

Publicato il 07/03/2022

N. 01617/2022REG.PROV.COLL.
N. 06623/2021 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6623 del 2021, proposto da G.I.Vi. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Corrado Mauceri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Settentrionale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Giuffré, Enrico Gai, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Corpo Vigili Giurati Spa e Rangers S.r.l., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Agnese Del Nord, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana
(Sezione Seconda) n. 00495/2021, resa tra le parti.*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Settentrionale e delle società Corpo Vigili Giurati Spa e di Rangers S.r.l.;

Visto l'appello incidentale di queste ultime;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 gennaio 2022 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e preso atto delle richieste di passaggio in decisione depositate in atti dagli avvocati Mauceri, Giuffrè, Gai e Del Nord;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.L'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno settentrionale (nel seguito: "Autorità") ha indetto una procedura aperta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa da individuare sulla base del rapporto qualità/prezzo, per affidare il servizio di vigilanza e controllo degli accessi ai varchi pubblici del porto di Livorno, per un periodo di 36 mesi con 6 mesi aggiuntivi di proroga tecnica. All'esito della procedura è risultata prima classificata l'impresa G.I.VI. s.r.l., mentre al secondo posto si è classificato il costituendo raggruppamento di imprese tra Corpo Vigili Giurati s.r.l. e Rangers s.r.l.

È stato attivato il procedimento di verifica sull'anomalia dell'offerta vincitrice all'esito del quale l'Autorità, con provvedimento dirigenziale 18 dicembre 2020, n. 13, ha disposto l'esclusione della G.I.VI.

Quest'ultima ha quindi impugnato il provvedimento di esclusione, in uno con tutti gli atti relativi al procedimento di verifica dell'anomalia, con ricorso notificato il 15 gennaio 2021 e depositato il 20 gennaio 2021, per violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili.

Si sono costituite sia le imprese Corpo Vigili Giurati e Rangers che l'Autorità, chiedendo la reiezione del ricorso.

Le società controinteressate hanno inoltre proposto ricorso incidentale, notificato il 12 febbraio 2021 e depositato il 25 febbraio 2021.

1.1. Con provvedimento dirigenziale 18 gennaio 2021, n. 4, l'Autorità ha aggiudicato il contratto pubblico al r.t.i. costituendo formato dalle controinteressate e il provvedimento è stato impugnato con ricorso per motivi aggiunti, notificato il 17 febbraio 2021 e depositato il 18 febbraio 2021.

2. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per la Toscana - dopo aver ordinato all'Autorità, con ordinanza istruttoria del 4 febbraio 2021, n. 202, il deposito di documenti - ha accolto i motivi primo, secondo e nono del ricorso principale e il primo dei motivi aggiunti, dichiarando assorbiti tutti i restanti motivi.

Per l'effetto, ha reputato annullabili il provvedimento di esclusione della ricorrente G.I.VI., nonché il provvedimento di aggiudicazione e i conseguenti provvedimenti in favore del raggruppamento controinteressato.

2.1. Trattando, poi, del ricorso incidentale, ha respinto sia le eccezioni di inammissibilità sollevate dalla ricorrente principale che i primi tre motivi di ricorso.

Ha invece reputato fondato il quarto motivo, proposto in via subordinata dalle ricorrenti incidentali per lamentare la contraddittorietà della legge speciale di gara e chiedere l'annullamento dell'intera procedura.

Il motivo è stato accolto, facendo seguire appunto tale annullamento.

2.2. Le spese sono state compensate per reciproca soccombenza.

3. Avverso la sentenza la società G.I.VI. ha proposto appello con tre motivi avverso l'accoglimento del ricorso incidentale; ha inoltre riproposto i motivi del ricorso e del ricorso per motivi aggiunti dichiarati assorbiti in primo grado.

3.1. Le società Corpo Vigili Giurati (nel seguito anche "CVG") e Rangers hanno proposto appello incidentale per la riforma della sentenza nella parte in cui, respinte le eccezioni preliminari, ha accolto il ricorso principale e il

ricorso per motivi aggiunti ed ha respinto i primi tre motivi del ricorso incidentale.

3.2. L'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Settentrionale si è costituita, aderendo parzialmente sia all'appello principale sia all'appello incidentale, nei limiti dei motivi volti, rispettivamente, a sostenere la legittimità dell'operato della stazione appaltante nella predisposizione della legge di gara e nell'adozione del provvedimento di esclusione della G.I.VI. e di aggiudicazione della gara in favore del raggruppamento controinteressato.

3.3. All'udienza del 20 gennaio 2022 la causa è stata assegnata a sentenza, senza discussione, su istanza congiunta, previo deposito di memorie di tutte le parti e di repliche delle società.

3.4. Va dato atto che, così come eccepito dall'appellante principale, la prima memoria difensiva delle appellanti incidentali è stata depositata tardivamente.

4. Seguendo l'ordine di proposizione dei gravami, va trattato l'appello principale.

4.1. Con i primi due motivi è censurato il rigetto delle eccezioni di inammissibilità del ricorso incidentale per difetto di interesse formulate dalla G.I.VI.

4.1.1. Col terzo motivo è dedotta l'erroneità della sentenza per violazione dell'art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016 e dei punti 7 e 17 del disciplinare di gara e per erronea declaratoria di contraddittorietà della legge di gara.

4.2. Il terzo motivo è fondato ed ha portata assorbente rispetto ai motivi precedenti, per le ragioni di cui appresso.

5. Nel giudizio di primo grado, col quarto motivo del ricorso incidentale, proposto in via subordinata, le società CVG e Rangers avevano denunciato la contraddittorietà della *lex specialis*, la quale avrebbe “*imposto l'utilizzo di due componenti rilevanti sia ai fini dell'ammissione dei concorrenti che ai fini dell'attribuzione del punteggio tecnico*”, in violazione “*del principio di separazione tra requisiti soggettivi e criteri premianti*”.

5.1. In proposito va premesso che il disciplinare prevedeva:

– quale *requisito di partecipazione*, di aver svolto almeno un servizio analogo nel triennio precedente (punto 7.3); premiava, quale criterio quantitativo di valutazione delle offerte, servizi analoghi svolti per un periodo tra 3 e 4 anni (4 punti), tra 4 e 5 anni (7 punti), tra 5 e 6 anni (10 punti) o superiore a 6 anni (15 punti);

– quale *requisito di esecuzione*, la disponibilità delle attrezzature di cui all'art. 9, punto 4, del capitolato (punto 7.4); premiava, quale criterio quantitativo di valutazione delle offerte, con 5 punti aggiuntivi la messa a disposizione di tali attrezzature *in via esclusiva* dell'appalto per cui è causa.

Pertanto, secondo le ricorrenti incidentali, gli articoli 7 e 17 del disciplinare avrebbero utilizzato il medesimo dato curriculare, ovvero l'avvenuta esecuzione di servizi analoghi nell'ultimo triennio del bando, sia quale requisito di ammissione che per l'assegnazione del punteggio tecnico ed altrettanto sarebbe accaduto per l'apparecchiatura, utilizzata a fini sia selettivi che premianti.

5.2. Il tribunale ha accolto il motivo in riferimento a tale secondo aspetto della censura, ma ha riqualificato la censura ed ha perciò ritenuto la legge di gara *“intrinsecamente contraddittoria poiché pretende di valutare, ai fini dell'attribuzione del punteggio tecnico, un elemento il cui possesso non doveva essere richiesto nel corso della procedura ma unicamente ai fini, e quale condizione, della stipulazione del contratto. Poiché la rilevanza dell'attrezzatura inizia in quel momento, essa non poteva essere considerata ai fini dell'attribuzione del punteggio tecnico nemmeno sotto il limitato profilo dell'impegno del concorrente a collocarla stabilmente nel porto di Livorno, destinandola esclusivamente al servizio de quo. Trattasi infatti di un elemento necessario ai fini dell'esecuzione del contratto in gara e, pertanto, anche un impegno in tal senso (destinazione esclusiva al servizio dell'apparecchiatura) poteva rilevare solo in tali limiti e non essere assunto per l'attribuzione del punteggio tecnico”*.

5.3. L'appellante G.I.VI. osserva che il criterio di valutazione previsto al punto 17 del disciplinare premia, con 5 punti aggiuntivi, la scelta dei partecipanti di mettere a disposizione in via esclusiva della stazione appaltante attrezzature di

cui l'aggiudicatario deve disporre in vista dell'avvio del servizio; è valorizzata, cioè, la sola parte eccedente rispetto al requisito di esecuzione, giacché un'impresa potrebbe avere l'esigenza di destinare le varie attrezzature allo svolgimento in contemporanea di altri servizi.

5.3.1. Aggiunge che altrettanto può dirsi per l'esperienza pregressa, apprezzata a fini premiali solo per la parte eccedente rispetto al triennio minimo obbligatorio per partecipare alla gara.

5.4. Il motivo va accolto.

Non si riscontra alcuna contraddizione, nella legge di gara, tra requisiti di ammissione e criteri di valutazione dell'offerta tecnica, né tra questi ultimi e requisiti di esecuzione.

Come si dirà meglio nel prosieguo, nella predisposizione degli atti di gara, la stazione appaltante ha previsto quale requisito di esecuzione (cfr. par. 7.4 del disciplinare di gara), la disponibilità - al momento dell'avvio del servizio - dell'attrezzatura di cui all'art. 9, punto 4 del capitolato, ovvero di un sistema radiogeno con standard EDS 2.

Tuttavia, l'impegno che ciascun concorrente avrebbe potuto assumere, sin dalla formulazione dell'offerta, di utilizzare "in via esclusiva e stabile" la predetta apparecchiatura presso il porto di Livorno veniva "premiato" con l'attribuzione di n. 5 punti sull'offerta formulata (criterio D di selezione dell'offerta).

Si tratta di un impegno aggiuntivo rispetto alla (futura) disponibilità dell'attrezzatura, tale cioè da poter prescindere dall'attuale possesso in capo al concorrente di quest'ultima, ma da poter essere assunto preventivamente, in quanto attinente alle future modalità di impiego dell'attrezzatura nell'ambito della propria organizzazione aziendale.

La previsione della legge di gara, oltre a non essere contraddittoria, è in linea con la giurisprudenza che ammette che un criterio valutativo dell'offerta, attributivo di un punteggio premiante, non interferente quindi con i requisiti di ammissione, possa essere basato sulla dichiarata disponibilità del

concorrente di eseguire con determinate attrezzature o secondo determinate modalità le prestazioni contrattuali, sempreché l'impegno venga assunto con i requisiti di serietà e verificabilità richiesti dalla documentazione di gara (cfr. Cons. Stato, V, 16 marzo 2020, n. 1868 e id., V, 26 gennaio 2021, n. 776).

5.5. Col quinto motivo dell'appello incidentale le controinteressate CVG e Rangers ripropongono l'originaria censura così come formulata, non solo in riferimento all'«esclusiva» dell'uso dell'attrezzatura, ma anche in riferimento alle previsioni concernenti l'avvenuto svolgimento di servizi analoghi nel corso degli anni e chiedono, inoltre, la “rettifica” della sentenza nella parte in cui ha affermato di “*qualificare giuridicamente i fatti sottoposti alla sua attenzione indipendentemente da quanto rappresentato dalle parti*”, poiché sostengono che il vizio era stato denunciato proprio come illegittima commistione tra requisito di esecuzione e criterio di valutazione dell'offerta, e non tra requisito di esecuzione e requisito di ammissione.

5.5.1. Quest'ultima precisazione e quella corrispondente contenuta in sentenza sono del tutto irrilevanti ai fini della decisione poiché la legge di gara non contiene alcuna commistione del c.d. requisito di esecuzione (su cui si tornerà) né con i criteri di valutazione dell'offerta tecnica, per quanto detto sopra, né con i requisiti di ammissione, atteso che, quanto a questi ultimi, “l'esclusiva” era chiaramente oggetto di un impegno aggiuntivo rispetto a quello (necessariamente oggetto di offerta, come si dirà nel prosieguo) concernente l'impegno a fornire, per l'esecuzione del contratto, un'attrezzatura conforme a quella descritta nell'allegato 5 al capitolato prestazionale.

5.5.2. Considerazioni analoghe possono essere ribadite rispetto alla (parte di) censura, assorbita in primo grado e riproposta col quinto motivo dell'appello incidentale, in tema di servizi analoghi, atteso che anche per questi ultimi il requisito di ammissione era distinto dal requisito “premiale” per l'offerta tecnica.

Il punteggio aggiuntivo avrebbe potuto essere conseguito da quei concorrenti - tra i quali peraltro risulta che vi siano entrambe le parti del presente giudizio che hanno ottenuto il punteggio massimo sia per l'esperienza pregressa che per l'offerta dell'attrezzatura in esclusiva, come dichiarato dall'appellante principale (pag. 14 dell'atto di appello), senza smentita – che, in possesso del requisito speciale di capacità tecnico professionale per partecipare alla gara, fossero anche nella diversa, specifica, situazione prevista per la valutazione di favore dell'offerta tecnica.

In sintesi, la legge di gara non prevedeva l'assegnazione del punteggio per il solo possesso del requisito di capacità tecnica richiesto dal par. 7.3 del disciplinare (avere svolto almeno un servizio analogo nel triennio precedente la pubblicazione del bando), ma premiava la maggiore esperienza professionale attraverso l'incremento proporzionale dei punteggi a partire da servizi pregressi per un periodo maggiore di tre anni.

5.5.3. Le previsioni contestate da CVG e Rangers (artt. 7 e 17 del disciplinare di gara) sono in linea con la formulazione dell'art. 95 del *Codice dei contratti pubblici*, che consente l'introduzione, tra i criteri di valutazione dell'offerta, di aspetti di tipo soggettivo, come già ritenuto dall'ANAC nelle linee guida n. 2/2016 sull'offerta economicamente più vantaggiosa (dove si evidenzia che la separazione fra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione è ormai divenuta più labile rispetto all'impostazione tradizionale) e dalla giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, III, 11 marzo 2019, n. 1635).

In proposito, va ribadito che il divieto di commistione tra requisiti di ammissione e criteri di valutazione dell'offerta deve essere applicato secondo criteri di proporzionalità, ragionevolezza ed adeguatezza, non potendo negarsi la legittimità di criteri di valutazione volti a premiare caratteristiche organizzative o di esperienza dell'impresa in specie negli appalti di servizi, a maggior ragione quando –così come nella *lex specialis* della gara in oggetto - i criteri premiali basati sull'esperienza non siano preponderanti nella determinazione complessiva del punteggio tecnico.

Inoltre, l'art. 95 comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, nell'elencare gli elementi che possono costituire criteri valutativi, non esclude il richiamo a caratteristiche proprie e soggettive dell'impresa, tra cui *“l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto”* (lett. e), come appunto è per l'appalto di servizi (su cui cfr. anche Cons. Stato, III, 12 luglio 2018, n. 4283, secondo la quale il principio della netta separazione tra criteri soggettivi di qualificazione e criteri di aggiudicazione della gara deve essere interpretato in modo da consentire alle stazioni appaltanti, nei casi in cui determinate caratteristiche soggettive del concorrente, in quanto direttamente riguardanti l'oggetto del contratto, possano essere valutate anche per la selezione della offerta, di prevedere nel bando di gara elementi di valutazione della offerta tecnica di tipo soggettivo, concernenti la specifica attitudine del concorrente).

5.6. In conclusione, considerato l'oggetto dell'appalto da affidarsi da parte dell'Autorità, non appare illogico o illegittimo l'inserimento dei detti criteri di valutazione, meramente aggiuntivi rispetto ai requisiti di partecipazione e di esecuzione, volti a premiare, l'uno (quello concernente l'esclusiva dell'impianto radiogeno) una caratteristica oggettiva della prestazione offerta, l'altro (quello concernente l'incremento per il numero di servizi espletati nel corso degli anni) la maggiore esperienza dell'operatore economico concorrente.

Pertanto, va accolto il terzo motivo dell'appello principale e va respinto il quinto motivo dell'appello incidentale.

6. Questa decisione comporta il definitivo rigetto del ricorso incidentale del r.t.i. CVG/Rangers e fa quindi venire meno l'interesse dell'appellante principale G.I.VI. ad insistere nelle eccezioni di inammissibilità del ricorso incidentale, oggetto dei primi due motivi dell'appello principale.

6.1. Questi ultimi restano perciò assorbiti.

7. Con l'appello incidentale le società CVG e Rangers hanno proposto cinque motivi.

La decisione sul secondo motivo ha portata assorbente dei restanti, tenuto conto di quanto già deciso a proposito dell'appello principale.

7.1. Infatti col secondo motivo (*Violazione degli artt. 30, 32, 59, 95 e 97 d.lgs.50/2016*) le appellanti sostengono l'infondatezza dei motivi primo secondo e nono del ricorso principale e del primo motivo aggiunto, proposti in primo grado dalla G.I.VI., e quindi criticano i capi di accoglimento degli stessi motivi da parte della sentenza gravata.

7.2. Quest'ultima ha riassunto come segue le censure di cui ai motivi in oggetto:

<<La ricorrente GI.VI. s.r.l., con ricorso principale, impugna la propria esclusione.

Con primo motivo rileva che l'esclusione è stata determinata dalla considerazione che il costo dell'apparecchiatura ammonta a € 38.000,00 e non sarebbe "in linea", secondo la stazione appaltante, con i prezzi di mercato di attrezzature nuove aventi caratteristiche equivalenti. L'incongruità sarebbe stata confermata dalle integrazioni fornite, avendo essa preventivato l'impiego di una apparecchiatura diversa per tipologia, caratteristiche, prestazione e scopi di utilizzo rispetto a quanto richiesto in sede di gara e consistente nel modello "Gillardoni FEPME975", non compreso tra quelli riconosciuti dall'ENAC come apparato "EDS Standard 2 o superiore" in grado di individuare automaticamente gli esplosivi. A questo proposito la ricorrente rileva che l'articolo 9, comma 4, del capitolato di gara richiedeva la disponibilità (a titolo di proprietà, locazione o leasing) di un sistema radiogeno mobile con tale caratteristica al momento di consegna del servizio: si tratterebbe quindi di un requisito di esecuzione che, con l'esclusione citata, sarebbe stato trasformato dalla stazione appaltante in un requisito di partecipazione.

Con secondo motivo lamenta che non sarebbe dimostrata l'incongruità del costo dell'apparecchiatura rispetto ai prezzi di mercato affermata dalla stazione appaltante e l'opzione per l'altra apparecchiatura sarebbe stata determinata dall'ambiguità della legge di gara. Rileva di avere opzionato altra apparecchiatura dotata di EDS, conforme alle

caratteristiche “EDS standard 2”, presso l’impresa “Smith detection Italia s.r.l.” il cui costo sarebbe del tutto analogo a quello indicato in sede di giustificativi.

[...]

Con nono motivo contesta la genericità dei rilievi formulati dal R.U.P. in ordine ai costi amministrativi dichiarati da essa ricorrente per la gestione dell’appalto, che non sono nemmeno stati esposti nella richiesta di integrazione del 18 novembre 2020 né durante il successivo incontro a distanza. Non si comprenderebbe il riferimento al numero di unità lavorative impiegate nell’appalto e inoltre la ricorrente rileva di disporre di un software gestionale-contabile di ultima generazione e che il servizio viene svolto internamente.

[...] La ricorrente, con motivi aggiunti, impugna l’aggiudicazione del contratto pubblico in gara al raggruppamento temporaneo formato dalle Società Corpo Vigili Giurati (mandataria) e Ranger (mandante), nonché gli atti con cui è stata positivamente conclusa la verifica di anomalia sulla sua offerta.

Col primo motivo la ricorrente lamenta illegittimità derivata [...]>>.

7.3. La sentenza premette il contenuto dell’articolo 9 del capitolato di gara, che elenca “dotazioni e equipaggiamenti” di cui deve essere dotato il vincitore della gara e, al punto 4, specifica che l’aggiudicataria, alla consegna del servizio, avrebbe dovuto essere dotata con pronta disponibilità all’utilizzo, entro il tempo massimo di sei ore, di un sistema radiogeno per il controllo bagagli con le caratteristiche di cui all’allegato 5, in particolare dotato di sistema di rilevazione automatica degli esplosivi.

Secondo il tribunale, si tratta di un requisito di esecuzione e non di partecipazione, né di valutazione dell’offerta, dal momento che la disponibilità della strumentazione è “richiesta dalla legge di gara non al momento di presentazione dell’offerta, ma a quello di stipulazione del contratto e inizio del servizio, come testualmente recita il capitolato”.

Da tale argomentare, il tribunale trae la conclusione che “la stazione appaltante non avrebbe dovuto procedere all’esclusione della ricorrente ma esigere la disponibilità dell’attrezzatura, conforme alle specifiche tecniche di gara, nel termine di cui sopra prima della stipulazione del contratto, eventualmente concedendo la possibilità (entro detto termine)

di procurarsi un'apparecchiatura idonea, ove quella proposta non possedesse le caratteristiche richieste”.

In definitiva, *“il possesso del requisito di esecuzione non rileva nella fase di selezione delle offerte e nemmeno in quello di verifica dell'anomalia; quest'ultimo non era il segmento procedurale dedicato alla verifica in tal senso. La stazione appaltante piuttosto (in caso di esito positivo della verifica di anomalia) avrebbe dovuto concedere il termine di sei ore alla ricorrente per procurarsi l'apparecchiatura necessaria all'esecuzione del servizio, con le caratteristiche tecniche richieste”*, trattandosi appunto di requisito di esecuzione dell'appalto, esigibile dal concorrente soltanto come “condizione” per la stipulazione del contratto.

In caso contrario, sempre secondo il primo giudice, *“si avallerebbe un'impostazione ingiustificatamente restrittiva della concorrenza perché si imporrebbe a tutti i concorrenti di procurarsi anticipatamente, e comunque prima dell'aggiudicazione, la strumentazione necessaria all'esecuzione del contratto in gara (C.d.S. V, 30 settembre 2020, n. 5734; 18 dicembre 2020, n. 8159)”*, fatta salva la possibilità di formulare diversamente la legge di gara *“chiarendo che il possesso di detta strumentazione era condizione per partecipare alla procedura”*.

7.3.1. Tutto quanto sopra detto sul primo motivo, la sentenza aggiunge, in riferimento al secondo motivo, che le contestazioni della stazione appaltante in ordine al costo dell'apparecchiatura proposta dalla ricorrente *“appaiono generiche”*, avendo il r.u.p. apoditticamente affermato che la somma di € 38.000,00 non sarebbe in linea con i prezzi di mercato, senza supportare l'affermazione con alcuna indagine di mercato o con altri elementi.

7.3.2. Quanto poi ai costi amministrativi per la gestione dell'appalto, di cui al nono motivo, preventivati in € 10.500,00 e ritenuti non congrui in relazione alla previsione di impiegare 55 unità lavorative per tutta la durata dell'appalto, la sentenza afferma il difetto di contraddittorio endoprocedimentale perché l'elemento non era stato oggetto della richiesta di cui alla nota dell'Autorità del 18 novembre 2020 prot. 38498, né era stato contestato durante l'incontro di cui alla videoregistrazione in atti.

7.4. Le appellanti incidentali osservano che la stazione appaltante non avrebbe dovuto condurre alcuna istruttoria integrativa, considerato che la G.I.VI. ha dichiarato che il costo di acquisizione di € 38.000,00 era riferito ad un'attrezzatura difforme, con specifiche tecniche inferiori a quelle minime imposte dalla legge di gara, ragion per cui il relativo costo non è mai stato giustificato rispetto all'attrezzatura conforme che la G.I.VI. non intendeva utilizzare.

7.4.1. Inoltre, a prescindere da quel che ha dichiarato G.I.VI., la stazione appaltante, secondo le appellanti, poteva legittimamente fondare il proprio giudizio discrezionale sulle risultanze istruttorie acquisite in fase di progettazione del servizio e predisposizione della gara, come evidentemente ha fatto; tanto più che gli atti di gara e il progetto del servizio non sono stati impugnati da G.I.VI., sicché non sono in discussione il corrispettivo a base di gara e le voci di costo, complesse ed elementari, né vi sarebbe motivo di dubitare che non fossero corrette ed ivi il costo del radiogeno è evidentemente superiore a quello che la G.I.VI. intendeva sostenere.

7.4.2. Infine, le appellanti incidentali sottolineano come la valutazione sull'anomalia dell'offerta sia attività ampiamente discrezionale, della quale la ricorrente non avrebbe in alcun modo dimostrato la manifesta irragionevolezza e della quale nemmeno la decisione di primo grado ha enunciato i criteri e i motivi per i quali dovrebbe soccombere alle censure della ricorrente principale.

7.4.3. Irrilevante è inoltre reputato il profilo relativo ai costi amministrativi, sui quali comunque, ad avviso del raggruppamento controinteressato, la G.I.VI. avrebbe potuto e dovuto dedurre già in risposta alla prima richiesta di giustificativi.

7.4.4. Al principale argomento della decisione di primo grado, fondata sulla ritenuta rilevanza soltanto a fini esecutivi del requisito del radiogeno conforme, le appellanti incidentali obiettano che *“se è vero come è vero (e come essa stessa più volte dichiara) che la G.I.VI. ha formulato la propria offerta tecnico-economica*

con la convinzione (ovvero, la condizione) di utilizzare un radiogeno difforme meno costoso e meno performante di quello previsto, allora evidentemente l'acquisizione della disponibilità postuma di un radiogeno conforme avrebbe costituito indebita modifica dell'offerta'.

In definitiva, la decisione del tribunale consentirebbe al concorrente, dopo aver formulato e giustificato la propria offerta con contenuti ormai noti e difformi, di modificarla dopo la presentazione, la valutazione, la verifica di anomalia, l'aggiudicazione e in vista dell'avvio dell'esecuzione; con ciò andando contro la legge e la giurisprudenza ed esponendo la stazione appaltante al rischio di difformità o di impossibilità dell'esecuzione, dopo che la ricorrente G.I.VI aveva ribadito di voler utilizzare una dotazione tecnica difforme.

Le società appellanti incidentali precisano che, contrariamente a quanto si legge in sentenza, la stazione appaltante non ha inteso imporre a tutti i concorrenti di procurarsi anticipatamente la strumentazione necessaria all'esecuzione del contratto, ma ha constatato che l'offerta della G.I.VI era subordinata ad una condizione (utilizzo di un radiogeno difforme) che, ove rimossa (e necessariamente si sarebbe dovuta rimuovere per rispettare il disciplinare) avrebbe reso impossibile l'esecuzione con i costi da essa dichiarati (proprio perché legati a specifiche tecniche diverse).

In conclusione, sarebbe fuorviante la distinzione tra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione prospettata dalla ricorrente ed apprezzata dal giudice di prime cure, poiché in sede di verifica dell'offerta sarebbe emersa l'anomalia ingiustificata di quest'ultima o, meglio, un'anomalia giustificata dalla difformità, che rendeva l'offerta inammissibile.

8. Il motivo è fondato, sotto tutti i profili di critica, che di seguito vengono esaminati in riferimento ai motivi primo, secondo e nono del ricorso introduttivo di G.I.VI. (essendo il primo motivo aggiunto consequenziale perché concernente illegittimità derivata dell'aggiudicazione).

8.1. Il primo motivo attiene alla distinzione tra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione, elaborata dalla giurisprudenza, collocando tra i secondi

gli “*elementi caratterizzanti la fase esecutiva del servizio*” (cfr., oltre a Cons. Stato, V, 18 dicembre 2017, n. 5929, anche Cons. Stato, sez. V, 17 luglio 2018, n. 4390; V, 24 maggio 2017, n. 2443; V, 8 marzo 2017, n. 1094; V, 2 ottobre 2014, n. 4907), vale a dire i “*mezzi (strumenti, beni ed attrezzature) necessari all’esecuzione della prestazione promessa alla stazione appaltante*” (Cons. Stato, V, 18 dicembre 2020, n. 8159), così distinguendoli dai primi, che sono invece necessari per accedere alla procedura di gara, in quanto requisiti generali di moralità (ex art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016) e requisiti speciali attinenti ai criteri di selezione (ex art. 83 d.lgs. n. 50 del 2016).

Non essendo ovviamente in discussione che il possesso dei requisiti di partecipazione sia richiesto al concorrente sin dal momento della presentazione dell’offerta, merita evidenziare che i requisiti di esecuzione sono, di regola, *condizioni* per la stipulazione del contratto di appalto (cfr. Cons. Stato, V, 30 settembre 2020, n. 5734; 30 settembre 2020, n. 5740; 12 febbraio 2020, n. 1071), pur potendo essere considerati nella *lex specialis* come elementi dell’offerta, a volte essenziali (cfr. Cons. Stato, V, 3 aprile 2019, n. 2190), più spesso idonei all’attribuzione di un punteggio premiale (cfr. Cons. Stato, V, 29 luglio 2019, n. 5309 e 25 marzo 2020, n. 2090).

In ogni caso la regolazione dei requisiti di esecuzione va rinvenuta nella *lex specialis*, con la conseguenza che, se richiesti come elementi essenziali dell’offerta o per l’attribuzione di un punteggio premiale, la loro mancanza al momento di partecipazione alla gara comporta, rispettivamente l’esclusione del concorrente o la mancata attribuzione del punteggio; se richiesti come condizione per la stipulazione del contratto, la loro mancanza rileva al momento dell’aggiudicazione o al momento fissato dalla legge di gara per la relativa verifica e comporta la decadenza dall’aggiudicazione, per l’impossibilità di stipulare il contratto addebitabile all’aggiudicatario.

In merito, poi, ai contenuti della *lex specialis*, va ricordato il principio giurisprudenziale - posto a salvaguardia dell’attendibilità delle offerte e della serietà della competizione, nonché dell’efficienza ed economicità dell’azione

amministrativa - che, in caso di incertezza interpretativa, va preferita un'interpretazione delle clausole del bando nel senso che i mezzi e le dotazioni funzionali all'esecuzione del contratto devono essere individuati già al momento della presentazione dell'offerta, con un impegno del concorrente ad acquisirne la disponibilità, a carattere vincolante (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2020, n. 2090; 23 agosto 2019, n. 5806; 29 luglio 2019, n. 5308) ovvero compiutamente modulato dalla stazione appaltante quanto alla serietà ed alla modalità della sua assunzione o alle condizioni e ai termini di adempimento dell'obbligazione futura (cfr. Cons. Stato, V, n. 8159/2020 citata, laddove richiama Cons. Stato, V, n.2090/2020, citata).

Si tratta di un'elaborazione giurisprudenziale coerente col testo dell'art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016, in specie laddove al primo comma prevede che i criteri di aggiudicazione *“garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva e sono accompagnate da specifiche che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte. Le stazioni appaltanti verificano l'accuratezza delle informazioni e delle prove fornite dagli offerenti”*.

8.1.1. Nel caso di specie, il disciplinare di gara al punto 7.4 (*Requisiti di esecuzione inerenti la dotazione, gli equipaggiamenti e la sede*) prevede che *“Il concorrente dichiara di impegnarsi, in caso di aggiudicazione:*

a) a mettere a disposizione del servizio tutte le dotazioni e l'equipaggiamento di materiale come indicato dettagliatamente all'articolo 9 “Dotazioni ed equipaggiamenti” del Capitolato prestazionale e d'oneri. Tutte le attrezzature ed equipaggiamenti descritti nell'articolo 9 del Capitolato prestazionale e d'oneri si intendono a carico dell'appaltatore. [...]”.

L'art. 9 del capitolato, a sua volta, prevede, al quarto comma, che:

<<L'impresa, alla consegna del servizio dovrà essere dotata, con pronta disponibilità all'utilizzo (entro il tempo massimo di sei ore), a titolo di proprietà, locazione almeno per la durata dell'affidamento o leasing, sia per l'espletamento ordinario dei servizi, in relazione alle normali esigenze operative e funzionali del porto, sia per i casi di emergenza

e/o di necessità e/o di occasionalità, di almeno 1 (uno) sistema radiogeno mobile per il controllo bagagli, aventi le caratteristiche minime riportate nell' Allegato 5, quale parte integrante e sostanziale del presente Capitolato, corredato di apposita valigetta STP (Standard test Piece). Per tutta la durata dell'affidamento, il sistema radiogeno mobile avrà un'ubicazione dinamica nell'ambito portuale di Livorno, secondo le indicazioni dell'Agente di Sicurezza del Porto o suo sostituto. Sulle fiancate del sistema di cui al presente punto dovrà essere posizionata, con adesivo rifrangente, la dicitura "SECURITY PORTUALE">>.

Infine, l'allegato 5 così descrive le "caratteristiche del sistema radiogeno" in contestazione, per la parte qui rilevante: "L'apparato radiogeno dovrà essere approvato come EDS standard 2 o superiore dall'ECAC (European Civil Aviation Conference); la conformità ai suddetti standard e ai requisiti normativi richiesti dovrà essere riconosciuta dall'ENAC secondo le modalità previste dalla Normativa Vigente (Elenco attrezzature di sicurezza conformi ai requisiti del Capitolo 12 del Regolamento (UE) 2015/1998, pubblicato sul sito web dell'ENAC)".

Le norme del disciplinare e del capitolato, con il relativo allegato, sono chiare nel prevedere che:

- l'apparato radiogeno avrebbe dovuto essere nell'effettiva disponibilità dell'operatore economico, a titolo di proprietà, locazione o leasing, soltanto dopo l'aggiudicazione; segnatamente, all'atto della consegna del servizio "con pronta disponibilità all'utilizzo (entro il tempo massimo di sei ore)": si tratta, all'evidenza, di un requisito di esecuzione (tale d'altronde qualificato nella rubrica del punto 7.4 del disciplinare), la cui disponibilità (cioè il titolo in forza del quale l'attrezzatura è nel godimento dell'operatore economico) non era richiesta sin dal momento della presentazione dell'offerta, ma era condizione di stipulazione del contratto ovvero, in caso di avvio dell'esecuzione in via d'urgenza ex art. 32, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, condizione di tale avvio (definito nel capitolato come "consegna del servizio", con terminologia mutuata dall'appalto dei lavori);

- ciò premesso, tuttavia, il punto 7.4 del disciplinare è altrettanto esplicito nel richiedere che l'offerta dovesse contenere "l'impegno" del concorrente di fornire, in caso di aggiudicazione, un sistema radiogeno conforme alle specifiche tecniche richieste dalla stazione appaltante; pertanto, l'offerta del concorrente, per essere ammissibile, avrebbe dovuto avere ad oggetto le dotazioni e gli equipaggiamenti funzionali al servizio da affidare così come richiesti dal capitolato prestazionale e d'oneri e dagli allegati richiamati (nel caso di specie, l'allegato 5); la verifica della serietà dell'impegno non è stata collegata dall'Autorità, stazione appaltante (tenuta a siffatta verifica ex art. 95, comma 1), all'indicazione, già al momento della partecipazione alla gara, della marca dell'apparecchiatura offerta ovvero alla produzione di documentazione comprovante vincoli contrattuali (come accordi di opzione o dichiarazioni di impegno o preventivi di terzi fornitori et similia), come pure avrebbe potuto, ma è stata rimessa ad una fase successiva all'aggiudicazione, senza alcuna specifica collocazione procedimentale.

In sintesi, il concorrente non avrebbe dovuto acquisire preventivamente l'attrezzatura conforme, ma avrebbe dovuto assumere, sin dal momento dell'offerta, un obbligo di fornitura serio ed affidabile.

8.1.2. E' quindi accaduto che, in fase di verifica dell'anomalia dell'offerta formulata da G.I.VI., il r.u.p. abbia rilevato l'insostenibilità economica del prezzo di € 38.000,00 indicato dall'impresa per il sistema radiogeno, essenziale per l'espletamento del servizio, il cui importo concorrevva alla composizione delle voci di prezzo poste a base dell'offerta economica e pertanto non poteva rimanere estraneo alla valutazione di congruità dell'offerta.

L'incongruità del prezzo era riferita dal r.u.p. alla "non conformità" del macchinario radiogeno offerto, di modo che emergeva che l'offerta economica era stata formulata in relazione ad un'attrezzatura difforme da quella richiesta, quindi in relazione ad un'offerta tecnica che non corrispondeva affatto all'«l'impegno» richiesto dalla *lex specialis* e astrattamente fornito dalla concorrente.

La conferma che l'offerta tecnica di G.I.VI. fosse stata confezionata come avente ad oggetto un sistema radiogeno “non conforme” si rinviene nel dato oggettivo, su cui giustamente insistono le appellanti incidentali, che nel subprocedimento di verifica dell'anomalia, G.I.VI. ha dichiarato e dimostrato di avere offerto un'attrezzatura difforme, senza EDS Standard 2 o superiore, e ne ha documentato il costo in Euro 38.000 (oltre IVA), del tutto coerente con l'apparecchiatura offerta.

Per sua stessa ammissione, GI.VI ha offerto, giustificato, dimostrato la futura disponibilità di un'attrezzatura senza EDS standard 2 o superiore, quindi di un radiogeno difforme da quello ammesso in gara.

Per di più, sia nel corso del subprocedimento di verifica di anomalia che in giudizio, ha continuato a sostenere che vi sarebbe stata una contraddizione tra capitolato ed allegato n. 5 (cioè tra la richiesta di “sistema radiogeno mobile” contenuta nel capitolato e le specifiche tecniche – EDS Standard 2 – contenute nell'allegato) e che comunque sarebbe stata preferibile per la stazione appaltante la fornitura dell'attrezzatura senza EDS Standard 2 o superiore, perché “mobile” come richiesto dal capitolato.

8.1.2. In tale situazione procedimentale, la pretesa di G.I.VI. di superare l'anomalia mediante l'offerta di un'apparecchiatura conforme, il cui costo sarebbe stato contenibile entro i limiti di sostenibilità dell'offerta, non è stata mai avanzata alla stazione appaltante, ma è stata formulata soltanto nel corso del giudizio.

Orbene, in disparte la effettiva praticabilità economica di un'operazione siffatta, resa poco credibile dal consistente divario dei costi tra le attrezzature (quale emerge anche dal preventivo prodotto in giudizio dalla stessa G.I.VI.), essa non è ammissibile perché comporterebbe una modifica non consentita dell'offerta tecnica.

La tesi di G.I.VI. secondo cui, non avendo indicato nella propria offerta il tipo o la marca dell'apparecchiatura offerta, sarebbe libera di specificarla fino al termine dell'avvio del servizio è inaccettabile perché il tipo di

apparecchiatura è imposto dalla *lex specialis* e, pur non essendo richiesto che ne fosse indicata la marca nell'offerta tecnica, questa avrebbe dovuto contenere (e di fatto conteneva) l'impegno a fornire un modello conforme alle specifiche tecniche.

In definitiva, come notano le appellanti incidentali, non è in discussione il momento entro il quale la G.I.VI. avrebbe dovuto conseguire la *disponibilità dell'attrezzatura*, intesa quale *requisito di esecuzione*, bensì è contestato *il contenuto della sua offerta tecnica*, che si è tradotto in *un'anomalia dell'offerta economica*, non rimediabile se non modificando l'offerta tecnica.

8.1.3. Non si tratta, quindi, di mettere in discussione l'insegnamento giurisprudenziale secondo cui le giustificazioni sono sempre modificabili e modificabili sono, tra l'altro, anche le voci di costo indicate nei giustificativi (cfr., tra le tante, Cons. Stato, V, 7 marzo 2019, n. 1565 e 8 giugno 2018, n. 3480).

Piuttosto si tratta di ribadire, ancora una volta, il principio di immodificabilità dell'offerta, che comporta che l'oggetto delle giustificazioni debba sempre essere l'offerta formulata in gara e che il concorrente che sia rimasto aggiudicatario non può, una volta chiamato a fornire giustificazioni sulla congruità dell'offerta, modificare la consistenza e la qualità delle prestazioni oggetto dell'offerta tecnica (cfr., già Cons. Stato, VI, 5 aprile 2012, n. 2026, nonché, Cons. Stato, 9 dicembre 2020, n. 7752 e 3 dicembre 2020, n. 7652).

8.2. Non è poi fondato l'assunto di G.I.VI. sull'asserita ambiguità della *lex specialis*, essendo il contenuto di quest'ultima assolutamente inequivocabile nel richiedere, mediante il rinvio all'allegato 5 al capitolato, un radiogeno con sistema EDS, né –come si dirà trattando del corrispondente motivo riproposto ex art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.- vi era contrasto insanabile tra capitolato ed allegato.

La *lex specialis* consentiva di capire quale fosse l'attrezzatura conforme alle specifiche tecniche a base di gara e, comunque, non è stata impugnata da G.I.VI.

Pertanto, quest'ultima avrebbe dovuto formulare e, a maggior ragione, giustificare la propria offerta riferendosi alla dotazione richiesta dalla legge di gara, senza che fosse necessaria alcuna esplicita sollecitazione da parte del r.u.p., nell'ambito del sub-procedimento di verifica dell'anomalia, e men che meno che vi fosse l'obbligo di concedere termine per consentire addirittura la modifica dell'offerta, una volta che, in sede di giustificativi, era stato richiesto di indicare la marca, oltre che altri dati utili, ad identificare il radiogeno offerto (sul quale peraltro non vi è contestazione, avendo appunto la G.I.VI. indicato la casa costruttrice e il modello, senza che possa rilevare che il legale rappresentante della G.I.VI. non avesse le competenze tecniche per accorgersi che le specifiche tecniche della dotazione non corrispondevano a quelle richieste dalla stazione appaltante).

8.3. Quanto poi alla contestazione concernente i costi amministrativi, si tratta di motivo ulteriore di incongruità dell'offerta, quindi è corretto l'argomento delle appellanti incidentali secondo cui esso finisce per essere irrilevante ai fini del giudizio di anomalia, poiché questo risulta adeguatamente supportato dal riferimento all'insostenibilità dei costi del macchinario radiogeno, sopra detti. In ogni caso, è da escludere il vizio di difetto di contraddittorio endoprocedimentale ritenuto dal T.a.r., considerato che, come osserva la difesa dell'Autorità, con la nota del 26 ottobre 2020 n. 35482 era stata richiesta alla G.I.VI. la giustificazione delle singole voci di costo, tra cui rientrano le spese generali, e quindi i costi amministrativi (o di "*gestione appalto*" come indicati dalla concorrente).

8.4. Il secondo motivo dell'appello incidentale va quindi accolto.

L'accoglimento comporta, in riforma della sentenza gravata, il rigetto dei motivi primo, secondo, nono del ricorso principale e primo del ricorso per motivi aggiunti proposti da G.I.VI in primo grado.

9. Quest'ultima ha riproposto in appello, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., soltanto alcuni dei restanti motivi (indicati nel ricorso in appello

con le lettere A, B, C, D, E, F, G, H, I) dichiarati assorbiti con la sentenza appellata.

9.1. Si tratta dei motivi terzo, quinto, sesto e ottavo del ricorso principale, nonché secondo, terzo, quarto, sesto e settimo del ricorso per motivi aggiunti, riassunti in sentenza come segue:

<<Con terzo motivo [n.d.r. la ricorrente] rileva che dopo avere indicato alla stazione appaltante, in sede di giustificazione, il modello prescelto di apparecchiatura “Gilardoni FEPME975” è stata convocata per svolgere un contraddittorio a distanza il 1° dicembre 2020 e lamenta che nel corso del confronto la stazione appaltante non abbia fatto cenno ad eventuali incongruità dei costi indicati, limitandosi a chiedere chiarimenti tecnici in merito alle attrezzature. Il confronto si è concluso con l’impegno di essa ricorrente a fornire entro qualche giorno i chiarimenti, dopo ricezione di apposita richiesta scritta del Responsabile Unico del Procedimento. alcuna richiesta però è stata inoltrata, contravvenendo così ai principi di collaborazione e buona fede nei rapporti tra privato ed Amministrazione.

[...]

Con quinto motivo si duole che alcuna indagine di mercato sia stata effettuata dalla stazione appaltante a conferma del disallineamento del costo dell’apparecchiatura offerta per il servizio rispetto ai prezzi di mercato. Non sarebbe stata accertata la gravità dello scostamento e il suo potenziale effetto sul margine di utile previsto nell’offerta.

Con sesto motivo la ricorrente rileva che il capitolato conteneva una incongruenza rappresentata dal fatto che da un lato richiedeva un sistema radiogeno mobile con ubicazione dinamica nell’ambito portuale, mentre nell’Allegato 5 prevedeva l’implementazione del sistema di riconoscimento automatico degli esplosivi EDS che può essere installato solamente su apparecchiature di grandi dimensioni e pesanti, non mobili. I chiarimenti che altra concorrente ha chiesto non sono stati in grado di sciogliere l’enigma. A dire della ricorrente, il contrasto tra il capitolato prestazionale ed il suo Allegato dovrebbe essere risolto nel senso della prevalenza del primo sul secondo, con illegittimità di quest’ultimo il quale contiene una previsione incompatibile con la prescritta mobilità, dinamicità e carrellabilità del sistema radiogeno richiesto per il servizio.

[...]

Con ottavo motivo contesta l'affermazione del R.U.P. secondo cui l'assenza del sistema EDS nell'apparecchiatura indicata da essa ricorrente assume rilievo maggiore poiché ha dichiarato che sarebbe stata impiegata esclusivamente e stabilmente nell'appalto, conseguendo così cinque punti sui settanta a disposizione per l'offerta tecnica. Ma la disponibilità del sistema radiogeno richiesto era un requisito di esecuzione dell'appalto sottratto alle valutazioni della commissione giudicatrice e l'unico elemento suscettibile di incidere sull'attribuzione dei punteggi era il criterio quantitativo, e non qualitativo, rappresentato dalla presenza stabile dell'apparecchiatura nel porto.

[...]>>.

Ancora, quanto ai motivi aggiunti:

<<Con secondo motivo, dedotto a seguito del deposito della videoregistrazione del confronto effettuato con la stazione appaltante, lamenta che il R.U.P., nel corso del colloquio, abbia accolto una richiesta di fornire integrazioni in merito alla difformità dell'attrezzatura offerta rispetto alle specifiche contenute nell'Allegato cinque del capitolato d'onere, e tuttavia di tale richiesta non vi è traccia nel verbale. Inoltre la discrasia accertata dall'Autorità riguarderebbe solo la presenza del modello Gilardoni in un elenco di macchine certificate, nel quale essa rientra [n.d.r. pur] non comparando nell'elenco dei sistemi dotati di EDS, ma nel corso del colloquio non si fa riferimento a questo standard.

Con terzo motivo lamenta che l'aggiudicatario odierno aveva dichiarato nella propria offerta tecnica che avrebbe messo a disposizione un modello non dotato di sistema EDS ma in sede di giustificazione, a modifica dell'offerta presentata, ha indicato un altro modello dotato di tale sistema. Illegittima sarebbe quindi l'esclusione di essa ricorrente che si era impegnata a mettere a disposizione della stazione appaltante un'attrezzatura conforme al capitolato, per disparità di trattamento rispetto al controinteressato.

Con quarto motivo deduce che il costo del sistema radiogeno indicato dal controinteressato dimostrerebbe la congruità della propria offerta.

[...]

Con sesto motivo lamenta che non sarebbe stato svolto alcun contraddittorio in ordine alla congruità dei costi amministrativi per la gestione dell'appalto, non essendo mai stata posta

la questione né con la richiesta di integrazioni del 18 novembre 2020, né durante l'incontro a distanza svolto il 1° dicembre 2020.

Con settimo [...] motivo deduce che l'aggiudicazione a favore del raggruppamento controinteressato non sarebbe stata preceduta dagli obbligatori adempimenti e verifiche previste dal d.lgs. n. 50/2016, in particolare sul rispetto dei minimi salariali dei dipendenti [...]>>.

9.2. I motivi sono in parte infondati e in parte inammissibili.

9.2.1. Sono inammissibili i motivi:

- terzo e quinto del ricorso introduttivo e secondo motivo aggiunto, perché attinenti ad asseriti vizi del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta ed al vizio di istruttoria e di motivazione del provvedimento di esclusione che, anche ove ritenuti sussistenti, non avrebbero consentito - in un'eventuale fase di riedizione del potere da parte dell'amministrazione - di superare, con un provvedimento diverso da quello adottato (arg. ex art. 21 *octies* della legge n. 241 del 1990), l'anomalia dell'offerta economica così come riscontrata in conseguenza del macchinario radiogeno offerto, difforme da quello richiesto dalla stazione appaltante, al quale la G.I.VI. ha parametrato il costo che la stazione appaltante ha reputato insostenibile, con giudizio immune da censure per quanto detto sopra;

- ottavo del ricorso introduttivo, perché la ragione di esclusione della G.I.VI. è assorbente rispetto all'attribuzione del punteggio premiale di 5 punti, sicché il riferimento fattovi da parte del r.u.p. è da intendersi *ad abundantiam* o comunque a rafforzamento delle ragioni di valutazione dell'anomalia dell'offerta sopra esaminate;

9.2.2. Sono infondati i motivi:

- sesto del ricorso introduttivo, perché l'asserito contrasto tra il capitolato e il suo allegato 5, oltre a non poter rilevare come vizio della *lex specialis* (poiché, come detto, non impugnata), non avrebbe potuto essere risolto disapplicando integralmente l'inequivocabile prescrizione sulle specifiche tecniche e fornendo perciò un'apparecchiatura difforme, ma piuttosto proponendo -

come specificato dai chiarimenti della stazione appaltante sul quesito n. 8 e come rilevato in giudizio dal r.t.i. controinteressato – forme di movimentazione del radiogeno in ambito portuale, pur possibili e compatibili con le sue caratteristiche tecniche;

- terzo e quarto dei motivi aggiunti, perché non sussiste la lamentata disparità di trattamento rispetto alla valutazione dell'offerta del r.t.i. CVG/Rangers in quanto anche quest'ultimo, così come la G.I.VI., ne ha giustificato il costo nel procedimento di verifica di anomalia dell'offerta, ma, a differenza di quanto accaduto per la G.I.VI. (quindi a dimostrazione della diversità delle situazioni affrontate dalla stazione appaltante), il costo indicato nei giustificativi era coerente con un sistema radiogeno conforme alle specifiche tecniche richieste dalla stazione appaltante e, come detto, è stato proprio il costo di acquisizione indicato nei giustificativi dell'offerta economica di ciascun concorrente a supportare in via definitiva le specifiche tecniche del macchinario da acquisire per la fase esecutiva;

- sesto dei motivi aggiunti, perché è stato già escluso, trattando del secondo motivo dell'appello incidentale, che, rispetto alla verifica dei costi amministrativi vi sia stata la violazione del contraddittorio endoprocedimentale lamentata dalla G.I.VI.;

- settimo dei motivi aggiunti, perché risulta che l'Autorità ha proceduto alle necessarie verifiche prima di procedere all'aggiudicazione nei confronti del r.t.i. controinteressato ed ha espresso un giudizio di congruità dell'offerta rispetto al quale la ricorrente, odierna appellante, non ha mosso specifiche censure di manifesta irragionevolezza o palese erroneità tali da consentire il sindacato giurisdizionale.

9.3. I motivi riproposti da G.I.VI. vanno quindi complessivamente respinti.

10. Restano assorbiti dalle decisioni sopra assunte i motivi dell'appello incidentale di CVG e Rangers, diversi dal secondo, invece accolto, dal momento che:

- il primo attiene all'ordine di esame dei ricorsi, principale e incidentale, seguito dal primo giudice;
- il terzo e il quarto attengono al rigetto dei motivi del ricorso incidentale volti a sostenere ulteriori ragioni di esclusione dalla gara dell'originaria aggiudicataria G.I.VI., rispettivamente per difformità del macchinario radiogeno offerto rispetto alle previsioni della legge di gara, quindi per non conformità dell'offerta (o, in subordine, per erronea attribuzione del punteggio premiale di 5 punti), nonché per omissione di dichiarazioni dovute e carenza dei requisiti di moralità ex art. 80 del d.lgs. n.50 del 2016 del legale rappresentante di G.I.VI.

10.1. La conferma del provvedimento di esclusione di quest'ultima adottato dall'Autorità comporta la sopravvenuta carenza di interesse all'esame dei detti motivi del ricorso incidentale.

10.2. Dell'infondatezza del quinto motivo dell'appello incidentale si è già detto trattando dell'appello principale di G.I.VI.

11. Al rigetto dei motivi riproposti da G.I.VI contro la propria esclusione, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., ed all'accoglimento dei due appelli, principale e incidentale, nei termini sopra specificati, segue, in riforma della sentenza di primo grado, il rigetto del ricorso principale e del ricorso per motivi aggiunti di G.I.VI., nonché del ricorso incidentale delle società del raggruppamento controinteressato.

Va quindi affermata la legittimità della legge di gara e dei provvedimenti di esclusione di G.I.VI. e di aggiudicazione della gara in favore del r.t.i. Corpo Vigili Giurati/Rangers adottati dall'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Settentrionale.

11.1. Le spese dei due gradi di giudizio si compensano per soccombenza reciproca tra le parti private e per giusti motivi nei rapporti tra queste ultime e la stazione appaltante, considerata la peculiare, pur se non illegittima, impostazione della documentazione di gara.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, principale e incidentale, come in epigrafe proposti, li accoglie entrambi, nei limiti specificati in motivazione, e, respinti i motivi riproposti ex art. 101, comma 2, Cod. proc.amm., in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso principale e il ricorso per motivi aggiunti di G.I.VI. e il ricorso incidentale delle società Corpo Vigili Giurati e Rangers.

Compensa integralmente tra tutte le parti le spese dei due gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE

Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE

Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO