

Pubblicato il 23/02/2023

N. 01867/2023REG.PROV.COLL.
N. 05958/2022 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 5958 del 2022, proposto dalla Sir s.p.a. in proprio e quale mandataria del costituendo RTI con Hydrochemical Service s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Saverio Sticchi Damiani, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia;

contro

l'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ionio, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Sezione staccata di Lecce, n. 701 del 4 maggio 2022, resa tra le parti, concernente la gara per l'affidamento in concessione del “*servizio di raccolta, trasporto, recupero e/o smaltimento delle acque di sentina, delle acque di lavaggio, delle morchie aventi punto di infiammabilità superiore a 60° e delle acque di zavorra da bordo delle navi in sosta nel porto di Taranto ed in rada*”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ionio;

Visti tutti gli atti della causa;

Vista l'istanza di passaggio in decisione della parte appellante;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 novembre 2022 il consigliere Nicola D'Angelo; e uditi per le parti gli avvocati come da verbale di udienza.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La SIR ha impugnato al T.a.r. di Lecce la nota del Presidente dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ionio prot. n. 12760 del 29 novembre 2021 recante l'esclusione del costituendo RTI tra la stessa società (capogruppo mandataria) e la mandante Hydrochemical Service dalla procedura di gara indetta per l'affidamento in concessione del “*servizio di raccolta, trasporto, recupero e/o smaltimento delle acque di sentina, delle acque di lavaggio, delle morchie aventi punto di infiammabilità superiore a 60° e delle acque di zavorra da bordo delle navi in sosta nel Porto di Taranto ed in rada (artt. 164 e segg. del D.lgs. 50/2016 e smi) CIG: 8846684296*”, nonché il verbale di gara n. 4 del 23 novembre 2021 (contenente decisione di esclusione del R.T.I. ricorrente della Commissione giudicatrice), il decreto n. 112 del 23 settembre 2021 di nomina della Commissione giudicatrice e ogni atto connesso, presupposto e/o consequenziale, ivi inclusi, ove occorra (e nei limiti dell'interesse), gli artt. 16 e 18 del Disciplinare di gara. La ricorrente ha anche chiesto la condanna dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ionio al risarcimento in forma specifica mediante riammissione in gara e conseguente aggiudicazione della stessa con stipula del contratto, nonché, in subordine, al risarcimento del danno per equivalente, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 124 c.p.a.

2. Il T.a.r. adito, con la sentenza indicata in epigrafe (n. 701 del 2022), ha respinto il ricorso, proposto sulla base di tre articolati profili di gravame (nella

sintesi relativi all'insussistenza di profili che potessero giustificare l'esclusione, all'adeguatezza del piano economico presentato ed alla inadeguatezza della commissione giudicatrice), ed ha condannato la ricorrente alle spese di lite.

2.1. In particolare, il giudice di primo grado ha rilevato che la SIR aveva presentato il Piano Economico Finanziario (PEF) non secondo il contenuto previsto dall'art. 165 del d.lgs. n. 50 del 2016 (codice dei contratti pubblici - di seguito: codice) e dall'16 del disciplinare di gara (rubricato "*Offerta economica*"). In sostanza, il PEF avrebbe dovuto dimostrare la concreta capacità del concorrente di eseguire correttamente la prestazione per l'intero arco temporale della concessione attraverso la prospettazione di un equilibrio economico-finanziario di investimenti e della connessa gestione, nonché il rendimento per l'intero periodo. Il documento presentato, invece, riferito alla sola SIR e non anche alla Hydrochemical Service, recava un generico piano industriale non calibrato sulla specifica operazione economica (peraltro prendendo a riferimento un arco temporale più breve rispetto a quello indicato nel bando).

2.2. Secondo il T.a.r., l'irregolarità e l'incompletezza del PEF non poteva essere la conseguenza dalle asserite carenze dello schema posto a base di gara, che presentava al contrario un sufficiente grado di chiarezza. La sua inadeguatezza escludeva perciò la possibilità, in caso di mancanza, incompletezza o irregolarità essenziale dello stesso, di fare ricorso al soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, del codice.

2.3. Per lo stesso Tribunale, inoltre, non sarebbe stato violato il principio di tassatività delle cause di esclusione, di cui all'art. 83, comma 8, del codice, in quanto il punto 16 del disciplinare di gara prescriveva "*a pena di esclusione*" l'indicazione del PEF, precisando che lo stesso piano "*non sarà oggetto di attribuzione di punteggio ma di valutazione on/off (congruo/incongruo-affidabile non affidabile) da parte dell'amministrazione*", con la conseguenza che un giudizio negativo circa lo stesso non poteva che tradursi nell'estromissione dalla procedura di affidamento.

2.4. Anche le doglianze riferite alla commissione di gara sono state ritenute dal T.a.r. infondate, sia in ordine ai denunciati difetti di competenza dei membri (per le specifiche attitudini risultanti dai *curricula*), sia per l'insussistenza di un onere motivazionale a carico della stazione appaltante nella nomina dei componenti.

3. Contro la suddetta sentenza ha proposto appello la SIR, anche in qualità di mandataria del costituendo RTI con Hydrochemical Service, prospettando i seguenti profili di censura.

3.1. Nel primo motivo parte appellante sostiene che la decisione del T.a.r. sarebbe errata innanzitutto per non aver accolto il ricorso di primo grado nella parte in cui la società aveva contestato il provvedimento di esclusione fondato su cause non previste né dal codice, né dalle disposizioni di gara. In primo luogo, l'insufficienza del PEF, causa dell'estromissione, non sarebbe sussistita, non essendo lo stesso documento assente, ma semmai incompleto (fattispecie non prevista come esclusione dall'art. 16 del disciplinare). D'altra parte, evidenzia la ricorrente, secondo il codice (art. 165) il PEF non deve essere più allegato all'offerta economica e comunque la stazione appaltante avrebbe potuto, ai sensi del comma 7 dell'art. 171 dello stesso codice, condurre una negoziazione con il RTI al fine di chiarire meglio le regioni di ordine finanziario richieste.

3.2. La sentenza sarebbe errata anche nella parte in cui non ha ritenuto violato il principio della tassatività delle cause di esclusione. La clausola relativa al PEF (art. 16 del disciplinare) non sarebbe stata "presidiata" da una espressa comminatoria di esclusione.

3.3. Parte appellante ritiene poi non fondata la rilevata inadeguatezza del PEF, posto che il documento era del tutto congruo nella stima dello specifico fatturato generato dal servizio per la durata base della concessione (non essendo rilevante che non fosse stato stimato l'eventuale anno di proroga).

3.4. Il T.a.r. avrebbe erroneamente concluso per la non applicabilità del soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, del codice al fine di regolarizzare il

PEF, tenuto conto che tale documento non è stato considerato dall'Amministrazione oggetto di valutazione ai fini dell'attribuzione del punteggio.

3.5. L'appellante contesta, nel secondo motivo, le considerazioni della sentenza del T.a.r. in ordine all'asserita incompletezza del PEF presentato, redatto in mera derivazione da quello posto a base di gara, che presentava un significativo grado di approssimazione del valore della concessione (sui dati forniti dal precedente concessionario e non verificati e su un arco temporale limitato).

3.6. La ricorrente ripropone infine, nel terzo motivo, le censure sulla composizione della commissione di gara e sul difetto di idoneità dei suoi componenti (sarebbero mancate le necessarie condizioni di trasparenza e competenza. L'Autorità procedente non avrebbe infatti esplicitato le ragioni della scelta dei componenti e questi ultimi sarebbero stati privi di formazione nello specifico settore della gara).

4. L'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ionio si è costituita in giudizio il 13 settembre 2022, chiedendo il rigetto dell'appello, ed ha depositato una memoria il 18 ottobre 2022.

5. Parte appellante ha depositato una memoria di replica il 21 ottobre 2022.

6. La causa è stata trattenuta in decisione nell'udienza pubblica del 3 novembre 2022.

7. L'appello non è fondato.

8. Preliminarmente, va ricordato che in sede di appello cautelare avverso l'ordinanza del T.a.r. di Lecce n. 15 del 2022, che aveva respinto l'istanza di sospensione degli effetti del provvedimento di esclusione, questa Sezione con ordinanza cautelare n. 959 del 28 febbraio 2022 aveva già rilevato che: *“i motivi d'appello non sono assistiti dal prescritto requisito del fumus boni iuris, con riguardo alla natura del p.e.f. ed alle sue caratteristiche intrinseche, a pena di inammissibilità dell'offerta economica”*.

9. Sempre in via preliminare, va anche evidenziato che nella presente controversia, avente ad oggetto una procedura competitiva, va anteposto l'esame del motivo di appello relativo alla nomina e alla competenza della commissione di gara, profilo il cui accoglimento implicherebbe l'eliminazione di tutta o parte della sequenza procedurale attraverso la rimozione di tutti i vizi riscontrati (cfr. Cons. Stato, Ad. plen. n. 5 del 27 aprile 2015).

10. In concreto, con il terzo motivo di appello la ricorrente deduce l'erroneità della sentenza impugnata laddove ha respinto i rilievi contro la nomina e la composizione della commissione di gara (i nominati commissari non avrebbero avuto la necessaria conoscenza della materia portuale e di quella relativa alla gestione dei rifiuti di bordo e la loro scelta non sarebbe stata motivata).

10.1. Il motivo è infondato. Il requisito della competenza ed esperienza richieste ai commissari deve essere riferito ad aree tematiche omogenee, e non anche alle singole e specifiche attività oggetto dell'appalto. In ogni caso, la competenza della commissione può ritenersi soddisfatta allorché due dei suoi tre componenti siano portatori di una specifica competenza nel settore in cui il singolo appalto si riferisce ed il terzo membro vanti comunque una competenza tecnica generale in materia di pubbliche gare (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 1° marzo 2021, n. 1700).

10.2. Nel caso di specie; il presidente è un dirigente del settore demanio dell'Autorità appellata ed è stato anche un ufficiale delle Capitanerie di porto e con esperienza e formazione documentata sui temi della gestione ambientale; un membro è professore ordinario e direttore del Dipartimento di Ingegneria Civile, Ambientale, del Territorio, nonché componente del Senato accademico del Politecnico di Bari; il terzo membro è direttore del Dipartimento Amministrativo, Gare e Contratti della medesima Autorità, con competenza ed esperienza in materia di appalti pubblici, nonché in materia contabile e finanziaria.

10.3. In ogni caso, la commissione giudicatrice è nominata dalla stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante. Ne discende che le regole che governano la scelta della stazione appaltante sono quelle direttamente mutuabili dall'articolo 77 e dall'art. 216, comma 12, del codice quanto alla competenza in ordine alla designazione dei commissari ovvero quanto ai criteri generali di competenza e trasparenza preventivamente individuati da ciascuna stazione appaltante.

10.4. In questo quadro, lo “specifico settore” cui fa riferimento l'art. 77, comma 1, del codice è stato interpretato in modo costante nel senso che la competenza ed esperienza richieste ai commissari deve essere riferita ad aree tematiche omogenee e non anche alle singole e specifiche attività oggetto dell'appalto (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 6 novembre 2019, n. 7595). Non è richiesta, cioè, 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. In tale prospettiva è pacifico che 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 complementarietà, alle esigenze valutative imposte dall'oggetto della gara d'appalto e che la legittima composizione della commissione presuppone la prevalente, seppure non esclusiva, presenza di membri esperti del settore oggetto dell'appalto.

10.5. Appare dunque condivisibile la conclusione del T.a.r. sul punto: ““*dai curricula trasmessi dagli Enti interpellati (e richiamati nell'atto di nomina) emergono con nitidezza le peculiari specifiche competenze tecniche e amministrative dei componenti designati (tra loro differenziate e che spaziano da profili più tecnici ad altri a carattere amministrativo)*”.

10.6. Infine, non sussiste un onere motivazionale in ordine alle ragioni di scelta dei commissari, tenuto conto che la loro nomina è ampiamente discrezionale e dunque soggetta a sindacato solo a fronte di macroscopici profili di irragionevolezza, illogicità o manifesta erroneità, nel caso di specie non sussistenti.

11. Ciò premesso, con il primo motivo di appello, la società ricorrente censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha sancito la legittimità dell'esclusione del RTI, disposta sulla base della inadeguatezza del PEF, l'assenza di una violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, l'indipendenza delle carenze del piano da quello posto a base della gara e l'impossibilità di procedere al soccorso istruttorio ex art. 83 comma 9 del codice.

11.1. I profili di censura evocati non possono essere condivisi. L'art. 16 del disciplinare di gara prevede che *“L'operatore economico inserisce la documentazione economica nella Piattaforma e, a pena di esclusione, l'offerta economica predisposta secondo il modello generato dalla Piattaforma indicando i seguenti elementi: a) ribasso percentuale sulle tariffe a base di gara (...); b) Piano Economico Finanziario (PEF) di cui all'art. 165 del Codice, volto a dimostrare la concreta capacità del concorrente di correttamente eseguire la prestazione per l'intero arco temporale della concessione attraverso la prospettazione di un equilibrio economico-finanziario di investimenti e connessa gestione, nonché il rendimento per l'intero periodo. (...) il PEF non sarà oggetto di attribuzione di punteggio ma di valutazione on/off (congruo/incongruo – affidabile/non affidabile) da parte dell'Amministrazione”*.

11.2. Il tenore della disposizione non sembra lasciare dubbio circa il fatto che una volta concluso negativamente il giudizio cd. on/off la ditta interessata debba essere esclusa anche se il PEF è stato presentato, ma risulta carente per omissioni e incompletezze tali da integrare la sostanziale inesistenza del piano.

11.3. Partendo da questo profilo, può essere condivisa la tesi del T.a.r. che ha sostenuto come un giudizio negativo circa la completezza ed adeguatezza del PEF *“è ipotesi in tutto equiparata a quella della mancata presentazione del documento che non può che tradursi nell'estromissione dalla procedura di affidamento dell'operatore*

economico”. Come detto, il PEF è oggetto di valutazione ON/OFF, avente portata immediatamente escludente (congruo/incongruo, affidabile/non affidabile: ossia, ammissione/esclusione, volendo parafrasare il testo del disciplinare), cosicché appare dirimente il giudizio espresso dalla Commissione ai fini dell’esclusione.

11.4. La discrezionalità della valutazione è d’altra parte particolarmente significativa in un contesto normativo in cui non è espressamente previsto l’obbligo di attribuire punteggi graduati tra un minimo e un massimo ai singoli criteri di valutazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa. Ne consegue che non è ravvisabile un diretto contrasto con la norma di legge nella scelta, da parte della stazione appaltante, di una modalità di attribuzione del punteggio di tipo on/off, in cui cioè vi è attribuzione del punteggio nel caso di ricorrenza di un elemento ritenuto rilevante dalla Stazione appaltante. Il metodo di attribuzione si/no, pur ridimensionando in parte il margine di apprezzamento del merito tecnico dell’offerta, non lo esclude, anticipando, piuttosto,

la valutazione dei requisiti tecnici che devono essere offerti, con la conseguenza che si ha poi un controllo finalizzato a comprovarne il possesso (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5026). Nella fattispecie controversa, quindi, non è dimostrata l’abnormità della scelta tecnica, ma, in definitiva, denunciata l’opinabilità di un metodo, di per sé non *contra legem*,

11.5. Va poi esclusa, nel caso di specie, la possibilità di attivare il soccorso istruttorio, in quanto, a causa della incompletezza del PEF presentato, si può configurare la sua inesistenza sostanziale. Lo stesso infatti si caratterizza per un contenuto inadeguato sia da un punto di vista oggettivo (non essendo calibrato anche temporalmente sulla specifica operazione), sia da un punto di vista soggettivo (riferito alla sola SIR, mandataria del costituendo RTI, e non anche alla Hydrochemical Service, mandante).

11.6. Peraltro, lo stesso art. 13 del disciplinare prevede che le irregolarità possono essere sanate mediante il soccorso istruttorio di cui all’art. 83,

comma 9, del codice con l'esclusione di quelle afferenti al contenuto sostanziale dell'offerta economica e dell'offerta tecnica.

11.7. Più nel dettaglio, la Commissione, nel valutare l'offerta economica dell'unico operatore rimasto in gara (costituendo RTI SIR- Hydrochemical), ha rilevato che il PEF presentato *“pur essendo sottoscritto da entrambe le società afferisce alla sola mandataria SIR ...risultando pertanto non completo e, dunque, non idoneo ad assolvere alla specifica funzione”*. Inoltre, denominato nella sua titolazione, piano industriale piuttosto che un PEF riferito al progetto di gara, non avrebbe contenuto gli elementi necessari: *“non indica i dati economici e finanziari dello specifico progetto imprenditoriale oggetto della concessione espressamente richiesti dall'art. 16 del disciplinare di gara”* - *“pur presentando una tabella contenente (insufficienti) ‘previsioni delle vendite 2021-2025’, non dettaglia alcuno dei dati utili a valutare la redditività dello specifico progetto/investimento”* - *“si riferisce, peraltro, ad arco temporale più breve rispetto a quello indicato nel bando”*.

11.8. Il soccorso istruttorio avrebbe potuto quindi consentire la sanatoria di difformità e carenze formali e facilmente riconoscibili, ma non supplire a sostanziali carenze dell'offerta, quali ad esempio quelle riferite ad un arco temporale diverso (cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 aprile 2018, n. 2214).

11.9. Quanto alla dedotta violazione del principio di tassatività, va poi evidenziato che il disciplinare a disciplina di gara, nel prevedere al primo inciso dell'art. 16 l'esclusione per carenze afferenti all'offerta economica (di cui il PEF costituisce uno dei due elementi costitutivi previsti a pena di esclusione). Pertanto, non può condividersi la tesi di parte appellante circa l'irrilevanza ai fini escludenti del difetto del PEF, documento invece essenziale ai fini dell'offerta (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2019, n. 1247).

12. Con il secondo motivo di appello, la sentenza impugnata è censurata nella parte in cui ha condiviso la valutazione della stazione appaltante in ordine all'incompletezza e all'insufficienza del contenuto del piano presentato, ritenendo che tali mancanze non fossero causate dalle carenze di

inquadramento dei dati economico-contabili contenuti negli elaborati predisposti dalla Amministrazione.

12.1. Il motivo non è fondato. A prescindere dalla mancata tempestiva impugnazione delle clausole del bando che potevano generare incertezza nella formulazione dell'offerta (cfr. Adunanza plenaria

n. 4 del 2018), è sufficiente evidenziare che il piano industriale allegato all'offerta economica non ha chiarito i ricavi, sulla base dei costi della stessa impresa, al fine di dimostrare la sostenibilità dell'offerta economica presentata (il piano industriale si è concentrato su varie sedi di intervento della SIR nell'ambito delle quali è stata anche indicata la *business unit* di Taranto) e dunque non è stato calibrato sulla specifica operazione oggetto della procedura di gara anche con riferimento all'arco temporale della concessione.

12.2. La procedura di gara è stata infatti avviata nel mese di luglio 2021 ed il PEF avrebbe dovuto essere redatto con riferimento all'intero arco temporale indicato nel bando (cinque anni). La società appellante, invece, ha indicato, unitamente alle previsioni delle vendite rivenienti da altri servizi e ad analisi riferite anche ad annualità precedenti, un piano riferito a quattro anni e mezzo, non considerando il primo semestre del 2026. Peraltro, a fronte di un valore a base di gara rapportato all'intera durata possibile del rapporto (5 anni durata base + 1 anno opzionale), sarebbe stato del tutto coerente che il PEF presentasse la medesima ampiezza temporale. In ogni caso, l'arco temporale indicato è inferiore a quello prescritto dalla disciplina di gara.

12.3. In ogni caso, il piano economico-finanziario di massima elaborato dall'Amministrazione aveva il solo scopo di dimostrare la fattibilità "di base" dell'iniziativa. Rispetto a tale piano i concorrenti avevano il compito di sviluppare una propria proposta gestionale che ne migliorasse i risultati economici, anche al fine di contenere gli oneri complessivi a carico dell'utenza portuale.

12.4. Il PEF presentato avrebbe dovuto essere un documento che giustificasse la sostenibilità dell'offerta, una sorta di dimostrazione del fatto

che l'impresa fosse in condizione di trarre, concretamente, degli utili tali da consentire una proficua gestione e continuazione dell'attività in concessione (cfr. Cons. Stato sez. V, 4 febbraio 2022, n.795).

12.5. La funzione del piano economico finanziario è infatti quella di dimostrare la concreta capacità del concorrente di eseguire correttamente la prestazione per l'intero arco temporale prescelto attraverso la responsabile prospettazione di un equilibrio economico - finanziario di investimenti e connessa gestione, nonché il rendimento per l'intero periodo. Il che consente all'Amministrazione concedente di valutare l'adeguatezza dell'offerta e l'effettiva realizzabilità dell'oggetto della concessione. In altri termini, è un documento che giustifica la sostenibilità dell'offerta e non si sostituisce a essa, ma ne rappresenta un supporto per la valutazione di congruità, per provare che l'impresa è in condizione di trarre utili tali da consentire la gestione proficua dell'attività, Sicché il PEF non può essere tenuto separato dall'offerta in senso stretto, rappresentando un elemento significativo della proposta contrattuale, perché dà modo all'Amministrazione, che ha invitato a offrire, di apprezzare la congruenza e dunque l'affidabilità della sintesi finanziaria contenuta nell'offerta in senso stretto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 aprile 2018, n. 2214).

13. Per le ragioni sopra esposte, l'appello va respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza impugnata.

14. Le spese del presente grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come indicato nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello (n. 5958/2022), come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio in favore dell'Autorità appellata nella misura complessiva di euro 5.000,00(cinquemila/00), oltre gli altri oneri previsti per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2022

con l'intervento dei magistrati:

Ermanno de Francisco, Presidente

Nicola D'Angelo, Consigliere, Estensore

Silvia Martino, Consigliere

Claudio Tucciarelli, Consigliere

Ugo De Carlo, Consigliere

L'ESTENSORE

Nicola D'Angelo

IL PRESIDENTE

Ermanno de Francisco

IL SEGRETARIO