

Pubblicato il 20/01/2021

N. 00628/2021REG.PROV.COLL.
N. 03706/2020 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 3706 del 2020,
proposto da

Emid s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli
avvocati Stefano Cavalcanti e Federico Jorio, con domicilio eletto presso lo
studio dell'avv. Federico Jorio in Roma, viale Parioli, 72;

contro

Comune di Belvedere Marittimo, in persona del Sindaco in carica, per la
C.U.C. – Centrale unica di committenza tra i Comuni di Praia a Mare,
Diamante e Belvedere marittimo, rappresentato e difeso dall'avvocato
Antonio Melucci, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di
Giustizia;

nei confronti

Minieri King Elettrica s.r.l., Cogei s.r.l. non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria,
Sezione Prima, n. 00569/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Belvedere Marittimo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 dicembre 2020 il Cons. Federico

Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Federico Jorio e Antonio Melucci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato in Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana il 1°ottobre 2018, il Comune di Belvedere Marittimo per la C.u.c. – centrale unica di committenza tra i Comuni di Praia a mare, Diamante e Belvedere Marittimo indiceva una procedura di gara aperta per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del “*servizio di gestione, manutenzione, controllo e custodia impianto depurazione e stazione di sollevamento rete fognante ed idrica del Comune di Belvedere Marittimo*” per la durata di tre anni con importo a base d'asta di € 650.000,00.

1.1. Tra i documenti a comprova del possesso dei requisiti tecnici – operativi il disciplinare di gara richiedeva (alla lett. k) anche “*Attestazione di corso pratico formativo su impianti di depurazione a membrane*”; due delle tre imprese partecipanti, Cogei s.r.l. e M.K.E. s.r.l., presentavano un'attestazione giudicata incompleta dalla commissione di gara che, pertanto, alla prima seduta, l'11 ottobre 2018, attivava il soccorso istruttorio consentendo loro la regolarizzazione in un termine fissato.

Alla successiva seduta del 20 dicembre 2018 la commissione, accertata l'intervenuta regolarizzazione dell'attestazione nel termine concesso, ammetteva i tre operatori alla successiva fase di valutazione delle offerte, espletata la quale, e superata la verifica di anomalia, era adottata la determinazione del responsabile della C.u.c. 20 gennaio 2020 n. 101 di aggiudicazione definitiva a M.K.E. s.r.l..

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Calabria Emid s.r.l., terza graduata dopo Cogei s.r.l., impugnava il provvedimento di aggiudicazione sulla base di motivi di ricorso che, ove accolti, avrebbero condotto all'esclusione dalla procedura delle imprese meglio graduate.

Precisamente, quanto all'aggiudicataria M.K.E. s.r.l. erano rilevate due ragioni escludenti: a) l'assenza dell'attestazione SOA OG22 Classe III (requisito c.d. di punta) richiesta a pena di nullità dal capo 3.2.1. del bando di gara, acquisito mediante avvalimento da società ausiliaria ma in possesso della omologa classe II (e non della richiesta classe III) e b) il mancato adempimento alle richieste rivolte dalla commissione in sede di soccorso istruttorio al fine di regolarizzare la carente produzione di adeguata attestazione di corso pratico - formativo su impianto a membrane.

Relativamente alla Cogei s.r.l. la contestazione era di non aver prodotto idoneo attestato di corso pratico - formativo su impianto a membrane così come richiesto dalla commissione di gara in sede di soccorso istruttorio.

2.1. Resistente il Comune di Belvedere Marittimo, il giudice di primo grado con la sentenza della sezione I, 14 aprile 2020, n. 569, dichiarava inammissibile il ricorso.

Il tribunale, premessa la necessità di procedere preliminarmente all'esame delle doglianze relative all'ammissione alla procedura della seconda graduata Cogei s.r.l., giudicava ottemperate le richieste della commissione di gara in sede di soccorso istruttorio per aver l'impresa prodotto un'attestazione integrativa sottoscritta dall'allora rappresentante della Inpec Costruzioni s.p.a. (ing. Ricciulli), società che aveva organizzato il corso pratico formativo su impianto a membrane a mezzo ingegnere esperto in progettazione, costruzione e gestione di siffatti impianti e nel corso del quale erano stati trattati aspetti applicativi di problemi gestionali e di telecontrollo con discussione finale su casi concreti.

Infondate le doglianze proposte avverso la seconda graduata, il tribunale dichiarava l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse.

3. Propone appello Emid s.r.l.; si è costituito il Comune di Belvedere Marittimo per la C.u.c. tra i Comune di Praia a mare, Diamante e Belvedere Marittimo.

Le parti costituite hanno depositato memorie *ex art. 73*, comma 1, cod. proc. amm. cui è seguita replica del Comune di Belvedere Marittimo.

All'udienza del 3 dicembre 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Precisato che non può essere esaminata l'eccezione di irricevibilità del ricorso in quanto riproposta dal Comune appellato solo con la memoria di replica, prima di procedere all'esame dei motivi di appello, occorre tener conto della nota depositata dall'appellante il 12 novembre 2020 proveniente da Cogei s.r.l. ed avente oggetto "*Perdita di interesse alla partecipazione al procedimento di gara*"; in essa la società comunica "*anche in considerazione del lungo tempo trascorso dall'offerta (...) di non avere alcun interesse alla partecipazione suddetta gara e pertanto si dichiara svincolata da ogni impegno...*" con invito agli enti appaltanti a "*prendere atto di quanto sopra dichiarato e comunicare la presente decisione anche ad ogni soggetto interessato, anche istituzionale*".

Nella memoria difensiva depositata in vista dell'udienza pubblica, l'appellante assume che la predetta rinuncia alla procedura della seconda graduata avrebbe effetti anche nel presente giudizio, determinando il venir meno per cessata materia del contendere delle censure proposte avverso l'ammissione alla procedura di Cogei s.r.l.; a suo dire, dunque, residuerebbero alla cognizione del giudice i soli motivi riguardanti l'ammissione di MKE s.r.l. (sui quali, peraltro, il giudice di primo grado non aveva pronunciato).

1.1. Il ragionamento dell'appellante non è condiviso dal Collegio.

L'art. 34, comma 5, cod. proc. amm. stabilisce che v'è cessazione della materia del contendere "*Quando nel corso del giudizio la pretesa del ricorrente risulti pienamente soddisfatta*"; si ha, dunque, cessazione della materia del contendere solo se l'amministrazione provvede in senso soddisfacente delle ragioni del ricorrente (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 4 gennaio 2021, n. 13; VI, 16

novembre 2020, n. 7083; VI, 10 luglio 2020, n. 4460; VI, 15 giugno 2020, n. 3767).

La giurisprudenza è da tempo orientata a ritenere quale causa di cessazione della materia del contendere anche una definizione transattiva della lite tra le parti (pur a determinate condizioni, in mancanza delle quali v'è pronuncia di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse, cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1317, III, 11 febbraio 2019, n. 995).

Mancando nell'odierna vicenda un accordo transattivo, per potersi pronunciare cessazione della materia del contendere, sia pure parziale, era dunque necessario un provvedimento dell'amministrazione di revisione della graduatoria di gara con esclusione di Cogei s.r.l. e collocazione dell'appellante al secondo posto.

Tale provvedimento, però, l'amministrazione espressamente rifiuta in quanto, come argomentato nella memoria di replica, ritiene di non poter escludere l'evenienza di un futuro interpello nei confronti della seconda graduata ai sensi dell'art. 110 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Per quanto sia vero che l'offerta del contraente privato è vincolante per il solo periodo indicato dal bando ovvero per 180 giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione (come si ricava dall'art. 32, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016, e che, per questo, vale come proposta irrevocabile *ex art.* 1329 cod. civ., cfr. Tar Lazio, sez. III, 29 marzo 2013, n. 3227), l'eventuale sua dichiarazione di scioglimento (con le conseguenze di cui a Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giuris., 4 settembre 2015, n. 588) non produce effetti diretti sugli atti di gara, che restano definitivamente cristallizzati al momento dell'aggiudicazione, salvo sopravvenute determinazioni dell'amministrazione.

Senza alterare l'ordine dei motivi, va dunque esaminato il primo motivo di appello.

2. Con il primo motivo di appello la sentenza di primo grado è censurata per *“Esclusione della COGEI s.r.l. in riferimento alla violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 9 del d.lgs. 50/2016 per inottemperanza all'invito reso in sede di gara per*

soccorso istruttorio – difetto del requisito di cui alla lettera k) – eccesso di potere per carenza assoluta di istruttoria”: non sarebbe stata correttamente apprezzata la seconda attestazione (di frequentazione del corso teorico - pratico sulla gestione degli impianti di depurazione a membrane) prodotta dalla Cogei s.r.l. in sede di soccorso istruttorio “ad integrazione” della prima rilasciata da Impec Costruzioni s.p.a.; contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di primo grado, non v’era corrispondenza con le richieste della commissione quanto: a) ai dati del soggetto che aveva organizzato il corso, la società Impec costruzioni s.p.a. – la quale, peraltro, dalla visura camerale non risultava svolgere attività di formazione –, b) ai dati di coloro che avevano preso parte al corso, poiché l’ing. Leonetti e il sig. Guerriero, indicati quali tecnici della Cogei, erano liberi professionisti e nulla poteva escludere che potessero aver frequentato il corso in favore anche di altra impresa (magari supportandola in altra procedura d’appalto) e, infine, c) ai dati del docente del corso, la cui qualifica “*di esperto in progettazione, costruzione e gestione di vari depuratori aventi tecnologia M.B.R.*” non era provata mediante profili curricolari; d) all’indicazione del luogo di effettuazione del corso medesimo che si attestava avvenuto presso la sede della società organizzatrice, presso la quale, tuttavia, non poteva esistere alcun impianto di depurazione M.B.R.; e) all’indicazione della data e del periodo di svolgimento dello stesso (inizio corso – fine corso), che veniva richiesto dalla commissione di gara con l’implicito presupposto della durata superiore ad un giorno, laddove invece la Impec aveva attestato la durata di un corso di 8 ore in un solo giorno, il 3 ottobre 2018, senza specificare l’orario di inizio e di fine né quante di quelle 8 ore fossero state destinate alla parte pratica; f) al requisito dell’ “*attestazione (che) deve essere sottoscritta dal legale rappresentante del soggetto che ha effettuato il corso*” da cui si evincerebbe la necessità che l’attestazione sia rilasciata da un ente di formazione e non da un’impresa che non svolge per oggetto sociale attività formativa; g) ai dati anagrafici del sottoscrittore non riportati nell’attestazione.

Conclude l'appellante che, per essere inadempiente all'invito rivoltole in sede di soccorso istruttorio, in violazione dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, la società andava esclusa dalla procedura.

3. Il motivo è infondato.

3.1. Lamenta l'appellante che Cogei s.r.l., chiamata ad integrare l' *“attestazione di corso pratico formativo effettuato su impianti di depurazione a membrane”* per via del soccorso istruttorio, non abbia ottemperato alle indicazioni della commissione giudicatrice e che, comunque, in ultima analisi, abbia prodotto in gara un'attestazione non conforme a quella richiesta dal disciplinare di gara; per l'una o l'altra ragione, a suo dire, andava esclusa dalla procedura di gara.

3.2. Per rendersi conto dell'infondatezza della censura è sufficiente considerare che la commissione, nel verbale dell' 11 ottobre 2018, riteneva la dichiarazione prodotta *“carente del soggetto che ha effettuato il corso completo del luogo, data e periodo di svolgimento dello stesso”* con la specificazione che *“la medesima dichiarazione deve essere sottoscritta dal legale rappresentante del soggetto che ha effettuato il corso”*, e, per questo, demandava al Responsabile della C.u.c. l'attivazione del soccorso istruttorio *“per la regolarizzazione della suddetta documentazione”* e, confrontare le richieste della commissione con il contenuto della seconda attestazione prodotta da Cogei; ebbene è ivi indicato il nominativo dei tecnici che avevano preso parte al corso (ing. Gaetano Lionetti e sig. Giovanni Guerriero), colui che aveva tenuto il corso (l'ing. Salvatore Fidotti), per conto di quale ente (la Impec Costruzioni s.p.a.), il luogo e la data di svolgimento (presso la sede della Impec Costruzioni s.p.a., il 3 ottobre 2018) e la sua durata (otto ore); l'attestazione era infine sottoscritta dal legale rappresentante della Impec costruzioni s.p.a..

Ne segue, pertanto, che come riconosciuto dal giudice di primo grado la seconda attestazione era completa di tutti gli elementi richiesti dalla commissione in sede di soccorso istruttorio.

3.3. L'attestazione, poi, era coerente con le richieste del disciplinare di gara; né valgono in contrario le criticità evidenziate dall'appellante:

- che i partecipanti al corso per conto della Cogei fossero liberi professionisti in grado di mettere a disposizione l'attestazione della loro formazione anche a favore di altri operatori economici è argomentazione, da un lato, irrilevante e, dall'altro, puramente congetturale: i tecnici sono attestati essere "propri" della Cogei, e l'eventuale circostanza (peraltro non dimostrata) che il rapporto di lavoro con la società sia di carattere autonomo, cosicchè essi possano avere legami professionali anche con altre società, non vale a mettere in discussione la prestazione dell'attività lavorativa a beneficio della società concorrente;
- non era in alcun modo richiesto alla società di fornire il curriculum professionale del docente, e la specializzazione di "*dipendente di Impec Costruzioni s.p.a., direttamente coinvolto nella progettazione, nella costruzione e nella gestione di vari depuratori aventi la tecnologia M.B.R.*" va ritenuta sufficiente a dimostrare la sua idoneità allo svolgimento del corso in mancanza di prova contraria;
- la circostanza (peraltro solo enunciata) della mancanza di un depuratore a membrane presso la sede della società Impec Costruzioni s.p.a. è del tutto irrilevante richiedendo il disciplinare l'attestazione di aver seguito un corso "su" ovvero "avente ad oggetto" impianti di depurazione a membrane;
- irrilevante, alla luce delle richieste della commissione come in precedenza riportate, che non fosse specificata la data di inizio e di fine del corso né quante delle ore fossero state dedicate alla parte pratica, come pure priva di qualunque aggancio al disciplinare di gara l'asserita necessità che il corso si prolungasse per più di un giorno;
- priva di qualsivoglia sostegno negli atti di gara (come nelle richieste dalla commissione) l'argomentazione per la quale era richiesta un'attestazione proveniente da un ente di formazione e non da un'impresa che non abbia nel suo oggetto l'attività di formazione, tanto più che, per l'oggetto del corso e la elevata specializzazione richiesta a coloro che si occupano della materia, è del tutto logico ritenere che detto corso fosse tenuto da società operanti nel

settore della depurazione che si servono di impianti con caratteristiche identiche a quelle dell'impianto in affidamento;

- irrilevante la mancata specificazione dei dati anagrafici del legale rappresentante della Impec Costruzioni s.p.a. che aveva sottoscritto l'attestazione, potendo, peraltro, essere facilmente reperiti mediante visura camerale.

In conclusione, va confermata la sentenza di primo grado per aver escluso che i motivi di ricorso proposti avverso Cogei s.r.l. potessero condurre ad annullare la sua ammissione alla procedura di gara.

3.4. Respinto il motivo di appello con i motivi di esclusione di Cogei s.r.l. trova conferma la declinatoria di inammissibilità del ricorso di primo grado per carenza di interesse: è costante in giurisprudenza il principio per il quale in caso di ricorso proposto dall'impresa terza graduata in una procedura di gara per l'affidamento di un appalto pubblico, il giudice è tenuto ad esaminare, dapprima, i motivi di censura rivolti nei confronti della seconda graduata e, solo se questi si rivelano fondati, procedere all'esame anche dei motivi diretti nei confronti dell'aggiudicataria, dovendosi, altrimenti, il giudizio arrestare non potendo la ricorrente trarre alcuna utilità dall'accoglimento del ricorso per la presenza di altro concorrente utilmente graduato (cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2020, n. 2725).

4. L'appello va, dunque, respinto integralmente.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna Emid s.r.l. al pagamento delle spese del presente grado del giudizio, che liquida in € 5.000,00 oltre accessori e spese di legge, a favore del Comune di Belvedere Marittimo.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2020 tenutasi con le modalità di cui all'art. 4, comma 1, d.l. 30 aprile 2020, n. 28 cui rinvia l'art. 25 d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

L'ESTENSORE
Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO