

Publicato il 14/07/2021

N. 05326/2021REG.PROV.COLL.

N. 03100/2021 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3100 del 2021, proposto dalla S.R.A. Sviluppo Risorse Ambientali S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Mastrandrea, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

- la Centrale Unica di Committenza dell'Area Programma Basento Bradano Camastra, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Gerardo Pedota, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
- la Comunità Montana Alto Basento, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, il Comune di Pignola, in persona del Sindaco *pro tempore*, il Comune di Anzi, in persona del Sindaco *pro tempore*, il Comune di Brindisi Montagna, in persona del Sindaco *pro tempore*, il Comune di Castelmezzano, in persona del Sindaco *pro tempore*,

il Comune di Pietrapertosa, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituiti in giudizio;

nei confronti

- della Ciclat Trasporti Ambiente Soc. Coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Riccardo Villata, Andreina Degli Esposti e Lorenzo Marco Agnoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

- della Progettambiente Soc. Coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria capogruppo della costituenda a.t.i. con Ecological Systems S.r.l. e con Pellicano Verde S.p.a., non costituita in giudizio;

- della Ecological Systems S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, quale mandante della predetta a.t.i., e della Pellicano Verde S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, quale mandante della predetta a.t.i., non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata (Sezione Prima) n. 252/2021, resa tra le parti, pubblicata il 18 marzo 2021, non notificata, pronunciata nel giudizio di primo grado n.r.g. 470/2020.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Centrale Unica di Committenza dell'Area Programma Basento Bradano Camastra e della Ciclat Trasporti Ambiente Soc. Coop.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Rilevato che l'udienza si è svolta ai sensi dell'art. 25, comma 2, del decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni con legge 18 dicembre 2020, 176,

attraverso videoconferenza con l'utilizzo della piattaforma "Microsoft Teams", come previsto dalla circolare n. 6305 del 13 marzo 2020 del Segretario generale della Giustizia amministrativa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 giugno 2021 il Cons. Michele Pizzi e uditi per le parti gli avvocati Angelo Mastrandrea e Gerardo Pedota;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue.

FATTO

1. La società S.R.A. Sviluppo Risorse Ambientali S.r.l. [d'ora in poi S.R.A.] ha partecipato al bando di gara mediante procedura aperta – indetto il 30 luglio 2020 dalla Centrale Unica di Committenza Basento Bradano Camastra – per l'affidamento del servizio di gestione integrata della raccolta differenziata dei rifiuti solidi urbani per la durata di cinque anni per l'ambito Basento Centro (Comuni di Anzi, Brindisi Montagna, Castelmezzano, Pietrapertosa e Pignola) classificandosi al primo posto della graduatoria con 78,30 punti (48,30 punti per l'offerta tecnica e 30 punti per l'offerta economica), come emerge dal verbale di gara n. 4 del 7 ottobre 2020.

2. Tuttavia, ultimata la fase di attribuzione del punteggio complessivo, il delegato del costituendo r.t.i. tra Progettambiente soc. coop., Ecological Systems S.r.l. e Pellicano Verde S.p.a. [d'ora in poi R.T.I. Progettambiente] ha chiesto "*se per tutti i partecipanti la commissione [avesse] verificato la produzione, da parte di tutti i concorrenti, del <dettaglio dei costi relativi agli investimenti, ammortamenti e costi di gestione dei mezzi di produzione e dei beni immobili, nonché dei costi di personale>*", con la conseguenza che la commissione di gara – accertata la mancata produzione di tale documento da parte della S.R.A. (prima classificata) e della General Enterprise S.r.l. - ha immediatamente escluso i due menzionati partecipanti ai sensi dell'art. 2, comma 5, lett. f), del capitolato speciale d'appalto e dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016, proponendo pertanto di aggiudicare la gara *de qua* al R.T.I. Progettambiente.

3. L'esclusione della S.R.A. veniva comunicata alla predetta società con successiva nota del 12 ottobre 2020 e l'appalto veniva aggiudicato al R.T.I. Progettambiente con determinazione dirigenziale n. 295 del 22 ottobre 2020.

4. La S.R.A. pertanto, con ricorso innanzi al Tar per la Basilicata, impugnava sia la propria esclusione dalla gara, sia l'aggiudicazione in favore del R.T.I. Progettambiente, deducendo le sei seguenti censure:

4.1. - violazione degli articoli 30, 31, 77 e 83 del d.lgs. n. 50/2016, violazione del bando e del disciplinare di gara, parte II, capo 6, e dell'art. 2 del capitolato speciale, violazione del principio del contraddittorio, incompetenza, per esser stata la ricorrente espulsa dalla gara da un soggetto incompetente (la commissione di gara) anziché dal r.u.p.;

4.2. - violazione degli articoli 30, 31, 77 e 83 del d.lgs. n. 50/2016, degli articoli 2 e 97 della Costituzione, dei principi generali e comunitari di affidamento, buona fede, trasparenza e *par condicio*, di proporzionalità e ragionevolezza, violazione dei principi di *favor participationis* e di tassatività dei casi di esclusione, violazione degli articoli 1362 e ss cod. civ., violazione del bando e del disciplinare di gara, parte II, capo 6, e dell'art. 2 del capitolato speciale d'appalto, nonché eccesso di potere per travisamento dei fatti, insufficienza e difetto di istruttoria, insufficienza della motivazione, perplessità, manifesta ingiustizia, arbitrarietà ed irragionevolezza, violazione del principio del *clare loqui*, per esser stata la ricorrente illegittimamente esclusa pur mancando una specifica causa di esclusione nella *lex specialis* di gara, non essendo prevista alcuna esplicita sanzione espulsiva per l'omessa indicazione del “*dettaglio dei costi relativi agli investimenti, ammortamenti e costi di gestione dei mezzi di produzione e dei beni immobili, nonché dei costi del personale*” di cui all'articolo 2, comma 5, lett. f), del capitolato speciale d'appalto;

4.3. - violazione degli articoli 30, 31, 77 e 83 del d.lgs. n. 50/2016, degli articoli 2 e 97 della Costituzione, dei principi generali e comunitari di affidamento, buona fede,

trasparenza e *par condicio*, di proporzionalità e ragionevolezza, violazione dei principi di *favor participationis* e di tassatività dei casi di esclusione, violazione degli articoli 1362 e ss cod. civ., violazione del bando e del disciplinare di gara, parte II, capo 6, e dell'art. 2 del capitolato speciale d'appalto, nonché eccesso di potere per travisamento dei fatti, insufficienza e difetto di istruttoria, insufficienza della motivazione, perplessità, manifesta ingiustizia, arbitrarietà ed irragionevolezza, violazione del principio del *clare loqui*, in quanto – anche qualora si volesse ritenere sussistente una specifica causa di esclusione per la violazione dell'art. 2, comma 5, lett. f), del capitolato speciale d'appalto, tale sanzione espulsiva sarebbe comunque nulla ai sensi dell'articolo 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, dovendo oltretutto le cause di esclusione essere oggetto di stretta interpretazione;

4.4. - violazione degli articoli 30, 31, 77 e 83 del d.lgs. n. 50/2016, degli articoli 2 e 97 della Costituzione, dei principi generali e comunitari di affidamento, buona fede, trasparenza e *par condicio*, di proporzionalità e ragionevolezza, violazione dei principi di *favor participationis* e di tassatività dei casi di esclusione, violazione degli articoli 1362 e ss cod. civ., violazione del bando e del disciplinare di gara, parte II, capo 6, e dell'art. 2 del capitolato speciale d'appalto, nonché eccesso di potere per travisamento dei fatti, insufficienza e difetto di istruttoria, insufficienza della motivazione, perplessità, manifesta ingiustizia, arbitrarietà ed irragionevolezza, violazione del principio del *clare loqui*, per aver erroneamente la commissione di gara ritenuto essenziale, all'interno dell'offerta tecnica, il “*dettaglio dei costi*” di cui all'art. 2, comma 5, lett. f), del capitolato speciale d'appello, nonostante in precedenza la commissione di gara avesse esaminato e positivamente valutato la stessa offerta tecnica presentata dalla ricorrente e senza che la commissione di gara abbia successivamente valutato il menzionato “*dettaglio dei costi*” presentato dal R.T.I. Progettambiente prima di aggiudicare l'appalto a quest'ultimo, a riprova del carattere meramente formale del menzionato documento erroneamente ritenuto essenziale;

4.5. - violazione degli articoli 30, 31, 77 e 83 del d.lgs. n. 50/2016, degli articoli 2 e 97 della Costituzione e dell'art. 202 del d.lgs. n. 152/2006, dei principi generali e comunitari di affidamento, buona fede, trasparenza e *par condicio*, di proporzionalità e ragionevolezza, violazione dei principi di *favor participationis* e di tassatività dei casi di esclusione, violazione degli articoli 1362 e ss cod. civ., violazione del bando e del disciplinare di gara, parte II, capo 6, e dell'art. 2 del capitolato speciale d'appalto, nonché eccesso di potere per travisamento dei fatti, insufficienza e difetto di istruttoria, insufficienza della motivazione, perplessità, manifesta ingiustizia, arbitrarietà ed irragionevolezza, violazione del principio del *clare loqui*, in quanto il menzionato "*dettaglio dei costi*" non avrebbe potuto comunque essere inserito nell'offerta tecnica, ai sensi dell'art. 3, parte prima, del disciplinare di gara, ove si prescriveva che: "*dall'offerta tecnica non deve risultare alcun elemento che possa rendere palese, direttamente o indirettamente, l'offerta economica*", nonché ai sensi dell'art. 6, parte seconda, lett. a.5), del medesimo disciplinare, che sanzionava con l'esclusione le offerte tecniche "*che rendono palese, direttamente o indirettamente, l'offerta di prezzo*", considerato oltretutto che tale "*dettaglio dei costi*" non avrebbe potuto incidere in alcun modo né sull'offerta tecnica, né sull'offerta economica e la sua mancanza "*avrebbe potuto agevolmente esser colmata facendo ricorso al soccorso istruttorio*";

4.6. - violazione degli articoli 30, 31, 48, 77, 83 e 84 del d.lgs. n. 50/2016, degli articoli 2 e 97 della Costituzione e dei principi generali e comunitari di affidamento, buona fede, trasparenza e *par condicio*, violazione del bando e del disciplinare di gara, parte II, capo 6, punto c.4), violazione dell'art. 2704 cod. civ., nonché eccesso di potere per difetto del presupposto, insufficienza e contraddittorietà della motivazione, difetto di istruttoria, arbitrarietà, travisamento, disparità di trattamento, per aver la stazione appaltante erroneamente aggiudicato l'appalto *de quo* al R.T.I. Progettambiente, nonostante quest'ultimo:

- a) non avesse presentato la dichiarazione d'impegno ai sensi dell'art. 48, comma 6, d.lgs. n. 50/2016, né l'indicazione delle tipologie di servizi o le parti di lavoro da assumere ed eseguire da parte di ciascun operatore economico raggruppato o consorziato, in violazione dell'art. 6, parte seconda, punto c.4), del disciplinare di gara, non essendo possibile in tali casi avvalersi del soccorso istruttorio;
- b) il documento presentato dal R.T.I. Progettambiente non avesse data certa anteriore alla scadenza delle offerte (7 settembre 2020);
- c) l'ammissione del R.T.I. Progettambiente avrebbe dovuto essere disposta dal r.u.p. e non dalla commissione di gara;
- d) la commissione di gara, nella seduta riservata del 30 settembre 2020, ha ammesso alla gara il R.T.I. Progettambiente con motivazione apparente.

4.7. La ricorrente S.R.A., oltre alla caducazione degli atti impugnati, formulava altresì domanda di risarcimento del danno (15% del valore dell'importo a base di gara a titolo di lucro cessante e 5% del valore della commessa per il danno curriculare).

5. Successivamente, all'esito dell'accesso a tutta la documentazione della controinteressata ed a quella inerente i controlli espletati, la S.R.A. – con un primo ricorso per motivi aggiunti del 26 novembre 2020 - ha dedotto le seguenti quattro ulteriori doglianze:

5.1. - violazione degli articoli 31, 32, 33, 83, 85, 86 e 87 del d.lgs. n. 50/2016, violazione degli articoli 2 e 97 della Costituzione e dei principi generali e comunitari di affidamento, buona fede e trasparenza, violazione dell'art. 2704 cod. civ., disparità di trattamento, illegittimità derivata, nonché eccesso di potere per travisamento dei fatti, insufficienza e difetto di istruttoria, insufficienza della motivazione, perplessità, manifesta ingiustizia, arbitrarietà ed irragionevolezza, per aver la stazione appaltante acquisito, nei confronti della controinteressata, i certificati del casellario giudiziale e del casellario Anac, avendo inoltre effettuato i controlli di regolarità fiscale, prima ancora di sapere se il R.T.I. Progettambiente sarebbe stato ammesso o no al

proseguo della procedura, senza inoltre avvedersi del fatto che il suddetto controllo di regolarità fiscale ed i menzionati certificati (casellario giudiziale ed Anac) precedevano di quasi un mese l'aggiudicazione (22 ottobre 2020), in tal modo venendo meno il necessario controllo sulla continuità nel possesso dei requisiti in capo all'aggiudicataria;

5.2. - violazione degli articoli 31, 32, 33, 83, 85, 86 e 87 del d.lgs. n. 50/2016, violazione degli articoli 2 e 97 della Costituzione e dei principi generali e comunitari di affidamento, buona fede e trasparenza, violazione dell'art. 2704 cod. civ., disparità di trattamento, illegittimità derivata, nonché eccesso di potere per travisamento dei fatti, insufficienza e difetto di istruttoria, insufficienza della motivazione, perplessità, manifesta ingiustizia, arbitrarietà ed irragionevolezza, per aver il r.u.p. ommesso di acquisire il d.u.r.c. aggiornato prima di disporre l'aggiudicazione, dal momento che il d.u.r.c. presentato dal R.T.I. Progettambiente era scaduto il 25 settembre 2020;

5.3. - violazione degli articoli 31, 32, 33, 83, 85, 86 e 87 del d.lgs. n. 50/2016, violazione degli articoli 2 e 97 della Costituzione e dei principi generali e comunitari di affidamento, buona fede e trasparenza, violazione dell'art. 2704 cod. civ., disparità di trattamento, illegittimità derivata, nonché eccesso di potere per travisamento dei fatti, insufficienza e difetto di istruttoria, insufficienza della motivazione, perplessità, manifesta ingiustizia, arbitrarietà ed irragionevolezza, per aver il r.u.p. disposto l'aggiudicazione nonostante l'incompletezza dei certificati del casellario giudiziale nei confronti di plurimi soggetti facenti capo alla mandataria Progettambiente soc. coop. ed alle mandanti Ecological Systems S.r.l. e Pellicano Verde S.p.a.;

5.4. - violazione degli articoli 31, 32, 33, 83, 85, 86 e 87 del d.lgs. n. 50/2016, violazione degli articoli 2 e 97 della Costituzione e dei principi generali e comunitari di affidamento, buona fede e trasparenza, violazione dell'art. 2704 cod. civ., disparità di trattamento, illegittimità derivata, nonché eccesso di potere per travisamento dei fatti, insufficienza e difetto di istruttoria, insufficienza della motivazione, perplessità,

manifesta ingiustizia, arbitrarietà ed irragionevolezza, per aver il r.u.p. disposto l'aggiudicazione nonostante il certificato di qualità UNI EN ISO 9001:2015 n. 7574 della mandataria Progettambiente fosse scaduto.

6. La stazione appaltante, con determinazione dirigenziale n. 351 del 26 novembre 2020, procedeva all'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione (determina n. 295 del 22 ottobre 2020) per difetto di istruttoria, a seguito del riscontro della insussistenza di un d.u.r.c. valido nei confronti della mandante Ecological Systems, demandando contestualmente ai responsabili della procedura di gara l'attivazione del procedimento di verifica del possesso dei requisiti, ivi compreso quello relativo alla regolarità contributiva, nei confronti del primo classificato R.T.I. Progettambiente.

7. Le mandanti Pellicano Verde S.p.a. ed Ecological Systems S.r.l. e la mandataria Progettambiente soc. coop. del costituendo r.t.i. proponevano poi un ricorso incidentale deducendo la mancanza dei requisiti di capacità tecnica e professionale, richiesti dalla *lex specialis*, in capo alla ricorrente S.R.A., per non aver quest'ultima dimostrato:

a) di aver espletato un servizio analogo a quello oggetto dell'appalto, nel triennio considerato dal 2017 al 2019, in favore di almeno 11.500 residenti, fra i quali almeno un Comune con almeno 7.000 residenti;

b) di aver svolto un servizio analogo in via continuativa per l'intera durata del triennio in questione; c) di aver raggiunto nell'anno 2019 una percentuale almeno pari al 65% di raccolta differenziata in un bacino di utenza di almeno 11.500 abitanti;

d) di non aver subito perdite negli ultimi tre esercizi finanziari, nonché per non aver presentato idonee dichiarazioni di almeno due istituti bancari sulla sua affidabilità e solvibilità.

8. La Centrale unica di committenza dell'Area Programma Basento Bradano Camastra, all'esito degli ulteriori controlli, con determinazione dirigenziale n. 410

del 29 dicembre 2020, aggiudicava nuovamente l'appalto *de quo* al R.T.I. Progettambiente.

9. La suddetta nuova aggiudicazione n. 410/2020 è stata impugnata dalla S.R.A. con un secondo ricorso per motivi aggiunti del 22 gennaio 2021, con il quale – unitamente alla reiterazione della domanda risarcitoria - venivano ribadite in sostanza le doglianze circa:

- a) l'illegittima esclusione della ricorrente dalla gara *de qua* stante la mancanza di una causa espulsiva riconnessa alla mancata presentazione del “*dettaglio dei costi*”, documento avente natura meramente formale e per nulla essenziale;
- b) la nullità delle cause di esclusione previste dalla *lex specialis* ai sensi dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016;
- c) l'incompetenza della commissione di gara che ha disposto l'esclusione della ricorrente;
- d) l'illegittima aggiudicazione in favore del costituendo R.T.I. Progettambiente, per non aver quest'ultimo presentato: i) la dichiarazione d'impegno ai sensi dell'art. 48, comma 8, d.lgs. n. 50/2016; ii) l'indicazione delle tipologie di servizi o le parti di lavoro da assumere ed eseguire da parte di ciascun operatore economico raggruppato o consorziato;
- e) la mancanza della continuità del possesso dei requisiti in capo alla mandante Ecological Systems il cui precedente d.u.r.c. era scaduto il 25 settembre 2020, a fronte di un nuovo d.u.r.c. con decorrenza solo dal 6 novembre 2020, rimanendo pertanto scoperto il periodo intermedio dal 26 settembre al 5 novembre 2020;
- f) la soluzione di continuità, in capo alla mandataria Progettambiente, della validità del certificato di qualità EN ISO 9001:2015 n. 7574 per il periodo intermedio di validità dal 3 al 10 novembre 2020 tra i due certificati.

10. La S.R.A. spiegava contestualmente ricorso ai sensi dell'art. 116 cod. proc. amm., lamentando il diniego di accesso alla relazione istruttoria relativa alla determinazione dirigenziale n. 351/2020.

11. Il Tar per la Basilicata, con la gravata sentenza n. 252 del 2021:

11.1. - ha respinto il primo motivo del ricorso introduttivo, dato che l'esclusione della ricorrente, inizialmente disposta dalla commissione di gara, è stata poi recepita e fatta propria dal r.u.p. con le determine di aggiudicazione n. 295/2020 e n. 410/2020;

11.2. - ha respinto i restanti motivi del ricorso introduttivo, relativamente alle censure di illegittimità dell'esclusione della ricorrente, affermando che:

i) la mancata presentazione del “*dettaglio dei costi*” di cui all'art. 2, comma 5, lett. f), del capitolato d'appalto, da inserire nella “*relazione tecnica*”, era specificamente prevista a pena di esclusione ai sensi del punto 3 del disciplinare di gara, il cui punto A.4 richiama la suddetta relazione tecnica e le proposte migliorative ivi contenute, nonché laddove si prevede che: “*la documentazione presentata in difformità da quanto sopra riportato costituisce causa di esclusione dalla procedura di gara*”;

ii) non è possibile attivare il soccorso istruttorio, non potendosi introdurre documenti nuovi o supplire ad omissioni procedimentali o formali;

iii) non è sussistente la lamentata violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, trattandosi nel caso di specie di un vizio insanabile dell'offerta tecnica;

iv) il “*dettaglio dei costi*” non è un elemento ininfluenza, avendo invece valenza negoziale, dovendo poi costituire specifico allegato contrattuale, ai sensi del punto 3 del disciplinare di gara;

11.3. - ha dichiarato in parte inammissibile il ricorso introduttivo, relativamente alle censure con le quali si è lamentata l'illegittima ammissione alla gara del costituendo r.t.i. aggiudicatario;

11.4. - ha dichiarato inammissibili il primo ed il secondo ricorso per motivi aggiunti;

11.5. - ha dichiarato inammissibile l'azione ostensiva ai sensi dell'art. 116 cod. proc. amm.;

11.6. - ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale.

12. Con ricorso in appello notificato il 1° aprile 2021 e depositato in pari data, la S.R.A. ha impugnato la predetta sentenza ed in particolare:

12.1. - con il primo motivo d'appello sono state riproposte le censure articolate nel secondo, nel quarto e nel quinto motivo del ricorso introduttivo, ribadendo l'illegittima esclusione dell'appellante stante l'assenza di una sanzione espulsiva riconnessa alla mancata presentazione del "*dettaglio dei costi*" all'interno della relazione tecnica contenuta nell'offerta tecnica;

12.2. - con il secondo motivo d'appello è stato riproposto il terzo motivo del ricorso introduttivo, deducendo la nullità, ai sensi dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, di un'eventuale previsione espulsiva ravvisabile nella *lex specialis* di gara;

12.3. - con il terzo motivo d'appello è stata riproposta la censura, dedotta sia nel secondo sia nel terzo motivo del ricorso introduttivo, relativa alla violazione del principio di massima partecipazione;

12.4. - con il quarto motivo d'appello è stata censurata la sentenza di primo grado nella parte in cui ha dichiarato inammissibili i due ricorsi per motivi aggiunti, nonché il ricorso per l'accesso e, in particolare:

i) sono stati riproposti il secondo, il terzo ed il quarto motivo dedotti con il primo ricorso per motivi aggiunti avverso la determina di aggiudicazione n. 295/2020;

ii) sono stati riproposti i vizi in via derivata concernenti la determina di aggiudicazione n. 410/2020, impugnata con il secondo ricorso per motivi aggiunti, ribadendo altresì i vizi propri della suddetta aggiudicazione, già dedotti con il settimo motivo del secondo ricorso per motivi aggiunti, in particole ribadendo la censura circa l'erronea aggiudicazione in favore del costituendo R.T.I. Progettambiente nonostante la mandante Ecological Systems non avesse dimostrato la continuità del

possesso del requisito di regolarità contributiva, alla luce del lasso temporale intercorrente tra la scadenza del precedente d.u.r.c. (25 settembre 2020) e la decorrenza del nuovo d.u.r.c. (6 novembre 2020);

iii) è stata riproposta l'azione ostensiva ai sensi dell'art. 116, comma 2, cod. proc. amm., concernente la relazione istruttoria posta a base della determina n. 351/2020 di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione disposta con d.d. n. 295/2020;

12.5. - con il quinto motivo d'appello è stata censurata la sentenza del Tar nella parte in cui, respinte le censure avverso l'esclusione della ricorrente, sono state dichiarate inammissibili le restanti censure mosse avverso l'aggiudicazione disposta in favore del R.T.I. Progettambiente;

12.6. L'appellante ha poi ribadito l'istanza di subingresso nel contratto eventualmente stipulato, nonché ha riproposto la domanda di risarcimento del danno.

13. Si sono costituite nel giudizio d'appello la Centrale unica di committenza dell'area programma Basento Bradano Camastra e la Ciclat trasporti ambiente soc. coop. (ulteriore partecipante alla medesima gara d'appalto, che nel giudizio di primo grado aveva svolto intervento *ad opponendum*), chiedendo entrambe il rigetto del gravame.

14. Non si sono invece costituite in giudizio le società facenti parti del costituendo R.T.I. Progettambiente.

15. Nel frattempo il medesimo Tar per la Basilicata, adito dalla suddetta Ciclat trasporti ambiente soc. coop. con separato ricorso (n.r.g. 481/2020) per l'annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore del R.T.I. Progettambiente (determinazione dirigenziale n. 410/2020), con sentenza n. 288 del 30 marzo 2021, passata in giudicato, ha accolto le doglianze, annullando la suddetta aggiudicazione, per aver la stazione appaltante erroneamente condotto la verifica circa il possesso dei requisiti, avendo ommesso di rilevare, nei confronti della Ecological Systems

(mandante del R.T.I. Progettambiente), la soluzione di continuità di validità del d.u.r.c., alla luce della finestra temporale intercorrente dalla scadenza del precedente d.u.r.c. (25 settembre 2020) e la decorrenza di validità del nuovo d.u.r.c. (6 novembre 2020).

16. La stazione appaltante pertanto, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione disposta con determina dirigenziale n. 420/2010 in favore del R.T.I. Progettambiente ed a seguito di ulteriori verifiche condotte presso l'Inail, ha quindi aggiudicato l'appalto in questione alla Ciclat trasporti ambiente soc. coop. con determina dirigenziale n. 144 del 20 aprile 2021, successivamente impugnata dalla odierna appellante S.R.A. innanzi al Tar per la Basilicata con ricorso n.r.g. 272/2021 ancora *sub iudice*.

17. Alla luce delle menzionate sopravvenienze, l'appellante S.R.A., con istanza del 26 aprile 2021, ha chiesto l'abbinamento della domanda cautelare alla già fissata udienza di merito.

18. La stazione appaltante e la Ciclat trasporti ambiente hanno depositato memorie difensive rispettivamente in data 31 maggio e 1° giugno 2021 insistendo nelle rispettive difese, ulteriormente ribadite nelle memorie di replica depositate rispettivamente il 2 ed il 4 giugno 2021.

19. La società Ciclat, in data 16 giugno 2021, ha depositato note di udienza, alternative alla discussione, ai sensi dell'art. 4, comma 1, del decreto legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito con modificazioni con legge 25 giugno 2020, n. 70.

20. All'udienza del 17 giugno 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

21. In via preliminare il Collegio dà atto che l'appellante, all'udienza per la trattazione della causa nel merito, non ha insistito per la decisione della domanda cautelare.

22. Ancora in via preliminare deve essere dichiarata la parziale improcedibilità dell'appello per sopravvenuta carenza di interesse, limitatamente:

22.1. – al quarto ed al quinto motivo d'appello, non avendo più l'odierna appellante alcun interesse a coltivare le censure – già dedotte con il ricorso introduttivo e con i successivi due ricorsi per motivi aggiunti – avverso l'aggiudicazione disposta in favore del R.T.I. Progettambiente, dal momento che:

i) la prima aggiudicazione (d.d. n. 295 del 22 ottobre 2020) è stata annullata in autotutela dalla medesima stazione appaltante (d.d. n. 351 del 26 novembre 2020);

ii) la seconda aggiudicazione (d.d. n. 410 del 29 dicembre 2020) è stata annullata dal Tar per la Basilicata con sentenza 30 marzo 2021, n. 288, passata in giudicato, pronunciata nel giudizio promosso dalla Ciclat trasporti ambiente;

22.2. – all'azione ostensiva ai sensi dell'art. 116 cod. proc. amm., riproposta in appello, dal momento che il documento oggetto dell'istanza di accesso (relazione istruttoria posta a base della d.d. n. 351/2020 di annullamento in autotutela) è stato già depositato dalla stazione appaltante nel giudizio di primo grado in data 5 gennaio 2021;

22.3. – alla domanda di subingresso nel contratto eventualmente stipulato con il R.T.I. Progettambiente, in quanto la stazione appaltante, a seguito della menzionata sentenza del Tar per la Basilicata n. 288/2021, ha aggiudicato l'appalto *de quo* alla società Ciclat (d.d. n. 144 del 20 aprile 2021).

23. E' possibile ora passare all'esame dei primi tre motivi d'appello, con i quali sono state riproposte le censure avverso il provvedimento di esclusione della S.R.A. Sviluppo Risorse Ambientali S.r.l dalla gara d'appalto in questione.

24. Le doglianze, che possono essere congiuntamente esaminate in quanto strettamente connesse, sono fondate e meritano accoglimento per quanto di seguito si espone.

24.1. E' stata infatti illegittimamente disposta l'esclusione dell'impresa appellante dalla gara *de qua* a causa della mancata allegazione all'offerta tecnica del documento denominato “*dettaglio dei costi relativi agli investimenti, ammortamenti e costi di gestione dei*

mezzi di produzione e dei beni immobili, nonché dei costi del personale” di cui all’articolo 2, n. 5, lettera f), del capitolato speciale d’appalto (all. 3 al ricorso di primo grado): è vero che tale disposizione prevedeva detto documento come parte integrante della *“relazione tecnica”* da allegare all’offerta tecnica, ma è anche vero tuttavia che dall’impianto complessivo del bando non è possibile evincere in maniera chiara che potesse essere sanzionata con l’esclusione anche l’omessa inclusione di tale documento.

24.2. Infatti, il punto 3 del disciplinare di gara (all. 2 al ricorso di primo grado), nello stabilire che *“la documentazione presentata in difformità da quanto sopra riportato costituisce causa di esclusione dalla procedura di gara”*, sicuramente si riferisce alle prescrizioni immediatamente precedenti, relative alle modalità formali e sostanziali di presentazione della relazione tecnica (formato dei fogli, sottoscrizione, planimetrie etc.), meno certamente al dettaglio dei contenuti ancora prima elencato.

24.3. Al contrario il Tar ha erroneamente desunto l’esclusione dell’odierna appellante da una ritenuta inosservanza delle prescrizioni *“contenutistiche”* di cui alla lettera A.4 del punto 3 del menzionato disciplinare di gara, lettera la quale, nel richiamare genericamente la relazione tecnica di cui al capitolato speciale d’appalto, avrebbe implicitamente richiamato anche il documento di cui alla precitata lettera f) del n. 5 dell’articolo 2 del capitolato medesimo, la cui omissione sarebbe stata – in ipotesi - sanzionabile con l’esclusione ai sensi dell’inciso sopra riportato.

24.4. Questa operazione ricostruttiva, che già di per sé appare ardita e contrastante con il principio della massima partecipazione, omette di considerare che il già richiamato punto 3 del disciplinare di gara includeva fra le prescrizioni sicuramente sanzionate con l’esclusione dalla procedura quella per cui *“dall’offerta tecnica non deve risultare alcun elemento che possa rendere palese, direttamente o indirettamente, l’offerta economica”* (riprendendo il divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica, pacifico in

giurisprudenza, e poi ribadendolo subito dopo, allorché si soggiungeva che “*l’offerta tecnica non deve contenere elementi di natura economica*”).

24.5. In effetti il complesso di queste prescrizioni aveva già posto qualche dubbio interpretativo, se è vero che la stazione appaltante era intervenuta con il chiarimento n. 7 (all. 5 al ricorso di primo grado), precisando che: “*Nel caso in cui dal dettaglio dei costi, previsto dal capitolato d’appalto all’art. 2 - punto 5 - lettera f, si possa evincere palesemente il ribasso offerto, tale dettaglio deve essere inserito nella “offerta economica” (facendone richiamo nell’offerta tecnica), come allegato al modello generato dalla piattaforma*”.

24.6. Esaminando la relazione tecnica allegata all’offerta tecnica dell’odierna appellante (all. 4 al ricorso di primo grado), risulta evidente che in essa - alla sezione 6 - era stata inserita la stima complessiva dei costi del servizio, sicché è evidente che ogni ulteriore elemento di dettaglio si sarebbe risolto in un disvelamento degli elementi dell’offerta economica, esponendo l’impresa medesima all’esclusione dalla gara, con l’ulteriore precisazione che, seppur tale “*dettaglio dei costi?*” non fosse stato inserito nell’offerta economica, tale omissione avrebbe potuto essere sanata attraverso il meccanismo del “*soccorso istruttorio*”, dal momento che il suddetto “*dettaglio dei costi?*” – per sua stessa natura – ha funzione meramente illustrativa, né è idoneo in alcun modo a modificare l’offerta tecnica od economica della concorrente.

24.7. A tale conclusione non osta la ritenuta natura “*negoziale*” del documento *de quo*, né è in discussione la necessità per la stazione appaltante di conoscere il dettaglio dei costi, poiché, alla stregua di quanto fin qui rilevato, si trattava di nulla più che di una specificazione dell’offerta economica, acquisibile sicuramente tramite il soccorso istruttorio in difetto di un’espressa sanzione espulsiva (e considerata la non linearità delle prescrizioni di gara *in parte qua*).

24.8. Né è possibile ritenere tale soluzione ermeneutica contrastante con il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all’articolo 83, comma 8, del d.lgs. n.

50/2016 e con l'istituto del soccorso istruttorio previsto al successivo comma 9 del medesimo articolo 83, poiché:

- in linea generale occorre tenere distinto il caso dell'esclusione automatica "a monte", direttamente derivante dalla inadempienza ad un obbligo di legge, dalla diversa ipotesi dell'esclusione comminata "a valle", qualora il concorrente inadempiente non abbia potuto beneficiare in concreto del soccorso istruttorio, stanti i limiti di operatività dello stesso che ne abbiano impedito l'attivazione, oppure qualora il procedimento di soccorso istruttorio si sia comunque concluso negativamente;

- il principio di tassatività delle cause di esclusione è indifferente rispetto al tipo di sanzione che si intende irrogare al concorrente che abbia violato l'obbligo imposto dalla legge, essendo il suddetto principio unicamente interessato a stabilire che nessuna esclusione, né automatica né potenziale, possa essere comminata per la violazione di una prescrizione che non sia prevista dalla legge (*nulla exclusio sine lege*), senza tuttavia interessarsi al tipo di sanzione che verrà irrogata in caso di violazione (se esclusione diretta ed automatica "a monte" o solo potenziale "a valle");

- in altri termini, in base al principio di tassatività delle cause di esclusione di cui al predetto comma 8 dell'articolo 83 citato, se l'esclusione (disposta verso un concorrente inadempiente) presuppone necessariamente una violazione ad un obbligo di legge, non è tuttavia vero il contrario, in quanto ad una violazione di un obbligo legislativamente imposto non consegue necessariamente l'esclusione del concorrente inadempiente;

- diversamente opinando, qualora si volesse interpretare il principio di tassatività delle cause di esclusione nel senso di riconnettere sempre ed automaticamente ad ogni violazione di un obbligo legislativamente imposto l'esclusione del concorrente inadempiente, si arriverebbe di fatto alla totale abrogazione del soccorso istruttorio, non avendo più evidentemente alcun senso ragionare sul soccorso istruttorio (e sui

suoi più o meno estesi ambiti di operatività) in relazione ad un concorrente già automaticamente escluso dalla procedura di gara;

- nel caso di specie la stazione appaltante non solo ha riconnesso una sanzione espulsiva per l'omessa indicazione del “*dettaglio dei costi*” all'interno della “*relazione tecnica*”, nonostante la *lex specialis* di gara non fosse per nulla chiara ed univoca al riguardo (in tal modo coniando *ex post* una sanzione non prevista dalla legge di gara), ma ha oltretutto qualificato tale sanzione espulsiva come “automaticamente espulsiva” senza consentire all'odierna appellante di sanare il vizio mediante l'istituto del soccorso istruttorio.

24.9. L'appello è pertanto fondato per quanto sopra esposto, con conseguente illegittimità dei provvedimenti di esclusione della S.R.A. odierna appellante (verbale di gara n. 4 del 7 ottobre 2020 e comunicazione di esclusione del 12 ottobre 2020), che devono essere conseguentemente annullati.

25. La domanda di risarcimento del danno è invece infondata e deve essere respinta, non essendo possibile – allo stato attuale - alcuna prognosi favorevole, neanche in termini di *chance*, sulla spettanza del “bene della vita” (ossia sulla possibilità per l'istante di conseguire l'aggiudicazione), atteso che ad oggi sussiste ed è pienamente valida ed efficace la nuova aggiudicazione disposta in favore della società Ciclat all'esito della citata sentenza del Tar per la Basilicata n. 288/2021, avverso la quale peraltro pende ricorso giurisdizionale della stessa odierna appellante.

26. In definitiva l'appello:

26.1. - deve essere dichiarato parzialmente improcedibile, limitatamente:

- i) alle censure concernenti l'aggiudicazione disposta in favore del R.T.I. Progettambiente;
- ii) alla domanda ostensiva proposta ai sensi dell'art. 116 cod. proc. amm.;
- iii) alla domanda di subingresso nel contratto eventualmente stipulato con l'R.T.I. Progettambiente;

26.2. - deve essere parzialmente respinto limitatamente alla domanda di risarcimento del danno;

26.3. - deve essere parzialmente accolto nei sensi sopra esposti, limitatamente al provvedimento di esclusione della odierna appellante dalla gara d'appalto *de qua* e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere accolto il ricorso introduttivo del primo grado di giudizio e devono essere annullati il verbale di gara n. 4 del 7 ottobre 2020 e la successiva comunicazione di esclusione del 12 ottobre 2020.

27. Data la complessità della causa e la parziale reciproca soccombenza, sussistono giuste ragioni per disporre la compensazione delle spese di lite del doppio grado di giudizio, ad eccezione del contributo unificato, corrisposto per il doppio grado di giudizio, che dovrà essere rimborsato alla S.R.A. da parte della stazione appaltante.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello n.r.g. 3100/2021, come in epigrafe proposto:

- lo dichiara parzialmente improcedibile, nei sensi di cui in motivazione;
- lo respinge in parte, limitatamente alla domanda di risarcimento del danno;
- lo accoglie in parte e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso introduttivo del primo grado di giudizio, ai sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Compensa tra le parti le spese di lite del doppio grado di giudizio, ad eccezione del contributo unificato corrisposto per il doppio grado, che dovrà essere rimborsato all'appellante da parte della stazione appaltante.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 giugno 2021, ai sensi dell'art. 25 del decreto legge n. 137 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Leonardo Spagnoletti, Consigliere

Daniela Di Carlo, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere

Michele Pizzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Michele Pizzi

IL PRESIDENTE

Raffaele Greco

IL SEGRETARIO