



Giustizia amministrativa
A cura del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa

**Consigli
Tribunali**

[Indietro](#)

Publicato il 16/11/2017

**N. 01360/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00792/2017 REG.RIC.**



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Tribunale Amministrativo
Regionale per la Lombardia**

**sezione staccata di Brescia (Sezione
Seconda)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 792 del 2017, proposto da:
Gimac Holding S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Davide Tagliaferri e Carlo Contaldi La Grotteria, con domicilio eletto in Brescia, presso lo studio dell'avv. Davide Tagliaferri, via Malta, n. 7;

contro

Società Per L'Aeroporto Civile di Bergamo-Orio al Serio S.A.C.B.O. S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Palmieri e domiciliata in Brescia, ex art. 25 cpa, presso la Segreteria del T.A.R., via Carlo Zima, 3;

nei confronti di

So.Ge.L.M.A. S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Fabrizio Colagiacomini e domiciliata in Brescia, ex art. 25 cpa, presso la Segreteria del T.A.R., via Carlo Zima, 3;

per l'annullamento

- del provvedimento di aggiudicazione della gara per l'affidamento del servizio di "bonifica ordigni bellici in area nord";
- del bando di gara;
- del disciplinare di gara;
- del provvedimento di nomina della commissione giudicatrice;
- del verbale di gara del 23.6.2017;

con conseguente declaratoria di inefficacia del contratto e subentro della ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle società So.Ge.L.M.A. S.r.l. e Società Per L'Aeroporto Civile di Bergamo-Orio al Serio S.A.C.B.O. S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 novembre 2017 la dott.ssa Mara Bertagnolli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La gara in questione (euro 1.389.237,39) è stata bandita da Sacbo, prevedendo l'aggiudicazione con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, attribuendo 60 punti all'offerta economica e 40 all'offerta tecnica.

L'art. 12 del disciplinare, inoltre, specificava che i coefficienti sarebbero stati attribuiti con il metodo del “confronto a coppie”, con un *range* di punteggio variabile tra 1 e 3.

In data 26.7.2017 veniva comunicata l'aggiudicazione definitiva, a seguito della quale la ricorrente ha effettuato plurimi tentativi di esercitare il diritto di accesso agli atti, che è stato, infine, integralmente concesso l'8 agosto 2017.

Secondo la ricorrente, l'offerta risultata aggiudicataria non risponde alle direttive tecniche dettate dal Ministero della Difesa per l'attività di bonifica bellica di cui al DM 28.2.2017, ed alla “Direttiva tecnica GEN-BST 001”. Pertanto doveva essere esclusa (primo motivo). In ogni caso, proprio in ragione del fatto che non fosse in linea con le previsioni tecniche citate, l'offerta della controinteressata è risultata premiata (secondo motivo). La stazione appaltante, inoltre avrebbe

esercitato una – vietata – libertà incondizionata di scelta, sottratta a qualsiasi controllo (terzo motivo). Inoltre, la commissione di gara sarebbe stata composta da soggetti privi della necessaria competenza tecnica (quarto motivo).

Più estesamente, parte ricorrente ha dedotto:

1. Violazione dell'art. 1, co.2, l. n. 177 del 2012, dell'art. 22 d.lgs. n. 66 del 2010, del DM 28.2.2017 (che contiene le direttive e prescrizioni tecniche generali cui le imprese specializzate), e della “Direttiva tecnica GEN-BST 001”. Per l'effetto, violazione degli artt. 68 e 83, co. 9 del d.lgs. n. 50 del 2016. In base a tali disposizioni, il soggetto che intende effettuare la bonifica (in questo caso SACBO), deve preventivamente richiedere un parere vincolante al Genio Militare (art. 3 della Direttiva tecnica), come risulta anche dalla relazione tecnica di SACBO. Ciò presuppone l'invio un “Documento unico di bonifica bellica – DUB”, redatto

dall'impresa in possesso dei requisiti per effettuare la bonifica (cioè l'aggiudicataria della presente gara), seguendo le modalità tecnico operative del BST.

In ragione di ciò la “modalità di gestione del servizio di bonifica bellica” diventa l'elemento cardine dell'offerta tecnica, mentre l'offerta dell'aggiudicataria non conteneva l'illustrazione delle modalità tecniche di esecuzione del servizio, con la conseguenza che la stessa doveva, dunque, essere esclusa;

2. Violazione dell'art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, errore sui presupposti. L'offerta della Sogelma non poteva essere valutata come “preferibile” o addirittura “molto preferibile” rispetto all'offerta della ricorrente, dal momento che solo quest'ultima rispettava le regole tecniche suddette. Ripetendo, dunque, il confronto a coppie, la considerazione di ciò sarebbe stata bastevole a colmare la differenza di punteggio (a favore della Sogelma)

per l'offerta economica (7,104 punti);

3. Violazione degli artt. 18 e 67 della Dir. 2014/24/UE; violazione dell'art. art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016; violazione dell'art. 3 l. n. 241 del 1990; violazione delle Linee guida ANAC n. 2 e, dunque, violazione dei principi di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione. Secondo la normativa comunitaria, quella nazionale di recepimento e la loro interpretazione giurisprudenziale, i criteri di valutazione non devono mai conferire una libertà incondizionata di scelta alle stazioni appaltanti. Il sistema del confronto a coppie prevede che ciascun commissario esprima la propria preferenza (graduandola) tra i vari progetti, esaminandoli due a due, senza necessità di motivazione. Necessità che è esclusa, però, solo nel caso in cui i criteri di valutazione siano stati puntualmente prefissati e, quindi, non in un caso come quello in

esame, in cui non vi sarebbe stata alcuna predeterminazione di criteri precisi e puntuali;

4. Violazione dell'art. 77 del d.lgs. n. 50 del 2016. Solo il Presidente della commissione di gara, ing. Mistrini, potrebbe essere considerato – in astratto – in possesso delle competenze necessarie, dal momento che è responsabile della progettazione e costruzione delle infrastrutture di volo. Egli, però, deve presumersi essere anche il soggetto cui è imputabile la stesura della Relazione tecnica allegata al bando. Essa, in effetti, non risulta firmata, ma proviene dalla “Direzione infrastrutture”, con la conseguenza che, nell'assenza di un diverso nominativo, la paternità deve essere imputata al suo dirigente, l'ing. Mistrini, che, proprio in ragione di ciò non avrebbe potuto essere Presidente della commissione.

Si è costituita in giudizio la Sogelma, precisando che il ricorso presentato dalla ricorrente dopo

aver avuto accesso agli atti sarebbe assolutamente identico a quello presentato avverso la mancata concessione dell'accesso agli atti (censurato il 3 agosto e avvenuto l'8 agosto).

Il primo motivo di ricorso sarebbe del tutto generico e esplorativo, in quanto non evidenzerebbe in che termini l'offerta della ricorrente non sarebbe conforme alla direttiva Gen-Bst, peraltro successiva alla pubblicazione del bando e comunque meno restrittiva. In ogni caso l'aggiudicataria risulta essere già titolare della necessaria autorizzazione ministeriale.

Il secondo motivo, con cui in modo autoreferenziale sostiene che la propria offerta sarebbe migliore, non evidenzia comunque le ragioni di ciò, ferma restando la mancanza della prova di resistenza.

Per quanto attiene al confronto a coppie, la stazione appaltante non si sarebbe arrogata una libertà di scelta illimitata o incondizionata, ma avrebbe solo semplificato e reso

trasparente l'attribuzione dei punteggi, che sarebbe stata, in concreto, debitamente motivata.

Anche SACBO si è costituita, eccependo che la ricorrente non avrebbe tenuto conto del fatto che le istruzioni tecniche sopravvenute in corso di gara non rilevano nell'individuazione

dell'aggiudicatario, ma in sede di esecuzione del contratto, giusta l'apposita previsione degli atti di gara.

La valutazione degli elementi qualitativi di un'offerta mediante il confronto a coppie di tutte quelle presentate, è il risultato composto dei singoli e distinti giudizi discrezionali espressi da ciascun commissario di gara, talché esso non può essere surrogato - come pretende di fare la ricorrente - da una riedizione unitaria, tanto meno in sede giurisdizionale, per definizione soggetta anche all'obbligo motivazionale.

Bene avrebbe fatto, dunque, SACBO ad individuare come criteri

per la valutazione qualitativa dell'offerta le concrete modalità di setaccio, di gestione dei rapporti con le Autorità Militari preposte alla sorveglianza e degli eventuali rinvenimenti, da una parte, e la consistenza della squadra e dei mezzi in dotazione messi a disposizione per l'esecuzione dell'appalto, dall'altra.

Sulla scorta di tutto ciò, l'istanza cautelare formulata in uno con il ricorso principale è stata rigettata.

In vista della udienza pubblica, la controinteressata ha depositato una memoria nella quale ha ribadito la genericità e infondatezza delle censure dedotte nel ricorso e il mancato superamento del giudizio di resistenza, nonché precisato come l'art. 77 del Codice dei contratti, relativo alla formazione della commissione di gara, non avrebbe potuto disciplinare tale attività nella fattispecie in esame, in quanto i settori speciali sarebbero esclusi dal suo ambito di applicazione.

Anche la stazione appaltante ha ribadito la genericità dei primi motivi di ricorso, non avendo saputo, parte ricorrente, evidenziare in quale parte l'offerta risultata aggiudicataria avrebbe violato le prescrizioni normative di settore, nonché l'infondatezza del terzo, ferma restando l'inammissibilità dell'impugnazione delle regole di gara (e in specie dei criteri di valutazione) se non tempestivamente intercorsa (richiamando a tal fine la sentenza del Consiglio di Stato n. 2014 del 2017).

Anche la commissione sarebbe stata correttamente formata, nel rispetto della norma applicabile alla fattispecie, non individuabile nell'art. 77 del Codice degli appalti.

La ricorrente ha inteso precisare che essa non ha revocato in dubbio la legittimità dell'individuazione di due criteri di attribuzione del punteggio o dell'aver utilizzato il metodo del confronto a coppie, l'applicazione del quale non

necessariamente dovrebbe condurre a una motivazione discorsiva. Ciò che ha contestato è stata la combinazione di questi tre aspetti nella fattispecie in esame, in cui i due macro criteri utilizzati sono risultati del tutto generici e il loro numero ridotto sarebbe inidoneo a garantire l'individuazione della migliore offerta attraverso il confronto a coppie, mentre la loro genericità avrebbe imposto un maggior onere motivazionale nell'attribuzione dei punteggi.

Tutto ciò dovrebbe, secondo parte ricorrente, essere valutato “in termini di puro diritto fondandosi sul principio, solido in giurisprudenza, che maggiore è l'ampiezza dei criteri, più stringente è l'obbligo di motivazione”, a prescindere dal fatto che, in concreto, non sia stata dimostrata una non corretta comparazione delle offerte. Il bene leso sarebbe, infatti, rappresentato dall'impossibilità di verificare *ex post* il percorso logico che ha indotto la

commissione a preferire l'offerta della controinteressata.

Quest'ultima ha, peraltro, ribadito le proprie posizioni, evidenziando come le valutazioni della commissione sulle offerte tecniche sarebbero immuni dai vizi dedotti, attesa la sfera di discrezionalità riservata alla commissione di gara.

Alla pubblica udienza del 9 novembre 2017, la causa, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso con cui la Gimac Holding s.r.l. ha censurato la legittimità dell'operato della stazione appaltante nell'aggiudicazione alla controinteressata della gara per l'affidamento del servizio di bonifica dagli ordigni dell'area Nord dell'aeroporto di Orio al Serio non può trovare positivo apprezzamento.

È pur vero, infatti, che la relazione tecnica, tra le prescrizioni tecniche, prevedeva: la “predisposizione del

progetto di bonifica bellica da presentare all'amministrazione militare competente entro 30 (trenta) giorni naturali consecutivi dalla data di aggiudicazione dell'appalto; - supporto tecnico necessario per l'istruzione della pratica di autorizzazione presso il 5°reparto infrastrutture – Ufficio B.C.M. di Padova nonché supporto al personale dell'Ufficio B.C.M. di Padova in fase di sopralluogo e di verifica in cantiere”.

Contrariamente a quanto sostenuto in ricorso, però, alle pagg. 6 e 7 della relazione della Sogelma è dato espressamente conto della normativa tecnica applicabile, tra cui quella richiamata nel motivo di ricorso e si rinviene la precisazione secondo cui i lavori saranno condotti secondo le norme del Capitolato a Stampa edito dal Ministero della Difesa Esercito. Ediz. 1984, nonché sulla scorta del Parere vincolate e delle prescrizioni esecutive particolari che saranno stabilite e rilasciate di volta in volta

dall'Autorità militare competente. È inoltre citata, tra le prestazioni dovute prima dell'inizio del servizio, l'aggiornamento della richiesta di autorizzazione e del progetto di bonifica esistente.

La normativa di riferimento richiamata risulta, dunque, essere la stessa riportata e evidenziata nell'offerta della ricorrente, con la conseguenza che, in assenza di più precise contestazioni circa le disposizioni che non sarebbero state rispettate, il primo motivo di ricorso risulta infondato, prima ancora che inammissibile per la sua formulazione generica e il carattere esplorativo.

Tanto più che l'unica differenza riscontrabile con l'offerta della ricorrente è che in quest'ultima si fa riferimento, nella parte introduttiva, generica, all'ottemperanza alla Direttiva GEN-BST-001 del 26 maggio 2017. Ciò, però, risulta essere privo di rilievo nel caso di specie, non solo perché tale direttiva e le annesse modalità

operative sono state pubblicate posteriormente alla data di pubblicazione del bando, ma anche perché non è stato fornito alcun principio di prova che esse dettino modalità per ottenere il parere vincolante e prescrizioni esecutive diverse da quelle che anche Sogelma ha espressamente dichiarato di intendere rispettare.

La stessa genericità della censura preclude anche l'accoglimento del secondo motivo di ricorso, dal momento che, in assenza di specifiche contestazioni circa i contenuti dell'offerta dell'aggiudicataria, non è nemmeno possibile procedere a verificare se quest'ultima sia stata, effettivamente, illegittimamente preferita a quella della ricorrente, nonostante le, solo asserite, non conformità della stessa alle prescrizioni della vigente normativa e dei relativi atti attuativi.

Per quanto attiene al terzo motivo di ricorso e, dunque, alla valutazione delle offerte, esso

risulta infondato, dal momento che l'attività compiuta dalla stazione appaltante non appare generica, incerta e priva di motivazione, né in astratto, né in concreto.

La tesi di parte ricorrente, secondo cui la fissazione dei criteri di valutazione, in quanto eccessivamente generica, avrebbe garantito alla commissione un'eccessiva discrezionalità, il cui esercizio non sarebbe comunque sindacabile a causa della mancanza di motivazione, non può essere condivisa.

I due criteri di aggiudicazione individuati, infatti, sono stati applicati tenendo conto dei sub-elementi di valutazione specificamente indicati, tutti attinenti all'oggetto dell'appalto: per il primo criterio le modalità di svolgimento del servizio; le modalità di gestione dei rapporti con le competenti Autorità Militari; la modalità di gestione di eventuali ritrovamenti di ordigni bellici, per il secondo, la composizione della

squadra per l'espletamento delle attività, le competenze professionali che la caratterizzano, le attrezzature, i mezzi e le apparecchiature messe a disposizione per l'esecuzione dell'appalto.

Tutti tali elementi sono stati valutati comparando le offerte presentate, attribuendo, nel confronto a coppie, 1 punto per proposte ritenute ugualmente apprezzabili, 2 punti in caso di leggera preferenza per una delle due offerte e 3 punti per il caso di una consistente preferenza.

Il Collegio ritiene che ciò abbia garantito un'adeguata delimitazione della discrezionalità della commissione di gara, nonché la possibilità di comprendere il punteggio assegnato, nei limiti di quanto può essere richiesto. La motivazione desumibile dall'attribuzione del punteggio di gara deve essere ritenuta sufficiente, tenuto conto della opzione per il confronto a coppie e del fatto che

le prestazioni offerte sono state, per tutti i concorrenti, ampiamente condizionate da una normativa di settore che ben definisce le metodologie tecnico-operative. Ciò rende più agevole comprendere, per gli operatori, quali elementi siano stati apprezzati dalla Commissione. Escluso, alla luce di tutto ciò, che possa ravvisarsi una generica violazione dei principi che impongono che il processo logico seguito dalla commissione nell'attribuzione dei punteggi sia intellegibile e tecnicamente sostenibile, nella fattispecie in esame parte ricorrente non ha saputo dimostrare alcuna illegittima applicazione dei criteri di valutazione che la stazione appaltante si è imposta, né alcuna irrazionalità nell'attribuzione dei punteggi, non avendo evidenziato alcuna ragione per cui la sua offerta sarebbe stata illegittimamente sottovalutata rispetto a quella della controinteressata.

A prescindere, dunque, dalla eccezione di tardività della censura rivolta avverso i criteri di aggiudicazione fissati dal bando, quanto dedotto non risulta suscettibile di positivo apprezzamento.

Ciò anche considerato come la giurisprudenza abbia da tempo indicato come soggetti a sindacato debole del giudice amministrativo i singoli punteggi attribuiti nel confronto a coppie, che indicano il grado di preferenza riconosciuto a ogni singola offerta in gara (cfr. Cons. Stato 3105/2015, TAR Sardegna, n. 734/2014) e, più in generale la valutazione delle offerte tecniche, in quanto espressione di discrezionalità tecnica e, quindi censurabili solo criticando la plausibilità dei criteri valutativi o della loro applicazione, ma non anche la singola valutazione, cui il giudice amministrativo non può sostituire la sua.

In linea con il recente arresto giurisprudenziale del Consiglio di

Stato di cui alla sentenza n. 2969/2017, deve, dunque, ritenersi che <<“non sussiste alcun vizio di motivazione laddove il metodo di valutazione è basato sul c.d. confronto a coppie” (cfr., Cons. Stato, sez. III, n.2050/2015). È appena il caso di aggiungere che, una volta accertata la correttezza dell'applicazione del metodo del confronto a coppie ovvero quando non ne sia stato accertato l'uso distorto o irrazionale, non c'è spazio alcuno per un sindacato del giudice amministrativo nel merito dei singoli apprezzamenti effettuati>>.

Con riferimento all'ultima censura, questo Collegio ha già avuto modo di richiamare, quanto alla legittimità della composizione della commissione, il precedente di questo Tribunale, Sez. II, 19 dicembre 2016, n. 1757, secondo cui la norma dell'art. 77 prima parte del D.Lgs. n. 50/2016 (che disciplina la composizione della Commissione di aggiudicazione) è

destinata a valere solo a regime, ovvero dopo che sarà stato creato l'albo dei commissari cui essa allude. Sino a quel momento, ai sensi del comma 12, dello stesso art. 77, la commissione continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante.

Peraltro, come evidenziato dalla controinteressata, il legislatore del 2016 ha esplicitato come gli affidamenti dei settori speciali non siano assoggettati a tale disposizione, per quanto attiene alla competenza dei commissari. Il Collegio non ravvisa, dunque, ragione di discostarsi dal principio affermato dalla giurisprudenza, secondo cui tale requisito “deve essere inteso gradatamente ed in modo coerente con la poliedricità delle competenze di volta in volta richieste in relazione alla

complessiva prestazione da affidare” e “compatibilmente con la struttura degli enti appaltanti, senza esigere, necessariamente, che l'esperienza professionale copra tutti gli aspetti oggetto della gara” (TAR Lombardia, Sez. IV Milano, 24/07/2015, n. 1828; in senso conforme: TAR Lombardia, Sez. II Brescia, 08/01/2011, n. 21; TAR Lazio, Sez. II Roma, 28/01/2016, n. 1242).

Per quanto attiene, infine, all'incompatibilità del Presidente della Commissione di gara, si deve, in primo luogo precisare che, contrariamente a quanto sostenuto dalla stazione appaltante e quanto inteso, in sede di sommaria delibazione dell'incidente cautelare da questo Tribunale, la ricorrente non ha censurato una situazione di incompatibilità a causa della coincidenza tra RUP e componente della commissione di gara, ma, invece, la coincidenza tra Presidente della Commissione di gara e soggetto cui è attribuibile la

paternità dell'elaborato progettuale posto a base della gara, ancorché riportante la generica indicazione “redatto da IFV” e “approvato da DIN”, tenuto conto, in particolare, che la relazione tecnica proviene proprio dalla “Direzione infrastrutture”, diretta dallo stesso ing. Mistrini e cui deve essere attribuita la paternità dello stesso, in assenza di una diversa sottoscrizione degli atti tecnici.

L'ing. Mistrini, in effetti, risulta essere il responsabile della progettazione e costruzione delle infrastrutture di volo dell'aeroporto di Bergamo

Ciò chiarito, ribadita la non applicazione dell'art. 77, sia *ratione temporis*, che in ragione della particolare natura dell'appalto, ricadente nella disciplina dei settori speciali, si ritiene che la designazione sia comunque avvenuta in modo conforme alla norma.

È pur vero, infatti, che l'art. 77 citato ha innovato, con riguardo alla

composizione della commissione giudicatrice non solo con riferimento ai soggetti che possono farvi parte, ma anche con specifico riferimento alla figura del Presidente. Nel codice previgente (comma 4 dell'art. 84 del d. lgs. 163/2016) si affermava che “I commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”. Oggi tale distinzione è scomparsa, con la conseguenza che deve essere esclusa dalla partecipazione alla commissione qualsiasi figura che abbia precedentemente svolto attività di preparazione degli atti di gara. Ma proprio il fatto che il legislatore abbia chiarito, al comma 13, come “Il presente articolo non si applica alle procedure di aggiudicazione di contratti di appalto o concessioni effettuate dagli enti aggiudicatori che non siano amministrazioni aggiudicatrici

quando svolgono una delle attività previste dagli articoli da 115 a 121”, appare sufficiente a escludere che l’innovativa disciplina dovesse trovare applicazione nel caso di specie, ricadente in quella speciale ai sensi dell’art. 119 del d. lgs. 50/2016.

Così respinto il ricorso, le spese del giudizio seguono l’ordinaria regola della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio, che liquida, a favore della stazione appaltante e dell’aggiudicataria, nella somma di euro 2.000,00 (duemila/00) ciascuna, per un totale di euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre ad accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso in Brescia nella camera
di consiglio del giorno 9 novembre
2017 con l'intervento dei magistrati:

Alessandra Farina, Presidente

Mara Bertagnolli, Consigliere,

Estensore

Alessio Falferi, Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Mara Bertagnolli	Alessandra Farina

IL SEGRETARIO

© 2014 - giustizia-amministrativa.it

[Mappa del sito](#)

[Guida al sito](#)

[Regole di accesso](#) [Accessibilità](#)

[Condizioni di utilizzo](#) [Informativa privacy](#)