

Publicato il 30/12/2020

N. 02641/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00844/2020 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 844 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da

N.E.C. New Energy Company S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giorgio Leccisi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Monza e della Brianza, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Elisabetta Baviera, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Tecnocivis S.p.A., Concit Soc. Coop. a r.l., ciascuna in persona del proprio legale rappresentante *pro tempore*, entrambe rappresentate e difese dagli avvocati Daniela Anselmi, Giulio Bertone e Maurizio Saladino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio 'fisico' presso lo studio dell'avvocato Maurizio Saladino in Milano, Viale Regina Margherita, 42;

Giemme S.a.s. di Mantegazza Felice & C. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, Cristiano Limone, Zini Pietro Andrea, Pietro Giorgio Torri, Sanginiti Antonio, La Marca Vincenzo, Minerva Luca, Scandellari Riccardo, Lupo Alberto, Tagliabue Renato, tutti non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della Determinazione Dirigenziale Racc. gen. n. 372 del 4 marzo 2020 di presa d'atto delle risultanze della procedura e di aggiudicazione del servizio al RTI Tecnocivis S.p.A. - Concit Soc. Coop. a r.l.;
- delle verifiche istruttorie sul possesso dei requisiti generali e speciali dichiarati in sede di gara cui è subordinata l'efficacia dell'aggiudicazione;
- di tutti i verbali, gli atti e provvedimenti relativi alla verifica dell'anomalia dell'offerta dell'RTI Tecnocivis ivi inclusi la nota del Rup 5881/2020 dell'11 febbraio 2020 e gli atti ivi menzionati (allo stato non conosciuti);
- dei verbali del 30 dicembre 2019 (prot. n. 53519/2019), 9 gennaio 2020 (prot. n. 610/2020), 13 gennaio 2020 (prot. n. 1024/2020) e 11 febbraio 2020 (prot. n. 5890/2020) nella parte in cui non hanno escluso dalla procedura l'RTI Tecnocivis S.p.A. - Concit Soc. Coop. a r.l. e l'RTI Giemme s.a.s. di Mantegazza Felice & C, nonché della proposta di aggiudicazione al RTI Tecnocivis S.p.A. - Concit Soc. Coop. a r.l.;
- del bando, del disciplinare, del capitolato, di tutti gli atti allegati nella misura in cui ledono i diritti e gli interessi della NEC;
- della Determinazione Dirigenziale R.G. 2408 del 30 dicembre 2019 con la quale è stata nominata la Commissione Esaminatrice per la gara per l'affidamento del servizio di ispezione degli impianti termici civili;
- della Determinazione Dirigenziale R.G. n. 1605 del 19 settembre 2019 con la quale è stato nominato il Responsabile unico del procedimento e il gruppo di lavoro per la procedura di affidamento del servizio di ispezione degli impianti termici civili ricadenti nel territorio della Provincia di Monza e della Brianza (esclusi i comuni di Monza e Seregno) per il controllo del rendimento

di combustione e dello stato di esercizio e manutenzione, nonché tutte le attività di supporto a detto servizio, durante le stagioni termiche 2019/2020 e 2020/2021;

- della Determinazione Dirigenziale R.G. n. 2148 del 28 novembre 2019 con la quale è stato integrato il gruppo di lavoro di cui al precedente atto R.G. n. 1605.2019;

- della Determinazione Dirigenziale R.G. n. 1996 del 12 novembre 2019, esecutiva dal 13 novembre 2019, con la quale è stata indetta la procedura di gara aperta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento del servizio di ispezione degli impianti termici civili ricadenti nel territorio della Provincia di Monza e della Brianza (esclusi i comuni di Monza e Seregno) per il controllo del rendimento di combustione e dello stato di esercizio e manutenzione, nonché tutte le attività di supporto a detto servizio, durante le stagioni termiche 2019/2020 e 2020/2021;

- di tutte le risposte alle istanze di accesso proposte da NEC, nella misura in cui hanno negato alla ricorrente il diritto all'ottenimento integrale di tutti i documenti attinenti alla procedura di gara e alle offerte e ai giustificativi dei concorrenti, fra le quali la nota n. 166522020 del 20 aprile 2020, la nota n. 168302020 del 20 aprile 2020, la nota n. 16684/2020 del 20 aprile 2020, la nota n. 001859 del 24 maggio 2020;

nonché

per la dichiarazione di inefficacia e il subentro nel contratto ove nel frattempo stipulato;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da N.E.C. New Energy Company S.r.l. il 6 luglio 2020:

- dei medesimi atti e provvedimenti già impugnati con il ricorso introduttivo.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Monza e della Brianza e delle società Tecnocivis S.p.A. e Concit Soc. Coop. a r. l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice nell'udienza da remoto del giorno 11 dicembre 2020 la dott.ssa Katuscia Papi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con Determinazione Dirigenziale n. 1996 del 12 novembre 2019 la Provincia di Monza e della Brianza indiceva la procedura aperta per l'affidamento, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di ispezione degli impianti termici civili ricadenti nel territorio provinciale (esclusi i Comuni di Monza e Seregno) per il controllo del rendimento del combustibile e dello stato di esercizio e manutenzione, nonché di tutte le attività di supporto a detto servizio, durante le stagioni termiche 2019/2020 e 2020/2021.

Nella graduatoria finale si collocava in prima posizione il costituendo RTI Tecnocivis S.p.a. (mandataria Tecnocivis S.p.a., mandante Concit Soc. Coop. a r.l.). Si classificava al secondo posto il costituendo RTI Giemme s.a.s. di Mantegazza Felice (mandataria la società indicata, con alcuni professionisti nel ruolo di mandanti). Terza classificata risultava la società odierna ricorrente, New Energy Company S.r.l. (di seguito, per brevità, anche: NEC).

L'offerta prima graduata veniva sottoposta a verifica di congruità, che sortiva esito positivo.

Con Determinazione Dirigenziale n. 372 del 4 marzo 2020 la gara veniva aggiudicata al RTI costituendo tra Tecnocivis e Concit.

2. Con il ricorso introduttivo del presente giudizio la NEC New Energy Company S.r.l. impugnava l'aggiudicazione, gli atti di gara e, in subordine, la *lex specialis*, chiedendone l'annullamento, previa sospensione cautelare, per i motivi di seguito compendati.

I) Con il primo gruppo di censure, si rilevava l'illegittimità dell'ammissione alla gara dell'offerta del RTI Tecnocivis per la presenza di cause di esclusione (mancata sottoscrizione del DGUE da parte della società mandante Concit; omessa sottoscrizione della fidejussione di cui all'art. 93 D. Lgs. 50/2016 da

parte della mandataria Tecnocivis; omessa dichiarazione ex art. 80 comma 3 D. Lgs. 50/2016 da parte del socio unico persona giuridica e da parte dei componenti del Collegio sindacale; violazione dell'art. 83 comma 8 D. Lgs. 50/2016, in quanto non si evinceva dall'offerta l'impegno della mandataria all'esecuzione del contratto in misura maggioritaria; violazione dell'art. 48 comma 4 per non essere nota la porzione di appalto facente capo a ciascun membro dell'ATI, e in quanto solo la mandataria dichiarava di voler ricorrere al subappalto; violazione della *lex specialis* della gara perché non risultava che gli ispettori fossero legati alle ditte in RTI da stabili rapporti; e in quanto alcuni dati rilevanti per la valutazione dell'offerta tecnica erano stati inseriti nella busta amministrativa); veniva inoltre rilevata l'illegittimità della valutazione di anomalia, che rendeva necessaria una dichiarazione di impegno da parte del RTI aggiudicatario, ritenuta dalla ricorrente una illegittima modifica della domanda;

II) il secondo insieme di censure riguarda invece vizi sollevati con riferimento alla Giemme S.a.s. di Mantegazza Felice, e al relativo costituendo RTI; la ricorrente deduceva, nei confronti della seconda classificata, la presenza di cause di esclusione dell'offerta, con conseguente illegittimità dell'ammissione alla gara e dell'inserimento nella graduatoria finale (si denunciava in particolare: l'assenza di chiarezza sotto il profilo soggettivo dell'offerta, non risultando individuabili gli ispettori inclusi nel RTI; la contraddittorietà tra i DGUE delle diverse imprese coinvolte; la mancanza del numero minimo di 12 ispettori; il ruolo non maggioritario della mandataria, con conseguente violazione dell'art. 83 comma 8 D. Lgs. 50/2016; la violazione dell'art. 48 comma 4 e della *lex specialis*, poiché non viene indicata in offerta la parte del servizio eseguita da ciascuna delle imprese in ATI; infine, l'offerta economica non veniva firmata da tutti i mandanti con conseguente violazione dell'art. 48 comma 8 D. Lgs. 50/2016);

III) e IV) con i quali si deducevano errori posti in essere dall'Amministrazione nella valutazione delle offerte tecniche e

nell'assegnazione dei punteggi;

V) con tale ulteriore gruppo di doglianze si contestava, in via subordinata, l'illegittimità della *lex specialis*, nella parte in cui essa prevedeva l'assegnazione di punteggio tecnico sulla base di elementi che costituivano requisiti di idoneità o di capacità tecnica e professionale, quali il numero e l'esperienza degli ispettori; nonché con riferimento al numero di ispezioni effettuate;

VI) venivano da ultimo proposte censure che investivano la nomina e la composizione della Commissione giudicatrice; si rilevavano, in particolare: l'incompatibilità del Presidente Arch. Danilo Bettoni, e della componente, Avv. Delia Rivolta, oltre che l'assenza di competenze professionali adeguate in capo sia ai suddetti membri, che al terzo componente, Dott. Flaviano Regondi.

Veniva altresì richiesta la tutela cautelare, nonché il subentro nel contratto ove stipulato, oltre all'annullamento del parziale diniego dell'Amministrazione alle istanze di accesso della ricorrente.

3. Si costituivano in giudizio la Provincia, la Tecnocivis e la Concit Soc. Coop., chiedendo la reiezione del ricorso e, quanto all'Amministrazione, eccependo l'inaammissibilità del gravame per carenza di interesse, in relazione alla posizione di terza classificata della ricorrente.

4. In seguito all'ordinanza istruttoria n. 1015 dell'8 giugno 2020, l'Amministrazione depositava documentazione integrativa (con conseguente improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse della domanda di annullamento del diniego parziale di accesso da parte della stazione appaltante).

5. Seguiva la proposizione di ricorso per motivi aggiunti, depositato in data 6 luglio 2020, con cui la ricorrente chiedeva l'annullamento degli stessi atti gravati con l'atto introduttivo, sulla base delle seguenti ulteriori censure:

I) con il primo gruppo di nuove doglianze, veniva denunciata l'illegittimità della verifica di anomalia, nonché, per ragioni conseguenti, la carenza dei requisiti di idoneità tecnica e professionale, nonché l'erronea attribuzione dei

punteggi; veniva altresì ribadita la causa escludente derivante dalla violazione dell'art. 80 D. Lgs. 50/2016, con riferimento all'omessa produzione delle dichiarazioni ivi prescritte per i soggetti titolari di poteri di controllo sulla società;

II) il secondo gruppo di censure aggiunte è invece rivolto contro l'offerta del RTI Giemme Mantegazza S.a.s., rispetto alla quale si evidenziava l'omessa sottoscrizione, da parte dei soggetti indicati nella domanda di partecipazione come mandanti, della domanda stessa, dell'offerta economica e dell'offerta tecnica; veniva altresì ribadita la contraddittorietà, nei diversi documenti, delle indicazioni relative alla composizione del Raggruppamento.

Si richiedeva altresì l'adozione di misure ex art. 55 c.p.a.

L'Amministrazione e la controinteressata resistevano anche al ricorso per motivi aggiunti.

6. La domanda cautelare era trattata alla camera di consiglio del 29 luglio 2020, e veniva respinta con ordinanza n. 1026/2020, con compensazione delle spese di lite.

All'udienza da remoto dell'11 dicembre 2020 la causa veniva trattenuta in decisione.

7. Si prende in esame, *in primis*, la questione preliminare di inammissibilità sollevata dall'Amministrazione, con riferimento alla posizione di terza classificata della ricorrente, dalla quale scaturirebbe, secondo la stazione appaltante, la carenza di interesse al ricorso e la conseguente inammissibilità del gravame.

L'eccezione è infondata. Invero, la società collocatasi al terzo posto, con l'atto introduttivo del giudizio e con i motivi aggiunti, sollevava doglianze volte a conseguire l'esclusione dalla gara (o, *rectius*, l'annullamento dell'ammissione) sia della prima che della seconda graduata, con censure specificamente articolate nei confronti di entrambi i soggetti. L'accoglimento dei proposti motivi, ove esteso sia alla posizione del raggruppamento Tecnocivis che di quello Mantegazza, condurrebbe quindi la ricorrente a ottenere un risultato

ampliativo della propria sfera giuridica, con conseguente sussistenza dell'interesse al gravame.

Del resto, in tal senso si è già espresso questo Tribunale: «*La società ricorrente risulta collocata in terza posizione nella graduatoria finale redatta dalla commissione giudicatrice. Affinché possa essere legittimata ad agire in giudizio, è dunque necessario che essa superi la prova di resistenza: “Nel presente contenzioso la posizione dell’a.t.i. [...] riveste carattere di peculiarità perché, essendo collocata al terzo posto in graduatoria, l’effetto utile dell’impugnativa, e cioè la possibile assunzione della qualità di aggiudicataria dell’appalto, resta condizionato ad un giudizio di inaffidabilità e non congruità di entrambe le offerte collocate in posizione peggiore nella graduatoria finale” (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 3 febbraio 2014 n. 8). Nel caso di specie, [la ricorrente – n.d.r.] evidenziava, in primis, l’illegittimità dell’aggiudicazione [...], rilevando che la ditta prima classificata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara. La ricorrente proponeva poi, nel ricorso introduttivo e nei motivi aggiunti, ulteriori rilievi con i quali evidenziava la sussistenza di plurimi motivi di non congruità dell’offerta presentata dalla seconda graduata [...], la quale, per le indicate ragioni, avrebbe dovuto essere estromessa. La società terza classificata assolveva pertanto, nei propri atti di impulso processuale, all’onere di contestazione dell’ammissione di entrambe le ditte che la precedevano in graduatoria, in tal modo concretizzando il proprio interesse all’aggiudicazione, perseguito tramite il processo: “[...] sussiste la legittimazione ad agire della società ricorrente terza classificata se questa assolve l’onere di evidenziare i profili di illegittimità e/o inaffidabilità della seconda classificata che potrebbero trovare giustificazione nel corso dell’eventuale sub procedimento di verifica [...]” (TAR Abruzzo, L’Aquila, I, 19 dicembre 2019 n. 705); e ancora: “[...] il ricorso introduttivo era inammissibile per difetto di interesse, non avendo a suo tempo la ricorrente [...] dedotto alcuna specifica censura in relazione all’offerta della seconda graduata, al fine di dimostrarne, nel contraddittorio della parte e in modo definitivo, l’inaffidabilità e/o contrarietà con le vigenti norme di legge” (Consiglio di Stato, V, 25 giugno 2018 n. 3921)» (TAR Lombardia, Milano, IV, 1° giugno 2020, n. 981).*

Conclusivamente sul punto, ritiene il Collegio che, nel caso di specie, la ricorrente, avendo assolto all’onere di proporre specifiche censure

astrattamente idonee a condurre all'annullamento dell'aggiudicazione e dell'ammissione alla gara della prima e della seconda graduata, ha superato la prova di resistenza in ordine alla dimostrazione dell'interesse a ricorrere. Il ricorso introduttivo e quello per motivi aggiunti risultano pertanto ammissibili.

Può dunque procedersi alla disamina delle censure proposte da NEC S.r.l.

8. Si affrontano congiuntamente il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti, in quanto recanti doglianze tra loro intimamente connesse.

8.1. Quanto all'individuazione delle censure da scrutinare prioritariamente, in termini logici risulterebbe opportuno prendere in esame, innanzi tutto, i motivi afferenti alla legge di gara e alla composizione della commissione giudicatrice, in quanto idonee a porre nel nulla l'intera procedura. La disamina delle doglianze afferenti alla *lex specialis*, tuttavia, deve essere posposta, essendo state le stesse sollevate dalla ricorrente con espressa subordinazione rispetto a tutti gli altri motivi dedotti. Essendosi la parte ricorrente avvalsa della facoltà di graduazione nella prospettazione delle censure, il Collegio è infatti vincolato alle priorità in tal modo manifestate (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 27 aprile 2015 n. 4).

8.2. La suddetta graduazione non riguardava invece le censure afferenti alla composizione della commissione, le quali vengono quindi scrutinate per prime.

8.2.1. La Provincia deduceva, preliminarmente, l'inammissibilità dei relativi motivi in quanto tardivi, dovendosi, ad avviso dell'Ente, proporre gli stessi avverso l'atto di nomina dei commissari, ed entro il termine decadenziale decorrente dalla relativa pubblicazione. Ad avviso del Collegio una siffatta prospettazione, pur seguita da una parte della giurisprudenza, non può essere condivisa. Ciò per due ragioni: innanzi tutto, alcune delle censure qui proposte da NEC S.r.l. derivavano dalla disamina dei *curricula* dei membri della Commissione, e gli stessi non erano conosciuti dalla ricorrente al tempo della nomina; in secondo luogo, e in modo assorbente, un robusto indirizzo

giurisprudenziale, che il Collegio ritiene di condividere, qualifica l'atto di nomina della Commissione alla stregua di un passaggio endoprocedimentale, le cui censure devono essere fatte valere in sede di impugnazione del provvedimento conclusivo della procedura di scelta del contraente, definitivamente lesivo per il ricorrente, coincidente con l'aggiudicazione ad altra impresa (tra le più recenti: Consiglio di Stato, V, 4 giugno 2019, n. 3750; 18 luglio 2019, n. 5058; T.A.R. Lazio, Roma, III, 2 dicembre 2019, n. 13767; T.A.R. Campania, Napoli, V, 3 marzo 2020, n. 1003; T.A.R. Molise, Campobasso, I, 6 agosto 2020, n. 231).

8.2.2. Procedendo dunque alla disamina nel merito delle censure sollevate dalla ricorrente relativamente alla composizione della Commissione di gara, si osserva come le stesse si appalesino infondate, sia con riferimento all'incompatibilità dei membri Bettoni e Rivolta, sia riguardo alla dedotta assenza di adeguate competenze professionali dell'intero organo collegiale.

8.2.3. Iniziando dall'incompatibilità, occorre qui evidenziare che non è stata provata dalla ricorrente alcuna delle cause ostative alla nomina dei commissari individuate dall'invocato art. 77 comma 4 D. Lgs. 50/2016. Ciò, né nei confronti del Presidente della Commissione, Arch. Bettoni, né riguardo alla componente Avv. Rivolta. In particolare, non risulta che gli stessi abbiano partecipato alla formazione di atti procedimentali afferenti al contratto stipulando; né che abbiano svolto funzioni o incarichi tecnici o amministrativi relativi al contratto stesso. Invero, quanto alla posizione dell'Arch. Bettoni, gli atti prodromici all'indizione della gara risultano adottati da un diverso Direttore del servizio provinciale interessato, Simone Guidetti. Riguardo sia a Bettoni che alla Rivolta, inoltre, si richiama il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui, ai fini dell'individuazione di cause di incompatibilità dei membri della Commissione, soprattutto dopo la novella dal D. Lgs. 56/2017, occorre che si profilino concrete e comprovate situazioni di partecipazione e/o ingerenza del commissario nominato nella predisposizione degli atti di gara e nell'individuazione dei criteri valutativi

delle offerte, che possano condizionarne l'attività giudicatrice: «*il fondamento ultimo di razionalità della disposizione dell'art. 77, comma 4, cit. è quello per cui chi ha redatto la lex specialis non può essere componente della Commissione, costituendo il principio della separazione tra chi predisponga il regolamento di gara e chi è chiamato a concretamente applicarlo una regola generale posta a tutela della trasparenza della procedura, e dunque a garanzia del diritto delle parti ad una decisione adottata da un organo terzo ed imparziale mediante valutazioni il più possibile oggettive, e cioè non influenzate dalle scelte che l'hanno preceduta*» (Consiglio di Stato sez. V - 27/02/2019, n. 1387; cfr: T.A.R. Lombardia, Milano, I, 13 maggio 2019, n. 1064); «*L'incompatibilità prevista dall'art. 77, comma 4, d.lg. n. 50/2016 garantisce la trasparenza della gara e mira essenzialmente a evitare commistioni tra la fase di predisposizione degli atti di gara e la fase di valutazione delle offerte. In pratica, l'incompatibilità è posta a presidio dell'imparzialità di giudizio del commissario che viene posto al riparo da possibili condizionamenti che possono derivare dalla sua precedente partecipazione alla formazione degli atti di gara (in primo luogo, il bando, il disciplinare e l'eventuale capitolato) (nel caso di specie, il componente della Commissione non risulta aver partecipato in alcun modo alla predisposizione degli atti di gara [...])*» (T.A.R. Valle d'Aosta sez. I - Aosta, 22/03/2019, n. 13). Nel caso di specie, non risulta in atti alcuna concreta prova in ordine a interventi dell'Arch. Bettoni o dell'Avv. Rivolta nella predisposizione degli atti che costituiscono la *lex specialis* della gara; la censura va dunque disattesa.

8.2.4. Per quanto concerne la rilevata incompetenza dei membri nominati, l'infondatezza della censura si evince dalla documentazione prodotta in atti dall'Amministrazione. Invero, il *curriculum* dell'Arch. Bettoni mostra come lo stesso abbia ricoperto il ruolo di Dirigente del settore Lavori pubblici, mobilità e trasporti, impianti tecnologici e CURIT, ecologia e ambiente presso il Comune di Cologno Monzese dal 2004 al 2017, vantando perciò una considerevole esperienza professionale nel precipuo settore oggetto dell'appalto, in seguito consolidata presso la Provincia di Monza e della Brianza, ove lo stesso dirige il settore *de quo*. Nel contempo, l'Avv. Rivolta dal

2017 ha fornito supporto giuridico amministrativo alla campagna impianti termici della Provincia, maturando così una specifica esperienza nell'organizzazione del servizio oggetto di affidamento. Quanto al funzionario Dott. Flaviano Regondi, laureato in Scienze politiche, dal 1999 lo stesso ha ricoperto e ricopre l'incarico di Responsabile di vari uffici della Provincia, e può in tal modo vantare una competenza amministrativa trasversale che lo rende idoneo a integrare la composizione della Commissione; la giurisprudenza ha infatti, in proposito, precisato che: *«Il codice degli appalti non richiede una perfetta corrispondenza tra la competenza dei membri della commissione, anche cumulativamente considerata, ed i diversi ambiti materiali che concorrono alla integrazione del complessivo oggetto del contratto. La presenza, pertanto, di componenti portatori di diverse esperienze professionali, sia di natura gestionale ed amministrativa, sia di natura tecnica, risponde, in un rapporto di complementarità, alle esigenze valutative imposte dall'oggetto della gara d'appalto»* (ex multibus: Consiglio di Stato sez. III, 28/06/2019, n.4458).

8.3. Le doglianze proposte avverso la nomina della Commissione sono dunque infondate.

9. Si procede ora allo scrutinio dei motivi riguardanti la posizione del RTI Giemme S.a.s. di Mantegazza.

9.1. Il Collegio ritiene fondate le censure sollevate dalla parte ricorrente avverso l'ammissione del raggruppamento Mantegazza, sia nei motivi aggiunti che nel ricorso introduttivo, nei termini di seguito specificati.

Risulta provata, sulla base della documentazione presente nel fascicolo di causa, l'omessa sottoscrizione della domanda, dell'offerta tecnica e dell'offerta economica da parte dei soggetti indicati come mandanti del costituendo RTI. Ciò, anche in considerazione della non specifica contestazione della circostanza da parte della Provincia, e dell'omessa produzione in giudizio di documentazione probante in senso contrario da parte della stazione appaltante (che, ove detta documentazione fosse esistita, ne avrebbe indubbiamente avuto piena disponibilità). Da quanto precede avrebbe dovuto

conseguire, da parte della Commissione giudicatrice, la necessaria esclusione del raggruppamento, sulla base delle disposizioni del codice e della *lex specialis* applicabili alla fattispecie. In particolare, l'art. 48 comma 8 D. Lgs. 50/2016 prevede la necessaria sottoscrizione dell'offerta da parte dei soggetti che parteciperanno al raggruppamento, mentre l'art. 11.1 del Disciplinare richiedeva l'indefettibile sottoscrizione della domanda di partecipazione da parte degli stessi soggetti raggruppati.

Devono pertanto essere annullati, in quanto illegittimi, gli atti impugnati, nella parte in cui essi disponevano l'ammissione del RTI Mantegazza alla gara e l'inserimento dello stesso raggruppamento nella graduatoria finale.

Il vizio riscontrato, estendendosi all'offerta tecnica e a quella economica, non risulta invero sanabile mediante lo strumento del soccorso istruttorio, secondo le previsioni dell'art. 83 comma 9 D. Lgs. 50/2016 e dall'art. 14 del Disciplinare di gara.

9.2. Si assorbe, per ragioni di continenza, ogni ulteriore doglianza relativa alla posizione del RTI Giemme Mantegazza.

10. Si procede ora alla disamina della posizione del RTI primo classificato, Tecnocivis – Concit.

10.1. Non sono fondate le censure afferenti all'omessa sottoscrizione, da parte di Concit, del DGUE e delle dichiarazioni di cui all'art. 80 D. Lgs. 50/2016.

È stata infatti prodotta in giudizio la sottoscrizione del Documento unico di gara da parte del legale rappresentante della mandante Concit, Sig. Luigino Tiengo. Del resto, l'avvenuta sottoscrizione del documento *de quo* non richiede l'ulteriore predisposizione o presentazione di dichiarazioni afferenti all'assenza di cause di esclusione di cui al citato art. 80 D. Lgs. 50/2016, essendo le stesse contenute nel DGUE stesso, il quale costituisce, come precisato dall'art. 85 comma 1 D. Lgs. 50/2016: «[...] un'autodichiarazione aggiornata come prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi in cui si conferma che l'operatore economico soddisfa le seguenti

condizioni: a) non si trova in una delle situazioni dell'articolo 80; b) soddisfa i criteri di selezione definiti a norma dell'articolo 83; c) soddisfa gli eventuali criteri oggettivi fissati a norma dell'articolo 91».

10.2. Nemmeno risulta fondata l'ulteriore censura afferente alla ritenuta necessità di separate dichiarazioni, ai sensi dell'art. 80 D. Lgs. 50/2016, da rendersi autonomamente da parte dei componenti il Collegio sindacale. Invero, tali soggetti costituiscono organi della società, rispetto alla cui estraneità a cause di esclusione è sufficiente la dichiarazione resa, in sede di DGUE, da parte del legale rappresentante della società stessa. In tal senso, del resto, depone in modo inequivocabile l'art. 5.1. del Disciplinare di gara, il quale prevede che: *«La dimostrazione dell'insussistenza delle cause ostative di cui trattasi avviene utilizzando l'apposita sezione del DGUE. Tale dichiarazione, resa per ogni soggetto interessato viene resa dal titolare/legale rappresentante/procuratore speciale dell'operatore economico concorrente [...]».*

10.3. Viene ora in esame la censura relativa all'omessa presentazione delle dichiarazioni afferenti all'assenza delle cause ostative di cui all'art. 80 commi 1 e 2 D. Lgs. 50/2016, relativamente al socio unico società di capitali (dunque persona giuridica) della società Tecnocivis S.p.a., costituito dalla società HTS S.r.l.s., che della mandataria detiene l'intero pacchetto azionario.

10.3.1. L'art. 85 comma 1 D. Lgs. 50/2016 stabilisce che il DGUE deve contenere la dichiarazione che la società partecipante non si trova in alcuna delle condizioni che implicano l'esclusione di cui all'art. 80 del medesimo decreto. Nel contempo, l'art. 5.1. del Disciplinare di gara, precisa che: *«Le dichiarazioni relative all'insussistenza delle cause ostative di cui al suddetto art. 80 comma 1 devono essere rese con riferimento ai soggetti indicati dal comma 3 primo e secondo periodo del medesimo art. 80».*

L'art. 80 comma 3 D. Lgs. 50/2016 prevede che le società di capitali partecipanti a una procedura di evidenza pubblica debbano essere escluse dalla gara, in caso di provvedimenti di cui all'art. 80 commi 1 e 2 che colpiscano (per quanto qui interessa) il socio unico persona fisica o i soggetti

muniti di poteri di controllo sulla società, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci.

Dal combinato disposto delle citate norme, si evince che, ai fini dell'ammissione alla gara, una società di capitali debba necessariamente presentare la dichiarazione attestante l'assenza delle cause di esclusione previste dall'art. 80 commi 1 e 2 cit., relativamente a tutti i soggetti indicati dall'art. 80 comma 3 cit., e dunque, con riferimento alle società di capitali, anche riguardo ai soggetti che esercitano sulle stesse poteri di controllo e al socio di maggioranza in ipotesi di società con meno di quattro soci.

10.3.2. Secondo la ricorrente, in virtù delle disposizioni sopra citate, ai fini dell'ammissione alla gara di Tecnocivis, avrebbero dovuto essere rese le dichiarazioni afferenti all'assenza di cause di esclusione anche con riferimento alla società HTS S.r.l.s. Ciò, sosteneva la ricorrente, in quanto la norma prevede le dichiarazioni per il socio unico persona fisica e, per l'identità di *ratio* tra le due fattispecie, lo stesso trattamento dovrebbe essere riferito anche al socio unico persona giuridica.

La suddetta prospettazione difensiva non può essere seguita. Il Consiglio di Stato ha infatti affermato (Consiglio di Stato, V, 7 settembre 2020 n. 5370; 2 ottobre 2020, n. 5782) che, in virtù del principio di tassatività delle cause di esclusione, l'estromissione dalla gara conseguente all'omissione delle dichiarazioni afferenti al socio unico persona fisica, espressamente contemplata dall'art. 80 comma 3 cit., non può essere estensivamente applicata al socio unico persona giuridica, che la norma non cita.

10.3.3. Con diversa argomentazione, la ricorrente affermava che la necessità delle dichiarazioni attestanti l'assenza di ipotesi di esclusione in capo alla HTS S.r.l.s. deriverebbe dal rivestire tale ultima società, nei confronti dell'impresa mandataria Tecnocivis, una posizione di controllo. L'esclusione della partecipante, in relazione all'omessa presentazione delle dichiarazioni relative al soggetto controllante, avrebbe dunque dovuto essere disposta dalla stazione appaltante in virtù del combinato disposto dell'art. 80 comma 3 D.

Lgs. 50/2016, dell'art. 85 comma 1 D. Lgs. 50/2016 e dell'art. 5 del Disciplinare di gara.

La censura è fondata, nei termini di seguito specificati.

In ragione della propria posizione di socio unico, la HTS S.r.l.s. esercita, ai sensi dell'art. 2359 c.c., un potere di controllo su Tecnocivis. Del resto, Tecnocivis ha un unico socio, dunque HTS S.r.l.s. configura altresì il socio di maggioranza in una compagine costituita da meno di quattro soci. HTS S.r.l.s. rientra dunque tra i soggetti per i quali, in virtù delle disposizioni invocate dalla ricorrente, devono, a pena di esclusione della società controllata, essere rese le dichiarazioni di estraneità alle fattispecie di cui all'art. 80 commi 1 e 2 D. Lgs. 50/2016. L'art. 80 comma 3 stabilisce infatti che: *«3. L'esclusione di cui ai commi 1 e 2 va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti: [...] dei soggetti muniti di poteri [...] di controllo [...] ovvero del socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro, se si tratta di altro tipo di società».*

Nel caso di specie, le dichiarazioni afferenti alla società HTS S.r.l.s. non venivano tuttavia prodotte da Tecnocivis; la censura proposta da NEC S.r.l. risulta dunque fondata, con conseguente illegittimità degli atti di gara, nella parte in cui essi disponevano l'ammissione alla procedura del RTI Tecnocivis – Concit e l'aggiudicazione dell'appalto allo stesso raggruppamento. Tali atti dovranno pertanto essere annullati.

10.4. Con ulteriore doglianza, la NEC adduceva la violazione dell'art. 83 comma 8 D. Lgs. 50/2016, in virtù del quale: *«8. Le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse [...] Per i soggetti di cui all'art. 45, comma 2 lettera d), e), f) e g), nel bando sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti. La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria. [...]».*

La censura veniva articolata con riferimento alla dichiarazione d'impegno modello A *bis*), presente nella busta amministrativa, nella quale le imprese Tecnocivis e Concit si impegnavano a eseguire le prestazioni derivanti dall'appalto in misura paritaria, senza prevedere un impegno maggioritario in fase realizzativa da parte della mandataria. Le due società hanno infatti dichiarato che *«in caso di aggiudicazione della gara, si impegnano a conferire mandato collettivo speciale con rappresentanza a Tecnocivis S.p.A. qualificata come capogruppo, la quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e degli altri componenti il Raggruppamento temporaneo»* e che *«intenderanno partecipare al Raggruppamento temporaneo di concorrenti nelle seguenti quote: Raggruppamento di tipo orizzontale Tecnocivis quota servizio 50% - Concit Soc. Coop. A.r.L. quota servizio 50%»*.

In effetti, la dichiarazione resa da Tecnocivis e Concit fa riferimento alle quote, identiche, di partecipazione al raggruppamento e di esecuzione del servizio. Tale atto risulta dunque contrastante rispetto al tenore letterale della norma invocata dalla parte ricorrente, nella misura in cui non individua un'esecuzione delle prestazioni oggetto di appalto in misura maggioritaria da parte dell'impresa mandataria Tecnocivis.

Ritiene il Collegio che l'imposizione della quota esecutiva maggioritaria, recata dall'art. 83 comma 8 D. Lgs. 50/2016, pur non riportata nella legge di gara, sia prevista a pena di esclusione. Invero, l'art. 83 comma 8 cit. disciplina la discrezionalità della stazione appaltante nel predeterminare, nel bando, le qualità e i requisiti speciali da richiedere ai concorrenti in funzione dello specifico appalto. Dopo aver elencato tutte le previsioni sulle quali l'Amministrazione può discrezionalmente operare, il legislatore del correttivo del D. Lgs. 56/2017 introduce due limiti invalicabili per la p.a. Il primo, qui di specifico interesse, riguarda la partecipazione alla gara dei soggetti aggregati di cui all'art. 45 comma 2 lettere d), e), f) e g), in ordine ai quali si precisa, per l'appunto, che l'impresa mandataria *«in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria»* rispetto agli altri partecipanti. Il secondo è invece costituito dal divieto di introduzione di nuove cause di esclusione.

La perentorietà dell'imposizione indicata dal legislatore relativamente ai raggruppamenti lascia intendere, ad avviso del Collegio, che la relativa previsione debba essere intesa come introdotta a pena di esclusione già in sede legislativa, senza che si renda necessario, ai fini dell'estromissione in caso di inosservanza, il relativo transito in sede di regolamentazione di gara. Del resto, il massimo organo della Giustizia amministrativa si è espresso, rispetto alle modalità di operatività del principio di tassatività delle clausole di esclusione, in termini affatto coerenti con le conclusioni sopra raggiunte (sia pure con riferimento al previgente D. Lgs. 163/2006): *«La nuova disposizione deve essere intesa nel senso che l'esclusione dalla gara è disposta sia nel caso in cui il codice, la legge statale o il regolamento attuativo la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui impongano "adempimenti doverosi" o introducano, comunque, "norme di divieto" pur senza prevedere espressamente l'esclusione ma sempre nella logica del numerus clausus. Questa interpretazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, in forza della quale la tassatività può ritenersi rispettata anche quando la legge, pur non prevedendo espressamente l'esclusione, imponga, tuttavia, adempimenti doverosi o introduca norme di divieto, è stata espressamente affermata dall'Adunanza plenaria nel senso della non necessità, ai sensi dell'art. 46, co. 1bis, codice dei contratti pubblici, che la sanzione della esclusione sia espressamente prevista dalla norma di legge allorquando sia certo il carattere imperativo del precetto che impone un determinato adempimento ai partecipanti ad una gara (cfr. sentenze 16 ottobre 2013, n. 23 e, in particolare, 7 giugno 2012, n. 21)»* (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 25 febbraio 2014 n. 9).

Tanto precisato in ordine alla natura escludente della previsione, occorre ora individuare le conseguenze della relativa inosservanza. La giurisprudenza, in termini sostanzialmente costanti, ha in proposito chiarito che, ove la necessaria misura maggioritaria dell'esecuzione della mandataria non risulti correttamente indicata in sede di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, non residuano margini valutativi per la Commissione, né è ammesso il ricorso al soccorso istruttorio: l'offerta deve essere esclusa. In tal senso, si è infatti affermato che: *«Il r.t.i. [...], nei suoi scritti difensivi, assume*

di aver commesso un errore nella formulazione dell'offerta, dovuto all'impostazione del calcolatore utilizzato che avrebbe arrotondato all'unità più prossima le quote percentuale delle prestazioni già definite (e così 40,1% sarebbe divenuto 40% e 39,9% anch'esso 40%). Senonché l'errore è tale se, riconosciuto dalla stazione appaltante, possa essa stessa emendarlo, con una mera attività correttiva delle dichiarazioni (cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 giugno 2019, n. 4198), in ogni altro caso, ove, invece, si è in presenza di una difformità rispetto alle disposizioni di gara che richiede, per essere eliminata, l'intervento dell'operatore economico che abbia formulato l'offerta, non si è più nell'ambito dell'errore emendabile, ma in quello del soccorso istruttorio. Il soccorso istruttorio, tuttavia, non può essere utilizzato per porre rimedio ad errori contenuti nell'offerta poiché sarebbe, altrimenti, alterato il principio di par condicio tra i concorrenti (ex multis, cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 2019, n. 5751; V, 17 giugno 2019, n. 4046; VI, 9 aprile 2019, n. 2344). È quanto accaduto nel caso in esame: attivando il soccorso istruttorio la commissione giudicatrice ha consentito al r.t.i. una modifica sostanziale della propria offerta, tale dovendosi ritenere la diversa ripartizione delle quote tra le componenti il raggruppamento [...]. 7.3. In definitiva, la commissione giudicatrice, constatata che nell'offerta la mandataria del r.t.i. [...] si impegnava ad eseguire una quota percentuale di prestazione identica a quella della mandante, in violazione di una prescrizione posta a pena di esclusione, avrebbe dovuto disporre la sua esclusione dalla procedura». (Consiglio di Stato, V, 12 febbraio 2020 n. 1074); «Risultano violate le disposizioni contenute nel combinato disposto degli artt. 92, comma 2, d.P.R. n. 207/2010, 83, comma 8, e 48, comma 1, del d.lgs n. 50/2016, quando l'impresa individuata come capogruppo con una percentuale di partecipazione relativa all'appalto nel suo complesso pari al 52% e, quindi, maggioritaria, non abbia nel contempo una partecipazione maggioritaria nel costituendo subraggruppamento per l'esecuzione dei lavori della categoria prevalente. La facoltà di modifica delle quote di esecuzione indicate nell'offerta non può sopperire alla carenza di requisiti né al mancato rispetto delle disposizioni in tema di partecipazione della capogruppo. La facoltà di modifica relativa alle quote di esecuzione indicate nell'offerta ("previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate") non può sopperire alla carenza dei requisiti né, come

nel caso di specie, al mancato rispetto, in sede di offerta, delle disposizioni in tema di partecipazione della capogruppo. L'esatta indicazione delle quote di partecipazione costituisce, invero, un elemento essenziale dell'offerta, consentendo alla Stazione Appaltante di verificare, in sede di ammissione alla gara, l'affidabilità dell'offerta sotto il profilo dell'idoneità e capacità professionale delle imprese che assumono le rispettive quote di partecipazione» (TAR Lazio, Roma, III, 18/03/2020, n. 3389; si veda, in senso contrario, per un approccio fondato su una ricostruzione ermeneutica comunitariamente orientata della disciplina recata dall'art. 83 comma 8 D. Lgs. 50/2016: TAR Lombardia, Milano, I, 3 agosto 2020 n. 1514, sospesa da: Consiglio di Stato, V, 25 settembre 2020, ordinanza n. 5677).

La censura proposta dalla ricorrente è dunque fondata e merita accoglimento, con conseguente illegittimità, anche sotto tale ulteriore profilo, dell'aggiudicazione impugnata, che deve pertanto essere annullata.

10.5. Si assorbono, per ragioni di continenza e di priorità logico-giuridica, le ulteriori censure proposte dalla parte ricorrente riguardo alla posizione del RTI Concit – Tecnocivis.

11. L'accoglimento del ricorso con riferimento ai motivi proposti dalla ricorrente in via dichiaratamente prioritaria esime il Collegio dalla disamina delle doglianze afferenti alla legge di gara, proposte da New Energy Company S.r.l. in via espressamente gradata e subordinata.

12. Conclusivamente, ritiene il Collegio che, per tutto quanto precede, il ricorso introduttivo e quello per motivi aggiunti debbano essere accolti, stante la fondatezza dei motivi esaminati ai punti 9.1, 10.3.3 e 10.4 del presente atto, con conseguente annullamento dell'ammissione alla gara del RTI Giemme Mantegazza e del relativo inserimento nella graduatoria finale, dell'ammissione alla gara del RTI Concit – Tecnocivis, del relativo inserimento in graduatoria e dell'aggiudicazione disposta in suo favore, nonché degli atti gravati presupposti e conseguenti.

Si assorbono, sia con riferimento al ricorso introduttivo che a quello proposto ai sensi dell'art. 43 c.p.a., le censure non scrutinate.

Per effetto delle suddette statuizioni, la prima classificata in graduatoria risulta la ricorrente New Energy Company S.r.l.; l'Amministrazione dovrà pertanto adottare i provvedimenti conseguenti.

La domanda di subentro nel contratto proposta dalla ricorrente non può invece essere accolta, non risultando dagli atti di causa l'avvenuta sottoscrizione del negozio, ma unicamente l'immissione anticipata della controinteressata nel servizio, per ragioni di urgenza.

Viene rigettata la domanda di annullamento della Determinazione n. 1605 del 19 settembre 2019 e della Determinazione n. 2148 del 28 novembre 2019 (nomina RUP, nomina e integrazione gruppo di lavoro), non essendo state svolte censure dirette a contestare la legittimità di tali atti, né nel ricorso introduttivo né nei motivi aggiunti.

Si respinge il ricorso con riferimento alla domanda di annullamento degli atti di nomina della Commissione, stante l'infondatezza della stessa.

Si dichiara il ricorso improcedibile con riferimento al richiesto annullamento del diniego di accesso, attesa l'intervenuta produzione in giudizio, da parte della stazione appaltante, di tutta la documentazione di gara (si veda il precedente punto 4).

13. Le spese del giudizio vengono compensate tra le parti, stante la particolare complessità e la natura controversa delle questioni che hanno formato oggetto della causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- lo dichiara improcedibile relativamente al richiesto annullamento del diniego all'accesso;
- lo accoglie in parte, nei limiti, nei sensi e con gli effetti indicati in motivazione, e annulla conseguentemente i provvedimenti impugnati, limitatamente a quanto indicato al punto 12 della parte motiva.

Respinge il ricorso in ogni altra parte.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Milano nelle camere di consiglio dei giorni 11 dicembre 2020 e 28 dicembre 2020, tenutesi da remoto con l'intervento dei magistrati:

Rosalia Maria Rita Messina, Presidente

Oscar Marongiu, Primo Referendario

Katiuscia Papi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Katiuscia Papi

IL PRESIDENTE

Rosalia Maria Rita Messina

IL SEGRETARIO