



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4497 del 2012, proposto dalla Tea SEI S.r.l. - Servizi Energetici Integrati, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Massimo Colarizi ed Ermes Coffrini, con domicilio eletto presso il primo in Roma, viale Bruno Buozzi 87;

contro

Comunità Montana di Valle Sabbia, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Alessandro Lolli, Adriana Vassalini e Aristide Police, con domicilio eletto presso il terzo in Roma, Via di Villa Sacchetti 11;

nei confronti di

Società Italiana per il Gas S.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Marco Reggiani e Nicola Bassi, con domicilio eletto presso l'avv. Giovanni Battista Conte in Roma, Via E. Q. Visconti 99; Comune di Bagolino, Comune di Gavardo, Comune di Rezzato e Comune di Villanuova sul Clisi;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA DI BRESCIA, SEZIONE II, n. 823/2012, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di distribuzione e misura del gas naturale.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Comunità Montana di Valle Sabbia e della Società Italiana per il Gas S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 febbraio 2015 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati Massimo Colarizi, Aristide Police e Nicola Bassi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 La Comunità Montana di Valle Sabbia con disciplinare del 29 novembre 2010 indicava una procedura aperta per l'affidamento del servizio di distribuzione e misura del gas naturale sul territorio dei Comuni di Bagolino, Gavardo, Rezzato e Villanuova sul Clisi, per la durata di 12 anni, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla gara partecipavano la TEA SEI s.r.l. – Servizi Energetici Integrati (di seguito, la TEA), collocatasi al secondo posto con 71,20 punti (11,20 per l'offerta tecnica e 60,00 per l'offerta economica), e la SOCIETÀ ITALIANA PER IL GAS S.P.A. – ITALGAS (di seguito, l'Italgas), risultata vincitrice con 72,54 punti (36,05 per l'offerta tecnica e 36,49 per l'offerta economica).

Dopo la verifica di congruità il responsabile del Servizio competente aggiudicava definitivamente il servizio alla prima graduata con determinazione n. 36 del 16 marzo 2011.

2 La TEA, con ricorso al T.A.R. per la Lombardia – Sezione di Brescia notificato il 19 aprile 2011 e ritualmente depositato, insorgeva contro tale aggiudicazione, i verbali di gara e la delibera di nomina della Commissione giudicatrice.

La ricorrente, oltre a domandare l'annullamento dei provvedimenti impugnati, richiedeva il risarcimento del danno, in forma specifica, con eventuale dichiarazione di inefficacia del contratto concluso con la concorrente, oppure per equivalente.

Le censure poste a fondamento del gravame sono state sintetizzate dal Tribunale adito come segue:

(i) violazione dell'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163/2006, in quanto la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa per aver commesso un errore grave nell'esercizio della propria attività professionale, errore da essa non dichiarato in sede di gara ma sanzionato dall'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas (AEEG) con deliberazione del 16 marzo 2011 VIS 41/11;

(ii) incompetenza e violazione dell'art. 84 del d.lgs. n. 163/2006, in quanto la Commissione giudicatrice era stata nominata dalla giunta della Comunità Montana anziché da un dirigente e, inoltre, i suoi componenti esterni non erano stati scelti con il sistema della rosa di candidati;

(iii) violazione dell'art. 75, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006, non essendo stato chiarito il motivo del dimezzamento della cauzione provvisoria della controinteressata;

(iv) difetto di motivazione circa i punteggi attribuiti alla controinteressata per l'offerta tecnica.

3 Con un successivo atto di motivi aggiunti notificato il 7 luglio 2011 la ricorrente focalizzava il proprio esame su un antefatto della procedura di gara, ossia la decisione della Comunità Montana, assunta con determinazione dirigenziale n. 29 del 17 novembre 2009, di affidare alla Secoval s.r.l. l'incarico di predisporre lo studio

tecnico preliminare alla gara, ivi compresa la stima degli impianti per il calcolo del rimborso al concessionario uscente.

La Secoval s.r.l. era stata incaricata di tanto quale società *in house* ai sensi dell'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006 n. 223, per un corrispettivo pari a € 206.940 (ossia € 1,25 + IVA per ogni abitante dei comuni aderenti). Essa aveva però a sua volta commissionato lo studio a una società di consulenza, la Pubblitecnica Consulenza e Formazione s.r.l.. E aveva stipulato il suo accordo con tale società ancor prima di ricevere il proprio incarico, precisamente il 30 luglio 2009, per un corrispettivo prossimo a quello pattuito con la Comunità Montana (€ 1,20 + IVA per ogni abitante dei comuni aderenti).

Ciò posto, la ricorrente in questo secondo incarico ravvisava una violazione degli artt. 124 e 125 del d.lgs. n. 163/2006, deducendo che, anche quando una società *in house* si avvale delle prestazioni di terzi, dovrebbe utilizzare procedure a evidenza pubblica.

4 Con un ulteriore atto di motivi aggiunti notificato il 25 ottobre 2011 la ricorrente, infine, a seguito del deposito da parte della Comunità Montana della documentazione richiesta in via istruttoria dal T.A.R., integrava i propri argomenti critici a proposito dell'incarico alla società di consulenza e dei punteggi relativi all'offerta tecnica.

5 La Comunità Montana e la controinteressata si costituivano in giudizio in resistenza all'impugnativa, chiedendo la reiezione del ricorso e dei motivi aggiunti.

6 All'esito il Tribunale adito, con la sentenza n. 823/2012 in epigrafe, respingeva integralmente l'impugnativa, giudicata infondata.

7 Seguiva avverso tale decisione la proposizione del presente appello alla Sezione da parte della soccombente, la quale, con l'articolazione di quattro mezzi di gravame, riproponeva le proprie censure di legittimità e contestava gli argomenti con i quali le medesime erano state disattese dal primo Giudice.

La Comunità Montana e l'Italgas si costituivano anche nel nuovo grado di giudizio in resistenza all'appello, deducendone l'infondatezza e chiedendone il rigetto (la prima riproponeva anche le proprie eccezioni in rito di primo grado finite assorbite). La TEA insisteva con successiva memoria sulle proprie deduzioni per l'accoglimento dell'appello.

Le appellate depositavano infine degli scritti di replica.

Alla pubblica udienza del 3 febbraio del 2015 la causa è stata trattenuta in decisione.

8 Rileva la Sezione che la sicura infondatezza dell'appello consiglia di concentrarsi subito sulla disamina dei suoi motivi, prescindendo dal vaglio delle eccezioni di inammissibilità riproposte dall'Amministrazione appellata.

9 Il primo motivo di appello riprende la circostanza che l'aggiudicataria sarebbe incorsa in un errore grave nell'esercizio della propria attività professionale, errore da essa non dichiarato in sede di gara ma pur sempre sanzionato dall'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas con deliberazione del 16 marzo 2011.

9a Il Tribunale ha rigettato la censura osservando, in sintesi: per un verso, che la mancanza emersa non sarebbe stata così grave da costituire un motivo di esclusione dalle gare per l'aggiudicazione di servizi analoghi; per altro verso, che all'aggiudicataria non poteva ascriversi un'omissione dichiarativa sul punto, poiché la sanzione non solo era successiva (16 marzo 2011) al termine di presentazione delle domande (24 gennaio 2011), ma era stata irrogata lo stesso giorno dell'aggiudicazione e pubblicata in data ancora posteriore, sì da costituire un fatto sopravvenuto a gara ormai ultimata.

9b Le critiche che il presente appello sviluppa avverso questo capo della sentenza di prime cure si svolgono, sempre in sintesi, sui seguenti piani argomentativi.

L'appellante contesta la valutazione espressa dal T.A.R. circa la non gravità della mancanza avversaria, e questo tanto nel merito quanto, ancor prima, sotto il profilo della non spettanza del relativo apprezzamento al Giudice, in quanto lo stesso

sarebbe semmai stato di pertinenza della Stazione appaltante, cui il Tribunale non poteva sostituirsi.

La TEA insiste, inoltre, sulla tesi che la concorrente sarebbe venuta meno ad un obbligo di dichiarazione del fatto all'Amministrazione, deducendo che il comportamento aziendale sanzionato era in se stesso anteriore alla gara, e che il procedimento sanzionatorio era iniziato già prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte. La dichiarazione omissiva dell'Italgas, inoltre, tacendo sulla vicenda, non aveva posto l'Amministrazione in condizione di esprimere le proprie valutazioni al riguardo.

9c Il motivo è infondato.

9c1 Con riferimento alla causa di esclusione prevista dalla lett. f) dell'art. 38 d.lgs. n. 163/2006, la Sezione ha già avuto modo di osservare che, pur essendo indiscutibile che *“il sistema normativo non presuppone il necessario accertamento in sede giurisdizionale del comportamento di grave negligenza o malafede tenuto dall'aspirante partecipante, deve però reputarsi indeclinabile la valutazione che la stessa amministrazione abbia fatto, in sede per l'appunto amministrativa, del comportamento tenuto in altri e precedenti rapporti contrattuali dal soggetto che chiede di partecipare alla nuova procedura selettiva”*. Donde la necessità che in sede amministrativa siano state già definitivamente accertate le condotte integranti la *“grave negligenza o malafede”* del contraente (cfr. le decisioni nn. 1716 del 14 aprile 2008, 296 del 27 gennaio 2010, e 1154 del 28 febbraio 2012)

Affinché la causa di esclusione in discussione possa dirsi integrata, pertanto, occorre che anche il *“grave errore”* nell'esercizio dell'attività professionale sia stato preventivamente accertato in sede amministrativa, non essendo sufficiente, al riguardo, la mera pendenza di un procedimento amministrativo che in un simile accertamento potrebbe sfociare nel futuro.

9c2 Posta questa premessa, è conseguente osservare che l'obbligo di dichiarazione previsto dall'all. D al disciplinare di gara, riguardando il fatto che i concorrenti non

versassero in alcuna delle cause di esclusione dettate dall'art. 38 d.lgs. n. 163/2006 (ivi inclusa quella della sua lett. f)), era configurabile solo in presenza di fattispecie concrete di violazione - grave negligenza, mala fede, errore grave - già accertate in sede amministrativa, e non anche rispetto a fattispecie per le quali esisteva solo un procedimento di accertamento ancora *in itinere*.

Rispetto a quest'ultima evenienza la *lex specialis* non imponeva, quindi, alcun obbligo dichiarativo. E tanto impone di escludere che all'Italgas possa essere ascritta una dichiarazione omissiva.

Essa non era tenuta a rendere la dichiarazione dell'errore professionale di cui si tratta dal momento che questo era, allora, ancora in corso di accertamento. Fintanto che il suddetto procedimento era pendente, del resto, l'impresa poteva ragionevolmente confidare che le proprie deduzioni difensive avrebbero potuto anche portare alla sua archiviazione.

9c3 Il relativo accertamento amministrativo da parte dall'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas si è poi concluso, con la deliberazione del 16 marzo 2011, solamente lo stesso giorno dell'aggiudicazione definitiva, ed è stato pubblicato a gara ormai chiusa, sì da integrare rispetto ad essa effettivamente solo un fatto sopravvenuto, come ha già bene osservato il primo Giudice.

La difesa della Stazione appaltante ha riferito, inoltre, che l'Amministrazione, una volta appreso della sanzione inflitta all'aggiudicataria, non ha ritenuto di attivarsi in dipendenza di essa, in quanto non vi sarebbe stata ragione di ritenere che quello da ultimo accertato costituisse un "*grave errore professionale*" ai sensi dell'art. 38 cit..

E va da sé che, ove mai la TEA avesse inteso dolersi dell'omessa attivazione della Comunità Montana dopo l'aggiudicazione, essa avrebbe dovuto seguire, in tal caso, la procedura del silenzio rifiuto.

9c4 Questo primo motivo di appello va dunque respinto.

10 Il secondo mezzo dedotto dalla TEA verte sulle valutazioni assegnate dalla Commissione alle offerte tecniche delle due contendenti, rispettivamente apprezzate con punti 11,20 (quella dell'appellante) e punti 36,05 (quella dell'Italgas).

10a La TEA, con riferimento a ciascuno dei sette elementi di valutazione dell'offerta tecnica declinati dall'art. 12 del disciplinare, ha dapprima compiuto, di volta in volta, una comparazione dettagliata delle due offerte, per desumerne indi che i singoli punteggi attribuiti alle medesime dalla Commissione si sarebbero dimostrati incongrui.

10b Il Tribunale, pur attenendosi all'impostazione dell'impugnativa, ha concluso, invece, praticamente per tutti gli aspetti della valutazione amministrativa (tranne che per l'elemento B6, rispetto al quale le due offerte avevano ottenuto lo stesso punteggio), nel senso che il differenziale di punteggio registrabile nei singoli casi si presentava in concreto giustificabile/ragionevole alla luce delle particolari caratteristiche dell'offerta aggiudicataria caso per caso evidenziate.

10c La TEA con il proprio appello ripropone pertanto in questa sede le proprie doglianze, addebitando al primo Giudice l'errore di essersi sostituito, con le proprie valutazioni di merito, alla Commissione competente.

10d Nemmeno questo motivo può tuttavia ottenere uno scrutinio favorevole.

10e La Sezione ritiene di dover subito sgombrare il campo dalla critica di difetto di motivazione mossa dalla TEA con riguardo all'elemento di valutazione B1.

La doglianza si manifesta infondata. Vero è, infatti, che la scheda n. 5 redatta dalla Commissione contiene solo dei punteggi numerici, e non anche una motivazione testuale. Ma è altrettanto vero, e decisivo, il fatto che una motivazione sia agevolmente desumibile, anche sotto il profilo dell'elemento B1, dalle precedenti schede contrassegnate dai nn. 1-4, recanti un articolato raffronto delle offerte in competizione con riferimento a tutti i punti da B1 a B4.

10f Il motivo in trattazione, al di là dell'aspetto testé esaminato, è inammissibile.

Occorre subito evidenziare il carattere di globalità delle contestazioni mosse dalla TEA ai giudizi della Commissione, contestazioni che hanno investito la generalità degli elementi di apprezzamento dell'offerta tecnica stabiliti dalla *lex specialis*, e pertanto le valutazioni espresse dalla Commissione nella loro interezza.

In questo contesto la doglianza di fondo mossa dalla TEA, quella dell'inadeguatezza dei punteggi conferiti dalla Commissione, conferma in modo eloquente la connotazione rinnovatoria integrale del sindacato giurisdizionale richiesto.

In sostanza, con il presente mezzo si è chiesto al Giudice di ripetere il confronto tra le offerte in competizione già svolto dalla competente Commissione.

Le contestazioni di parte, cioè, più che promuovere un sindacato di legittimità di precisi e ben determinati snodi della specifica azione amministrativa, sono abbondantemente sconfinata - snaturando tale sindacato - nella sostanziale richiesta del rifacimento globale di questa, da parte del Giudice, in sostituzione dell'Amministrazione competente.

Già per queste ragioni il motivo deve essere giudicato inammissibile.

La sua inammissibilità si riscontra, peraltro, anche nei contenuti che sono stati conferiti allo stesso mezzo (come del resto eccepito dall'Italgas nella memoria del 16 gennaio 2015), posto che con esso è stato in sostanza chiesto al Giudice adito di sindacare il merito delle valutazioni delle offerte tecniche espresse dall'Amministrazione, anche per questo aspetto, dunque, sostituendovisi.

E' particolarmente significativo che al primo Giudice, che ha dato seguito all'impostazione di parte ricorrente proprio verificando caso per caso i punteggi assegnati, la TEA abbia rivolto altrettante volte, in questa sede, la critica di essersi sostituito alla Commissione.

Il fatto è che siffatta inammissibile sostituzione discende, in realtà, dalla natura stessa del sindacato preteso dalla ricorrente, e si sarebbe perciò parimenti profilata ove il giudizio del T.A.R. si fosse concluso in senso opposto (ossia favorevole alla TEA).

Una volta puntualizzato, infatti, che le valutazioni della Commissione sono state debitamente motivate, e che le deduzioni di parte non pervengono a delineare l'esistenza di apprezzamenti manifestamente irragionevoli o travisati (il che sembra in qualche modo avvertito dalla deducente per prima, allorché si è indotta a sottoporre l'intero arco degli apprezzamenti della Commissione a censura, e questo compiendo un esercizio critico sostanzialmente omogeneo), le doglianze mosse ai punteggi dati dalla Commissione non possono che risultare inammissibili.

Ciò in quanto le argomentazioni dell'appellante si limitano, in sostanza, a contrapporre alle valutazioni della Commissione l'opinamento soggettivo della parte circa la maggiore meritevolezza della propria offerta, con un'impostazione che come tale non può accedere allo scrutinio di legittimità.

Questa Sezione, anche di recente, ha avuto modo di ricordare (decisione 22 gennaio 2015, n. 257), invero, che costituisce *jus receptum* che le valutazioni operate dalle Commissioni di gara sulle offerte tecniche presentate dalle imprese concorrenti, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, sono sottratte al sindacato di legittimità del Giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie, ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti (Sez. V, 26 marzo 2014, n. 1468; 23 giugno 2014, n. 3132; III, 13 marzo 2012, n. 1409), o vengano in rilievo specifiche censure circa la plausibilità dei criteri valutativi o la loro applicazione (III, 19 gennaio 2012, n. 249). Anche il secondo motivo deve perciò essere disatteso.

11 Il terzo mezzo, di carattere subordinato ai precedenti, ripropone le censure procedurali attinenti alla nomina della Commissione e alla sua composizione.

11a Il Tribunale ha respinto la prima di tali doglianze osservando che, anche se la nomina della Commissione è un atto gestionale rientrante tra le competenze dirigenziali, la circostanza che nello specifico si fosse avuta una doppia nomina

conforme, nella stessa giornata, da parte della giunta della Comunità Montana e del dirigente competente, non aveva leso le prerogative dirigenziali.

Con il presente appello si obietta che il *modus procedendi* descritto non era stato solo “*inutilmentetuzioristico*”, in quanto l’organo giuntale, con l’occuparsi della nomina della Commissione, si era comunque arrogato una competenza che non gli spettava, condizionando inevitabilmente le decisioni del dirigente e relegandone l’intervento ad un ruolo marginale di mera presa d’atto della decisione altrui.

La critica così mossa alla decisione del primo Giudice non è però convincente.

Il fatto che la nomina della Commissione sia stata compiuta dal dirigente competente è per definizione sufficiente ad escludere che la prima possa dirsi affetta dal vizio di incompetenza.

La parallela deliberazione n. 4/2011 contestualmente assunta con lo stesso contenuto dalla giunta (giustificata dall’Amministrazione con le incertezze manifestate dalla giurisprudenza in materia) non può che risultare sotto questo profilo ininfluente (*utile per inutile non vitiatur*).

Infine, l’asserto che il peculiare *modus procedendi* seguito dall’Amministrazione abbia minorato in concreto la libertà di decisione del dirigente costituisce una congettura a sostegno della quale non è stato fornito alcun elemento di supporto.

11b Si può quindi senz’altro passare ad esaminare la doglianza di parte relativa alla composizione della stessa Commissione.

Il rilievo è incentrato sull’inosservanza della previsione dell’art. 84, comma 8, lett. a), del d.lgs. n. 163/2006, che dispone che dell’organo possano fare parte professionisti esterni scelti nell’ambito di un elenco formato sulla base di rose di candidati fornite dagli ordini professionali.

Il T.A.R. ha opposto in proposito alla ricorrente, in primo luogo, che tale norma non era direttamente applicabile alle procedure per l’affidamento di servizi pubblici, né l’Amministrazione si era autovincolata a rispettarla con il proprio disciplinare. In

secondo luogo, che, poiché nel caso concreto erano stati nominati gli stessi commissari esterni già individuati per una “gara gemella” relativa ad altro lotto (ossia al medesimo servizio presso altri comuni associati), gara per la quale era stato sostanzialmente seguito l’*iter* previsto dalla norma (nominandosi, precisamente, gli unici due professionisti che avevano fatto domanda e inviato il curriculum), l’operato dell’Amministrazione aveva comunque raggiunto un risultato di trasparenza equivalente a quello invocato.

La TEA con il presente appello deduce, quanto al primo aspetto, che era stata la giunta della Comunità Montana, con la delibera n. 4 del 2011 (qui menzionata già nel paragrafo precedente), a dichiarare la propria intenzione di attenersi alla norma indicata; quanto al secondo aspetto, che non risultava che nella suddetta “gara gemella” il disposto dell’art. 84 cit. fosse stato rispettato.

L’appellante in questa maniera non ha però dimostrato, in realtà, né che fosse intervenuto un autovincolo al rispetto della norma in discussione (che nella parte concernente le rose di candidati espresse dagli ordini professionali costituisce una disposizione di dettaglio, e non assurge certo a principio), né che la norma stessa fosse stata nella sostanza violata.

La TEA non ha contestato la valutazione del primo Giudice circa l’inapplicabilità in forma diretta della norma di cui si tratta (giusta l’art. 30 d.lgs. n. 163/2006) alle procedure per l’affidamento di servizi pubblici.

L’applicazione della norma alla procedura in esame potrebbe giustificarsi, allora, solo in forza di un richiamo fatto ad essa da parte della normativa di gara, e dunque sulla base di un autovincolo espresso dell’Amministrazione (Sez. V, 3 maggio 2012, n. 2552; 2 maggio 2013, n. 2385; 1° dicembre 2014, n. 5915).

Un autovincolo rilevante nel senso indicato, tuttavia, è solo quello che sia eventualmente rinvenibile nella *lex specialis* della singola procedura, laddove nel caso

specifico è incontestato che la *lex propria* della gara in controversia non richiamasse la previsione del Codice dei contratti pubblici che la TEA assume violata.

Né ha rilievo il fatto che dei richiami al citato art. 84 fossero contenuti nella delibera di Giunta n. 4/2011, dal momento che la medesima non costituiva affatto una fonte disciplinatrice della procedura. E tanto meno tale delibera potrebbe apparire suscettibile di autovincolare la nomina della Commissione, se si considera che proprio tale nomina costituiva già il suo contenuto.

Va infine posto in evidenza che la TEA, che aveva l'onere di confutare le affermazioni del primo Giudice, non ha portato alcun preciso e puntuale argomento per dimostrare che la procedura della “gara gemella”, i cui componenti esterni erano stati impiegati, non fosse stata sostanzialmente rispettosa della norma di cui si tratta.

11c Anche il terzo motivo di appello va pertanto respinto.

12 Il mezzo che residua pone nuovamente l'accento sul fatto che lo studio tecnico preliminare alla gara, comprensivo della stima degli impianti per il calcolo del rimborso al concessionario uscente, sarebbe stato affidato in violazione delle regole dell'evidenza pubblica.

12a Il T.A.R. ha disatteso la doglianza con le seguenti considerazioni.

Il fatto che lo studio tecnico preliminare sia stato acquisito senza le garanzie dell'evidenza pubblica non ha riflessi negativi sulla legittimità della gara, non esistendo un collegamento giuridico tra la procedura in contestazione e quella, precedente, che ha consentito alla Stazione appaltante di raccogliere il materiale preparatorio all'uopo occorrente. L'irregolarità di tale fase di preventiva raccolta potrebbe condizionare la successiva procedura di gara solo ove il materiale preparatorio trasfuso nella *lex specialis* fosse sottoposto a censure di legittimità per il suo contenuto. Nel caso in esame, tuttavia, non vi sono contestazioni sui risultati dello studio tecnico preliminare, e dunque le vicende che hanno portato alla sua formazione risultano irrilevanti.

12b Con il presente appello anche questo capo di decisione è sottoposto a critica.

La TEA richiama l'attenzione sul fatto di avere impugnato a suo tempo, tra l'altro, anche l'atto a monte che aveva deciso l'avvio della procedura di gara, il quale aveva approvato tutti gli atti preparatori sulla base dell'errato presupposto che questi fossero stati redatti *in house* dalla Secoval s.r.l., società partecipata dai Comuni.

L'appellante deduce, inoltre, l'esistenza di una stretta interdipendenza tra le fasi preparatoria, di indizione e sviluppo della procedura, e su tale base contesta che l'irregolarità da essa denunciata possa essere reputata priva d'influenza sulla legittimità della gara in contestazione. Prima del "contenuto", si osserva, occorre occuparsi dello strumento formale che lo racchiude, e verificare che questo si sia formato a norma di legge

12c La Sezione è però dell'avviso che la decisione impugnata meriti conferma anche sotto questo conclusivo profilo.

Non può non essere condivisa, in primo luogo, la sottolineatura del Tribunale circa la completa autonomia del procedimento di scelta del consulente che ha contribuito all'impostazione degli atti di gara rispetto al procedimento a valle nel quale la gara stessa è consistita, la quale ha integrato una serie procedimentale del tutto distinta ed autosufficiente.

Il primo procedimento non era inteso, infatti, a dar vita ad un provvedimento presupposto, e pertanto ad una condizione giuridico-formale tassativamente prescritta dalla legge per la validità dell'attività provvedimentale successiva, ma integrava solo un semplice antecedente della gara oggetto di controversia.

Donde la conseguenza che non esistevano le premesse per un'automatica e indiscriminata trasmissione delle eventuali irregolarità del primo procedimento in pregiudizio della validità del secondo, ma un vizio di quest'ultimo poteva discendere unicamente dalla circostanza che in esso fosse stato utilizzato materiale preparatorio di contenuto sostanzialmente viziato, o altrimenti intrinsecamente inaffidabile.

Come ha ben detto la difesa dell'Amministrazione, infatti, una cosa è un contratto di consulenza, ed altra è il prodotto della relativa attività, laddove questo secondo non è in grado di risentire alcuna conseguenza per un'eventuale illegittimità della sola procedura che ha condotto alla stipula del primo.

Tutto ciò posto, la TEA non ha mai contestato la sostanza dei risultati del suddetto studio tecnico preliminare, e nemmeno adombrato che l'irregolarità procedurale da essa denunciata si sia potuta tradurre in indicazioni difettose degli atti a base della gara oggetto di controversia.

Sicché anche questo suo mezzo deve essere disatteso.

13 Per le ragioni che sono state esposte l'appello nel suo complesso deve dunque essere respinto, siccome infondato.

Le spese processuali del presente grado sono liquidate secondo la soccombenza dal seguente dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna la società appellante al rimborso alle appellate costituite delle spese processuali del presente grado, che liquida in favore di ciascuna delle due aventi diritto nella misura di euro cinquemila oltre gli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 3 febbraio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/03/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)