

Pubblicato il 10/05/2022

N. 00560/2022REG.PROV.COLL.
N. 01052/2021 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

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE
SICILIANA

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1052 del 2021, proposto da Jonica 2001 sooc. coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Felice Alberto Giuffrè e Pierfrancesco Alessi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Consorzio di Bonifica 9 Catania, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Anna Arena, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Consorzio Stabile Progettisti Costruttori, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Prima) n. -OMISSIS-, resa tra le parti,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio di Bonifica 9 Catania e di Consorzio Stabile Progettisti Costruttori;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 maggio 2022 il Cons. Sara Raffaella Molinaro e rilevata l'assenza degli avvocati delle parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Jonica 2001 soc. coop (di seguito: "Jonica") ha partecipato alla procedura di gara denominata "*Progetto per il ripristino ed adeguamento funzionale della condotta principale ubicata tra c.da Sigona nel Comune di Lentini (SR) e c.da Grotta Sangiorgio nel Comune di Catania 1° stralcio funzionale*", indetta dal Consorzio di Bonifica 9 di Catania, con bando pubblicato nella GURI 5a serie speciale, contratti pubblici n. 134 del 15 novembre 2019.

L'importo complessivo dei lavori, da affidarsi col sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, compresi gli oneri di sicurezza, ammonta a € 16.117.465,25, oltre IVA, di cui € 9.989.552,96, oltre IVA, per lavori da effettuarsi a corpo, € 5.905.021,64, oltre IVA, per lavori da effettuarsi a misura e € 222.890,67 per costi degli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso.

La gara è stata aggiudicata al Consorzio Stabile Progettisti Costruttori (di seguito: "Consorzio Stabile") che ha conseguito punti 98,07991144.

2. Jonica, classificatasi seconda con il punteggio di 89,18776064, ha impugnato:

- la deliberazione del Commissario Straordinario n. 22 del 26 giugno 2020, comunicata con nota n. 6045 del 29 giugno 2020, con la quale la gara è stata aggiudicata al Consorzio Stabile;

- tutti i verbali di gara nonché di tutti i verbali di commissione giudicatrice di ogni altri presupposto, connesso e consequenziale (ivi compreso il contratto

di appalto ove stipulato).

Con il medesimo ricorso la società ha chiesto l'accertamento e la declaratoria di inefficacia del contratto, ove nelle more sottoscritto, e del diritto della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione e a subentrare nel contratto e, in subordine, la condanna dell'amministrazione appaltante al diritto della ricorrente a ottenere il risarcimento per equivalente nell'ipotesi in cui non fosse possibile il risarcimento in forma specifica.

3. Con motivi aggiunti Jonica ha impugnato la comunicazione di intervenuta efficacia dell'aggiudicazione n. 7207, comunicata in data 28 luglio 2020, e il verbale di verifica del 24 luglio 2020 (non conosciuto), avanzando le domande sopra richiamate.

4. Il Consorzio controinteressato ha proposto ricorso incidentale finalizzato all'annullamento dei medesimi atti già oggetto del ricorso principale e del punto 12 del disciplinare di gara.

5. Il Tar Sicilia - Catania, con sentenza -OMISSIS-, ha respinto il ricorso principale e il ricorso per motivi aggiunti e dichiarato improcedibile il ricorso incidentale.

6. Con ricorso n. 1052 del 2021 Jonica ha appellato la sentenza.

7. Consorzio Stabile ha presentato appello incidentale.

8. Nel giudizio di appello si sono costituiti il Consorzio di Bonifica 9 di Catania e il Consorzio Stabile.

9. All'udienza del 4 maggio 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

10. L'appello è infondato.

L'appello incidentale è improcedibile.

11. L'esito del presente giudizio, con conferma della sentenza impugnata e reiezione del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti, esime il Collegio dal valutare l'eccezione, proposta dal Consorzio appellato, di irritalità della notifica di questi ultimi in quanto (in tesi) non allegati alla pec del 26 agosto 2020, mentre restano estranei all'odierno giudizio, -secondo il consueto

canone del *tempus regit actum*- fatti successivi quali il provvedimento interdittivo segnalato dall'appellante nella propria memoria del 15 aprile 2022 in tesi emesso nei confronti della parte appellata.

12. Con il primo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar ha ritenuto infondata la censura di inattendibilità dell'offerta economica per discordanza fra il ribasso percentuale e gli importi in cifre indicati nell'offerta economica, nel computo metrico estimativo e nella lista delle categorie di lavorazione e forniture, oltre che di violazione del disciplinare.

In particolare:

- nella dichiarazione è stato espresso un ribasso percentuale pari a 16,8561% (sia in numeri che in lettere) e indicato il prezzo di € 14.542.694,99 il quale non sarebbe corrispondente alla detta percentuale (il ribasso offerto di 16,8561% porterebbe a un prezzo di € 13.215.369,20);
- nel computo metrico viene indicato un prezzo ancora diverso, ossia di € 13.212.127,30;
- nella lista delle categorie di lavorazione e forniture, pur indicandosi il totale offerto in € 14.542.694,99, la somma delle singole voci indicate condurrebbe al diverso risultato di € 13.171.666,27.

A seguito dell'errore rilevato il rup, con nota 18 settembre 2020 n. 9048, ha chiesto al Consorzio Stabile la trasmissione della documentazione propedeutica alla stipulazione del contratto di appalto.

Inoltre, rilevando che *“da controlli effettuati sia nel computo che nell'offerta economica, vi sono incongruenze su alcuni importi, la cui somma produce un importo divergente rispetto all'importo offerto di 13.215.369,21 euro e desunto dal ribasso percentuale offerto pari al 16,8561%”*, con la stessa ha chiesto al Consorzio stabile di *“correggere tali incongruenze su entrambi gli elaborati riconducendo le relative somme all'importo offerto”*.

Con atto ricevuto il 30 settembre 2020 (protocollo di ingresso n. 9333) il Consorzio Stabile ha trasmesso la documentazione.

Con atto 30 settembre 2020 n. 9934 il rup ne ha preso atto.

12.1. Il Collegio osserva quanto segue.

12.2. Innanzitutto deve essere respinta l'eccezione, formulata dal Consorzio aggiudicatario, di inammissibilità del primo motivo, fondata sull'asserita presenza, anche nell'offerta economica presentata da parte appellante, di una discrepanza tra il prezzo complessivo indicato nella propria dichiarazione di offerta e quello indicato nel computo metrico estimativo.

Oggetto del presente giudizio è infatti l'asserita inattendibilità dell'offerta economica del Consorzio aggiudicatario.

L'eventuale accertamento di detta illegittimità comporta l'annullamento dell'aggiudicazione indipendentemente dalla posizione della parte che chiede tutela, purché quest'ultima non sia stata definitivamente esclusa dalla gara (fatti salvi i poteri di autotutela della stazione appaltante). Di talché la domanda di tutela è ammissibile anche da parte di chi ha presentato un'offerta (in tesi) da escludere per i medesimi motivi che determinano l'annullamento dell'aggiudicazione della controinteressata, specie se, come nel caso di specie, la medesima non è stata impugnata per le stesse ragioni.

12.3. Affrontando il merito della censura il Collegio rileva che, in termini generali, nelle procedure ad evidenza pubblica la commissione giudicatrice non può manipolare, modificare o adattare l'offerta in assenza di disposizioni in tal senso dirette, contenute nella *lex specialis*: diversamente, verrebbe leso il principio di par condicio fra i concorrenti.

Pertanto non può consentirsi alle commissioni giudicatrici di sostituirsi all'offerente modificandone l'intenzione, frutto di scelte insindacabili.

In tale contesto la rettifica dell'offerta, eseguita al fine di ricercare l'effettiva volontà dell'offerente, è ammissibile, in adesione ai principi di conservazione degli atti giuridici e di massima partecipazione alle gare pubbliche, nei limiti in cui ad essa si possa pervenire con ragionevole certezza e senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima (Ad. plen. 13 novembre 2015 n. 10).

E' consentito il superamento di un contrasto in caso di errore materiale riconoscibile: al ricorrere di tale circostanza la presenza di elementi diretti e univoci, tali da configurare un errore meramente materiale o di scritturazione permette alla commissione aggiudicatrice di emendarlo attribuendo prevalenza all'effettivo valore dell'offerta (Ad. plen. 13 novembre 2015 n. 10). Detto ciò, nel caso di specie l'azione correttiva dell'Amministrazione non ha avuto come effetto la sovrapposizione di un'opzione meramente soggettiva della commissione giudicatrice, concernente il *quantum* proposto, rispetto alla effettiva volontà della ditta concorrente.

Il criterio di aggiudicazione dell'appalto controverso è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (così la sez. IV del bando).

In base all'art. 12 del disciplinare l'offerta economica deve essere presentata con una dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante contenente:

- il prezzo che il concorrente offre per l'esecuzione dei lavori, al netto del ribasso d'asta e del costo

degli oneri di sicurezza, non soggetti a ribasso - espresso in cifre ed in lettere;

- il conseguente ribasso percentuale, anch'esso espresso in cifre ed in lettere, rispetto al prezzo posto

a base di gara di € 15.894.574,60;

- il costo complessivo degli oneri di sicurezza, eventualmente rimodulati dal concorrente in ragione delle soluzioni migliorative offerte.

Con l'art. 8 del disciplinare si stabilisce il parametro da considerare per attribuire il punteggio all'offerta economica che è individuato nel "ribasso sul prezzo offerto a base di gara".

Nell'offerta economica presentata dal Consorzio aggiudicatario il ribasso indica la percentuale (appunto) di ribasso, laddove il valore indicato in termini assoluti è denominato "*prezzo offerto*".

Sulla base della *lex specialis*, quindi, si attribuisce portata prevalente al ribasso percentuale, atteso che funge da parametro di riferimento per l'attribuzione del punteggio al valore economico dell'offerta. Ciò in quanto, nell'ambito del

criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'attribuzione del punteggio costituisce l'unico dato, afferente all'offerta economica, rilevante per determinare la posizione in graduatoria e la conseguente aggiudicazione.

Sicché, atteso che il valore dell'offerta economica svolge una duplice funzione, quella di costituire uno degli elementi oggetto della competizione e quella di predeterminare il valore del contratto in caso di aggiudicazione, una volta individuato il parametro di riferimento per la prima funzione (lo svolgimento della gara) esso non può che assolvere anche a parametro della seconda funzione (predeterminazione del prezzo del contratto) in ragione della sovrapposizione e del contemporaneo assolvimento di entrambe le funzioni da parte di un unico dato.

A ciò si aggiunge che la giurisprudenza ha ritenuto applicabile il criterio della correzione delle offerte di cui all'art. 119 del d.P.R. n. 207 del 2010, in base al quale, in caso di discordanza dei dati indicati nel modulo di offerta, si deve dare prevalenza al ribasso percentuale indicato in lettera rispetto al prezzo, anche oltre la fattispecie dell'aggiudicazione del prezzo più basso determinato mediante offerta a prezzi unitari, rispetto al quale è stato sancito dal legislatore (Cons. St., sez. III, 1 ottobre 2013 n. 4873 e sez. V, 13 giugno 2008 n. 2976).

Il criterio di correzione delle offerte di cui all'art. 119 del d.P.R. n. 207 del 2010, pur se previsto solo per i ribassi sui prezzi unitari, esprime infatti un principio generale applicabile a tutti i casi d'errore evidente e riconoscibile (o riconosciuto) con la normale diligenza, compresi quindi i casi di mero errore di calcolo. E ciò indipendentemente dal fatto che la specifica disposizione sia stata abrogata dall'art. 217 comma 1 lett. u) del d. lgs. 18 aprile 2016 n. 50 a decorrere dal 19 aprile 2016, ai sensi di quanto disposto dall'art. 220 del medesimo d. lgs. n. 50 del 2016. Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale (anche successivo all'abrogazione), infatti, *“la disciplina che si rinviene dall'art. 119 del D.P.R. n. 207 del 2010 contiene una regola di condotta suscettibile di applicazione analogica, attesa l'identità di ratio della necessità di correggere*

una difformità di ordine materiale, e depone nel senso che debba assegnarsi prevalenza al ribasso percentuale contenuto nell'offerta rispetto a quello risultante dalla sommatoria dei singoli prezzi unitari, i quali vanno perciò conseguentemente corretti per renderli rispondenti al ribasso offerto” (Cons. St., sez. V, 19 giugno 2019 n. 4189).

La regola dettata dalla giurisprudenza è conforme, del resto, alla previsione di cui all'art. 1430 c.c., in base al quale l'errore di calcolo non dà luogo ad annullamento del contratto, ma solo a rettifica, tranne che, concretandosi in errore sulla quantità, sia stato determinante del consenso.

Nel caso di specie una comprova a posteriori della mancanza di rilevanza dell'errore di calcolo si desume dal contratto stipulato fra le parti, che fa riferimento alla somma offerta sulla base del ribasso percentuale (€ 13.215.369,20).

Ne deriva che la portata prevalente attribuita al ribasso percentuale è rinvenibile sulla base dell'offerta presentata dal Consorzio Stabile, interpretata alla luce della *lex specialis*, senza che abbia richiesto una modifica o un intervento dell'offerente. In tal senso il caso in esame si differenzia da quello scrutinato da questo CGARS con la richiamata (da parte appellante) sentenza n. 23 del 2017, nel quale era mancante l'importo complessivo offerto per il triennio, rendendo quindi l'offerta *“formulata in modo impreciso (o vago, sommario, generico)”*.

Non depone in senso contrario il contenuto della lista delle categorie di lavorazione e forniture, che contribuisce a individuare il prezzo offerto.

In base all'art. 12 del disciplinare, infatti, l'offerta economica comprende la lista delle categorie di lavorazione e forniture previste per l'esecuzione dei lavori messa a disposizione dei concorrenti ed allegata al presente disciplinare, *“completa in ogni sua parte ed in base alla quale è determinato il prezzo che il concorrente offre per l'esecuzione dei lavori, al netto del ribasso d'asta e del costo degli oneri di sicurezza, non soggetti a ribasso, i prezzi unitari offerti e i dati riguardanti le lavorazioni e le forniture relative alle integrazioni e/o modifiche migliorative proposte dal concorrente”*.

Nello stesso art. 12 del disciplinare è poi specificato, quanto alla quantificazione dell'offerta economica, che *“la somma di tutti gli importi riportati nella settima colonna della Lista delle categorie di lavorazioni e forniture costituisce il prezzo offerto ed è indicato in calce alla lista con il conseguente ribasso percentuale rispetto al prezzo complessivo posto a base della gara”*.

Detta lista ripresenta il medesimo errore contenuto nell'offerta economica, cioè la discrasia esistente fra il ribasso percentuale e il prezzo offerto in valori assoluti, rispettivamente indicati anche in tale caso con la percentuale del 16,8561% e nella somma di € 14.542.694,99, non corrispondente però al ribasso offerto: il prezzo corretto in funzione del ribasso percentuale è pari infatti a € 13.215.369,19.

La discrasia va risolta con il criterio sopra individuato in relazione alla dichiarazione contenente l'offerta economica, mentre risulta recessivo il fatto che la somma delle singole voci conduca al diverso risultato di € 13.171.666,27, atteso che il disciplinare attribuisce rilevanza, ai fini della determinazione del prezzo offerto, alla somma di tutti gli importi, indicato in calce alla lista con il relativo ribasso percentuale rispetto al prezzo complessivo posto a base della gara.

Del resto il Tar ha accertato che *“la sommatoria degli importi parziali indicati nella lista delle lavorazioni e forniture prodotta dallo stesso CPC dà la cifra di € 13.215.365,19 (e non di € 13.171,666,27, come erroneamente sostiene la soc. Jonica), ossia del medesimo importo di € 13.215.369,19 che risulta applicando il ribasso percentuale offerto (di 16,8561%), all'importo a base di gara (€15.894.574,60) da cui discende l'importo di aggiudicazione (per l'esattezza € 13.215.369,21)”*.

Così facendo non si pone la tematica derivante dalla natura parzialmente a misura dell'appalto (che richiede la determinazione dei costi unitari, in effetti indicati), atteso che la lista comprende sia i lavori a misura sia i lavori a corpo. Sicché non si pongono le problematiche, peraltro accennate solo nel titolo del motivo da parte dell'appellante, di violazione dell'art. 59 comma 5-bis del d. lgs. n. 50 del 2016, laddove dispone, in caso di contratti per l'esecuzione dei

lavori pubblici stipulati in parte a corpo e in parte a misura, che, mentre per le prestazioni a corpo il prezzo offerto rimane fisso, per le prestazioni a misura il prezzo convenuto può variare, in aumento o in diminuzione, secondo la quantità effettiva dei lavori eseguiti e il contratto fissa i prezzi invariabili per l'unità di misura.

Considerato quanto sopra, compresa la rilevanza assunta dalle singole voci che compongono la lista delle lavorazioni, la circostanza che il computo metrico estimativo compilato dall'aggiudicataria riporti un ammontare complessivo di € 13.212.127,32 che differisce per € 3.241,87 dall'importo corrispondente al ribasso, pari ad € 13.215.369,19, non è rilevante in quanto si tratta di un appalto misto, in parte a corpo e in parte a misura, la *lex specialis* non attribuisce espressamente un valore dirimente al computo metrico e la cifra è stata indicata dall'aggiudicataria in modo espressamente approssimativo (*“importo arrotondato lavori a base d'asta”*), compatibile con uno scostamento di circa € 3.000,00.

Peraltro, la giurisprudenza ha affermato che l'offerta, contenente al suo interno una discrepanza tra l'importo totale del computo metrico estimativo del progetto e il prezzo derivante dall'applicazione del ribasso percentuale offerto all'importo a base di gara, *“non può, solo per questa ragione, reputarsi incerta o indeterminata”* e che *“la clausola che, su tale presupposto, ne commini l'esclusione va reputata nulla per aver introdotto una causa di esclusione non prevista in contrasto con il principio della tassatività delle cause di esclusione”* (Cons. St. , sez. V , 19 febbraio 2019 n. 1143).

In tale contesto, la circostanza che il rup abbia richiesto al Consorzio Stabile la trasmissione della documentazione rettificata non è indicativa del fatto che sia stata concessa al medesimo la possibilità di modificare l'offerta ma deve leggersi con la volontà di far superare l'errore di calcolo inizialmente compiuto. Del resto, le note del rup 18 settembre 2020 n. 9048 e 30 settembre 2020 n. 9934, con le quali il rup richiede la rettifica dell'errore

commesso e approva la documentazione ricevuta in riscontro, non risultano essere state impugnate.

Non vi è stata quindi alcuna inammissibile attività manipolativa ad opera della Commissione: questa si è al più limitata a correggere un mero errore materiale, a fronte della volontà espressa dalla partecipante in relazione all'offerta economica di offrire una certa percentuale di ribasso, nei limiti indicati dalla consolidata giurisprudenza in materia: ed invero, l'errore materiale emendabile è quello che può essere percepito o rilevato dal contesto stesso dell'atto e che può essere corretto sulla base di una volontà agevolmente individuabile (così Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2017 n. 978).

La stazione appaltante nel caso di specie si è dunque limitata ad una mera correzione dell'errore di calcolo, ponendo in essere un'operazione che non lede la *par condicio* dei concorrenti.

12.4. Il motivo non è pertanto meritevole di accoglimento.

13. Con il secondo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar non ha ritenuto che il Consorzio aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara in quanto, in violazione della previsione della *lex specialis*, la determinazione della sommatoria delle singole voci degli oneri della sicurezza indicate nel computo del Consorzio Stabile condurrebbe all'importo di € 223.607,00, maggiore rispetto a quello previsto (€ 222.890,65), non superabile a pena di “*non ammissione delle offerte*” (art. 12 del disciplinare).

13.1. Non può ritenersi che il contenuto del computo metrico estimativo della sicurezza presentato dal Consorzio aggiudicatario possa essere causa di esclusione dalla gara.

L'art. 12 del disciplinare dispone che l'offerta economica comprenda, fra l'altro, il “*computo metrico estimativo della sicurezza comprendente gli apprestamenti e i dispositivi di sicurezza individuati dall'offerente e correlato elenco dei nuovi prezzi unitari della sicurezza al netto del ribasso d'asta*”, precisando che tali costi “*dovranno essere desunti da Prezzari ufficiali e/o da regolari analisi (nelle analisi non dovrà essere*

introdotto l'utile di Impresa) e non dovranno essere soggetti a ribasso” e che “non saranno ammesse offerte nelle quali il complessivo importo dei costi di sicurezza sia superiore all'importo previsto in progetto (Euro 222.890,65 oltre IVA)”.

L'esclusione dalla gara è quindi comminata in ragione del superamento del costo complessivo dei lavori così come determinato nella *lex specialis*.

Consorzio Stabile ha presentato un computo metrico che reca la somma totale degli oneri della sicurezza di € 222.890,65, pari a quanto indicato nel disciplinare. Non è quindi integrata la previsione escludente delineata dalla *lex specialis*.

E' la somma delle singole voci a differire e per tale evenienza non è prevista la sanzione espulsiva, in un sistema caratterizzato dal principio della tassatività delle cause escludenti (Cons. St., sez. V , 19 febbraio 2019 n. 1143).

Peraltro, atteso che lo scostamento è minimo (€ 716,35) e non è dato evincere se riguarda il prezzo unitario o il prodotto di questo per la quantità prevista (a tal fine non è sufficiente il documento di verifica depositato in giudizio dall'appellante) e che i costi dovranno essere desunti da prezziari ufficiali e non dovranno essere soggetti a ribasso (né la loro somma potrà essere aumentata), il dato incerto è estremamente limitato e superabile. E ciò considerando altresì che, anche a ritenere che la clausola del disciplinare sia ambigua o contraddittoria, *“deve essere privilegiata l'interpretazione favorevole all'ammissione alla gara invece che quella che tenda all'esclusione di un concorrente, in ossequio al canone del favor participationis”* (Cons. St., sez. V, 23 settembre 2019 n. 8517).

Del resto, come già anticipato, il rup ha ritenuto in tal senso di poter superare la tematica con le non impugnate note 18 settembre 2020 n. 9048 e 30 settembre 2020 n. 9934, con le quali è stata chiesta la rettifica dell'errore materiale al Consorzio Stabile e è stata approvata la documentazione prodotta dal medesimo con nota 30 settembre 2020 n. 9333.

13.2. Il motivo non è quindi meritevole di accoglimento.

14. Con il terzo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar ha respinto la censura con la quale è stato sollevato il tema delle tubazioni offerte dalla ditta aggiudicataria con giunti antisfilamento con doppia camera tipo Elettrolock per i diametri DN. 800 e DN. 1000, che non sarebbero, allo stato, disponibili sul mercato, in quanto non in produzione.

Tanto risulterebbe dalla certificazione di conformità prodotta dal Consorzio Stabile con l'offerta tecnica, ove sarebbe attestata la produzione solo delle tubazioni con diametro da DN 80 a DN 700, nonché dalla documentazione riguardante il prodotto Electrolock, a fronte di un disciplinare che richiede materiali di comprovata qualità per essere stati già positivamente utilizzati.

14.1. Il Collegio osserva quanto segue.

Innanzitutto la circostanza che i profili dedotti con la presente censura attengono alla fase esecutiva del contratto (come si illustrerà di seguito) attiene alla valutazione di merito della medesima e non comporta l'inammissibilità del motivo, così come invece eccepito dal Consorzio appellato.

Il Consorzio Stabile ha proposto la fornitura di tubazioni in ghisa di diametro con giunti antisfilamento a doppia camera denominato Elettrolock.

Nell'elaborato dell'offerta tecnica il Consorzio riporta le caratteristiche e le dimensioni o, meglio, il diametro delle tubazioni offerte. In particolare, le tubazioni previste per realizzare l'opera oggetto della commessa hanno un diametro DN. 80 e DN. 700 (pagg. 84, 85 e 86). Nelle medesime pagine si rinviene altresì il riferimento, privo di specifica argomentazione, a tubazioni di diametro DN. 800 e DN. 1000.

Nel certificato inserito nella relazione tecnica del Consorzio è attestata la produzione delle tubazioni con giunto Elettrolock per i diametri da DN. 80 al DN. 700.

La *brochure* depositata in giudizio riporta che “*DN 800, DN 900 & DN 1000 will be available soon*”.

Il catalogo delle forniture Elettrolock comprende anche i diametri DN. 800 e DN. 1000.

L'allegato di progetto n. 11 rubricato "*Disciplinare Fornitura Tubazioni*" prevede che "*la fornitura delle tubazioni è ammessa solo da fabbriche che possano dimostrare di aver già fornito con ottimi risultati qualitativi tubazioni della tipologia richiesta in quantità significativamente apprezzabile*".

Aggiunge il disciplinare che "*conseguentemente l'Impresa presenterà all'Amministrazione, entro quindici giorni dalla firma del contratto, la seguente documentazione: 1. Indicazione della fabbrica di tubazioni dalla quale intende approvvigionarsi; 2. Indicazione della quantità di tubazione.*

L'Amministrazione, entro quindici giorni dal ricevimento della suddetta comunicazione, potrà notificare all'Impresa l'eventuale non gradimento (nel qual caso l'Impresa è tenuta entro i seguenti quindici giorni a proporre la nuova fabbrica presso cui intende approvvigionarsi) ovvero richiedere ulteriori certificazioni che dovranno pervenire entro il termine perentorio di quindici giorni dalla richiesta.

La mancata comunicazione dell'Amministrazione nei termini suddetti costituisce silenzio/assenso.

L'accettazione della fabbrica da parte dell'Amministrazione non costituisce peraltro per l'impresa diminuzione di responsabilità nel confronto degli obblighi contrattuali, nessuno escluso."

Ne deriva che attiene alla fase esecutiva la scelta della "*fabbrica di tubazioni*" dalla quale l'aggiudicataria intende approvvigionarsi.

Peraltro l'Amministrazione si è riservata di compulsare un cambio di fornitore, così superando la proposta dell'aggiudicataria, formulata in fase esecutiva.

Nel chiarimento n. 18, reso in risposta a specifico quesito – ove si è chiesto alla stazione appaltante di precisare se il termine vincolante (relativo alle "*schede tecniche vincolanti*?" di cui all'art. 11.2 del disciplinare di gara) fosse da riferirsi alle caratteristiche della fornitura o anche al produttore e al modello della stessa fornitura –, l'Ente ha chiarito che il termine "*vincolante*" "*è da*

riferirsi alle caratteristiche della fornitura e non anche al produttore e al modello della stessa fornitura? . Sicché è confermato che il tema dello specifico fornitore del prodotto non rileva in fase di presentazione dell'offerta.

Non modifica detta prospettiva la previsione del disciplinare di gara in base alla quale si richiede ai concorrenti, fra le altre cose, di rendere una espressa dichiarazione, ai sensi degli articoli 46 e 47 del d.P.R. n. 445 del 2000 di “*avere accertato l'esistenza e la reperibilità sul mercato dei materiali e della mano d'opera da impiegare nei lavori, in relazione ai tempi previsti per l'esecuzione degli stessi?*” (punto 10.6-*sexies*).

La circostanza che detta dichiarazione faccia riferimento ai tempi di esecuzioni del contratto rende infatti la dichiarazione assimilabile ad un impegno rivolto a un tempo futuro, appunto quello dell'esecuzione del rapporto negoziale, o comunque è compatibile con la mancata produzione attuale (rispetto al tempo in cui è resa la dichiarazione) del materiale. E ciò a maggior ragione in ragione del fatto che la *brochure* del prodotto offerto dal Consorzio aggiudicatario contiene la dicitura in base alla quale “*DN 800, DN 900 & DN 1000 will be available soon?*”.

E' confermato quindi che la circostanza rileva in sede esecutiva, e quindi ai fini della regolare esecuzione del rapporto contrattuale, e non in sede di gara, ai fini della legittimità dell'aggiudicazione. Sicché non è dirimente, in sede di scrutinio di legittimità degli atti di gara, che il Consorzio Stabile abbia proposto la fornitura di tubazioni in ghisa di diametro la cui produzione non risulta, in base alla prospettazione di parte appellante, attualmente in produzione ma di cui non è esclusa la reperibilità in fase esecutiva (considerata anche la sopra riferita frase riportata sulla *brochure*).

14.2. Il motivo non è quindi meritevole di accoglimento.

15. Con il quarto motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar non ha ritenuto falsa, e quindi con portata escludente, la dichiarazione del Consorzio aggiudicatario di avere accertato l'esistenza e la reperibilità sul mercato dei materiali e della mano d'opera da impiegare nei

lavori, resa dal controinteressato ai sensi dell'art. 10.6-sexies del disciplinare di gara.

15.1. Il motivo non è fondato.

Innanzitutto la portata escludente di detta asserita falsità non è automatica ma dovrebbe comunque essere accertata dalla stazione appaltante in base a quanto statuito dall'Adunanza plenaria n. 16 del 2020.

Inoltre, per i motivi già esposti sopra la dichiarazione non è falsa, atteso che l'oggetto della stessa consente di riferire a un momento futuro, rispetto al tempo della dichiarazione, la produzione delle tubazioni oggetto dell'offerta tecnica e che la brochure prodotta contiene la dicitura in base alla quale "*DN 800, DN 900 e DN 1000 will be available soon*", che quindi non priva la dichiarazione priva di supporto fattuale rispetto al successivo momento dell'esecuzione del contratto.

16. Con ulteriore motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar ha ritenuto infondata la censura di omessa dichiarazione, da parte del Consorzio aggiudicatario, della circostanza che il proprio legale rappresentante, successivamente alla presentazione delle offerte, sia stato attinto da asserite misure cautelari personali (poi revocate) e che allo stesso sia stato notificato il provvedimento di chiusura delle indagini, con conseguente (in tesi) violazione del principio della continuità nel possesso dei requisiti e dell'obbligo della stazione appaltante di verificare la sussistenza dei requisiti ai sensi dell'art. 32 comma 7 del d. lgs. n. 50 del 2016.

Dalla visura camerale risulta che il legale rappresentante del Consorzio non è più colui il quale ha firmato l'offerta (e che sarebbe stato destinatario delle misure cautelari), essendo stato sostituito in data 18 luglio 2020.

In ogni caso il Consorzio, a parere dell'appellante, avrebbe dovuto comunicare alla stazione appaltante, ai sensi dell'art. 80 del d. lgs. n. 50 del 2016, tutti i fatti anche successivi all'istanza di partecipazione correlati alla titolarità dei requisiti generali o comunque quei fatti negativi che possono influenzare il giudizio di affidabilità professionale dell'impresa concorrente.

16.1. Il Collegio osserva quanto segue.

La notizia dell'asserita applicazione di misure cautelari avverso un organo del Consorzio aggiudicatario è veicolata in giudizio attraverso mere notizie di stampa, che non possiedono quel minimo contenuto di specificità e attendibilità idoneo a supportare una domanda in giudizio.

Il motivo è quindi innanzitutto inammissibile per genericità, così come eccepito anche dal Consorzio aggiudicatario.

16.2. Deve invece essere superata l'eccezione, sollevata dal Consorzio aggiudicatario, di inammissibilità della doglianza in quanto priva, in tesi, di specifici profili di censura rispetto alla sentenza impugnata, essendo piuttosto volta a riproporre le medesime argomentazioni spiegate in primo grado, incentrate sulla sussistenza di obblighi informativi in corso di gara. Risultano invece censurate, con il motivo in esame, le statuizioni del Tar riguardanti la tematica delle vicende penali che avrebbero interessato il legale rappresentante del Consorzio aggiudicatario, incentrate sulla mancanza dell'obbligo di informare la stazione appaltante circa l'applicazione di misure cautelari.

16.3. Il motivo è, in ogni caso, anche infondato.

La circostanza non rileva ai fini della causa (automaticamente) escludente di cui al comma 1 dell'art. 80 del d. lgs. n. 50 del 2016, riguardante le sole condanne con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p. per uno dei reati ivi indicati.

Piuttosto, può rilevare ai fini di quanto disposto nel comma 5 dell'art. 80 lett. *c-bis*.

In particolare, la fattispecie che potrebbe essere interessata dalla violazione contestata è quella dell'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

Essa diviene attuale in presenza di informazioni rilevanti.

Nel caso di specie non si rinviene detto connotato in ragione della concomitanza di due elementi.

Da un lato, l'informazione, per i motivi già sopra richiamati, è priva di un adeguato livello di specificità e attendibilità, non essendo supportata da circostanziati atti che la comprovino.

Dall'altro lato, essa riguarda un soggetto che non riveste più alcun ruolo rappresentativo nell'organizzazione del Consorzio.

La portata degli obblighi informativi di cui all'art. 80 comma 5 lett. c-bis) del d. lgs. n. 50 2016, laddove prevede quale causa di esclusione l'averne *“fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione”* ovvero l'averne *“omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”*, viene determinata anche considerando il rapporto con la previsione di cui all'art. 80 comma 3 del d. lgs. n. 50 del 2016.

La giurisprudenza ha in parte ritenuto che, per integrare la causa di esclusione, le informazioni omesse avrebbero dovuto essere tra quelle iscritte nel casellario informatico dell'Anac (CGARS, 29 gennaio 2019 n. 71 e Cons. St., sez III, 3 aprile 2018 n. 2063 e 12 luglio 2018 n. 4266) e comunque che l'obbligo informativo di cui all'art. 80 comma 5 lett. c) dovesse essere interpretato in senso meno rigoroso quando le dichiarazioni omesse avevano ad oggetto fattispecie non tipizzate (Cons. St., sez. III, 23 agosto 2018 n. 5040 e sez. V, 3 aprile 2018 n. 2063). In tale prospettiva il maggiore ambito applicativo oggettivo, idoneo a ricomprendere casistiche atipiche, non porta necessariamente con sé anche la cogenza rispetto ai soggetti cessati dalla carica (prevista dal comma 3 dello stesso art. 80 con riferimento ai soli commi 1 e 2). Altrimenti si verificherebbe una eccessiva dilatazione degli obblighi informativi, che, risultando oltremodo estesi senza l'individuazione dell'esatta portata dei medesimi, espone gli offerenti a un potenziale (e continuo) rischio espulsivo.

Tale orientamento giurisprudenziale, supportato dal testo delle Linee Guida ANAC nella versione precedente l'aggiornamento del 2017, è rimasto minoritario, essendo prevalso quello che ha ritenuto incondizionatamente doverosa la dichiarazione di condotte a rilevanza penale, che, pur non sfociate nell'adozione di provvedimenti di condanna definitivi, siano riferite ad ipotesi di reato rilevanti ai fini dell'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 1, ovvero in considerazione dell'oggetto dell'appalto. In sintesi, si è attribuita alla disposizione in esame il significato di norma di chiusura che impone agli operatori economici di portare a conoscenza della stazione appaltante tutte le informazioni relative alle proprie vicende professionali, anche non costituenti cause tipizzate di esclusione (Cons. Stato, V, 11 giugno 2018, n. 3592; 25 luglio 2018, n. 4532; 19 novembre 2018, n. 6530; III, 29 novembre 2018, n. 6787).

Sulla questione è intervenuta l'Adunanza plenaria, la quale ha prospettato una soluzione che, pur non confutando l'orientamento giurisprudenziale prevalente, ne delimita la portata.

Con sentenza 28 agosto 2020 n. 16 l'Adunanza plenaria ha chiarito che l'ipotesi dell'art. 80 comma 5 lett. c-bis) dell'”omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione” presuppone *“un obbligo il cui assolvimento è necessario perché la competizione in gara possa svolgersi correttamente e il cui inadempimento giustifica invece l'esclusione. Rispetto alle esigenze di trasparenza che si pongono tra i preminenti valori giuridici che presiedono alle procedure di affidamento di contratti pubblici (art. 30, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016), l'obbligo dovrebbe essere previsto a livello normativo o dall'amministrazione, attraverso le norme speciali regolatrici della gara. Nondimeno, come ricordato dalla Sezione rimettente, deve darsi atto che è consolidato presso la giurisprudenza il convincimento secondo cui l'art. 80, comma 5, lett. c) [ora lett. c-bis)], è una norma di chiusura in grado di comprendere tutti i fatti anche non predeterminabili ex ante, ma in concreto comunque incidenti in modo negativo sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico”*.

L'Adunanza plenaria ha tuttavia precisato che *“in tanto una ricostruzione a posteriori degli obblighi dichiarativi può essere ammessa, in quanto si tratti di casi evidentemente incidenti sulla moralità ed affidabilità dell'operatore economico, di cui quest'ultimo doveva ritenersi consapevole e rispetto al quale non sono configurabili esclusioni “a sorpresa” a carico dello stesso”*.

La stessa Corte di Giustizia ha più volte declinato il principio di proporzionalità con riferimento alle ipotesi di esclusione facoltativa di cui all'art. 57 della direttiva n. 24/2014/UE, fra le quali è ricompresa il caso in esame in quanto non riguarda una sentenza definitiva (così rilevando il contrasto delle previsioni di esclusione automatica, che non ammette sostituzioni sananti, con riferimento all'avvalimento e al subappalto, Corte di Giustizia, rispettivamente sez. IX, sentenza 316/2021 in C-210/20 e sez. II, 30 gennaio 2020 in C395/18). *“Le amministrazioni aggiudicatrici nell'applicare i motivi di esclusione facoltativi devono prestare attenzione al principio di proporzionalità – il quale impone all'amministrazione aggiudicatrice di effettuare una valutazione specifica e concreta dell'atteggiamento del soggetto interessato, sulla base di tutti gli elementi pertinenti e tenendo conto dei mezzi di cui l'offerente disponeva per verificare l'esistenza di una violazione in capo al soggetto sulle cui capacità intendeva fare affidamento – e ciò ancor di più, quando l'esclusione prevista dalla normativa nazionale colpisca l'offerente non per una violazione ad esso imputabile, bensì per una violazione commessa da un soggetto sulle cui capacità egli intende fare affidamento e nei confronti del quale non dispone di alcun potere di controllo”* (Corte di Giustizia, sez. IX, sentenza 316/2021 in C-210/20).

Benché resa in materia di avvalimento, in detta pronuncia sono declinati due aspetti rilevanti nel caso qui controverso, cioè l'obbligo della stazione appaltante di effettuare una *“valutazione specifica e concreta”* dell'atteggiamento del soggetto interessato e, dall'altro lato, la necessità che essa tenga in considerazione i casi nei quali l'esclusione colpisca l'offerente non per una violazione ad esso imputabile, bensì per una violazione commessa da un soggetto sulle cui capacità egli intende fare affidamento e nei confronti del quale non dispone di alcun potere di controllo.

In linea con detta impostazione, l'Adunanza plenaria ha considerato rilevante, al fine di decidere in senso ampliativo la possibilità dei raggruppamenti di sostituire la società partecipante destinataria di una circostanza escludente sopravvenuta nel corso della gara, la condotta incolpevole del partecipante al raggruppamento che, in una posizione di estraneità, può subirne le conseguenze. Altrimenti, *“si verificherebbe un caso di concreta incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione da parte di imprese in sé “incolpevoli”, riguardando il fatto impeditivo sopravvenuto una sola di esse, così finendo per costituire una fattispecie di “responsabilità oggettiva”, ovvero una inedita, discutibile (e sicuramente non voluta) speciale fattispecie di culpa in eligendo”* (Ad. plen. 25 gennaio 2022 n. 2).

Nel caso di specie il fatto (in tesi) di rilevanza penale, peraltro incerto in ragione della provenienza della relativa notizia quanto all'*an*, al quando e allo specifico contenuto, non riguarda la condotta dell'operatore economico aggiudicatario ma del proprio legale rappresentante. Si tratta cioè di fatti che non sono stati formalmente contestati all'operatore interessato, ma al proprio legale rappresentante, peraltro cessato dalla carica. Detti fatti, o la conoscenza che eventualmente dei medesimi abbia assunto il legale rappresentante, non sono circostanziati dal punto di vista temporale in modo certo.

Non vi sono quindi sufficienti elementi per ritenere che il Consorzio aggiudicatario fosse consapevole della circostanza.

Ne deriva che, in base all'interpretazione resa dall'Adunanza plenaria n. 16 del 2020, non vi sono elementi idonei a supportare l'ipotesi di avvenuta attualizzazione, nel caso di specie, dell'obbligo informativo di cui all'art. 80 comma 5 lett. c-bis) del d. lgs. n. 50 del 2016, con conseguente impossibilità di ritenere che la mancata comunicazione delle vicende penali sopra riferite configuri inadempimento del medesimo.

Allo stesso modo non vi sono elementi sufficientemente circostanziati per dubitare circa il rispetto del principio di continuità dei requisiti.

Da un lato, infatti, la giurisprudenza amministrativa ha affermato che, *“in coerenza con l'obbligo di mantenere il possesso dei requisiti di partecipazione per tutta la*

durata della gara e successivamente alla sua conclusione anche in fase di esecuzione del contratto, sussiste in capo ai concorrenti di una procedura di gara l'onere di comunicare alla stazione appaltante, in corso di gara, tutte le vicende, anche sopravvenute alla presentazione dell'offerta, attinenti lo svolgimento della propria attività professionale al fine di consentire un (rinnovato, rispetto a quello che si può presumere già svolto in fase di ammissione) giudizio di valutazione dell'eventuale incidenza di tali precedenti sulla reale affidabilità, morale e professionale, del concorrente” (Cons. St., sez. V, 24 novembre 2021 n. 7887).

Dall'altro lato, è indispensabile una valutazione in concreto della stazione appaltante, che è chiamata a svolgere *“un sillogismo giuridico complesso che si articola su due livelli, dalla cui integrazione discende la complessiva verifica del grave illecito professionale a effetto escludente: da un lato occorre che il comportamento pregresso assuma la qualificazione oggettiva di comportamento in grado d'incrinare l'affidabilità e integrità dell'operatore nei rapporti con l'amministrazione; dall'altro, il fatto così qualificato va messo in relazione con il contratto oggetto dell'affidamento, così da poter declinare in termini relativi e concreti la nozione d'inaffidabilità e assenza d'integrità, ai fini della specifica procedura di gara interessata”* (Ad. plen. 28 agosto 2020 n. 16).

Qualora sia mancata una simile valutazione, essa non può essere rimessa al giudice amministrativo per il principio di separazione dei poteri che in sede processuale è sancito dall'art. 34, comma 2, c.p.a.

Nel caso di specie difetta la valutazione della stazione appaltante, non potendo quindi ritenersi che si sia concretizzata l'esclusione, così non essendo stato violato il principio di continuità dei requisiti di partecipazione.

Peraltro, la particolare fonte della notizia neppure può avere reso attuale l'obbligo istruttorio dell'Amministrazione. E ciò anche in considerazione del fatto che non si ha prova che la medesima notizia sia stata riferita in sede procedimentale, in data antecedente all'adozione degli atti qui impugnati.

Né rileva in tale prospettiva, in mancanza di notizia circostanziata in modo idoneo, l'obbligo della stazione appaltante di verificare la sussistenza dei requisiti ai sensi dell'art. 32 comma 7 del d. lgs. n. 50 del 2016, essendo stata

compiuta sugli organi in carica del Consorzio aggiudicatario, come si evince dal certificato del casellario giudiziario depositato in giudizio.

16.4. Il motivo non è quindi meritevole di accoglimento.

17. Con ulteriore, e subordinato, motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar ha ritenuto infondata la censura di illogicità e arbitrarietà del giudizio tecnico discrezionale della commissione giudicatrice sull'offerta con riferimento alla valutazione effettuata in relazione ad alcuni sub-criteri.

17.1. In termini generali, prima di addentrarsi nei singoli profili dedotti, si rileva che l'attribuzione del punteggio costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato all'Amministrazione e sindacabile in sede giurisdizionale per i profili di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato della Commissione di gara.

Tale connotazione discrezionale del potere di attribuzione del punteggio non determina, peraltro, contrariamente a quanto eccepito dal Consorzio aggiudicatario, l'inammissibilità della censura, incidendo piuttosto sulle modalità del sindacato che questo giudice può effettuare, così rilevando in sede di scrutinio di merito della doglianza.

17.2. In primo luogo è censurata la valutazione della commissione in ordine al sub-criterio di valutazione 2.1, concernente il *“miglioramento ed incremento, tramite aggiuntive e idonee soluzioni tecnico-progettuali, delle potenzialità idriche all'utenza”*.

E' criticata la valutazione della Commissione per avere attribuito all'appellante il medesimo punteggio conseguito dal Consorzio Stabile (14 su 20), laddove invece l'offerta di quest'ultima presenterebbe le seguenti criticità:

- le tubazioni con diametro DN. 800 e DN. 1000 non sarebbero disponibili sul mercato;
- la proposta migliorativa non potrebbe essere definita cantierabile, poiché, per la realizzazione della condotta a valle della vasca “Grotta San Giorgio”, il progetto generale esecutivo prevede l'occupazione di aree limitrofe a quelle di

proprietà dove insiste la condotta esistente da sostituire e necessaria per la posa della nuova condotta, ma l'occupazione delle aree non sarebbe stata avviata dall'Ente, come si evincerebbe dall'elaborato di progetto posto a base di gara; e ancora, negli schemi di posa sarebbe prevista la fascia di lunghezza pari a 5 metri che, secondo la società appellante, non sarebbe disponibile.

Il primo profilo è superato in ragione di quanto sopra illustrato circa la possibilità che le tubazioni siano disponibili al momento dell'esecuzione del contratto, fatta salva la facoltà di sostituire il fornitore del materiale nei termini anzidetti.

Quanto alla mancata occupazione delle aree il Consorzio aggiudicatario lo ha tenuto in considerazione laddove ha affermato che *“la scrivente Impresa non è a conoscenza se siano stati predisposti gli espropri, definitivi o temporanei, oltre la fascia già di proprietà del Consorzio di Bonifica”*, avendo così predisposto una *“modalità realizzativa per eseguire tutte le operazioni all'interno della fascia di terreno attualmente di proprietà del Consorzio di Bonifica”*.

Quanto all'ulteriore profilo, dalla relazione generale di cui all'offerta tecnica del Consorzio aggiudicatario non emerge che l'impresa necessiti di cinque metri per svolgere i lavori ma esclusivamente che *“dall'esame delle mappe catastali è emerso che la larghezza minima del terreno di proprietà del Consorzio di Bonifica n° 8 è pari a circa 5 m.”* (pag. 77).

Ne deriva che, laddove gli schemi di posa evidenziano una distanza di cinque metri, essa si spiega non con una necessità derivante dall'intervento proposto (di cui non vi è evidenza, atteso che lo spazio di cinque metri non risulta interamente occupato nelle raffigurazioni ivi contenute) ma come una rappresentazione descrittiva dello stato dei luoghi così come rilevato.

Sicché non paiono contraddittori i rilievi del verificatore nominato dal Tar circa il superamento della contestazione dell'attuale appellante secondo cui la *“larghezza di 5,00 mt, larghezza [...] non sarebbe disponibile nella maggior parte del tratto di estendimento previsto”*.

Il verificatore ha, infatti, rilevato che soltanto in alcuni limitati tratti sono riscontrabili larghezze di poco inferiori ai mt. 5,00 e che si tratta in ogni caso di larghezze *“comunque non inferiori a 4,30 m”*, circostanza, quest’ultima, che non è di per sè impeditiva dell’intervento proposto dal Consorzio aggiudicatario, il quale appunto non ha dichiarato di avere bisogno di cinque metri lungo tutto il tratto dell’intervento.

Anzi, il verificatore ha rilevato che *“la larghezza dello scavo occuperebbe all’incirca 1,84 m, con uno spazio residuo rispetto alla fascia di larghezza minima (estesa come si è detto 4,30) pari a 2,46 m sufficienti ad ospitare, almeno da un lato dello scavo, le nuove condotte da posare, secondo quanto previsto dalle fasi 11.6 e 11.7 dell’Allegato G prodotto da CPC”*, oltre ad avere affermato che, *“per quanto concerne l’estensione del sistema di stabilizzatori idraulici anteriori e posteriori della macchina posatubi, utilizzato per aumentare l’area di appoggio, e quindi per ridurre i rischi di perdita di equilibrio del mezzo, essa può essere ragionevolmente contenuta all’interno della fascia di larghezza minima”*.

Ha quindi concluso, nel rispetto di quanto indicato dal Consorzio aggiudicatario nella propria offerta, che *“l’intervento della controinteressata [è] compatibile e realizzabile nell’ambito delle aree già espropriate o comunque a disposizione”* (relazione di verifica, pag. 6).

Non si rinvengono quindi i profili di criticità dedotti da parte appellante in relazione all’attribuzione del punteggio per il sub-criterio 2.1.

17.3. Con ulteriore doglianza contenuta nel medesimo motivo di appello è censurata la valutazione della Commissione riguardante il sub-criterio 2.2, recante *“miglioramento, tramite idonee soluzioni tecniche, dei sistemi di giunzione, ancoraggio e di posa, della condotta adduttrice al fine di minimizzare gli effetti negativi provocati da eventuali esondazioni provenienti dal reticolo idrografico, da ristagni idrici e da cedimenti differenziali del piano di posa”*.

L’appellante ha dedotto l’ingiustizia, per eccesso, dell’attribuzione di 14 punti in favore del Consorzio stabile e, in difetto, l’attribuzione in suo favore di 10 punti sui 20 complessivamente disponibili.

“Il Consorzio, infatti, ha adottato la soluzione di interrare la condotta, scelta assolutamente sconsigliata dai progettisti, e ha ottenuto un punteggio più alto di quella della odierna ricorrente”.

Al riguardo si rileva che ad entrambi i partecipanti non è stato attribuito il massimo del punteggio, al Consorzio aggiudicatario essendone stati attribuiti 14, con uno scarto di sei punti rispetto al massimo di venti.

Detto scarto rende di per sé l'attribuzione del punteggio tecnico, frutto di valutazione discrezionale sindacabile nei termini sopra illustrati, è compatibile con la scelta di interramento.

Il disciplinare di gara consente, infatti, la formulazione di proposte *“migliorative sui sistemi di giunzione, ancoraggio, ubicazione e tipologia del piano di posa della condotta che favoriscano il deflusso delle acque superficiali e che consentano di ridurre gli effetti negativi dei cedimenti differenziali del piano di posa provocati alla variabilità della quota di falda”* (pag. 30).

Esso prevede, quale unica soluzione espressamente non ritenuta idonea dalla stazione appaltante, la posa aerea della condotta (*“è esclusa, per ragioni di carattere ambientale, la posa aerea della condotta”*), lasciando quindi aperta ai concorrenti la possibilità di proporre offerte migliorative differenti finalizzate alla risoluzione delle problematiche indicate (pag. 30).

Nella relazione illustrativa del progetto esecutivo il progettista, in merito alla scelta progettuale di interrare la condotta, ha affermato che *“le caratteristiche dell'acquifero caratterizzante l'area di intervento connesso alla presenza di falda libera, suggerisce di non ripetere la scelta progettuale iniziale causante continui movimenti della condotta attuale e conseguenti “cedimenti” in corrispondenza dei giunti che comportano oneri manutentivi continui”*, con una previsione non ostativa rispetto alla scelta dell'interramento, che appare piuttosto sconsigliata.

A fronte di ciò la stazione appaltante ha in primo grado rappresentato come la scelta progettuale a base di gara di alzare la condotta proponendo una tombatura con sottostante drenaggio (in luogo dell'opzione di abbassare ulteriormente la stessa al di sotto della potenziale falda) è stata dettata da

“indubbi motivi economici --- per rientrare quindi all’interno del limiti di finanziamento cui si è partecipato” e che *“la stessa però non è la migliore soluzione nel caso dell’esondazione del fiume Gornalunga”*: alla luce del PAI, l’area in esame è classificata a elevata pericolosità di esondazione.

Ne deriva che non vi sono sufficienti elementi per affermare che il suddetto scarto di 6 punti rispetto al massimo attribuibile (atteso che al Consorzio aggiudicatario sono stati assegnati 14 punti) non sia compatibile con la scelta dell’interramento delle tubazioni.

Né, in mancanza di ulteriori elementi, rileva la circostanza che all’appellante siano stati attribuiti solamente (in tesi) 10 punti, atteso che non rileva ai fini dell’attribuzione del punteggio per il sub-criterio 2.2 la sola previsione, o meno, dell’interramento delle tubazioni e che le due proposte che si intendono paragonare dovrebbero, entrambe, essere considerate complessivamente e sulla base di un parere avente una connotazione tecnica tale poter superare o almeno insinuare un legittimo dubbio in ordine alla valutazione compiuta dall’organo investito per legge della necessaria competenza tecnica..

Non si rinvengono quindi i profili di criticità dedotti da parte appellante in relazione all’attribuzione del punteggio per il sub-criterio 2.2.

17.4. Con ulteriore profilo è censurata l’attribuzione del punteggio relativo al sub-criterio 2.3, recante *“soluzioni tecniche migliorative volte a monitorare i consumi idrici e ad individuare le eventuali perdite al fine attuare il risparmio idrico, prevenire l’interruzione del servizio irriguo e ridurre i danni provocati da fuoriuscita di acqua dalla condotta”*.

In particolare, è criticata la valutazione della Commissione per avere attribuito all’appellante il medesimo punteggio conseguito dal Consorzio stabile, cioè 7 punti sui 10 disponibili.

La soc. Jonica ha dedotto che, mentre essa avrebbe offerto la realizzazione di un sistema di telecontrollo, il Consorzio aggiudicatario si sarebbe limitato a

offrire il c.d. sistema “S.I.M.P. – Le” per l’individuazione dell’esatta posizione delle perdite in rete.

Dalla relazione generale di cui all’offerta tecnica presentata dal Consorzio aggiudicatario si rileva che le miglorie riguardano più aspetti, essendo prevista l’introduzione di un sistema di misurazione delle portate e di telecontrollo, prevedendo l’installazione, in corrispondenza di ogni nodo di erogazione, di misuratori di portata sia sulla condotta principale sia sulle derivazioni, con trasmissione dei dati via rete GSM al centro di controllo posto presso la sede della stazione appaltante e installazione o integrazione del gestionale di telecontrollo, di un sistema di individuazione delle perdite basato sull’utilizzo della riflettometria nel dominio del tempo e della realizzazione di una linea elettrica lungo la tubazione, nonché dell’installazione di attuatori elettrici e di pompe di svuotamento dei pozzetti in cui sono presenti apparecchiature elettriche.

Sicché viene meno il presupposto di fatto del giudizio di arbitrarietà del punteggio attribuito, riguardante l’offerta, da parte del Consorzio aggiudicatario, del solo sistema “S.I.M.P. – Le” per l’individuazione della posizione delle perdite in rete.

Non si rinvergono quindi i profili di criticità dedotti da parte appellante in relazione all’attribuzione del punteggio per il sub-criterio 2.3.

17.5. Il motivo non è quindi meritevole di accoglimento.

18. Deve quindi essere respinta la domanda demolitoria riproposta con il ricorso in appello. Ciò esime il Collegio dall’esaminare la domanda risarcitoria fondata sull’illegittimità degli atti impugnati.

19. In conclusione l’appello principale è infondato.

20. Il rigetto dell’appello principale, con conseguente conferma della sentenza impugnata in punto di reiezione del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti, rende improcedibile l’appello incidentale, teso a riproporre il ricorso incidentale presentato in primo grado e già dichiarato improcedibile dal Tar per sopravvenuta carenza di interesse.

21. Le spese del presente grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando, respinge l'appello principale e dichiara improcedibile l'appello incidentale, confermando, per l'effetto, la sentenza impugnata.

Condanna parte appellante a rimborsare le spese del presente grado di giudizio al Consorzio di Bonifica 9 di Catania e al Consorzio Stabile Progettisti Costruttori, che si liquidano in euro 2.000,00 a favore di ciascuna di dette parti (euro 4.000,00 complessivi) oltre accessori di legge.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le persone fisiche richiamate e, in particolare, ogni riferimento al legale rappresentante del Consorzio Stabile Progettisti Costruttori.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 4 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Taormina, Presidente

Roberto Caponigro, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere, Estensore

Maria Immordino, Consigliere

Antonino Caleca, Consigliere

L'ESTENSORE
Sara Raffaella Molinaro

IL PRESIDENTE
Fabio Taormina

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.