**SENTENZE OGGI PA**

Pubblicato il 27/05/2019
**N. 01195/2019 REG.PROV.COLL.**
**N. 02964/2017 REG.RIC.**

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

sul ricorso numero di registro generale 2964 del 2017, proposto da
OMISSIS S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall’avv. OMISSIS;
***contro***
OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall’avv. OMISSIS;
***nei confronti***
OMISSIS, non costituita in giudizio;
OMISSIS, non costituita in giudizio;
Azienda Socio Sanitaria Territoriale - OMISSIS, non costituita in giudizio;
Azienda Socio Sanitaria Territoriale - OMISSIS, non costituita in giudizio;
Azienda Socio Sanitaria Territoriale - OMISSIS, non costituita in giudizio;
Azienda Socio Sanitaria Territoriale - OMISSIS, non costituita in giudizio;
Azienda Socio Sanitaria Territoriale - ASST Melegnano e della Martesana, non costituita in giudizio;
Azienda Socio Sanitaria Territoriale - OMISSIS, non costituita in giudizio;
Fondazione OMISSIS, non costituita in giudizio;
OMISSIS, non costituita in giudizio;
OMISSIS, non costituita in giudizio;
OMISSIS, non costituita in giudizio;
***per l’annullamento, previa sospensione cautelare:***
degli atti e dei provvedimenti relativi alla procedura aperta indetta dall’ASST Rhodense per la sottoscrizione di contratti di accordo quadro con pluralità di operatori ai sensi dell’articolo 54, comma 4, lett. a), D.Lgs. n. 50/2016, della durata di 36 mesi, aventi ad oggetto la fornitura in noleggio di apparecchiature e dispositivi medici e servizi connessi per la ventilazione meccanica domiciliare destinati agli assistiti residenti nel territorio dell’Azienda Sanitaria, articolata in 9 lotti ed, in specie:
a) del bando di gara pubblicato in GURI 5^ Serie Speciale – Contratti Pubblici n. 137 il 27.11.2017;
b) del disciplinare di gara e del capitolato speciale, con i relativi allegati;
c) quale atto presupposto, della deliberazione D.G. n. 746/2017/DG del 16.11.2017 di indizione della gara, con relativi allegati;
d) del provvedimento dell’ASST del 18.12.2017 Prot. n. 71849 (Titolario: 01.6.03 Fascicolo: 269/2017) avente ad oggetto “Procedura aperta per la sottoscrizione di contratti di Accordo Quadro con pluralità di operatori economici aventi ad oggetto la fornitura in noleggio di apparecchiature e dispositivi medici e servizi connessi per la ventilazione meccanica domiciliare. Comunicazione di riscontro ai rilievi ed istanze pervenute”;
e) di ogni altro atto e/o comportamento preordinato, consequenziale e connesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visto l’atto di costituzione in giudizio di Azienda Socio Sanitaria Territoriale ASST Rhodense;
Visti tutti gli atti e i documenti della causa;
Relatore nell’udienza pubblica del giorno 18 aprile 2019 la dott.ssa Alessandra Tagliasacchi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

**FATTO**

1. La OMISSIS ha bandito la procedura di gara per la stipula di accordi quadro con pluralità di operatori, ai sensi dell’articolo 54, comma 4, lettera a), D.Lgs. n. 50/2016, della durata di 36 mesi, aventi ad oggetto l’appalto, articolato in nove lotti, di fornitura in noleggio di apparecchiature e dispositivi medici e di servizi connessi per la ventilazione meccanica domiciliare, destinati agli assistiti residenti nel territorio della Azienda sanitaria medesima.
2. Con il ricorso introduttivo del presente giudizio la società OMISSIS S.r.l., quale operatore economico del settore, ha impugnato gli atti in epigrafe indicati, contenenti la legge di gara, chiedendone l’annullamento previa sospensione cautelare dell’efficacia. Tali atti sono reputati illegittimi dalla ricorrente nella parte in cui:
(i) fissano quale criterio di aggiudicazione dell’appalto quello del prezzo più basso;
(ii) non predeterminano specifici requisiti di capacità economica finanziaria e di capacità tecnico professionale ai fini della partecipazione alla gara;
(iii) prevedono una impegnativa clausola di cd. adesione.
3.1. Si è costituita in giudizio la ASST, dapprima con atto di mera forma e successivamente con memoria difensiva, opponendosi in rito e nel merito alle domande avversarie e concludendo per la reiezione del ricorso.
3.2. In rito, l’Amministrazione ha eccepito l’inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, non essendo le clausole contestate impeditive della partecipazione alla gara.
3.3. Nel merito, lAzienda sanitaria ha puntualmente controdedotto a ciascuna delle doglianze prospettate dalla ricorrente.
4. Le parti hanno insistito sulle rispettive tesi nei successivi scritti difensivi.
5. La domanda cautelare è stata rigettata da questo Tribunale, per difetto del requisito normativo del periculum in mora, avendo la ricorrente presentato offerto nella gara in discussione.
6. Alla pubblica udienza del 18 aprile 2019, il Tribunale, ritenuto che non sussistessero ragioni per disporre differimento richiesto dalla ricorrente, anche in considerazione della ratio acceleratoria che permea il rito degli appalti e della opposizione al rinvio manifestata dalla Amministrazione resistente, ha trattenuto la causa in decisione.

**DIRITTO**

1. Viene sottoposta al vaglio di legittimità di questo Tribunale amministrativo regionale la disciplina regolatrice della gara bandita dalla ASST Rhodense per la stipula di accordi quadro con una pluralità di operatori, ai sensi dell’articolo 54, comma 4, lettera a), D.Lgs. n. 50/2016, della durata di 36 mesi, aventi ad oggetto la fornitura in noleggio di apparecchiature e dispositivi medici e servizi connessi per la ventilazione meccanica domiciliare destinati agli assistiti residenti nel territorio dell’Azienda sanitaria medesima.
2.1. La società OMISSIS S.r.l., che è operatore economico del settore, ritiene che gli atti contenenti tale legge di gara siano illegittimi per un triplice ordine di ragioni, e ne chiede, conseguentemente l’annullamento.
2.2. Con il primo motivo di ricorso parte ricorrente deduce i vizi di “Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 41, 97 e 98 Costituzione; violazione e falsa applicazione del d.lgs. 50/2016, con particolare riferimento agli artt. 30, 68, 95 e 54. Violazione del principio della par condicio dei concorrenti nonché dei principi di buon andamento, imparzialità e trasparenza dell’azione amministrativa. Difetto istruttorio. Difetto assoluto di motivazione. Ingiustizia manifesta. Illogicità irragionevolezza”.
Ritiene la deducente che la fornitura per cui è causa non sia tra quelle aggiudicabili con il criterio del prezzo più basso, non rientrando tra i contratti di cui al comma 4 dell’articolo 95 del D.Lgs. n. 50/2016. Non si tratterebbe, cioè, di fornitura “con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato”, avendo a oggetto strumenti di alta complessità tecnica, funzionali al trattamento terapeutico personalizzato di patologie molto diverse tra loro.
Lamenta, inoltre, che la stazione appaltante non abbia motivato la propria scelta di utilizzare quello che nel disegno legislativo è chiaramente un criterio residuale, a fronte dell’indiscutibile favor legis per il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.
2.3. Con il secondo motivo di ricorso parte ricorrente deduce i vizi di “Violazione e falsa applicazione del d.lgs. 50/2016, con particolare riferimento agli artt. 30, 54 e 83. Violazione dei principi di buon andamento, imparzialità e trasparenza dell’azione amministrativa. Difetto istruttorio. Difetto assoluto di motivazione. Ingiustizia manifesta. Illogicità ed irragionevolezza”.
Si duole la deducente del fatto che non sia stato previsto alcun requisito di capacità economico-finanziaria o tecnico-professionale ai fini della partecipazione, osservando come l’apertura al mercato e alla concorrenza non possa mai spingersi sino al punto di compromettere o comunque porre seriamente in pericolo la regolare esecuzione del contratto.
2.4. Con il terzo motivo di ricorso parte ricorrente deduce i vizi di “Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 41, 97 e 98 Costituzione; violazione e falsa applicazione del d.lgs. 50/2016, con particolare riferimento agli artt. 30, 37, 54 e 59. Violazione del principio della par condicio dei concorrenti nonché dei principi di buon andamento, imparzialità e trasparenza dell’azione amministrativa. Difetto istruttorio. Difetto assoluto di motivazione. Ingiustizia manifesta. Travisamento, illogicità irragionevolezza”.
Contesta la deducente la clausola di estensione del contratto alle Aziende appartenenti al “Consorzio per gli Acquisti Enti Sanitari Pubblici Milano” che vorranno aggiungersi nel termine di 30 mesi fino a un massimo di prestazioni pari al 300%, perché violerebbe la regola dell’evidenza pubblica e renderebbe indeterminabile l’offerta. Inoltre, sempre secondo OMISSIS S.r.l., l’estensione sino al 300% del valore complessivo aggiudicato per ciascun lotto sarebbe manifestamente sproporzionato oltre che irragionevole.
3.1. Preliminarmente, il Collegio deve farsi carico dell’eccezione di inammissibilità sollevata dalla difesa della ASST, per essere stata impugnata la legge di gara prima dell’espletamento della gara stessa, e non unitamente all’aggiudicazione del contratto.
L’eccezione è fondata e merita accoglimento.
3.2. In un sistema a giurisdizione soggettiva, quale è quello scelto dall’ordinamento, il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi non è finalizzato alla soddisfazione dell’astratto interesse generale alla legalità dell’azione amministrativa, bensì alla tutela dell’interesse concreto e attuale di colui che esercita l’azione caducatoria (cfr., T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sentenza n. 307/2018).
L’interesse a ricorrere, quale specifica utilità che il ricorrente può trarre dalla pronuncia favorevole dell’Autorità giudiziaria in relazione alla propria posizione soggettiva, che ritiene lesa dal provvedimento amministrativo impugnato (cfr., T.A.R. Puglia – Bari, Sez. II, sentenza n. 1316/2018), costituisce, quindi, una condizione dell’azione, che – come tale - deve sussistere al momento della proposizione del ricorso e perdurare per tutta la sua durata (cfr., T.A.R. Lazio – Roma, Sez. III, sentenza n. 1713/2019)
Di regola, l’interesse a ricorrere sorge con la conclusione del procedimento amministrativo, perché è solamente con l’adozione del provvedimento finale che la lesione alla posizione giuridica soggettiva del ricorrente diviene attuale. Nelle procedure ad evidenza pubblica, quale quella oggetto del presente giudizio, di regola la lesione è collegata alla aggiudicazione del contratto.
Nel tempo la giurisprudenza ha enucleato una serie di eccezione alla suvvista regola, ribadite di recente dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 4/2018. In particolare, per quanto qui di interesse, il bando e in genere gli atti contenenti la legge di gara devono essere impugnati immediatamente, anziché unitamente al provvedimento conclusivo del procedimento (i.e. l’aggiudicazione), qualora contengano clausole in qualche modo preclusive della partecipazione alla procedura concorrenziale. Tali sono le clausole che pongono requisiti di partecipazione di cui il potenziale concorrente non è in possesso o che fissano oneri che rendono difficile se non impossibile la formulazione di un’offerta o ancora che impediscono di presentare un’offerta remunerativa (cfr., C.d.S., Sez. III, sentenza n. 1331/2019).
3.3. Orbene, nessuna delle clausole contestate dalla ricorrente rientra nelle suvviste categorie, nessuna cioè è preclusiva della partecipazione alla gara (come del resto, dimostra il fatto che essa pure abbia presentato offerta e – a quanto consta – non sia stata esclusa).
In particolare, tale non è la clausola che fissa il criterio di aggiudicazione della convenzione, impugnata con il primo motivo di ricorso, come già questa Sezione ha avuto modo di affermare (cfr., sentenza n. 1430/2018).
Tale non è nemmeno l’omessa previsione di requisiti soggettivi di qualificazione ai fini della partecipazione, stigmatizzata dal secondo motivo di ricorso, che all’evidenza non crea alcuna barriera alla presentazione di un’offerta. Tanto è vero che la ricorrente si duole proprio del fatto che in astratto chiunque potrebbe concorrere.
Tale non è infine la cd. clausola di adesione, contestata con il terzo motivo di ricorso, posto che la stazione appaltante la ha concepita come facoltativa, ben potendo il concorrente non assoggettarsi a essa (v. art. 19 Capitolato speciale).
4.1. In conclusione, il ricorso autonomo del bando e degli atti contenenti la legge di gara, proposto da OMISSIS S.r.l., va dichiarato inammissibile, ai sensi dell’articolo 35, comma 1, lettera b), Cod. proc. amm., per carenza di interesse.
4.2. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.
Condanna OMISSIS S.r.l. a rifondere a ASST Rhodense le spese di giudizio, che liquida in complessivi €uro 7.000,00, oltre ad accessori di legge se dovuti.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’Autorità amministrativa.
Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 18 aprile 2019 con l’intervento dei magistrati:
Angelo Gabbricci, Presidente
Giovanni Zucchini, Consigliere
Alessandra Tagliasacchi, Primo Referendario, Estensore

Pubblicato il 24/05/2019
**N. 06490/2019 REG.PROV.COLL.**
**N. 11377/2018 REG.RIC.**

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

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 11377 del 2018, proposto da
OMISSIS s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato OMISSIS;
***contro***
Azienda Unità sanitaria locale Roma 2, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati OMISSIS;
***nei confronti***
OMISSIS s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati OMISSIS;
***per l'annullamento***
di tutti gli atti della Azienda Unità Sanitaria Locale Roma 2 inerenti la procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. 50/2016, per l'affidamento annuale (con eventuale rinnovo per ulteriori sei mesi) del servizio di vigilanza armata, sicurezza, custodia, sorveglianza e fornitura di impianti tecnologici presso le strutture territoriali, presidi e sedi dell'azienda A.U.S.L. Roma 2 (ex Roma C) con importo annuale a base d’asta pari ad € 3.832.216,50 - (IVA esclusa), tra i quali:
- la deliberazione n. 972/CS del 18/07/2016 e successive delibere di rettifica n. 1450/CS del 18/10/2016 e n. 25 del 19/12/2016 con le quali è stata indetta la procedura;
- il Bando di gara pubblicato il 25.8.2016;
- il Disciplinare di Gara;
- il Capitolato Tecnico;
- la deliberazione n. 855 dei 03/05/2017 che ha nominato i componenti del Seggio di gara e della Commissione giudicatrice ex art. 77 del d.lgs. 50/2016 e s.m.i. ai fini della valutazione, rispettivamente, della documentazione amministrativa e delle offerte tecniche ed economiche ricevute, secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 95, comma 2, del Codice; i verbali relativi alle sedute pubbliche del Seggio di gara, svoltesi in data 14/06/2017, 15/06/2017 e 28/08/2017;
- la determinazione dirigenziale n. 1075 dell’08/09/2017 che ha disposto l’ammissione, alle successive fasi di gara delle ditte in possesso dei requisiti di ordine generale comprovati dalla documentazione amministrativa presentata a corredo dell’offerta;
- i verbali dal n. 1 al n. 13 della Commissione giudicatrice e le relative valutazioni delle offerte tecniche;
- la delibera n. 1619 del 30.8.2018, con la quale è stato disposto l’affidamento annuale (con eventuale rinnovo per ulteriori sei mesi) del servizio di vigilanza armata, sicurezza, custodia, sorveglianza e fornitura di impianti tecnologici presso le strutture territoriali, presidi e sedi dell’A.U.S.L. Roma 2 (ex Roma C), in favore della società OMISSIS s.p.a.;

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Azienda Unità Sanitaria Locale Roma 2 e della società OMISSIS s.p.a.;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 marzo 2019 il dott. Paolo Marotta e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

La società ricorrente ha partecipato, quale mandataria di un costituendo R.T.I. con le società OMISSIS s.p.a. e OMISSIS s.p.a., ad una procedura aperta di gara indetta dalla Azienda Unità Sanitaria Locale Roma 2, ai sensi dell’art. 60 del d.lgs. 50/2016, per l'affidamento annuale (con eventuale rinnovo per ulteriori sei mesi) del servizio di vigilanza armata, sicurezza, custodia, sorveglianza e fornitura di impianti tecnologici presso le strutture territoriali, presidi e sedi dell'azienda A.U.S.L. Roma 2 (ex Roma C), lotto n.1, con importo annuale a base d’asta pari ad € 3.832.216,50, IVA esclusa, da aggiudicarsi secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.
In esito alle operazioni di gara, il raggruppamento della ricorrente (che al momento della indizione della gara gestiva i servizi di vigilanza armata presso le strutture territoriali, presidi e sedi della A.U.S.L. Roma 2, già ASL Roma C) si è classificato all’undicesimo ed ultimo posto della graduatoria di merito, con punteggio di 80,78, di cui punti 31,48 per l’offerta economica e punti 49,30 per l’offerta tecnica (la gara è stata aggiudicata alla società OMISSIS s.p.a., con punteggio di 93,35, di cui punti 35,85 per l’offerta economica e punti 57,50 per l’offerta tecnica).
Con ricorso notificato in data 5 ottobre 2018 e depositato il 12 ottobre successivo, la ricorrente ha impugnato gli atti indicati in epigrafe, contestandone la legittimità con sette articolati motivi.
Si è costituita in giudizio l’Azienda Unità Sanitaria Locale Roma 2, eccependo in via preliminare l’irricevibilità, per tardività, della impugnativa degli atti della lex specialis, e contestando nel merito la fondatezza delle dedotte censure.
Si è costituita anche la società aggiudicataria, OMISSIS s.p.a., eccependo l’inammissibilità di alcuni dei motivi di gravame e chiedendo comunque la reiezione del ricorso in ragione della sua infondatezza.
Con ordinanza n. 6550/2018 è stata respinta l’istanza cautelare presentata in via incidentale dalla parte ricorrente.
Con memorie difensive e di replica, le parti costituite hanno avuto modo di rappresentare compiutamente le rispettive tesi difensive.
All’udienza pubblica del 26 marzo 2019, su richiesta delle parti, il ricorso è stato trattenuto in decisione.
Ritiene il Collegio di poter prescindere dall’esame delle eccezioni di rito sollevate dall’Amministrazione resistente e dalla controinteressata, essendo il ricorso infondato nel merito.
Con il primo motivo la ricorrente deduce: Violazione e falsa applicazione dell’art. 77 del d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per illogicità, errata valutazione di presupposti, contraddittorietà, omessa istruttoria, difetto di motivazione.
In estrema sintesi, la ricorrente sostiene che la Commissione di gara non aveva le competenze necessarie per valutare le offerte presentate dai concorrenti, in ragione della mancanza di esperienza nello specifico settore di servizi di vigilanza armata, che richiede l’autorizzazione prefettizia in favore dell’istituto di vigilanza e viene svolto da guardie particolari giurate dotate anch’esse di licenza prefettizia.
Evidenzia inoltre che l’art. 77, comma 3, del codice degli appalti prevede che i componenti della Commissione giudicatrice siano esterni alla stazione appaltante e vengano scelti tra gli esperti iscritti all’Albo istituito presso l’ANAC, individuati mediante pubblico sorteggio da una lista di candidati comunicata dalla stessa ANAC e che il comma 12 del medesimo articolo prevede che fino alla istituzione dell’Albo presso l’ANAC la Commissione continua ad essere nominata dal competente organo della stazione appaltante “secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante”.
In particolare, la ricorrente si duole del fatto che i componenti della Commissione di gara siano stati individuati all’interno della stessa Amministrazione procedente.
Le censure sono infondate.
Le disposizioni dell'art. 77, prima parte, del d.lgs. n. 50 del 2016, invocate dalla ricorrente, sono destinate a valere solo a regime, ovvero dopo che sarà stato creato l’albo dei commissari cui essa si riferisce; sino a quel momento, ai sensi del comma 12, “la commissione continua ad essere nominata dall’organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante”.
Orbene, allo stato, l’albo dei commissari non è stato ancora istituito, con la conseguenza che la stazione appaltante ben poteva nominare i componenti della Commissione di gara anche al proprio interno, rispettando i criteri di competenza e trasparenza cui fa riferimento l’art. 77, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016.
A tale riguardo, il Collegio rileva che il Presidente della Commissione di gara (dott. Angelo Vittorio Sestito) è il direttore dell’Unità organizzativa complessa Gestione del Patrimonio e gli altri due componenti (dott.ssa Cristiana Bianchini; ing. Massimiliano Pasquali Coluzzi) sono rispettivamente il direttore f.f. del Presidio ospedaliera Sandro Pertini e il direttore f.f. dell’Unità organizzativa complessa Lavori Pubblici Investimenti e Territorio.
In ragione delle rilevanti funzioni gestionali ad essi conferite, il Collegio ritiene che non risulti comprovata la dedotta carenza di competenza professionale dei componenti della Commissione di gara.
Secondo principi consolidati nella giurisprudenza amministrativa, in tema di gare pubbliche, il requisito dell’esperienza nello specifico settore cui si riferisce l’oggetto del contratto deve essere inteso in modo coerente con la poliedricità delle competenze spesso richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare, non solo tenendo conto, secondo un approccio formale e atomistico, delle strette professionalità tecnico settoriali implicate dagli specifici criteri di valutazione, la cui applicazione sia prevista dalla lex specialis, ma considerando, secondo un approccio di natura sistematica e contestualizzata, anche le professionalità occorrenti a valutare sia le esigenze dell’Amministrazione, alla quale quei criteri siano funzionalmente preordinati, sia i concreti aspetti gestionali ed organizzativi sui quali gli stessi siano destinati ad incidere (Consiglio di Stato, sez. III, 16 aprile 2018 n. 2241).
Con il secondo motivo, la ricorrente deduce: Violazione degli artt. 30, 83 e 95 del d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, errata valutazione dei presupposti, difetto assoluto di motivazione.
Dopo aver evidenziato che il criterio di aggiudicazione della gara era quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa e che la lex specialis di gara prevedeva l’attribuzione di punti 60/100 per l’offerta tecnica e di 40/100 per l’offerta economica, la ricorrente contesta alcuni dei criteri di valutazione delle offerte tecniche (in particolare il criterio n. 1 – Caratteristiche e modalità di esecuzione del servizio; il criterio n. 4 – Precedenti esperienze nel settore oggetto di gara e il criterio n. 5 – Servizi aggiuntivi), sostenendo che detti criteri erano sostanzialmente rimessi alla valutazione discrezionale della Commissione di gara.
Con il terzo motivo, la ricorrente deduce: Violazione degli artt. 30, 83 e 95 del d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, errata valutazione dei presupposti, difetto assoluto di motivazione.
La ricorrente si duole del fatto che il criterio n. 4 di valutazione della offerta tecnica (Precedenti esperienze nel settore oggetto di gara) faccia riferimento non alla qualità del servizio offerto, ma ai requisiti soggettivi dei concorrenti.
Le censure di cui al secondo e al terzo motivo sono inammissibili e/o infondate; esse vengono esaminate congiuntamente attenendo a profili connessi.
Nel disciplinare di gara, il criterio n. 1 – Caratteristiche e modalità di esecuzione del servizio (per il quale era prevista l’attribuzione fino a 40 punti) era suddiviso in quattro sub – criteri, per ognuno dei quali era prevista l’attribuzione di sub-punteggi:
1.1 Impianti tecnologici offerti per migliorare la sicurezza dell’Azienda sanitaria (sistemi di videosorveglianza, sistemi antintrusione, etc.), per il quale (sub-criterio) era prevista l’attribuzione fino a 15 punti;
1.2 Modalità di espletamento del servizio, procedure operative e protocolli organizzativi utilizzati nella gestione; per il quale (sub-criterio) era prevista l’attribuzione fino a 10 punti;
1.3 Sistemi informativi di gestione della commessa, monitoraggio e analisi della qualità del servizio, per il quale (sub-criterio) era prevista l’attribuzione fino a 8 punti;
1.4 Dimensionamento e organizzazione della struttura dedicata alla gestione dell’appalto, per il quale (sub – criterio) era prevista l’attribuzione fino a 7 punti.
Deve conseguentemente ritenersi che la stazione appaltante abbia legittimamente determinato in via preventiva i sub-criteri e i sub-punteggi sulla base dei quali l’offerta economica dei concorrenti sarebbe stata valutata; le censure dedotte a riguardo dalla ricorrente si rivelano quindi prive di fondamento, essendo possibile ricostruire ex post il percorso motivazionale seguito dalla Commissione di gara nella attribuzione del punteggio.
Con riguardo al criterio n. 4 (Precedenti esperienze nel settore oggetto di gara) e al criterio n. 5 (Servizi aggiuntivi), la mancata predeterminazione di sub-criteri e sub-punteggi deve essere verosimilmente messa in relazione all’oggetto dei criteri medesimi, non suscettibile di definizione preventiva. In ogni caso, le censure dedotte con riguardo ai criteri n. 4 e 5 si rivelano inammissibili, per difetto di interesse, in quanto l’attribuzione del massimo punteggio previsto (punti 5) per ciascuno di questi due criteri non avrebbe consentito alla ricorrente di colmare il divario del punteggio che la separa dalla prima graduata.
Con il quarto motivo, la ricorrente deduce: Violazione degli artt. 4, 30, 83 e 95 del d.lgs. n. 50/2016, della l. n. 241/1990. Eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, errata valutazione dei presupposti, difetto assoluto di motivazione.
Dopo aver evidenziato che la procedura di gara si è protratta per mesi e che la Commissione di gara si è riunita 13 volte, la ricorrente deduce violazione dei principi di concentrazione e di continuità delle operazioni della Commissione, a garanzia della imparzialità, pubblicità, trasparenza e speditezza dell’azione amministrativa.
Le censure sono infondate.
Il fatto che la Commissione di gara si sia riunita n. 13 volte entro un arco temporale di circa sei mesi non determina di per sé solo la illegittimità degli atti gravati, non essendo allegato dalla ricorrente alcun pregiudizio concreto e dovendo verosimilmente la durata delle operazioni di gara essere messa in relazione con il numero dei lotti da aggiudicare e con il numero delle offerte da valutare.
Con il quinto motivo, la ricorrente deduce: Violazione degli artt. 30 e 77 del d.lgs. n. 50/2016, dell’art. 11 del Disciplinare di gara. Eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, errata valutazione dei presupposti, difetto di istruttoria, difetto assoluto di motivazione.
In particolare, la ricorrente si duole del fatto che la seduta della Commissione di gara del 9 gennaio 2018 (verbale n. 7) sia durata solo un’ora e mezza (dalle ore 16.00 alle ore 17.30), un arco temporale che la ricorrente giudica incongruo per la valutazione delle offerte.
Analoghe doglianze sono formulate dalla ricorrente con riguardo al verbale n. 6, relativo alla seduta della Commissione di gara del 21 gennaio 2017.
Le censure sono inammissibili e infondate.
La seduta della Commissione di gara del 9 gennaio 2018 aveva ad oggetto solo la valutazione del criterio n. 4 (Precedenti esperienze nel settore oggetto di gara) e del criterio n. 5 (Servizi aggiuntivi).
La seduta della Commissione di gara del 21 gennaio 2017 aveva invece ad oggetto la valutazione del criterio n. 2.1 (Numero di guardie che intervengono su allarme o su chiamata nell’arco di 30 minuti), per il quale il disciplinare di gara individuava dei precisi sub-criteri e sub-punteggi).
Orbene, in considerazione della non particolare complessità dei predetti criteri (per ognuno dei quali era prevista l’attribuzione di un punteggio massimo di 5 punti), deve ritenersi che il tempo utilizzato dalla Commissione di gara non sia incongruo.
Oltre a ciò, non sono allegati dalla ricorrente elementi concreti che denotino la erroneità delle valutazioni espresse dalla Commissione di gara, con la conseguenza che il mero fatto che le operazioni di gara si siano svolte in tempi ristretti non è di per sé solo sufficiente ad infirmare la legittimità dei verbali impugnati.
Con il sesto motivo di gravame, la ricorrente deduce: Violazione degli artt. 30, 77 e 95 del d.lgs. n. 50/2016, degli artt. 10 e 11 del Disciplinare di gara. Eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, errata valutazione dei presupposti, difetto di istruttoria, difetto assoluto di motivazione.
Dopo aver richiamato l’art. 77, comma 1, e l’art. 95, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016 nonché gli artt. 10 e 11 del disciplinare di gara, la ricorrente si duole del fatto che nelle sedute dalla n. 1 del 14 settembre 2017 alla n. 7 del 9 gennaio 2018, la Commissione di gara si sia limitata alla disamina dei progetti tecnici presentati dalla ditte concorrenti e che l’attribuzione dei relativi punteggi sarebbe avvenuta solo nella seduta del 22 marzo 2018 (verbale n. 12).
In buona sostanza, la ricorrente lamenta che l’attribuzione dei punteggi non sia avvenuta contestualmente alla disamina delle relative offerte, compromettendo, a suo giudizio, l’imparzialità dell’operato della Commissione di gara.
A sostegno della propria tesi, evidenzia che per il criterio n. 4 (Precedenti esperienze nel settore oggetto della gara), all’offerta della ricorrente è stato attribuito il punteggio di 1,25/5, mentre in considerazione dell’attività professionale pregressa nel settore della Vigilanza la Commissione avrebbe dovuto attribuire a detta offerta il punteggio di 5/5.
Le censure sono infondate.
Occorre premettere che la ricorrente non contesta la adozione di misure idonee a salvaguardare l’integrità e/o la segretezza delle offerte tecniche, attraverso la custodia dei plichi tra una seduta e l’altra.
Tanto premesso, dalle disposizioni normative invocate dalla ricorrente non si desume l’obbligo della Commissione di gara di attribuire il punteggio immediatamente e contestualmente alla valutazione delle singole offerte.
Appare quindi plausibile la tesi della Amministrazione secondo la quale il modus operandi della Commissione di gara trova la sua ratio giustificatrice nella considerazione che il disciplinare di gara non prevedeva che l’offerta tecnica fosse articolata in paragrafi corrispondenti ai criteri di valutazione, con la conseguenza che la Commissione di gara ha preferito attribuire i punteggi dopo aver esaminato tutti gli elementi della offerta tecnica, in conformità ai principi di imparzialità e buon andamento.
Con riguardo poi all’attribuzione di punti 1,25/5 per il criterio n. 4 (Precedenti esperienze nel settore oggetto della gara), il Collegio deve rilevare che la ricorrente partecipava alla gara quale mandataria di un costituendo raggruppamento temporaneo di imprese. Ne consegue che non può assumere rilevanza dirimente il riferimento alla sola attività professionale svolta dalla società ricorrente nel settore della Vigilanza, venendo in rilievo anche l’attività svolta dagli altri operatori economici facenti parte del predetto raggruppamento. In ogni caso, anche l’attribuzione del massimo punteggio per il criterio in questione (punti 5) non avrebbe consentito al raggruppamento della ricorrente di collocarsi in posizione utile per l’aggiudicazione.
Con l’ultimo motivo di gravame, la ricorrente deduce: Violazione dell’art. 9 del d.l. n. 66/2014, convertito dalla l. n. 89/2014, della l.r. n. 14/2008, del Bando della Regione Lazio pubblicato in data 28.12.2017 per la gara comunitaria centralizzata a procedura aperta, suddivisa in 26 lotti, finalizzata all’affidamento dei servizi di Vigilanza Armata e Guardiania presso le sedi delle Aziende Sanitarie della Regione Lazio. Eccesso di potere, illogicità, errata valutazione dei presupposti, contraddittorietà, difetto di motivazione.
La ricorrente lamenta la violazione dell’art. 9 del d.l. n. 66/2014, convertito dalla l. n. 89/2014, e della l.r. n. 14/2008, in quanto, a suo dire, la gara in questione non poteva essere proseguita e aggiudicata, poiché nelle more del suo espletamento è stata indetta la gara regionale centralizzata, pubblicata in data 28 dicembre 2017.
La tesi della ricorrente non può essere condivisa.
La procedura di gara de qua è stata indetta quale gara ponte, in attesa dell’espletamento della gara da parte della centrale di committenza regionale e sulla base di specifica autorizzazione della Regione Lazio – Direzione Centrale Acquisti, rilasciata con nota del 28 aprile 2016 prot. n. 218527.
Oltre a ciò, l’art. 2, secondo periodo, del disciplinare di gara disponeva testualmente: “Qualora subentri, nelle more del perfezionamento dell’aggiudicazione o nel corso della fornitura, un provvedimento regionale centralizzato o di altro soggetto Aggregatore per l’affidamento del servizio oggetto, l’Azienda si riserva di recepire detto provvedimento e recedere dal contratto scaturente dalla presente procedura”.
In conclusione, il ricorso è infondato e va respinto.
Le spese di giudizio, liquidate nel dispositivo, seguono la soccombenza.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.
Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese di giudizio, liquidate in € 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori, di cui € 2.500,00 (duemilacinquecento/00) in favore della Azienda Unità Sanitaria Locale Roma 2 ed € 2.500,00 (duemilacinquecento/00) in favore della società OMISSIS s.p.a.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:
Riccardo Savoia, Presidente
Pierina Biancofiore, Consigliere
Paolo Marotta, Consigliere, Estensore

Pubblicato il 14/05/2019
**N. 00775/2019 REG.PROV.COLL.**
**N. 00424/2019 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia**
**Lecce - Sezione Seconda**
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

*ex*art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 424 del 2019, proposto da
OMISSIS S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati OMISSIS;
***contro***
Azienda Sanitaria Locale (ASL) di Taranto, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato OMISSIS;
***nei confronti***
di:
- OMISSIS, in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;
- ANAC, Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa, *ex lege*, dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Lecce, presso la medesima per legge domiciliata;
- OMISSIS S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;
***per l'annullamento***
- della Determinazione Dirigenziale n. 257-2019, pubblicata sull’Albo Pretorio dell’ASL Taranto in data 22 febbraio 2019, notificata in data 25 febbraio 2019, limitatamente al lotto n. 5, per il cui tramite veniva disposta l’esclusione della ricorrente “*dalla procedura di gara aperta per l’affidamento in concessione del servizio di gestione dei Bar e Punti Ristoro presso diverse sedi dell’Azienda Locale Taranto – dell’operatore economico SJD Società Distributori Jonica s.r.l.*”, contestualmente determinando di provvedere “*all’escussione della polizza provvisoria presentata in sede di gara dalla SJD Società Distributori Jonica s.r.l. per il lotto n. 2 – n. 380594558 del 18/10/2018, per il lotto n. 3 – n. 380594562 del 18/10/2018, per il lotto n. 4 n. 380594563 del 18/10/2018 e per il lotto n. 5 n. 380594564 del 18/10/2018, rilasciata dalla compagnia di assicurazione OMISSIS S.p.A.*”, nonché di procedere “*alla segnalazione all’ANAC ed alla Procura della Repubblica, c/o il Tribunale di Taranto*”;
- della nota Prot. n. 0045344 del 7 marzo 2019 dell’ASL Taranto di segnalazione all’ANAC “*ai sensi dell’art. 80, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016 (nuovo codice) e per gli effetti previsti da tale norma e dall’art. 213, comma 13, del nuovo codice, per la falsa dichiarazione o falsa documentazione, rese nelle procedure di subappalto, in merito al possesso dei requisiti speciali*”;
- della nota Prot. n. 0038708 del 26 febbraio 2019 dell’ASL Taranto di richiesta alla Compagnia Assicuratrice della ricorrente della “*escussione della garanzia fideiussoria per cauzione provvisoria, entro 15 gg dal ricevimento della presente, per l’importo di €. 52.900,00 (omissis) pari alla somma delle polizze presentate in sede di offerta*”;
nonché ove necessario e per quanto di interesse:
- del disciplinare di gara “*per l’affidamento in concessione del servizio di gestione dei Bar e Punti Ristoro presso diverse sedi dell’Azienda Locale Taranto – dell’operatore economico SJD Società Distributori Jonica s.r.l.*”;
- del capitolato speciale d’appalto “*per l’affidamento in concessione del servizio di gestione dei Bar e Punti Ristoro presso diverse sedi dell’Azienda Locale Taranto – dell’operatore economico SJD Società Distributori Jonica s.r.l.*”;
- della nota Prot. n. PI008198-19 del 14 gennaio 2019;
- della nota Prot. n. 0025264 del 6 febbraio 2019;
- della nota Prot. n. 0026793 dell’8 febbraio 2019;
- della Determinazione Dirigenziale Prot. n. 583/2018;
- della nota Prot. n. PI233536-18 del 10 dicembre 2018;
- della Determinazione Dirigenziale Prot. n. 1177/2018;
- del provvedimento Prot. n. 209389.05.12.2018 del 5 dicembre 2018;
- della nota Prot. n. 191601 dell’8 novembre 2018;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’ASL di Taranto e dell’ANAC;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 maggio 2019 il dott. Andrea Vitucci e uditi, per le parti, i difensori: avv.ti M. Crisci e M. Vozza, per la ricorrente, avv. dello Stato G. Matteo e avv. V. A. Pappalepore, in sostituzione dell'avv. M. Carulli, per l’ASL di Taranto;
Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1) Parte ricorrente espone di aver preso parte alla procedura ad evidenza pubblica indetta dall’ASL di Taranto per l’affidamento, in regime di concessione, del “*Servizio di gestione dei Bar – Punti Ristoro presso le diverse sedi della Azienda Sanitaria Locale Taranto*”.
L’affidamento è suddiviso in 5 lotti, dei quali i primi quattro aventi ad oggetto il servizio bar presso i presidi ospedalieri dell’ASL e il quinto relativo all’affidamento del servizio di ristoro mediante 60 distributori automatici da collocare nei presidi ospedalieri e nelle strutture territoriali dell’ASL. La società ricorrente partecipava alla gara per i lotti nn. 2-3-4-5 e precisa che, in relazione al lotto 5, è il gestore uscente.
2) La ricorrente espone, altresì, che la “*vicenda sottesa all’odierno casus belli è in parte già nota all’Ecc.mo T.A.R. adito, precedentemente investito della complessiva fattispecie in ragione di due precedenti gravami di cui uno proposto sempre dall’odierna ricorrente (T.A.R. Lecce, Sez. II^, R.G. nr. 21/2019) a seguito di una prima esclusione (che poi sarà annullata d’ufficio dalla Stazione appaltante a seguito della formale impugnazione del relativo provvedimento escludente) medio tempore disposta in virtù della ritenuta insussistenza di un requisito di partecipazione alla gara. In particolare*[…], *la Stazione appaltante procedeva all’indizione di una prima procedura ad evidenza pubblica per l’affidamento del presente servizio. In detta occasione, in particolare, la ricorrente, in vista della sua partecipazione alla gara sempre per i lotti nn. 2-3-4-5, provvedeva ad effettuare i sopralluoghi presso le varie sedi ospedaliere. Detto bando, però, veniva revocato dall’ASL Taranto a seguito di ricorso (cfr. T.A.R. Lecce, R.G. nr. 979/2018).* […La] *revoca del bando veniva disposta al fine di emendare la lex di gara dall’invalida previsione – quale requisito di partecipazione – della licenza di somministrazione rilasciata soltanto dal Comune di Taranto, pur riferendosi i vari lotti a sedi dislocate in tutta la Provincia. Seguiva, dunque, l’indizione dell’odierna procedura ad evidenza pubblica con una legge di gara in sostanziale continuità con il testo revocato, se non per la differente previsione del requisito della licenza di somministrazione rilasciata dal Comune territorialmente competente. Null’altro risultava invariato rispetto alla precedente gara. A detta procedura, come si è già detto, partecipava l’odierna ricorrente per i lotti nn. 2-3-4-5*” (pagg. 4-5 ricorso).
3) Espone, ancora, la ricorrente che, ai sensi dell’art. 1.1 del Disciplinare di gara, era in facoltà dei concorrenti effettuare “*un sopralluogo, da effettuarsi entro il 17/10/2018, presso la struttura oggetto della procedura. A detto sopralluogo saranno ammessi il titolare o legale rappresentante dell'impresa ovvero personale tecnico o un dipendente della medesima purché muniti di proprio documento di identità e di idonea delega sottoscritta dal legale rappresentante. Il sopralluogo dovrà essere effettuato in presenza di funzionari e tecnici dell’Amministrazione*”. Inoltre, ai sensi dell’art. 18 del Capitolato tecnico, i potenziali concorrenti avrebbero potuto (e non dovuto) effettuare “*un sopralluogo guidato per prendere visione dei locali destinati all’espletamento del servizio posti all’interno delle strutture*”, contestualmente precisandosi che, “*in caso di mancata effettuazione dei sopralluoghi, l’impresa, successivamente alla presentazione dell’offerta, non potrà avanzare obiezioni o pretese in merito alla non conoscenza di circostanze che avrebbero potuto influire sulla formulazione dell’offerta stessa*”.
4) Aperte le offerte tecniche, nella seduta del 17 gennaio 2019, e nelle more della successiva valutazione delle medesime, la ASL adottava l’impugnata Determinazione n. 257-2019, dalla quale emerge quanto segue, non contestato, in fatto, da parte ricorrente.
4.1) Sulla base di una segnalazione del legale di un concorrente, emergeva che “*tra la documentazione amministrativa prodotta in sede di gara dal concorrente SJD Società Distributori Jonica s.r.l. figurano gli attestati di sopralluogo rilasciati dai vari presidi sanitari da cui, per quel che attiene a quelli rientranti nel lotto 2, risulta che:*
*- In data 10/10/2018 il delegato della SJD s.r.l., sig.* […], *avrebbe effettuato il sopralluogo presso i locali adibiti a bar siti nel presidio ospedaliero di Massafra (cfr. attestato allegato a firma, per l'ASL, del sig.*[…]*)*;
*- In data 27/09/2018 il delegato della SJD s.r.l., sig.* […], *avrebbe effettuato il sopralluogo presso i locali adibiti a bar siti nel presidio ospedaliero di Mottola (cfr. attestato allegato a firma, per l'ASL, della sig.ra* […]*)*;
*- In data 28/09/2018 il delegato della SJD s.r.l., sig.* […], *avrebbe effettuato il sopralluogo presso i locali adibiti a bar siti nel presidio ospedaliero di Castellaneta (cfr. attestato allegato a firma, per l'ASL, del sig.*[…]*)*”.
4.2) Il cit. provvedimento espulsivo prosegue evidenziando che la predetta segnalazione significava che “*(…) gli attuali gestori dei bar siti nei predetti presidi ospedalieri e quindi presenti in loco durante l'intero orario di apertura dei rispettivi locali, mi riferiscono, tuttavia, che, nelle date indicate dai richiamati attestati, nessun sopralluogo è stato effettuato da parte dei rappresentanti della concorrente SJD Società Distributori Jonica s.r.l. (…)”; pertanto sollecitava questa SA a “(…) voler confermare se dai documenti conservati agli atti dei rispettivi uffici risulti che i referenti della società SJD Società Distributori Jonica s.r.l. abbiano effettivamente eseguito i sopralluoghi nelle date indicate dagli attestati presentati in gara dalla citata concorrente*”.
4.3) La delibera impugnata recita ulteriormente come segue:
- “*DATO ATTO che, al fine di accertare la veridicità di quanto significato, il Rup ha richiesto alle strutture interessate copia dei verbali di sopralluogo effettuati dal concorrente SJD, onde procedere al riscontro con quanto dal medesimo presentato in sede di partecipazione alla gara (offerta prot. EmPulia n. PI203762-18 del 29/10/2018)*”;
- “*ACCERTATO che dai riscontri effettuati è emerso effettivamente, giusta dichiarazione del funzionario della Direzione Amministrativa del P.O. San Pio da Pietrelcina di Castellaneta, che, nei giorni sopra riportati, nessun sopralluogo è stato effettuato nei locali indicati dall’operatore economico SJD; mentre risulta effettuato il sopralluogo relativo alla prima indizione della procedura successivamente annullata. Invero identica circostanza è stata riscontrata presso il P.O. Orientale M. Giannuzzi di Manduria, giusta dichiarazione del funzionario della Direzione Amministrativa del medesimo Presidio, che attesta l’unico sopralluogo relativo alla prima indizione della procedura*”;
- “*VERIFICATO che al contrario, tra gli atti trasmessi con l’offerta PI203762-18 sopra citata dalla ditta SJD srl, si rinvengono attestazioni di sopralluoghi effettuati nel periodo compreso tra il 23 settembre ed il 12 ottobre presso diverse strutture aziendali oggetto della gara, tutte controfirmate da funzionari dell’Azienda. Attestazioni che, in ragione delle dichiarazioni dei funzionari aziendali, risultano false, pur essendo attestati con autocertificazione* […]”;
- “*VERIFICATO altresì che da un più attento riesame della documentazione risulta del tutto evidente che le attestazioni sono materialmente contraffatte - atteso che riportano le firme dei funzionari che hanno sottoscritto le medesime per i sopralluoghi svolti in occasione della prima procedura, poi annullata - e che ictu oculi evidenziano la contraffazione della data*”;
- “*ACCERTATO che alla contraffazione dei documenti - anche al fine di falsificare la realtà di fatti mai accaduti (il sopralluogo), oltre che addirittura far risultare la sottoscrizione dell’atto da parte di un dipendente pubblico artificiosamente facendone risultare un atto di volontà e certificazione nei fatti mai espressa né avvenuta - deve aggiungersi la piena volontarietà delle circostanze contestate, alla luce dell’espresso chiarimento reso dalla SA in sede di gara e in riscontro a specifico quesito posto da altro concorrente:*
*«DOMANDA*
*È possibile inserire nella documentazione amministrativa le ricevute degli avvenuti sopralluoghi, relativamente al Lotto n.5, effettuati per la gara con scadenza 20.08.2018 con stesso C.I.G. e poi annullata? o bisogna rifarli di nuovo?*
*RISPOSTA*
*Non è possibile inserire il modello di avvenuto sopralluogo della gara con scadenza 20.08.2018 in quanto trattasi di nuova procedura (…)»”;*
- “*VERIFICATO che la falsità della documentazione (le dichiarazioni) rese in sede di partecipazione alla procedura rileva ai fini della affidabilità della ditta, stante la falsificazione materiale dei verbali di sopralluogo per cui si ravvisa a carico del concorrente una condotta ancor più riprovevole, atteso che i documenti contraffatti risulterebbero controfirmati da funzionari della SA, preposti al rilascio della ricevuta, che invece avevano sottoscritto solo quelli relativi alla prima indizione della procedura*”;
- “*DATO ATTO che, come sancito dalla giurisprudenza del CdS, l’intero sistema della disciplina delle procedure di evidenza pubblica poggia sulla presentazione, da parte delle imprese concorrenti, di dichiarazioni sostitutive che le vincolano in base all’elementare principio dell’autoresponsabilità e che devono essere rese con diligenza e veridicità*”;
- “*ATTESO che le condotte rappresentate e l’estrema gravità di cui sono connotate concretizzano la fattispecie espulsiva di cui all’art. 80, comma 5, lett. f-bis del D. Lgs. n. 50/16* […] *oltre che comportare tutte le ulteriori conseguenze di cui agli articoli 80, comma 12 del medesimo Dlgs. e 76 del DPR n. 445/00*”.
4.4) Tutto ciò premesso e considerato, il suddetto provvedimento ha determinato di:
- escludere la ricorrente dalla procedura di gara in oggetto;
- escutere la garanzia prestata dalla ricorrente per tutti i lotti ai quali ha partecipato;
- segnalare l’accaduto all’ANAC e alla competente Procura della Repubblica, per quanto riguarda le dichiarazioni mendaci rese.
5) Con nota Prot. n. 0038708 del 26 febbraio 2019, poi, l’Amministrazione aggiudicatrice ha richiesto alla Compagnia Assicuratrice della ricorrente “*l’escussione della garanzia fideiussoria per cauzione provvisoria, entro 15 gg dal ricevimento della presente, per l’importo di €. 52.900,00 (omissis) pari alla somma delle polizze presentate in sede di offerta*”.
6) Con ulteriore nota Prot. n. 0045344 del 7 marzo 2019, infine, l’ASL ha proceduto alla segnalazione all’ANAC.
7) Avverso tali atti insorge la ricorrente con il gravame in esame, recante anche richiesta di tutela cautelare. Si sono costituite in giudizio l’ASL di Taranto e l’ANAC.
8) Alla camera di consiglio del 16 aprile 2019, la difesa di parte ricorrente ha chiesto un rinvio alla successiva camera di consiglio per la produzione della cartolina di ricevimento relativa alla notifica del ricorso a OMISSIS S.p.A. e la causa è stata introitata ai meri fini della conferma del decreto monocratico cautelare (v. ord. di questo Tribunale del 17 aprile 2019, n. 223).
9) La difesa di parte ricorrente ha successivamente depositato la suddetta cartolina di ricevimento. OMISSIS S.p.A. e OMISSIS non si sono costituite in giudizio.
Alla camera di consiglio del 7 maggio 2019 (alla quale la causa era stata rinviata giusta cit. ordinanza di questo T.A.R.), la difesa di parte ricorrente ha confermato, a verbale, la dichiarazione, già resa nel verbale del 16 aprile 2019, di scioglimento, in senso negativo, della riserva di proposizione di motivi aggiunti e di richiesta di ristoro del pregiudizio subito (in atti). È stato dato avviso alle parti della possibilità dell’adozione della presente decisione in forma semplificata (come da verbale).

**DIRITTO**

1) Col primo motivo di ricorso, si deducono: violazione e/o falsa applicazione degli artt. 80, 79, 93, D. Lgs. n. 50/2016, degli artt. 45, 46 e 76 D.P.R. n. 445/2000, degli artt. 7, 1, 3 L. n. 241/1990, degli artt. 97 e 41 Cost.; eccesso di potere sotto diversi profili, perplessità, contraddittorietà, illogicità, irragionevolezza, sviamento, ingiustizia manifesta, carenza di istruttoria, motivazione incongrua, insufficiente e/o contraddittoria; violazione delle norme sul giusto procedimento.
Con tale motivo, parte ricorrente sostiene l’illegittimità del provvedimento gravato per:
- omessa comunicazione di avvio del procedimento di esclusione, *ex* art. 7 L. n. 241/1990;
- carenza di motivazione, ai sensi dell’art. 21 *nonies* L. n. 241/1990, relativamente alla comparazione che, in sede di annullamento in autotutela, dovrebbe operarsi tra l’interesse pubblico e gli interessi del privato.
1.1) Il motivo è infondato perché:
- secondo diffusa giurisprudenza, l’esclusione da una gara non postula la previa comunicazione di avvio del procedimento, attenendo ad un segmento necessario di un procedimento della cui pendenza l’interessato è già necessariamente a conoscenza (in tal senso, T.A.R. Puglia, Bari, 8 marzo 2018, n. 298);
- nel caso di specie, si tratta di un provvedimento di esclusione da una gara e non di un provvedimento in autotutela, quindi è erronea la censura relativa alla violazione dell’art. 21 *nonies* L. n. 241/1990.
2) Col secondo motivo di ricorso, si deducono: violazione e/o falsa applicazione degli artt. 80, 79, 93, D. Lgs. n. 50/2016, degli artt. 45, 46 e 76 D.P.R. n. 445/2000, degli artt. 7, 1, 3 L. n. 241/1990, degli artt. 97 e 41 Cost.; eccesso di potere sotto diversi profili, perplessità, contraddittorietà, illogicità, irragionevolezza, sviamento, ingiustizia manifesta, carenza di istruttoria, motivazione incongrua, insufficiente e/o contraddittoria; violazione delle norme sul giusto procedimento.
Con tale motivo, parte ricorrente evidenzia che, ai sensi degli artt. 1.1 del Disciplinare di gara e 18 del Capitolato Tecnico, è in facoltà – e solo in facoltà – del concorrente effettuare i sopralluoghi nei locali destinati all’espletamento del servizio, tanto che, in caso di mancata effettuazione del sopralluogo, l’impresa, “*successivamente alla presentazione dell’offerta, non potrà avanzare obiezioni o pretese in merito alla non conoscenza di circostanze che avrebbero potuto influire sulla formulazione dell’offerta stessa*” (art. 18 Capitolato). Da tanto, la ricorrente ricava che il sopralluogo sarebbe del tutto ininfluente ai fini della partecipazione alla gara.
Precisa, ancora, la ricorrente che, in occasione della prima edizione della gara *de qua* (poi annullata in autotutela, come già esposto in fatto), effettuava i predetti sopralluoghi entro i termini stabiliti dal primo bando. Sempre secondo il ricorso, a seguito dell’annullamento in autotutela della *lex specialis* e della conseguente riapertura dei termini, il legale rappresentante della società ricorrente – società che annovera tra i 30 e i 40 dipendenti – invitava i propri addetti a procedere nuovamente ai già effettuati sopralluoghi e, ritenendo che tale adempimento fosse stato effettivamente posto in essere, provvedeva, a propria insaputa, al deposito, in gara, della medesima documentazione, recante, tuttavia, i verbali redatti in occasione del primo bando ma con la data alterata, cioè con una data diversa e successiva a quella del nuovo bando.
Ciò precisato, la ricorrente ritiene illegittimo il provvedimento di esclusione perché:
- l’ASL avrebbe escluso la ricorrente, ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. f-*bis*), D. Lgs. n. 50/2016, per la interpolazione della sola data di un documento irrilevante ai fini della partecipazione alla gara (in ragione della non obbligatorietà del sopralluogo);
- l’ASL non avrebbe, cioè, operato alcuna valutazione in ordine all’offensività della condotta della ricorrente rispetto all’utilità da conseguire;
- l’erroneità dell’operato dell’ASL risulterebbe confermato dal fatto che la stessa P.A., nella successiva segnalazione all’ANAC, ha precisato che la documentazione alterata “*è opzionale e facoltativa per la partecipazione*” alla gara;
- si tratterebbe, cioè, di un “falso innocuo”;
- anche a prescindere dalla figura del “falso innocuo”, l’esclusione per alterazione di un documento irrilevante ai fini della partecipazione alla gara si porrebbe in contrasto con il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche.
Aggiunge la ricorrente che, comunque, il sopralluogo è stato effettivamente svolto, sia pure in occasione della prima edizione della gara *de qua*, quindi la manipolazione della data avrebbe il solo e limitato effetto di collocare diversamente nel tempo un’attività realmente svolta. Inoltre, il caso di specie non risulterebbe annoverabile nelle ipotesi contemplate dall’art. 46 D.P.R. n. 445/2000 in relazione a ciò che è autocertificabile.
Per tutte le suddette ragioni, parte ricorrente deduce ulteriormente che il provvedimento è illegittimo anche nella parte relativa all’asserita frattura del vincolo fiduciario con il concorrente, non potendosi ritenere che la fiducia sia incrinata per una condotta realizzata ad insaputa dell’amministratore della società e in relazione a un documento ultroneo ai fini della partecipazione alla gara.
2.1) Il motivo è infondato.
Va premesso che il fatto della alterazione della data sui verbali di sopralluogo non è contestato dalla società ricorrente.
Ciò posto, osserva il Collegio che, a prescindere dal fatto che il sopralluogo fosse facoltativo per la concorrente, è indubitabile che, essendo stata alterata la data, l’impresa ricorrente ha reso una dichiarazione non veritiera, in quanto ha dichiarato di aver effettuato un sopralluogo che, nel giorno corrispondente alla data contraffatta, non è avvenuto. Tale condotta rappresenta, senza dubbio, una *immutatio veri*, che rientra nell’ipotesi di cui all’art. 80, comma 5, lett. f-*bis*), D. Lgs. n. 50/2016 e dalla quale “*consegue l’automatica esclusione dalla procedura di gara poiché depone in maniera inequivocabile nel senso dell’inaffidabilità e della non integrità dell’operatore economico*” (C.d.S., 12 aprile 2019, n. 2407).
Né può rilevare, al riguardo, la circostanza che il sopralluogo fosse facoltativo, in quanto il fatto di inserire in gara un documento relativo a un adempimento facoltativo comportava comunque che la concorrente si onerasse della previa verifica della correttezza di quanto dalla medesima dichiarato.
Nemmeno possono rilevare, sotto il profilo della legittimità dell’esclusione, eventuali stati soggettivi che avrebbero accompagnato la condotta posta in essere, rilevando questi ultimi, semmai, nel distinto procedimento per l’iscrizione nel casellario informatico, *ex* art. 80, comma 12, D. Lgs. n. 50/2016.
3) Col terzo motivo di ricorso, si denunciano: violazione e/o falsa applicazione degli artt. 80, 79, 93, D. Lgs. n. 50/2016, degli artt. 45, 46 e 76 D.P.R. n. 445/2000, degli artt. 7, 1, 3 L. n. 241/1990, degli artt. 97 e 41 Cost.; eccesso di potere sotto diversi profili, perplessità, contraddittorietà, illogicità, irragionevolezza, sviamento, ingiustizia manifesta, carenza di istruttoria, motivazione incongrua, insufficiente e/o contraddittoria; violazione delle norme sul giusto procedimento.
Con tale motivo, la società ricorrente sostiene l’illegittimità del provvedimento nella parte in cui dispone l’escussione della cauzione provvisoria. Posto che, al riguardo, sussiste la giurisdizione del G.A., tale capo del provvedimento sarebbe illegittimo, oltre che per derivazione dai motivi di censura sin qui illustrati, per violazione degli artt. 93, comma 6, e 80, comma 12, D. Lgs. n. 50/2016.
Infatti, in base all’art. 93 comma 6, cit. – che prevede che la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l’aggiudicazione e per ogni fatto riconducibile all’affidatario –, la ricorrente ritiene che l’escussione della garanzia si collochi solo dopo il momento dell’aggiudicazione e prima della stipula del contratto, non operando, viceversa, quando l’aggiudicazione non sia ancora intervenuta (com’è nel caso di specie).
Inoltre, ai sensi dell’art. 80, comma 12, cit., in caso di presentazione di falsa dichiarazione o documentazione, opererebbe, secondo la ricorrente, solo la segnalazione all’ANAC.
Nella prospettazione della ricorrente, quindi, il Legislatore avrebbe previsto, per un caso come quello di specie, solo le due seguenti sanzioni:
- l’esclusione del concorrente dalla gara;
- la segnalazione all’ANAC ai fini dell’eventuale iscrizione nel casellario informatico.
Tanto si ricaverebbe, *a contrario*, dall’art. 89, comma 1, D. Lgs. n. 50/2016, che, nel disciplinare l’avvalimento e nel caso di dichiarazioni mendaci, aggiunge l’escussione della garanzia all’esclusione e all’applicazione dell’art. 80, comma 12, cit.
3.1) Il motivo è fondato, alla luce di quanto di seguito si osserva.
Come fatto rilevare dalla difesa della ricorrente, in relazione all’art. 93, comma 6, D. Lgs. n. 50/2016 (a mente del quale “*La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario (…)*”), la giurisprudenza ha recentemente osservato che il predetto articolo “*colloca l’escussione della garanzia provvisoria nella fase successiva all’aggiudicazione e prima della stipula del contratto. In quest’ottica l’art. 93 comma 6 d. lgs. n. 50/16 deve essere letto in combinato disposto con gli artt. 36 comma 6 e 85 comma 5 e, soprattutto, 32 comma 7 d. lgs. n. 50/16 che prevedono come obbligatoria la verifica dei requisiti del solo aggiudicatario. Questo è il motivo per cui l’art. 32 comma 7 d. lgs. n. 50/16 condiziona l’efficacia dell’aggiudicazione, già intervenuta, al positivo riscontro dei requisiti. È, pertanto, in questa fase che, secondo il disposto dell’art. 93 comma 6 d. lgs. n. 50/16, opera la garanzia provvisoria la quale, nella previsione legislativa, sanziona le ipotesi in cui, anche per la mancanza dei requisiti dichiarati e negativamente verificati, non sia possibile, “dopo l’aggiudicazione” (inciso espressamente previsto dall’art. 93 d. lgs. n. 50/16 e mancante nel previgente art. 75 d. lgs. n. 163/06), pervenire alla sottoscrizione del contratto. Ne consegue che l’art. 93 comma 6 d. lgs. n. 50/16 non si applica alle ipotesi, quale quella in esame, in cui non è ancora intervenuta l’aggiudicazione ovvero in quelle ipotesi in cui la stazione appaltante procede discrezionalmente, nel corso della gara, alla verifica dei requisiti di uno o più concorrenti*” (T.A.R. Lazio, Roma, 23 gennaio 2019, n. 900 e, nello stesso senso, T.A.R. Lazio, Roma, 4 marzo 2019, n. 2838).
Nel caso di specie, quindi, considerato che si verte in una fase della procedura in cui non è ancora intervenuta l’aggiudicazione, l’ASL non poteva escutere la garanzia.
Ne deriva che, con riferimento al lotto oggetto del presente giudizio, la Determinazione Dirigenziale dell’ASL di Taranto n. 257-2019 è illegittima nella parte in cui determina di provvedere all’escussione della garanzia e, limitatamente a tale parte, va, per l’effetto, annullata, con conseguente annullamento dei successivi atti con i quali, dando seguito a tale parte di determinazione, l’ASL di Taranto ha chiesto a OMISSIS S.p.A. l’escussione della garanzia e il pagamento delle relative somme.
4) Con il quarto motivo di ricorso, si deducono: violazione e/o falsa applicazione degli artt. 80, 79, 93, D. Lgs. n. 50/2016, degli artt. 45, 46 e 76 D.P.R. n. 445/2000, degli artt. 7, 1, 3 L. n. 241/1990, degli artt. 97 e 41 Cost.; eccesso di potere sotto diversi profili, perplessità, contraddittorietà, illogicità, irragionevolezza, sviamento, ingiustizia manifesta, carenza di istruttoria, motivazione incongrua, insufficiente e/o contraddittoria; violazione delle norme sul giusto procedimento.
Con tale motivo, parte ricorrente censura il provvedimento impugnato anche nella parte in cui dispone la segnalazione all’ANAC, sia per illegittimità derivata dai motivi precedentemente spiegati sia perché il caso di specie, riguardando un contratto attivo in ragione della previsione di un canone in favore della P.A., non ricadrebbe nell’applicazione del D. Lgs. n. 50/2016 (*ex* art. 4 cit. D. Lgs.). Sempre secondo la ricorrente, non applicandosi il D. Lgs. n. 50/2016, la *lex specialis* di gara avrebbe dovuto espressamente prevedere la segnalazione all’ANAC per il caso di falsa documentazione, ma, poiché ciò non è stato previsto, la segnalazione sarebbe illegittima. Nemmeno, stando al ricorso, la segnalazione all’ANAC potrebbe giustificarsi alla luce del potere di vigilanza dell’ANAC sui contratti “esclusi”, atteso che la predetta attività di vigilanza è cosa diversa dalla segnalazione *ex* art. 80, comma 12, D. Lgs. n. 50/2016.
4.1) Il motivo è infondato, in quanto l’art. 164 D. Lgs. n. 50 /2016, relativo ai contratti di concessione ed espressamente richiamato dallo stesso Disciplinare di gara, stabilisce, al comma 2, che “*Alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione (…)”.* La materia delle esclusioni è quindi regolata, anche per la selezione del concessionario, dalle disposizioni poste in generale dal D.Lgs. n. 50/2016 e, segnatamente, dall’art. 80, applicato dall’ASL.
Conseguentemente, il provvedimento di esclusione è legittimo nella parte in cui segnala l’accaduto all’ANAC, ai sensi dell’art. 80, comma 12, cit.
5) Con riferimento alla posizione dell’ANAC nella presente controversia, rileva il Collegio che, come eccepito dall’Avvocatura dello Stato, va dichiarato il difetto di legittimazione passiva dell’ANAC, la quale va quindi estromessa dal giudizio. Infatti, gli atti impugnati sono ascrivibili solamente all’ASL, mentre l’ANAC risulta solo destinataria della segnalazione ai sensi dell’art. 80, comma 12, D. Lgs. n. 50/2016.
6) In conclusione, la causa trova le seguenti soluzioni:
- va dichiarato il difetto di legittimazione passiva dell’ANAC, con sua conseguente estromissione dal giudizio;
- va accolto il terzo motivo di ricorso e, per l’effetto e con riferimento al lotto oggetto del presente giudizio, vanno annullate sia la Determinazione Dirigenziale dell’ASL di Taranto n. 257-2019, limitatamente alla parte in cui determina di provvedere all’escussione della garanzia, sia i conseguenti atti con cui l’ASL di Taranto ha chiesto a OMISSIS S.p.A. l’escussione della garanzia e il pagamento delle relative somme;
- va respinto, per il resto, il ricorso.
7) Le spese del giudizio, considerata la fattispecie nel suo complesso, possono essere compensate.

Pubblicato il 15/05/2019
**N. 02584/2019 REG.PROV.COLL.**
**N. 04418/2018 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**
**(Sezione Prima)**
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4418 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da
OMISSIS s.p.a., OMISSIS s.r.l., OMISSIS s.r.l., in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato OMISSIS;
***contro***
Regione Campania, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato OMISSIS;
Giunta Regionale della Campania – Ufficio Speciale Centrale Acquisti – UOD1, in persona del legale rappresentante p.t., non costituito in giudizio;
***nei confronti***
OMISSIS s.r.l., OMISSIS s.r.l., OMISSIS s.p.a., in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato OMISSIS;
***per l'annullamento***
I) quanto al ricorso introduttivo:
- della nota prot gen. 0637926 del 10/10/2018, con cui la Giunta Regionale della Campania ha comunicato a OMISSIS s.p.a. che, in relazione alla *“proc n. 2597/A-SIA/18 – Proc n. 2597/A-SIA/18, procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del D. Lgs. n. 50/2016, a mezzo di accordo quadro triennale ai sensi dell'art. 54 co. 2 del D. Lgs. n. 50/2016, suddiviso in tre lotti e con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, art. 95, co. 2 D. Lgs. n. 50/2016 per l'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura quali studi di fattibilità tecnica ed economica e/o la progettazione definitiva e/o esecutiva per la realizzazione e/o trasformazione e/o ampliamento di impianti per il trattamento della frazione organica in Regione Campania. Lotto n. 1 CIG: 7332580C6D”*, con decreto dirigenziale n. 215 del 10/10/2018 era stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore del costituendo r.t.i. OMISSIS s.r.l.;
- del decreto dirigenziale n. 215 del 10/10/18, con cui la Direzione Generale 6 – Ambiente, Difesa del Suolo e Ecosistema della Regione Campania, preso atto dei verbali della commissione giudicatrice e delle relative risultanze, ha aggiudicato in via definitiva, condizionando sospensivamente l'efficacia all'esito positivo della verifica, ai sensi dell'art. 32, comma 5, del D.Lgs. 50/16, il lotto n. 1 al costituendo r.t.i. OMISSIS s.r.l., OMISSIS s.r.l., OMISSIS s.p.a. per un importo di € 725.790,00 al netto dell'Iva, avendo conseguito un punteggio complessivo di 81,908, di cui 63,750 punti per l'offerta tecnica e 18,158 per l'offerta economica;
- della nota prot. 2018.0698320 del 6/11/18 mai notificata, con cui l'Ufficio Speciale, Centrale Acquisti, procedure di finanziamento di progetti relativi ad infrastrutture, Progettazione UOD 01 Centrale Acquisti e procedure di finanziamento di progetti relativi ad infrastrutture della Giunta Regionale della Campania ha comunicato che, in relazione alla *“proc n. 2597/A\_SIA/18, procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del D. Lgs. n. 50/2016, a mezzo di accordo quadro ai sensi dell'art. 54 co. 2 del D. Lgs. n. 50/2016, suddiviso in tre lotti e aggiudicato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, art. 95, co. 2 D. Lgs. n. 50/2016 per l'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura. Lotto n. 1 CIG:7332580C6D; lotto n. 2 CIG: 73541547DC; lotto n. 3 CIG:73326527D9”*, dalle verifiche effettuate non sono emersi elementi ostativi all'aggiudicazione definitiva, con conseguente efficacia del decreto dirigenziale n. 215 del 10/10/2018 ai sensi dell'art. 32 comma 7 del D.Lgs. 50/2016;
- dei verbali di gara n. 1 del 10 maggio 2018, n. 2 del 14 maggio 2018, n. 3 del 6 giugno 2018, n. 4 del 20 giugno 2018, n. 5 del 27 giugno 2018, n. 6 del 4 luglio 2018, n. 7 del 12 luglio 2018 e di tutto quanto in essi rilevato e/o allegato ivi incluse le schede allegate ed i relativi punteggi e giudizi ivi riportati;
- della documentazione di gara, se e nella misura in cui dovesse essere ritenuta lesiva degli interessi della ricorrente, costituita da bando di gara e successiva rettifica, disciplinare di gara e relativi allegati (All. 1: domanda di partecipazione, All. 2: Modello DGUE, All. 3: Modello Offerta economica, All. 4.: Tavola “Z\_1 e Z\_2” del DM 143/2013, All. n. 5 Protocollo di Legalità), appendice al disciplinare, capitolato speciale di appalto parte generale, capitolato speciale di appalto parte tecnica, schema di contratto (accordo quadro), schema di contratto attuativo;
- di tutta l'offerta, costituita da documentazione amministrativa, offerta tecnica ed offerta economica, presentata dal costituendo r.t.i. composto da OMISSIS s.r.l., OMISSIS s.r.l. e OMISSIS s.p.a. e di tutto quanto in ciascun documento dell'offerta rilevato e/o allegato;
- di ogni atto e/o provvedimento preordinato, connesso e/o conseguente, se e per quanto lesivo degli interessi della ricorrente, con particolare riferimento al decreto dirigenziale n. 85 del 26/4/2018 di nomina della commissione giudicatrice, alla nota prot n. 0662782 del 22/10/18 di riscontro alla richiesta di accesso agli atti della ricorrente, al decreto dirigenziale n. 9 del 17/01/2018 della Direzione Generale/Ufficio/Struttura 6, UOD/Staff 1, di proroga al 6/2/18 per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara di interesse, al decreto dirigenziale della Direzione Generale/Ufficio/Struttura 6, UOD Staff 1, n. 1 del 3/1/18 di indizione della gara di interesse, al decreto dirigenziale del dipartimento 70 della direzione generale 5 UOD Area Tecnica n. 1 del 2/1/18 di avvio della gara di interesse, ai chiarimenti forniti;
- nonché per la declaratoria di nullità e/o inefficacia e di caducazione del contratto eventualmente stipulato;
II) con i motivi aggiunti depositati il 10 dicembre 2018:
- del silenzio - rifiuto formatosi sull’istanza di accesso agli atti del 19/10/2018 e del 8/11/18 formulata da OMISSIS s.p.a., quale mandataria del costituendo raggruppamento di imprese, alla Regione Campania, in relazione alla *“documentazione completa relativa alla fase di verifica post aggiudicazione (richiesta inviata, documentazione a comprova pervenuta, etc.) ed a tutti i successivi atti della procedura di gara” trasmessa dal costituendo RT OMISSIS, aggiudicatario del lotto n. 1 (CIG:7332580C6D) nell’ambito della “proc n. 2597/A-SIA/18 – Proc n. 2597/A-SIA/18”*;
- per l’accertamento del diritto all’accesso alla documentazione;
III) con i motivi aggiunti depositati il 1 dicembre 2019:
- degli atti acquisiti in esito all’accesso del 8/1/2019 (di cui alla pec del 8/1/19 della Regione Campania), relativi ai documenti trasmessi dal costituendo r.t.i. OMISSIS a comprova dei requisiti di idoneità, capacità economica–finanziaria e capacità tecnico-professionale, dichiarati in sede di gara.
- della documentazione rubricata “Regione Campania, sottofascicolo verifiche AVCpass”, della documentazione rubricata “Regione Campania, sottofascicolo Quantica”, della documentazione delle verifiche AVCpass relative ad OMISSIS s.r.l., nonché di tutto quanto rilevato e/o allegato in ciascun documento, della documentazione delle verifiche AVCpass.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Campania, delle società OMISSIS s.r.l., OMISSIS s.r.l., OMISSIS s.p.a.;
Visto il ricorso incidentale proposto dalle società OMISSIS s.r.l., OMISSIS s.r.l., OMISSIS s.p.a.;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 aprile 2019 il dott. Gianluca Di Vita e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Le società OMISSIS s.p.a. (capogruppo mandataria), OMISSIS s.r.l., OMISSIS s.r.l. (mandanti) impugnano il provvedimento di aggiudicazione in favore del raggruppamento temporaneo di imprese OMISSIS s.r.l./OMISSIS s.r.l./OMISSIS s.p.a. della procedura aperta indetta dalla Regione Campania ex art. 60 del D. Lgs. n. 50/2016 per la conclusione di un accordo quadro triennale ai sensi dell’art. 54, comma 2, del D.Lgs n. 50/2016, suddiviso in tre lotti del valore a base di gara di € 1.300.000 ciascuno distinti sulla base dell’area geografica di intervento e con il criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 95, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016 per *“l’affidamento dei servizi di ingegneria e architettura quali studi di fattibilità tecnica ed economica e/o la progettazione definitiva e/o esecutiva per la realizzazione e/o trasformazione e/o ampliamento di impianti per il trattamento della frazione organica in Regione Campania”.*
Il ricorso in trattazione ha ad oggetto il lotto n. 1 CIG:7332580C6D (che riguarda la Provincia di Napoli) aggiudicato, come si è anticipato, al r.t.i. OMISSIS, risultato primo graduato all’esito della selezione concorsuale con un punteggio complessivo di 81,908 di cui 63,750 punti per l’offerta tecnica e 18,158 per l’offerta economica.
In seconda posizione si è collocata la ricorrente con punteggio complessivo di 77,831 di cui 63,870 per l’offerta tecnica e 13,961 per l’offerta economica.
A sostegno dell’esperito gravame le società ricorrenti deducono i profili di illegittimità di seguito rubrucati: violazione della *lex specialis*, violazione del D.Lgs. n. 50/2016, violazione della L. n. 190/2012, violazione della L. n. 241/1990 e dell’art. 97 della Costituzione, violazione del principio di buon andamento dell’azione amministrativa, eccesso di potere, illogicità manifesta, contraddittorietà, carenza dei presupposti, carenza di istruttoria, difetto di motivazione, travisamento.
Con successivi motivi aggiunti depositati il 10 dicembre 2018 le istanti lamentano l’illegittimità del silenzio serbato dall’amministrazione sulle richieste di accesso ex art. 116 del c.p.a. avanzate il 19.10.2018 e l’8.11.2018 in relazione alla*“documentazione completa relativa alla fase di verifica post aggiudicazione (richiesta inviata, documentazione a comprova pervenuta, etc.) ed a tutti i successivi atti della procedura di gara”.*
In seguito all’ostensione degli atti richiesti ad opera della Regione Campania, le società ricorrenti hanno notificato ulteriori motivi aggiunti depositati il 1 febbraio 2019 avverso gli atti in epigrafe per violazione di legge ed eccesso di potere sotto distinti profili.
Le controinteressate OMISSIS s.r.l., OMISSIS s.r.l., OMISSIS s.p.a. si sono costituite per resistere al gravame proposto *ex adverso* e hanno eccepito l’irricevibilità del gravame per tardività ai sensi dell’art. 120, comma 2 bis, del c.p.a.; inoltre, hanno proposto ricorso incidentale avverso gli atti di gara, nelle parti in cui non è stato escluso il raggruppamento OMISSIS/OMISSIS/OMISSIS ed è stato attribuito un punteggio eccessivo alla relativa offerta.
Resiste in giudizio anche la Regione Campania che si associa all’eccezione di irricevibilità sollevata dalle società controinteressate e, inoltre, oppone l’inammissibilità del ricorso per mancata notifica agli operatori aggiudicatari dei lotti n. 2 e 3 (immediatamente subordinati al r.t.i. OMISSIS, primo classificato in tutti i lotti) le cui posizioni, secondo la tesi dell’amministrazione resistente, potrebbero essere incise dall’eventuale accoglimento delle censure proposte avverso la mancata esclusione del r.t.i. aggiudicatario del lotto n. 1, alla luce della previsione di cui all’art. 3 del disciplinare di gara (*“Ciascun concorrente può presentare offerta per tutti i lotti oggetto di gara ai sensi dell’art. 51, comma 2, D. Lgs. n. 50/2016, ma potrà aggiudicarsi un solo lotto ai sensi del successivo comma 3 dell’art. 51 cit.. Nel caso in cui un concorrente risulti primo in graduatoria per più lotti potrà aggiudicarsi, ex art. 51 comma 3 cit., sempre un solo lotto che la stazione appaltante individuerà, considerata l’omogeneità dei medesimi per prestazioni ed importo, applicando il criterio numerico crescente che contraddistingue i lotti oggetto di gara (es.: lotto n. 1 al primo in graduatoria del lotto n. 1, lotto n. 2 al secondo in graduatoria del lotto n. 2, e così via*)*”.* Nel merito, l’amministrazione assume la legittimità dell’azione amministrativa e conclude per il rigetto del ricorso.
Con ordinanza presidenziale n. 2273 del 22.11.2018 il T.A.R. ha ordinato l’integrazione del contraddittorio nei confronti delle società aggiudicatarie dei lotti n. 2 e n. 3; l’incombente è stato assolto dalla parte ricorrente.
Dopo ulteriore scambio di memorie e deposito di documentazione, all’udienza del 17 aprile 2019 la causa è stata infine trattenuta in decisione.

**DIRITTO**

1. Viene in decisione il ricorso proposto dalle società OMISSIS s.p.a. (capogruppo mandataria), OMISSIS s.r.l., OMISSIS s.r.l. (mandanti) avverso il provvedimento di aggiudicazione in favore del raggruppamento temporaneo di imprese (di seguito r.t.i.) tra le società OMISSIS s.r.l., OMISSIS s.r.l., OMISSIS s.p.a. della procedura indetta dalla Regione Campania per la conclusione di un accordo quadro triennale avente ad oggetto l’affidamento di *“servizi di ingegneria e architettura per gli studi di fattibilità tecnica economica e la progettazione definitiva ed esecutiva di opere di architettura e ingegneria per la realizzazione o la trasformazione e/o ampliamento di Impianti per il trattamento della frazione organica in Regione Campania”*, relativamente al lotto n. 1 (Provincia di Napoli).
2. Il ricorso introduttivo è infondato e, quindi, si appalesa superfluo l’esame delle eccezioni in rito sollevate dalle controparti processuali; tanto in applicazione del principio di economia dei mezzi processuali che, secondo consolidata giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 5/2015; Sez. IV, n. 3225/2017 e n. 3225/2017) e di legittimità (Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 26242/2014 e n. 26243/2014), consente di derogare all’ordine delle questioni da esaminare previsto dall’art. 276 c.p.c. privilegiando lo scrutinio della ragione “più liquida” sulla scorta, peraltro, del paradigma sancito dagli artt. 49, comma 2, e 74 del c.p.a..
3. Con un primo profilo di illegittimità parte ricorrente lamenta la mancata esclusione del r.t.i. aggiudicatario per carenze della documentazione concernente la mandataria OMISSIS s.r.l..
In particolare, sussisterebbe violazione dell’art. 16 del disciplinare, secondo cui ciascun servizio facente parte della relazione tecnica dei servizi (relazione R1) doveva essere corredato dal relativo certificato di esecuzione da parte del committente; ciò in quanto il certificato prodotto dal r.t.i. aggiudicatario relativo all’incarico di *“revamping e valorizzazione delle sezioni di trattamento meccanico biologico del complesso impiantistico di Ca’ del Bue – Verona per il periodo 2012-2014”*, allegato alla relazione tecnica dei servizi - R1 - è stato rilasciato dalla società P. &W. Progetti per lo Sviluppo s.r.l. che, secondo la ricorrente, non risulterebbe la committente dei detti servizi e, sotto distinto profilo, neppure potrebbe ricoprire la qualità di impresa subappaltatrice della società affidataria ai sensi dell’art. 105, comma 19, del D.Lgs. n. 50/2016.
La censura non ha pregio.
L’art. 16 del disciplinare di gara prescriveva che, all’interno della busta B (offerta tecnico – organizzativa), dovesse essere inserita a pena di esclusione una relazione tecnica dei servizi offerti contenente anche una descrizione dei servizi di progettazione definitiva ed esecutiva realizzati nell’ultimo decennio significativi della propria capacità tecnica di realizzare la prestazione sotto il profilo tecnico, architettonico, strutturale, impiantistico e ambientale aggiungendo, per quanto rileva nel presente giudizio, che *“ciascun servizio presentato dovrà essere corredato di relativo certificato di esecuzione del servizio da parte del committente”.*
Ebbene, tale essendo la formulazione della disposizione, a tale incombente ha adempito il r.t.i. aggiudicatario che ha prodotto il certificato di esecuzione richiesto dalla disciplina di gara sul quale la commissione ha fondato legittimamente le proprie valutazioni in ordine all’offerta tecnica; nel caso specifico il ruolo di committente (privato) è stato rivestito dalla P. & W. s.r.l. e non vi è ragione di dubitare che il servizio sia stato effettivamente svolto dalla società OMISSIS s.r.l., considerato anche che risultano prodotte agli atti del giudizio: 1) documentazione progettuale a corredo della richiesta di Autorizzazione Ambientale Integrata che reca in calce il timbro della società OMISSIS s.r.l. alla quale, pertanto, è riferibile il servizio; 2) deliberazione della Giunta Regionale del Veneto n. 1143 del 12 luglio 2016 recante approvazione della richiesta di Autorizzazione Ambientale Integrata ex D.Lgs. n. 152/2006 riferita al citato progetto di *“revamping e valorizzazione delle sezioni di trattamento meccanico biologico del complesso impiantistico di Ca’ del Bue”*che, pertanto, comprova l’esecuzione del servizio medesimo (cfr. documenti depositati da OMISSIS s.r.l. in data 18.11.2018)*.*
In altri termini, ai fini della valutazione dei servizi dichiarati occorreva unicamente allegare il richiamato certificato di esecuzione (adempimento ritualmente svolto dal r.t.i. aggiudicatario) oggetto di valutazione da parte della commissione di gara, senza che possa rilevare la questione relativa alla presunta illegittimità dell’incarico di progettazione che, invero, esula dall’oggetto del giudizio.
Non può poi dubitarsi in ordine all’ammissibilità della documentazione rilasciata da committenti privati, visto che il disciplinare di gara non prevedeva che tale certificato di esecuzione dovesse essere rilasciato esclusivamente da amministrazioni pubbliche, mentre il mancato inserimento del servizio in questione nel DGUE (Sez. C - *“capacità tecniche e professionali”*) può essere spiegato non con il mancato svolgimento dell’attività, bensì con la circostanza che in quel documento andavano inserite unicamente le commesse affidate da enti pubblici.
4. Con un ulteriore profilo di illegittimità le ricorrenti evidenziano che la dichiarazione di accettazione del protocollo di legalità di cui all’allegato 5 del disciplinare è stata redatta dal r.t.i. controinteressato in data 24 febbraio 2018 quindi oltre il termine previsto dal disciplinare per la presentazione della domanda (6 febbraio 2018) con conseguente operatività della causa di esclusione prevista dal disciplinare di gara ai sensi dell’art. 1, comma 17, della L. n. 190/2012 (*“Le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara”*).
L’argomentazione è infondata.
Dall’esame della documentazione prodotta in giudizio da OMISSIS s.r.l. in data 16.11.2018 (pag. 36) risulta che in data 24.1.2018 la società ha reso espressa dichiarazione di accettazione del protocollo di legalità siglato tra il Prefetto della Provincia di Napoli e la Regione Campania, introducendola nella busta “A” depositata entro il termine previsto dalla disciplina di gara; tanto basta per respingere la censura, poiché detta dichiarazione soddisfa la prescrizione posta dal disciplinare di gara (cfr. art. 6:*“La mancata accettazione delle clausole contenute nel protocollo di legalità costituisce causa di esclusione dalla gara, ai sensi dell’art. 1, comma 17 della Legge 190/2012”*) senza che rilevi la diversa data apposta in calce al modulo di cui all’allegato 5 che, secondo la prospettazione della società controinteressata, sarebbe dipesa da mero errore materiale nella indicazione del mese (24 febbraio 2018 anziché 24 gennaio 2018).
5. Sono destituite di giuridico fondamento le deduzioni con cui parte ricorrente invoca l’esclusione del r.t.i. a causa di carenze riscontrate nel DGUE prodotto dalla società Quantica, mandante del raggruppamento aggiudicatario, in relazione alla omessa compilazione per tutti gli amministratori in carica, alla carenza di informazioni riferite alle “capacità tecniche e professionali” (classi e categorie dei lavori) e delle ragioni per cui l’impresa non è in possesso di certificati relativi a sistemi di garanzia della qualità e del rispetto delle norme di gestione ambientale.
In senso contrario, rileva il Collegio che tali carenze non avrebbero potuto condurre alla estromissione dalla procedura concorsuale, trattandosi di profili certamente emendabili mediante soccorso istruttorio ai sensi dell’art. 13 del disciplinare di gara e dell’art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016 (*“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”*).
6. Con un ulteriore ordine di rilievi, le società ricorrenti contestano l’illogicità ed irragionevolezza del punteggio conseguito dal r.t.i. aggiudicatario in relazione all’offerta tecnica. Nel dettaglio, le istanti aspirano ad una riparametrazione al fine di superare il distacco di 4,077 punti con la prima graduata e, a tale scopo, ritengono che il miglior punteggio tecnico conseguito dall’a.t.i. ricorrente pari a soli 0,12 punti in più rispetto a quello del r.t.i. OMISSIS non rispecchierebbe la presunta differenza in termini qualitativi tra le due offerte.
I rilievi non colgono nel segno.
Va rammentato che, per giurisprudenza consolidata (*ex multis,*Consiglio di Stato, Sez. V, n. 433/2019), nelle gare di appalto che prevedono il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte tecniche costituisce espressione di un'ampia discrezionalità tecnica, con conseguente insindacabilità nel merito delle valutazioni e dei punteggi attribuiti dalla commissione giudicatrice, ove non inficiate da macroscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza manifesta.
A tale considerazione va poi aggiunto che, nel caso specifico, le ricorrenti affidano il ragionamento a confronti operati su griglie parametrate alla propria offerta che, pur richiamando i profili previsti dal disciplinare, sono state poi ulteriormente disaggregate e liberamente scelte, senza alcun aggancio a subparametri contenuti nella *lex specialis*. Ad esempio, riguardo alla relazione tecnica di offerta, il disciplinare chiariva a pag. 23 che occorreva esplicare le modalità con cui sarebbero state svolte le prestazioni (le modalità di esecuzione della progettazione per le diverse categorie indicate, diagrammi di flusso e cronoprogrammi, metodologia di approccio alle diverse tematiche progettuali in riferimento agli esempi sopra riportati, identificazione di studi e indagini necessari alla redazione dello studio di fattibilità tecnico - economica, di un progetto definitivo, di un esecutivo, modalità di utilizzo di nuove tecnologie per l'espletamento del servizio e loro possibile interoperabilità con i sistemi tradizionali) ma non recava esplicito riferimento agli argomenti indicati dalla ricorrente nella seconda colonna del riquadro a pag. 16 del ricorso che, secondo la medesima, sarebbero stati meglio sviluppati rispetto all’a.t.i. controinteressata.
6.1. Tale deduzione consente di respingere i rilievi che riguardano i punteggi assegnati in relazione ai criteri A.2 (Relazione tecnica di offerta) e A.3 (Qualifica del personale): difatti, parte ricorrente rivendica un maggior punteggio sostenendo di aver affrontato una serie di argomenti che l’a.t.i. OMISSIS avrebbe invece completamente tralasciato e, come si è anticipato, a sostegno di tale ragionamento ha redatto una tabella riepilogativa di confronto suddivisa in profili che non trovano alcun riferimento nel disciplinare di gara, con conseguente inconsistenza delle censure.
6.2. Con riguardo al punteggio riferito al sottocriterio A.3, terzo alinea (*curricula vitae* dei singoli professionisti responsabili delle varie discipline), è privo di pregio il ragionamento delle ricorrenti che, in sintesi, ritengono di aver diritto ad un maggior subpunteggio per aver offerto un numero di professionalità maggiori rispetto all’a.t.i. OMISSIS (36 contro 25). Contrariamente a quanto dedotto dalle istanti, la disciplina di gara non prevedeva infatti alcuna graduazione del punteggio in relazione al numero dei professionisti, ma prendeva in considerazione unicamente il *curriculum*dei singoli professonisti impiegati.
6.3. In relazione al criterio A.4 (partecipazione di giovani professionisti), va respinta la deduzione delle ricorrenti che ritengono iniquo il punteggio ricevuto, lamentando di aver previsto nel proprio organigramma n. 10 giovani professionisti contro i n. 4 indicati dal r.t.i. OMISSIS. Difatti, ai fini dell’attribuzione del subpunteggio, il parametro in questione prendeva in considerazione, oltre al numero di giovani professionisti, anche le relative modalità di inserimento nel *team*di progettazione (*“La Commissione valuterà la presenza dei giovani professionisti a supporto della struttura di progettazione. Oltre al numero di elementi proposti, sarà valutata la modalità del suo inserimento nel processo di progettazione”*) e in relazione a tale profilo non risulta documentata una oggettiva superiorità dell’offerta delle ricorrenti.
6.4. Quanto al parametro A.5(Modalità di interazione/integrazione con la committenza) è palesemente infondato il profilo di illegittimità secondo cui l’a.t.i. ricorrente avrebbe illegittimamente ottenuto un punteggio inferiore (7) rispetto all’aggiudicatario (10) in quanto sarebbe stato erroneamente calcolato il numero di giorni/mese (8 anziché 8,66) offerto presso la sede della committente per consultazioni e/o revisioni del materiale prodotto.
Al riguardo va rammentato che, in base al disciplinare di gara, il criterio era così formulato: *“La Commissione attribuirà il punteggio in funzione della proposta di dedicare, nel corso dello svolgimento dei singoli contratti attuativi affidati, la presenza di figure specialistiche competenti per i singoli aspetti di progettazione, per un numero minimo di giornate/mese presso la sede della committenza per consultazioni e/o revisioni del materiale prodotto”*ed il subpunteggio sarebbe stato commisurato al numero di giornate/mese offerte, secondo una graduazione prevista dal disciplinare (pag. 26).
Ebbene, nel caso specifico l’a.t.i. OMISSIS ha offerto un numero di giornate/mese pari ad 8 indicato con numero e a lettere mentre il r.t.i. aggiudicatario ha offerto un rapporto pari a 9, con conseguente legittimità dei corrispondenti subpunteggi assegnati dalla commissione di gara (rispettivamente 7 al r.t.i. OMISSIS e 10 al r.t.i. OMISSIS).
L’eventuale refuso che l’a.t.i. ricorrente sostiene di aver commesso nel calcolo delle giornate/mese indicato nella propria offerta non può non ricadere sulla medesima in base al principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, secondo cui ogni operatore economico sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione dell’offerta.
7. Sono infine infondate le censure con cui parte ricorrente lamenta il difetto di motivazione in ordine ai criteri di attribuzione del punteggio e la presunta contraddittorietà tra i giudizi formulati da alcuni commissari di gara e i corrispondenti coefficienti assegnati.
In proposito, l’art. 18 del disciplinare di gara recava specifica indicazione in ordine ai criteri e sub-criteri di valutazione dell’offerta, in relazione ai quali la ponderazione è ricondotta ad una soglia con valore numerico determinato che prevede uno scarto tra il minimo e il massimo.
Può quindi affermarsi che vi è specificazione di parametri di valutazione che parcellizzano e specificano gli elementi che compongono l’offerta tecnica degli operatori concorrenti, con previsione per ciascuno di essi di specifico punteggio, onde la discrezionalità dell’amministrazione non solo viene veicolata in ambiti obbligatori di valutazione ma viene, altresì, previamente definita e precisata in maniera tale da consentire, pur attraverso la mera attribuzione del voto numerico, di risalire all’*iter* logico seguito nella assegnazione del concreto punteggio attribuito.
Peraltro, la griglia di valutazione appare dettagliata e non generica, conforme, pertanto, agli orientamenti giurisprudenziali che individuano le condizioni in presenza delle quali la valutazione può legittimamente essere espressa attraverso la mera attribuzione del voto numerico (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 4438/2017 e n. 1889/2016; Sez. III, n. 2050/2015).
7.1. Non ha poi pregio la questione relativa alla presunta discrasia tra il voto numerico e il giudizio di valore effettuato da alcuni commissari, alla luce delle previsioni contenute nel disciplinare di gara, secondo cui il coefficiente numerico discrezionalmente attribuito dal singolo commissario avrebbe concorso al calcolo della media dei coefficienti e, solo in seguito, alla determinazione del punteggio finale (*“La Commissione procederà con l'attribuzione discrezionale di un coefficiente variabile tra zero e uno da parte di ciascun commissario di gara; successivamente verrà calcolatala media dei coefficienti che sarà moltiplicata per il punteggio massimo attribuibile in relazione al singolo criterio”,*disciplinare di gara, pag. 26). In altri termini, ai fini della valutazione dell’offerta ciò che rileva in base alla *lex specialis*è il punteggio numerico ottenuto dalla media dei coefficienti di tutti i commissari che, invero, non può ritenersi complessivamente inficiato dai giudizi di valore incongruenti evidenziati nel ricorso espressi da alcuni componenti del seggio di gara.
8. Passando all’esame dei motivi aggiunti depositati il 10.12.2018 aventi ad oggetto la richiesta di accesso ex art. 116 c.p.a., occorre prendere atto della relativa improcedibilità, visto che l’amministrazione ha provveduto all’ostensione degli atti richiesti, con conseguente sopravvenuta carenza di interesse alla relativa decisione.
9. Vanno respinti i motivi aggiunti depositati il 1.2.2019 con cui parte ricorrente invoca l’estromissione del raggruppamento aggiudicatario per illegittimità dell’atto di ammissione che, secondo la prospettazione attorea, risulterebbe comprovata dall’esame dei documenti acquisiti in sede di accesso.
In applicazione del principio di sinteticità nella redazione delle sentenze in materia di appalti pubblici ex art. 120, comma 10, del c.p.a. (*“Tutti gli atti di parte e i provvedimenti del giudice devono essere sintetici e la sentenza è redatta, ordinariamente, nelle forme di cui all' articolo 74”*), di seguito si riportano le ragioni reiettive:
- quanto alla presunta illegittimità della trasmissione degli atti a comprova dei requisiti di partecipazione alla gara (inoltrati a mezzo p.e.c. e non con sistema AVCpass come prescritto dal disciplinare di gara), rileva il Collegio che il raggruppamento si è legittimamente avvalso di una facoltà concessa dalla stazione appaltante con nota del 4.9.2018 per l’ipotesi di eventuali problemi nel funzionamento del sistema AVCpass, inoltre non risulta che la diversa modalità di trasmissione abbia impedito all’amministrazione di procedere alle verifiche di competenza con conseguente operatività del principio del raggiungimento dello scopo;
- in ordine alla carenza del requisito speso dal r.t.i. aggiudicatario circa la *“Realizzazione di un impianto di compostaggio per il trattamento della FORSU prodotta dai Comuni soci della Ecolan Spa”*(cfr. DGUE di OMISSIS s.r.l., pag. 15), il prospettato difetto di legittimazione del soggetto che ha sottoscritto il certificato di esecuzione non comprova l’inattendibilità del documento sotto il profilo dell’effettivo svolgimento del servizio dichiarato considerato anche che, come dedotto dalla difesa della parte controinteressato, all’epoca di svolgimento di tale attività (2012) il sottoscrittore rivestiva la qualità di direttore tecnico della Ecolan s.p.a. e, quindi, aveva cognizione diretta della circostanza attestata;
- quanto alla *“Realizzazione dell’impianto di termovalorizzazione di Acerra – direzione lavori”* (cfr. DGUE di OMISSIS s.r.l., pag. 15), i rilievi delle ricorrenti si infrangono contro le risultanze documentali in atti che comprovano lo svolgimento dell’incarico di direzione dei lavori conferito da Fibe s.p.a. ed indicato dall’operatore (cfr. documentazione depositata da OMISSIS in data 1.2.2019, allegato 2, pag. 20 e seguenti, verbale di ultimazione dei lavori e a pag. 32 collaudo delle opere; documentazione depositata da OMISSIS in data 26.3.2019, allegato n. 4, pag. 4 e seguenti);
- in ordine ai servizi denominati *“Grande progetto – risanamento ambientale e valorizzazione dei Regi Lagni ‘Rifunzionalizzazione ed adeguamento delle sezioni di trattamento dell’impianto di depurazione Cuma – progettazione definitiva’*; *“Grande progetto – risanamento ambientale e valorizzazione dei Regi Lagni ‘Rifunzionalizzazione ed adeguamento delle sezioni di depurazione di Cuma – progettazione esecutiva’”* e *“Grande progetto – risanamento ambientale e valorizzazione dei Regi Lagni ‘rifunzionalizzazione ed adeguamento delle sezioni di trattamento dell’impianto di depurazione di Napoli Nord - progettazione definitiva’”*(cfr. DGUE di OMISSIS s.r.l., pagg. 15 e 16), vanno respinti i rilievi formulati dalle ricorrenti che contestano l’effettivo svolgimento dei servizi di progettazione definitiva ed esecutiva dichiarati, alla luce del contenuto delle attestazioni rilasciate dalla Regione Campania alle quali deve riconoscersi efficacia fidefacente che dimostrano l’effettuazione dei servizi (documenti acquisiti in sede di accesso e depositati da OMISSIS s.p.a. in data 16.1.2019, allegato n. 2, pagg. 38 e 39; documento depositato da OMISSIS s.r.l. in data 27.3.2019, allegato n. 13), tenuto conto anche della genericità delle contestazioni attoree, prive di riscontri documentali;
- con riferimento all’attività dichiarata da OMISSIS s.r.l. (DGUE, Allegato A) di seguito indicata *“impianto di trattamento recupero rifiuti (loc. Pian del Vantaggio) – 35/A Orvieto (TR), adeguamento sistema di raccolta acque di processo e smaltimento, acque meteoriche, progettazione esecutiva, sicurezza in fase di progettazione, direzione dei lavori, sicurezza in fase di esecuzione, misura e contabilità dei lavori”*, risulta versato agli atti di causa il certificato di esecuzione che comprova lo svolgimento del servizio (documenti depositati dalla parte controinteressata in data 26.3.2019);
- riguardo all’attività denominata *“Discarica di Orvieto - Impianto di trattamento e recupero rifiuti, loc. Pian del Vantaggio 35/A – Orvieto (TR) – interventi di manutenzione ordinaria in corrispondenza del piazzale di ricezione RSU e dell’uscita FSC da pressa”*(DGUE di OMISSIS s.r.l., Allegato A), la censura è inconferente alla luce della deduzione svolta dalla parte resistente, non puntualmente confutata dalla ricorrente, che afferma di non aver reso alcun certificato di esecuzione non essendosi avvalsa del servizio;
- l’inconsistenza dei rilievi che riguardano i requisiti tecnico – professionali delle società Quantica e OMISSIS conduce altresì al rigetto della censura, peraltro genericamente formulata, con cui le ricorrenti assumono la mancata corrispondenza dei requisiti (dalle medesime ritenuti infondatamente insussistenti) delle predette imprese rispetto alle relative quote di esecuzione dell’appalto;
- infine non hanno efficacia invalidante le carenze evidenziate dalle ricorrenti in ordine alla mancata allegazione da parte del r.t.i. aggiudicatario dei contratti stipulati con alcuni professionisti, non risultando invero specificate le disposizioni di legge e di disciplinare asseritamente violate.
10. In conclusione, le richiamate considerazioni conducono al rigetto del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti.
11. Per l’effetto, ribadita la legittimità dell’impugnato provvedimento di aggiudicazione in favore del r.t.i. OMISSIS s.r.l., non resta che dichiarare l’inammissibilità del gravame incidentale proposto dalle società controinteressate per carenza di interesse alla relativa decisione.
Le questioni appena 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 (Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 3225/2017; n. 3229/2017; Cassazione civile, Sez. V, n. 7663/2012). 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.
12. La regolazione delle spese di giudizio segue il principio della soccombenza di cui agli artt. 26 c.p.a. e 91 c.p.c. nella misura indicata in dispositivo, così come l’onere del rimborso del contributo unificato versato dalle ricorrenti incidentali, ai sensi dell’art. 13, comma 6-bis.1, del D.P.R. n. 115/2002 che grava sulle ricorrenti principali.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, così provvede:
- rigetta il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti proposti dalle società OMISSIS s.p.a., OMISSIS s.r.l., OMISSIS s.r.l.;
- dichiara inammissibile il ricorso incidentale proposto dalle società OMISSIS s.r.l., OMISSIS s.r.l., OMISSIS s.p.a.;
- condanna le società OMISSIS s.p.a., OMISSIS s.r.l., OMISSIS s.r.l., in solido tra loro, al pagamento delle spese processuali in favore delle controparti processuali che liquida in € 3.000,00 (tremila/00) oltre accessori di legge, da ripartire in parti uguali tra le parti resistenti (€ 1.500,00 oltre accessori in favore della Regione Campania ed € 1.500,00 oltre accessori da ripartire tra le società controinteressate);
- condanna altresì le società OMISSIS s.p.a., OMISSIS s.r.l., OMISSIS s.r.l., in solido tra loro, al rimborso del contributo unificato versato dalle società controinteressate in relazione al ricorso incidentale.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 17 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:
Salvatore Veneziano, Presidente
Gianluca Di Vita, Consigliere, Estensore
Domenico De Falco, Primo Referendario

Pubblicato il 13/05/2019
N. 00324/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00237/2019 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 237 del 2019, proposto da:
-OMISSIS-., in persona del legale rappresentante *pro tempore* -OMISSIS-, e -OMISSIS-., in persona del legale rappresentante *pro tempore* Dott. -OMISSIS-, rappresentate e difese dall'avvocato Raffaele Brunetti, 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;

nei confronti

Gaia Tech srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

*previa sospensione dell’efficacia*

a) della comunicazione di esclusione avente ad oggetto “Lavori di bonifica ex discarica in loc. Scinà del Comune di Bovalino. Affidamento servizi attinenti all'architettura…” prot. n. 33026 del 15/3/2019 emessa dalla Città metropolitana di Reggio Calabria- stazione Unica Appaltante, previa declaratoria del diritto delle ricorrenti di essere riammesse nella graduatoria, nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale;

b) della comunicazione di avvio procedimento di esclusione avente ad oggetto “Lavori di bonifica ex discarica in loc. Scinà del Comune di Bovalino. Affidamento servizi attinenti all'architettura…” Prot. n.29644, dell'8 marzo 2019, emessa dalla Città metropolitana di Reggio Calabria- stazione Unica Appaltante”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Città Metropolitana di Reggio Calabria;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2019 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.-OMISSIS-. e -OMISSIS- hanno partecipato, in costituendo r.t.i., alla gara d’appalto indetta dalla Città Metropolitana di Reggio Calabria per l’affidamento della progettazione esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e direzione dei lavori di bonifica dell’ex discarica sita in località Scinà del Comune di Bovalino.

2.Espletate le operazioni di gara in cui hanno presentato l’offerta altre tre ditte concorrenti, è risultato vincitore il costituendo raggruppamento ricorrente.

3.In sede di verifica dei requisiti generali e speciali, la stazione appaltante ha tuttavia accertato che i legali rappresentanti delle predette società (il -OMISSIS- per la -OMISSIS- e l’ing. -OMISSIS- per la -OMISSIS-), non avevano indicato, nelle dichiarazioni presentate, l’esistenza di condanne penali definitive, risultanti dal casellario giudiziale.

L’omessa dichiarazione ha riguardato, quanto all’ing. -OMISSIS-, un decreto penale di condanna del 28.04.2011, esecutivo il 04.12.2011, emesso per il reato previsto dall’art. 256 del D.Lgs. n.152/2006, mentre il sig. -OMISSIS- aveva omesso di dichiarare la sentenza di condanna del 28.03.2000, divenuta irrevocabile l’01.06.2000, per il reato previsto dall’art. 14 comma 2 della legge 230/1998.

4.Con nota n.33026 del 15.03.19, comunicata a mezzo pec in data 18.03.19, la stessa stazione appaltante, previa attivazione del contraddittorio predecisorio, ha quindi comunicato l’esclusione dalla procedura di gara per l’omessa dichiarazione delle condanne riportate ex art.80 comma 1 lett. f-bis) D. Lgs n.50/16.

5.Con ricorso notificato il 12 aprile 2019 e depositato il 19 aprile successivo le società ricorrenti hanno chiesto l’annullamento, previa sospensione dell’efficacia, degli atti meglio descritti in epigrafe e la conseguente riammissione nella posizione acquisita in graduatoria, deducendo le seguenti censure:

5.1.*Error in iudicando per violazione e falsa applicazione dell’art. 80 del D.lgs. n. 50/2016, sull’ irrilevanza dell’omessa dichiarazione, sulla violazione e falsa applicazione dell’art. 38 comma 1 lett. C) del D.lgs. n. 163/2006, sull’eccesso di potere per erronea presupposizione e carente istruttoria, sulla carenza di motivazione, sulla violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione ex art. 83 del Codice dei contratti pubblici, nonché sulla violazione della Direttiva 2014/24/CE.*

A sostegno del primo motivo di gravame, il raggruppamento evidenzia che: a) i reati per i quali i rispettivi rappresentanti legali sono stati condannati (l’ing. Landi per reati in materia ambientale e il -OMISSIS- per il reato previsto dall’art. 14, comma 2, della legge n. 230/1998, successivamente abrogato per effetto del provvedimento del 17 aprile 2019 dal Tribunale di Pesaro – Giudice dell’Esecuzione Penale) non rientrano tra quelli indicati dall’art. 80 del D.lgs. n.80/2016 a pena di esclusione; b) l’Amministrazione ha omesso ogni valutazione circa l’effettivo possesso dei requisiti professionali e morali richiesti e c) il bando di gara è generico ed equivoco nella misura in cui non ha specificato la doverosità della comunicazione di qualsiasi condanna per qualsiasi titolo di reato.

5.2.*Errore in iudicando per violazione e falsa applicazione dell’art. 80 del D.lgs. n. 50/2016, sull’art. 445 c.p.p., sull’estinzione del reato, sull’irrilevanza dell’omessa dichiarazione, sulla violazione dell’art. 3 della L. 241/1990, sul difetto di motivazione, sulla carenza dell’istruttoria, nonché sulla violazione dell’art. 38 comma 1 lett. C) e comma 2 del Codice dei contratti pubblici*.

Con la seconda censura le ricorrenti, nel dolersi nuovamente che i reati per i quali sono stati condannati i rispettivi rappresentanti legali esulano dall’elencazione di cui all’art. 80 del D.lgs. n. 50/2016, sottolineano trattarsi di reati ambedue estinti che non erano, per ciò solo, tenute a dichiarare, vuoi per il decorso del tempo ex art. 445, comma 2, c.p.p. vuoi, quanto alla posizione del -OMISSIS-, per *abolitio criminis*.

6.Si è costituita in giudizio la sola Amministrazione intimata, depositando documenti e memoria difensiva, e non la Gaia Tech srl evocata in giudizio quale presunta controinteressata.

7.All’udienza in camera di consiglio dell’8 maggio 2019 fissata per la trattazione dell’istanza incidentale di sospensione dell’atto impugnato, la causa è stata discussa e posta in decisione.

8.Preliminarmente il Collegio ravvisa la sussistenza dei presupposti di legge per definire il giudizio nella presente sede cautelare, con sentenza in forma semplificata ai sensi degli artt. 60 e 120 c.p.a., essendo, tra l’altro, state rese edotte le parti di tale eventualità, come consta dal verbale d’udienza.

9.Sempre in rito, il Collegio, essendo la relativa questione emersa nel corso della discussione, precisa che la controversia è e continua ad essere regolata dall’art. 120, comma 2 bis, c.p.a., nonostante quest’ultima disposizione sia stata abrogata dall’art.1, comma 4, del D.L. 18 aprile 2019, n.32 entrato in vigore lo stesso giorno del deposito del presente ricorso (19 aprile 2019) che, però, è stato validamente notificato in data anteriore (12 aprile 2019).

La disposizione appena riportata, infatti, determina la soppressione del rito “super speciale” introdotto dall’art. 204 del D.lgs. n. 50/2016, residuando così all’attualità, all’art. 120 c.p.a., soltanto il suddetto rito “speciale” appalti, introdotto con l’entrata in vigore del codice del processo amministrativo (D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104).

La latitudine applicativa di quest’ultima norma rivive con riferimento sia ai ricorsi proposti avverso i provvedimenti autonomamente ed immediatamente lesivi che determinano le esclusioni dalla procedura di affidamento (come nel caso di specie), sia ai ricorsi avverso i provvedimenti che determinano le altrui ammissioni, la cui impugnazione, in virtù della disposizione abrogante, ritorna a dover essere posticipata al momento dell’aggiudicazione definitiva ovvero a quello in cui (per la prima volta) l’interesse a ricorrere da parte del concorrente, insoddisfatto dall’esito della gara, diventa concreto ed attuale.

Sul piano del diritto transitorio, l’art. 1, comma 5, del D.L. n.32/19 stabilisce che “*Le disposizioni di cui al comma 4 si applicano ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore del presente decreto*”, avendo il legislatore assunto quale riferimento temporale non già la pubblicazione del bando di gara o la spedizione dell’invito, ovverosia, secondo i consueti criteri adottati allo scopo nella materia, il momento dell’avvio della procedura di affidamento, bensì l’inizio del processo.

Ritiene il Collegio che, in virtù di un canone interpretativo ispirato a fondamentali esigenze di effettività della tutela giurisdizionale ma anche di ordine logico-sistematico, per processi “*iniziati dopo la data di entrata in vigore del presente decreto*” debbano intendersi, nell’ottica di chi agisce in giudizio ovvero di chi lo ha “iniziato”, quelli in cui il ricorso introduttivo venga notificato (e non depositato) dopo il 19 aprile 2019 in quanto:

a) a prescindere dal momento in cui nel processo amministrativo si determina la litispendenza (notificazione del ricorso o il suo deposito), rilevano, ai limitati fini della norma transitoria e nell’ambito della disciplina speciale del rito appalti, gli effetti sostanziali e processuali scaturenti dalla notifica del ricorso introduttivo quali:

-la definitività della scelta del rito, la cui disciplina è, al momento della notifica del ricorso, nota al ricorrente che non può poi trovarsi incolpevolmente esposto a irrimediabili conseguenze pregiudizievoli sull’immediatezza dell’accesso alla tutela giurisdizionale (*id est*, inammissibilità del ricorso, nel caso, ad esempio, di impugnazione dell’altrui ammissione) solo per effetto dell’entrata in vigore (in forza di un decreto legge non ancora convertito) di nuove disposizioni processuali intervenute tra la notifica e il deposito dell’atto introduttivo e modificative del regime legittimamente osservato - in conformità al tradizionale canone del *tempus regit actum* - quando il processo ha avuto “inizio” con la *vocatio in ius* della parte intimata. In questo senso, si deve ammettere che la notifica del ricorso, in quanto atto iniziale perfezionatosi in epoca antecedente alla novella e regolato dalla norma in vigore al tempo del suo compimento, possa ultrattivamente propagare i suoi effetti oltre il termine della sua efficacia, condizionando il successivo sviluppo del processo.

Diversamente intendendo la disposizione transitoria, e cioè associando all’atto della notifica effetti processuali ed extraprocessuali che esso non aveva in base alla legge del tempo in cui è stato posto in essere, si finirebbe per giustificare un'applicazione retroattiva della nuova normativa processuale a partire dalla data di notifica del ricorso che la lettera stessa della legge transitoria (“…*processi iniziati dopo la data di entrata in vigore del presente decreto*”) sembra così ragionevolmente escludere;

-la fissazione *ope legis*dell’udienza in camera di consiglio per l’eventuale trattazione della domanda cautelare nei termini dimezzati ex art. 119 c.p.a. decorrenti dalla data della notifica del ricorso (art.55, comma 5, c.p.a.);

b) a corredo delle argomentazioni che precedono, non si può trascurare che, da un punto di vista generale, in materia di appalti pubblici il momento della notifica del ricorso introduttivo, più che quello del suo deposito, risponde espressamente ad irrinunciabili esigenze di certezza sostanziale e speditezza procedimentale.

Si pensi, ad esempio, alla regola dello stand still “processuale”: ai sensi dell’art.32, comma 11, del D.Lgs. n.50/16 è dal momento della notifica del ricorso che scatta il divieto per la stazione appaltante di stipulare il contratto di appalto in pendenza di un ricorso giurisdizionale proposto avverso l’aggiudicazione definitiva (“*Se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni*”) con inevitabili ripercussioni sulle posizioni sostanziali delle parti in conflitto.

Al caso di specie trova, quindi, ancora applicazione il rito “super speciale” previsto dall’art. 120, comma 2 bis, c.p.a., essendo il presente giudizio iniziato prima dell’entrata in vigore del D.L. n. 32/2019.

10.Venendo al merito della controversia, il ricorso è infondato e non merita di essere accolto.

I reati che la stazione appaltante chiedeva ai concorrenti di dichiarare ai fini della partecipazione (e con espressa comminatoria di esclusione) con la previsione di cui al punto 15.11. cpv.3 del bando di gara erano evidentemente ulteriori e diversi rispetto ai reati richiamati dal precedente punto 15.5 (il quale riprende, nella sostanza, l’elenco dei reati richiamati dal comma dell’articolo 80 del codice dei contratti) e ciò per consentire alla stazione appaltante di apprezzarne la gravità ai fini ammissivi con la conseguenza che l’operatore economico che avesse presentato “nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere” sarebbe stato automaticamente escluso (punto 15.5 lett. f-bis).

Allo stesso modo, l’art.16.2.2. del bando di gara al punto b.7.1 prevedeva l’obbligo di dichiarare in sede di offerta, a pena di esclusione, “tutte le condanne riportate, ivi comprese le sentenze di patteggiamento ed i decreti penali di condanna divenute irrevocabili incluse quelle per la quali sia stato concesso il beneficio della non menzione ovvero sia intervenuta l’estinzione del reato ma la suddetta estinzione non sia stata dichiarata con provvedimento dell’Autorità Giudiziaria”.

Già dalla lettura comparativa delle diverse disposizioni del bando di gara –peraltro non impugnate dal raggruppamento ricorrente- emerge con chiarezza che la *lex specialis* non si è limitata a richiedere ai concorrenti l’indicazione dei soli reati ostativi espressamente richiamati dal richiamato art.80 comma 1 del D.Lgs n.50/16 (il che, oltretutto, avrebbe palesato la sostanziale inutilità dello stesso punto 16.2.2 citato del bando), ma ha richiesto agli stessi anche l’indicazione di qualunque altro reato. La clausola è del tutto ragionevole perché permette alla stazione appaltante di verificare se i concorrenti sino o meno professionalmente affidabili e quindi meritevoli di partecipare alla gara, onde tutelare apprezzabili interessi pubblici immanenti nelle procedure selettive, quali la celerità e la speditezza procedimentale (cfr.TAR Reggio Calabria n.666/18).

Alla luce dell’indirizzo recentemente espresso dalla giurisprudenza amministrativa, sia sotto la vigenza del nuovo art. 80 del D. Lgs. n. 50/2016 che del previgente art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006 in ordine alla legittimità dell’esclusione disposta in conseguenza dell’omessa dichiarazione di tutte le precedenti sentenze di condanna riportate dagli amministratori delle ditte partecipanti alle gare d’appalto, “*nelle procedure ad evidenza pubblica preordinate all’affidamento di un appalto, l’omessa dichiarazione da parte del concorrente di tutte le condanne penali eventualmente riportate (sempreché per le stesse non sia già intervenuta una formale riabilitazione), anche se attinenti a reati diversi da quelli contemplati nell’art. 38, comma 1, lett. c) d.lgs. n.163 del 2006, può giustificare senz’altro l’esclusione dalla gara, traducendosi in un impedimento per la stazione appaltante di valutarne la gravità*” (cfr. *ex multis*Cons. St., sez. V, 12.3.19 n.1649; sez. III, n. 4192/2017; TAR Napoli, Sez. I, n. 1076/2018) e ciò anche in caso di dichiarazione reticente e non necessariamente falsa (cfr. Cons. St., sez. V, 27.7.16 n. 3402; sez. V, 29.4.16 n. 1641).

Nel caso in esame, la stazione appaltante ha puntualmente connesso valenza escludente alle richiamate violazioni e l’orientamento sopra richiamato si regge sul condivisibile presupposto per cui non può consentirsi che l'individuazione e la selezione delle condotte idonee ad incidere sulla moralità professionale sia rimessa alla valutazione dello stesso concorrente/dichiarante, in tal modo impedendo alla stazione appaltante di valutare la concreta incidenza della singola condanna sulla complessiva moralità professionale del concorrente.

Il Collegio ritiene, in definitiva, che del tutto correttamente la stazione appaltante abbia fatto derivare ex art. 80 comma 5 lett. f bis) del D.Lgs. n.50/16, quale atto vincolato, la sanzione escludente dalla richiamata violazione della *lex specialis*perchè la lettura delle richiamate clausole del bando rendeva evidente, oltre ogni ragionevole dubbio, che le dichiarazioni richieste ai concorrenti concernessero tutti gli ambiti di rilievo penale, fossero o meno quelli ricompresi dall’art.80 comma 1 dello stesso codice dei contratti.

11.Le motivazioni del rigetto del primo motivo di ricorso esonerano il Collegio dall’esaminare espressamente gli argomenti di doglianza sviluppati nella seconda censura che vengono ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e quindi assorbiti, non valendo a supportare una conclusione di tipo diverso.

12.Il ricorso, in definitiva, è infondato e va, pertanto, respinto.

13.Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione Staccata di Reggio Calabria, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Condanna -OMISSIS- e -OMISSIS-, in solido tra loro, al pagamento, in favore della Città Metropolitana di Reggio Calabria, delle spese processuali che liquida complessivamente in € 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1 D. Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, 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 -OMISSIS- e -OMISSIS-.

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Caterina Criscenti, Presidente

Andrea De Col, Referendario, Estensore

Antonino Scianna, Referendario

Pubblicato il 10/05/2019
**N. 00432/2019 REG.PROV.COLL.**
**N. 00654/2018 REG.RIC.**
**N. 00800/2018 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 654 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
OMISSIS S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. OMISSIS;
***contro***
OMISSIS, in persona del Direttore dell’Area centrale regionale di acquisto, rappresentata e difesa dall’avv. OMISSIS;
***nei confronti***
OMISSIS S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. OMISSIS;
OMISSIS S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. OMISSIS;
OMISSIS S.r.l., OMISSIS S.p.a., OMISSIS S.p.a., OMISSIS S.r.l., non costituite in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 800 del 2018, proposto da:
OMISSIS S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. OMISSIS;
***contro***
OMISSIS, in persona del Direttore dell’Area centrale regionale di acquisto, rappresentata e difesa dall’avv. OMISSIS;
***nei confronti***
OMISSIS S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. OMISSIS;
OMISSIS S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. OMISSIS;
***per l’annullamento***
quanto al ricorso n. 654 del 2018:
della determina n. 282 del Direttore dell’Area centrale regionale acquisto del 27.7.2018, comunicata in data 30 luglio 2018, con la quale Alisa ha provveduto alla aggiudicazione della procedura aperta “per la conclusione, in relazione a ciascun lotto, di un accordo quadro con più operatori economici, ai sensi dell’art. 54, comma 4, lett. a), del d.lgs. n. 50/2016, per la fornitura di protesi d’anca occorrenti alle AA.SS.LL., EE.OO. e Irccs della regione Liguria”, con riferimento al lotto n. 8, avente ad oggetto “stelo retto non cementato a press fit metafisiario”;
dei verbali della Commissione giudicatrice relativi alla valutazione delle offerte tecniche, nella parte in cui vengono assegnati i punteggi tecnici e valutate ammissibili le offerte tecniche delle Società controinteressate;
di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale, ivi compresi il bando, il disciplinare di gara e il capitolato tecnico, i loro allegati e tutti i verbali della procedura;
nonché per la condanna di Alisa, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 30, 119 e seguenti CPA e 245, 245 *bis*, *ter*, *quater* e *quinquies* del d.lgs. 163/2006, previa dichiarazione di inefficacia del contratto *medio tempore* eventualmente stipulato tra la medesima e la Società affidataria, ad inserire l’odierna ricorrente nella graduatoria alla posizione effettivamente spettante, con pronuncia a valere quale reintegrazione in forma specifica del danno subito;
ovvero, in via subordinata, qualora risultasse impossibile il risarcimento in forma specifica, per la condanna di Alisa al risarcimento del danno subito, conseguente alla illegittimità degli atti impugnati e dell’*iter* seguito dall’Amministrazione nella procedura *de qua*, con conseguente declaratoria dei criteri in base ai quali Alisa dovrà formulare una proposta di pagamento, comprendente sia il lucro cessante che la Società ricorrente avrebbe ottenuto se non fosse stata esclusa dalla procedura, da liquidarsi anche in via equitativa *ex* art. 1226 C.C. e comunque in misura non inferiore al 10% del valore dell’affidamento, maggiorata di rivalutazione monetaria e interessi legali sulla somma rivalutata fino al giorno del saldo effettivo;
e, con ricorso per motivi aggiunti, per l’annullamento
della determinazione n. 394 del 6.11.2018, comunicata alla ricorrente nella stessa data, nella parte in cui ritiene l’offerta tecnica della OMISSIS equivalente a quanto richiesto dagli atti di gara e approva la nuova graduatoria definitiva della gara, ponendo al primo posto la OMISSIS e al secondo la Società OMISSIS;
di tutti gli atti comunque presupposti e connessi, con particolare riferimento alla nota di Alisa in data 16.11.2011 e al verbale della Commissione giudicatrice del 22.10.2018, mai trasmesso alla ricorrente e non disponibile sul sito della Stazione appaltante;
quanto al ricorso n. 800 del 2018:
della determinazione n. 394 del 6.11.2018, comunicata in data 7.11.2018, con la quale Alisa ha annullato in autotutela l’aggiudicazione definitiva del lotto n. 8 e contestualmente ha approvato la nuova graduatoria;
della nota, comunicata in data 6.11.2018, con la quale Alisa ha comunicato l’avvenuto annullamento in autotutela dell’aggiudicazione definitiva del lotto n. 8 e contestuale approvazione graduatoria di aggiudicazione definitiva;
se ed in quanto occorrer possa, del bando, del disciplinare di gara, del capitolato tecnico;
di ogni atto e/o provvedimento presupposto, consequenziale e/o comunque connesso;
per l’accertamento e la declaratoria del diritto della ricorrente ad ottenere, anche a titolo di risarcimento in forma specifica, l’annullamento del provvedimento in autotutela con riferimento al lotto n. 8 e, di conseguenza, l’aggiudicazione definitiva dello stesso con diritto ad ottenere la stipula del contratto;
in subordine, laddove non fosse possibile il risarcimento in forma specifica, della declaratoria dei criteri in base ai quali Alisa dovrà formulare il pagamento comprendente il lucro cessante che la ricorrente avrebbe ottenuto se non fosse stata annullata l’aggiudicazione, da liquidarsi in via equitativa *ex* art. 1226 c.c., maggiorata di interessi e rivalutazione economica fino a tale soddisfo;
nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto d’appalto relativo al lotto n. 8, ove sottoscritto, e per il subentro nell’aggiudicazione e nel contratto d’appalto riferito al lotto n. 8, ai sensi degli artt. 122 e 124 c.p.a.

Visti i ricorsi, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’OMISSIS e delle controinteressate intimate;
Viste le memorie difensive
Visti tutti gli atti di causa;
Relatore nell’udienza pubblica del giorno 27 marzo 2019 il dott. Richard Goso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

L’OMISSIS ha indetto una procedura aperta volta alla conclusione di un accordo quadro con più operatori economici, ai sensi dell’art. 54, comma 4, lett. a), del d.lgs. n. 50/2016, per l’affidamento della fornitura di protesi d’anca per un periodo di 36 mesi, con opzione di rinnovo per 12 mesi.
La gara era suddivisa in 20 lotti.
Il lotto n. 8 comprendeva protesi composte, tra l’altro, da uno “*stelo retto a press-fit metafisario angolo 125°-145° tipo Spotorno o equivalenti*” e da un “*cotile a press-fit con metallo trabecolare*”.
Le caratteristiche dello stelo femorale (la parte metallica inserita nell’estremità superiore del femore), quindi, erano individuate con riferimento al “*tipo Spotorno o equivalenti*”; per il cotile (la parte superiore della protesi), si richiedeva la composizione con metallo trabecolare.
Nella graduatoria formata all’esito dello scrutinio delle 8 offerte presentate per il lotto in questione, approvata con provvedimento del 27 luglio 2018, si classificava al primo posto OMISSIS S.r.l.
Con nota del 19 settembre 2018, OMISSIS S.r.l., classificatasi al settimo posto della graduatoria, contestava l’esito della gara, asseritamente inficiata da errori procedurali e di valutazione delle offerte tecniche.
A.Li.Sa. respingeva il primo ordine di rilievi con nota del 24 settembre 2018, contestualmente comunicando di aver sottoposto alla Commissione giudicatrice le osservazioni di carattere tecnico.
In attesa di un definitivo riscontro, con ricorso notificato il 1° ottobre 2018 e depositato il 19 ottobre successivo (r.g. n. 654/2018), OMISSIS S.r.l. ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione del lotto n. 8.
Deduce la ricorrente, in buona sostanza, che tutte le offerte concorrenti avrebbero dovuto essere escluse, poiché non era stata dimostrata (e la Commissione non aveva accertato) l’equivalenza dei prodotti offerti rispetto al modello di riferimento (stelo tipo “Spotorno”) e al materiale richiesto per il cotile (metallo trabecolare).
In ogni caso, i prodotti offerti dalle imprese meglio collocate in graduatoria sarebbero effettivamente privi delle caratteristiche tecniche richieste dalla documentazione di gara.
Si costituiva in giudizio la controinteressata OMISSIS S.r.l., eccependo l’inammissibilità del ricorso, per carenza di interesse e per la genericità dei motivi di impugnazione, nonché la sua infondatezza nel merito.
Nelle more del giudizio, con la determinazione n. 394 del 6 novembre 2018, A.Li.Sa. ha annullato in autotutela l’impugnato provvedimento di aggiudicazione, ritenendo che fossero fondate le contestazioni di OMISSIS S.r.l., fatta eccezione per quelle mosse nei confronti del prodotto offerto da OMISSIS S.p.a. (già classificatasi al secondo posto della graduatoria).
Con lo stesso provvedimento, è stata approvata la nuova graduatoria nella quale si collocano solo le offerte dell’aggiudicataria OMISSIS S.p.a. e di OMISSIS S.r.l.
La seconda classificata ha impugnato la determinazione suddetta con ricorso per motivi aggiunti notificato il 6 dicembre 2018 e depositato il 18 dicembre successivo.
I motivi aggiunti sono collocati sotto le seguenti rubriche:
I) *Violazione e falsa applicazione dell’articolo 68 del d.lgs. 50/2016. Violazione art. 6, lettera A e D, del Capitolato tecnico. Eccesso di potere per difetto di motivazione.*
In mancanza di un’espressa dichiarazione di equivalenza del prodotto offerto e della documentazione attestante la sussistenza di tale condizione, l’offerta di OMISSIS S.p.a. (comunque inerente ad un prodotto effettivamente privo delle richieste caratteristiche tecniche) avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.
II) *Violazione e falsa applicazione art. 95, comma 15, del d.lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione del Disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione.*
La riduzione del numero delle offerte ammesse a valutazione (da 8 a 2) avrebbe imposto il ricalcolo dei punteggi, non sussistendo nella fattispecie i presupposti per l’applicazione del principio di invarianza stabilito dall’art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016: ciò avrebbe consentito alla ricorrente, che aveva conseguito il miglior punteggio per l’offerta tecnica, di aggiudicarsi la gara.
In conclusione, la ricorrente insta per l’annullamento del provvedimento impugnato e per la declaratoria di inefficacia del contratto *medio tempore* eventualmente stipulato ovvero, in subordine, per la condanna dell’Amministrazione al risarcimento dei danni per equivalente.
Si costituiva in giudizio la stazione appaltante A.Li.Sa., opponendosi all’accoglimento del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti in quanto infondati nel merito.
La controinteressata OMISSIS S.r.l. ha depositato una memoria con cui eccepisce l’inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti e l’infondatezza delle censure ivi proposte.
Con l’ordinanza n. 15 del 16 gennaio 2019, è stata accolta l’istanza cautelare accedente al ricorso per motivi aggiunti e fissata l’udienza per la trattazione di merito.
Nelle more, il nuovo provvedimento di aggiudicazione era stato impugnato anche da OMISSIS S.r.l. (classificatasi al primo posto della graduatoria annullata in autotutela ed esclusa da quella definitivamente approvata) con ricorso notificato il 21 novembre 2018 e depositato il 29 novembre successivo (r.g. n. 800/2018).
Questi i motivi di gravame:
I) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 7, 21 nonies della l. n. 241/1990. Inosservanza dei principi di partecipazione al procedimento amministrativo e del contraddittorio. Violazione e falsa applicazione dell’art. 97 Cost.*
II) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 7, 21 nonies della l. n. 241/1990. Inosservanza dei principi di partecipazione al procedimento amministrativo e del contraddittorio. Violazione e falsa applicazione dell’art. 97 Cost. Difetto di motivazione. Illogicità. Travisamento dei fatti presupposti.*
III) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 7, 21 nonies della l. n. 241/1990. Violazione e falsa applicazione dell’art. 97 Cost. Difetto di motivazione. Illogicità. Travisamento dei fatti presupposti. Sotto ulteriore profilo.*
IV) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 7 della l. n. 241/1990. Violazione e falsa applicazione dell’art. 97 Cost. Inosservanza dei principi di partecipazione al procedimento amministrativo e del contraddittorio. Violazione del principio di tassatività dei casi di esclusione e del procedimento trasparente da parte della P.A. Violazione e falsa applicazione dell’art. 68 del d.lgs. 50/2016. Travisamento dei presupposti di fatto e diritto. Macroscopica illogicità e contraddittorietà dell’operato della pubblica amministrazione.*
V)*Violazione e falsa applicazione dell’art. 83 del d.lgs. 50/2016. Violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione. Violazione del principio di affidamento, del principio di par condicio e di trasparenza dell’operato della pubblica amministrazione.*
VI) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 7, 21 nonies della l. n. 241/1990. Violazione e falsa applicazione dell’art. 97 Cost. Difetto di motivazione. Illogicità. Travisamento dei fatti presupposti. Contraddittorietà.*
In buona sostanza, l’esponente denuncia l’omessa comunicazione di avvio del procedimento volto all’annullamento in autotutela dell’aggiudicazione e alla formazione di una nuova graduatoria nonché l’infondatezza delle ragioni poste a fondamento della sua esclusione.
Essa insta, in conclusione, per l’annullamento del provvedimento impugnato e per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato.
Resistono al ricorso la stazione appaltante A.Li.Sa. e le Società controinteressate, tutte argomentando nel senso dell’infondatezza delle censure di controparte.
Con l’ordinanza n. 19 del 16 gennaio 2019, è stata accolta l’istanza cautelare incidentalmente proposta con il ricorso n. 800/2018 e fissata l’udienza per la trattazione di merito, congiuntamente al ricorso n. 654/2018.
Le parti in causa hanno depositato memorie difensive e di replica nei due giudizi.
I ricorsi, infine, sono stati chiamati alla pubblica udienza del 27 marzo 2019 e, previa trattazione orale congiunta, sono stati trattenuti dal Collegio per la decisione.

**DIRITTO**

1) In ragione dell’evidente connessione oggettiva e soggettiva, va preliminarmente disposta la riunione dei ricorsi proposti avverso gli atti della stessa gara d’appalto.
2) In via preliminare, si pone anche la questione concernente l’ordine di trattazione dei ricorsi.
OMISSIS S.r.l. ritiene che il suo ricorso, contraddistinto dal r.g. n. 800/2018, dovrebbe essere scrutinato prima dei motivi aggiunti proposti nell’ambito del giudizio introdotto da OMISSIS S.r.l. con il ricorso r.g. n. 654/2018.
I predetti motivi aggiunti, infatti, investono solo *in parte qua* l’impugnato provvedimento di autotutela, limitatamente alla posizione dell’aggiudicataria OMISSIS S.p.a.
L’accoglimento delle censure sollevate da OMISSIS S.r.l. determinerebbe, invece, l’integrale caducazione del provvedimento di secondo grado, con conseguente reviviscenza dell’originaria aggiudicazione.
Ritiene il Collegio di non aderire al suggerito *modus operandi*che, pur ispirato a criteri di priorità logica, potrebbe portare in concreto ad un risultato non in linea con la tutela piena dell’interesse pubblico e della legalità.
Anche alla luce delle ragioni sostanziali sottese all’annullamento in autotutela della prima aggiudicazione, appare preferibile, quindi, seguire l’ordine di acquisizione dei ricorsi introduttivi.
3) Il primo ricorso (r.g. n. 654/2018) è stato proposto da OMISSIS S.r.l. per l’annullamento del provvedimento in data 27 luglio 2018 di aggiudicazione della gara d’appalto, per quanto concerne il lotto n. 8, a OMISSIS S.r.l.
Come anticipato in premessa, la ricorrente, classificatasi al settimo posto della graduatoria, deduceva che tutte le offerte concorrenti avrebbero dovuto essere escluse in quanto prive delle caratteristiche tecniche richieste dalla legge di gara, non essendo stata dimostrata l’equivalenza dei rispettivi prodotti al modello di riferimento (stelo tipo “Spotorno”) e al materiale richiesto per il cotile (metallo trabecolare).
Tali doglianze, fatte valere anche in via amministrativa, sono state condivise quasi per intero dalla stazione appaltante che, con successivo provvedimento del 6 novembre 2018, ha annullato in autotutela l’impugnato provvedimento di aggiudicazione e formato una nuova graduatoria nella quale figurano due sole concorrenti.
L’intervenuto annullamento in autotutela del provvedimento impugnato rende evidentemente improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse il ricorso introduttivo di OMISSIS S.r.l.
4) Con i motivi aggiunti, è stata impugnata la nuova graduatoria approvata con il menzionato provvedimento di secondo grado, nella quale l’offerta della ricorrente occupa il secondo posto ed è preceduta da quella di OMISSIS S.p.a.
Eccepisce la controinteressata Smith e Nephew S.r.l. che il ricorso per motivi aggiunti sarebbe inammissibile in quanto la ricorrente, non avendo sollevato specifiche contestazioni nei confronti dei punteggi assegnati alle concorrenti che la precedevano nell’originaria graduatoria, non dimostra che avrebbe potuto conseguire l’aggiudicazione della gara tramite scorrimento della stessa, nonché per acquiescenza al provvedimento di autotutela nella parte in cui esclude la condizione di esclusività dello stelo tipo “Spotorno”.
Tali eccezioni sono prive di pregio.
Infatti, la ricorrente non aveva contestato la valutazione delle offerte delle imprese meglio classificate, ma la loro stessa ammissibilità al confronto competitivo per mancanza delle richieste specifiche tecniche.
Appare evidente, quindi, che l’eventuale accoglimento delle censure sollevate dalla ricorrente avrebbe comportato il subentro della stessa nell’aggiudicazione della gara.
La natura delle doglianze sollevate con il ricorso introduttivo esclude, in secondo luogo, che si possa ravvisare alcun comportamento acquiescente da parte della Società OMISSIS, sicché appare radicalmente infondata anche la seconda eccezione di inammissibilità.
5) Nel merito, sostiene l’esponente, con il primo motivo aggiunto, che l’offerta aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa in quanto priva delle caratteristiche tecniche minime richieste dalla documentazione di gara.
Infatti, non avendo offerto una protesi tipo “Spotorno”, commercializzata dalla ricorrente, ma un altro prodotto, la controinteressata era tenuta a dimostrare che la sua soluzione corrispondesse effettivamente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche e, comunque, a rappresentare tale condizione di equivalenza con specifica dichiarazione e adeguata documentazione.
La carenza di tali elementi non potrebbe essere compensata, come verificatosi nella fattispecie, attraverso le valutazioni tecniche discrezionalmente formulate dalla Commissione di gara.
In ogni caso, il prodotto offerto dall’aggiudicataria sarebbe effettivamente privo delle necessarie caratteristiche tecniche, poiché lo stelo della protesi, pur simile a quello “Spotorno”, si discosta dai principi fondamentali che governano il funzionamento di tale modello.
Si controverte, pertanto, in ordine all’applicazione del “principio di equivalenza tecnica” sancito dall’art. 68 del d.lgs. n. 50/2016 al fine di evitare che l’utilizzo delle specifiche tecniche possa risultare strumentale ad indebite restrizioni del confronto concorrenziale.
Stabilisce il comma 6 dell’art. 68 che, fatta salva l’ipotesi in cui siano giustificate dall’oggetto dell’appalto, “*le specifiche tecniche non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare caratteristico dei prodotti o dei servizi forniti da un operatore economico specifico, né far riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un’origine o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti. Tale menzione o riferimento sono tuttavia consentiti, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell’oggetto dell’appalto non sia possibile applicando il comma 5. In tal caso la menzione o il riferimento sono accompagnati dall’espressione «o equivalente»*”.
Il successivo comma 7 precisa che, “*quando si avvalgono della possibilità di fare riferimento alle specifiche tecniche di cui al comma 5, lettera b), le amministrazioni aggiudicatrici non possono dichiarare inammissibile o escludere un’offerta per il motivo che i lavori, le forniture o i servizi offerti non sono conformi alle specifiche tecniche alle quali hanno fatto riferimento, se nella propria offerta l’offerente dimostra, con qualsiasi mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova di cui all’articolo 86, che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche*”.
Nel caso in esame, il principio di equivalenza è stato applicato dalla legge di gara che, subito dopo l’indicazione relativa al modello di stelo richiesto, riportava la formula “*o equivalenti*”, pur senza precisare il *quando* e il *quomodo* della dimostrazione di equivalenza del prodotto offerto.
La generica dichiarazione, resa attraverso la compilazione del modello di offerta tecnica predisposto dalla stazione appaltante, “*che nei prodotti offerti nella presente procedura sono presenti tutti i requisiti tecnici minimi (pena esclusione), previsti ai paragrafi nel Capitolato tecnico - Sezione A allegato al Disciplinare di gara*”, non costituiva ovviamente prova dell’equivalenza del prodotto offerto rispetto a quello indicato nei documenti di gara.
La Commissione giudicatrice, pertanto, ha ritenuto di supplire autonomamente all’accennata carenza, stabilendo che, secondo la propria valutazione tecnico-discrezionale, il prodotto di OMISSIS fosse “*complessivamente e funzionalmente equivalente al tipo Spotorno*” (cfr. verbale della riunione del 19 ottobre 2018).
A prescindere dalla genericità dei termini che esprimono la valutazione suddetta, tale *modus operandi* non appare rispettoso delle esigenze di *par condicio* tra i concorrenti e di trasparenza delle operazioni di gara(cfr. Cons. Stato, sez. III, 28 settembre 2018, n. 5568).
Ha precisato la giurisprudenza amministrativa, infatti, che il citato comma 6 dell’art. 68 del d.lgs. n. 50/2016, a sua volta riproduttivo dell'art. 60, paragrafo 4, della direttiva 2014/25, deve essere interpretato nel senso che, “*quando le specifiche tecniche che figurano nei documenti di gara fanno riferimento ad un marchio* […] *l’ente aggiudicatore deve esigere che l’offerente fornisca, già nella sua offerta, la prova dell’equivalenza dei prodotti che propone rispetto a quelli definiti nelle citate specifiche tecniche*” (Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2019, n. 1100).
In aderenza a tale principio e considerando che il disposto di cui all’art. 68 citato ha forza eterointegrante della legge di gara, va diagnosticata la fondatezza della censura sollevata con il primo motivo aggiunto di ricorso, dal momento che l’appalto (*recte*: il lotto che forma oggetto di contestazione) è stato aggiudicato a OMISSIS S.p.a., malgrado questa non avesse fornito al momento dell'offerta la prova dell’equivalenza del prodotto offerto rispetto al modello “Spotorno” indicato dalla stazione appaltante.
6) Analoga diagnosi di fondatezza si impone relativamente alle censure dedotte con il secondo motivo aggiunto di OMISSIS S.r.l., concernenti il mancato ricalcolo dei punteggi assegnati alle uniche due offerte rimaste in gara.
Ciò avrebbe comportato l’alterazione del doveroso equilibrio tra il peso del fattore qualità rispetto al fattore prezzo, con il risultato di favorire in maniera decisiva la concorrente che aveva presentato l’offerta più bassa, indipendentemente dal valore della sua offerta tecnica.
L’esclusione delle altre sei offerte avrebbe imposto, invece, di ricalcolare il punteggio economico, facendo applicazione della specifica regola che la legge di gara aveva previsto, proprio al fine di “*non frustrare la ratio del metodo di aggiudicazione adottato*”, per il caso in cui le offerte da valutare fossero soltanto due (cfr. disciplinare di gara, pag. 35).
La stazione appaltante ha ritenuto che tale opzione procedurale fosse preclusa dall’art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui “*ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l’individuazione della soglia di anomalia delle offerte*”.
E’ stata fatta concreta applicazione, cioè, del cosiddetto principio di “invarianza della soglia” che, a tutela dell’esigenza di garantire la celerità dell’affidamento e la stabilità degli esiti della gara, sancisce l’immodificabilità della graduatoria e l’irrilevanza delle sopravvenienze, pur se determinate da vicende giudiziarie.
Il tutto allo scopo di evitare contenziosi strumentali, promossi al solo fine di rimettere in discussione, per il tramite indiretto della modifica della platea dei concorrenti, il calcolo delle medie e la soglia di anomalia una volta che siano state rese note le offerte e, quindi, possano essere apprezzati gli effetti che esse producono sulle medie e sulla soglia predette.
Nel caso in esame, non ricorrono i presupposti che giustificano il “blocco della graduatoria” realizzato dalla stazione appaltante.
Infatti, anche prescindendo dal carattere evidentemente non strumentale dell’istanza di autotutela proposta dall’odierna ricorrente (intesa a conseguire l’aggiudicazione della gara tramite l’esclusione di tutte le offerte concorrenti), l’accoglimento dell’istanza medesima non implicava la considerazione di “valori medi” né, tantomeno, la rideterminazione dell’eventuale soglia di anomalia, ma solo l’applicazione della formula prevista dal disciplinare in relazione alle due offerte rimaste in gara, necessaria per garantire la concreta operatività del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.
7) Per tali ragioni, è fondato e, pertanto, deve essere accolto il ricorso per motivi aggiunti proposto da OMISSIS S.r.l.
8) Occorre procedere, a questo punto, allo scrutinio delle censure sollevate nei confronti dello stesso provvedimento da OMISSIS S.r.l. con il ricorso n. 800/2018.
La prima doglianza concerne l’omissione della comunicazione di avvio del procedimento volto all’annullamento in autotutela della prima aggiudicazione.
Essa è fondata.
Secondo giurisprudenza pacifica, qualora intenda procedere al riesame in autotutela del provvedimento di aggiudicazione (definitiva) della procedura di affidamento di un contratto pubblico, l’Amministrazione è tenuta ad adempiere alla prescrizione imposta dall’art. 7 della legge n. 241/1990, provvedendo alla comunicazione dell’avvio del procedimento nei confronti dell’impresa aggiudicataria la cui sfera giuridica potrebbe risultare incisa dagli effetti sfavorevoli derivanti dall’adozione dell’atto conclusivo (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2015, n. 1279).
Nel caso in esame, non essendo contestata l’omissione della comunicazione di avvio del procedimento finalizzato all’annullamento dell’aggiudicazione né risultando indicate nell’atto circostanze atte a rendere conto della sussistenza di ragioni di particolare speditezza, risulta violato l’art. 7 della legge n. 241/1990.
Non si ravvisano, infine, i presupposti per ritenere applicabile la disposizione di cui all’art. 21-*octies* della legge n. 241/1990 in quanto, a fronte della natura discrezionale del provvedimento in questione, non può certo escludersi che l’apporto partecipativo del privato potesse incidere sul suo contenuto dispositivo.
9) Nel merito, l’aggiudicazione a favore di OMISSIS S.r.l. è stata annullata in quanto “*i cotili non sono di metallo trabecolare ma titanio poroso, non corrispondenti a quanto richiesto in capitolato tecnico*”.
Quest’ultimo documento riportava la seguente indicazione: “*Cotile a press-fit con metallo trabecolare*”.
Le specifiche tecniche non richiedevano, quindi, che il cotile fosse realizzato in tantalio (come pretende la controparte) né da altro specifico metallo; tantomeno era espressamente esclusa la possibilità di offrire protesi con il cotile composto da titanio.
Era richiesto solamente che tale elemento fosse costituito da “metallo trabecolare”, nozione che identifica un metallo avente caratteristiche atte a richiamare la struttura spugnosa della parte interna dell’osso.
Non essendo stato dimostrato che le caratteristiche del titanio non consentano di ricondurlo alla categoria del “metallo trabecolare”, risulta illegittima l’esclusione fondata su tale circostanza.
10) Essendo state esaminate tutte le questioni rilevanti ai fini del decidere, anche il ricorso n. 800/2018 è fondato e, pertanto, deve essere accolto.
11) L’accoglimento delle domande proposte in principalità dalle due ricorrenti comporta l’annullamento dell’impugnato provvedimento n. 394 del 6 novembre 2018, con cui è stata annullata in autotutela la prima aggiudicazione e contestualmente approvata la nuova graduatoria delle offerte per il lotto n. 8 della gara d’appalto.
Non risultando intervenuta la stipulazione del contratto d’appalto, non occorre provvedere, invece, sulle domande di inefficacia dello stesso e di risarcimento dei danni.
12) Le spese processuali, equitativamente liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza nei confronti della stazione appaltante, mentre possono essere compensate nei confronti delle Società controinteressate.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando:
- riunisce i ricorsi in epigrafe;
- dichiara improcedibile il ricorso n. 654/2018 e accoglie i motivi aggiunti;
- accoglie il ricorso n. 800/2018;
- per l’effetto, annulla l’impugnata determinazione n. 394 del 6 novembre 2018;
- condanna A.Li.Sa. al pagamento delle spese di lite che liquida nella somma complessiva di euro 2.500,00 (duemilacinquecento euro), oltre accessori di legge, in favore di ciascuna ricorrente.
- compensa le spese nei confronti delle Società controinteressate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.
Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 27 marzo 2019 con l’intervento dei magistrati:
Giuseppe Daniele, Presidente
Richard Goso, Consigliere, Estensore
Paolo Nasini, Referendario