

Nei contratti pubblici l'eterointegrazione del bando risulta essere un dispositivo del tutto eccezionale che può operare solo in presenza di norme di settore a generale attitudine imperativa.

di Marco Natoli

Data di pubblicazione: 13-9-2019

1. L'eterointegrazione del bando costituisce – in relazione alla sua attitudine ad incidere in maniera significativa sull'affidamento che la platea dei potenziali concorrenti deve poter nutrire sulla chiarezza, precisione ed univocità delle condizioni richieste per l'accesso alle procedure evidenziali, la cui formulazione incombe alla stazione appaltante – dispositivo del tutto eccezionale, suscettibile di operare solo in presenza di norme di settore a generale attitudine imperativa, la cui deroga sia in principio preclusa alle opzioni programmatiche della stessa amministrazione aggiudicatrice.

2. Nel caso di specie si impone una interpretazione della *lex specialis* alla luce del canone interpretativo *contra stipulatorem* (cfr. art. 1370 c.c.).

Guida alla lettura

La sentenza in argomento rappresenta una pronuncia di notevole rilievo in quanto la stessa esamina, tra l'altro, i rapporti, spesso problematici, intercorrenti tra il *modus operandi* della commissione esaminatrice, incardinata nell'ambito della pubblica amministrazione, e l'attività di sindacato da parte del giudice amministrativo.

La prova di quanto affermato risiede nel fatto che il Consiglio di Stato, nell'approfondire la pronuncia del competente TAR, si sofferma proprio sull'operato di tale giudice, criticandolo in relazione all'atteggiamento tenuto nei confronti della Commissione. Infatti il Collegio evidenzia come *“il primo giudice abbia, sul punto, operato un inammissibile sindacato in ordine alle valutazioni tecnico-discrezionali rimesse alla Commissione di gara (e censurabili solo in presenza di macroscopici, ma asseritamente insussistenti, vizi di logicità), per giunta operando un erroneo apprezzamento dei fatti di causa”* deducendo, altresì, come la pronuncia impugnata abbia causato *“una lettura arbitraria degli atti di gara”*.

Quanto sopra affermato trova riscontro nel tema principale oggetto della decisione, consistente nell'attività di *etero integrazione del bando di gara* in parte qua del diritto nazionale vigente. In particolare la Sezione rileva come la citata attività di *etero integrazione* possa determinare, se compiuta in modo errato, un concreto e reale sacrificio del *favor participationis*, a danno, quindi, degli altri concorrenti. Sul punto il supremo Consesso è molto chiaro, sostenendo che *“l'eterointegrazione del bando costituisce – in relazione alla sua attitudine ad incidere in maniera significativa sull'affidamento che la platea dei potenziali concorrenti deve*

poter nutrire sulla chiarezza, precisione ed univocità delle condizioni richieste per l'accesso alle procedure evidenziali, la cui formulazione incombe alla stazione appaltante – dispositivo del tutto eccezionale, suscettibile di operare solo in presenza di norme di settore a generale attitudine imperativa, la cui deroga sia in principio preclusa alle opzioni programmatiche della stessa amministrazione aggiudicatrice”.

Di conseguenza la Sezione, una volta chiarita la natura prettamente eccezionale dell'istituto dell'*eterointegrazione*, indica la modalità interpretativa che deve essere tenuta nei confronti del bando di gara, richiamando, a tal proposito, la disciplina di cui all'articolo 1370 del codice civile. *“Nel caso di specie-puntualizza, infatti, il Collegio-, trattandosi di delineare la precisa tipologia prestazionale richiesta agli operatori economici in via di unilaterale ed autoritativa predisposizione, si impone una interpretazione della lex specialis alla luce del canone interpretativo contra stipulatorem (cfr. art. 1370 c.c.): con il che, in difetto di espressa richiesta di appositi titoli abilitativi, l'oggetto dell'appalto avrebbe dovuto essere puntualmente e corrispondentemente circoscritto, salva una sua obiettiva contraddittorietà che, nella specie, non è dato riscontrare”.*

In conclusione la sentenza in argomento ha il merito di aver evidenziato come i rapporti tra attività amministrativa della pubblica amministrazione ed esercizio del potere sindacale del giudice amministrativo siano perennemente connessi.

Indubbiamente tali rapporti sono stati, e sono tuttora, pervasi da concrete e reali questioni interpretative che scaturiscono, di conseguenza, in vari conflitti promotori, a loro volta, di rilevanti controversie, come del resto evidenziato dalla specifica giurisprudenza e dalla dottrina.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5240 del 2018, proposto da Dnota Medio Ambiente Sociedad Limitada, in qualità di capogruppo della costituenda associazione temporanea di imprese con Multiproject S.r.l. e Sol S.p.A, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Giuseppe Sbisà e Daniele Villa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto

presso lo studio Daniele Villa in Roma, via Sardegna n. 14;

contro

Project Automation S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandra Francesca Iurlaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Arpa Fvg – Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente del Friuli Venezia Giulia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Manzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Confalonieri n. 5;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima) n. 144/2018, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Project Automation S.p.A. e di Arpa Fvg – Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente del Friuli Venezia Giulia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 febbraio 2019 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Villa, Iurlaro e Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con atto di appello notificato nei tempi e nelle forme di rito, Dnota Medio Ambiente Sociedad Limitada, nella allegata qualità di mandataria della costituenda associazione temporanea di imprese, premetteva di aver partecipato alla procedura evidenziale, indetta dall'Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente del Friuli Venezia Giulia, per l'affidamento del servizio di manutenzione della rete di rilevamento della qualità dell'aria in tutto il territorio regionale.

A sostegno del gravame, esponeva che, secondo la *lex specialis* di gara:

a) la Commissione di gara era, fra l'altro, incaricata della valutazione dell'offerta tecnica "*al fine di verificare il possesso dei requisiti minimi delle proposte che [fossero] da considerarsi essenziali per l'ammissione alla gara*" (art. 7 del relativo disciplinare);

b) a fronte della predetta verifica, le offerte che avessero presentato carenze sostanziali, rispetto ai requisiti tecnico/funzionali richiesti, non sarebbero state prese in considerazione in sede di valutazione tecnica e, quindi, escluse dalla gara;

c) solo dopo aver considerato ammissibili le offerte, la Commissione avrebbe potuto procedere all'attribuzione dei punteggi che, con riferimento al criterio di valutazione riguardante "*Attività di controllo e di taratura della strumentazione*", andavano valutati tenendo conto delle proposte contenenti "*soluzioni organizzative per assicurare il controllo della strumentazioni e maggiori frequenze delle attività programmate di taratura rispetto a quelli previsti dal capitolato speciale per le diverse tipologie di strumenti*" (cfr. art. 7, punto 1.4 del disciplinare).

Rammentava che, in ossequio alle prescrizioni di gara, nella seduta del 2 ottobre 2017, la Commissione aveva espressamente dato atto di aver accertato "*preliminarmente la rispondenza dell'offerta tecnica del Costituendo RTI ai requisiti minimi previsti dai documenti di gara, per ogni parametro oggetto di valutazione*", procedendo, conseguentemente, alla valutazione qualitativa della propria offerta tecnica e all'attribuzione dei relativi punteggi.

A fronte della sommatoria dei punteggi rispettivamente assegnati per la qualità dell'offerta tecnica, nonché per il ribasso sulla base d'asta effettuato con l'offerta economica, la Commissione aveva, quindi, redatto la graduatoria finale nell'ambito della quale l'appellante si era classificata al primo posto con un totale di 98,57 punti, mentre al secondo posto (con un punteggio complessivo pari a 92,02) si era classificata Project Automation s.p.a., odierna appellata.

Aggiungeva che l'aggiudicazione, pedissequamente disposta in proprio favore, era stata impugnata dalla controinteressata dinanzi al TAR per il Friuli Venezia Giulia che, con la sentenza epigrafata, ne aveva, in accoglimento del ricorso, disposto l'annullamento, sul complessivo ed argomentato assunto:

a) che l'offerta presentata dalla Dnota dovesse ritenersi "*palesamente indeterminata*", in considerazione dei riscontrati "*profili di ambiguità*" in ordine alla "*cadenza temporale delle tarature delle apparecchiature*" (palesandosi irrilevante la circostanza che il ridetto profilo di indeterminatezza non avesse inciso sui requisiti minimi dell'offerta, così come prescritti dalla *lex specialis* di gara);

b) che, per quanto di ragione, il bando dovesse ritenersi "*eterointegrato*" dalle disposizioni di cui al D.M. 37/2008 e al d.lgs. 230/1995 (inerenti il possesso delle prescritte abilitazioni), con conseguente carenza, in capo ai soggetti facenti parte il raggruppamento aggiudicatario, dei relativi requisiti;

c) che, all'incontro, gli ulteriori e restanti motivi di ricorso, proposti dalla controinteressata, risultassero infondati, alla luce della "*condivisibili controdeduzioni difensive svolte dall'Arpa FVG e dal R.T.I. controinteressato*", cui si faceva rinvio.

2.- La ridetta statuizione veniva impugnata con rituale e tempestivo appello, che ne denunciava, con plurimo mezzo, la complessiva erroneità ed ingiustizia, auspicandone

l'integrale riforma.

Nella resistenza della stazione appaltante e della concorrente controinteressata, alla pubblica udienza del 21 febbraio 2019, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite, la causa veniva riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello è, nei sensi delle considerazioni che seguono, fondato e merita di essere accolto.

2.- Con il primo motivo, l'appellante censura che la sentenza impugnata, nella parte in cui ha ritenuto meritevoli di accoglimento i rilievi formulati con il terzo motivo del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, afferenti ad un presunto profilo di incertezza dell'offerta. Segnatamente si suole che il primo giudice abbia, sul punto, operato un inammissibile sindacato in ordine alle valutazioni tecnico-discrezionali rimesse alla Commissione di gara (e censurabili solo in presenza di macroscopici, ma asseritamente insussistenti, vizi di logicità), per giunta operando un erroneo apprezzamento dei fatti di causa.

2.1- Osserva il Collegio che la sentenza ha, sul punto in questione, ritenuto palesemente indeterminata l'offerta formulata dal raggruppamento appellante in relazione alla frequenza delle tarature multipunto, essendo state, in proposito, indicate "*due alternative proposte/frequenze*" (rispettivamente annuale e semestrale) tra loro incompatibili.

Più in dettaglio, a fronte della previsione capitolare che (all'art. 2.2) stabiliva che "*l'impresa aggiudicataria [avrebbe dovuto] effettuare [...] una taratura annuale multi-punto*" degli strumenti analizzatori, l'appellante aveva: a) assunto, al punto 1.3.1 della propria "*offerta tecnico illustrativa*", l'impegno a che "*le tarature programmate [fossero] eseguite tramite delle calibrazioni multipunto degli analizzatori, con cadenza semestrale*"; b) contestualmente indicato, nella successiva tabella di cui al punto 1.3.13 della stessa offerta, che le (medesime) calibrazioni sarebbero state effettuate *con periodicità annuale*. Con il che, con riguardo al parametro in questione, l'offerta presentata doveva ritenersi, per l'appunto, palesemente indeterminata, in quanto non idonea a "*capire con quale cadenza [sarebbero state] effettuate le calibrazioni multipunto*".

Per contro, nel critico assunto dell'appellante, la proposta era inequivoca del formalizzare l'impegno ad una calibrazione "*almeno semestrale*", posto che l'indicazione della cadenza annuale emergeva solo nel contesto della tabella di sintesi finalizzata ad evidenziare, ai fini della attribuzione dei punteggi, le condizioni migliorative offerte, comparativamente acquisite alla luce della (minimale ed indefettibile) prescrizione di gara.

2.2.- L'assunto dell'appellante è persuasivo.

La lettura complessiva degli atti di gara è, invero, in grado di confermare:

a) che l'impegno a garantire una taratura (almeno) annuale multi-punto degli strumenti analizzatori costituiva, in forza della previsione capitolare di cui all'art. 2.2, requisito (minimale

e) necessario delle redigende offerte;

b) che nella relazione integrativa della offerta formulata dall'appellante (recante "*Descrizione del modello organizzativo di gestione del servizio ed attività di manutenzione ordinaria, preventiva e correttiva delle apparecchiature*" era dato legge (al paragrafo 1.1) che "*con periodicità almeno semestrale*" sarebbe stata, programmaticamente, effettuata la "*verifica di linearità degli strumenti, effettuando calibrazioni multipunto su tutti gli analizzatori*" ;

c) che, sempre nel corpo della ridetta relazione, veniva reiteratamente precisato che "*le tarature programmate [sarebbero state] eseguite tramite delle calibrazioni multipunto degli analizzatori, con cadenza semestrale*;

d) che la ribadita cadenza semestrale trovava coerente conferma nelle allegate "*schede di manutenzione*" riguardanti i servizi di manutenzione ordinaria e preventiva;

e) che, per l'effetto, le dichiarazioni impegnative, fin qui riassunte, erano inequivoche nel confermare, per un verso, il rispetto della prescrizione capitolare *ne infra quam* e nel prospettare, in prospettiva migliorativa, l'impegno ad una più efficace cadenza manutentiva;

f) che, a fronte del chiaro impegno assunto sul punto, il riferimento alla cadenza annuale riportato nelle tabelle di sintesi (che il primo giudice ha ritenuto fonte di contraddizione e di conseguente indeterminatezza) aveva in realtà, con ogni evidenza, la finalità di evidenziare, nella prospettiva della comparazione della attitudine migliorativa della proposta rispetto a quella minima di bando (il che dà adeguata ragione del perdurante riferimento alla cadenza annuale), la meritevolezza del rivendicato punteggio aggiuntivo, in relazione al pertinente criterio di valutazione (e, in effetti, come tale è stato apprezzato dalla Commissione di gara).

In definitiva, il chiaro tenore della proposta non poteva essere messo in discussione in virtù di un dato "fuori contesto" e, comunque, del tutto intellegibile, nella prospettiva della illustrazione della maggiore vantaggiosità della proposta formulata: che, come tale, non risultava affatto indeterminata.

Per tal via, prima ancora che impingere – secondo criticamente assume l'appellante – in profili di apprezzamento tecnico-discrezionali rimessi, in difetto di macroscopiche illogicità, alla valutazione della Commissione, deve dirsi che la sentenza ha operato, come pure si denuncia, una lettura arbitraria degli atti di gara, che deve essere, per il profilo in questione, emendata.

Del resto, vale anche la pena di soggiungere, a tutto concedere non si sarebbe comunque potuto revocare in dubbio che l'offerta prevedesse quanto meno l'impegno alla manutenzione annuale: ciò che, semmai, avrebbe potuto legittimare una corrispondente rimodulazione dei punteggi, ma non certo una misura espulsiva per assoluta indeterminatezza dell'impegno.

3.- Con distinto motivo di gravame, l'appellante censura la sentenza impugnata anche nella parte in cui ha accolto il quinto motivo del ricorso di prime cure, con il quale era stata denunciata la carenza , in capo ai componenti del raggruppamento aggiudicatario (che era di tipo orizzontale e non aveva manifestato la volontà di subappaltare il servizio), dei requisiti

operativi, *pro quota*, per effettuare le singole attività del servizio oggetto di gara e, in particolare, per la manutenzione degli impianti elettrici delle varie stazioni di rilevamento e per operare sulle sorgenti radioattive contenute negli analizzatori di polveri.

3.1.- Invero, il primo giudice ha, sul punto, ritenuto:

a) che, come confermato dall'art. 1 del capitolato d'oneri, integrato dalla descrizione contenuta nel capitolato speciale, l'appalto per cui è causa avesse per oggetto "*il servizio integrato per la gestione e la manutenzione delle reti di monitoraggio ambientale e della qualità dell'aria di proprietà dell'Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente del Friuli Venezia Giulia*", in ordine al quale l'impresa aggiudicataria avrebbe dovuto "*svolgere tutte le attività di manutenzione ordinaria e preventiva, la manutenzione correttiva, nonché la manutenzione straordinaria necessaria a garantire il corretto funzionamento della Rete di monitoraggio ambientale e di rilevamento della qualità dell'aria*", e la "*manutenzione degli impianti elettrici di stazione*";

b) che, per tal via, la disciplina di gara dovesse ritenersi etero-integrata, *in parte qua*, dal diritto nazionale vigente e, nello specifico, dalle disposizioni di cui al D.M. 37/2008, il quale, all'art. 8 (*Obblighi del committente o del proprietario*), stabiliva espressamente che "*il committente [fosse] tenuto ad affidare i lavori [...] di manutenzione straordinaria degli impianti indicati all'articolo 1, comma 2, ad imprese abilitate ai sensi dell'articolo 3*"., nonché – relativamente alla manutenzione degli analizzatori di polveri PM 10 e PM 2,5, dotati di sorgente radioattiva per il loro funzionamento – dal d.lgs. n. 230/1995;

c) che, per l'effetto, la mancata dimostrazione di tali requisiti abilitativi imponeva l'estromissione della concorrente.

3.2.- Parte appellante argomenta, in via preliminare, l'inammissibilità del relativo motivo di doglianza che, attenendo alla fase di ammissione, avrebbe dovuto, in tesi, essere sollevato nei tempi e con le forme del rito speciale di cui all'art. 120, commi 2 *bis* e 6 *bis* c.p.a.

Nel merito, criticamente opina: a) che i requisiti ritenuti carenti dal TAR non erano in nessun modo necessari, alla luce delle caratteristiche del servizio e della tipologia di impianti oggetto di intervento, per l'esecuzione delle prestazioni dedotte in gara; b) che, in ogni caso, non sarebbe stata possibile, sul punto, l'eterointegrazione della *lex specialis* di procedura.

3.3.- La doglianza appare fondata nel merito (il che vale ad esimere dall'apprezzamento della eccezione formulata in rito, per la prima volta in appello).

In via preliminare, vale osservare che l'eterointegrazione del bando costituisce – in relazione alla sua attitudine ad incidere in maniera significativa sull'affidamento che la platea dei potenziali concorrenti deve poter nutrire sulla chiarezza, precisione ed univocità delle condizioni richieste per l'accesso alle procedure evidenziali, la cui formulazione incombe alla stazione appaltante – dispositivo del tutto eccezionale, suscettibile di operare solo in presenza di norme di settore a generale attitudine imperativa, la cui deroga sia in principio preclusa alle opzioni programmatiche della stessa amministrazione aggiudicatrice.

Nel caso di specie, trattandosi di delineare la precisa tipologia prestazionale richiesta agli operatori economici in via di unilaterale ed autoritativa predisposizione, si impone una interpretazione della *lex specialis* alla luce del canone interpretativo *contra stipulatorem* (cfr. art. 1370 c.c.): con il che, *in difetto di espressa richiestadi appositi titoli abilitativi*, l'oggetto dell'appalto avrebbe dovuto essere puntualmente e corrispondentemente circoscritto, salva una sua obiettiva contraddittorietà che, nella specie, non è dato riscontrare.

In effetti, il contratto non contemplava interventi di manutenzione straordinaria né la necessità di intervenire su impianti elettrici a servizio di edifici (per i quali sarebbe stato necessario evocare le condizioni limitative di cui al D.M. 37/2008), posto che l'attività demandata dall'aggiudicatario, da eseguirsi su apparecchiature mobili, riguarda solamente minute manutenzioni ordinarie, con espressa esclusione degli interventi necessari al ripristino della funzionalità della rete.

Considerazioni analoghe valgono con riferimento alle abilitazioni di cui al d.lgs. 230/1995, atteso che nell'ambito dell'oggetto del servizio delineato dalla documentazione tecnica di gara non era previsto nessun tipo di intervento da parte dell'appaltatore sulle sorgenti radioattive (come, del resto, chiarito *in jure* dalla stessa stazione appaltante).

Non giova, in diversa direzione, il rilievo che tali abilitazioni fossero state espressamente richieste dal precedente capitolato: ciò che, all'incontro, vale a dimostrare l'espressa volontà dell'Amministrazione di *non richiedere più* il possesso di tali requisiti, evidentemente ritenuti (o che, comunque – salva la facoltà, in caso di erronea determinazione, di ritiro del bando in autotutela – *dovevano* essere ritenuti) non necessari.

4.- In virtù delle considerazioni che precedono, i primi due motivi di appello devono ritenersi fondati e vanno accolti.

Parte appellata affida, peraltro, alla propria memoria difensiva le ulteriori ragioni di doglianza sollevate in prime cure, reiterate in via devolutiva (e logicamente subordinata) ex art. 101, 2° comma c.p.a..

Vale, tuttavia, osservare che la sentenza impugnata non aveva *assorbito* le censure in questione, ma – sia pure con motivazione sintetica, che richiamava adesivamente le controdeduzioni dell'Amministrazione intimata, le aveva *respinte* per ritenuta infondatezza: con il che la loro devoluzione in seconde cure avrebbe dovuto essere necessariamente affidata ad *appello incidentale*, che – nella specie – non risulta formalizzato, con conseguente preclusione, in virtù del giudicato formatosi sul punto, alla loro invocata disamina.

5.- Necessario corollario dell'accoglimento del gravame è la conferma della legittimità dell'aggiudicazione del contratto a favore dell'odierna appellante, la cui domanda di subentro nel contratto in essere deve, per l'effetto, essere accolta. Ogni eventuale profilo risarcitorio per equivalente non può essere esaminato allo stato degli atti, in assenza di elementi che consentano di apprezzare la vicenda conformativa conseguente, sul piano effettuale, alla presente statuizione.

Sussistono, ad avviso del Collegio, giustificate ragioni per disporre, tra le parti costituite, l'integrale compensazione di spese e competenze di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione, respingendo il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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