Pubblicato il 07/10/2022

N. 00166/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00135/2022 REG.RIC.

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 135 del 2022, proposto da

Farid Industrie S.p.A., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo Brunetti e Alfredo Vitale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Dolomiti Ambiente S.r.l., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Lilli, Luciano Mastrovincenzo e Fabio Massimo Pellicano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Omb Technology S.p.A., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Alberto Salvadori, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

per l'annullamento, previa misura cautelare

- del provvedimento di Dolomiti Ambiente Srl datato 3.08.2022 recante: *"Gara a procedura aperta telematica per la Fornitura veicoli per la raccolta di rifiuti a caricamento posteriore – Lotti 1 – 2 – 3 - 4 (Rfq 1443-1444-1445-1446) - Aggiudicazione efficace OMB Technology"* con specifico riferimento al lotto 4 – CIG CIG 92414784E6

- dei provvedimenti e verbali della commissione di gara e/o dei provvedimenti della stazione appaltante in particolare nella parte in cui dispongono il soccorso istruttorio a favore di OMB consentendole l'integrazione postuma dell'offerta tecnica e quindi l'ammissione alla gara dell'offerta della OMB Technology spa in luogo della sua esclusione per incompletezza e non conformità alle previsioni del disciplinare di gara;

- dei provvedimenti e verbali della commissione di gara e/o dei provvedimenti della stazione appaltante in particolare nella parte in cui sono redatti in violazione dei principi sulla verbalizzazione delle operazioni di gara, sono formati in violazione del principio di trasparenza e per gli altri profili d'illegittimità indicati nella parte in diritto;

- del provvedimento di nomina della commissione di gara.

- della disciplina di gara nel suo complesso e, in particolare, nei limiti dell'interesse, nella parte in cui stabilisce i criteri di valutazione e le cause di esclusione.

- Ove occorra, della delibera/determina a contrarre, non conosciuta;

- di ogni altro atto ai suddetti comunque collegato o connesso, sia antecedente che successivo.

nonché per l'annullamento e/o declaratoria di inefficacia,

previa sospensione dell'efficacia

- del contratto eventualmente sottoscritto nelle more della definizione del giudizio, ex

art. 122 c.p.a., oltre che per l'eventuale violazione del termine dilatorio di cui all'art. 2, co. 9, d.lgs. n. 50/2016,

e per la condanna

- dell'Amministrazione resistente al risarcimento del danno ingiusto subito dalla ricorrente per effetto degli impugnati provvedimenti, da risarcirsi, in via principale, in forma specifica mediante subentro o, in subordine, rinnovazione della gara, ovvero, solo in estremo subordine, per equivalente mediante il pagamento di una cifra a ristoro dei danni subiti e subendi da quantificarsi in corso di causa anche in via equitativa, unitamente ad interessi e rivalutazione monetaria.

Nonché per l'annullamento

(per la istanza ex art. 116 comma 2 c.p.a.)

- del diniego parziale di accesso, del tutto immotivato ed inespresso, concretatosi nella consegna alla ricorrente della relazione tecnica dell'aggiudicataria con molte parte oscurate e recanti la dicitura *"riservato"*;
- di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali, successivi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Dolomiti Ambiente S.r.l. e di Omb Technology S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 29 settembre 2022 il dott. Fulvio Rocco e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1.1.La ricorrente, Farid Industrie S.p.a. (d'ora in poi Farid) espone che la Dolomiti Ambiente S.r.l. (di seguito anche Dolomiti), previa determina a contrarre non conosciuta, con bando pubblicato sulla GUCE in data 20.05.2022 ha indetto una procedura di gara per l'affidamento di un appalto che ha per oggetto la fornitura, suddivisa in 4 lotti, di n. 8 veicoli con P.T.T. 18 e 26 t per la raccolta di rifiuti a caricamento posteriore, di cui 2 a trazione elettrica.

I lotti sono così contraddistinti:

- 4 Rfq 1443 - Lotto 1 – Fornitura n. 2 veicoli con P.T.T. pari a 26 t completi di attrezzatura per la raccolta di rifiuti a caricamento posteriore - Codice CIG 9241313CBA, per un importo complessivo presunto di Euro 480.000,00 + IVA. Rfq 1444

- Lotto 2 – Fornitura n. 4 veicoli con P.T.T. pari a 18 t completi di attrezzatura per la raccolta di rifiuti a caricamento posteriore - Codice CIG 92413299EF, per un importo complessivo presunto di Euro 800.000,00 + IVA. Rfq 1445

- Lotto 3 – Fornitura n. 1 veicolo con P.T.T. pari a 26 t a trazione elettrica completo di attrezzatura per la raccolta di rifiuti a caricamento posteriore - Codice CIG 924143516B, per un importo complessivo presunto di Euro 420.000,00 + IVA. Rfq 1446

- Lotto 4 – Fornitura n. 1 veicolo con P.T.T. pari a 18 t a trazione elettrica completo di attrezzatura per la raccolta di rifiuti a caricamento posteriore - Codice CIG 92414784E6, per un importo complessivo presunto di Euro 400.000,00 + IVA.

Il criterio di aggiudicazione prescelto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Sono previsti 70 punti per l'offerta tecnica e 30 punti per l'offerta economica.

I criteri di valutazione (identici per tutti i lotti) sono in tutto undici e sono elencati in un allegato al disciplinare di gara.

Alcuni criteri valutativi prevedono l'attribuzione non sulla base di una valutazione qualitativa dell'offerta ma sulla base della presenza o meno negli autocompattatori offerti di determinate caratteristiche tecnico/costruttive.

Quindi si tratta di criteri cc.dd. *on/off*, del tutto svincolati da una valutazione qualitativa e dalla possibilità di graduare il punteggio relativo al singolo criterio di valutazione in proporzione al grado qualitativo degli apparati e sistemi in considerazione.

Per il criterio 1 *"Cabina ad alta visibilità, con accesso ribassato e pavimento piatto"* sono previsti 15 punti in presenza della caratteristica e 0 punti in assenza della stessa.

Per il criterio 4 *"Presenza di sospensioni pneumatiche sull'asse anteriore"* sono previsti 3 punti in presenza della caratteristica e 0 punti in assenza della stessa.

Per il criterio 5 *"Sistema di condizionamento aria abitacolo"* è previsto un punteggio di 2 punti per GWP < 150 (a prescindere dal valore effettivo) ed un punteggio di 0 punti per GWP ≥ 150; Per il criterio 6 *"Velocità di compattazione"* sono previsti 5 punti per *"Compattazione durante il trasferimento (TRASFERIMENTO)* e 3 punti per *"Tempo di compattazione inferiore a 15 secondi"*.

Per il criterio 8 *"Sistema di rilevamento di pedana occupata"* sono previsti i seguenti punteggi: *"Dispositiv"o a cella di carico (PESO)"*: 4 punti*; "Dispositivo con sensore ottico (OTTICO)"*: 2 punti; *"Dispositivi con parti in movimento (ALTRO)"*: 0 punti.

Per il criterio 9 *"Sistema di riscaldamento maniglie posteriori"* sono previsti 2 punti se presente e 0 punti se non presente.

Per il criterio 10 *"Sincronismo automatico di chiusura della sponda durante la salita dell'AVC"* sono previsti 5 punti se presente e 0 punti se assente.

Il termine per la presentazione delle offerte scadeva in data 16 giugno 2022.

La Commissione giudicatrice è stata nominata con lettera del 20 giugno 2022.

I componenti della Commissione sono Fabrizio Trentin (presidente), Andrea Miorandi (componente) e Gaetano Zomer (componente). Segretario verbalizzante (non componente della Commissione) Giovanna Gori.

Non sono noti i titoli dei componenti della commissione, non è allegato il Cv al provvedimento di nomina e non risulta in alcun modo che siano stati selezionati, secondo *"regole di trasparenza e competenza"*, commissari che siano *"esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto"*.

Neppure sarebbe noto in quante sedute si sia articolata l'attività della commissione.

Non sono stati redatti verbali delle diverse sedute della commissione.

Sono stati consegnati alla ricorrente un verbale relativo alle attività svolte in relazione al lotto 4 ed un verbale di valutazione delle offerte tecniche, invece unico per tutti i lotti.

Il verbale relativo al lotto 4 risulta firmato digitalmente il 3.08.2022 da Gori (segretario verbalizzante) e poi, successivamente, dai commissari Miorandi (che ha firmato in data 8.08.2022) e Trentin (che ha firmato in data 9.08.2022).

Tale verbale è stato firmato dai commissari dopo la comunicazione di aggiudicazione e manca la firma del componente Zomer.

Nella sezione del verbale denominata *"Report delle attività"* (pag. 7) è indicato che il primo accesso alle offerte tecniche dei concorrenti è stato effettuato in momenti differenti in data 16 giugno 2022 e, peraltro, da soggetti (Gori e Sartori) diversi dai commissari, che sono stati poi nominati, come detto, solo in data 20 giugno 2022. 4.

Viceversa, il verbale di valutazione delle offerte tecniche unico per tutti i lotti risulta firmato analogicamente dai commissari componenti la commissione di gara, ma è privo di data.

Inoltre, i punteggi tecnici attribuiti per ciascun criterio di valutazione e per ciascuno lotto sono indicati in alcune tabelle allegate al verbale.

Tali tabelle, redatte su fogli separati, tuttavia sono prive di firma da parte dei commissari.

Dai predetti verbali risulta che per il lotto in questione OMB Technology (di seguito OMB), parimenti partecipante alla gara e resasi aggiudicataria del lotto 4 in assenza di ulteriori concorrenti, ha conseguito 30 punti economici e 52,7 punti tecnici.

Viceversa Farid ha conseguito 29,956 punti economici e 44,5 punti tecnici.

La differenza di punteggio tecnico è relativa: (i) al criterio di valutazione 1 *"Cabina ad alta visibilità con accesso ribassato e pavimento piatto"*, per il quale OMB ha conseguito il massimo del punteggio (15 punti) e Farid 0 punti; (ii) al criterio di 7 valutazione relativo alla massa dell'autocarro vuoto completamente allestito, per il quale OMB ha conseguito 4,9 punti e Farid punti 5; (iii) al criterio di valutazione relativo alla velocità del ciclo di compattazione per il quale OMB ha conseguito 5 punti motivati con

"trasferimento" e Farid 3 punti dul rilievo che la velocità del ciclo di compattazione è superiore ai 15 secondi; (iv) al criterio di valutazione relativo all'altezza della soglia di carico per la quale OMB ha conseguito 10 punti (valore altezza soglia carico 1155 mm) e Farid punti 7,4 (valore altezza soglia carico 1530 mm); (v) sistema di rilevamento pedana occupata per il quale OMB ha conseguito 4 punti e Farid 0.

Dal verbale di gara relativo al lotto 4 si evince - altresì - che in data 20.06.2022 la commissione ha rivolto alla OMB Technology la seguente richiesta, che la ricorrente configura quale illegittima richiesta d'integrazione dell'offerta tecnica: *"Né nella Relazione Tecnica né nel figurino risulta che la spondina in posizione aperta non ostacola l'utilizzo della/e pedana/e come richiesto nelle Norme Tecniche all'ultimo punto del capitolo 5._.3 "TRAMOGGIA DI COMPATTAZIONE E SOGLIA DI CARICO" Chiediamo di confermare che le macchine proposte sono complete di quanto sopra indicato. La risposta dovrà pervenire utilizzando esclusivamente l'area di messaggistica presente all'interno della RDO entro il termine perentorio del 22.06.2022 ore 16.00, pena l'esclusione dalla gara".*

Inoltre, è stata contestualmente rivolta a OMB anche la seguente, ulteriore richiesta che parimenti la ricorrente riconduce ad illegittima richiesta di integrazione dell'offertatecnica: inammissibile richiesta d'integrazione dell'offerta tecnica*: "A seguito apertura della Busta Tecnica è stato rilevato che: - nella Relazione Tecnica non è specificato che la chiusura centralizzata funziona anche a motore in moto, come richiesto dalle Norme Tecniche. Chiediamo di confermare che le macchine proposte sono complete di quanto sopra indicato. La 8 risposta dovrà pervenire utilizzando esclusivamente l'area di messaggistica presente all'interno della RDO entro il termine perentorio del 22.06.2022 ore 16.00, pena l'esclusione dalla gara".*

La ricorrente reputa che alla luce di quanto precede risulterebbe evidente che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara perché è stata ammessa all'integrazione postuma dell'offerta tecnica.

Inoltre, *inter alia*, i verbali di gara presenterebbero vizi che ne inficiano irrimediabilmente la validità, avendo la Commissione operato in violazione

del principio del collegio perfetto e, da ultimo, essendo la disciplina di gara è illegittima per illegittimità dei criteri di valutazione.

1.2. In dipendenza di tutto quanto sopraesposto, la ricorrente pertanto chiede ora l'annullamento degli atti in epigrafe proponendo, altresì, le ulteriori istanzed ivi parimenti esposte, formulando gli ordini di motivi qui appresso descritti.

I. Violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 9, del decreto legislativo n. 50/2016; illegittima ammissione dell'aggiudicataria all'integrazione postuma dell'offerta tecnica; eccesso di potere per erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, irragionevolezza, difetto di istruttoria e difetto di motivazione; violazione del principio di par condicio.

Secondo il punto 3.2. del disciplinare, "*Nella busta digitale denominata "Risposta Tecnica" della RDO di interesse ..., dovranno essere inseriti, a pena di esclusione, i documenti di seguito indicati ... 1) Relazione Tecnica descrittiva, con i contenuti indicati all'art. 14.1.1 delle Norme Tecniche; 2) Figurini quotati con i dettagli indicati all'art. 14.1.2 delle Norme Tecniche; ...*".

Secondo l'art. 14 del capitolato tecnico, "*14.1. Unitariamente all'Offerta, il Fornitore dovrà mettere a disposizione del Committente la seguente documentazione tecnica: 14.1.1. Relazione Tecnica descrittiva dei veicoli allestiti offerti, da cui si possano individuare tutte le caratteristiche minime descritte nel precedente capitolo 5; 14.1.2. Un unico allegato contenente in sequenza le seguenti immagini: figurino quotato dell'intera macchina (autocarro + allestimento); figurini quotati del volta-contenitori nelle posizioni a riposo e con 2 bidoni da 120 l ribaltati, con evidenza dell'eventuale spondina in posizione aperta e chiusa e delle pedane anch'esse in posizione aperta e chiusa*".

Il capitolo 5 delle norme tecniche reca: "*Caratteristiche funzionali e costruttive*" ed è diviso in quattro sottocapitoli 5.1., 5.2., 5.3 e 5.4, uno per ciascun lotto. Per quanto interessa in questa sede, tra le caratteristiche tecniche minime descritte al capitolo 5.1 che devono essere necessariamente individuabili sulla base della relazione tecnica rientra anche la seguente caratteristica costruttiva minima:

"*La spondina in posizione aperta non deve ostacolare l'uso della pedana e deve garantire i requisiti di idoneità alla circolazione stradale del veicolo durante le operazioni di raccolta*".

La rilevanza di tale caratteristica tecnica è confermata dalle norme tecniche, laddove al punto 14.1 prevedono: "*Unitariamente all'Offerta, il Fornitore dovrà mettere a disposizione del Committente la seguente documentazione tecnica: ... 14.1.2. Un unico allegato contenente in sequenza le seguenti immagini: ... figurini quotati del voltacontenitori nelle posizioni a riposo e con 2 bidoni da 120 l ribaltati, con evidenza dell'eventuale spondina in posizione aperta e chiusa e delle pedane anch'esse in posizione aperta e chiusa*".

Come risulta dal verbale di gara relativo al lotto 1, in data 20 giugno 2022 la commissione a seguito dell'apertura della busta tecnica di OMB ha rilevato che: "*né nella Relazione Tecnica né nel figurino risulta che la spondina in posizione aperta non ostacola l'utilizzo della/e pedana/e come richiesto nelle Norme Tecniche all'ultimo punto del capitolo 5.-.3 "tramoggia di compattazione e soglia di carico*"" e ha pertanto rivolto alla controinteressata la seguente richiesta "*Chiediamo di confermare che le macchine proposte sono complete di quanto sopra indicato. La risposta dovrà pervenire utilizzando esclusivamente l'area di messaggistica presente all'interno della RDO entro il termine perentorio del 22.06.2022 ore 16.00, pena l'esclusione dalla gara*".

La controinteressata in data 21 giugno 2022 ha fornito informazioni supplementari a chiarimento della propria relazione tecnica confermando che nelle macchine da essa proposte "*la sponda in posizione aperta non ostacola l'utilizzo delle pedane così come richiesto all'ultimo punto del capitolo 5.1.3 delle Norme Tecniche*" .

Dunque, la Commissione di gara ha chiaramente rilevato come dalla relazione tecnica e dai figurini della controinteressata non fosse possibile individuare la seguente caratteristica tecnica minima descritta al capitolo 5 delle norme tecniche: "*La spondina in posizione aperta non deve ostacolare l'uso della pedana e deve garantire i requisiti di idoneità alla circolazione stradale del veicolo durante le operazioni di raccolta*". Ne consegue che l'offerta della controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa per violazione del divieto di cui all'art. 83, comma 9, del

decreto legislativo n. 50/2016 nella parte in cui dispone che "*Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere*". Anche la giurisprudenza amministrativa ha sempre escluso la possibilità di attivare il soccorso istruttorio con riferimento alla parte tecnica ed economica dell'offerta e, comunque, nella fattispecie l'incompletezza dell'offerta tecnica non è imputabile ad un errore materiale o refuso, bensì a negligenza dell'aggiudicataria, che ha ignorato una prescrizione della disciplina di gara la cui violazione è espressamente sanzionata a pena di esclusione. In via subordinata, la *lex specialis* sarebbe comunque illegittima se interpretata nel senso di prevedere la possibilità d'integrazione postuma delle relazioni tecniche e/o dei figurini presentati dai concorrenti, con particolare riferimento alle caratteristiche minime descritte nel capitolo 5 delle norme tecniche.

II) In subordine, Violazione e falsa applicazione dell'art L'art. 21-septies dell Legge n. 241/90, dei principi di trasparenza dell'azione amministrativa e di verbalizzazione delle operazioni di gara – Eccesso di potere per erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, irragionevolezza, difetto d'istruttoria e difetto di motivazione. Violazione del principio di par condicio.

La ricorrente riferisce che le è stato consegnato un verbale relativo alle attività svolte dalla commissione in relazione al lotto 4 ed un verbale di valutazione delle offerte tecniche invece unico per tutti i lotti.

Il verbale relativo al lotto 4 risulta firmato digitalmente il 3.08.2022 da Gori (segretario verbalizzante) e poi, successivamente, dai commissari Miorandi

(che ha firmato in data 8.08.2022) e Trentin (che ha firmato in data 9.08.2022).

Tale verbale è stato firmato dai commissari dopo la comunicazione di aggiudicazione e manca la firma del componente Zomer.

Nella sezione del verbale denominata *"Report delle attività"* (pag. 7) è indicato che il primo accesso alle offerte tecniche dei concorrenti è stata effettuata in momenti differenti in data 16 giugno 2022 e, peraltro, da soggetti (Gori e Sartori) diversi dai commissari, che sono stati poi nominati, come detto, solo in data 20 giugno 2022.

Viceversa il verbale di valutazione delle offerte tecniche unico per tutti i lotti, nonostante la procedura sia svolta con modalità telematiche, risulta formato solo in modalità analogica e firmato analogicamente dai commissari componenti la commissione di gara.

Tale verbale è privo di data: il che rende impossibile dimostrare il giorno in cui esso è stato effettivamente di confezionato e che potrebbe essere anche successivo a quello dell'aggiudicazione.

Inoltre, i punteggi tecnici attribuiti per ciascun criterio di valutazione e per ciascun lotto sono indicati in alcune tabelle allegate al verbale.

Tali tabelle, redatte su fogli separati, tuttavia sono prive di firma da parte dei commissari.

Appare quindi evidente che il verbale relativo al lotto 4 ed il verbale contenente le valutazioni tecniche su tutti i lotti sono illegittimi e nulli perché il primo non è sottoscritto da tutti i componenti della commissione e, inoltre, i componenti dell'organo che lo hanno sottoscritto hanno apposto la loro sottoscrizione dopo la comunicazione dell'aggiudicazione.

Il verbale unico di valutazione delle offerte tecniche relative a tutti i lotti è illegittimo e nullo perché privo di elementi essenziali, quale è la data, e in quanto il dettaglio dei punteggi attribuiti per ciascun criterio di valutazione è illustrato in un allegato al verbale che non è firmato dai commissari.

Sotto diverso ed ulteriore profilo si deve evidenziare l'illegittimità dell'operato della commissione perché dal complesso della verbalizzazione si evince che le attività valutative si sono svolte in più sedute riservate, delle quali peraltro non è stata fatta alcuna verbalizzazione.

A ben vedere i verbali neppure descrivono, ancorchè sinteticamente, le operazioni svolte dalla commissione.

Secondo la giurisprudenza, nell'ipotesi di mancanza di norme contrarie, anche della *lex specialis*, che prescrivano la verbalizzazione distinta di ogni singola riunione, la commissione di gara può far risultare in unico verbale tutte le operazioni poste in essere, ancorché svoltesi in più giornate, dando conto di tale distinzione.

La verbalizzazione successiva è ammessa purché sopraggiunga in un arco temporale ragionevolmente breve e tale da evitare che vi possano essere errori od omissioni nella ricostruzione dei fatti e dell'*ite*r valutativo posto in essere dalla commissione di gara.

Più in dettaglio, è stato al riguardo affermato che: *"In mancanza di specifiche indicazioni della normativa di settore e della disciplina di gara, deve escludersi la strettissima necessità di redigere contestuali e distinti verbali per ciascuna seduta della Commissione di gara a pena dell'illegittimità dell'intera procedura. Tuttavia, per elementari ragioni di trasparenza, è necessario comunque che la verbalizzazione delle operazioni compiute, ancorché relativa a più giornate, contenga una corretta e documentate rappresentazione delle singole operazioni svolte nelle singole adunanze. La verbalizzazione, poi, può anche essere non contestuale, ma deve seguire un termine ragionevolmente breve e comunque tale da scongiurare gli effetti negativi della naturale tendenza alla dispersione degli elementi informativi (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2011, n. 3902). La necessità di un processo verbale delle operazioni della Commissione sta nella duplice esigenza: - di dare conto sinteticamente, ma compiutamente, di tutte le attività espletate e di tutte le operazioni svolte in ciascuna riunione; - di indicare specificamente tutti coloro che avevano partecipato alle singole sedute svoltesi. Ma quando le adunanze della Commissione sono molteplici è necessario che, in conformità con i principi applicabili per gli atti collegiali,*

le verbalizzazioni di ciascuna seduta, di norma, avvengano partitamente per le varie adunanze, nella successiva seduta per la quale il collegio sia stato riconvocato fatto salvo che, in caso 17 di motivate esigenze connesse con gli impegni dei componenti della Commissione, entro un comunque termine ragionevole. Ciò a garanzia del fatto che i primi giudizi non siano successivamente artatamente modificati in relazione all'evolversi dell'attività di valutazione delle offerte stesse. Nel caso in questione la Commissione, nell'ultimo verbale, del tutto illegittimamente si è limitata a dare solo l'indicazione delle date delle precedenti riunioni e null'altro. Deve dunque escludersi che possa essere legittima un'unica verbalizzazione di ben dieci sedute avvenute in un arco temporale di un semestre, nel corso delle quali si sono evidentemente svolte molteplici, e non meglio precisate, operazioni. Anche sotto il profilo dell'eccesso di potere per violazione dei principi di imparzialità e trasparenza, tale elemento contribuisce a radicare ulteriormente la convinzione dell'insanabile illegittimità dell'intero procedimento" (Cons. Stato, Sez. III, 22.10.2018, n. 6035).

Nel caso di specie è stata redatta una verbalizzazione unica priva di data, nella quale non vengono nemmeno indicate quante sono state le sedute riservate, in quale data esse si sono svolte e chi era presente.

Il processo verbale (documento che fa prova fino a querela di falso) deve invece contenere una sintesi dettagliata delle attività svolte dall'organo (commissione di gara) e gli estremi necessari ad individuare l'imputazione della volontà decidente, compresa la sottoscrizione del pubblico ufficiale che lo ha compilato (ovvero, la sottoscrizione da parte di tutti i membri).

Nel caso di specie tutto ciò difetta.

Si aggiunge che non è in alcun modo verificabile, tra le altre cose, se le attività valutative sono state svolte dalla commissione di gara nel suo *plenum* e, quindi, nel 18 rispetto del principio del collegio perfetto.

Manca pertanto la garanzia che sia stato rispettaNeo il principio del collegio perfetto, ed è apertamente violato il principio di trasparenza. Neppure sussiste la garanzia che le attività valutative siano state svolte prima dell'aggiudicazione.

Dal verbale redatto per il lotto specifico si evince che le attività di valutazione dell'offerta tecnica sono state avviate il 16.06.2022 e terminate *"congelate"* (sic) il 23.06.2022.

Nel verbale viene peraltro fatto riferimento al solo segretario verbalizzante e non all'intera commissione.

Nel verbale di valutazione delle offerte tecniche, privo di data, viene indicato che "*la Commissione giudicatrice ha effettuato la valutazione delle offerte tecniche in una serie di sedute riservate"*, ma non vi è alcun cenno su tempistiche e modalità dell'attività valutativa di volta in volta svolta e di dove, come e quando la commissione si sia riunita di tempo in tempo per svolgere collegialmente le valutazioni di competenza, né di che attività valutative siano state svolte in ogni seduta.

Da quanto precede deriva, con evidenza, l'illegittimità delle operazioni di gara svolte dalla commissione.

III. Violazione e falsa applicazione dell'art 77 del decreto legislativo n. 50/2016; eccesso di potere per erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, irragionevolezza, difetto di istruttoria e difetto di motivazione.

Sempre in via subordinata, il provvedimento di nomina della commissione del 20 giugno 2022, è del tutto immotivato in ordine alla scelta dei commissari, alla procedura della loro selezione (che sarebbe stata espletata in conformità a un non meglio individuato regolamento interno) ed alla qualificazione professionale degli stessi.

Non sono allegati i *curricula* dei commissari, non è indicato il titolo di studio degli stessi e non è in alcun modo evincibile se essi possano essere qualificati - o meno - come *"esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto"*, come richiede l'art. 77, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016.

Inoltre ai sensi dell'art. 77, comma 3, e dell'art. 78 del decreto legislativo n. 50 del 2016 la stazione appaltante è tenuta ad individuare i commissari secondo regole di competenza e trasparenza, da essa preventivamente individuate.

Invece nella fattispecie non vi è alcuna garanzia di rispetto delle predette regole di competenza e trasparenza.

IV. Violazione e falsa applicazione dell'art 95 del decreto legislativo n. 50/2016; eccesso di potere per erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, irragionevolezza, difetto di istruttoria e difetto di motivazione; violazione del principio di par condicio.

Ancora in via subordinata, nella fattispecie risulta violato l'art. 95 del decreto legislativo n. 50 del 2016, nella parte in cui dispone, al comma 6, che "*l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto*" e, al successivo comma 10-bis, che "*La stazione appaltante, al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici*".

Infatti, il criterio di aggiudicazione prescelto per l'aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e sono previsti 70 punti per l'offerta tecnica e 30 punti per l'offerta economica.

I criteri di valutazione (identici per tutti i lotti) sono in tutto undici e sono elencati in un allegato al disciplinare di gara.

Tuttavia alcuni criteri valutativi prevedono l'attribuzione del punteggio non già in base ad una valutazione qualitativa dell'offerta, bensì in base della presenza - o meno - di determinate caratteristiche tecnico/costruttive negli autocompattatori offerti.

In particolare: per il criterio 1, "*Cabina ad alta visibilità, con accesso ribassato e pavimento piatto*", sono previsti 15 punti in presenza della caratteristica e 0 punti in assenza della stessa; per il criterio 4, "*Presenza di sospensioni pneumatiche sull'asse anteriore*", sono previsti 3 punti in presenza della caratteristica e 0 punti in assenza della stessa; per il criterio 5, "*Sistema di condizionamento aria abitacolo*", è previsto un punteggio di 2 punti per GWP < 150 (a prescindere dal valore effettivo) ed un punteggio di 0 punti per GWP ≥ 150; per il criterio 6, "*Velocità di compattazione*", sono previsti 5 punti per la *"Compattazione durante il*

trasferimento (trasferimento)" e 3 punti per il *"Tempo di compattazione inferiore a 15 secondi"* (<15 s) nonché 0 punti per il *"Tempo di compattazione superiore a 15 secondi"*; per il criterio 8, "*Sistema di rilevamento di pedana occupata*", sono previsti i seguenti punteggi: *"Dispositivo a cella di carico (peso)"*: 4 punti, *"Dispositivo con sensore ottico (ottico)"*: 2 punti, *"Dispositivi con parti in movimento (altro)"*: 0 punti; per il criterio 9,"*Sistema di riscaldamento maniglie posteriori*", sono previsti 2 punti se presente e 0 punti se non presente; per il criterio 10, "*Sincronismo automatico di chiusura della sponda durante la salita dell'AVC*", sono previsti 5 punti se presente e o punti se assente.

Sono, quindi, previsti ben 34 punti su 70 da attribuire sulla base di una valutazione *on/off*, ossia attraverso un meccanismo automatico di assegnazione dei punteggi basato sulla mera presenza, o meno, di un elemento o di una qualità. Tuttavia un uso preponderante di criteri *on/off* (o cc.dd. tabellari) - ossia di criteri che sono del tutto svincolati da una valutazione qualitativa e dalla possibilità di graduare il punteggio relativo al singolo criterio in proporzione al grado qualitativo degli apparati e sistemi in considerazione - è illegittimo perché appiattisce la valutazione dell'offerta tecnica, attribuendo un peso decisivo al valore dell'offerta economica.

Inoltre, sotto diverso profilo, i punteggi tecnici nella fattispecie vengono attribuiti sulla base della presenza o meno di un determinato apparato/sistema e/o caratteristica tecnica, senza alcuna valutazione del grado qualitativo sia in termini assoluti, che in termini comparativi. Ad esempio, vengono attribuiti 2 punti in presenza del "*Sistema di riscaldamento maniglie posteriori*" e 0 punti nel caso della sua mancanza. Non vengono però in nessun modo valutati gli aspetti qualitativi del singolo sistema.

Peraltro - alla luce delle richiamate disposizioni dell'art. 95 del decreto legislativo n. 50 del 2016 - appare evidente che la disciplina di gara deve garantire sempre un collegamento proporzionale (e in sé non irragionevole) fra il grado qualitativo dell'offerta e/o del singolo elemento dell'offerta e la conseguente proporzionale attribuzione del punteggio.

Invece, nel caso di specie la mera presenza di determinati sistemi/apparati implica l'attribuzione del punteggio massimo previsto dal corrispondente criterio di valutazione senza alcuna valutazione del grado qualitativo del sistema proposto sia in termini assoluti che comparativi e, quindi, senza alcuna possibilità di graduazione del punteggio.

Benché l'utilizzo dei criteri tabellari semplifichi l'attività valutativa della commissione di gara e, quindi, un limitato utilizzo degli stessi, non è necessariamente illegittimo, tuttavia, laddove si preveda, come nel caso di specie, l'assegnazione sulla base di criteri tabellari di ben 34 punti su 70, allora risulta palesemente falsato il processo di valutazione qualitativa delle offerte.

In particolare, il vizio è nella specie costituito non tanto dall'automatismo dei criteri tabellari, quanto piuttosto dalla circostanza che tali criteri non consentono alcuna valutazione del grado qualitativo intrinseco dei vari sistemi e caratteristiche oggetto di valutazione, prevedendo sempre e comunque l'attribuzione del massimo di punteggio in presenza del singolo sistema o apparato, il quale peraltro è descritto solo genericamente dalle specifiche tecniche, con la conseguenza che saranno ammissibili e verranno premiati con il massimo del punteggio anche apparati e sistemi con logiche costruttive e gradi qualitativi anche molto differenziati tra loro.

Con particolare riferimento al caso in esame, le norme tecniche allegate alla disciplina di gara non stabiliscono alcuna specifica tecnica di dettaglio per il "*Sistema di riscaldamento maniglie posteriori*", per il "*Sincronismo automatico di chiusura della sponda durante la salita dell'AVC*" o per il "*Sistema di condizionamento aria abitacolo*".

Pertanto, in difetto di specifiche tecniche che dettaglino in modo puntuale le caratteristiche dei sistemi ed apparati la cui presenza è premiata con il massimo del punteggio e la loro assenza con un punteggio pari a 0, il punteggio massimo dev'essere assegnato anche in presenza di sistemi di grado qualitativo estremamente diverso.

Infine - sebbene ai sensi dell'art. 95, comma 13, del decreto legislativo n. 50 edel 2016 le stazioni appaltanti "*indicano altresì il maggiore punteggio relativo all'offerta concernente beni, lavori o servizi che presentano un minore impatto sulla salute e sull'ambiente, ivi compresi i beni o i prodotti da filiera corta o a chilometro zero e l'adozione di politiche tese al raggiungimento della parità di genere di cui all'articolo 46-bis del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198*" - nella fattispecie la disciplina di gara non attribuisce alcun rilievo al minore impatto sulla salute e sull'ambiente e/o all'adozione di politiche tese al raggiungimento della parità di genere, ed anche questo aspetto determina un profilo d'illegittimità della disciplina di gara.

V. Istanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE).

Secondo la parte ricorrente le previsioni dell'art. 95 del decreto legislativo n. 50 del 2016 non impediscono che, nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'aggiudicazione medesima intervenga sulla base di preponderanti criteri di valutazione cc.dd. "*tabellari*" (*on/off*), soprattutto quando, come nella fattispecie, il sistema, apparato o caratteristica la cui presenza è premiata con l'intero punteggio previsto dal criterio di valutazione non è descritta in modo dettagliato nelle specifiche tecniche in gara, con la conseguenza che conseguirebbero l'intero (massimo) punteggio tecnico anche sistemi ed apparati dal grado qualitativo e prestazionale anche molto differente tra loro.

La parte ricorrente, invocando il considerando 90 della direttiva 2014/24/CE, nonché l'art. 67, commi 2 e 4, della medesima direttiva, chiede pertanto a questo giudice di sottoporre alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea il seguente quesito pregiudiziale: «*Se sia conforme al diritto comunitario e, in particolare, alla direttiva 2014/24/CE considerando 90 e art 67, in particolare commi 2 e 4, nonché ai principi di trasparenza, proporzionalità, ragionevolezza, effettiva concorrenzialità, efficacia ed efficienza una disciplina di gara che, come nel caso di specie, preveda un numero consistente di criteri di aggiudicazione tabellari on/off, tali da influenzare in modo decisivo il processo di aggiudicazione, stabilendo in essi l'attribuzione*

dell'intero punteggio previsto dal singolo criterio di valutazione/aggiudicazione senza possibilità di graduazione, senza alcuna valutazione qualitativa in termini assoluti e/o comparativi, ma solo sulla base della mera presenza di un determinato sistema o apparato o caratterista, che viene però indicato dalla disciplina di gara solo sommariamente (es: "Sistema di riscaldamento maniglie posteriori") e senza fissare alcuna specifica tecnica al riguardo, con la conseguenza che possono ottenere il massimo punteggio anche sistemi o apparati che presentano un grado qualitativo (ad esempio in termini di impatto ambientale, consumo di energia, materiali utilizzati, costi di manutenzione, ciclo di vita, etc,) significativamente differente».

La società Farid con il presente ricorso chiede, altresì, ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a., l'annullamento del diniego parziale di accesso alla documentazione di gara opposto dalla stazione appaltante, deducendo le seguenti censure:

VI. Violazione e falsa applicazione dell'art. 53 del decreto legislativo n. 50/2016 e dell'art. 3 del DPR n.184/2006 oltre che della l. n. 241/1990 – Violazione del diritto di difesa; eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, erronea rappresentazione dei presupposti di fatto.

Non è noto se la controinteressata si sia opposta all'accesso, ma la sua offerta tecnica è stata comunque immotivatamente sottratta parzialmente al relativo diritto, atteso che la documentazione anzidetta è stata trasmessa alla ricorrente con molte parti oscurate su cui campeggia la dicitura «*riservato*».

Infatti, ai sensi dell'art. 53, commi 5, del decreto legislativo n. 50/2016 l'accesso può essere negato a fronte di una "*motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente*" che dimostri che i giustificativi d'offerta contengono "*segreti tecnici o commerciali*". Invece nella fattispecie le ignote motivazioni eventualmente addotte dalla controinteressata non potranno certo comprovare la sussistenza di segreti tecnici o commerciali, e comunque manca un motivato provvedimento di diniego parziale di accesso che rechi l'indicazione puntuale dei dati commerciali e/o tecnici che sarebbero coperti da segreto, nonché le ragioni comprovate che lo giustificherebbero.

Inoltre ai sensi dell'art. 53, commi 5 e 6, del decreto legislativo n. 50/2016 la deroga all'accesso costituisce l'eccezione che va debitamente comprovata dall'interessato, e indubbiamente non è idonea motivazione del diniego di accesso, ad esempio, la eventuale generica opposizione del controinteressato ai sensi dell'art. 53, comma 5, lett. a), del medesimo decreto legislativo n. 50/2016.

In definitiva, nella fattispecie la mancata ostensione integrale della documentazione richiesta è illegittima, per violazione dell'art. 53 del decreto legislativo n. 50/2016 perché: per quanto consta, difetta la "*motivata e comprovata*" dichiarazione della controinteressata, resa già in sede di offerta, in ordine alla parte dell'offerta tecnica e/o dei giustificativi d'offerta presentati nel sub-procedimento di verifica di congruità e asseritamente contenenti segreti tecnici e commerciali; difetta la comprova rigorosa e documentale della sussistenza di segreti commerciali o industriali; la stazione appaltante non ha in alcun modo valutato l'effettiva presenza nell'offerta tecnica di inostensibili segreti tecnici o commerciali e, infine, la stazione appaltante non ha considerato che il diritto di accesso, se strumentale all'esercizio del diritto di difesa in giudizio, in ogni caso prevale sul preteso diritto alla riservatezza industriale e/o commerciale.

2. La società Dolomiti si è costituita in giudizio con memoria depositata in data 27 settembre 2022, fondamentalmente sostenendo che la richiesta di chiarimenti rivolta a OMB il 20 giugno 2022 circa il fatto "*che la spondina in posizione aperta non ostacola l'utilizzo della/e pedana/e come richiesto nelle Norme Tecniche all'ultimo punto del capitolo 5.-.3 "TRAMOGGIA DI COMPATTAZIONE E SOGLIA DI CARICO*"" e la relativa risposta dell'aggiudicataria del 21 giugno 2022 "…*con la presente siamo a confermarvi che la sponda in posizione aperta non ostacola l'utilizzo delle pedane così come richiesto all'ultimo punto del capitolo 5.1.3. delle Norme Tecniche*" non integrano l'istituto del "*soccorso istruttorio*", configurando piuttosto una forma di "*soccorso procedimentale*" vale a dire una fattispecie, riconosciuta dalla più consolidata giurisprudenza,

attivabile anche in caso di offerta tecnica equivoca che presenta dubbi interpretativi.

Ciò varrebbe anche per l'ulteriore precisazione chiesta contemporaneamente dalla commissione, ossia: *"A seguito apertura della Busta Tecnica è stato rilevato che: - nella Relazione Tecnica non è specificato che la chiusura centralizzata funziona anche a motore in moto, come richiesto dalle Norme Tecniche. Chiediamo di confermare che le macchine proposte sono complete di quanto sopra indicato. La risposta dovrà pervenire utilizzando esclusivamente l'area di messaggistica presente all'interno della RDO entro il termine perentorio del 22.06.2022 ore 16.00, pena l'esclusione dalla gara"*: richiesta cui OMB ha risposto con una testuale conferma che *"la spondina in posizione aperta non ostacola l'utilizzo della/e pedana/e come richiesto nelle Norme Tecniche all'ultimo punto del capitolo 5._.3 "TRAMOGGIA DI COMPATTAZIONE E SOGLIA DI CARICO"* e producendo a corredo di tale assunto un figurino conforme alla disciplina di gara.

I chiarimenti forniti dall'aggiudicataria OMB non comporterebbero in sostanza, secondo la stazione appaltante, integrazioni o modifiche all'offerta tecnica pervenuta in gara, trattandosi appunto di mere delucidazioni richieste per risolvere dubbi della Commissione allo scopo di confermare quanto peraltro già adeguatamente rappresentato dalla partecipante alla gara. La Commissione non ha pertanto fatto applicazione dell'art. 83, comma 9 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che conseguentemente non risulta violato.

La stazione appaltante ha replicato anche a riguardo delle censure rivolte all'attività di verbalizzazione rilevando che nell'espletamento di una gara talune attività, quali l'apertura della busta amministrativa, di quella tecnica e di quella economica competono alla commissione di gara, mentre i compiti valutativi degli elementi delle offerte spettano alla commissione giudicatrice, la quale opera in sedute riservate. La sottoscrizione di cui la ricorrente lamenta la carenza non doveva essere apposta poiché il componente Zomer non fa parte della commissione di gara, bensì solo di quella giudicatrice. In ogni caso, i profili di illegittimità prospettati dalla ricorrente costituiscono in molti casi

mere irregolarità, ovvero trovano spiegazione nelle modalità telematiche in cui si sono svolte le sedute delle commissioni, nonché nella prevista cronologia e tempistica, sempre rispettate nella fattispecie.

La valutazione tecnica si è infatti conclusa il 23 giugno 2022 mentre le tabelle dei punteggi erano state allegate il 22 giugno 2022, e anche il verbale è stato redatto antecedentemente all'aggiudicazione.

Con riferimento alle contestazioni che attengono ai componenti della commissione, Dolomiti precisa di aver applicato nella specie l'art. 216, comma 12 del d.lgs. n.50 del 2016, per cui sono state osservate regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate dalla stazione appaltante.

Quanto all'uso preponderante di criteri tabellari per l'attribuzione di punteggi tecnici, la stazione appaltante ritiene in primo luogo il motivo inammissibile per carenza di interesse, non essendo indicati i parametri che penalizzerebbero l'offerta della ricorrente, né essendo stata proposta domanda di annullamento della procedura di gara.

Nel merito Dolomiti rileva che il motivo è comunque infondato in quanto i criteri *on/off* sarebbero solo 5 su 11 con assegnazione di 27 punti su 70, e che in ogni caso la scelta in tal senso è espressione dell'ampia discrezionalità attribuita in materia all'amministrazione che indice la gara.

Ai fini della soluzione della controversia l'istanza di rinvio alla CGUE secondo Dolomiti non appare necessaria, mentre con riferimento alla domanda ex art. 116 c.p.a. la stazione appaltante smentisce la ricostruzione della ricorrente precisando di aver rilasciato copia di quanto richiesto con parti legittimamente oscurate in quanto relative a caratteristiche dell'offerta che non hanno costituito oggetto di valutazione.

3. Anche l'aggiudicataria OMB si è costituita in giudizio per resistere al ricorso e con memoria depositata il 26 settembre 2022 ha negato di aver modificato la propria offerta tecnica fornendo chiarimenti circa la stessa, ed ha comunque escluso che la stazione appaltante richiedendoli abbia violato

l'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016. OMB ha inoltre rilevato di aver specificato nella relazione tecnica che "*La spondina posteriore abbattibile facilita le operazioni di carico manuale dei rifiuti*" nonché di aver rappresentato la medesima circostanza nel figurino per cui tutti gli elementi richiesti dalla *lex specialis* erano presenti nell'offerta, e non è stata pertanto operata alcuna integrazione postuma di quest'ultima. In realtà la mera conferma dell'offerta, ancorché non indispensabile, sarebbe stata richiesta verosimilmente per scrupolo. Soprattutto anche secondo la controinteressata non si sarebbe trattato di un "*soccorso istruttorio*", bensì di un "*soccorso procedimentale*".

Ciò varrebbe anche per il richiesto chiarimento secondo cui *"la spondina in posizione aperta non ostacola l'utilizzo della/e pedana/e come richiesto nelle Norme Tecniche all'ultimo punto del capitolo 5._.3 "TRAMOGGIA DI COMPATTAZIONE E SOGLIA DI CARICO"*

Quanto alle censure sull'operato della commissione, l'aggiudicataria si è riportata alle argomentazioni della stazione appaltante, mentre con riferimento alla nomina e alla composizione della commissione ha osservato che il comma 3 dell'art. 77 del d.lgs. n. 50 del 2016 è stato sospeso nella sua applicazione sino al 30 giugno 2023 dall'art. 8, comma 7 della legge n. 120 del 2020. Il quarto motivo, attinente a sua volta alla previsione ritenuta eccessiva dalla ricorrente di criteri tabellari viene confutato da OMB con argomentazioni in rito e in merito analoghe a quelle di Dolomiti.

4. Da ultimo, con memoria depositata il 27 settembre 2022 la ricorrente ha ribadito la propria tesi circa l'incompletezza nell'offerta di una caratteristica minima e la conseguente violazione dell'art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50 del 2016

5. Nell'udienza camerale del 29 settembre 2022, convocata per la trattazione dell'istanza di sospensione cautelare degli atti impugnati proposta dalla parte ricorrente, il ricorso è stato trattenuto in decisione per provvedere con sentenza semplificata, previo avviso a mente dell'art. 60 c.p.a. La ricorrente ha

insistito affinché il Collegio, attesa la connessione dei quattro ricorsi proposti per i diversi lotti posti in gara, ne disponga la riunione ex art. 70 c.p.a.

6.1. In via preliminare, il Collegio ritiene che il giudizio possa essere definito con sentenza in forma semplificata, a norma dell'anzidetto art. 60 c.p.a., secondo il quale "*In sede di decisione della domanda cautelare, purché siano trascorsi almeno venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso, il collegio, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, sentite sul punto le parti costituite, può definire, in camera di consiglio, il giudizio con sentenza in forma semplificata, salvo che una delle parti dichiari che intende proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza, ovvero regolamento di giurisdizione...*", ricorrendone i presupposti poiché l'ultima notificazione del ricorso è intervenuta il 6 settembre 2022, il contraddittorio è integro, l'istruttoria è completa e le parti costituite non hanno manifestato l'intenzione di proporre motivi aggiunti o un ricorso incidentale o regolamento di competenza ovvero regolamento di giurisdizione.

6.2. Sempre preliminarmente il Collegio, nell'ambito della facoltà discrezionale conferitagli dall'art. 70 c.p.a., non rinviene nel caso di specie esigenze di economia processuale, né ragioni di effettività e uniformità delle decisioni tali da favorevolmente apprezzare la richiesta di riunione avanzata dalla ricorrente. Invero i quattro ricorsi sono stati distintamente proposti per scelta della stessa parte ricorrente pur nella riscontrata presenza di motivi di impugnazione tra di loro del tutto omologhi: e, purtuttavia, essi attengono a lotti diversi, resi oggetto da parte dell'Amministrazione intimata di determinazioni a loro volta diverse, e in ogni caso i ricorso medesimi sono stati chiamati alla stessa udienza di discussione per essere esaminati congiuntamente proprio allo scopo di evitare il rischio di statuizioni tra di loro difformi.

6.3. Il Collegio, atteso che la stessa ricorrente ha espressamente graduato l'ordine dei motivi prospettandone taluni in via subordinata, osserva ancora in via preliminare che le censure dedotte possono essere suddivise in tre gruppi.

Con quelle oggetto del primo motivo la ricorrente contesta la mancata esclusione della controinteressata dalla gara e, quindi, esse sono evidentemente finalizzate a tutelare il cosiddetto *"interesse finale"* della ricorrente medesima, ossia l'interesse ad aggiudicarsi la commessa relativa al lotto 1, previo annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore della controinteressata con la quale, a quanto consta, l'Amministrazione non ha ancora stipulato il contratto, atteso il termine di cui all'art. 32, comma 9 del d.lgs. n. 50/2016.

Altre censure, segnatamente quelle recate nei motivi secondo, terzo e quarto, sono invece tese a contestare, sotto diversi profili, la legittimità della gara per cui è causa e queste, pur rimanendo in parte sottotraccia il loro scopo, sono poste a presidio del cosiddetto *"interesse strumentale"* della ricorrente medesima, ossia dell'interesse ad ottenere la ripetizione della gara previo annullamento integrale della procedura. Infine, con un terzo ordine di motivi la ricorrente contesta il diniego parziale di accesso opposto nei suoi confronti dalla stazione appaltante.

Ciò premesso, anche a voler ritenere applicabile nella specie l'insegnamento dell'Adunanza Plenaria (Consiglio di Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5) secondo il quale, laddove il potere sia stato esercitato da un'autorità incompetente non rileva la graduazione dei motivi operata nel ricorso in quanto si versa pur sempre nella situazione in cui il potere amministrativo non è stato ancora esercitato, il Collegio ritiene che le censure dedotte dalla ricorrente con il terzo motivo, incentrate sulla violazione delle regole fissate dall'art. 77 del decreto legislativo n. 50/2016 per la formazione della commissione giudicatrice, non configurino il vizio di incompetenza, bensì una violazione di legge, come condivisibilmente affermato in altre occasioni dalla giurisprudenza (Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana, Sez. giur., 30 maggio 2022, n. 647; Consiglio di Stato, Sez. IV, 24 giugno 2022, n. 5201), alla luce delle seguenti considerazioni.

L'Adunanza Plenaria ha invero escluso l'operatività del meccanismo della graduazione dei motivi di ricorso laddove sia stato dedotto il vizio di incompetenza muovendo dal presupposto che «*in tutte le situazioni di incompetenza, carenza di proposta o parere obbligatorio, si versa nella situazione in cui il potere amministrativo non è stato ancora esercitato, sicché il giudice non può fare altro che rilevare, se assodato, il relativo vizio e assorbire tutte le altre censure, non potendo dettare le regole dell'azione amministrativa nei confronti di un organo che non ha ancora esercitato il suo munus*», ma senza menzionare tra le «*situazioni di incompetenza*» i casi, quale quello di specie, nei quali siano violate le regole fissate dalla legge per la formazione di un organo collegiale.

Tenuto conto di quanto precede, è proprio la peculiare disciplina che caratterizza il vizio di incompetenza rispetto al vizio di violazione legge - ossia l'applicazione della regola secondo la quale «*l'accoglimento del ricorso giurisdizionale per la riconosciuta sussistenza del vizio di incompetenza comporta l'assorbimento degli ulteriori motivi di impugnazione, in quanto la valutazione del merito della controversia si risolverebbe in un giudizio meramente ipotetico sull'ulteriore attività amministrativa dell'organo competente, cui spetta l'effettiva valutazione della vicenda e che potrebbe emanare, o non, l'atto in questione e comunque, provvedere con un contenuto diverso*» - l'elemento che deve oggi indurre a circoscrivere le «*situazioni di incompetenza*», escludendo i casi nei quali viene dedotta la violazione delle regole fissate dalla legge per la formazione di un organo collegiale.

Invero il vizio di incompetenza si configura pacificamente in caso di violazione delle regole che attribuiscono e delimitano la competenza a decidere dell'organo (individuale o collegiale che sia) - caso al quale può ben essere assimilata la «*carenza di proposta o parere obbligatorio*», perché in tal caso si configura una sorta di condivisione della competenza a decidere - sicché il Giudice in questi casi, statuendo su altre censure, andrebbe a condizionare l'ulteriore attività amministrativa dell'organo competente, che però non si è ancora pronunciato.

Non altrettanto può dirsi in caso di violazione delle regole fissate dalla legge per la formazione di un organo collegiale, non essendovi in tali casi ragione di applicare la predetta peculiare disciplina che caratterizza il vizio di incompetenza, poiché seppure non formato correttamente l'organo si è comunque pronunciato. In conclusione, alla censura dedotta nel terzo motivo e che non ha natura di vizio di incompetenza non va attribuita valenza prioritaria ai fini della sua disamina.

7.1. Passando pertanto alla disamina del merito di causa, le censure dedotte con il primo motivo, mediante le quali la ricorrente contesta l'illegittima attivazione del soccorso istruttorio, da parte dell'Amministrazione, per sanare la genericità della documentazione relativa all'offerta tecnica della controinteressata, meritano di essere accolte alla luce delle ragioni che seguono.

Come correttamente ricordato dalla ricorrente, secondo una costante giurisprudenza (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 8 luglio 2022, n. 5720; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 2 agosto 2021, n. 5399) l'istituto del soccorso istruttorio è limitato agli elementi non riguardanti l'offerta tecnica ed economica, potendo altrimenti determinarsi una violazione del principio della *par condicio*. Del resto, il soccorso istruttorio ha la finalità di consentire l'integrazione della documentazione già prodotta in gara ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto un profilo formale, e non anche di consentire all'offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte in violazione dei principi di immodificabilità e segretezza dell'offerta, di imparzialità e di *par condicio* delle imprese concorrenti. Per l'effetto, vanno ritenute ammissibili solo quelle integrazioni documentali che non riguardino elementi essenziali dell'offerta.

Risulta allora evidente che la Commissione, avendo rilevato che dalla relazione tecnica così come dai figurini prodotti dalla controinteressata non era possibile desumere che «*la spondina in posizione aperta non ostacola l'utilizzo della/e pedana/e*», come invece richiesto dalle Norme Tecniche - rilievi che

evidentemente non possono essere messi in discussione in questa sede in quanto non oggetto di censura da parte della controinteressata (che a sua volta non ha impugnato, con ricorso incidentale, le richieste formulate dalla Commissione di gara in data 20 giugno 2022 e risultanti dal verbale di gara relativo al lotto 1) - avrebbe senz'altro dovuto escludere dalla gara la controinteressata.

Invece, attraverso la richiesta di conferma che "*le macchine proposte sono complete*…." la Commissione medesima ha inequivocabilmente messo in atto il rimedio del soccorso istruttorio, consentendo in tal modo un'illegittima integrazione postuma dell'offerta tecnica della controinteressata.

Al riguardo non risulta, infatti, persuasiva la tesi sostenuta da Dolomiti e dalla controinteressata circa la riconducibilità di quanto avvenuto al cosiddetto "*soccorso procedimentale*".

Secondo un ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale (*ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 9 settembre 2022, n. 7882; Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2022, n. 7821; Cons. Stato, sez V, 8 marzo 2022, n. 1663; Cons. Stato, sez. III, 23 marzo 2022, n. 2130; Cons. Stato, sez. III, 11 agosto 2021, n. 5850; Cons. Stato, sez. III, 9 febbraio 2021, n. 1225; Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2020, n. 680) anche di questo Tribunale (TRGA Trentino-Alto Adige/Südtirol, Trento, 4 aprile 2022, n. 75; 14 marzo 2022, n. 57; 3 febbraio 2022, n. 22) non è affatto preclusa dal sistema normativo dei contratti pubblici - nella logica di una efficiente e non disparitaria cooperazione tra operatori economici e stazione appaltante - l'attività propria del c.d. di "*soccorso procedimentale*", diversa dal "*soccorso istruttorio*" che non potrebbe riguardare l'offerta non solo sotto il profilo economico ma anche sotto quello tecnico. Tuttavia il soccorso procedimentale – rimedio come si è detto distinto dall'istituto del soccorso istruttorio di cui all'articolo 83, comma 9, del Codice dei contratti pubblici – assolve alla ben differente funzione di risolvere dubbi riguardanti gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica, e ciò tramite l'acquisizione di chiarimenti da parte del concorrente, a condizione peraltro che tali

chiarimenti non assumano carattere integrativo dell'offerta ma siano finalizzati unicamente a consentirne l'esatta interpretazione e a ricercare l'effettiva volontà del concorrente, superandone eventuali ambiguità.

Ciò posto, vale allora particolarmente ribadire che nella specie la risposta dell'aggiudicataria alla stazione appaltante integra e modifica l'offerta tecnica, la quale non è meramente dubbia, bensì carente, come del resto ritenuto anche dalla stessa commissione e risultante dal verbale del lotto 1, considerato che: "*né nella Relazione Tecnica né nel figurino risulta che la spondina in posizione aperta non ostacola l'utilizzo della/e pedana/e come richiesto nelle Norme Tecniche….*" E nonostante la richiesta rivolta dalla stazione appaltante alla controinteressata e il riscontro di quest'ultima risultino decettivi riferendosi testualmente ad una "*conferma*" della presenza di tale caratteristica, in realtà è invece chiaro che nell'offerta tecnica tale caratteristica minima necessaria secondo il capitolo 5.1 delle norme tecniche e che avrebbe dovuto essere individuabile mediante la relazione tecnica e il figurino ex art. 14 del capitolato tecnico, in origine non era stata indicata o rappresentata. Non va sottaciuto che quanto specificato da OMB nella relazione tecnica ("*La spondina posteriore abbattibile facilita le operazioni di carico manuale dei rifiuti*") non risulta sufficiente ad indicare la caratteristica della spondina prescritta dalle norme tecniche e, del pari, anche la rappresentazione grafica del sistema contenuta nel figurino non dà conto della caratteristica in argomento. Coglie dunque nel segno la ricorrente laddove osserva che non si tratta di una conferma ma di una prima affermazione. Il rimedio esperito dalla stazione appaltante, una volta avvedutasi della relazione tecnica e del figurino deficitari quanto alla caratteristica della spondina, non configura dunque il "*soccorso procedimentale*", come pretenderebbero la stazione appaltante e la controinteressata, bensì il "*soccorso istruttorio*" che nella fattispecie, proprio in quanto riferito all'offerta tecnica, è illegittimo.

Il sopradescritto schema logico all'evidenza rileva anche per l'ulteriore quesito contestualmente rivolto dalla commissione ad OMB relativo e, come si è visto

innanzi, così formulato: *"A seguito apertura della Busta Tecnica è stato rilevato che: - nella Relazione Tecnica non è specificato che la chiusura centralizzata funziona anche a motore in moto, come richiesto dalle Norme Tecniche. Chiediamo di confermare che le macchine proposte sono complete di quanto sopra indicato. La risposta dovrà pervenire utilizzando esclusivamente l'area di messaggistica presente all'interno della RDO entro il termine perentorio del 22.06.2022 ore 16.00, pena l'esclusione dalla gara"*. Anche in questo caso OMB ha risposto con una "conferma" che *"la spondina in posizione aperta non ostacola l'utilizzo della/e pedana/e come richiesto nelle Norme Tecniche all'ultimo punto del capitolo 5._.3 "TRAMOGGIA DI COMPATTAZIONE E SOGLIA DI CARICO"*: *"conferma"* che peraltro non è tale e che parimenti sostanzia, come per il precedente *"chiarimento"*, una modifica della precedente offerta, accompagnata dalla produzione a corredo di un figurino questa volta conforme alla disciplina di gara.

7.2. Le considerazioni suesposte determinano evidentemente il venir meno delle restanti censure dedotte dalla ricorrente in via subordinata e che possono quindi essere assorbite.

7.3. Stante quanto precede il ricorso deve essere accolto e, per l'effetto, si deve disporre l'annullamento dell'aggiudicazione riferita al lotto 2 disposta in favore della controinteressata e, quindi, condannare la stazione appaltante ad aggiudicare l'appalto relativo allo stesso lotto 2 alla ricorrente, unica concorrente rimasta in gara, con la quale - divenuta efficace l'aggiudicazione a seguito della verifica del possesso dei requisiti prescritti dalla *lex specialis* e della veridicità delle dichiarazioni rese in sede di gara - sarà pertanto stipulato il relativo contratto.

Le spese di lite seguono la regola della soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento (Sezione Unica) definitivamente pronunciando sul ricorso sul ricorso n. 133 del 2022, lo accoglie nei sensi indicati in motivazione. Per l'effetto annulla l'aggiudicazione

riferita al lotto 4 disposta in favore della controinteressata e condanna la stazione appaltante ad aggiudicare l'appalto relativo allo stesso lotto 4 alla ricorrente.

Condanna Dolomiti Ambiente s.r.l. e OMB Technology s.p.a. a corrispondere alla ricorrente le spese di giudizio che si liquidano nella misura di euro 750 oltre ad accessori di legge a carico di ognuna di esse, nonché a rifondere il contributo unificato.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 29 settembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Fulvio Rocco, Presidente, Estensore

Alberto Di Mario, Consigliere

Cecilia Ambrosi, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Fulvio Rocco

IL SEGRETARIO