

N. 01565/2015REG.PROV.COLL.

N. 07765/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 7765 del 2014, proposto da: DE VIZIA TRANSFER S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Angelo Clarizia e Gennaro Macri, con i quali è elettivamente domiciliata in Roma presso l'avv. Angelo Clarizia, Via Principessa Clotilde, n. 2;

contro

COMUNE DI ORISTANO, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Gianna Caccavale, con domicilio eletto presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, p.za Capo di Ferro, n. 13;

nei confronti di

ECOLOGICA DI FRANCESCO PODDA & C. S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Silvio Pinna e Giorgio Carta, con quest'ultimo elettivamente domiciliata in Roma, viale Parioli, n. 55;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SARDEGNA, Sez. I, n. 461 del 17 giugno 2014, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione della gara per lo svolgimento del servizio di igiene urbana.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Oristano e di Ecologica di Francesco Podda & C. S.r.l., che ha spiegato anche appello incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 dicembre 2014 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Clarizia, Macri, Caccavale e Pinna;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara in data 31 maggio 2013 l'amministrazione comunale di Oristano ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei "Servizi di igiene urbana e complementari del Comune di Oristano", di durata quinquennale, per un importo complessivo di €. 19.380.225,00, oneri di sicurezza esclusi, da aggiudicarsi col sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata in base ai criteri del disciplinare di gara.

All'esito della gara, cui hanno partecipato sette imprese, l'offerta migliore è risultata quella presentata dalla società Ecologica di Francesco Podda & C. S.r.l. (di seguito anche solo Ecologica o aggiudicataria), che ha conseguito punti 100 (di cui 60 per l'offerta tecnica e 40 per quella economica); la società De Vizia Transfer S.p.A. (d'ora in avanti anche solo De Vizia o ricorrente o appellante) si è classificata al secondo posto con punti 87,334 (di cui 54,47 per l'offerta tecnica e 32,863 per l'offerta economica).

Conclusasi positivamente la verifica dell'anomalia dell'offerta l'appalto de quo è stato aggiudicato, prima provvisoriamente e poi definitivamente, alla predetta Ecologica.

2. Il Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, sez. I, con la sentenza n. 461 del 17 giugno 2014, definitivamente pronunciando, nella resistenza del Comune di Oristano: a) sul ricorso principale proposto da De Vizia, per l'annullamento: a1) della determinazione dirigenziale n. 3503 del 21 ottobre 2013, recante l'aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore di Ecologia; a2) di tutti gli atti e verbali di causa; a3) delle determinazioni dirigenziali n. 3119 del 28 ottobre 2013 (recante l'avvio dell'esecuzione dell'atto de quo in via d'urgenza sotto riserva di legge) e n. 3050 del 21 ottobre 2013 (recante l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto); a4) del bando e del disciplinare di gara; a5) delle determinazioni dirigenziali n. 2261 del 1° ottobre 2013 (recante la nomina della commissione amministrativa di gara) e n. 2395 del 19 agosto 2013 (recante la nomina della commissione tecnica di gara); a6) di ogni altro atto premesso, connesso e consequenziale; b) sul ricorso incidentale spiegato da Ecologica per l'annullamento degli atti e provvedimenti di gara nella parte in cui De Vizia non era stata esclusa dalla gara; ha respinto il ricorso principale, ritenendo infondati tutti i motivi di censura sollevati ed ha conseguentemente dichiarato improcedibile il ricorso incidentale.

3. Con rituale atto di appello De Vizia ha lamentato l'erroneità e l'ingiustizia della predetta sentenza, di cui ha chiesto la riforma alla stregua di sette articolati motivi di gravame (rubricati, rispettivamente, "*Error in iudicando*: Violazione della *lex specialis* di gara nella parte in cui descrive il contenuto della relazione tecnica illustrativa dei servizi offerti; Violazione dell'art. 74 D. Lgs. 163 del 2006;

violazione del principio della par condicio fra i concorrenti”; “*Error in iudicando*: Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara (punto B4 del disciplinare di gara)”; “*Error in iudicando*: violazione dell'art. 42 del d. lgs. 163/06; omessa pronuncia”; “*Error in iudicando*: Violazione degli artt. 86 ss. del D.Lgs. 163/06, eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione; sviamento”; “*Error in iudicando*: Violazione dell'art. 84 del d. lgs. 163/06, violazione della *lex specialis* di gara, violazione dei principi di funzionamento degli organi collegiali, violazione del principio del giusto procedimento, sviamento”; “*Error in iudicando*: Omissione di pronuncia; Violazione dell'art. 84 del D. Lgs. 163 del 2006; violazione della *lex specialis* di gara, violazione dei principi in tema di funzionamento degli organi collegiali; violazione del principio del giusto procedimento” e “*Error in iudicando*: Violazione dell'art. 11 del d. lgs. 163 del 12.4.2006 dell'art. 302 del d.p.r. 207 del 5.10.2010; violazione dell'art. 24 della Costituzione e del principio di effettività della tutela giurisdizionale”), con cui sono state sostanzialmente riproposte le censure sollevate in primo grado, a suo avviso malamente apprezzate, superficialmente esaminate e respinte con motivazione approssimativa, lacunosa ed affatto condivisibile, reiterando altresì la richiesta di dichiarazione di inefficacia del contratto e di sub ingresso nel contratto.

Ha resistito al gravame il Comune di Oristano che ne ha dedotto l'inammissibilità e l'infondatezza, rivendicando la legittimità del proprio operato.

Si è costituita in giudizio anche Ecologica che, oltre a chiedere per il rigetto dell'avverso gravame, ha spiegato appello incidentale, con cui ha riproposto la censura articolata con il ricorso incidentale (Violazione della *lex specialis* di gara [bando di gara art. 4; disciplinare di gara, artt. 2, 4, 10 e 11; capitolato speciale, artt. 2, 3, 10, 12 e 24]; violazione del generale principio della *par condicio*; eccesso di potere per erroneità dei presupposti e per carenza istruttoria”) che, a suo avviso, era stato dichiarato erroneamente improcedibile, giacché il suo esame avrebbe dovuto logicamente precedere quello del ricorso principale.

4. Nell'imminenza dell'udienza di trattazione le parti hanno illustrato con apposite memorie le rispettive tesi difensive, replicando a quelle avverse.

All'udienza del 2 dicembre 2014, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

5. La Sezione deve innanzitutto esaminare la richiesta della Ecologica, appellante incidentale, secondo cui il suo ricorso incidentale doveva essere esaminato prima di quello principale, con conseguente erroneità della declaratoria di improcedibilità per carenza di interesse.

La doglianza non merita accoglimento.

5.1. Come chiarito dall'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 9 del 25 febbraio 2014, l'esame prioritario del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale è limitato all'ipotesi nella quale il primo contenga censure che colpiscono la mancata esclusione, da parte della stazione appaltante, del ricorrente principale (ovvero della sua offerta), a causa della illegittima partecipazione di quest'ultimo alla gara o della illegittimità dell'offerta, così che tutte le censure relative a fasi della procedura di gara successive rispetto alla verifica della regolare partecipazione alla gara, al possesso dei requisiti soggettivi ovvero oggettivi dell'offerta, in quanto non in grado di far venire meno l'interesse ad impugnare del ricorrente principale, non meritano un esame prioritario rispetto alle censure contenute nel ricorso principale (così anche Cons. St., sez. V, 2 ottobre 2014, n. 4929) e cioè quando, in definitiva il ricorso incidentale abbia carattere escludente, sollevando un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai

partecipato alla gara o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'Amministrazione (Cons. St., sez. III, 2 luglio 2014, n. 3328, fermo restando che l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile).

5.2. Nel caso di specie il ricorso incidentale spiegato da Ecologica non aveva natura escludente.

Infatti le doglianze mosse nei confronti dell'omessa esclusione dalla gara di De Vizia riguardano la formulazione della relativa offerta tecnica, asseritamente non coerente con le prescrizioni della *lex specialis* (con particolare riferimento al sistema di raccolta domiciliare o porta a porta su tutto il territorio comunale, dal quale, secondo Ecologica, non poteva ritenersi escluso, in mancanza di una specifica previsione, quello delle c.d. case sparse) e quindi ineriscono alla valutazione dell'offerta tecnica presentata da De Vizia (ed all'interpretazione della *lex specialis*), collocandosi pertanto all'interno dello stesso segmento procedimentale di gara oggetto delle censure spiegate con il ricorso principale (pure dirette alla contestazione della valutazione dell'offerta tecnica presentata da Ecologica).

Ciò esclude che esse dovessero essere esaminate prima di quelle formulate con il ricorso principale, non presentando affatto rispetto a queste ultime carattere pregiudiziale, così che sul punto la sentenza impugnata non merita critiche.

6. Passando all'esame dell'appello principale, la Sezione osserva quanto segue.

6.1. Con il primo motivo, lamentando “*Error in iudicando*: Violazione della *lex specialis* di gara nella parte in cui descrive il contenuto della relazione tecnica illustrativa dei servizi offerti; Violazione dell'art. 74 D. Lgs. 163 del 2006; violazione del principio della par condicio fra i concorrenti”, De Vizia, riproponendo l'analoga censura sollevata in primo grado, a suo avviso, erroneamente respinta, ha sostenuto che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, giacché la lunghezza dell'elaborato Relazione A prodotto violava il limite massimo di 30 pagine, espressamente previsto dalla *lex specialis* a pena di esclusione: infatti, oltre alla predetta relazione, Ecologica aveva prodotto un altro elaborato (allegato A6 alla relazione) di ben 69 pagine che conteneva gli elementi necessari alla valutazione dell'offerta tecnica che dovevano essere inseriti esclusivamente nella Relazione Allegato A.

La censura è infondata.

6.1.1. Il disciplinare di gara, nello stabilire il contenuto della “Busta B – elementi tecnici”, disponeva che essa avrebbe dovuto “...contenere, pena l'esclusione dalla gara, i seguenti documenti redatti in lingua italiana (o corredati di traduzione giurata)”: 1) Relazione Tecnica Illustrativa A; 2) Relazione Tecnica Illustrativa B; 3) Relazione Tecnica Illustrativa C.

Per quanto qui interessa, la Relazione Tecnica Illustrativa A doveva recare “la Descrizione dettagliata del “Sistema organizzativo dei servizi”, comprensivo di eventuali elaborati grafici, relativa al complesso del personale, alla totalità dei mezzi e delle attrezzature e a tutti i materiali da impiegare per l'esecuzione dell'appalto dal quale, nel rispetto dei requisiti minimi indicati nel Capitolato Speciale d'Appalto, siano facilmente ricavabili le modalità di esecuzione dei singoli servizi e le frequenze, oltre agli elementi da valutare in riferimento ai criteri del merito tecnico, nonché le modalità tecniche che si intendono seguire per far fronte all'esecuzione dei servizi nel periodo transitorio di mesi 3 (tre) fino alla messa a regime del servizio offerto”.

Deve aggiungersi che nel predetto disciplinare, prima dell'elencazione di quelle relazioni, era precisato che la progettazione dei servizi oggetto dell'appalto era affidata alla ditta concorrente nel totale rispetto dei vincoli imposti dal Capitolato Speciale, che il concorrente avrebbe dovuto predisporre il progetto esecutivo con la descrizione particolareggiata delle modalità di svolgimento di tutti i servizi e che l'intera progettazione esecutiva avrebbe dovuto essere quindi esplicitata, pena l'esclusione, "almeno" attraverso le indicate tre relazioni tecniche illustrative.

6.1.2. Ciò posto, deve innanzitutto rilevarsi che dalle ricordate disposizioni del disciplinare di gara non trova alcuna conferma la tesi dell'appellante, secondo cui la violazione della lunghezza della Relazione Tecnica Illustrativa A sarebbe stata sanzionata con l'esclusione dalla gara.

Quella sanzione infatti è ragionevolmente riferita ai soli documenti che dovevano essere inseriti nella busta B, cioè la predetta Relazione Tecnica Illustrativa A, la Relazione Tecnica Illustrativa B e la Relazione Tecnica Illustrativa C, che del resto rappresentavano gli elementi costitutivi dell'offerta, laddove la fissazione della lunghezza della relazione (dalla quale dovevano "...evincersi tutti gli elementi richiesti per l'attribuzione dei punteggi relativi al merito tecnico", come si legge espressamente sempre nel predetto disciplinare), lungi dall'essere elemento costitutivo dell'offerta, aveva il diverso scopo di agevolare il compito della commissione di gara, consentendole di individuare speditamente ed in modo chiaro e sintetico gli elementi qualificanti dell'offerta ai fini dell'attribuzione dei relativi punteggi (come del resto la stessa amministrazione ha chiarito alla stessa appellante con la nota in data 13 luglio 2013).

Ciò senza contare che, in virtù del principio di tassatività della cause di esclusione dalle gare, sancito dall'art. 46, comma 1 bis, del D. Lgs. n. 163 del 2006, non solo l'esclusione può essere disposta solo in applicazione di una specifica causa indicata nel codice dei contratti, del regolamento o di altre disposizioni di leggi vigenti (circostanza che non si rinviene nel caso in esame in cui l'appellante non ha neppure indicato quale è la norma che sancisce con l'esclusione il superamento del limite di lunghezza degli atti di partecipazione ad una gara), per quanto in presenza di una prescrizione della *lex specialis*, come quella in esame (che non riferisce espressamente ed inequivocamente l'esclusione alla violazione del limite di lunghezza delle relazioni tecniche), deve in ogni caso trovare applicazione il principio della più ampia partecipazione alla gara che garantisce il miglior risultato per la stazione appaltante, anche perché le cause di esclusione, in quanto limitano la libertà di concorrenza e in quanto di natura *latu sensu* sanzionatoria, sono di stretta interpretazione e non possono essere oggetto di interpretazione analogica e/o estensiva.

6.1.3. Precisato poi che, come emerge dalla documentazione versata in atti, Ecologica aveva in ogni caso puntualmente rispettato le prescrizioni del disciplinare, dal momento che la Relazione Tecnica Illustrativa A prodotta constava proprio (e solo) di trenta pagine, non trova alcun fondamento neppure la suggestiva ricostruzione dell'appellante, secondo cui quel limite sarebbe stato surrettiziamente superato attraverso la presentazione di un altro allegato, contenente quegli stessi elementi che dovevano essere inseriti nella ricordata Relazione Tecnica Illustrativa A.

Anche a voler tacere del fatto che in tal modo viene in realtà proposto un motivo di censura del tutto diverso da quello originariamente spiegato (giacché, piuttosto della violazione del presunto limite di lunghezza della Relazione Tecnica Illustrativa A, si pone in evidenza la diversa questione della sostanziale invalidità della predetta Relazione, il cui contenuto non sarebbe stato conforme ai requisiti minimi previsti dal disciplinare), deve osservarsi, per un verso, che la possibilità di chiarire e precisare l'effettivo contenuto dell'offerta con ulteriore documentazione non era affatto esclusa, ma anzi espressamente consentita dalla *lex specialis* (a tenore della quale, come accennato, l'intera progettazione esecutiva poteva essere esplicitata "almeno" attraverso le tre relazioni tecniche ivi indicate [A, B e C], con possibilità quindi di illustrare l'offerta con altri documenti e relazioni, in tal

modo ragionevolmente e non illogicamente contemperandosi le contrapposte esigenze di speditezza e tempestività dell'attività valutativa della commissione di gara con quelle proprie di ogni concorrente di meglio chiarire e rendere conoscibile in ogni dettaglio la propria offerta, formulata in modo necessariamente sintetico nel rispetto della legge di gara) e, per altro verso, che l'ulteriore documentazione prodotta da Ecologica (all. 6) non conteneva affatto gli elementi necessari per la valutabilità dell'offerta (che avrebbero dovuto essere inseriti nella Relazione Tecnica A), trattandosi piuttosto di una relazione economica dimensionale attraverso cui giustificare la propria offerta economica.

Deve del resto evidenziarsi che, secondo le previsioni del disciplinare e come dedotto anche dall'aggiudicataria, la Relazione Tecnica Illustrativa A doveva contenere una <<descrizione dettagliata del "Sistema organizzativo dei Servizi", comprensivo di eventuali elaborati grafici, relativa al complesso del personale, alla totalità dei mezzi e delle attrezzature e a tutti i materiali da impiegare per l'esecuzione dell'appalto, dal quale, nel rispetto dei requisiti minimi indicati dal "Capitolato Speciale d'Appalto", siano facilmente ricavabili le modalità di esecuzione dei singoli servizi e le frequenze, oltre agli elementi da valutare in riferimento ai criteri del merito tecnico, nonché le modalità tecniche che si intendono seguire per far fronte all'esecuzione dei servizi nel periodo transitorio di mesi 3 (tre) fino alla messa a regime del servizio offerto>>, con l'ulteriore precisazione che "l'elenco dei servizi a cui fare riferimento è quello esposto nell'art. 2 del C.S.A.", laddove l'indicazione del complesso del personale, della totalità dei mezzi e delle attrezzature e di tutti i materiali da impiegare per l'esecuzione dell'appalto (come descritti nella predetta Relazione Tecnica A), doveva essere contenuto nella Relazione Tecnica Illustrativa B; pertanto la constatazione che nella contestata relazione, allegato E, prodotta da Ecologica tutti gli elementi dell'offerta fossero più minuziosamente esposti e precisati non implica affatto la violazione della *lex specialis* di gara neppure sotto il profilo del contenuto necessario che avrebbero dovuto caratterizzare le Relazioni Tecniche Illustrative A e B, giacché la loro asserita non conformità alle prescrizioni della *lex specialis* (con conseguente non valutabilità ai fini dell'attribuzione del punteggio) costituisce un'affermazione apodittica, frutto di una mera inammissibile opinione dissenziente rispetto alle valutazioni della commissione di gara (notoriamente espressione di ampia discrezionalità, non sindacabile dal giudice amministrativo, salva la ricorrenza di manifesta illogicità, irrazionalità, arbitrarietà e/o travisamento di fatti, che non si riscontra nel caso di specie).

6.2. Possono essere esaminati congiuntamente il secondo ed il terzo motivo di gravame, con cui è stato lamento, rispettivamente, "*Error in iudicando*: Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara (punto B4 del disciplinare di gara)" [secondo motivo] e "*Error in iudicando*: violazione dell'art. 42 del d. lgs. 163/06; omessa pronuncia" [terzo motivo].

Secondo l'appellante Ecologica non avrebbe dato prova del possesso del requisito di qualificazione attinente alla idoneità tecnico – professionale previsto dalla *lex specialis*, giacché i servizi a tal fine indicati per l'anno 2010 non coprivano, come necessario, l'intero anno, ma solo alcuni periodi; né poteva condividersi l'assunto dei primi giudici che, per contro, avevano erroneamente enfatizzato il termine "contratti" per ritenere sussistente quel requisito di qualificazione, con una inammissibile interpretazione formalistica, e contraria alla sua stessa ratio, della previsione di quel requisito che essa appellante aveva comunque contestato e sulla quale i primi giudici avevano omesso di pronunciare.

Anche tali doglianze non meritano accoglimento

Deve osservarsi che il punto B4) del disciplinare di gara, regolando la "Capacità tecnica e professionale (art. 42 del D. Lgs. n. 163/06)", stabiliva che "Per poter partecipare alla presente gara d'appalto le imprese concorrenti devono essere in possesso dei seguenti requisiti di carattere tecnico

e professionale: 1) l'impresa dovrà aver eseguito nell'ultimo triennio contratti avente ad oggetto l'esecuzione dei servizi relativi della gestione integrata dei rifiuti comprendente le fasi di raccolta, trasporto e spazzamento, in un Comune o in un'Associazione/Unione e Consorzio di Comuni o Enti analoghi con un bacino di utenza servita non inferiore a 40.000 abitanti (media nel triennio).”.

Diversamente da quanto prospettato dall'appellante, dalla lettura della predetta disposizione, che mira a conseguire la ragionevole certezza della capacità tecnico – professionale delle imprese concorrenti all'effettiva esecuzione del servizio oggetto dell'appalto, non si evince affatto che quel requisito sia ricollegato allo svolgimento di un periodo di servizio triennale, bensì all'esecuzione di contratti, come puntualmente osservato dai primi giudici, che non necessariamente devono ricoprire l'intero periodo triennale.

Del resto una simile previsione non può essere considerata illogica o arbitraria o irragionevole, unico profilo sotto il quale sarebbe consentito di sindacare la legittimità (essendo essa espressione del potere discrezionale dell'amministrazione di fissare i requisiti per la partecipazione alla gara), giacché costituisce una mera petizione di principio, priva di qualsiasi adeguata prova, l'assunto secondo cui solo l'effettivo continuato servizio per almeno un triennio di servizi analoghi a quelli oggetto di appalto potrebbe soddisfare il requisito di capacità tecnico professionale per lo svolgimento del servizio stesso.

6.3. E' infondato anche il quarto motivo di gravame, con il quale l'appellante De Vizia, deducendo “*Error in iudicando*: violazione degli artt. 86 ss. del D. Lgs. 163/06, eccesso di potere per carenza istruttoria e di motivazione; sviamento”, ha lamentato che, quanto alla questione della legittimità della valutazione di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria, la sentenza impugnata si sarebbe limitata apoditticamente ad affermare la correttezza dell'operato della commissione di gara, laddove quest'ultima non avrebbe in realtà compiuto alcuna effettiva valutazione, come si ricavava sintomaticamente dalle generiche affermazioni sulla validità e sulla sufficienza delle giustificazioni presentate dall'aggiudicataria (giustificazioni peraltro identiche a quelle già allegate a corredo della domanda di partecipazione alla gara).

Al riguardo infatti non vi è motivo per discostarsi dal consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui le valutazioni della commissione di gara in ordine alla valutazione della congruità delle offerte tecniche sono espressione di discrezionalità tecnica dell'amministrazione appaltante e, quindi, assoggettabili ad un sindacato limitato alle presenza di macroscopiche illogicità ed omissioni ovvero ad evidenti errori di fatto (*ex plurimis*, tra le più recenti, Cons. St., sez. V, 4 novembre 2014, n. 5446; 11 novembre 2014, n. 5518; sez. VI, 18 novembre 2014, n. 5652), di cui nel caso di specie non è stato fornito alcun adeguato elemento probatorio, tanto più che, allorquando l'amministrazione abbia ritenuto congrua l'offerta sulla base delle spiegazioni fornite dal concorrente in sede di verifica dell'anomalia, la sua valutazione deve ritenersi sufficientemente motivata con richiamo *per relationem* ai chiarimenti ricevuti, giacché la verifica delle offerte anomale non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando invece ad accertare se l'offerta nel suo complesso sia attendibile e, dunque, se dia o non serio affidamento circa la corretta esecuzione (Cons. St., sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890).

Peraltro, anche a voler prescindere dalla genericità delle deduzioni svolte dall'appellante circa la dedotta, ma non puntualmente provata, perfetta sovrapponibilità tra la documentazione presentata da Ecologica a corredo della domanda di partecipazione alla gara e quella prodotta a seguito della richiesta di giustificazioni, non può sottacersi che la Relazione prodotta nell'ambito del sub – procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta evidenzia, come puntualmente rilevato da Ecologica, nel quadro economico finale il ribasso offerto e risulta pertanto puntualmente finalizzata a dar conto della congruità dell'offerta (il che esclude in ogni caso la sua asserita sovrapponibilità

con la documentazione presentata ai fini della partecipazione alla gara, finalizzata a dar prova della validità e dell'adeguatezza dell'offerta, in linea generale).

6.4. Possono essere esaminati congiuntamente il quinto ed il sesto motivo di gravame, entrambi rivolti, sia pur sotto due diversi profili, nei confronti della composizione della commissione di gara.

In particolare, con il quinto motivo è stato dedotto “*Error in iudicando*: Violazione dell’art. 84 del d. lgs. 163/2006, violazione della *lex specialis* di gara; violazione dei principi di funzionamento degli organi collegiali, violazione del principio del giusto procedimento, sviamento”, in quanto l’ing. Giovanni Pilu, componente sia della commissione per la valutazione tecnica che di quella per la valutazione dell’anomalia delle offerte, si sarebbe trovato in una macroscopica situazione di incompatibilità, avendo egli contribuito in maniera decisiva alla predisposizione degli atti di gara, come emergeva dalla delibera di indizione della gara, rivestendo il ruolo di responsabile del procedimento e gestendo il contratto stipulato a valle della gara stessa, erronee, inconferenti e non condivisibili essendo al riguardo le motivazioni addotte dai primi giudici; con il sesto motivo è stato dedotto “*Error in iudicando*: omissione di pronuncia; violazione dell’art. 84 del D. Lgs. 163 del 2006; violazione della *lex specialis* di gara, violazione dei principi in tema di funzionamento degli organi collegiali; violazione del principio del giusto procedimento”, sostenendosi che l’amministrazione appaltante avrebbe inammissibilmente ed illogicamente nominato due distinte commissioni per lo svolgimento dell’unica attività di valutazione delle offerte, peraltro in tal modo influenzando attraverso la sua composizione sullo stesso esito della valutazione (giacché le due commissioni, formate da tre membri, coincidevano per due terzi), anche in questo caso non potendo condividersi le osservazioni di carattere generale e comunque non pertinenti dei primi giudici.

Ad avviso della Sezione le conclusioni cui sono pervenuti i primi giudici non meritano le censure mosse.

6.4.1. Quanto alla presunta incompatibilità dell’ing. Pilu a far parte della commissione di gara, deve rilevarsi che, se non è revocabile in dubbio che la disposizione dell’art. 84 del D. Lgs. n. 163 del 2006, dettata a garanzia della trasparenza e dell’imparzialità dei procedimenti di gara, impedisce la presenza nelle commissioni di gara di coloro che abbiano svolto un’attività idonea ad interferire con il giudizio di merito sull’appalto, in grado cioè di incidere sul processo formativo della volontà che conduce alla valutazione delle offerte potendo condizionarne l’esito (*ex multis*, Cons. St., sez. V, 28 aprile 2014, n. 2191; 14 giugno 2013, n. 3316; sez. VI, 21 luglio 2011, n. 4438; 29 ottobre 2010, n. 9577), d’altra parte deve sottolinearsi, per un verso, che tale incompatibilità deve riguardare effettivamente il contratto del cui affidamento si tratta e non può riferirsi genericamente ad incarichi amministrativi o tecnici genericamente riferiti ad altri appalti (Cons. St., sez. V, 25 luglio 2011, n. 4450; sez. III, 28 febbraio 2014, n. 942) e, per altro verso, che di tale situazione di incompatibilità deve essere fornita adeguata e ragionevole prova, non essendo sufficiente in tal senso il mero sospetto di una possibile situazione di incompatibilità (dovendo la disposizione in questione, in quanto limitativa delle funzioni proprie dei funzionari dell’amministrazione, essere interpretata in senso restrittivo).

Nel caso in esame non è stato in alcun modo provato che il predetto ing. Pilu abbia effettivamente predisposto la *lex specialis* di gara e/o il capitolato tecnico della gara (tanto più che l’appellata amministrazione comunale di Oristano ha evidenziato che l’attività di predisposizione degli atti di gara è stata addirittura affidata all’esterno); né può essere decisiva la circostanza che egli sia il funzionario responsabile dell’ufficio competente e tanto meno che egli sia stato nominato responsabile del procedimento, qualifica che di per sé non determina alcuna possibilità di alterazione della gara.

Ciò senza contare che, al fine della sussistenza della incompatibilità di cui si discute, non è neppure sufficiente la mera predisposizione materiale del capitolato speciale, occorrendo invero non già un qualsiasi apporto al procedimento di approvazione dello stesso, quanto piuttosto una effettiva e concreta capacità di definirne autonomamente il contenuto, con valore univocamente vincolante per l'amministrazione ai fini della valutazione delle offerte, così che in definitiva il suo contenuto prescrittivo sia riferibile esclusivamente al funzionario, fattispecie che non ricorre nel caso di specie in cui il capitolato tecnico in questione risulta approvato da altro dirigente (che poi ha svolto le funzioni di presidente della commissione di gara).

6.4.2. Nessun vizio di legittimità del procedimento di gara può poi farsi derivare dalla circostanza che l'amministrazione appaltante abbia nominato due distinte commissioni, una per la gestione della parte amministrativa e l'altra per la valutazione delle proposte tecniche.

Infatti, come si evince dalla documentazione prodotta in giudizio, la prima ha svolto compiti ed operazioni privi di qualsiasi discrezionalità, procedendo al solo controllo formale delle domande di partecipazione e alla verifica della documentazione prodotta (riscontrando che la stessa corrispondeva alle prescrizioni della *lex specialis*), prendendo atto delle valutazioni del merito tecnico delle offerte effettuate dalla commissione tecnica, aprendo la busta contenente l'offerta economica ed attribuendo il relativo punteggio e predisponendo la graduatoria finale con il punteggio complessivo, mentre la commissione tecnica ha proceduto alla sola valutazione delle offerte tecniche presentate, attribuendo il relativo punteggio.

Tale modulo organizzativo – procedimentale, ancorché originale, non solo non è espressamente vietato dalla normativa vigente, ma neppure ha violato, diversamente da quanto sostenuto dall'appellante, il principio di unicità della gara o inficiato il corretto funzionamento delle singole commissioni di gara, avendo avuto piuttosto la finalità di evitare qualsiasi confusione tra adempimenti ed operazioni di carattere meramente formali e valutazioni tecnico – discrezionali, dando in tal modo a queste ultime la giusta rilevanza ed autonomia.

Del tutto irrilevante risulta pertanto essere la circostanza che due funzionari abbiano fatto parte di entrambe le predette commissioni, ciò non avendo potuto minimamente influenzare l'attività valutativa delle offerte, compiuta soltanto dalla commissione tecnica.

6.5. E' infine privo di fondamento giuridico anche l'ultimo motivo di gravame, con cui l'appellante ha denunciato "*Error in iudicando*: Violazione dell'art. 11 del d. lgs. 163 del 12.4.2006 dell'art. 302 del d.p.r. 207 del 5.10.2010; violazione dell'art. 24 della Costituzione e del principio di effettività della tutela giurisdizionale", sostenendo, per un verso, che l'amministrazione appaltante, in palese violazione delle norme rubricate, avrebbe disposto, senza alcuna necessità, il passaggio di consegne durante il periodo di operatività della clausola stand still e, per altro verso, che erroneamente i primi giudici avrebbe ritenuto irrilevante tale violazione, laddove essa costituirebbe un gravissimo vulnus al principio di effettività della tutela giurisdizionale ex art. 24 Cost. e sarebbe altresì un ulteriore elemento sintomatico del grave sviamento da cui sarebbe connotata l'intera procedura di gara.

Al riguardo può richiamarsi il condivisibile indirizzo giurisprudenziale secondo cui la violazione della clausola detta di *stand still* (termine dilatorio che dovrebbe precedere la stipula del contratto) non costituisce vizio dell'aggiudicazione e non determina pertanto la sua invalidità (Cons. St., sez. V, 31 marzo 2014, n. 1548; sez. VI, 8 ottobre 2013, n. 4934).

7. In conclusione l'appello principale deve essere respinto e a ciò consegue la declaratoria di improcedibilità dell'appello incidentale per carenza di interesse.

8. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello principale proposto dalla società De Vizia Tasfer S.p.A. e su quello incidentale spiegato dalla società Ecologica di Francesco Podda & C. s.r.l. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, sez. I, n. 461 del 17 giugno 2014, così provvede:

- respinge l'appello principale;
- dichiara improcedibile l'appello incidentale;
- condanna la società De Vizia Trasfer S.p.A. al pagamento in favore della società Ecologica di Francesco Podda & C. s.r.l. e del Comune di Oristano delle spese del presente grado di giudizio che liquida complessivamente in €. 12.000,00 (dodicimih), €. 6.000,00 (seimila) ciascuno, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/03/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

