

Se l'offerta tecnica finisce inserita nella busta amministrativa, si ha una mera irregolarità...

di Marco Briccarello

Data di pubblicazione: 31-10-2024

È illegittima l'esclusione del concorrente che abbia erroneamente inserito l'offerta tecnica nella documentazione amministrativa. L'anticipazione del contenuto dell'offerta tecnica nella busta "virtuale" contenente la documentazione amministrativa non comporta infatti la violazione del divieto di commistione tra le diverse componenti dell'offerta, atteso che la mancanza di elementi propri dell'offerta economica evita il pericolo di compromissione della garanzia di imparzialità della valutazione.

Publicato il 02/02/2024

N. 00087/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00411/2023 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 411 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da Muraca S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 9746136DDB, 9746136DD8, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Luigi Pingitore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

la Città Metropolitana di Reggio Calabria, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Miceli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Comune di Palmi, non costituito in giudizio;

nei confronti

di M.E.A. – Manna Ecologia Ambiente S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Follieri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della determinazione di esclusione Prot. n. 50964 del 23.06.2022, comunicata in pari data, della Città Metropolitana di Reggio Calabria Stazione Unica Appaltante per conto del comune di Palmi
- della determina di ammissione alla gara del 4.07.2023, comunicata in pari data, nella parte in cui è stata predisposto l'elenco degli ammessi alla gara con esclusione dell'odierna ricorrente e l'ammissione della Mea;
- del Bando di Gara per l'affidamento del servizio integrato di raccolta, trasporto ed avvio a recupero e smaltimento dei rifiuti urbani ed assimilati e altri servizi accessori del comune di Palmi – CIG 9746136DDB, nonché di ogni altro atto anteriore, preordinato, connesso e consequenziale;

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da M.E.A. – Manna Ecologia Ambiente S.r.l. il 4/9/2023:

- della comunicazione di esclusione della Muraca S.r.l.u. da parte della Città Metropolitana di Reggio Calabria, nota prot. n. 50964 del 23 giugno 2023, impugnata con il ricorso principale;
- del provvedimento “ammessi – esclusi” della Città Metropolitana di Reggio Calabria del 4 luglio 2023, impugnata con il ricorso principale;
- del presupposto verbale n. 1 del seggio di gara del 23 giugno 2023;
- di tutti gli atti presupposti o comunque connessi all'esclusione della Muraca S.r.l.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Muraca S.r.l. il 17/10/2023:

- della determinazione n. 362\374 del 27 settembre 2023, comunicata il 5 ottobre 2023, con la quale la resistente ha aggiudicato la gara di appalto oggetto di ricorso alla controinteressata.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Città Metropolitana di Reggio Calabria e di M.E.A. – Manna Ecologia Ambiente S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 gennaio 2024 la dott.ssa Agata Gabriella Caudullo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 13 luglio 2023 la società ricorrente ha impugnato il provvedimento del 23 giugno 2023 con cui la SUA della Città Metropolitana di Reggio Calabria ha disposto la sua esclusione dalla gara nonché il successivo provvedimento del 4 luglio 2023 con cui è stata disposta l'ammissione in gara della società M.E.A. Manna Ecologia Ambiente s.r.l..

1La stazione appaltante ha ritenuto, in particolare, di escludere la ricorrente per avere *prodotto nella documentazione amministrativa l'offerta tecnica, in violazione di quanto previsto a pena di esclusione dal bando di gara al punto 15.17* ("A pena di esclusione dalla procedura di gara non dovranno essere inseriti nella documentazione amministrativa riferimenti all'offerta tecnica").

Lamenta la ricorrente la illegittimità dei provvedimenti impugnati sotto i seguenti profili:

1. Illegittimità per violazione e falsa applicazione di legge con riferimento all'art. 97 della Costituzione e all'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti; difetto d'istruttoria; irragionevolezza e ingiustizia manifeste; violazione del principio di segretezza dell'offerta economica correttamente inteso; motivazione inesistente, insufficiente e incongrua; violazione dei principi di massima partecipazione, proporzionalità, tassatività delle cause di esclusione e di libera concorrenza.

Il provvedimento di esclusione si fonda unicamente sul dato letterale di cui al punto 15.17 del bando di gara non avendo la stazione appaltante verificato in concreto l'incidenza dell'errore in cui è incorso l'operatore economica sul corretto svolgimento della procedura di gara.

Il motivo per cui è stata disposta l'esclusione non è previsto da alcuna disposizione normativa e si pone, pertanto, in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione.

Nessuna concreta valutazione è stata effettuata dalla stazione unica circa i potenziali effetti di anticipazione del giudizio della commissione alla fase di apertura della documentazione amministrativa.

Né è dimostrato che la preventiva conoscenza degli elementi dell'offerta tecnica possa aver influenzato il giudizio della commissione.

La stazione appaltante avrebbe, inoltre, erroneamente applicato il principio di separazione tra offerta tecnica ed economica atteso che, nel caso di specie, non vi è alcuna commistione tra elementi economici ed elementi tecnici dell'offerta.

Ne deriva l'illegittimità del provvedimento di esclusione nonché della clausola della *lex specialis* per violazione del principio di tassatività e in quanto sproporzionata rispetto al fine di garantire l'imparzialità delle valutazioni di carattere discrezionale.

II. Illegittimità per violazione e falsa applicazione di legge con riferimento all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti; difetto d'istruttoria; irragionevolezza e ingiustizia manifeste; motivazione inesistente, insufficiente e incongrua.

Con il secondo motivo di ricorso la società ricorrente contesta l'ammissione alla gara della società controinteressata nonostante essa sia priva del requisito di cui all'art. 80 comma 5 del codice degli appalti, in quanto destinataria della determina n. 147 del 30.05.2022 della stessa S.A., di revoca dell'aggiudicazione di un'altra gara precedentemente disposta in suo favore.

La lettera c-ter) del comma 5 dell'art. 80 contempla l'ipotesi di significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento oppure la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili. In presenza di tali situazioni, la stazione appaltante dovrà valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, i comportamenti gravi e significativi riscontrati nell'esecuzione di precedenti contratti.

Sarebbe richiesta, pertanto, un'accurata motivazione che non risulta dagli atti di gara.

2. Si sono costituite in giudizio la Città Metropolitana e la società controinteressata, M.E.A. Manna Ecologica Ambiente s.r.l.

2.1. Con memoria depositata il 3 settembre 2023 la Città Metropolitana ha dedotto l'infondatezza dei motivi di ricorso evidenziando la correttezza dell'operato della stazione appaltante che ha disposto l'esclusione della ricorrente in ragione della commistione degli elementi di valutazione dell'offerta tecnica in una fase di verifica della sola documentazione. L'inserimento di elementi dell'offerta tecnica nella documentazione amministrativa contrasterebbe con il generale divieto di commistione tra le diverse componenti (amministrativa, tecnica, economica) della proposta negoziale.

In merito alla seconda censura, la resistente amministrazione ha rappresentato che la

precedente revoca alla quale fa riferimento la ricorrente riguardava l'aggiudicazione disposta in favore di un raggruppamento di imprese in cui la M.E.A. era mandante con una quota di partecipazione al 10% dell'importo dell'appalto quale assuntore del servizio di pulizia strade, spiagge e intermediazione rifiuti.

La revoca dell'aggiudicazione è dipesa in quel caso dalla mancata sottoscrizione del contratto, imputabile alla volontà dell'impresa capogruppo del RTI che, pertanto, non integra alcuno dei presupposti previsti dall'art. 80, comma 5 lett. c-ter, del Codice, né risultano le "significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto", richieste da tale disposizione.

2.2. Con ricorso incidentale notificato e depositato il 4 settembre 2023 la società controinteressata ha impugnato il provvedimento di esclusione della Muraca dalla gara nella parte in cui omette di disporre l'esclusione per motivi diversi ed ulteriori rispetto a quello preso in considerazione dal seggio di gara.

I. Contrariamente a quanto previsto dall'art. 6.2. lett. a) del bando di gara (per il quale, tra i requisiti di capacità economica e finanziaria era richiesto il possesso di idonea referenza bancaria attestata da almeno due istituti bancari o intermediario autorizzato ai sensi del D.L. 385/93, di data non superiore a trenta giorni rispetto a quella di pubblicazione del bando, attestanti che il concorrente ha sempre fatto fronte ai suoi impegni con regolarità e puntualità") la Muraca s.r.l. non ha prodotto alcuna referenza bancaria.

II. L'art. 6.3. del bando prevedeva, inoltre, come requisito di capacità tecnico-professionale, anche il possesso di una serie di certificazioni di qualità, tra cui la "certificazione di responsabilità sociale conforme alle norme europee della serie SA 8000 e alla vigente normativa nazionale, rilasciata da soggetti accreditati".

Per quanto riguarda le certificazioni della serie SA 8000 l'accreditamento è rilasciato dal Social Accountability Accreditation Services (SAAS).

La certificazione prodotta dalla ricorrente è rilasciata, invece da CVI s.r.o., ente certificatore slovacco non incluso nell'elenco degli enti certificatori accreditati SAAS.

Anche per tale motivo la ricorrente avrebbe dovuto, pertanto, essere esclusa dalla gara.

III. La ricorrente ha omissis, infine, di allegare alla documentazione amministrativa il patto di integrità debitamente sottoscritto per accettazione, così come prescritto dall'art. 5 del Bando.

3. Con ordinanza n. 176 del 7 settembre 2023 la Sezione ha fissato per la trattazione del merito l'udienza pubblica dell'8 novembre 2023.

4. Con motivi aggiunti notificati e depositati il 17 ottobre 2023 la società ricorrente ha impugnato, contestandone la illegittimità derivata, la determinazione n. 362\374 del 27 settembre 2023, comunicata il 5 ottobre 2023, con la quale la resistente ha aggiudicato la gara di appalto oggetto di ricorso alla controinteressata.

5. Con istanza del 17 ottobre 2023, la società controinteressata, preso atto dei motivi aggiunti e del mancato rispetto dei termini a difesa ai sensi dell'art. 71 c.p.a., ha chiesto un rinvio della trattazione della causa ad una data successiva al 17 novembre 2023.

6. Con memoria non notificata depositata il 27 ottobre 2023, riportante nell'epigrafe la dicitura "ricorso per motivi aggiunti", la società Muraca s.r.l. , *ad ulteriore supporto delle argomentazioni che sostengono il proposto gravame e di motivi adottati in sede di impugnazione*, ha rappresentato di aver appreso, da una verifica effettuata sul portale Inail che la controinteressata non sarebbe in possesso del requisito della regolarità contributiva, non essendo in possesso di DURC regolare, e dovrebbe, pertanto, essere esclusa dalla gara anche per tale ragione.

Ha osservato, altresì, che la Stazione appaltante avrebbe dovuto escludere la controinteressata dalla gara anche per alcune difformità dell'offerta tecnica da essa proposta rispetto a quanto richiesto dal Capitolato Speciale di Appalto.

7. All'udienza dell'8 novembre 2023 il Collegio ha rinviato la trattazione della causa all'udienza pubblica del 24 gennaio 2024.

8. Il 3 gennaio 2024 la M.E.A. Manna Ecologia Ambiente s.r.l ha versato in atti copia del contratto d'appalto del *Servizio integrato di raccolta, trasporto, avvio a recupero e smaltimento dei rifiuti urbani e assimilati e altri servizi accessori del Comune di Palmi* sottoscritto in data 1 dicembre 2023.

Con memoria depositata l'8 gennaio 2024 la società controinteressata e ricorrente incidentale ha insistito per il rigetto del ricorso principale e per l'accoglimento del ricorso incidentale eccependo, altresì, l'inammissibilità dei motivi aggiunti proposti con memoria non notificata del 27 ottobre 2023 rilevandone, nel contempo, l'infondatezza.

Con produzione documentale effettuata nella stessa data ha, inoltre, versato in atti copia del verbale di consegna del servizio del 5 gennaio 2024.

9. All'udienza del 24 gennaio 2024, in vista della quale le parti hanno depositato ulteriori scritti difensivi, la causa è stata trattenuta in decisione.

10. La censura proposta con il primo motivo di ricorso principale avverso la disposta esclusione della Muraca s.r.l. dalla gara è fondata e deve essere accolta.

Ritiene il Collegio che l'anticipazione del contenuto dell'offerta tecnica nella busta "virtuale" contenente la documentazione amministrativa non comporti la violazione del divieto di commistione tra le diverse componenti dell'offerta.

Tale divieto, invero, costituisce applicazione del principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica che trae fondamento dall'obiettivo di evitare che elementi di valutazione di carattere automatico possano influenzare la valutazione degli elementi discrezionali, sicché trova applicazione nei soli casi in cui sussista effettivamente il pericolo di compromissione

della garanzia di imparzialità della valutazione.

Pericolo, nel caso di specie, non sussistente non risultando che il *file* contenente l'offerta tecnica (erroneamente denominato "patto di integrità" e per tale motivo erroneamente inserito nella busta virtuale della documentazione amministrativa) contenesse elementi propri dell'offerta economica e fosse, per questo, idoneo a condizionare, sia pure potenzialmente, la valutazione discrezionale dell'offerta tecnica.

Nessun *vulnus* può derivare, pertanto, al corretto svolgimento delle fasi della procedura di gara, dall'erronea anticipazione della sola proposta tecnica nella busta contenente la documentazione amministrativa il cui esame non è caratterizzato, come è noto, da alcuna valutazione di tipo discrezionale richiedendosi alla stazione appaltante solo di verificare il possesso di tutti i requisiti di partecipazione in capo alle imprese concorrenti previa attivazione, ove necessario, del soccorso istruttorio.

11. Non può essere condiviso, invece, il secondo motivo di ricorso con cui parte ricorrente contesta l'ammissione in gara della controinteressata.

Deve, invero, condividersi l'orientamento secondo il quale "la stazione appaltante, che non ritenga la pregressa vicenda professionale dichiarata dal concorrente incisiva della sua moralità professionale, non è tenuta a esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione risultare anche implicita o per *facta concludentia*, ossia con l'ammissione alla gara dell'impresa, mentre è il provvedimento di esclusione, fondato sulla valutazione di gravità tale da elidere l'affidabilità del concorrente, che richiede l'assolvimento di un particolare onere motivazionale; in sintesi, la stazione appaltante deve motivare puntualmente le esclusioni, e non anche le ammissioni, se su di esse non vi è, in gara, contestazione (Cons. Stato, V, 5 maggio 2020, n. 2850; VI, 18 luglio 2016, n. 3198; C.G.A.R.S., 23 gennaio 2015, n. 53; Cons. Stato, VI, 21 maggio 2014, n. 2622; III, 24 dicembre 2013, n. 6236; V, 30 giugno 2011, n. 3924; III, 11 marzo 2011, n. 1583; VI, 24 giugno 2010, n. 4019).

Come chiarito dalla giurisprudenza più recente, tale regola è destinata a subire eccezione nel caso in cui la pregressa vicenda professionale dichiarata dal concorrente presenti una pregnanza tale che la stazione appaltante non possa esimersi da rendere esplicite le ragioni per le quali abbia comunque apprezzato l'impresa come affidabile (v. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 1500 del 19 febbraio 2021).

Tale ipotesi non è, tuttavia, configurabile nel caso di specie atteso che, come rappresentato dalla Città Metropolitana, la pregressa vicenda richiamata da parte ricorrente riguarda la revoca dell'aggiudicazione disposta in danno al costituendo raggruppamento temporaneo di imprese di cui la M.E.A. Manna Ecologia Ambiente s.r.l. era mandante con una quota di partecipazione pari al 10% dell'importo dell'appalto, quale assuntore del servizio di pulizia strade, spiagge e intermediazione rifiuti. La revoca, disposta per il rifiuto dell'impresa capogruppo di sottoscrivere il contratto per ragioni legate al costo della manodopera indicato negli atti di gara, non è stata, peraltro, oggetto di annotazione delle imprese nel casellario Anac e non ha comportato l'escussione della cauzione provvisoria.

Il motivo è, pertanto, infondato.

12. Ritenuta la illegittimità del provvedimento con cui la Muraca s.r.l. è stata esclusa dalla gara, deve passarsi all'esame del ricorso incidentale con cui la controinteressata contesta che la ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara anche per motivi diversi ed ulteriori da quello posto a fondamento del provvedimento impugnato.

13. Ritiene il Collegio che nessuna delle censure sollevate con il ricorso incidentale sia fondata.

13.1. Non è fondata la prima censura con cui il ricorrente incidentale assume che la Muraca s.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non aver allegato alla domanda di partecipazione le due referenze bancarie attestanti il possesso del requisito della capacità economico finanziaria.

L'assunto è infondato alla luce del consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui "Le referenze bancarie, indipendentemente dal fatto che la loro allegazione fosse o meno specificamente richiesta dalla *lex specialis* di gara, non vengono ad integrare un elemento formale della domanda, bensì costituiscono soltanto documenti atti a comprovare la sussistenza dei requisiti sostanziali richiesti per la partecipazione (eventualmente dichiarati in sede di domanda), per cui la loro allegazione ben può essere richiesta in sede di soccorso istruttorio, con l'ulteriore conseguenza che non può costituire elemento pregiudizievole per il concorrente il rilascio di esse in data successiva a quella di scadenza dei termini di presentazione dell'offerta (T.A.R. , Napoli, sez. VIII, sentenza n. 1046 del 25 febbraio 2019).

Nel caso di specie, peraltro, la Muraca s.r.l. ha versato in atti copia delle due referenze bancarie rilasciate dalla BPER e dalla BNL, rispettivamente il 12 maggio 2023 e il 12 giugno 2023, ovvero in data antecedente al 22 giugno 2023, data di scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione (v. doc. n. 11 e 12 prodotti il 17 ottobre 2023)

13.2. Il disciplinare di gara prevede tra i requisiti di capacità tecnico professionale, il *possesso della certificazione di responsabilità sociale conforme alle norme europee della serie SA 8000 e alla vigente normativa nazionale, rilasciata da soggetti accreditati ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000 o prove relative all'impiego di misure equivalenti. La comprova del requisito è fornita mediante un certificato di conformità del sistema di gestione alle norme* (punto 6.3. lett. d).

La ricorrente incidentale assume che la Muraca s.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa per aver presentato in gara una certificazione SA 8000:2014 emessa da CVI s.r.o., ente certificatore slovacco non accreditato da SAAS.

L'assunto non può essere condiviso.

La *lex specialis* non richiedeva che la certificazione etica SA 8000 dovesse necessariamente essere rilasciata da uno specifico organismo e, in particolare, da un ente accreditato dal

SAAS.

Come chiarito dal TAR Firenze (sez. IV, sentenza n 1195 del 18 dicembre 2023) in un caso analogo a quello in esame in cui la concorrente aveva allegato alla domanda di partecipazione il certificato di responsabilità sociale SA 8000, rilasciato dall'Organismo denominato "CVI s.r.o.", <<la SA 8000 è una disciplina a carattere privatistico, pubblicata dall'istituto di ricerca americano SAI, che non rientra nel sistema di accreditamento richiamato nel regolamento (CE) n. 765/2008. Il SAAS (Social Accountability Accreditation Services) è, infatti, un ente privato americano non riconosciuto nel sistema degli appalti pubblici, che fornisce un servizio di accreditamento secondo un determinato standard internazionale, relativo alla responsabilità sociale d'impresa e che, a sua volta, è elaborato da un altro ente, denominato SAI (Social Accountability International), sulla base dei principi e delle convenzioni internazionali in materia di diritti umani. [...] Come hanno evidenziato precedenti pronunce *"non esiste nel nostro ordinamento nazionale alcuna disposizione che attribuisca alla SAAS il ruolo di ente di accreditamento per il rilascio della certificazione SA 8000:2014"*, per cui è apparso *"condivisibile l'assunto motivazionale della sentenza appellata secondo cui «la stazione appaltante non aveva nessun obbligo di subordinare l'idoneità della certificazione SA al suo rilascio da parte di un ente accreditato da SAAS. Ed è persino dubbio che ne avesse quantomeno la facoltà, tenuto conto dei limiti connessi agli accertamenti finalizzati al rilascio della certificazione SA 8000, privi di valore di prova legale in mancanza di un sistema pubblicistico di attestazione»"* (Consiglio di Stato, sez. V, n. 2902 del 08/05/2020). [...] Ulteriori pronunce hanno chiarito, sempre con riguardo alla certificazione SA 8000, che ciò che conta per le amministrazioni aggiudicatrici è l'effettivo rispetto delle norme sulla responsabilità sociale delle imprese (in questo senso è Cons. Stato n. 2455/2020)>>.

La stazione appaltante, pertanto, non avrebbe potuto *"pretendere che tale certificazione fosse rilasciata da un organismo di valutazione della conformità accreditato in proposito da un organismo nazionale di accreditamento di cui al Regolamento UE n. 765/2008"* né avrebbe potuto richiedere che *"l'idoneità della certificazione in questione ... (fosse) necessariamente subordinata alla circostanza che l'ente certificatore sia accreditato da SAAS"* (T.A.R. Piemonte, sez. II, sentenza n. 665 del 5 giugno 2019).

Deve, quindi, concludersi che la certificazione SA 8000 presentata dalla società Muraca s.r.l. deve essere ritenuta conforme alle previsioni della *lex specialis* risultando, conseguentemente, infondato il secondo motivo di ricorso incidentale.

13.3. Con il terzo motivo di ricorso incidentale la M.E.A. Manna Ecologia Ambiente s.r.l. censura l'omessa sottoscrizione del cd. "patto di integrità" da parte della Muraca s.r.l.

Ciò determinerebbe la sussistenza di un motivo di esclusione dalla gara atteso che, ai sensi dell'art. 5 del Bando, "la mancata accettazione delle clausole contenute nel patto di integrità e il mancato rispetto dello stesso costituiscono causa di esclusione dalla gara, ai sensi dell'articolo 83 bis del decreto legislativo n. 159/2011".

Il motivo è infondato.

Occorre premettere che l'art. 15 del disciplinare di gara richiede all'operatore economico di inserire sulla Piattaforma – sezione busta documentazione: [...] 10) patto di integrità 2022 sottoscritto per accettazione.

Il comma 15.1., relativo al contenuto della domanda di partecipazione, prevede, altresì, che il concorrente dichiari “17. Di accettare il patto di integrità approvato con Delibera del Sindaco della Città Metropolitana di Reggio Calabria n. 46 del 29/04/2022”, stabilendo espressamente che “la mancata accettazione delle clausole contenute nel patto di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara, ai sensi dell’art. 83-bis, del decreto legislativo 159/2011”.

Come puntualizzato dal Consiglio di Stato, (Sez. V, sentenza n. 3373 del 26 aprile 2021) “In tale contesto, al di là dei profili dibattuti fra le parti circa il relativo soccorso istruttorio e la circostanza che il requisito è riferito ai “concorrenti”, è assorbente rilevare come entrambe le imprese ausiliarie (i.e., Eco.Ter. s.r.l. e A.P. Ecolservice s.r.l.) abbiano dichiarato espressamente, nel cd. “modello 8” recante “*dichiarazioni integrative al Dgue*”, di accettare il patto di integrità, e la causa di esclusione è prevista dal disciplinare appunto per il caso di mancata “accettazione” delle clausole contenute in tale patto”.

Non essendo, pertanto, in discussione la mancata accettazione delle clausole del patto di integrità, come richiesto dal disciplinare di gara, la mera mancata allegazione del documento “patto di integrità” sottoscritto dall'operatore economico non può costituire motivo di esclusione dalla gara, ben potendo lo stesso costituire, tutt'al più, oggetto di soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9, del D.lgs. n. 50/2016 (cfr. Tar Abruzzo, Sez. I, sentenza n. 294 del 12 luglio 2018).

14. Devono essere, infine, dichiarate inammissibili le censure sollevate dalla Muraca s.r.l. con la memoria, non notificata, depositata il 27 ottobre 2023, trattandosi di motivi che, contrariamente a quanto rappresentato dalla ricorrente principale, non sono in alcun modo ricollegabili ad argomentazioni espresse nell'atto introduttivo del giudizio e nei motivi aggiunti avverso la determina di aggiudicazione, ma introducono nuovi elementi di valutazione in origine non indicati, con conseguente violazione sia del termine decadenziale prescritto per la impugnazione degli atti amministrativi sia del principio del contraddittorio, atteso che la memoria difensiva non può ampliare il *thema decidendum*, ma ha il solo compito di offrire una illustrazione esplicativa dei motivi di gravame già dedotti con il ricorso.

Con la suddetta memoria (che, peraltro, riporta nell'epigrafe la dicitura “motivi aggiunti”) la ricorrente ha contestato l'ammissione della M.E.A. Manna Ecologia Ambiente per motivi del tutto diversi ed ulteriori, afferenti ad una pretesa carenza del requisito della regolarità contributiva nonché ad una assunta difformità dell'offerta tecnica rispetto alle prescrizioni del capitolato speciale d'appalto, laddove, invece, con il ricorso principale aveva contestato la carenza in capo alla controinteressata del requisito dell'affidabilità professionale di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del D.lgs. n. 50/2016.

15. In ragione di quanto esposto:

a) il ricorso principale deve essere accolto nella parte che ha ad oggetto il provvedimento di

esclusione dalla gara della Muraca s.r.l. che, dunque, dovrà essere ammessa alle successive fasi della procedura;

b) il ricorso incidentale deve essere integralmente rigettato in quanto infondato;

c) vanno infine accolti i motivi aggiunti notificati e depositati il 17 ottobre 2023, con il conseguente annullamento della determina di aggiudicazione definitiva ivi impugnata.

L'annullamento dell'aggiudicazione definitiva comporta la necessità di esaminare la questione relativa alle sorti del contratto stipulato il 1° dicembre 2023.

Al fine di pervenire ad una soluzione in grado di contemperare tutti gli interessi in conflitto occorre prendere le mosse dalla previsione di cui all'art. 122 c.p.a., a mente della quale "fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta".

I criteri indicati da tale disposizione trovano peculiare applicazione nel caso di specie, in considerazione delle seguenti circostanze:

- dall'accoglimento del ricorso e dei motivi aggiunti non deriva l'obbligo di rinnovazione dell'intera procedura ma, a seguito della riammissione in gara della Muraca s.r.l., delle sole fasi, successive, relative alla valutazione dell'offerta tecnica ed economica dalla stessa presentata, previa verifica della documentazione amministrativa e dei requisiti di partecipazione;

- all'esito della rinnovazione di tali operazioni la Stazione appaltante sarà tenuta a riformulare la graduatoria;

- il contratto è stato stipulato il 1° dicembre 2023, il servizio è stato consegnato in data 5 gennaio 2024 con decorrenza dall'8 gennaio 2024 e la durata dello stesso è di due anni con possibilità di rinnovo.

Occorre, inoltre, tener conto della natura essenziale e non procrastinabile del servizio oggetto dell'appalto concernente la raccolta, il trasporto, l'avvio a recupero e lo smaltimento dei rifiuti urbani e assimilati.

Tenuto conto dell'assetto di interessi determinato da tali circostanze è opportuno disporre che la declaratoria di inefficacia del contratto abbia decorrenza dal termine di trenta giorni dalla comunicazione della presente sentenza o sua notifica a cura di parte, con salvezza delle prestazioni rese nel frattempo. Entro lo stesso termine l'amministrazione dovrà provvedere a rinnovare le operazioni valutative imposte dall'effetto conformativo della sentenza e adottare le

conseguenti determinazioni al fine di assicurare la continuità del servizio senza soluzione di continuità, anche nel caso in cui, all'esito delle rinnovate operazioni di gara, dovesse subentrare la odierna ricorrente alla controinteressata.

Sulla possibilità per il giudice amministrativo di modulare gli effetti della dichiarazione di inefficacia di un contratto di appalto, si è espressa di recente anche la giurisprudenza, che ha ritenuto che la regolazione della decorrenza dell'inefficacia del contratto può essere decisa dal giudice con effetti costitutivi dell'assetto di interessi, ulteriori e non meramente dipendenti dall'annullamento, ai sensi dell'art. 122 c.p.a. (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 11 febbraio 2021, n. 1737). Ciò rappresenta una modalità idonea a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, in applicazione della previsione di cui all'art. 34 del c.p.a. - che consente, in via generale, di adottare le misure necessarie a tutelare le situazioni giuridiche dedotte in giudizio - letta in combinato disposto con la disposizione di cui al successivo art. 122, in quanto le stesse, non avendo un contenuto dissonante tra di loro, possono essere applicate in maniera armonica; quindi, rappresentando l'art. 122 c.p.a. un'ipotesi applicativa tipica dell'art. 34, ne risulta implementata anche la sua natura costitutiva.

La stessa Adunanza plenaria con la sentenza n. 13/2017, nel riconoscere in linea generale la possibilità di regolare gli effetti conformativi dell'accoglimento del ricorso, ha evidenziato, con riguardo alla materia degli appalti, che è "altresì ammessa la possibilità per il giudice amministrativo di modellare nel caso concreto l'efficacia delle sentenze in materia di contratti pubblici (cfr. artt. 121 e 122 del Codice del processo amministrativo)".

Pertanto, "una volta ammessa in linea di principio la possibilità per il giudice amministrativo di modulare l'efficacia della sentenza, nella speciale materia di contratti pubblici, caratterizzata dalla peculiare disciplina di cui agli artt. 121 e 122 del c.p.a., non può escludersi che tale facoltà includa, ex art. 34 lett. "e" del c.p.a., anche quella di disporre opportunamente circa la sorte del contratto, coordinandone l'inefficacia con l'obbligo di ripetizione del procedimento di gara (in tutti quei casi nei quali il giudizio non si concluda con una pronuncia di aggiudicazione o di subentro del ricorrente vittorioso), quando gli interessi dedotti in giudizio (come accade nel caso di specie), lo richiedano" (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-bis, sentenza n. 1737/2021 cit.).

16. Non può essere accolta, invece, la domanda di "affidamento del servizio integrato di raccolta, trasporto ed avvio a recupero e smaltimento dei rifiuti urbani ed assimilati e altri servizi accessori del comune di Palmi" in quanto, a seguito dell'annullamento del provvedimento di esclusione e della conseguente riammissione della ricorrente alle successive fasi della procedura di gara, la stazione appaltante dovrà provvedere alla valutazione dell'offerta presentata dalla stessa e alla riformulazione della graduatoria, previa verifica della documentazione amministrativa e dei requisiti di partecipazione.

17. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate in favore della parte ricorrente nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

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

definitivamente pronunciando sul ricorso, sui motivi aggiunti e sul ricorso incidentale, come in epigrafe proposti:

- 1) accoglie il ricorso principale nei termini di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla il provvedimento di esclusione della Muraca s.r.l. dalla gara e ne dispone l'ammissione alle successive fasi della procedura;
- 2) accoglie i motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla la determinazione di n. 362\374 del 27 settembre 2023, di aggiudicazione definitiva della gara alla società controinteressata;
- 3) rigetta il ricorso incidentale proposto dalla M.E.A. Manna Ecologia Ambiente s.r.l.;
- 4) dichiara l'inefficacia del contratto stipulato tra le parti resistente e controinteressata il giorno 1° dicembre 2023, a decorrere dal termine indicato in parte motiva;
- 5) condanna la Città Metropolitana di Reggio Calabria e la M.E.A. Manna Ecologia Ambiente s.r.l. al pagamento, in favore della società ricorrente delle spese di lite che liquida in € 2.000,00 (duemila/00) a carico di ciascuna delle parti, oltre accessori se dovuti e, in solido, alla refusione del contributo unificato ove versato.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Caterina Criscenti, Presidente

Agata Gabriella Caudullo, Primo Referendario, Estensore

Andrea De Col, Primo Referendario

Guida alla lettura.

La sentenza in commento sembra una piccola guida in materia di esclusione dalla gara, con interessanti appendici di natura procedimentale e processuale. Il T.A.R. Calabria, nel dirimere un contenzioso articolato (anche dal punto di vista processuale), ha infatti colto l'occasione:

- sia per pronunciarsi sulla portata di numerose **fattispecie** pretesamente **escludenti**, fissando principi innovativi e ribadendo orientamenti che si sono progressivamente consolidati in giurisprudenza;
- sia per fare chiarezza sulle "**sorti del contratto**" a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione della gara;

- sia, infine, per riaffermare **come si delinea il *thema decidendum*** del giudizio amministrativo.

Vediamo nel dettaglio le principali statuizioni della sentenza stessa.

1. Sulle cause di esclusione.

-a) In primo luogo il Collegio giudicante ha dovuto valutare se fosse legittima l'esclusione dalla gara disposta dalla Stazione appaltante, in applicazione di una precisa previsione del bando, a danno dell'operatore economico ricorrente che aveva **erroneamente inserito l'offerta amministrativa tra la documentazione amministrativa**. Una bella questione, considerato che fino a quel momento non risultavano precedenti giurisprudenziali in termini.

Ad avviso dei Giudici:

- la sanzione espulsiva è dovuta quando vi è una violazione del divieto di commistione tra le diverse componenti dell'offerta;

- quest'ipotesi rileva **unicamente** con riferimento all'offerta **tecnica e** all'offerta **economica**, perché l'ordinamento non può ammettere che la previa conoscenza di elementi la cui valutazione ha carattere automatico (come il prezzo) possano influenzare il giudizio sugli aspetti discrezionali (come i profili tecnici), così rischiando di minare l'imparzialità della commissione giudicatrice;

- e pertanto l'anticipazione dell'offerta tecnica nella busta **amministrativa non** integra una causa di **esclusione** dalla gara, dal momento che la disamina di tale busta non implica alcuna valutazione discrezionale, ma solo la verifica della sussistenza in capo alle imprese dei requisiti di partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica.

Per completezza di trattazione si segnala che la **giurisprudenza successiva** ha **condiviso** integralmente l'impostazione e la conclusione raggiunta dal T.A.R. Calabria con la pronuncia in esame (v. T.A.R. Umbria, Sez. I, 26.6.2024, n. 486, secondo cui **l'allegazione di curricula all'interno della "busta virtuale"** contenente la documentazione **amministrativa non** comporta la **violazione** del principio di **segretezza** delle offerte **o** del **divieto di commistione** tra le diverse componenti dell'offerta. Il che esime la Stazione appaltante dall'onere di disporre l'esclusione del concorrente dalla gara).

-b) In secondo luogo, il T.A.R. Calabria ha stabilito che – come ormai costantemente affermato dalla giurisprudenza – **nemmeno la mancata produzione delle referenze bancarie** a riprova della capacità economica finanziaria del partecipante è causa di esclusione dalla gara, ben potendo tale elemento formare oggetto di **"soccorso istruttorio"** da parte della Stazione appaltante e recare una **data successiva al termine di presentazione dell'offerta** (oltre alle pronunce citate dalla sentenza in rassegna, v. – ancora di recente – T.A.R. Campania - Napoli, Sez. V, 24.4.2024, n. 2793, con ampie citazioni di precedenti).

-c) In terzo luogo si torna a parlare della nota questione relativa alle conseguenze per il

concorrente che si sia avvalso di una **certificazione sociale/etica SA8000:2014 rilasciata da un ente certificatore non accreditato** dal *Social Accountability Accreditation Services* (d'ora in poi solo "**SAAS**"). Il ricorrente incidentale propende per l'esclusione dell'avversario; il T.A.R., invece, per la soluzione opposta (vale a dire per l'**ammissione** dell'impresa). Segnatamente, la sentenza di cui si tratta richiama le principali decisioni che negli ultimi anni sono state rese in materia, da cui si possono trarre i seguenti punti fermi:

- la SA 8000:2014 è una certificazione (come si è detto, "sociale / etica") **diversa** da quelle (di "*qualità*") disciplinate dagli artt. 82 e 87 del d.lgs. n. 50/2016 e rilasciate nell'ambito del sistema di accreditamento pubblico istituito dal suddetto Regolamento UE 2008/765;

- nell'ordinamento (interno e comunitario) **non** si rinvencono né norme riguardanti la certificazione SA 8000:2014 (che in quanto certificazione sociale è diversa dalle certificazioni di qualità previste in ambito europeo) né norme che individuino uno specifico organismo **accreditato** per il rilascio di tale certificazione SA 8000:2014. Cosicché **la certificazione stessa può essere rilasciata da qualunque organismo**, non essendovi alcun obbligo per l'organismo stesso di conseguire l'accreditamento presso uno specifico "*ente di accreditamento*" pubblico (che non esiste) istituito e riconosciuto a norma del Regolamento UE 2008/765 (che non si applica alla certificazione SA 8000:2014). E infatti l'Ente privato di diritto americano **SAAS non è un "ente di accreditamento"** pubblico **istituito e riconosciuto** a norma del Regolamento UE 2008/765 nel sistema degli appalti pubblici;

- e **quel che conta** per l'amministrazione aggiudicatrice è l'effettivo possesso dei requisiti di qualità aziendale ovvero, in relazione alla certificazione SA 8000:2014, il **rispetto delle norme sulla responsabilità sociale** delle imprese, poiché, in un caso, lo impone il principio del *favor participationis* (unitamente alla tassatività delle cause di esclusione da una procedura di gara) e nell'altro, il **rispetto della par condicio** dei concorrenti che richiede di trattare allo stesso modo imprese che si siano adeguate ai medesimi *standard* internazionali (in aggiunta alle sentenze richiamate dal T.A.R. Calabria, v. T.A.R. Sicilia – Palermo, Sez. I, 10.4.2024, n. 1199).

-**d**) In quarto luogo è stata **negata la portata escludente (pure) della mancata sottoscrizione del c.d. "patto d'integrità"** da parte del concorrente. A tal fine il Collegio si appoggia sulla formulazione letterale della **legge di gara**, nella parte in cui ha richiesto ai concorrenti **non** già di **firmare, bensì di accettare** il suddetto patto d'integrità. Il che – come già in passato rilevato dal Consiglio di Stato – non è proprio la stessa cosa. E poiché nella domanda di partecipazione il concorrente aveva dichiarato di accettare il patto d'integrità non potevano essere ravvisati profili di dubbio sulla volontà dell'operatore economico.

Inoltre, **a tutto concedere**, la carenza in questione poteva essere agevolmente sanata mediante l'attivazione del sub-procedimento di **soccorso istruttorio**.

-**e**) Infine, la sentenza in esame si sofferma sull'**onere motivazionale** che grava sulla Stazione appaltante relativamente all'**ammissione** alla gara di un concorrente che in passato sia stato coinvolto in **pregresse vicende professionali**. In proposito il T.A.R.:

- condivide e fa proprie le indicazioni di quella giurisprudenza secondo cui la valutazione di non incidenza sulla moralità professionale di un dato episodio può essere svolta dalla Stazione appaltante anche implicitamente o per fatti concludenti, ossia senza un'espressa e approfondita motivazione (necessaria invece nel caso contrario, ossia quando la decisione è per l'esclusione del concorrente, stante la ritenuta rilevanza dell'episodio da questi dichiarato);

- dà altresì conto che secondo la più recente giurisprudenza il principio dell'onere motivazionale "attenuato" in caso di ammissione trova un controlimite in presenza di motivi ostativi di particolare intensità e va declinato nel senso che la Stazione appaltante non può esimersi dal rendere esplicite le ragioni per le quali abbia comunque apprezzato l'impresa come affidabile (in argomento si segnala – sempre in aggiunta alle pronunce richiamate nella sentenza in rassegna – la recentissima decisione del Cons. di Stato, Sez. V, 19.7.2024, n. 6520);

- e, sulla scorta di ciò, osserva che nel caso di specie la pregressa vicenda richiamata dalla parte riguardava la revoca di un'aggiudicazione disposta per ragioni indipendenti dalla sua volontà. Coticché, oggettivamente, non si verte in un'ipotesi che richieda una motivazione espressa e particolareggiata per la decisione di ammettere l'operatore alla gara per cui è causa.

2. Sulle conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione.

In ragione di quanto finora esposto il T.A.R. Calabria ha accolto sia il ricorso proposto dal concorrente escluso sia i motivi aggiunti contro l'aggiudicazione della gara disposta nel frattempo dalla Stazione appaltante. Il che ha imposto ai Giudici di esaminare le "**sorti del contratto**" in precedenza stipulato, in modo da **contemperare l'interesse pubblico** alla prosecuzione del servizio senza interruzioni **e l'interesse privato** a ricevere una tutela giurisdizionale piena ed effettiva. La soluzione individuata dal Collegio è stata di avvalersi dei criteri previsti dall'**art. 122 del d.lgs. n. 104/2010** (recante il codice del processo amministrativo), e cioè di disporre la **rinnovazione non già dell'intera procedura** di gara, **ma solo delle fasi che non sono state esperite per il ricorrente** in conseguenza della sua esclusione (cioè la **valutazione delle offerte tecnica ed economica**), con **riformulazione della graduatoria**. Tutto questo con una declaratoria d'**inefficacia** del contratto **differita** di un congruo termine (concretamente individuato in trenta giorni), coincidente con lo spazio temporale assegnato alla Stazione appaltante per provvedere allo svolgimento della fase valutativa-procedimentale precedentemente omessa.

Tanto chiarito, in linea di diritto, la **possibilità per il Giudice di disciplinare** gli effetti della dichiarazione – e segnatamente la regolazione della **decorrenza** – di **inefficacia del contratto** costituisce un tema già abbondantemente arato dalla giurisprudenza, anche dell'Adunanza plenaria, puntualmente citata dal T.A.R. Calabria (per completezza, in aggiunta, si richiama la sentenza del T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. II, 31.7.2023, n. 1987).

Pare in ogni caso giusto rammentare che la possibilità di modulare la portata temporale delle decisioni giurisdizionali è un principio già affermato pure dalla Corte di Giustizia UE, che trova

terreno fertile nel processo amministrativo: la giurisprudenza comunitaria ha già da tempo affermato – nell’ambito della giurisdizione di annullamento (sugli atti comunitari) – che l’efficacia *ex tunc* dell’annullamento, seppur costituente la regola, non ha portata assoluta e che la Corte può dichiarare che l’annullamento di un atto (sia esso parziale o totale) abbia effetto *ex nunc* o che, addirittura, l’atto medesimo conservi i propri effetti sino a che l’istituzione comunitaria modifichi o sostituisca l’atto impugnato (v. C.G.U.E., 5.6.1973, Commissione c. Consiglio, in C-81/72; 1999, Parlamento c. Consiglio, in C- 164/97 e 165/97).

Precisato questo, in estrema sintesi – e rinviando in ogni caso alla lettura integrale di queste decisioni – si può osservare che il Giudice amministrativo, soprattutto nella materia della contrattualistica pubblica, a norma degli art. 122 e 34 del d.lgs. n. 104/2010 ha la facoltà di disporre dell’efficacia della sentenza **sulla base dei concreti elementi di fatto** oggetto della vicenda sottoposta al suo vaglio. Il che costituisce il miglior strumento per garantire la **pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale**.

3. Sulla delimitazione del perimetro del giudizio amministrativo.

Da ultimo merita evidenziare una statuizione di natura processuale resa dalla sentenza in commento. Sebbene il principio sia assolutamente noto a tutti gli operatori del settore, il T.A.R. ha espressamente ribadito che **nel processo amministrativo il *thema decidendum* viene delimitato esclusivamente dal ricorso** e dai motivi aggiunti, mentre la **memoria difensiva può solo meglio precisare la portata delle censure già dedotte, senza** che in alcun caso possa **ampliare l’oggetto del giudizio**. Ciò anche a presidio sia del principio del contraddittorio sia dell’osservanza del termine decadenziale prescritto dalla legge per l’impugnazione degli atti amministrativi.