuale annullamento (disposto con la parallela sentenza 5778/2022 pubblicata in pari data) dell'aggiudicazione del lotto 6 radichi la palese soccombenza sostanziale di Ambiente e Lavoro e, dunque, un incontestabile interesse di quest'ultima ad appellare sia la sentenza n. 5777/2022 che la sentenza n. 5778/2022"*.

Al contrario, in tesi di parte appellante, non sussisteva alcun interesse all'impugnativa della sentenza del Tar per il Lazio n. 5777/2022, non contenente alcuna statuizione di merito nei suoi confronti, a seguito dell'estromissione; detta estromissione peraltro, a suo dire, avuto riguardo alla giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, equivarrebbe a rigetto della domanda proposta nei suoi confronti.

Pertanto, era semmai la ricorrente in *prime cure*, la cui domanda nei suoi confronti doveva intendersi rigettata a seguito dell'estromissione, a dovere impugnare tale sentenza.

5. Con atto notificato in data 9 febbraio 2023, depositato il giorno successivo, la Cooperativa San Saturnino, oltre ad insistere in via principale nella reiezione del presente gravame, ha presentato in via subordinata appello incidentale, onde riproporre le stesse doglianze formulate in *prime cure* con il ricorso incidentale, dichiarato improcedibile dal Tar per il Lazio, deducendo che parte appellante doveva in ogni caso essere esclusa dalla gara o doveva comunque ricevere un punteggio peggiore rispetto al suo.

6. Si è del pari costituita Roma Capitale, con articolata memoria difensiva, instando nel merito per il rigetto dell'appello.

7. In vista della trattazione di merito, la Cooperativa San Saturnino ha prodotto il contratto relativo al lotto 3 di cui è causa, stipulato nelle more della definizione del presente giudizio.

7.1. La Cooperativa San Saturnino ha altresì prodotto memoria diretta e di replica, ex art. 73 comma 1 c.p.a. mentre Ambiente e Lavoro ha prodotto la sola memoria diretta.

8. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 23 marzo 2023.

DIRITTO

9. L'odierno appello, investe un'unica questione, ovvero se la sentenza del Tar per il Lazio n. 5777/2022, non appellata da Ambiente e Lavoro e pertanto passata in giudicato, nel

momento in cui aveva disposto la sua estromissione dal giudizio relativo alla contestazione dell'aggiudicazione e della graduatoria del lotto n. 3 - avuto riguardo al vincolo di aggiudicazione (per essere Ambiente e Lavoro aggiudicataria del lotto n. 6) - ed aveva conseguentemente scrutinato il ricorso unicamente in relazione alla posizione del RTI Il Cammino, statuendo che alla ricorrente Saturnino dovesse esserle attribuito il primo posto in graduatoria, avesse o meno effetto lesivo nei suoi confronti, con conseguente onere di impugnazione, come ritenuto dal giudice di *prime cure* o se, al contrario, avuto riguardo al contemporaneo annullamento dell'aggiudicazione del lotto n. 6 ad Ambiente Lavoro per effetto della coeva sentenza n. 5778/2022, sussistesse l'obbligo per Roma Capitale di reinserire nella graduatoria del lotto n. 3 Ambiente e Lavoro, in conseguenza del venire meno del vincolo di aggiudicazione, come ritenuto da parte appellante.

10. Ritiene il collegio che sia corretta la statuizione di *prime cure*, come integrata dalla presente sentenza, non essendo condivisibile la prospettazione attorea.

10.1. Ed invero la sentenza n. 5077/2022, nel disporre l'estromissione dal giudizio dell'odierna appellata, in considerazione del vincolo di aggiudicazione, aveva effetto indubbio effetto lesivo nei suoi confronti, equivalendo nella sostanza ad un accertamento della sua non inclusione nella graduatoria per il lotto n. 3; la società appellante era conseguentemente gravata dall'onere di impugnare detta sentenza.

Pertanto correttamente in esecuzione di tale sentenza Roma Capitale ha adottato la determinazione dirigenziale QE/1889/2022 del 10.06.2022 oggetto del presente giudizio.

Con tale determinazione, Roma Capitale - preso atto dell'annullamento giudiziale dell'originaria aggiudicazione disposta in favore del RTI Il Cammino e del contestuale ordine di riesercizio del potere amministrativo, in guisa che il primo posto venisse assegnato alla Cooperativa San Saturnino - ha aggiudicato il lotto 3 a quest'ultima.

10.2. Deve dunque confermarsi la sentenza di *prime cure* che ha ritenuto come Ambiente e Lavoro fosse onerata dall'onere di impugnativa della sentenza n. 5077/2022, con cui nella sostanza si era statuito in ordine alla sua non inclusione nella graduatoria del lotto n. 3, stante il vincolo di aggiudicazione, disponendosi per tale motivo la sua estromissione dal giudizio.

10.2.1. Da ciò l'interesse ad impugnare detta sentenza, dovendosi al riguardo applicare l'orientamento della Corte di Cassazione, secondo cui l'interesse ad impugnare, che costituisce una *species* dell'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c., postula la soccombenza nel suo aspetto sostanziale, correlata al pregiudizio che la parte subisce a causa della decisione (cfr. ex multis Cass. nr. 13395 del 2018; Cass. nr. 21304 del 2016; Cass. 2012, n. 6770 del 2012) e va apprezzato in relazione all'utilità giuridica che può derivare al proponente il gravame dall'eventuale suo accoglimento (Cass. nr. 17969 del 2015; Cass. nr. 16016 del 2014; Cass. nr. 8934 del 2013).

Nel caso di specie, proprio in ragione della ritenuta estraneità di Ambiente e Lavoro dalla graduatoria del lotto n. 3 - posta a presupposto della sua estromissione dal giudizio - la summenzionata sentenza n. 5777/2022 del Tar capitolino - lungi dal limitarsi ad annullare l'aggiudicazione del lotto 3 in favore del RTI Il Cammino - aveva compulsato anche Roma Capitale a ri-esercitare il potere di aggiudicazione, riconoscendo alla Cooperativa San Saturnino direttamente il primo posto in graduatoria.

10.3. Sennonché, non avendo Ambiente e Lavoro appellato detta sentenza, l'obbligo di Roma Capitale di aggiudicare il lotto 3 alla cooperativa San Saturnino (anziché ad Ambiente e Lavoro previamente estromessa dal giudizio), deve intendersi cristallizzato dal giudicato amministrativo.

10.3.1. A ciò consegue pertanto la correttezza della sentenza odiernamente appellata laddove ha statuito in ordine alla piena legittimità del provvedimento che aveva dato esecuzione a detto giudicato

10.4. Non conferente appare per contro il richiamo operato da parte appellante alla pronuncia della Cassazione - Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 09/03/2022, n. 7612 (rv. 664210-01) secondo cui *“La decisione con cui il giudice di primo grado estrometta dal processo uno dei convenuti o chiamati in causa, ritenendolo privo di legittimazione passiva, configura una statuizione di rigetto della domanda nei suoi confronti, suscettibile di passare in giudicato se non tempestivamente impugnata”*, trattandosi di principio applicabile nelle controversie in cui si controverte di diritti soggettivi e dunque di pretese fatte valere dall'attore nei confronti del convenuto, laddove nell'ipotesi di specie l'estromissione è stata disposta in relazione ad una controversia attinente la fase evidenziale dell'appalto de quo, in cui le parti vanta(va)no una posizione di interesse legittimo in relazione alla graduatoria formatasi all'esito della procedura di gara, e l'estromissione è stata disposta avuto riguardo alla sostanziale estraneità di Ambiente e Lavoro dalla graduatoria del lotto n. 3, in considerazione del vincolo di aggiudicazione.

10.4.1. Pertanto la sentenza n. 5077/2022 doveva essere appellata da Ambiente e Lavoro e non, come ritenuto da parte appellante, dalla Cooperativa Saturnino, che in alcun modo poteva considerarsi quale soccombente, essendosi vista assegnare con la citata sentenza il primo posto della graduatoria relativamente al lotto n. 3, previa estromissione di Ambiente e Lavoro, considerata sostanzialmente estranea alla graduatoria del lotto in questione.

11. Peraltro, alcun obbligo sussisteva per Roma Capitale, avuto tra l'altro riguardo al passaggio in giudicato della sentenza n. 5077 del 2022, in sede di riesercizio del potere, di considerare anche la posizione di Ambiente e Lavoro, la cui aggiudicazione era stata annullata per effetto della sentenza n. 5078/2022; ciò in quanto nelle gare suddivise in lotti, *“ogni lotto costituisce una procedura di gara autonoma e indipendente, che non subisce interferenze per effetto delle vicende che attengono agli altri lotti”* (Cons. St., Sez. III, n. 4576 del 06.06.2022; nello stesso senso, ex plurimis, idem 21 febbraio 2022, n. 1281; idem, 31 dicembre 2021, n. 8749).

Anche questa Sezione ha avuto modo di precisare che *“le vicende successive e sopravvenute rispetto alla conclusione della procedura non rilevano rispetto alla valenza del vincolo di aggiudicazione. Si tratta di conclusione pressoché obbligata ... in applicazione del principio per il quale le regole fissate nella legge di gara vincolano la stazione appaltante nella conduzione della fase pubblicistica della procedura, senza che possano essere variamente condizionate da circostanze di fatto sopravvenute alla sua conclusione, dopo l'individuazione dei concorrenti aggiudicatari dei lotti in gara”* (Cons. St., Sez. V, 15 marzo 2021 n. 2184); tale principio, statuito invero con riferimento alle vicende successive relative alla fase esecutiva, ben può trovare applicazione anche in riferimento alle vicende successive lo svolgimento della procedura di gara ed inerenti le

impugnazioni delle aggiudicazioni, onde evitare il travolgimento a cascata delle aggiudicazioni disposte tenendo conto del vincolo di aggiudicazione, ove questo vincolo possa intendersi venuto meno per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione intervenuto in sede giurisdizionale.

11.1. L'art. 108 comma 12 del progetto di codice elaborato dal Consiglio di Stato – recepito poi nel corrispondente disposto del D.lgs. 36/2023 - tenendo conto di tale elaborazione giurisprudenziale ha infatti previsto che *“Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente al provvedimento di aggiudicazione, tenendo anche conto dell'eventuale inversione procedimentale, non è rilevante ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte, eventualmente stabilita nei documenti di gara, e non produce conseguenze sui procedimenti relativi agli altri lotti della medesima gara”*.

Nella relazione elaborata dal Consiglio di Stato in allegato al progetto del codice si afferma infatti che *“Al comma 12, in sostanziale continuità con la regola vigente, si prevede che l'esclusione di uno o più concorrenti dalle procedure, intervenuta anche a seguito di una pronuncia giurisdizionale, successivamente all'aggiudicazione, non rileva ai fini del calcolo delle medie nella procedura né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte eventualmente stabilita dai documenti di gara e non produce conseguenze sui procedimenti relativi agli altri lotti della medesima gara”*.

12. Ciò in disparte dalla considerazione che, anche volendo seguire la soluzione inversa, della possibilità di rivedere l'aggiudicazione del lotto n. 3, laddove fosse stato accolto il ricorso relativo al lotto n. 6, Ambiente e Lavoro, in quanto parte dei giudizi relativi ad entrambi i lotti, poi esitati con le coeve sentenze del Tar capitolino n. 5077/2022 e 5078/2022, avrebbe dovuto formulare espressa domanda di aggiudicazione del lotto n. 3 con ricorso incidentale, chiedendo la previa riunione dei due giudizi. Non avendo parte appellante a ciò provveduto, la stessa era onerata in ogni caso, dall'appellare la sentenza n. 5077/2022.

Ed invero, avendo riguardo alla considerazione unitaria di entrambi i giudizi, non può trascurarsi dal considerare come il comando giudiziale racchiuso nella sentenza 5077/2022 – in uno con il contestuale annullamento (disposto con parallela sentenza n. 5778/2022 pubblicata in pari data) dell'aggiudicazione del lotto 6 originariamente adottata in favore di Ambiente Lavoro – abbia radicato una palese soccombenza sostanziale di Ambiente e Lavoro e, dunque, un indubbio interesse di quest'ultima ad appellare sia la sentenza n. 5777/2022, che la sentenza n. 5778/2022.

Più in particolare, la sentenza n. 5777/202 nell'estromettere Ambiente e Lavoro dal giudizio e nel non considerare pertanto le censure mosse contro la sua offerta tecnica per il lotto 3 - stante la sua sostanziale estraneità dalla graduatoria del lotto in questione - e nel riconoscere contestualmente il primo posto in graduatoria alla cooperativa San Saturnino (nonostante il prospettato venir meno del vincolo di aggiudicazione, stante il simultaneo annullamento dell'aggiudicazione del lotto 6 originariamente disposta a favore di Ambiente e Lavoro) – ha inciso negativamente sulla posizione di Ambiente e Lavoro, facendo insorgere senza dubbio un interesse *ad appellandum* come ritenuto dal primo giudice.

13. L'appello va dunque rigettato.

14. Va conseguentemente dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse l'appello incidentale, di riproposizione del ricorso incidentale avanzato in via subordinata dalla Cooperativa Saturnino.

15. Sussistono nondimeno eccezionali e gravi ragioni, avuto riguardo alle ragioni della decisione ed alla peculiarità della fattispecie, per compensare integralmente fra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

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

Dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2023 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

TAR Puglia – Bari, sez. II, 23 ottobre 2023, n. 1243 (Pres. Orazio Ciliberti)

Modifica dei contratti in corso di esecuzione – Art. 120 D.Lgs n. 36/2023 – Proroga tecnica – Collocazione autonoma – Proroga conseguente all’esercizio dell’opzione – Ipotesi eccezionali – Ritardi oggettivi e insuperabili – Situazioni di pericolo – Durata proporzionata.

La proroga tecnica, avendo carattere di temporaneità e imprevedibilità, rappresenta uno strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un regime contrattuale a un altro. Tale lettura dell’istituto della proroga è stata integralmente recepita dal recente intervento del legislatore in materia di contratti pubblici di cui al D.Lgs. n. 36/2023. Come è infatti noto, l’art. 120 del D.Lgs. n. 36/2023 fa propria l’impostazione sopra riferita e disciplina le due fattispecie in due commi separati: il comma 10 si riferisce esclusivamente all’opzione di proroga preventivamente prevista nei documenti di gara; il successivo comma 11 disciplina invece la proroga del contratto funzionale al completamento della procedura di gara finalizzata alla scelta del nuovo appaltatore. Ne consegue che la proroga “tecnica” trova nel nuovo Codice una collocazione autonoma e sganciata dalla proroga conseguente all’esercizio dell’opzione, purché concorrano una serie di condizioni “limitative” già emerse nell’interpretazione giurisprudenziale: essa viene essenzialmente circoscritta a ipotesi eccezionali, in cui sussistano oggettivi e insuperabili ritardi nella conclusione della procedura di gara; deve avere una durata commisurata al tempo strettamente necessario per giungere a tale conclusione; deve essere giustificata alla luce del fatto che l’interruzione delle prestazioni potrebbe determinare situazioni di pericolo per persone, animali o cose o per l’igiene pubblica o ancora un grave danno dell’interesse pubblico.

N. 01243/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00412/2023 REG.RIC.

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

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 412 del 2023, proposto da Poliedra Ingegneria Clinica S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 7115294E58, rappresentato e difeso dagli avvocati Laura Pergolizzi e Giuseppe Gitto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ente Ospedaliero Specializzato in Gastroenterologia "Saverio De Bellis" I.R.C.C.S., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Massimo Felice Ingravalle, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Regione Puglia, non costituita in giudizio;

nei confronti

Polygon S.p.A., Innovapuglia S.p.A., non costituite in giudizio;

per l'annullamento

- della deliberazione n. 121 del 1 marzo 2023 del direttore generale dell'Istituto di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico "Saverio de Bellis", nella parte in cui: i) dispone la prosecuzione alla società Polygon S.p.A. del servizio di che trattasi, con i canoni rideterminati, per un periodo stimato di mesi 6, comunque limitato alla individuazione del nuovo fornitore per la manutenzione delle apparecchiature elettromedicali ad Alta Tecnologia; ii) approva gli atti tutti predisposti dalla U.O.S.V.A. "Gestione Servizi Tecnici" al fine di procedere con speditezza all'attivazione della procedura di approvvigionamento dei servizi esclusi dalla gara regionale pubblicata da InnovaPuglia S.p.A. come sopra indicata; iii) indice, nelle more di dover aderire alla gara regionale pubblicata da InnovaPuglia S.p.A. "Servizi integrati per la gestione delle apparecchiature elettromedicali delle Aziende Sanitarie della Regione Puglia" - Lotto n. 6 - n. gara 6774255, una procedura telematica soprasoglia comunitaria aperta per la manutenzione delle apparecchiature elettromedicali ed alta tecnologia - a mezzo EmPULIA - ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. 50/2016 e ss.mm.ii., con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, autorizzando ed approvando la spesa massima presunta a carico dell'I.R.C.C.S. in euro 6.027.040,00;

- della deliberazione 139 del 7 Marzo 2023 del direttore generale dell' Istituto di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico "Saverio de Bellis" - con cui sono stati modificati gli esiti della gara di cui alla precedente delibera ed è stata rideterminata ed approvata la spesa massima presunta a carico dell'I.R.C.C.S. in euro 6.066.820,00 - nella parte in cui dà atto che con la deliberazione n. 121 del 1 marzo 2023 è stata disposta la prosecuzione alla società Polygon S.p.A. di tutti i servizi per un periodo stimato di 8 mesi e non già di 6 mesi;

nonché

di ogni altro atto e provvedimento, ove esistente e anche non conosciuto, presupposto, connesso e consequenziale;

nonché

in ogni caso, per il risarcimento di tutti i danni subiti e subendi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Ente Ospedaliero Specializzato in Gastroenterologia "Saverio De Bellis" I.R.C.C.S.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 settembre 2023 il dott. Alfredo Giuseppe Allegretta e uditi per le parti i difensori l'avv. Roberto D'Addabbo, su delega dell'avv. Giuseppe Gitto, per la ricorrente, e l'avv. Massimo Ingravalle, per l'Ente resistente;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 30.03.2023 e depositato in data 6.04.2023, la società Poliedra Ingegneria Clinica S.r.l. adiva il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, al fine di ottenere l'annullamento dei provvedimenti meglio indicati in oggetto.

La ricorrente esponeva in fatto che, all'esito dell'esperimento di procedura aperta indetta con deliberazione direttoriale n. 664 del 23.12.2015, con deliberazione del Direttore Generale n. 17 del 18.01.2017, l'Istituto di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico "Saverio de Bellis" (d'ora innanzi anche I.R.C.C.S. "de Bellis") aveva aggiudicato all'A.T.I. Tecnologie Sanitarie S.p.A. - Me.Di.Com. S.r.l. (trasformatasi in un secondo momento in Polygon S.p.A.) il «*Servizio di gestione e manutenzione delle apparecchiature elettromedicali e ad alta tecnologia presenti nell'IRCCS "Saverio de Bellis"*», per un importo complessivo di euro 5.760.000,00, oltre IVA e oneri della sicurezza non soggetti a ribasso, per la durata di 5 anni, prorogabili di 1 ulteriore anno.

Di conseguenza, in data 9.03.2017, l'I.R.C.C.S. "de Bellis" e l'A.T.I. suddetta stipulavano il correlato contratto di appalto.

Con nota prot. 5135 del 28.04.2017 veniva autorizzato l'avvio del relativo servizio a decorrere dalla data del 2.05.2017.

Nelle more, con determinazione dell'amministratore unico n. 130 del 16.06.2017, InnovaPuglia S.p.A. - in qualità di Soggetto aggregatore della Regione Puglia ex L.R. n. 37/2014, incaricato dalla Regione medesima di espletare, con il supporto delle ASL indicate capofila, le procedure aggregate relative alle categorie di acquisti individuate dal Tavolo dei soggetti aggregatori nazionali - indiceva una gara suddivisa in sei lotti, per l'affidamento dei «*Servizi integrati per la gestione di apparecchiature elettromedicali delle aziende sanitarie della Regione Puglia - (n.ro gara 6774255)*», da aggiudicarsi mediante procedura aperta telematica, ai sensi dell'art. 60 D.Lgs. n. 50/2016, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di importo complessivo a base asta pari a euro 57.375.500,00, I.V.A. esclusa, di cui € 27.500,00, I.V.A. esclusa, per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso, per la durata di trentasei mesi.

Con determinazione del direttore generale n. 5 del 15.01.2020, rettificata da determinazione del direttore della Divisione SAR Puglia n. SAR/137 del 26.10.2020, InnovaPuglia S.p.A. aggiudicava la suddetta gara.

In particolare, per quel che qui rileva, la società Poliedra Ingegneria Clinica S.r.l. risultava aggiudicataria del lotto n. 6 della gara *de qua*, che riguardava due Enti del sistema sanitario regionale pugliese: l'I.R.C.C.S. Istituto Tumori Bari Giovanni Paolo II in Bari e l'I.R.C.C.S. "de Bellis".

Di conseguenza, in applicazione dell'art. 1 del disciplinare di gara, con nota prot. n. 14397 del 30.11.2020, l'I.R.C.C.S. "de Bellis" chiedeva alla Poliedra S.r.l. copia dell'offerta tecnica e dell'offerta economica, le quali venivano trasmesse con nota p.e.c. del 4.12.2020.

Con le note prot. n. 7486 del 31.05.2021 e prot. n. 9138 del 29.06.2021, l'A.T.I. Tecnologie Sanitarie S.p.a. - Me.Di.Com. S.r.l., dopo aver comunicato la propria volontà di procedere ad una rinegoziazione delle condizioni contrattuali, determinava una diminuzione del canone rispetto a quello aggiudicato dal soggetto aggregatore InnovaPuglia S.p.A. pari ad

euro 194.000,00 annui, oltre una successiva miglioria complessiva pari al 2% del totale (pari ad ulteriori euro 15.322,70, IVA esclusa, annui).

Con nota prot. n. 3264 del 3.03.2022, l'Amministrazione autorizzava la società (divenuta Polygon S.p.A.) alla prosecuzione del servizio, ai sensi degli artt. 1.3. e 1.4 del Disciplinare di gara, per n. 12 mesi, a partire dal giorno 1.05.2022 e fino al giorno 30.04.2023.

Con deliberazione del direttore generale n. 32 del 9.03.2022, l'I.R.C.C.S. "de Bellis", nel rilevare che il servizio affidato alla Polygon S.p.A. comprendeva sia le tipologie di apparecchiature sia i servizi aggiuntivi esclusi dall'oggetto della Gara Regionale, disponeva la *"prosecuzione del servizio - con i canoni rideterminati in considerazione dell'offerta migliorativa - per n. 12 mesi, come previsto agli artt. 1.3 e 1.4 [...] del Disciplinare di Gara"*, segnatamente *"a partire dal giorno 1 maggio 2022 con durata fino al 30 aprile 2023, nelle more della attivazione della procedura di approvvigionamento dei servizi esclusi dalla Gara Regionale in premessa richiamata e della adesione alla stessa"*.

Con deliberazione del direttore generale n. 121 del 1.03.2023, l'I.R.C.C.S. "de Bellis" prendeva atto che *"l'adesione alla gara regionale pubblicata da InnovaPuglia Spa "Servizi integrati per la gestione delle apparecchiature elettromedicali delle Aziende Sanitarie della Regione Puglia" - Lotto n. 6 - N. gara 6774255 prevede la manutenzione delle apparecchiature elettromedicali piccola e media Tecnologia"* e che tale servizio coincidesse solo parzialmente con quello affidato alla Polygon S.p.A.

Pertanto, l'Amministrazione approvava *"gli atti di gara per l'attivazione della procedura di approvvigionamento dei servizi esclusi dalla gara regionale pubblicata da InnovaPuglia Spa, per un importo complessivo dell'appalto pari ad euro 4.905.000, i.e."* e all'uopo indicava, *"nelle more di dover aderire alla gara regionale pubblicata da InnovaPuglia Spa "Servizi integrati per la gestione delle apparecchiature elettromedicali delle Aziende Sanitarie della Regione Puglia" - Lotto n. 6 - N. gara 6774255, una procedura telematica soprasoglia comunitaria aperta per la manutenzione delle apparecchiature elettromedicali ad Alta Tecnologia - a mezzo EmPULIA - ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. 50/2016 e ss.mm.ii., con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa"*.

Inoltre, con la medesima nota, al fine di *"consentire la prosecuzione dell'attività di assistenza e di diagnostica"*, disponeva altresì *"la prosecuzione del servizio da parte dell'operatore economico attuale per un periodo stimato di mesi 6, comunque limitato alla individuazione del nuovo fornitore per la manutenzione delle apparecchiature elettromedicali ad Alta Tecnologia"*.

Con successiva deliberazione del direttore generale n. 139 del 7.03.2023, l'I.R.C.C.S. "de Bellis" rettificava la delibera n. 121/2023 *"al fine di garantire una maggiore copertura temporale dei servizi di che trattasi"*, estendendo *"l'affidamento dei servizi a base d'asta da n. 3 anni più proroga di ulteriori tre anni e un ulteriore anno opzionale di proroga tecnica, a n. 6 anni e un ulteriore anno opzionale di proroga tecnica"* e conseguentemente modificava gli atti di gara.

Insorgeva la Poliedra Ingegneria Clinica S.r.l. avverso tali esiti provvedimenti dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale in epigrafe, articolando avverso i medesimi due motivi di gravame.

Con il primo motivo di ricorso, la ricorrente contestava *"VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART 106, CO 11, D.LGS N. 50/2016 – VIOLAZIONE ART. 1.3. E 1.4. DEL DISCIPLINARE DI GARA IRCCS – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI BUON ANDAMENTO (ART 97 COST)"*.

Nello specifico, parte ricorrente rilevava che l'I.R.C.C.S. "de Bellis", con le determine n. 121 del 1.03.2023 e n. 139 del 7.03.2023 impugnate, avrebbe illegittimamente disposto una seconda proroga tecnica in favore della Polygon S.p.A., equiparabile ad un "affidamento diretto sine die", non programmato rispetto alla scadenza del contratto e, pertanto, in contrasto con i principi comunitari di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza.

Con il secondo motivo di ricorso, la ricorrente si doleva per "ECESSO DI POTERE PER DIFETTO DEI PRESUPPOSTI - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART 106, CO 11, D.LGS N. 50/2016 - VIOLAZIONE ART 1.1. DISCIPLINARE DI GARA INNOVAPUGLIA - VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI BUON ANDAMENTO (ART 97 COST)".

In tesi di parte ricorrente, la seconda proroga disposta in favore della Polygon S.p.A. sarebbe stata illegittima "con riferimento ai servizi inerenti la Gara Regionale InnoVaPuglia, dovendo l'IRCCS per tali servizi aderire immediatamente alla predetta gara alla scadenza del contratto già prorogato al 30 aprile 2023".

Nel costituirsi in giudizio con atto del 11.04.2023, nonché con i successivi atti difensivi, l'I.R.C.C.S. "de Bellis" difendeva la legittimità del proprio operato, instando per la reiezione del ricorso.

All'esito della camera di consiglio del 18.04.2023, con ordinanza cautelare n. 144/2023 pubblicata il 19.04.2023, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, respingeva l'istanza di sospensione dell'efficacia dei provvedimenti impugnati, così motivando:

"Rilevato, ad un sommario esame proprio della presente fase, che l'istanza cautelare così come introdotta non appare essere assistita da un sufficiente fumus boni iuris;

Ritenuto, infatti, che non appare possibile formulare prima facie una prognosi favorevole in punto di ipotizzato accoglimento del gravame, in quanto non trattasi, nel caso di specie, di un affidamento diretto sine die, ma di una proroga tecnica (cfr. T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 29.11.2022, n. 1605) finalizzata a consentire alla Stazione Appaltante di aderire alla gara aggiudicata da InnoVaPuglia S.p.A. nel 2020 in favore della Poliedra S.r.l. e di espletare contestualmente la procedura aperta per l'affidamento dei servizi esclusi da tale gara, risultando per tabulas che, sotto il profilo della durata, la proroga in questione risulta espressamente contenuta entro i termini necessari alla conclusione delle due predette procedure;

Ritenuta, altresì, l'insussistenza del periculum in mora, non essendo stato provato, ai sensi dell'art. 55, primo comma, c.p.a., né nell'an né nel quantum la sussistenza di un pregiudizio grave ed irreparabile durante il tempo necessario a giungere alla decisione sul ricorso, tenuto conto, peraltro, dell'evidente natura meramente economico-patrimoniale della pretesa agitata in giudizio;

Ritenuto, infine, che, in considerazione della natura e della peculiarità della presente controversia, sussistano gravi ed eccezionali ragioni di equità per compensare le spese della presente fase cautelare".

Nei successivi atti difensivi, le parti ribadivano le proprie posizioni.

All'udienza pubblica del 26.09.2023, sentite le parti, la causa veniva definitivamente trattenuta in decisione.

Tutto ciò premesso, il ricorso è infondato nel merito e, in quanto tale, deve essere respinto.

Con riferimento al primo motivo di ricorso, non può condividersi quanto sostenuto da parte ricorrente in merito alla qualificazione giuridica da attribuire alla proroga disposta dall'Amministrazione resistente con le determinazioni impugnate.

Difatti, deve in proposito constatarsi che l'I.R.C.C.S. "de Bellis" ha posto in essere una mera proroga tecnica *ex art.* 106, comma 11, D.Lgs. n. 50/2016 e non un rinnovo del contratto o un "affidamento *sine die*".

Sul punto, occorre anzitutto distinguere le due tipologie tipiche di proroga di un contratto pubblico, ossia quella "contrattuale" e quella "tecnica".

La proroga c.d. "contrattuale" è così definita poiché trova la sua fonte nella *lex specialis* di gara e/o nel contratto.

Trattasi, pertanto, di una circostanza negoziale già preventivata dall'Amministrazione e dall'operatore economico contraente.

Al contrario, la proroga c.d. "tecnica", ai sensi dell'art. 106, comma 11, D.Lgs. n. 50/2016, sussiste nel caso in cui la durata del contratto venga modificata dall'Amministrazione, per cause ad essa non imputabili, allo scopo di garantire la continuità di un servizio essenziale, nelle more della conclusione della procedura di gara per scegliere il nuovo contraente, la quale deve essere bandita prima dell'originaria scadenza contrattuale.

La proroga tecnica, pertanto, avendo carattere di temporaneità e imprevedibilità, rappresenta uno strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un regime contrattuale a un altro.

Tale lettura dell'istituto della proroga è stata integralmente recepita dal recente intervento del legislatore in materia di contratti pubblici di cui al D.Lgs. n. 36/2023, che pur se non direttamente applicabile *ratione temporis* al caso di specie, esprime tutto il suo effetto di autorevole avallo interpretativo.

Come è infatti noto, l'art. 120 del D.Lgs. n. 36/2023 fa propria l'impostazione sopra riferita e disciplina le due fattispecie in due commi separati: il comma 10 si riferisce esclusivamente all'opzione di proroga preventivamente prevista nei documenti di gara; il successivo comma 11 disciplina invece la proroga del contratto funzionale al completamento della procedura di gara finalizzata alla scelta del nuovo appaltatore.

Ne consegue che la proroga "tecnica" trova nel nuovo Codice una collocazione autonoma e sganciata dalla proroga conseguente all'esercizio dell'opzione, purché concorrano una serie di condizioni "limitative" già emerse nell'interpretazione giurisprudenziale: essa viene essenzialmente circoscritta a ipotesi eccezionali, in cui sussistano oggettivi e insuperabili ritardi nella conclusione della procedura di gara; deve avere una durata commisurata al tempo strettamente necessario per giungere a tale conclusione; deve essere giustificata alla luce del fatto che l'interruzione delle prestazioni potrebbe determinare situazioni di pericolo per persone, animali o cose o per l'igiene pubblica o ancora un grave danno dell'interesse pubblico.

In particolare, sempre in relazione ai due tipi di proroga sopra ricordati, deve essere distinta la proroga tecnica dal rinnovo del contratto pubblico.

Sul punto è ampiamente sufficiente richiamare i costanti e consolidati orientamenti giurisprudenziali, secondo i quali la distinzione tra proroga contrattuale e rinnovo deve essere fatta guardando agli effetti dell'atto: mentre la proroga del contratto, infatti, ha la

mera funzione di spostare in avanti la scadenza conclusiva del rapporto, mantenendo inalterato il regolamento negoziale, il rinnovo, al contrario, realizza una nuova negoziazione tra i medesimi soggetti, con un rinnovato esercizio dell'autonomia negoziale (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 8 agosto 2018, n. 4867).

Come chiarito dalla costante giurisprudenza che si è occupata del tema, si verte in ipotesi di proroga contrattuale allorquando vi sia una integrale conferma delle precedenti condizioni (fatta salva la modifica di quelle non più attuali), con il solo effetto del differimento del termine finale del rapporto, per il resto regolato dall'atto originario; mentre ricorre l'ipotesi di rinnovo, quando interviene una nuova negoziazione tra i medesimi soggetti che si conclude con una modifica delle precedenti condizioni (*ex multis* Cons. Stato, sez. III, n. 5059 del 2018; Cons. Stato, sez. VI, n. 3478 del 2019; Cons. Stato, sez. VI, n. 8219 del 2019; Cons. Stato, sez. V, n. 3874 del 2020).

Il rinnovo, dunque, in disparte il dato non determinante del *nomen iuris* formalmente attribuito dalle parti, si contraddistingue, sul piano sostanziale, per la rinegoziazione del complesso delle condizioni del contratto originario, per cui deve risultare che le parti, attraverso specifiche manifestazioni di volontà, abbiano dato corso a distinti, nuovi ed autonomi rapporti giuridici, ancorché di contenuto analogo a quello originario. In assenza di tale negoziazione novativa, è qualificabile come proroga contrattuale l'accordo con cui le parti si limitano a pattuire il differimento del termine finale del rapporto, che per il resto continua ad essere regolato dall'atto originario; ed anche la circostanza che in tale accordo sia riportato il prezzo del contratto originario, che quindi rimane immutato, non costituisce affatto espressione di rinnovata volontà negoziale, ma circostanza idonea ad avvalorare ulteriormente l'intervenuta mera proroga del previgente contratto (Cons. Stato, sez. V, 3874 del 2020, Cons. Stato, sez. III, 24.3.2022, n. 2157).

E' stato, infatti, precisato che: "Il rinnovo contrattuale si contraddistingue, sul piano sostanziale, per la rinegoziazione del complesso delle condizioni del contratto originario, per cui deve risultare che le parti, attraverso specifiche manifestazioni di volontà, abbiano dato corso a distinti, nuovi ed autonomi rapporti giuridici, ancorché di contenuto analogo a quello originario; in assenza di tale negoziazione novativa, è qualificabile come proroga contrattuale l'accordo con cui le parti si limitano a pattuire il differimento del termine finale del rapporto, che per il resto continua ad essere regolato dall'atto originario; ed anche la circostanza che in tale accordo sia riportato il prezzo del contratto originario, che quindi rimane immutato, non costituisce affatto espressione di rinnovata volontà negoziale, ma circostanza idonea ad avvalorare ulteriormente l'intervenuta mera proroga del previgente contratto" (cfr. Cons. Stato, sez. III, 24 marzo 2022, n. 2157; Cons. Stato, sez. V, 16.02.2023 n. 1635).

Nel caso di specie, è emerso che il servizio affidato alla società Polygon S.p.A. comprendeva i servizi a bassa, media ed alta tecnologia, i quali, in particolare, erano esclusi dalla procedura regionale.

Ne derivava la necessità per l'I.R.C.C.S. "de Bellis" di reperire anche tale tipologia di servizi, tramite l'indizione di una procedura *ad hoc*.

Tuttavia, è evidente che trattasi, in generale, di servizi di assistenza tecnica specialistica la cui fornitura non può venire interrotta.

Pertanto, l'Amministrazione, allo scopo di garantire la necessaria continuità del servizio fornito, ha legittimamente disposto, nelle more dell'adesione alla gara indetta da InnovaPuglia S.p.A., nonché dell'espletamento della procedura di approvvigionamento dei servizi esclusi dalla citata gara regionale, una proroga tecnica in favore della Polygon S.p.A. Peraltro, risulta *per tabulas* che, sotto il profilo della durata, la proroga in questione risulta espressamente contenuta entro i termini necessari alla conclusione delle due predette procedure, in tal modo palesemente emergendo la natura meramente strumentale e quindi "tecnica", nel senso sopra indicato, della medesima.

Pertanto, in base a quanto sin qui esposto, il primo motivo di ricorso è infondato.

Su tali premesse, anche il secondo motivo di ricorso è parimenti infondato.

Difatti, la gara aggiudicata alla Polygon S.p.A. aveva ad oggetto un "lotto indivisibile", come definito dalla *lex specialis* di gara, il quale comprendeva sia le categorie di servizi oggetto della procedura regionale indetta da InnovaPuglia S.p.A., sia quelle escluse dalla citata gara. Ne derivava che tale lotto, per pianificazione del medesimo per come effettuata sin dal momento dell'elaborazione della *lex specialis*, non avrebbe potuto essere autonomamente e successivamente suddiviso dall'I.R.C.C.S. "de Bellis".

Si ribadisce, peraltro, che, trattandosi nel caso di specie di una mera proroga tecnica e non di un affidamento diretto, la Stazione Appaltante non avrebbe potuto, in ogni caso, modificare l'oggetto del contratto, non sussistendo, peraltro, alcun obbligo di aderire immediatamente alla predetta gara indetta da InnovaPuglia S.p.A. alla scadenza del contratto già prorogato al 30 aprile 2023.

Alla luce del complesso delle ragioni che precedono, il ricorso deve dunque essere respinto in quanto infondato nel merito.

In considerazione della particolare peculiarità della fattispecie oggetto del presente giudizio, sussistono i presupposti di legge per compensare integralmente le spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, Sezione II, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 26 settembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Orazio Ciliberti, Presidente

Alfredo Giuseppe Allegretta, Consigliere, Estensore

Lorenzo Ieva, Primo Referendario

TAR Sicilia – Catania, sez. III, 28 settembre 2023, n. 2809 (Pres. Aurora Lento)

Offerte contenenti prodotti originari di Paesi terzi – Art. 170 D.Lgs. n. 36/2023 – Art. 85 Direttiva 2014/25/UE – Mancato respingimento dell’offerta – Motivazione espressa – Principio del *comply or explain*.

La previsione normativa di cui all’art. 137 del d.lgs. 50/2016, lungi dal porsi in contrasto con il testo letterale del predetto art. 85 della Direttiva 2014/25/UE, ponendo in capo alla stazione appaltante l’obbligo di motivare la scelta del mancato respingimento di un’offerta ove i prodotti originari da Paesi terzi superino il 50%, mostra al contrario di comprenderne e attuarne in pieno la ratio. Come si legge, e comprende maggiormente, nella Relazione illustrativa del d.lgs. n. 36/2023, il cui art. 170 si sostituisce alla previsione dell’art. 137 del d.lgs. 50/2016 mantenendone invariato il contenuto, l’aggiunta di tale onere motivazionale in caso di mancato respingimento dell’offerta costituisce infatti attuazione del c.d. principio di derivazione comunitaria del c.d. “comply or explain” (cfr. Relazione Illustrativa d.lgs. n. 36/2023, pag. 201), cosicché la scelta di non escludere un produttore di un Paese terzo che non soddisfi i requisiti previsti dalla norma, fungendo da eccezione rispetto alla suddetta esclusione, viene accompagnata da una motivazione espressa.

N. 02809/2023 REG.PROV.COLL.
N. 01125/2023 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia
sezione staccata di Catania (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1125 del 2023, proposto da Jindal Saw Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 97787152E6, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Di Lascio e Saul Monzani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Sidra S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Claudio Milazzo ed Enrico Canzonieri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

e con l’intervento di

ad opponendum:

Saint-Gobain Pam Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Carla Minieri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- del bando, del disciplinare e del capitolato della procedura CIG 97787152E6, avente ad oggetto "Risanamento e completamento della rete di trasporto primaria e interventi sui serbatoi esistenti forniture di tubazioni in ghisa sferoidale e pezzi speciali per la realizzazione del II e III stralcio funzionale", nella parte in cui dispongono l'esclusione automatica delle offerte contenenti una parte dei prodotti originari di paesi terzi superiore al 50 % del valore totale dei prodotti che compongono l'offerta;

- di ogni atto connesso, presupposto o consequenziale, anche non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Sidra S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 settembre 2023 il dott. Francesco Fichera e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Jindal Saw Italia S.p.a., odierna ricorrente, è un'azienda italiana collegata alla società indiana Jindal Saw Ltd., società produttrice di tubazioni, tra le quali anche quelle in ghisa per gli acquedotti.

La produzione di questa tipologia di tubi è concentrata principalmente in India e Jindal Saw Italia ne cura la commercializzazione in tutta l'Unione Europea, partecipando alle gare indette negli Stati membri.

Con bando di gara pubblicato in data 12.05.2023, Sidra S.p.A. – società interamente partecipata dal Comune di Catania che ne gestisce il servizio idrico integrato – ha indetto procedura aperta *ex art. 60 d.lgs. n. 50/2016*, codice CIG: 97787152E6, codici CUP:H67H15001630004-H27H15002000006, nei settori speciali, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in base al miglior rapporto qualità/prezzo, per l'affidamento dell'appalto di forniture avente ad oggetto "Risanamento e completamento della rete di trasporto primaria e interventi sui serbatoi esistenti. Forniture di tubazioni in ghisa sferoidale e pezzi speciali per la realizzazione del II e III stralcio funzionale" del valore di € 11.587.723,60 (IVA esclusa), di cui € 7.532,80 per oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso.

La fornitura oggetto dell'appalto è funzionale alla realizzazione dei lavori di "Risanamento e completamento della rete di trasporto primaria e interventi sui serbatoi esistenti", secondo e terzo stralcio funzionale, finanziati a valere sul Fondo Sviluppo e Coesione 2021-2027 con Delibere CIPESS n. 1/2022 e 35/2022 a condizione che la stipula del contratto di appalto avvenga entro e non oltre il 31.12.2023.

Jindal Saw Italia non ha partecipato alla suddetta gara ritenendo che la correlata *lex specialis* non ne consentisse la partecipazione nella parte in cui richiede di fornire una quota di almeno il 50% delle tubazioni provenienti da Paesi dell'Unione Europea. La società

ricorrente rileva, in particolare, che tale sbarramento risulti evidente alla luce delle seguenti clausole:

- art. 1 del capitolato, ove si prevede che *“La fornitura dovrà essere effettuata nel rispetto all’indicazione dell’art. 137 comma 2 del D.Lgs. n. 50/2016, per cui la parte dei prodotti originari di paesi terzi, ai sensi del regolamento (UE) n. 952/2013 del Parlamento Europeo deve essere inferiore al cinquanta per cento del valore totale dei prodotti che compongono l’offerta”*;
- art. 4 (“Specifiche tecniche”) del capitolato, paragrafo “Parte 1-Tubi in ghisa”, ove si legge: *“Tubazioni in ghisa sferoidale prodotte in stabilimento certificato a norma EN ISO 9001 e conformi alla norma EN 545:2010 con certificato di prodotto emesso da organismo terzo accreditato da organismo firmatario il protocollo europeo per l’accreditamento secondo la norma UNI CEI EN ISO/IEC 17065, comprovante lo stabilimento di produzione e quindi l’origine in rispetto all’indicazione dell’art. 137 comma 2 del D.Lgs. n. 50/2016, per cui la parte dei prodotti originari di paesi terzi, ai sensi del regolamento (UE) n. 952/2013 del Parlamento Europeo deve essere inferiore al cinquanta per cento del valore totale dei prodotti che compongono l’offerta”*;
- art. 13, punto 1 del capitolato (riproposto a pag. 19 del disciplinare), nella parte in cui non menziona - ai fini dell’attribuzione del correlato punteggio - le imprese le cui tubature siano state prodotte in Paesi terzi con i quali non vigono accordi di reciprocità ai sensi del Reg. UE n. 952/2013.

2. Con ricorso ritualmente notificato in data 12.06.2023 e depositato il successivo 16.06.2023, Jindal Saw Italia ha impugnato, chiedendone l’annullamento previa sospensione cautelare, il bando, il disciplinare e il capitolato della procedura in oggetto, nonché ogni atto connesso, presupposto o consequenziale, anche non conosciuto.

2.1. Gli atti impugnati sono stati censurati per i seguenti motivi: 1) *Annulabilità degli atti gravati per violazione di legge (art. 85, comma 2, direttiva ue 25/2014; art. 137, comma 2, d.lgs. 50/2016), eccesso di potere (illogicità ed irragionevolezza manifeste), carenza assoluta di motivazione;* 2) *Annulabilità degli atti gravati per eccesso di potere (contraddittorietà esterna, illogicità manifesta).*

2.1.1. Con il primo motivo di ricorso, la società ricorrente rileva, preliminarmente, che la disciplina in tema di offerte contenenti prodotti originari di Paesi terzi nei c.d. settori speciali è contenuta, a livello eurounitario, nell’art. 85 della Direttiva 2014/25/UE, nonché, a livello nazionale, nell’art. 137 del d.lgs. 50/2016.

Il paragrafo 2 del predetto art. 85, in particolare, prevede che *“Qualsiasi offerta presentata per l’aggiudicazione di un appalto di forniture può essere respinta se la parte dei prodotti originari di paesi terzi, ai sensi del regolamento (UE) n. 952/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, supera il 50 % del valore totale dei prodotti che compongono l’offerta...”*. L’art. 137, comma 2, del d.lgs. 50/2016, che ne recepisce il contenuto, a sua volta stabilisce che *“Qualsiasi offerta presentata per l’aggiudicazione di un appalto di forniture può essere respinta se la parte dei prodotti originari di Paesi terzi, ai sensi del regolamento (UE) n. 952/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, supera il 50 per cento del valore totale dei prodotti che compongono l’offerta. In caso di mancato respingimento dell’offerta a norma del presente comma, la stazione appaltante motiva debitamente le ragioni della scelta e trasmette all’Autorità la relativa documentazione...”*.

La disciplina unionale di riferimento, pertanto, mostra un certo sfavore nei confronti dei prodotti provenienti da Paesi terzi, elemento, questo, non negato dalla ricorrente; il

legislatore italiano, afferma Jindal Saw Italia, avrebbe reso ancora più netta la “corsia preferenziale” per i prodotti comunitari ponendo in capo alla stazione appaltante un preciso obbligo di motivazione laddove quest’ultima si determini a non escludere un’offerta presentata da un operatore che non soddisfi il requisito legato all’origine della propria produzione.

Ciò rilevato, per la società che ricorre in giudizio “*entrambe le norme (eurounitaria e nazionale) non possono essere interpretate nel senso di esentare la stazione appaltante dall’onere di motivare la scelta di escludere le offerte contenenti la maggioranza di prodotti extracomunitari*”. A supporto di tale precipitato interpretativo, vengono richiamati, nell’ordine: i) il canone dell’art. 12 delle Preleggi, secondo cui “*Nell’applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore*”; ii) l’onere di motivazione di tutti i provvedimenti amministrativi; iii) la natura eccezionale delle disposizioni che limitano la possibilità di offrire prodotti extracomunitari (sia rispetto al principio di massima partecipazione alle gare, sia rispetto al principio per cui, in generale, i prodotti extracomunitari, se correttamente importati, possono essere commercializzati nell’UE). Per Jindal Saw Italia la *lex specialis* della procedura bandita da Sidra non consentirebbe già “a monte” la presentazione di offerte contenenti più del 50% di prodotti extracomunitari, risultando pertanto illegittima in quanto priva di motivazione ed espressione di un esercizio distorto dei margini di discrezionalità di cui la stazione appaltante gode, in astratto, nella scelta tra offerte di produttori extracomunitari e comunitari; sarebbe altresì elisa del tutto la logica di comparazione tra offerte (anche contenenti prodotti extracomunitari) che emerge al comma 3 dell’art. 137 del d.lgs. 50/2016, secondo cui “*Salvo il disposto del presente comma, terzo periodo, se due o più offerte si equivalgono in base ai criteri di aggiudicazione di cui all’articolo 95, viene preferita l’offerta che non può essere respinta a norma del comma 2 del presente articolo. Il valore delle offerte è considerato equivalente, ai fini del presente articolo, se la differenza di prezzo non supera il 3 per cento. Tuttavia, un’offerta non è preferita ad un’altra in virtù del presente comma, se l’ente aggiudicatore, accettandola, è tenuto ad acquistare materiale con caratteristiche tecniche diverse da quelle del materiale già esistente, con conseguente incompatibilità o difficoltà tecniche di uso o di manutenzione o costi sproporzionati*”. La scelta operata dalla stazione appaltante in sede di bando di gara avrebbe avvantaggiato, secondo la prospettazione della ricorrente, l’unica impresa europea produttrice di tubazioni in ghisa, Saint-Gobain Pam Italia S.p.A., unico operatore economico che ha presentato la propria offerta nella gara in oggetto.

2.1.2. Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente adduce che la stazione appaltante sarebbe incorsa anche nel vizio di eccesso di potere, nelle forme dell’illogicità manifesta e della contraddittorietà estrinseca, in quanto la restrizione applicata in sede di bando nei confronti delle imprese i cui beni sono prodotti al di fuori dell’UE non è stata invece applicata dalla stessa in altre procedure di gara. Tala diversità di scelte paleserebbe, secondo la ricorrente, profili di illogicità e contraddittorietà.

2.2. La parte ricorrente ha inoltre presentato istanza di rimessione di questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia ai sensi dell’art. 267 TFUE.

Osserva Jindal Saw Italia che, ove l’articolo 137 del d.lgs. 50/2016 venisse interpretato da questo Collegio nel senso di consentire alla stazione appaltante di escludere senza

motivazione tutte le offerte contenenti più del 50% di prodotti extracomunitari, sussisterebbe allora un contrasto tra la citata disposizione nazionale e l'art. 85 della Direttiva 2014/25/UE. A fronte di una norma europea *"totalmente neutra"*, continua la ricorrente, la scelta del legislatore italiano di prevedere un onere di debita motivazione solo nell'ipotesi di mancato respingimento sarebbe indice di un *"travisamento"* e di un *"erroneo recepimento della corrispondente disposizione eurounitaria la quale, nel non prevedere nulla in punto di motivazione, non può che interpretarsi nel senso di esigere una qualche motivazione – in applicazione dei principi generali – sia nel caso di respingimento sia nel caso di mancato respingimento"*. La norma nazionale censurata avrebbe pertanto introdotto una penalizzazione *ex ante*, definita dal ricorrente *"ottusa e scriteriata"*, di qualsivoglia potenziale offerta dei produttori extracomunitari.

3. Al fine di ricevere immediata tutela cautelare, in data 16.06.2023 Jindal Saw Italia ha presentato istanza di misure cautelari monocratiche ai sensi dell'art. 56 c.p.a. al fine di ottenere una tempestiva sospensione delle operazioni di gara, il cui inizio veniva fissato per il 19.06.2023.

4. Con decreto cautelare n. 280 del 19.06.2023 questo Tribunale, rilevata la presenza del dedotto requisito di estrema gravità e urgenza previsto dall'art. 56 c.p.a., ha accolto l'istanza della ricorrente ai soli e limitati fini della sospensione di tutte le operazioni di gara.

5. Con memoria del 02.07.2023, l'Amministrazione resistente Sidra S.p.A., regolarmente costituitasi in giudizio il 19.06.2023, ha eccepito in via pregiudiziale l'inammissibilità dell'impugnazione immediata della *lex specialis* di gara per carenza di interesse e carenza di legittimazione - non avendo la concorrente preso parte alla gara mediante la presentazione di regolare domanda - e ha controdedotto sui motivi di ricorso.

5.1. Con riguardo all'eccezione di inammissibilità, Sidra osserva che le disposizioni del capitolato speciale di gara non abbiano precluso la partecipazione nei confronti di aziende produttrici di beni originari di Paesi terzi, né tantomeno ne hanno vietato la partecipazione in forma aggregata. L'impugnazione proposta, pertanto, si porrebbe al di fuori del perimetro disegnato negli anni dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia di clausole immediatamente escludenti. Jindal Saw Italia, quale operatore del settore rimasto estraneo alla procedura di affidamento, non vanterebbe quindi alcuna legittimazione a ricorrere in quanto portatore di un interesse di mero fatto, come tale non qualificato e non differenziato, alla caducazione dell'intera selezione.

5.2. L'amministrazione resistente rileva altresì l'infondatezza dei motivi di ricorso.

5.2.1. Per quanto concerne la prima doglianza, con riguardo alla *ratio* sottesa all'art. 137 del d.lgs. 50/2016, viene evidenziato che tale norma *"assume, infatti, una funzione di tutela della produzione comunitaria e, in primo luogo a tutela dell'occupazione nell'UE, che può subire compromissioni per effetto dei meccanismi della cd. globalizzazione dell'economia; essa è, dunque, posta a protezione di valori fondamentali, quali la tutela dei lavoratori europei e dei loro standard di occupazione, sicurezza e retribuzione che, se violati, con conseguente maggiore convenienza dei prodotti aventi costi di produzione inferiore, costituiscono forme di concorrenza sleale compromettenti valori fondamentali della persona, inammissibili nel nostro sistema europeo"* (Cons. Stato, Sez. V, 8 giugno 2015, n. 2800). Tale impostazione, peraltro, troverebbe conferma nel documento *"Linee guida sulla partecipazione di offerenti e beni di paesi terzi al mercato degli appalti"*

dell'UE" redatto dalla Commissione Europea nel 2019, ove si legge che al fine di salvaguardare gli interessi dell'Unione Europea *"alla luce delle pratiche sleali di paesi terzi, utilizzando appieno gli strumenti di difesa commerciale e le nostre norme in materia di appalti pubblici, nonché garantendo l'effettiva reciprocità in materia di appalti pubblici con i paesi terzi... gli operatori economici di paesi terzi che non hanno alcun accordo che prevede l'apertura del mercato degli appalti dell'UE o i cui beni, servizi e lavori non sono contemplati in un tale accordo, non hanno un accesso garantito alle procedure di appalto nell'UE e possono essere esclusi"*. Tale logica implica, conseguentemente, che *"I committenti pubblici che operano nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali possono respingere le offerte per contratti di fornitura se la parte dei prodotti originari di un paese terzo supera il 50% del valore totale dei prodotti che compongono l'offerta. Tale regime si applica unicamente ai prodotti originari di paesi terzi non contemplati da un accordo che garantisce un accesso comparabile ed effettivo delle imprese dell'Unione ai mercati di tali paesi terzi. Qualora, invece di respingere tale offerta, un committente pubblico permetta la sua partecipazione alla procedura di appalto, esso sarà tenuto a privilegiare le offerte equivalenti contenenti meno del 50% di prodotti originari di paesi terzi"* (cfr. Comunicazione della Commissione C(2019) 5494 final).

Sidra dà altresì conto della giurisprudenza nazionale sviluppatasi sull'applicazione dell'art. 137 del d.lgs. 50/2016 – secondo cui *"la stazione appaltante deve motivare esclusivamente la scelta di ammettere l'offerta che abbia ad oggetto prodotti originari di Paesi terzi in misura superiore al 50%, non la scelta di escluderle. Tali offerte possono essere respinte senza necessità di motivazione"* (T.A.R. Veneto, Sez. I, 8 febbraio 2021, n. 174) – nonché riporta un estratto della Delibera ANAC n. 696 del 03.07.2019, ove, con specifico riguardo all'applicazione della predetta norma settoriale di derivazione unionale, viene rilevato che *"la stazione appaltante può prevedere nel disciplinare di avvalersi della facoltà di legge, disponendo l'esclusione a suo insindacabile giudizio al verificarsi di un dato meramente quantitativo e cioè quando la parte dei prodotti originari di Paesi terzi superi il 50% del valore totale dei prodotti che compongono l'offerta, laddove in caso di ammissione del concorrente, la stazione appaltante deve invece motivare debitamente le ragioni della scelta trasmettendo all'Autorità la relativa documentazione..."*.

L'amministrazione che resiste nel presente giudizio rileva, inoltre, che l'asserita situazione di *favor* scaturita dal bando di gara a favore di Saint-Gobain Pam Italia S.p.A. sia in realtà da escludere per la pacifica esistenza di altri produttori europei di tubazioni in ghisa, nonché dalla possibilità, anche per produttori di Paesi terzi quali Jindal Saw Italia, di partecipare in forma aggregata ovvero con subappalto alle procedure indette in conformità alla Direttiva 2014/25/UE.

La presunta valenza escludente che la società ricorrente attribuisce all'art. 13 del capitolato di gara - la quale attribuisce un massimo di quattro punti alle offerte con prodotti provenienti integralmente da paesi UE e non prevede l'attribuzione di punti a favore di produttori extra UE - secondo Sidra non avrebbe rappresentato, tra l'altro, un ostacolo all'eventuale aggiudicazione dell'appalto in favore di Jindal Saw Italia, tenuto conto della possibilità per quest'ultima di incrementare il proprio punteggio sulla base di altre componenti dell'offerta (es. caratteristiche del servizio di consegna).

5.2.2. Per la stazione appaltante anche il secondo motivo di gravame sarebbe infondato, posto che la decisione di escludere le offerte contenenti una rilevante quota di prodotti

provenienti da Paesi terzi avrebbe integrato una libera scelta coerente con il dettato normativo e, quindi, priva di illogicità e contraddittorietà. Viene a tal fine riportata quella giurisprudenza amministrativa secondo cui *“Del tutto irrilevante (...) è il fatto che in precedenti affidamenti la stazione appaltante abbia deciso di non escludere sin dagli atti di indizione della gara le offerte di prodotti di Paesi terzi”* (T.A.R. Veneto, Sez. I, 8 febbraio 2021, n. 174).

5.3. In merito all'istanza di rimessione della questione pregiudiziale alla CGUE presentata dalla ricorrente, Sidra rileva che non vi sarebbe alcuna traccia né nella direttiva, né nella trasfusa normativa nazionale, di un obbligo motivazionale relativo al prevedere la limitazione del 50% nell'offerta di prodotti extra UE. Viene altresì evidenziata l'erroneità dell'interpretazione della ricorrente secondo cui la regola escludente prevista dalla norma unionale di riferimento, così come recepita dal legislatore italiano, avrebbe una matrice anticoncorrenziale. Secondo Sidra le citate previsioni sono volte a garantire condizioni minime di tutela della *par condicio* tra le imprese che partecipano alle gare sul mercato degli appalti comunitari, con specifico riferimento ai casi in cui le forniture abbiano ad oggetto prodotti originari di Paesi terzi. In particolare, si tratterebbe di una forma specifica di tutela che rileva quando la *par condicio* venga messa a rischio di lesione ove vengono offerti beni prodotti in Paesi terzi con costi di produzione molto bassi e regole di mercato ben più competitive di quelle europee. La facoltà di esclusione sancita dall'art. 137 del d.lgs. n. 50/2016, lungi dall'integrare una misura limitativa della concorrenza, sarebbe quindi dettata proprio dal fine di garantire la concorrenza sostanziale tra gli operatori economici. L'UE si è infatti impegnata - per il tramite di diversi accordi internazionali - a concedere accesso al proprio mercato degli appalti pubblici per alcuni lavori, forniture, servizi ad operatori economici di diversi Paesi terzi. Conseguentemente, le direttive sugli appalti pubblici prevedono che i committenti pubblici dell'UE accordino ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dei firmatari di tali accordi un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dell'Unione, nella misura in cui questi siano contemplati da tali accordi (cfr. art. 43 della Direttiva 2014/25/UE).

L'art. 85 della Direttiva 2014/25/UE, come previsto al paragrafo 1 della stessa norma, si applica alle *“offerte contenenti prodotti originari di paesi terzi con cui l'Unione non ha concluso, in un contesto multilaterale o bilaterale, un accordo che garantisca un accesso comparabile ed effettivo delle imprese dell'Unione ai mercati di tali paesi terzi. L'India, Paese ove è collocata la produzione delle tubature oggetto della procedura di gara, non ha realizzato tali tipologie di accordi con l'Unione Europea.*

In definitiva, per la stazione appaltante la questione pregiudiziale proposta si risolverebbe nella censura della direttiva stessa e non della sua applicazione in Italia.

6. A seguito della camera di consiglio del 5.07.2023, con ordinanza n. 326 del 6.07.2023, il Tribunale ha rigettato l'istanza cautelare presentata dalla ricorrente, considerato preminente, nel bilanciamento degli interessi contrapposti, *“quello dell'amministrazione resistente a proseguire con la procedura di gara, al fine di non incorrere nel rischio di perdere il finanziamento per la realizzazione dell'opera di cui trattasi”*.

7. In data 19.07.2023 è intervenuta *ad opponendum* in giudizio Saint-Gobain Pam Italia S.p.A., la quale con successiva memoria del 28.07.2023 ha preliminarmente osservato di non essere

l'unica società europea produttrice di tubazioni in ghisa sferoidale, oggetto dell'appalto in oggetto, come invece sostenuto da parte ricorrente (sarebbero attive nel mercato e nelle correlate procedure di gara almeno la tedesca Vonroll Hydro Duktus e l'austriaca Tiroler Rohre GmbH).

Quanto ai motivi di ricorso, Saint-Gobain ne ha rilevato l'infondatezza, adducendo, inoltre, che l'art. 137, la cui formulazione è stata sindacata da parte ricorrente tramite questione pregiudiziale europea, non si riferisce genericamente a tutti i "Paesi terzi" ma solo a quei Paesi terzi che non hanno concluso con l'U.E. un accordo "che garantisca un accesso comparabile ed effettivo delle imprese dell'Unione ai mercati di tali paesi". Per la società interveniente ricadrebbero pertanto nella previsione della norma solo i prodotti provenienti dai Paesi che non hanno sottoscritto il *GPA-Agreement on Government Procurement*, accordo multilaterale nato nel 2012 nell'ambito del WTO, unico a garantire reciprocità nel settore degli appalti pubblici, al quale non ha aderito l'India.

Il rinvio pregiudiziale chiesto da Jindal Saw Italia, pertanto, non sarebbe rilevante in quanto privo di utilità ai fini del presente giudizio, poiché la corretta applicazione del diritto comunitario si pone con chiarezza, univocità ed evidenza tale da non dare adito a nessun ragionevole dubbio interpretativo.

8. Con memoria dello stesso 28.07.2023, parte ricorrente ha replicato alle controdeduzioni dell'amministrazione che resiste in giudizio, insistendo per l'accoglimento dei propri motivi di ricorso. Jindal Saw Italia ha altresì eccepito l'inammissibilità dell'atto di intervento *ad opponendum* di Saint-Gobain, rilevando il vizio di inesistenza o quantomeno di nullità della relativa procura alle liti. Viene in particolare evidenziato che, sebbene l'atto di procura abbia la forma di un documento PDF c.d. nativo, le firme apposte in calce al documento siano "mere rappresentazioni grafiche sprovviste di qualsiasi collegamento fisico o digitale con il presunto firmatario". La procura alle liti sarebbe pertanto inesistente o nulla in quanto sprovvista di qualsivoglia firma, digitale o analogica, del legale rappresentante di Saint-Gobain.

9. Nella stessa giornata del 28.07.2023 Saint-Gobain ha provveduto a rinotificare e depositare in via prudenziale il proprio atto di intervento in giudizio nonchè a depositare nuovamente la propria memoria scritta *ex art. 73 c.p.a.*.

10. Con memoria di replica del 1.09.2023 parte ricorrente ha insistito sull'inammissibilità del primo atto di intervento *ad opponendum* di Saint-Gobain e ha eccepito l'irricevibilità del successivo intervento in giudizio. Viene in particolare rilevato che il deposito dello stesso (munito di nuova procura) avvenuto alle ore 18:45 del 28.07.2023 sia fuori termine, dovendosi ritenere che il disposto di cui all'articolo 50, comma 3, c.p.a. – ai sensi del quale "Il deposito dell'atto di intervento di cui all'art. 28, comma 2, è ammesso fino a trenta giorni prima dell'udienza" (15 giorni nel rito appalti) – debba essere interpretato nel senso di considerare i trenta giorni (15 nel rito appalti) utili per l'intervento in giudizio quali "giorni liberi", sebbene la norma non contenga tale precisazione. Tale approccio ermeneutico, continua la ricorrente, sarebbe coerente con la disciplina prevista dall'art. 73 c.p.a. con riguardo al deposito delle memorie in vista dell'udienza pubblica, ove i giorni utili ai fini del deposito sono espressamente considerati come "giorni liberi". Il secondo atto di intervento sarebbe conseguentemente irricevibile perché depositato oltre le ore 12:00 del quindicesimo giorno libero antecedente alla data dell'udienza.

Jindal Saw Italia ha comunque replicato nel merito rispetto a quanto dedotto dall'interveniente Saint-Gobain con la succitata memoria e ha insistito per l'accoglimento del proprio ricorso.

11. Con memoria di replica del 2.09.2023 Saint-Gobain ha controdedotto rispetto all'eccezione di nullità della prima procura alle liti sollevata dalla ricorrente e ha altresì evidenziato che in ogni caso il secondo atto di intervento in giudizio è avvenuto entro i termini previsti dall'art. 50 c.p.a.; la società interveniente ha inoltre insistito per il respingimento del ricorso.

12. Con memoria di replica del 11.09.2023 l'amministrazione appaltante, odierna resistente, ha insistito nelle proprie difese chiedendo in via pregiudiziale la dichiarazione di inammissibilità del ricorso e il suo rigetto nel merito.

13. Nell'udienza pubblica del 13.09.2023 la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

14. Attenendo all'integrità del contraddittorio tra le parti, il Collegio esamina preliminarmente l'eccezione di inammissibilità dell'intervento *ad opponendum* di Saint-Gobain Pam Italia S.p.a. sollevata dalla parte ricorrente per la rilevata nullità della procura speciale.

L'eccezione di inammissibilità è infondata e va respinta.

14.1. Secondo quanto statuito dalla giurisprudenza civile espressasi in materia, "(...) l'atto nativo digitale notificato deve essere ritualmente sottoscritto con firma digitale, potendo la mancata sottoscrizione determinare la nullità dell'atto stesso, fatta salva la possibilità di ascriverne comunque la paternità certa, in applicazione del principio del raggiungimento dello scopo" (Cassazione civile, sez. III, 11/02/2021, n. 3571).

Il difensore ha attestato l'autenticità della firma autografa rilasciata dalla parte e dal tenore della procura è desumibile che lo stesso abbia identificato il sottoscrittore quale legale rappresentante di Saint-Gobain Pam Italia S.p.A, circostanza che presuppone non solo la verifica della certificazione relativa alla carica ricoperta all'interno della società, ma anche l'accertamento della sua identità fisica.

Tale autenticità, tra l'altro, sembra emergere *ictu oculi* anche dal confronto con la firma riportata nella seconda procura alle liti depositata cautelativamente in data successiva con il secondo atto di intervento. La paternità della firma apposta alla procura alle liti qui censurata risulta quindi comprovata dalla comparazione tra i due mandati difensivi.

L'asserito vizio della procura come eccepito da parte ricorrente, in assenza di una specifica disposizione che vi correli una sanzione espressa in termini di inesistenza o nullità, secondo il Collegio scema nel caso di specie in un'ipotesi di mera irregolarità, in applicazione del principio di tassatività delle nullità previsto dall'art. 156 c.p.c., co. 1, la cui *ratio* è esportabile al processo amministrativo in virtù della clausola generale di rinvio esterno prevista dall'art. 39 c.p.a..

Per costante orientamento anche della giurisprudenza amministrativa, invero, una procura alle liti è nulla quando in essa non sono indicati l'oggetto del ricorso, le parti contendenti né l'autorità davanti alla quale il ricorso è pendente (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 12/05/2022, n. 1107). Il vizio censurato da parte ricorrente non rientra in tale ristretto

perimetro e, pertanto, degrada a vizio di irregolarità tale da non invalidare il primo atto di procura depositato in giudizio dal difensore dell'interveniente Saint-Gobain.

15. Anche ove la predetta eccezione di inammissibilità risultasse fondata, comunque priva di pregio sarebbe in ogni caso la successiva e correlata eccezione di tardività sollevata dalla ricorrente in ordine al secondo atto di intervento *ad opponendum* depositato cautelativamente da Saint-Gobain in data 28.07.2023.

15.1. Per costante giurisprudenza *“Ai sensi dell’art. 50, comma 2, c.p.a., nel processo amministrativo il deposito dell’atto di intervento ex art. 28, comma 2, c.p.a. è ammesso fino a trenta giorni prima dell’udienza, giorni che non possono essere considerati «liberi» ex art. 73 c.p.a., potendo essere qualificati come giorni liberi solo quelli espressamente considerati tali dalla legge”* (ex multis, T.A.R. Piemonte, Torino, sez. I, 08/09/2017, n. 1041).

Tenuto conto della peculiarità e della dimidiazione dei termini processuali del rito in materia di appalti, il nuovo deposito dell’atto di intervento operato da Saint-Gobain cautelativamente in data 28.07.2023 è invero avvenuto entro i termini processuali utili per esplicitare i suoi effetti, risultando d’altra parte inutilizzabile la correlata memoria difensiva depositata dall’interveniente oltre le ore 12:00 dello stesso 28.07.2023.

Secondo quanto disposto dal primo comma dell’art. 73 c.p.a., invero, *“Le parti possono produrre documenti fino a quaranta giorni liberi prima dell’udienza, memorie fino a trenta giorni liberi e presentare repliche, ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista dell’udienza, fino a venti giorni liberi”*. Va infatti rammentato che per costante orientamento pretorio *“Il termine delle ore 24.00 per il deposito degli atti di parte, previsto dell’art. 4, comma 4, primo periodo, disp. att. c.p.a., vale solo per quegli atti processuali che non siano depositati in vista di una camera di consiglio o di un’udienza di cui sia (in quel momento) già fissata o già nota la data; invece, in presenza di una camera di consiglio o di un’udienza già fissata, il deposito effettuato oltre il termine delle ore 12.00 (previsto dal terzo periodo dello stesso comma 4 dell’art. 4 disp. att. c.p.a.) dell’ultimo giorno utile è inammissibile”* (Consiglio di Stato, sez. III, 28/03/2022, n. 2247).

Rilevata la natura perentoria dei termini di cui all’art. 73 c.p.a. *“in quanto espressione di un precetto di ordine pubblico sostanziale posto a presidio del contraddittorio e dell’ordinato lavoro del giudice”*, la loro violazione conduce alla inutilizzabilità processuale delle memorie e dei documenti presentati tardivamente, da considerarsi *tamquam non essent* (ex multis, Consiglio di Stato sez. V, 21/06/2022, n. 5114; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 27/03/2017, n. 526).

16. Definito il perimetro delle parti legittimamente costituite nel presente giudizio, il Collegio esamina l’eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse e difetto di legittimazione sollevata dall’Amministrazione resistente.

L’eccezione è infondata.

16.1. Dal combinato disposto degli artt. 1, 4 e 13 del capitolato speciale di gara emerge che *“la parte dei prodotti originari di paesi terzi, ai sensi del regolamento (UE) n. 952/2013 del Parlamento Europeo deve essere inferiore al cinquanta per cento del valore totale dei prodotti che compongono l’offerta”*. Tale requisito, ad avviso del Collegio, preclude la partecipazione alla gara alle imprese che non ne siano in possesso, le quali devono essere considerate legittimate a impugnare la *lex specialis* di gara anche ove non abbiano presentato valida domanda di partecipazione.

Secondo la giurisprudenza espressasi in materia, invero, devono essere considerate immediatamente escludenti, tra le altre, le clausole che rendano la partecipazione alla gara incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile, o che per ragioni oggettive e non di normale alea contrattuale ne precludano un'utile partecipazione (Adunanza plenaria n. 4 del 2018; Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 1474/2022).

Il Collegio non ignora l'orientamento pretorio secondo cui la presentazione di una domanda di partecipazione alla gara non sembrerebbe imporre all'operatore del settore alcun sproporzionato sacrificio. Secondo tale impostazione, in alcun modo la detta domanda di partecipazione può pregiudicare sul piano processuale l'operatore, poiché *"nelle gare pubbliche l'accettazione delle regole di partecipazione non comporta l'inoppugnabilità di clausole del bando regolanti la procedura che fossero, in ipotesi, ritenute illegittime, in quanto una stazione appaltante non può mai opporre ad una concorrente un'acquiescenza implicita alle clausole del procedimento, che si tradurrebbe in una palese ed inammissibile violazione dei principi fissati dagli artt. 24, comma 1, e 113 comma 1, Cost., ovvero nella esclusione della possibilità di tutela giurisdizionale"* (Consiglio di Stato, Sez. V, 17 marzo 2021 n. 2276; Consiglio di Stato, sez. III, 10 giugno 2016, n. 2507; Id., sez. V, 22 novembre 2017, n. 5438).

Tuttavia, a fronte di prescrizioni di gara che precludono, con certezza, ad un dato operatore di parteciparvi, l'onere della loro immediata impugnazione costituisce per altro verso un rimedio quanto mai efficace per evitare forme di partecipazione alle gare *"esplorative"*, se non addirittura *"opportunistiche"*, ossia con la riserva di impugnarne successivamente gli esiti, laddove sfavorevoli (Cons. Stato, Sez. V, 26 ottobre 2022 n. 9138).

Orbene, nel caso di specie la clausola impugnata è riconducibile a quelle qualificate dalla giurisprudenza come escludenti in quanto, accogliendo la prospettazione della società ricorrente, ne ha impedito la partecipazione *uti singuli*. La circostanza, quindi, che la stessa non abbia presentato la domanda di partecipazione non riveste nessun rilievo ai fini della sussistenza dell'interesse concreto ed attuale al ricorso, atteso che, come visto, in presenza di clausole immediatamente escludenti *"la presentazione della domanda di partecipazione costituirebbe un inutile adempimento formale, privo della benché minima utilità in funzione giustiziale"* (Cons. Stato n. 8014/2019).

Non dirimenti appaiono, ad avviso di questo organo giudicante, le controdeduzioni dell'amministrazione resistente secondo le quali Jindal Saw Italia avrebbe potuto partecipare alla gara *"in forma aggregata"* ovvero in sede di *"subappalto"*. Quanto alla prima eventualità, il Collegio osserva che la considerazione che un'impresa sfornita dei requisiti di partecipazione possa concorrere in forma aggregata, ricorrendo per esempio ad un Raggruppamento Temporaneo di Imprese o all'avvalimento, non soddisfa l'esigenza della più ampia partecipazione possibile, in quanto entrambe le opzioni costituiscono scelte discrezionali di tutte le imprese coinvolte, risultando quindi non sufficiente la volontà dell'impresa che intende partecipare alla gara senza una coincidente volontà degli altri operatori chiamati ad *"aggregarsi"*. Ne consegue, pertanto, che l'astratta possibilità di costituire un RTI o di ricorrere all'avvalimento non esclude che una preclusione alla possibile partecipazione individuale dell'impresa si concreti in un *vulnus* al principio del *favor participationis* e, quindi, in una lesione alla sfera giuridica dell'impresa che non può partecipare individualmente. Per quanto concerne la considerazione di parte resistente

secondo cui la partecipazione non sarebbe stata comunque impedita in sede di subappalto, non può non essere rilevato che tale eventualità fosse esclusa in radice dalla stessa stazione appaltante, tenuto conto del testo dell'articolo 3 del capitolato di gara, secondo cui *“L'affidamento della fornitura non potrà essere subappaltato. La Ditta Aggiudicataria potrà avvalersi delle prestazioni di terzi esclusivamente per le attività di trasporto e scarico”*.

Per tutto quanto sopra esposto, la censura di inammissibilità del ricorso deve pertanto essere respinta.

17. Ai fini dello scrutinio del merito del ricorso, il Collegio esamina preliminarmente la questione pregiudiziale sollevata ai sensi dell'art. 267 TFUE dalla ricorrente, secondo cui l'art. 85 della Direttiva 2014/25/UE, l'art. 120 TFUE, il principio di massima partecipazione alle procedure di evidenza pubblica e, in ultimo, il principio di proporzionalità, osterebbero ad una norma nazionale quale l'art. 137, commi 2 e 3 del d.lgs. 50/2016 nella parte in cui dispone l'onere di motivazione soltanto per il caso di mancato respingimento dell'offerta contenente più del 50% di prodotti originari di Paesi terzi, e non anche per il caso di respingimento dell'offerta con tali caratteristiche.

17.1. Il Collegio ritiene che la prospettata questione difetti del requisito di *“necessità”* richiesto dall'art. 267, para. 2, TFUE al fine di disporre il rinvio pregiudiziale a favore della Corte di Giustizia.

La norma italiana che recepisce l'art. 85 della suddetta Direttiva 2014/25/UE, invero, non si pone in contrasto con la formulazione e la *ratio* della disposizione unionale, la quale non pone in capo alla stazione appaltante l'obbligo di motivare la scelta di escludere un'offerta ove la parte dei prodotti originari di Paesi terzi, ai sensi del regolamento (UE) n. 952/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio, superi il 50 per cento del valore totale dei prodotti che la compongono. **La previsione normativa di cui all'art. 137 del d.lgs. 50/2016, lungi dal porsi in contrasto con il testo letterale del predetto art. 85 della Direttiva 2014/25/UE, ponendo in capo alla stazione appaltante l'obbligo di motivare la scelta del mancato respingimento di un'offerta ove i prodotti originari da Paesi terzi superino il 50%, mostra al contrario di comprenderne e attuarne in pieno la *ratio*.**

Come si legge, e comprende maggiormente, nella Relazione illustrativa del d.lgs. n. 36/2023, il cui art. 170 si sostituisce alla previsione dell'art. 137 del d.lgs. 50/2016 mantenendone invariato il contenuto, l'aggiunta di tale onere motivazionale in caso di mancato respingimento dell'offerta costituisce infatti attuazione del c.d. principio di derivazione comunitaria del c.d. *“comply or explain”* (cfr. Relazione Illustrativa d.lgs. n. 36/2023, pag. 201), cosicché la scelta di non escludere un produttore di un Paese terzo che non soddisfi i requisiti previsti dalla norma, fungendo da eccezione rispetto alla suddetta esclusione, viene accompagnata da una motivazione espressa.

Che la logica *“escludente”* dell'art. 85 della Direttiva 2014/25/UE possa costituire la regola mentre l'opposta ammissione dell'operatore straniero costituisca l'eccezione è, del resto, ulteriormente confermato dal disposto del terzo paragrafo dello stesso articolo 85, ove si legge che, in caso di equivalenza tra due offerte, se una *“può”* essere respinta ai sensi della disposizione in oggetto l'altra *“viene preferita”*.

Da tale analisi emerge, pertanto, che le due opzioni di *“escludere”* o *“ammettere”* un'offerta concernente prodotti originari di Paesi terzi che non soddisfano i requisiti richiesti dalla

norma non sono poste dal legislatore europeo sullo stesso piano; conseguentemente, il testo dell'art. 137 del d.lgs. 50/2016 non costituisce un *“travisamento”* o *“un erroneo recepimento della disposizione eurounitaria”*, come sostenuto dall'odierna ricorrente, ma anzi ne esalta maggiormente la matrice ispiratrice, la quale risulta ancorata alla ferma tutela della concorrenza e della *par condicio* tra gli operatori del mercato.

Tale *ratio*, già inequivocabilmente evincibile dal testo della direttiva unionale, viene del resto confermata anche dalla lettura delle *“Linee guida sulla partecipazione di offerenti e beni di paesi terzi al mercato degli appalti dell'UE”*, pubblicate dalla Commissione Europea nel 2019, ove si legge che *“L'articolo 43 della direttiva 2014/25/UE non concede a tutti gli operatori dei paesi terzi un accesso sicuro al mercato degli appalti dell'UE”* e che, secondo quanto previsto dall'articolo 85 della medesima Direttiva 2014/25/UE, *“I committenti pubblici che operano nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali possono respingere le offerte per contratti di fornitura se la parte dei prodotti originari di un paese terzo supera il 50% del valore totale dei prodotti che compongono l'offerta. Tale regime si applica unicamente ai prodotti originari di paesi terzi non contemplati da un accordo che garantisce un accesso comparabile ed effettivo delle imprese dell'Unione ai mercati di tali paesi terzi”* (cfr. Comunicazione della Commissione C(2019) 5494 final).

Ferma la funzione delle suddette Linee guida, le quali, ponendosi come misure di terzo livello dell'articolato sistema delle fonti europee, svolgono un ruolo di supporto al fine di favorire la convergenza nell'interpretazione e nell'uniforme applicazione della disposizione, il Collegio ritiene che – alla luce di quanto previsto dall'esposto impianto normativo unionale di riferimento – l'evidenza della corretta interpretazione e della conseguente applicazione del diritto dell'Unione da parte del legislatore italiano si presenti in modo talmente chiaro da non lasciare àdito a ragionevoli dubbi, dovendosi ritenere, pertanto, di rigettare l'istanza di rimessione della questione pregiudiziale proposta alla Corte di Giustizia per assenza del requisito della *“necessità”* così come previsto dall'art. 267, para. 2, TFUE.

18. Superate le questioni preliminari sopra trattate, il Collegio esamina le due doglianze di merito, le quali sono da ritenersi infondate.

18.1. Con la prima censura, parte ricorrente asserisce che la *lex specialis* della procedura bandita da Sidra, nella parte in cui prevede l'esclusione *“automatica”* delle offerte contenenti più del 50 % di prodotti extracomunitari, risulterebbe illegittima in quanto priva di motivazione nonché in quanto rappresentazione di un esercizio distorto dei margini di discrezionalità di cui la stazione appaltante gode, in astratto, nella scelta tra offerte di produttori extracomunitari e comunitari. La scelta compiuta dalla stazione appaltante avrebbe conseguentemente eliso del tutto la logica di comparazione tra offerte (ivi incluse quelle contenenti prodotti extracomunitari) di cui all'art. 137, comma 3, d.lgs. 50/2016.

Come sopra evidenziato, la possibilità di escludere dalla gara operatori economici i cui prodotti provengono nella misura superiore al cinquanta per cento da un Paese terzo con il quale non vige un accordo di reciprocità (tale da garantire un accesso comparabile ed effettivo delle imprese dell'Unione Europea al mercato di tale Paese) è espressamente prevista dalla normativa europea di riferimento e viene replicata, in sede di recepimento della Direttiva 2014/25/UE, dal legislatore nazionale nell'art. 137 del d.lgs. 50/2016. L'art. 85

della Direttiva 2014/25/UE facoltizza la stazione appaltante a escludere un'offerta che presenti le seguenti caratteristiche e non pone alcun obbligo motivazionale in capo alla stessa ove questa si determini a esercitare una discrezionalità espressamente riconosciuta per via normativa.

L'art. 137 è volto a garantire condizioni minime di tutela della *par condicio* tra le imprese che partecipano alle gare sul mercato degli appalti comunitari, con specifico riferimento ai casi in cui le forniture abbiano ad oggetto prodotti originari di Paesi terzi. Si tratta pertanto di una *“forma specifica di tutela del generale e fondamentale principio della par condicio, che viene messo a rischio di lesione quando vengono offerti beni prodotti in paesi terzi con costi di produzione molto bassi e regole di mercato ben più competitive.”* Pertanto *“I beni prodotti nei paesi terzi devono presentare caratteristiche tecniche e qualitative in linea rispetto a quelle dei prodotti offerti da tutti i concorrenti alla gara. Inoltre, ai fini della verifica del rispetto delle condizioni di reciprocità, appaiono rilevanti anche i profili attinenti ai processi di produzione e di organizzazione delle imprese coinvolte, poiché questi certamente influiscono sul costo finale dei prodotti e, conseguentemente, sulla dinamica concorrenziale del mercato e sui rapporti tra gli operatori economici. Gli elementi relativi ai processi organizzativi e produttivi, forniscono quindi un utile riscontro circa il rispetto di standard minimi simili tra le imprese produttrici europee e quelle di paesi terzi, che inevitabilmente incidono sulla par condicio tra gli operatori del mercato. Svolte tali verifiche, l'offerta stessa può essere poi analizzata anche sotto il profilo più strettamente economico. A tal fine, la Stazione appaltante può avvalersi di indici e parametri di vario genere, che consentano di mettere in luce, in particolare, eventuali processi anomali nella formazione dei prezzi finali dei prodotti”* (T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 20/07/2020, n. 552; TAR Veneto, sez. I, 2 agosto 2018, n. 844).

Se questa è la *ratio* sottesa alla disciplina di derivazione comunitaria di cui all'art. 137, è di tutta evidenza che non risulti contraria a tale disposizione la condotta di una stazione appaltante che decida di non prevedere la partecipazione alla gara di operatori economici le cui forniture sono prodotte in un Paese con il quale non vige un accordo di reciprocità; essa, infatti, fa propria una facoltà che la norma gli attribuisce in forma *“espressa”* nella fase di valutazione delle offerte, ma che non può ritenersi esclusa, anche per esigenze di economicità procedimentale ed efficienza della procedura, già nel momento di predisposizione e di successiva pubblicazione della *lex specialis* di gara. A rafforzare tale esito interpretativo è anche la lettura delle sopra menzionate *“Linee guida sulla partecipazione di offerenti e beni di paesi terzi al mercato degli appalti dell'UE”* pubblicate dalla Commissione Europea nel 2019, le quali dal combinato disposto dei paragrafi 1 e 2 dell'art. 85 della Direttiva 2014/25/UE espressamente ricavano il principio secondo cui *“Qualora, invece di respingere tale offerta, un committente pubblico permetta la sua partecipazione alla procedura di appalto, esso sarà tenuto a privilegiare le offerte equivalenti contenenti meno del 50% di prodotti originari di paesi terzi”* (cfr. pag. 10 della Comunicazione della Commissione C(2019) 5494 final). Non potrà sfuggire che nel prendere in considerazione la possibilità che il committente pubblico *“permetta la partecipazione alla procedura di gara”* ad un operatore i cui prodotti provengano per più del 50% da un Paese terzo, la Commissione UE dà per presupposta e pacifica anche l'eventualità opposta che tale partecipazione *“non sia permessa”* già in origine.

È di tutta evidenza, allora, che la scelta discrezionale operata da Sidra sia stata operata in modo legittimo e si ponga nel solco di una disciplina che mira a far sì che i prodotti dei Paesi terzi, per poter essere ammessi ad una procedura competitiva, presentino determinate *“caratteristiche tecniche e qualitative in linea rispetto a quelle dei prodotti offerti da tutti i concorrenti alla gara”*.

Non sorprende, quindi, che al fine di assicurarsi una determinata qualità della forniture e contenere i tempi della procedura, Sidra si sia determinata ad avvalersi già in sede di bando di gara di tale facoltà normativa, tenuto conto del particolare valore dell'appalto (€ 11.587.723,60, IVA esclusa) e che lo stesso sia finanziato con le coperture economiche del Fondo Sviluppo e Coesione 2021-2027 in coerenza con quanto previsto dalle Delibere CIPESS n. 1/2022 e n. 35/2022, che ne hanno condizionato il finanziamento alla stipula del contratto non oltre il 31.12.2023.

Va invero rammentato che, come già sostenuto dalla giurisprudenza espressasi in materia, *“la scelta se ammettere o meno l'offerta di prodotti originari di Paesi terzi in misura superiore alla soglia del 50% deve essere orientata alla tutela dell'interesse della stessa stazione appaltante ad approvvigionarsi dei prodotti corrispondenti alle proprie esigenze e alla tutela del corretto funzionamento del mercato dell'Unione, non alla soddisfazione dell'interesse degli operatori economici che hanno deciso di delocalizzare la produzione in Paesi terzi”* (TAR Veneto, Sez. I, 8 febbraio 2021, n. 174).

Non è quindi censurabile una condotta, come quella tenuta dalla stazione appaltante, con la quale quest'ultima si sia *“limitata”* a esercitare la propria discrezionalità amministrativa senza motivarne i presupposti. Come emerge chiaramente dal dato testuale dell'art. 137, comma 2, del d.lgs. 50/2016, invero, la stazione appaltante deve motivare esclusivamente la scelta di ammettere l'offerta che abbia ad oggetto prodotti originari di Paesi terzi in misura superiore al 50%, non la scelta di escluderle. Tali offerte possono essere respinte senza necessità di motivazione (TAR Veneto, Sez. I, 8 febbraio 2021, n. 174; TAR Lombardia, Brescia, Sez. I, 20 luglio 2020, n. 552).

Sul punto si è altresì espressa in modo conforme l'ANAC, la quale con delibera n. 829 del 18 settembre 2019 ha espressamente affermato che *“l'interpretazione sistematica dell'art. 137, d.lgs. 50/2016 (relativa alle offerte contenenti prodotti originari di Paesi terzi con cui l'Unione europea non ha concluso, in un contesto multilaterale o bilaterale, un accordo che garantisca un accesso comparabile ed effettivo delle imprese dell'Unione ai mercati di tali paesi terzi) legittima la stazione appaltante a respingere le offerte di prodotti originari dei predetti Paesi terzi a suo insindacabile giudizio laddove il valore degli stessi superi il 50 per cento del valore totale dei prodotti che compongono l'offerta, dovendo motivare esclusivamente la scelta di ammetterle eventualmente alla procedura trasmettendo all'Autorità la relativa documentazione”*.

Né dalla *ratio* né dal dato testuale dell'art. 137 emergono, tra l'altro, elementi preclusivi della possibilità delle stazioni appaltanti di arretrare tale scelta già al momento della pubblicazione degli atti di gara, come ribadito dalla stessa ANAC, secondo cui *“la stazione appaltante può prevedere nel disciplinare di avvalersi della facoltà di legge, disponendo l'esclusione a suo insindacabile giudizio al verificarsi di un dato meramente quantitativo e cioè quando la parte dei prodotti originari di Paesi terzi superi il 50% del valore totale dei prodotti che compongono l'offerta, laddove in caso di ammissione del concorrente, la stazione appaltante deve invece motivare*

debitamente le ragioni della scelta trasmettendo all'Autorità la relativa documentazione. Pertanto, la scelta compiuta dalla stazione appaltante di riportare la previsione concernente l'esclusione nel disciplinare di gara e nel capitolato speciale d'appalto appare, quindi, conforme alla disciplina dettata dall'art. 137, comma 2, d.lgs. 50/2016 e ai principi generali regolanti la procedura di gara" (ANAC, Delibera n. 696 del 3 luglio 2019).

Orbene, l'aver previsto tale esclusione estromettendo, di fatto già in sede di capitolato (v. sopracitati artt. 1, 4 e 13 del capitolato speciale di gara), un operatore come Jindal Saw Italia – le cui forniture sono prodotte in un Paese, l'India, che non opera in condizioni di reciprocità con i Paesi UE e i cui standard organizzativi e produttivi sono notoriamente diversi da quelli applicati dalle imprese produttrici europee – non costituisce "esercizio distorto" della discrezionalità amministrativa e risulta del tutto conforme al dato normativo nazionale e comunitario, non potendosi ritenere irragionevole che un soggetto pubblico decida di acquistare prodotti che per almeno il 50% siano originari di Paesi dell'Unione. In assenza di un qualsivoglia obbligo motivazionale a supporto dell'esercizio di tale facoltà – il quale non figura né nell'art. 85 della Direttiva 2014/25/UE né nell'art. 137 del d.lgs. 50/2016 – non può quindi ritenersi, come invece asserito dalla ricorrente, che un più generale onere di motivazione possa desumersi dall'art. 12 delle Preleggi o dai principi generali in materia di provvedimento amministrativo.

Il motivo è quindi infondato.

18.2. Non meritevole di pregio è anche la seconda doglianza, con la quale Jindal Saw Italia sostiene che la scelta operata dall'amministrazione resistente in sede di *lex specialis* sarebbe viziata da contraddittorietà esterna e illogicità manifesta, per aver deciso in altre procedure di gara di non applicare tale restrizione.

Una volta evidenziato che la scelta operata dalla stazione appaltante nella procedura di gara *de qua* sia da ritenersi legittima, in quanto espressione di una scelta discrezionale pienamente ammessa dall'art. 137 del d.lgs. 50/2016 e correlata a esigenze di tutela della *par condicio* sostanziale tra gli operatori economici, le quali possono di volta in volta presentarsi o meno, non può ritenersi che l'esercizio di tale potere discrezionale sia avvenuto in modo illogico o contraddittorio solo in ragione di precedenti scelte difformi operate dalla stessa in altre procedure di gara.

Il Collegio condivide, pertanto, la posizione della giurisprudenza espressasi su tale specifico punto, secondo cui "Del tutto irrilevante...è il fatto che in precedenti affidamenti la stazione appaltante abbia deciso di non escludere sin dagli atti di indizione della gara le offerte di prodotti di Paesi terzi" (cfr. T.A.R. Veneto, Sez. I, 8 febbraio 2021, n. 174).

A corroborare, tra l'altro, la logicità della scelta compiuta da Sidra in sede di bando di gara è il fatto che – una volta appurato che le disposizioni di cui ai citati artt. 85 della Direttiva 2014/25/UE e 137 d.lgs. n. 50/2016 siano dettate a tutela degli interessi economici dell'Unione Europea e del corretto funzionamento del mercato degli appalti pubblici – risulti evidente che l'esigenza di escludere un'offerta avente ad oggetto prodotti provenienti da Paesi terzi che non hanno stipulato accordi di reciprocità con l'UE potesse essere tanto più avvertita quanto più elevato fosse il valore della commessa. A nulla può rilevare, quindi, che Sidra si sia determinata ad ammettere alla gara operatori di Paesi terzi in procedure che, per tipologia e valore dell'appalto, non appaiono comparabili con quella di specie.

Deve rammentarsi, tra l'altro, che secondo costante giurisprudenza amministrativa *“la determinazione del contenuto del bando di gara costituisce espressione del potere discrezionale in base al quale l'Amministrazione può effettuare scelte riguardanti gli strumenti e le misure più adeguati, opportuni, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare; le scelte così operate, ampiamente discrezionali, impingono nel merito dell'azione amministrativa e si sottraggono, pertanto, al sindacato del giudice amministrativo, salvo che non siano ictu oculi manifestamente irragionevoli, irrazionali, arbitrarie o sproporzionate”* (ex multis, Consiglio di Stato sez. III, 01/02/2022, n. 707).

Anche tale seconda doglianza è pertanto infondata.

19. Per tutto quanto sopra esposto il ricorso è quindi infondato e viene respinto.

20. In considerazione delle peculiarità della questione di lite, della sua natura giuridica e della sua complessità devono ritenersi sussistenti eccezionali motivi per compensare le spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 13 settembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Aurora Lento, Presidente

Daniele Profili, Referendario

Francesco Fichera, Referendario, Estensore

Consiglio di Stato, sez. V, 17 ottobre 2023, n. 9036 (Pres. Rosanna De Nictolis)

Cumulo alla rinfusa – Artt. 67 e 225 D.Lgs. 36/2023 – Art. 47 co. 2-bis D.Lgs. 50/2016 – Interpretazione autentica – Requisiti idoneativi – Requisiti di qualificazione – Consorzi stabili.

Il problema interpretativo dell'ambito del cumulo alla rinfusa è stato risolto dalla norma di interpretazione autentica di cui all'art. 225, comma 13, del d.lgs. n. 36 del 2023, alla cui stregua «l'art. 47, comma 2-bis, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, si interpreta nel senso che, negli appalti di servizi e forniture, la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati, anche se diversi da quelli designati in gara». Può dunque ritenersi che, anche nel vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, il cumulo alla rinfusa operi in modo generalizzato, e cioè per tutti i requisiti idoneativi, con riguardo ai consorzi stabili. D'altronde, l'ammissibilità del cumulo alla rinfusa per la prova dei requisiti di qualificazione si giustifica proprio in ragione della comune struttura di impresa che caratterizza il consorzio stabile.

(In senso conforme: Consiglio di Stato, n. 8767/2023, n. 8592/2023, n. 6777/2023, n. 6533/2023; TAR Puglia – Bari, n. 691/2023, n. 715/2023; TAR Campania – Napoli, n. 4325/2023, n. 4585/2023, n. 5001/2023, n. 5626/2023; TAR Sicilia – Catania, n. 2358/2023; TAR Toscana – Firenze, n. 512/2023; TAR Lazio – Latina, n. 514/2023; TAR Emilia-Romagna – Parma, n. 227/2023).

N. 09036/2023REG.PROV.COLL.
N. 02259/2023 REG.RIC.

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

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2259 del 2023, proposto da -OMISSIS-- società consortile per azioni, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9340717B81, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Abbamonte e Gianluigi Pellegrino, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Abbamonte in Roma, via degli Avignonesi, 5;

contro

-OMISSIS-., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Fabio Baglivo, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia; Regione Campania, non costituita in giudizio;

-OMISSIS-- -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Loredana Milone, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

Citta' Metropolitana di Napoli, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo Maurizio Marsico e Nicoletta Urciuolo, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sez, III, n. 1152 del 2023, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di -OMISSIS-., dell'-OMISSIS-- -OMISSIS- e della Citta' Metropolitana di Napoli;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2023 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Abbamonte, Pellegrino, Baglivo, Milone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Il consorzio stabile -OMISSIS-società consortile per azioni ha interposto appello nei confronti della sentenza 22 febbraio 2023, n. 1152 del Tribunale amministrativo regionale della Campania, Sez. III, che ha accolto il ricorso principale di -OMISSIS-., con conseguente annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore del -OMISSIS-, e accolto, nei sensi di cui alla motivazione, il ricorso incidentale di -OMISSIS-, con conseguente annullamento dell'ammissione alla gara di -OMISSIS-.

La controversia concerne la procedura di gara bandita da -OMISSIS--OMISSIS-e reti in data 1 agosto 2022 per l'affidamento del servizio di manutenzione integrata della rete stradale di cui al piano triennale di manutenzione delle strade regionali per il periodo 2022-2024; qui viene in rilievo il lotto n. 4, riguardante la Città metropolitana di Napoli.

All'esito della procedura, il -OMISSIS- è risultato primo graduato con un punteggio totale di 96,307, mentre la società -OMISSIS- è risultata seconda (con 90,491 punti). Con determinazione direttoriale n. -OMISSIS- in data 23 settembre 2022 -OMISSIS-ha aggiudicato il lotto n. 4 al -OMISSIS-.

2. - Con il ricorso in primo grado -OMISSIS-. ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione deducendo che il consorzio aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per la carenza di requisiti di capacità tecnico-professionale; in particolare in ragione del fatto che avrebbe designato per l'esecuzione dell'appalto due imprese consorziate (la-OMISSIS-) prive della qualificazione SOA per la categoria OG13 richiesta dall'art. 9 del disciplinare. Il -OMISSIS-, a sua volta, ha proposto ricorso incidentale chiedendo l'esclusione della ricorrente principale per carenza del requisito di regolarità contributiva e fiscale quanto meno ad aprile 2022 (avendo sottoscritto un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182-*bis* della legge fallimentare e accordi

transattivi con l'erario e con l'I.N.P.S.) e del requisito di integrità e affidabilità professionale, avendo omesso di dichiarare nella domanda di partecipazione e nel DGUE di essere stata sottoposta ad amministrazione giudiziaria ai sensi dell'art. 34 del d.lgs. n. 159 del 2011 nel periodo intercorrente tra il 20 maggio 2020 e il 2 dicembre 2021.

3. - La sentenza appellata ha accolto il ricorso principale, annullando l'aggiudicazione in favore del -OMISSIS- nell'assunto che le imprese consorziate designate per l'esecuzione dell'appalto non disponevano della qualificazione SOA per la categoria OG13 e non potevano avvantaggiarsi della corrispondente qualificazione posseduta dal consorzio stesso, essendo escluso il "cumulo alla rinfusa" per il sistema di qualificazione; né era consentito il subappalto qualificante per la categoria scorporabile OG13 (opere di ingegneria naturalistica) in quanto nel DGUE del -OMISSIS- non è stato indicato il nominativo dell'impresa subappaltatrice; le predette imprese consorziate risultano altresì prive del requisito di idoneità professionale previsto dall'art. 9 del disciplinare, consistente nell'iscrizione nel registro delle imprese "per attività attinenti al servizio oggetto della presente procedura" (in particolare, all'attività di monitoraggio della rete stradale e alla trasmissione dei relativi esiti agli enti preposti). Al contempo la sentenza, disattesa l'istanza ostensiva concernente l'offerta tecnica di -OMISSIS-, ha accolto il ricorso incidentale del -OMISSIS- dichiarando illegittima, per difetto di motivazione, l'ammissione della stessa società -OMISSIS-, nella considerazione che avrebbe dovuto evidenziare nel DGUE l'assoggettamento al regime dell'amministrazione giudiziaria, come pure l'intervenuta ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis della legge fallimentare, onde consentire alla stazione appaltante una valutazione in concreto della sussistenza dei prescritti requisiti di integrità e affidabilità professionale.

4. - Con il ricorso in appello il consorzio stabile-OMISSIS- ha criticato la sentenza di prime cure deducendo l'ammissibilità per i consorzi stabili del cumulo alla rinfusa anche delle SOA (con il logico corollario che il consorzio in forma collettiva possedeva tutte le qualificazioni necessarie per partecipare alla gara, compresa la categoria OG13 per un importo di euro 15.494.000,00, di gran lunga superiore a quello richiesto dal disciplinare per la classifica VII), il ricorso al quale comunque, nel caso di specie, non sarebbe stato necessario, avendo il consorzio dichiarato di voler utilizzare il subappalto al 100 per cento per le qualificazioni necessarie alla partecipazione alla gara; nella specie si tratterebbe di subappalto ordinario, possedendo il -OMISSIS- in proprio il requisito; inoltre ha insistito sull'istanza ostensiva concernente l'offerta tecnica di -OMISSIS-.

5. - Si è costituita in resistenza -OMISSIS-. puntualmente controdeducendo e chiedendo la reiezione del ricorso in appello; ha anche riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, cod. proc. amm., i motivi di primo grado assorbiti dalla sentenza, concernenti il mancato possesso, da parte del -OMISSIS-, del requisito di capacità economico-finanziaria dei servizi analoghi nel triennio, ovvero, in subordine, il mancato possesso della composizione minima delle squadre da impiegare nella commessa.

La società -OMISSIS- ha inoltre esperito appello incidentale autonomo avverso le statuizioni di primo grado che hanno accolto i motivi del ricorso incidentale del -OMISSIS- relativi alla omessa dichiarazione, nella domanda di partecipazione della stessa -OMISSIS-, della pregressa sottoposizione all'amministrazione giudiziaria, nella considerazione che detta

condizione, al momento della gara, era già stata revocata dal Tribunale di Reggio Calabria, ed alla avvenuta sottoscrizione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182-bis della legge fallimentare, nell'assunto che non integri il motivo di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016; ha inoltre censurato l'omessa pronuncia sulla domanda di inefficacia del contratto stipulato con il -OMISSIS-.

6. - -OMISSIS-, nei propri scritti difensivi, ha chiesto l'accoglimento dell'appello principale e la reiezione di quello incidentale.

Si è altresì costituita in giudizio la Città metropolitana di Napoli eccependo la propria estraneità al giudizio, essendo ente deputato alla sola esecuzione del contratto.

7. - All'udienza pubblica del 13 luglio 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Con il primo motivo dell'appello principale viene dedotta l'erroneità della statuizione di primo grado che ha ritenuto illegittima l'aggiudicazione del -OMISSIS- in quanto le imprese consorziate esecutrici (-OMISSIS-) sarebbero prive della qualificazione SOA per la categoria OG13, richiesta dall'art. 9 del disciplinare, non potendo peraltro avvantaggiarsi della corrispondente qualificazione posseduta dal -OMISSIS-, e neppure del subappalto ordinario, quale deve intendersi quello dichiarato in assenza dell'indicazione del nominativo dell'impresa subappaltatrice. Deduce l'appellante che nella fattispecie il tema del c.d. "cumulo alla rinfusa" assume rilievo marginale stante la dichiarazione del -OMISSIS- circa il ricorso al subappalto, in coerenza con quanto previsto dal punto 9.4, lett. D), del disciplinare. Si tratta di subappalto "non necessario", in quanto il -OMISSIS- è ampiamente titolato per le lavorazioni oggetto di appalto, comprese quelle riconducibili alla categoria OG13 (e per un importo di gran lunga superiore a quello richiesto per la classifica VII), non ponendosi dunque la necessità di un subappalto qualificante. Pertanto, per l'appellante, il consorzio ha espressamente indicato di voler avvalersi del subappalto nel DGUE e non aveva alcun onere di specificare già in sede di offerta il nominativo del subappaltatore.

Il motivo, incentrato sull'ammissibilità del subappalto, pur strettamente correlato al tema del possesso della qualificazione in capo al consorzio, è in sé fondato.

Infatti il consorzio stabile-OMISSIS-, che possiede in proprio tutte le attestazioni SOA prescritte dal punto 9.4, lett. D), del disciplinare, e dunque anche quella per la categoria OG13, ha deciso di subappaltare integralmente le lavorazioni relative alla categoria scorporabile in questione, in assenza di qualsivoglia limitazione da parte della *lex specialis* e in coerenza con quanto consentito dall'art. 105 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Si tratta di subappalto ordinario e non qualificante, in quanto il consorzio era già in possesso della categoria OG13 e dunque qualificato al riguardo. In ogni caso, la giurisprudenza ha affermato, a partire da Cons. Stato, Ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9, anche con riguardo al subappalto necessario o qualificante, che in sede di offerta non è necessaria l'indicazione nominativa dell'impresa subappaltatrice, neanche qualora il concorrente sia sprovvisto del requisito di qualificazione per alcune categorie scorporabili e abbia manifestato l'intenzione di subappaltare le relative lavorazioni (in termini, ancora, Cons. Stato, V, 15 febbraio 2021, n. 1308; VII, 25 gennaio 2023, n. 808).

2. - Il secondo mezzo contesta poi la statuizione che ha ritenuto non applicabile il c.d. cumulo alla rinfusa, sì che il -OMISSIS- non avrebbe potuto designare le consorziate -OMISSIS-, prive della categoria OG13. Deduce che il -OMISSIS- è qualificato per tutte le categorie e qualificazioni necessarie per partecipare alla gara, inclusa la categoria SOA OG13, e che il consorzio stabile si caratterizza per la possibilità di qualificarsi attraverso i requisiti delle proprie consorziate, sì che per lo stesso è possibile il cumulo alla rinfusa.

Il motivo è fondato.

Giova considerare come la giurisprudenza più recente abbia evidenziato la soluzione di continuità tra la previsione dell'art. 36, comma 7, del d.lgs. n. 163 del 2006 e quella dell'art. 47, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, superando l'orientamento che restringeva la praticabilità del cumulo ai soli aspetti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo (Cons. Stato, V, 22 agosto 2022, n. 7360). Ciò è coerente con le caratteristiche proprie del consorzio stabile, disciplinato dall'art. 45, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, in cui prevale l'elemento c.d. teleologico, costituito dalla sua astratta idoneità come autonoma struttura di impresa, capace di eseguire, anche in proprio, e cioè senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le prestazioni previste nel contratto, ferma restando la facoltà per il consorzio di eseguire le prestazioni, nei limiti consentiti, attraverso le consorziate (Cons. Stato, Ad. plen., 18 marzo 2021, n. 5; III, 26 aprile 2021, n. 3358; V, 28 marzo 2023, n. 3148).

Peraltro il problema interpretativo dell'ambito del cumulo alla rinfusa è stato risolto dalla norma di interpretazione autentica di cui all'art. 225, comma 13, del d.lgs. n. 36 del 2023, alla cui stregua «l'art. 47, comma 2-bis, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, si interpreta nel senso che, negli appalti di servizi e forniture, la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati, anche se diversi da quelli designati in gara». Può dunque ritenersi che, anche nel vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, il cumulo alla rinfusa operi in modo generalizzato, e cioè per tutti i requisiti idoneativi, con riguardo ai consorzi stabili. D'altronde, l'ammissibilità del cumulo alla rinfusa per la prova dei requisiti di qualificazione si giustifica proprio in ragione della comune struttura di impresa che caratterizza il consorzio stabile; ed è incontestato che nel caso di specie il -OMISSIS- sia qualificato per tutte le categorie e classifiche richieste dal bando, inclusa la categoria SOA OG13.

3. - Con il terzo motivo il -OMISSIS- censura la statuizione di primo grado che ha recepito l'assunto di parte ricorrente secondo cui le imprese consorziate sarebbero prive del requisito di idoneità professionale previsto dall'art. 9.3, lett. A), del disciplinare e consistente nell'iscrizione nel registro delle imprese presso la competente Camera di commercio per "attività attinenti al servizio oggetto dell'appalto", includenti il "monitoraggio della rete stradale e trasmissione dei relativi esiti agli enti preposti", Deduce l'appellante che oltre ad avere il consorzio una qualificazione assorbente, le due società consorziate esecutrici (-OMISSIS-) sono pienamente titolate per l'esecuzione delle lavorazioni in parte loro affidate; entrambe sono iscritte nel registro delle imprese della Camera di commercio di Caserta con oggetti sociali comprendenti lavori di esecuzione stradale e anche di bonifica rifiuti dalle

strade, e dunque attività compatibili con l'oggetto dell'appalto. Inoltre le due società (-OMISSIS-) hanno espletato tale servizio proprio per la Città metropolitana per l'ultimo triennio 2019/2022 come consorziate esecutrici del -OMISSIS-, aggiudicatario della precedente gara espletata dall'-OMISSIS- (triennio 2019/2022), esattamente identica alla gara per cui è controversia. In tale modo la-OMISSIS- hanno maturato un requisito di idoneità professionale nell'attività di manutenzione/sorveglianza, in quanto attività effettivamente svolta per la precedente commessa -OMISSIS-. Ad ogni modo, l'eventuale carenza di un requisito di partecipazione alla gara da parte di una consorziata designata avrebbe dovuto indurre la stazione appaltante a consentire al -OMISSIS- la sostituzione della designata e/o l'esecuzione in via diretta delle relative lavorazioni.

Anche tale motivo è fondato.

Invero, oggetto dell'appalto non è soltanto il monitoraggio della rete stradale, ma quello, ben più complesso, inferibile dall'art. 3 del capitolato tecnico prestazionale, che include altresì la pulizia della carreggiata stradale, la manutenzione della segnaletica verticale, il decespugliamento di scarpate stradali, la manutenzione della pavimentazione, tutte attività che presuppongono o comunque comportano il monitoraggio della rete stradale.

La giurisprudenza ha chiarito che, seppure l'iscrizione camerale è assurta a requisito di idoneità professionale (art. 83, comma 1, lett. a, del d.lgs. n. 50 del 2016), tuttavia la prescritta coerenza tra attività indicate nell'iscrizione alla Camera di commercio e l'oggetto dell'appalto deve essere valutata complessivamente e non può essere richiesta la perfetta coincidenza tra le prime e il secondo (in termini Cons. Stato, V, 16 gennaio 2023, n. 529; V, 7 giugno 2023, n. 5620).

Nella specie, guardando all'oggetto dell'appalto, deve ritenersi che sussista una sostanziale coerenza delle attività indicate nell'iscrizione camerale delle due società consorziate, le quali senza dubbio operano nel settore economico dell'appalto. La loro idoneità professionale (ma soprattutto di esperienza) va, del resto, ulteriormente apprezzata considerando che, nel precedente triennio 2019/2022, le stesse società hanno svolto il ruolo di consorziate esecutrici del -OMISSIS- nel medesimo appalto.

4. - Con il quarto motivo dell'appello principale viene poi criticata la statuizione di reiezione dell'istanza di ostensione documentale (riguardante la relazione illustrativa dell'offerta tecnica in versione integrale, cioè senza dati oscurati, di -OMISSIS-), già parzialmente denegata in sede amministrativa, nella considerazione che non sarebbe dimostrata la stretta indispensabilità dell'utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio, invece presupposto dell'accesso difensivo.

Il motivo, anche a prescindere dall'interesse in relazione all'esito del giudizio di appello, è infondato, non emergendo, in effetti, con sufficiente grado di evidenza, il collegamento tra il documento di cui si chiede l'ostensione integrale (in aggiunta a quella già esibita con nota del 14 ottobre 2022) e le esigenze difensive. Come noto, la legittimazione a richiedere l'accesso ai documenti presuppone che l'istante abbia un interesse diretto, concreto e attuale (art. 22, comma 1, lett. b, della legge n. 241 del 1990); più precisamente, l'accesso difensivo di cui all'art. 24, comma 7, della predetta legge estende l'ambito della legittimazione all'esercizio di tale diritto, stabilendo che debba comunque essere garantito laddove si riferisca a documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o difendere

i propri interessi giuridici, profilo, quest'ultimo, che nel caso di specie non è stato dimostrato.

5. - Il quinto motivo del -OMISSIS- si indirizza nei confronti delle statuizioni di primo grado di accoglimento del suo ricorso incidentale avverso l'ammissione alla procedura di gara della -OMISSIS-. per avere omesso di dichiarare di essere stata sottoposta al regime dell'amministrazione giudiziaria *ex art.* 34 del d.lgs. n. 159 del 2011 e di avere stipulato un accordo transattivo con l'Erario e con l'INPS per debiti pregressi. Lamenta l'appellante che la sentenza, pur accogliendo le censure incidentali, abbia inquadrato le stesse nell'ambito dell'omessa informazione, piuttosto che della falsa informazione, sì da escludere la ravvisabilità di ipotesi di automatica espulsione, ma piuttosto di mancata valutazione in concreto delle predette vicende da parte della stazione appaltante e, in definitiva, di un'illegittima ammissione alla gara per carenza di motivazione. Deduce, in particolare, il -OMISSIS- che l'omessa indicazione dell'assoggettamento di -OMISSIS- all'amministrazione giudiziaria in forza della sentenza 20 maggio 2020, n. 1 del Tribunale di Reggio Calabria evidenzia la falsità della dichiarazione resa dalla stessa società -OMISSIS- e ne comportava l'automatica esclusione.

Il motivo è infondato.

La mancata dichiarazione della sottoposizione al controllo giudiziario, in ragione delle sue intrinseche caratteristiche di regime giuridico (di elisione dell'effetto escludente delle misure interdittive), integra un'omissione o reticenza informativa ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. *c-bis*), del d.lgs. n. 50 del 2016, atteso che l'elemento non comunicato assume astratto rilievo ai fini ammissivi, dovendosi invece escludere, anche alla stregua dell'insegnamento risalente alla sentenza del Cons. Stato, Ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16, che costituisca una falsità dichiarativa ai sensi della lett. *f-bis*) dello stesso art. 80, comma 5, che riguarda altre (invero residuali) ipotesi, relative a falsità non incidenti sui profili ammissivi, di selezione delle offerte e aggiudicazione (esattamente in termini Cons. Stato, V, 11 gennaio 2021, n. 387).

6. - Con il sesto mezzo del gravame principale si deduce poi che, quanto meno ad aprile 2022, l'-OMISSIS- non era in regola con il pagamento delle imposte e dei contributi previdenziali, essendo addivenuta ad un accordo di ristrutturazione del debito ai sensi dell'art. 182-*bis* della legge fallimentare, sì che, già solo per questo, doveva essere esclusa dalla gara a mente dell'art. 80, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Il motivo è infondato.

Invero l'accordo di ristrutturazione del debito non rientra tra le ipotesi di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. *b*), del d.lgs. n. 50 del 2016, essendo le fattispecie escludenti di stretta interpretazione, non suscettibili di estensione analogica (così Cons. Stato, IV, 31 ottobre 2022, n. 9415). Al contempo, peraltro, il ricorso all'accordo di ristrutturazione non enuclea di per sé un'ipotesi di violazione grave, definitivamente accertata, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali. Piuttosto, la sentenza afferma che *«la circostanza (pacifica) della sottoscrizione nell'aprile 2022, da parte della -OMISSIS-, di accordi transattivi con l'erario e con l'INPS ai sensi dell'art. 183-ter della legge fallimentare (oltre che dell'accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis della stessa legge), se può costituire indice di una irregolarità fiscale e contributiva esistente in quel periodo, non implica*

necessariamente che tale irregolarità sia perdurata fino al termine di scadenza di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, fissato al successivo 4 settembre 2022. Anzi, è altamente probabile che, proprio in virtù della sottoscrizione di tali accordi transattivi, la situazione di irregolarità in parola sia stata successivamente sanata dalla -OMISSIS- in vista della partecipazione alla gara, come, d'altronde, implicitamente si deduce dalle attestazioni fiscali e contributive depositate dalla stessa -OMISSIS- in corso di giudizio». Va aggiunto che tale specifico profilo decisorio non è stato neppure specificamente censurato, e dunque, almeno parzialmente, il motivo appare anche inammissibile.

7. - Le considerazioni ora esposte inducono a disattendere, nella sua assolutezza, ovvero ad accogliere parzialmente il settimo mezzo di gravame con cui si deduce l'illegittimità degli inadempimenti dichiarativi analoghi a quelli in questa sede censurati (regime di amministrazione giudiziaria e accordo di ristrutturazione del debito), proprio nella prospettiva, precedentemente esposta, della non necessaria dichiarazione in ordine all'avvenuto perfezionamento dell'accordo di ristrutturazione del debito.

8. - Alla stregua di quanto precede, l'appello principale deve essere accolto, nei termini di cui alla motivazione che precede.

9. - Vanno ora esaminati i motivi svolti in primo grado dalla società -OMISSIS-, assorbiti dalla sentenza e riproposti dalla stessa società all'atto di costituzione nel giudizio di appello, ai sensi dell'art. 101, comma 2, cod. proc. amm.

-OMISSIS- ha anzitutto dedotto che il consorzio aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso per la mancanza del requisito di capacità economico-finanziaria di cui all'art. 9.4, lett. B), del disciplinare, costituito dall'aver eseguito, o in corso di esecuzione, complessivamente negli ultimi tre esercizi finanziari, antecedenti la data di pubblicazione del bando, regolarmente e con buon esito, servizi analoghi a quelli oggetto del lotto di gara cui si intende partecipare, per un importo non inferiore all'80 per cento del valore del singolo lotto. Deduce -OMISSIS- che il -OMISSIS-, a dimostrazione del possesso di tale requisito, abbia inserito impropriamente anche gli importi maturati per l'avvenuto espletamento di attività non riconducibili ai servizi necessari per la qualificazione, consistenti in attività di monitoraggio, sorveglianza e pulizia delle strade (in particolare, i servizi di decespugliamento di scarpate stradali e di sfalcio).

Il motivo è infondato per le ragioni già esposte al precedente punto *sub* 3, nel quale si fa anche specifico riferimento all'oggetto del presente appalto, quale desumibile dall'art. 3 del capitolato tecnico, prevedente anche le attività di decespugliamento di scarpate stradali e fluviali a supporto dell'attività di pulizia, che rappresenta dunque inequivocabilmente un "servizio analogo". In ogni caso, il -OMISSIS-, già aggiudicatario della precedente gara indetta da -OMISSIS- per i lotti relativi alla Provincia di Caserta e alla Città Metropolitana di Napoli, in ragione dei servizi resi, ha maturato il requisito di capacità economico-finanziaria prescritto dalla *lex specialis* di gara.

10. - Il secondo motivo riproposto, in via subordinata, deduce che il -OMISSIS- avrebbe dovuto essere escluso anche in ragione del mancato rispetto della composizione minima delle squadre da impiegare nella commessa inderogabilmente prescritta (artt. 3.5 e 3.7 del disciplinare), in particolare in considerazione del fatto che l'indicazione di sorveglianti aggiuntivi è stata effettuata mediante trasposizione di un numero di risorse già facenti parte

delle squadre dal ruolo di operatori al ruolo di sorveglianti, in tale guisa consentendo l'enucleazione di un costo del lavoro (pari ad euro 5.778.789,59) inferiore a quello indicato da -OMISSIS-, pur in presenza di un'offerta tecnica recante il doppio delle risorse aggiuntive.

Il motivo non appare fondato, in quanto dalle allegazioni difensive del -OMISSIS- si evince che lo stesso non ha modificato la composizione della squadra tipo, nel rispetto della clausola sociale prevista dal progetto, ma ha offerto di incrementare il personale destinato alla sorveglianza, formando ed inquadrando uno dei sei operai addetti alla manutenzione stradale per destinarlo a "sorvegliante aggiunto".

11. - Il terzo motivo riproposto in via ulteriormente gradata deduce che il -OMISSIS- avrebbe dovuto essere escluso anche in relazione all'offerta tecnica concernente gli automezzi e i veicoli opzionati per l'esecuzione del servizio, in quanto risulterebbe che siano state indicate le medesime targhe (*id est*, gli stessi autoveicoli) per i lotti 2 e 4, in violazione delle prescrizioni dell'art. 4.2.1 del capitolato tecnico e prestazionale; tale circostanza sarebbe tanto più rilevante essendo -OMISSIS- risultato aggiudicatario di entrambi i lotti.

Anche tale motivo è infondato, in quanto per l'espletamento del servizio nei lotti 2 e 4 erano richiesti 146 autoveicoli quale dotazione minima necessaria; il -OMISSIS- ha indicato la disponibilità di 128 autoveicoli, più ulteriori 66 autoveicoli acquisiti con noleggio a lungo termine, per un totale di 194 autoveicoli. La disponibilità dei mezzi va, del resto, valutata al momento dell'instaurazione del servizio e cioè dell'esecuzione contrattuale, e dunque come requisito di esecuzione contrattuale.

La società -OMISSIS-, nella memoria del 27 giugno 2023, al fine di contestare tale dotazione di autoveicoli del consorzio, chiede che sia acquisito l'elenco degli automezzi prodotto da -OMISSIS- nel lotto n. 3, ma tale istanza istruttoria deve essere disattesa in quanto inconferente, atteso che la società -OMISSIS- non ha partecipato al lotto n. 3 (Provincia di Caserta).

12. - Procedendo ora alla disamina dell'appello incidentale della -OMISSIS-, il primo motivo critica la statuizione di primo grado che ha ritenuto sussistente una omissione dichiarativa con riferimento alla pregressa sottoposizione di -OMISSIS- al regime dell'amministrazione giudiziaria ai sensi dell'art. 34 del d.lgs. n. 159 del 2021. Deduce a questo riguardo -OMISSIS- che non era configurabile alcun obbligo dichiarativo in quanto il procedimento di amministrazione giudiziaria era stato revocato (con provvedimento del Tribunale di Reggio Calabria) prima della gara e superato da un provvedimento che aveva accertato la piena integrità dell'operatore economico e l'assenza di qualsivoglia rischio di condizionamento illecito.

Il motivo è infondato.

A norma dell'art. 34-bis, comma 7, del d.lgs. n. 159 del 2011 il provvedimento che dispone l'amministrazione giudiziaria prevista dall'art. 34 o il controllo giudiziario sospende gli effetti di cui all'art. 94 dello stesso codice delle leggi antimafia, e cioè gli effetti inibitori alla stipulazione di contratti pubblici correlati alle misure di cui alle informazioni prefettizie. Da tale circostanza non può peraltro desumersi la conseguenza che il relativo elemento informativo sia in radice non dovuto in sede di gara, atteso che la rilevanza dei provvedimenti di interdittiva, nonché dei fatti ad essi sottesi non consentono di ritenere

omettibile la comunicazione delle relative informazioni nel DGUE, potenzialmente utili ai fini di una più circostanziata valutazione di affidabilità concreta dell'operatore da parte dell'amministrazione (così Cons. Stato, V, 11 gennaio 2021, n. 387). Né i termini della questione sono destinati a mutare nel contesto in cui l'amministrazione giudiziaria era stata revocata prima della gara, atteso che l'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche suscettibili di condizionamento mafioso non rileva di per sé nella prospettiva della valutazione dell'affidabilità del contraente (consistendo, appunto, nella sottrazione del controllo dell'impresa a coloro che sono risultati contigui ad organizzazioni mafiose), ma in relazione alla situazione antecedente che ha indotto all'adozione della misura stessa, caratterizzata dalla sussistenza dell'interdittiva antimafia. Tale è la ragione, ad avviso del Collegio, per cui l'omissione della dichiarazione in questione comporta un'omissione o reticenza informativa ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. *c-bis*), del d.lgs. n. 50 del 2016; secondo l'insegnamento di Cons. Stato, Ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16, la valutazione della rilevanza di tale omissione spetta alla stazione appaltante, come ha ritenuto il primo giudice.

13. - Seppure tale profilo sia dirimente ai fini del decidere (comportando la conferma della decisione di primo grado di accoglimento del ricorso incidentale), per completezza di trattazione si esamina anche il secondo motivo dell'appello incidentale che critica la statuizione appellata laddove ha rilevato che -OMISSIS- avrebbe dovuto dichiarare anche l'intervenuta sottoscrizione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti a norma dell'art. 182-*bis* della legge fallimentare, trattandosi di elemento rilevante per una valutazione di affidabilità professionale e di solidità patrimoniale. Osserva l'appellante incidentale che l'accordo di ristrutturazione non può costituire una notizia rilevante soggetta ad obbligo dichiarativo, proprio perché non rientrante tra le ipotesi di esclusione previste dall'art. 80, comma 5, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016.

Il motivo è fondato.

La giurisprudenza prevalente ha condivisibilmente affermato che l'accordo di ristrutturazione non rientra tra le ipotesi di esclusione previste dall'art. 80, comma 5, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016, poiché le fattispecie escludenti costituiscono un *numerus clausus*, di stretta interpretazione e non suscettibile di estensione analogica (Cons. Stato, IV, 31 ottobre 2022, n. 9415). Ne consegue che la società -OMISSIS- non era onerata, per prendere parte al procedimento di gara, di alcuna forma di dichiarazione circa l'avvenuto perfezionamento dell'accordo di ristrutturazione del debito.

14. - La reiezione, nel suo complesso, dell'appello incidentale impone di disattendere anche il terzo motivo dello stesso, che contesta l'omessa pronuncia sulla domanda di declaratoria di inefficacia del contratto stipulato tra l'aggiudicatario -OMISSIS- e la Città metropolitana di Napoli.

Infatti la pronuncia di inefficacia del contratto presuppone l'accoglimento del ricorso.

Ne consegue che il motivo deve essere respinto, seppure con motivazione diversa da quella di primo grado, risultando agli atti che il contratto sia stato stipulato in data 15 dicembre 2022, a fronte di una consegna anticipata del servizio, risalente al 3 ottobre 2022.

15. - Alla stregua di quanto esposto, l'appello principale va accolto, mentre va respinto l'appello incidentale; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va respinto il ricorso principale di primo grado.

Sussistono, in ragione della complessità della controversia, le ragioni prescritte dalla legge per la compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, accoglie l'appello principale e respinge l'appello incidentale; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso principale di primo grado.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la società appellata/appellante incidentale.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere