

N. ____/____ REG.PROV.COLL.
N. 00274/2023 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 Amministrativo Regionale per il Molise

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 274 del 2023, proposto dalla società Spinosa Costruzioni Generali s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 954185295C, società rappresentata e difesa dall'avvocato Nicola Marcone, con domicilio digitale come da PEC estratta dal Registro di Giustizia;

contro

Amministrazione Provinciale Isernia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Gemma Bontempo, dell'Avvocatura propria dell'Ente, con domicilio digitale come da PEC estratta dal Registro di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giovanni Fiorella in Campobasso, alla via Gorizia 1.

nei confronti

della società Cl.eN. s.r.l.s, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio Ricciardi Federico, con domicilio digitale come da PEC estratta dal Registro di Giustizia;

della società Gfc Appalti Generali s.r.l., non costituita in giudizio;

della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero dell'Istruzione e del Merito, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Campobasso, alla via Insorti d'Ungheria, n.74;

per l'annullamento, previa sospensiva

- della determinazione dirigenziale dell'Amministrazione Provinciale di Isernia del 14 settembre 2023, n. prot. 735/2023, con cui è stata aggiudicata la procedura di gara per l'appalto integrato finalizzato alla realizzazione di lavori, finanziati nell'ambito del P.N.N.R. e da realizzarsi presso l'edificio scolastico dell'I.T.C.G. "E. FERMI" di Isernia, consistenti nell'adeguamento sismico delle unità strutturali 2-5-6-8, oltre che nell'efficientamento energetico dell'intero immobile (CUP H51B20000520001 - CIG 954185295C);

- del verbale di gara n. 1572/2023 del 22 agosto 2023, con cui è stata ammessa alla partecipazione alla gara l'A.T.I. composta dalle controinteressate società CL.EN. s.r.l.s. e GFC Appalti Generali s.r.l.;

- del verbale di gara n. 1573/2023 dell'8 settembre 2023, riferito anche alle sedute riservate del 30 agosto e 4 settembre 2023, con cui sono stati assegnati i punteggi alle offerte tecniche presentate dalle concorrenti;

- del verbale di gara n. 1574/2023 del 1° settembre 2023, con cui la Commissione ha determinato la graduatoria di gara collocando al primo posto l'ATI costituita dalle controinteressate;

- di ogni altro atto presupposto o connesso;

nonché per la declaratoria della caducazione e dell'inefficacia del contratto di appalto, ove nel frattempo stipulato, con espressa istanza di subentrare nel contratto e nella sua esecuzione, e con il risarcimento per equivalente in ordine alla parte di contratto già eseguita;

e, in via subordinata, per la condanna dell'Amministrazione provinciale al

risarcimento dei danni arrecati per l'eventuale mancata esecuzione dell'appalto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle Amministrazioni intimare e della controinteressata società Cl.En. s.r.l.s;

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 gennaio 2024 il dott. Roberto Ferrari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

A) Viene alla decisione del Collegio la controversia promossa dalla ricorrente società Spinosa Costruzioni Generali s.p.a., che ha impugnato l'aggiudicazione del 14 settembre 2023, alla controinteressata, della gara di appalto integrato per la progettazione ed esecuzione di interventi di *“adeguamento sismico delle unità strutturali 2, 5, 6 ed 8 ed efficientamento energetico dell'Istituto scolastico E. Fermi”* di Isernia.

B) La gara veniva indetta con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa.

In esito all'espletamento della procedura la ricorrente e l'A.T.I. controinteressata si classificavano rispettivamente al secondo e primo posto della graduatoria finale, come da determina dirigenziale n. 735 del 14 settembre 2023.

Nel dettaglio, la prima graduata aveva acquisito complessivamente il punteggio di 100, mentre la seconda, odierna ricorrente, quello di 97,040. E nella valutazione delle rispettive offerte tecniche la compagine aggiudicataria aveva conseguito punti 60,50, mentre la ricorrente punti 58,50.

C) La società Spinosa con istanza del 20 settembre 2023 ha chiesto allora alla Stazione Appaltante l'ostensione degli atti di gara, e, segnatamente, copia della documentazione amministrativa, dell'offerta tecnica e dell'offerta economica

presentate dall'aggiudicataria.

L' Amministrazione, dopo aver comunicato i contenuti dell'istanza all'aggiudicataria, e in assenza di opposizione, con nota p.e.c. del 6 ottobre 2023 ha fornito la documentazione richiesta.

Siccome, peraltro, con la medesima nota l'Amministrazione aveva comunicato che era ancora in corso la verifica dei requisiti di partecipazione della controinteressata, la società Spinosa ha inviato a quest'ultimo riguardo due ulteriori domande di accesso, rispettivamente il 16 ottobre e 6 novembre 2023, che venivano riscontrate anch'esse dall'Amministrazione con la trasmissione della nuova documentazione richiesta.

D) La società Spinosa, presa cognizione di tutti gli atti di gara, e in particolare dell'offerta tecnica e della documentazione amministrativa presentate dalla concorrente, ha quindi introdotto l'odierno gravame, affidando le proprie censure ai due motivi così rubricati *“I. Violazione e falsa applicazione della Direttiva n. 24/2014 e dell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016; violazione dell'art. 84 del d.lgs. 50/16 e dell'art. 63 del D.P.R. 207/10; violazione dell'art. 12 del Disciplinare; nullità del contratto di avvalimento ai sensi degli artt. 1418 c.c., 1325 c.c., 89 d.lgs. n. 50 del 2016 e 88 D.P.R. n. 207 del 2010. Eccesso di potere per carenza di istruttoria, travisamento e contraddittorietà. II. Violazione e falsa applicazione della lex di gara e segnatamente dei criteri di valutazione di cui ai parametri C, E ed F del Disciplinare; violazione e falsa applicazione degli artt. 94 e 95, co. 6, d.lgs. 50/2016; violazione degli artt. 1 e 3 della l. 241/90; violazione dell'art. 97 Cost.; eccesso di potere per violazione dei principi di imparzialità, par condicio, buon andamento, efficienza ed efficacia dell'agire amministrativo - carenza di istruttoria e difetto di motivazione, illogicità e irragionevolezza sviamento di potere e travisamento dei fatti”*.

In estrema sintesi, le doglianze attoree hanno interessato: per un verso, la validità del contratto di avvalimento avversario, i cui contenuti sono stati ritenuti così generici da non integrare un valido oggetto contrattuale; per altro verso, i punteggi

tecnici attribuiti all'aggiudicataria con specifico riferimento ai criteri C,E,F del disciplinare di gara, in relazione ai quali è stato affermato che una corretta distribuzione dei predetti punteggi avrebbe portato ad un esito opposto della gara.

E) Si sono costituite in giudizio in resistenza al gravame l'Amministrazione appaltante e la CL.EN. s.r.l.s., mandataria dell'A.T.I. aggiudicataria.

Entrambe hanno eccepito l'irricevibilità del ricorso, traendo spunto dal raffronto tra la data di emissione della determina di aggiudicazione (14 settembre 2023) e quella di proposizione del ricorso, notificato il 3 novembre 2023. E hanno dedotto l'infondatezza del ricorso nel merito.

F) La causa è stata chiamata alla Camera di consiglio del 13/12/2023, all'esito della quale il Tribunale ha respinto l'istanza cautelare proposta dalla ricorrente sulla scorta della seguente motivazione: *“Considerato che ad un sommario esame, proprio della fase di delibazione cautelare, i motivi di ricorso, che hanno formato oggetto di puntuali controdeduzioni da parte dell'Amministrazione e della controinteressata, non si presentano assistiti dal fumus boni iuris necessario a giustificare la concessione della misura cautelare richiesta; Osservato difatti, in particolare, che nell'attribuzione dei punteggi assegnati alle offerte tecniche delle concorrenti in gara non sembrano prima facie riscontrabili i profili di macroscopica illogicità e irragionevolezza lamentati dalla ricorrente; Valutato poi, con riguardo al periculum in mora, che nel necessario bilanciamento degli interessi contrapposti in giudizio si presenta prevalente quello delle parti resistenti al mantenimento degli effetti dei provvedimenti di gara impugnati, avuto riguardo anche alla rilevanza della procedura in oggetto ai fini del P.N.R.R., in conformità a quanto stabilito dal combinato disposto degli artt. 125, comma 2, cod. proc. amm., e 3, comma 1, del D.L. n. 85/2020, convertito in l. n. 108/2022”*.

G) In vista dell'udienza pubblica l'Amministrazione e la controinteressata hanno depositato il contratto di appalto *medio tempore* sottoscritto, svolgendo poi ulteriori considerazioni difensive; dal canto suo, la ricorrente ha ripreso e puntualizzato i

propri assunti di fondo insistendo, quindi, per l'accoglimento del ricorso.

A seguito della discussione avvenuta all'udienza del 24 gennaio 2024 la causa è stata infine trattenuta in decisione.

G.1) Il Collegio deve disporre in via preliminare l'estromissione per difetto di legittimazione passiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero dell'Istruzione e del Merito, che, nel costituirsi in giudizio, hanno espressamente richiesto di riconoscere la propria estraneità alla causa. In effetti, come correttamente eccepito dalla difesa erariale, in assenza di alcuna censura avverso atti o provvedimenti, ancorché eventualmente solo presupposti, emessi dalle anzidette Amministrazioni, le stesse devono ritenersi estranee alla controversia.

H) Ciò premesso, il ricorso è infondato.

I) In prima battuta va disattesa l'eccezione preliminare di tardività del gravame sollevata dalle resistenti.

I.2) Secondo la prospettazione di queste ultime, dal mero raffronto delle date di pubblicazione degli esiti della gara e di notifica del ricorso emergerebbe la tardività dell'impugnativa.

Tuttavia l'eccezione non tiene conto del consolidato principio invalso nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo il quale: *“Nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici, l'individuazione della decorrenza del termine di impugnazione degli atti di una procedura di gara per l'affidamento di un contratto di appalto è così modulata: a) dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, comprensiva anche dei verbali ai sensi dell'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016; b) dall'acquisizione, per richiesta della parte o per invio officioso, delle informazioni di cui all'art. 76 d.lgs. n. 50 del 2016; c) nel caso di proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara è prevista la dilazione temporale, fino al momento in cui è consentito l'accesso, se i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta (sempreché l'istanza di accesso sia proposta nei quindici giorni dalla*

comunicazione dell'aggiudicazione); d) dalla comunicazione o dalla pubblicità nelle forme individuate negli atti di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati” (Consiglio di Stato sez. V, 6/12/2022, n.10696).

Ora, nella fattispecie la ricorrente, senza l'accesso agli atti, non avrebbe potuto articolare alcuna delle censure proposte: non quella relativa ai contenuti del contratto di avvalimento, e tantomeno quelle riguardanti i punteggi attribuiti alle offerte presentate dall'aggiudicataria, a meno di non proporre un ricorso “al buio” (evenienza che, come chiarito dalla decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 12/2020, non forma oggetto di onere per il soggetto che intenda agire in giudizio).

Vale allora il principio che *“La proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la "dilazione temporale" per il ricorso quando i motivi conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta”* (C.d.S., Ad. Pl. n. 12/2020).

D'altra parte, l'istanza di accesso della ricorrente è stata avanzata già in data 20 settembre 2023, quindi solo sei giorni dopo l'emissione della determina di aggiudicazione, ma riscontrata solo il successivo 6 ottobre.

Sicché la proposizione del ricorso, notificato il 3 novembre 2023, si manifesta pienamente tempestiva.

L) Acclarata la ricevibilità del ricorso, si può passare alla disamina dei suoi due motivi.

L.1) Con il primo di essi la ricorrente ha contestato la mancata esclusione dell'aggiudicataria, sostenendo la nullità, per indeterminatezza dell'oggetto, del contratto di avvalimento concluso da quest'ultima alla società I.C.I. s.p.a..

Non risulta controverso tra le parti il punto che l'aggiudicataria fosse priva di SOA per la categoria OG 1 classifica IV, necessaria, ai sensi dell'art.8.3 del Disciplinare

(“Il concorrente dovrà essere in possesso di: Attestazione di qualificazione SOA, in corso di validità per la seguente Categoria e Classifica, rilasciata da S.O.A. autorizzata, presentabile in formato digitale sottoscritta digitalmente dal legale rappresentante dell’operatore economico: Edifici civili ed industriali -OG1-IV”), ai fini della partecipazione alla gara in ragione dell’oggetto dell’appalto.

L’aggiudicataria risultava qualificata per la categoria OG1, ma soltanto per la classifica I, inferiore a quella minima richiesta per la partecipazione alla gara.

L.2) Tantomeno risulta in contestazione tra le parti la possibilità di utilizzare l’avvalimento, espressamente consentito dall’art. 16 del bando, anche *“per il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all’art. 84 del medesimo D.Lgs. n. 50/2016 s.m.i.”*, e quindi, per quanto qui rileva, proprio ai fini dell’ottenimento della sufficiente qualificazione professionale.

Proprio in virtù di ciò la società CL.EN s.r.l.s. aveva partecipato alla gara mediante ricorso all’avvalimento.

L.3) Nella visione attorea, tuttavia, il contratto di avvalimento concluso tra tale società e l’ausiliaria I.C.I. s.p.a. sarebbe stato privo dei requisiti di determinatezza occorrenti in concreto. In particolare, nella prospettazione della ricorrente (pag. 6 del ricorso *sub* 1) *“spicca in modo palese l’inidoneità delle risorse indicate nel contratto a consentire l’avvalimento della certificazione di qualità ISO 9001:2015”*.

Al riguardo giova allora premettere che l’art. 63 del d.P.R. 207/2010 al suo primo comma prevede: *“1. Ai fini della qualificazione, ai sensi dell’articolo 40, comma 3, lettera a), del codice, le imprese devono possedere il sistema di qualità aziendale conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000, ad esclusione delle classifiche I e II.”*; e che la costante interpretazione della norma, conseguente peraltro alla sua piana lettura, ne fa discendere la conclusione per cui, a partire dalla classifica III, la menzionata certificazione S.O.A. richiede il possesso della detta certificazione di qualità.

La ricorrente sostanzialmente afferma che l’avversaria non avrebbe dimostrato il

trasferimento in suo favore, unitamente alla SOA, anche della detta certificazione di qualità. Segnatamente, in tesi attorea, *“nel contratto di cui trattasi (doc. 7) all’art. 2 lett. d) nell’ambito dell’oggetto dell’avvalimento viene indicato il Certificato di qualità ISO 9001:2015, ma senza che sia però menzionata alcuna risorsa che giustifichi il “prestito” di tale certificazione”* (pag. 7 sub motivo 1 del ricorso).

Questa critica risulta però per più ragioni priva di pregio.

Va in primo luogo osservato come, proprio in ragione della richiamata previsione dell’art. 63 d.P.R. n. 207/2010, il conseguimento della S.OA. implichi il possesso dei relativi requisiti, e quindi anche la sussistenza della prescritta certificazione di qualità. In argomento, il Consiglio di Stato ha avuto modo di precisare che: *“un’attestazione SOA in corso di validità è formalmente idonea a comprovare il possesso del relativo requisito di qualificazione fino a che non venga impugnata”*, e, nel contempo, che, *“di regola, è l’attestazione SOA, in base all’art. 84, comma 4, lettera c), del Codice dei contratti, a dare conto anche dell’esistenza della certificazione di qualità”* (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2932/2019).

Nella specifica vicenda, con riferimento ai requisiti tecnici ed economico-finanziari, come previsto espressamente dal bando al punto 8.3, la controinteressata si è avvalsa appunto dell’attestazione SOA dell’ausiliaria, da cui emergeva il possesso della qualificazione necessaria per l’esecuzione della specifica categoria di lavori prevalenti oggetto di appalto (come detto, categoria OG 1 Classifica IV).

E Tanto è stato ritenuto sufficiente dalla commissione di gara proprio nella corretta interpretazione del già richiamato art. 63 del D.P.R. n. 207/2010, e al cospetto dei precisi richiami che il contratto di avvalimento comunque reca anche alla certificazione di qualità di cui si tratta.

L.4) le doglianze mosse sul punto dalla ricorrente si presentano infondate anche sul piano dei contenuti del contratto di avvalimento.

Dalla disamina della giurisprudenza espressasi in argomento emerge che: *“La peculiarità dell’avvalimento della certificazione di qualità consiste*

nell'indispensabilità che l'impresa ausiliaria metta a disposizione dell'impresa ausiliata tutta la propria organizzazione aziendale comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse che complessivamente considerate le hanno consentito di acquisire la certificazione di qualità” (T.A.R. Lazio, Sez. II, n. 2373/2023; T.A.R. Campania - Napoli, Sez. VIII, n. 951/2022).

Ebbene, nel caso in esame il contratto indicava espressamente come l'ausiliaria avesse posto a disposizione della controinteressata, per l'appunto: a) consulenza tecnico organizzativa; b) personale tecnico direttivo del proprio staff tecnico, e in particolare il proprio responsabile tecnico; c) personale specializzato; d) certificato di qualità ISO 9001:2015. Contenuti tutti questi, che si presentavano in sé già sufficienti a soddisfare i requisiti richiesti dalla giurisprudenza per dar corso alla forma di avvalimento di cui si tratta.

In sostanza, come sottolineato anche dalla difesa dell'Amministrazione, l'ausiliaria aveva reso disponibili alla concorrente, come è desumibile dal testo letterale del contratto, tutti i fattori della produzione (inclusi i numerosi macchinari elencati) e tutte le proprie risorse, con una messa a disposizione pressoché integrale di personale. E queste acquisizioni, complessivamente considerate, risultavano sufficienti ad integrare, contrariamente alle affermazioni della ricorrente, il requisito di determinatezza del contratto.

La forma di avvalimento in discussione, infatti, *“è consentita a prescindere dal fatto che venga prestata insieme all'organizzazione aziendale anche la garanzia che sia proprio l'organizzazione aziendale dell'impresa ausiliaria ad eseguire direttamente le prestazioni oggetto di appalto, atteso che, come si desume dall'art. 89, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, l'esecuzione diretta dell'appalto da parte dell'operatore economico ausiliario è fattispecie eccezionale”* (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 6271/2021).

Né va sottaciuto il fatto che la società ausiliaria aveva espressamente posto nella disponibilità della partecipante il proprio *know-how*, specificando, alla lettera b dell'art. 2 del contratto, la provvista di *“Personale tecnico direttivo del proprio*

staff tecnico ed in particolare il proprio responsabile tecnico”, mentre alla lettera h) dello stesso articolo si annettevano alle attività dell’ausiliata “Processi produttivi certificati, know how sul controllo di qualità e sulla rilevazione e analisi delle attività”.

Gli elementi testuali fin qui richiamati valgono, quindi, a smentire l’assunto della ricorrente che nel contratto di avvalimento sarebbe mancato il necessario riferimento ad una figura preposta alla messa a disposizione del sistema di qualità, e, più in generale, non vi sarebbe stata traccia di *“una serie di figure professionali, procedure e documentazioni”* (pag. 7 del ricorso).

L.5) In conclusione, dalla disamina complessiva del contratto di avvalimento emerge, invero, come la collaborazione tra le due imprese sia stata strutturata in maniera organizzata, affinché l’ausiliaria ponesse nella disponibilità dell’impresa ausiliata *“... tutta la propria organizzazione aziendale comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse che complessivamente considerate le hanno consentito di acquisire la certificazione di qualità”* (Cons. di Stato, Sez. V, n. 1730/2019 e n. 3710/2017).

La dichiarazione di avvalimento, inoltre, caratterizzandosi per lo specifico e puntuale riferimento alle molteplici risorse - professionali e strumentali - poste a disposizione, rendeva per ciò stesso determinato o comunque determinabile l’oggetto contrattuale, al contrario di quanto invece genericamente affermato dalla ricorrente.

Solo per completezza, dunque, stanti i contenuti concreti e determinati del contratto in contestazione, si richiama l’insegnamento dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, contenuto nella sentenza n. 23/2016, secondo il quale va esclusa la nullità del contratto di avvalimento *“in ipotesi in cui una parte dell’oggetto del contratto di avvalimento, pur non essendo puntualmente determinata fosse tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli artt. 1346,1363 e 1367 cod. civ.; in siffatte ipotesi, neppure*

sussistono i presupposti per fare applicazione della teorica c.d. del 'requisito della forma/contenuto', non venendo in rilievo l'esigenza (tipica dell'enucleazione di tale figura) di assicurare una particolare tutela al contraente debole attraverso l'individuazione di una specifica forma di 'nullità di protezione'.

M) Con il secondo motivo di gravame parte ricorrente ha veicolato ulteriori doglianze, espresse in via subordinata rispetto al primo mezzo, al fine di contestare la determinazione del punteggio tecnico assegnato alle concorrenti in applicazione di diversi criteri della *lex specialis*.

Precisamente, la ricorrente ha contestato i punteggi attribuiti all'offerta tecnica con riferimento ai seguenti criteri: “C) Logistica, sicurezza e riduzione dell'impatto ambientale del cantiere”; “E) Adeguatezza organizzativa per l'esecuzione dei lavori e cronoprogramma”; “F) Pari opportunità generazionali e di genere”.

M.1) Ai fini della compiuta valutazione di queste censure vanno svolte alcune preliminari considerazioni sull'ambito di scrutinio del Giudice amministrativo a fronte dell'attività tecnico-discrezionale dell'Amministrazione, e segnatamente di quella svolta dalle commissioni di gara.

Nella generale premessa che “il sindacato del giudice nel valutare la legittimità di valutazioni frutto di discrezionalità tecnica, è pieno, penetrante, effettivo, ma non sostitutivo” (TAR Lazio - Roma, Sez. I Bis, n. 6374/2023), la latitudine dello scrutinio giurisdizionale in materia risulta perimetrata dalle specificità del giudizio connotato dalla discrezionalità tecnica.

Nello specifico campo dei giudizi attribuiti dalle commissioni di gara alle offerte tecniche costituisce *ius receptum*, nella giurisprudenza amministrativa, il principio per cui “La valutazione delle offerte e, del pari, l'attribuzione dei punteggi da parte della commissione giudicatrice è espressione dell'ampia discrezionalità riconosciuta a tale organo, così che le censure sul merito di tale valutazione sono sottratte al sindacato di legittimità, ad eccezione dell'ipotesi in cui si ravvisi manifesta irragionevolezza, arbitrarietà, illogicità, irrazionalità o travisamento dei fatti” (Consiglio di Stato sez. V, 25/08/2023, n. 7942).

Dinanzi a una valutazione tecnica complessa, pertanto, il Giudice amministrativo può pertanto pur sempre ripercorrere il ragionamento seguito dall'Amministrazione al fine di verificare in modo puntuale, anche in riferimento alla regola tecnica adottata, la ragionevolezza, la logicità, la coerenza dell'*iter* logico seguito dall'autorità, senza però potervi sostituire un sistema valutativo differente da lui stesso individuato.

Di conseguenza, non sono ammissibili le censure che intendano far sindacare e rivedere valutazioni per loro natura opinabili, perché esse sollecitano il Giudice ad esercitare un inammissibile sindacato di *“merito, sostitutivo a quello dell'Amministrazione”* (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 3 maggio 2021, n.3466; 25 marzo 2021, n. 2524, richiamata in Tar Molise Sez. I, n. 102/2023). Impostazione, questa, che non si giustifica in forza di aprioristici ostacoli di ordine processuale, ma va piuttosto ricondotta *“ad una non eludibile esigenza di separazione della funzione amministrativa rispetto a quella giurisdizionale”*, la quale esclude che sia consentito al giudice *“sovrapporre la sua idea tecnica al giudizio non contaminato da profili di erroneità e di illogicità formulato dall'organo amministrativo al quale la legge attribuisce la penetrazione del sapere specialistico ai fini della tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto”* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 1352/2023).

A queste indicazioni giurisprudenziali introduttive non guasta poi aggiungere, sotto altro aspetto, il richiamo al consolidato indirizzo della stessa giurisprudenza secondo il quale: *“Nelle gare pubbliche il punteggio numerico assegnato ai vari elementi di valutazione dell'offerta integra di per sé una sufficiente motivazione, allorché siano prefissati con chiarezza ed adeguato grado di dettaglio i criteri in base ai quali la Commissione deve esprimere il proprio apprezzamento”* (Consiglio di Stato sez. III, 12/10/2023, n.8893).

M.2) Tanto premesso, per tutte le censure che appresso si andranno a vagliare si anticipa che potrà formularsi un univoco giudizio di infondatezza, atteso che, anche

in ragione degli aspetti che specificamente si preciseranno, le valutazioni della commissione contestate dalla ricorrente si presentano immuni dai vizi di palese illogicità e irragionevolezza, i quali soli ne avrebbero consentito, in ragione dei principi rinvenibili dalla giurisprudenza richiamata, il loro annullamento in giudizio.

M.3) Giova ricordare, a questo punto, che la *lex specialis* (in particolare l'art. 2.3 del Disciplinare) prevedeva l'utilizzo del criterio c.d. "aggregativo-compensatore". Mediante detto sistema, come ricordato nel verbale di gara n. 8 del 4.9.2023, *"a ciascuno degli elementi qualitativi cui è assegnato un punteggio discrezionale, è attribuito un coefficiente sulla base del metodo dell'attribuzione di un coefficiente, variabile da zero ad uno, da parte di ciascun commissario di gara"*.

Detti coefficienti variavano - a seconda della loro corrispondenza a ben specifici e motivati criteri di giudizio - da 0,1 ad 1. Ai fini della determinazione del punteggio, per ogni singolo criterio era previsto che i predetti coefficienti venissero a loro volta moltiplicati per il punteggio massimo attribuibile (per quanto qui rileva: 10 per il criterio C, 20 per il criterio E, 5 per il criterio F), in modo da consentire ai concorrenti di poter ottenere il punteggio massimo per ognuno degli elementi dell'offerta.

Muovendo da questa premessa metodologica è possibile passare all'esame delle singole doglianze contenute nel secondo mezzo.

N) In primo luogo la ricorrente ha contestato il punteggio attribuito in applicazione del criterio di valutazione C, avente riguardo, come già indicato, a: *"Logistica, sicurezza e riduzione dell'impatto ambientale del cantiere"*.

Per tale criterio (che permetteva un punteggio massimo di 10), alla società Spinosa è stato attribuito il coefficiente di 0,7 (con conseguente attribuzione del punteggio di 7), mentre al raggruppamento avversario quello di 0,8 (con conseguente attribuzione del punteggio di 8).

Le doglianze esposte sul punto dalla ricorrente si appuntano sull'affermazione di fondo per la quale la sua offerta, pur complessivamente analoga a quella avversaria,

sarebbe stata, in realtà, assai più completa rispetto a quella.

N.1) Il Collegio deve però subito sottolineare che le regole della *lex specialis* determinative dei punteggi traducevano in riferimento numerico criteri e griglie di per sé già connotati da una puntuale motivazione.

Il *range* di punteggio attribuito all'aggiudicataria, cui la ricorrente si è soltanto avvicinata, era connesso ad un'offerta tale da presentare, quali caratteristiche distintive: *“capacità di conseguire una riduzione dell'impatto ambientale determinato dal cantiere minimizzando il livello di disturbo alle attività antropiche attraverso a titolo meramente esemplificativo l'utilizzo di mezzi d'opera a basse emissioni, e/o alimentazioni ecologiche, l'utilizzo di attrezzature e mezzi con ridotti rilascio di emissioni in atmosfera, la previsione di idonee e continue attività di pulizia durante il corso dei lavori dell'area interessata; - capacità di conseguire una riduzione del rischio di infortuni, fermo restando il necessario rispetto di tutte le vigenti norme sulla sicurezza e di quanto previsto dal Piano di Sicurezza e Coordinamento; - capacità di conseguire la minimizzazione degli effetti indiretti del cantiere verso l'esterno con particolare riferimento all'attività didattica e l'ottimizzazione dei tempi delle lavorazioni attraverso un'attenta gestione delle interferenze tra attività lavorative.”*

Ciò posto, le argomentazioni attoree, al cospetto dell'indicata motivazione corredante il punteggio avversario ottenuto per il criterio in discorso, non convincono dell'irragionevolezza che avrebbe in tesi inficiato il giudizio della commissione.

Le doglianze attoree non sono invero sufficienti a dimostrare *“...la palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto. E'escluso che il G.A. possa sovrapporre la propria valutazione al giudizio espresso dall'organo tecnico preposto all'esame delle offerte di una gara d'appalto, essendo quest'ultimo espressione di discrezionalità sindacabile nei limiti dell'illogicità della soluzione e di un evidente travisamento (T.A.R. Campania – Napoli, sez. I,*

7/09/2023, n.5001).

Non vale a tal fine, in particolare, l'assunto attoreo che la propria offerta sarebbe stata quantitativamente più ampia, nel senso che avrebbe *“proposto tutta una serie di specifici elementi di arricchimento dell'offerta del tutto mancanti nell'offerta dell'ATI CN.EL.”*.

In proposito va richiamato il disciplinare di gara nella parte in cui (pag. 37 sub *“Logistica, sicurezza e riduzione dell'impatto ambientale del cantiere – criterio di valutazione C))* esso prevedeva che la commissione avrebbe dato particolare rilievo agli elementi di: *“minimizzazione dell'impatto ambientale (emissioni acustiche, polveri, emissioni di gas serra) delle attività di cantiere, nel rispetto del principio Do No Significant Harm (DNSH) e l'organizzazione logistica atta a garantire lo svolgimento delle varie fasi lavorative al fine di ottimizzare i tempi delle lavorazioni anche attraverso un'attenta gestione delle interferenze tra attività lavorative e attività scolastica”*

Dalla stessa disposizione si ricavava, inoltre, un particolare *favor* nel punteggio per chi avesse dimostrato: *“capacità di conseguire una riduzione dell'impatto ambientale determinato dal cantiere minimizzando il livello di disturbo alle attività antropiche attraverso a titolo meramente esemplificativo l'utilizzo di mezzi d'opera a basse emissioni, e/o alimentazioni ecologiche, l'utilizzo di attrezzature e mezzi con ridotti rilascio di emissioni in atmosfera, la previsione di idonee e continue attività di pulizia durante il corso dei lavori dell'area interessata; capacità di conseguire una riduzione del rischio di infortuni, fermo restando il necessario rispetto di tutte le vigenti norme sulla sicurezza e di quanto previsto dal Piano di Sicurezza e Coordinamento; capacità di conseguire la minimizzazione degli effetti indiretti del cantiere verso l'esterno con particolare riferimento all'attività didattica e l'ottimizzazione dei tempi delle lavorazioni attraverso un'attenta gestione delle interferenze tra attività lavorative”*.

Allo stesso modo, con riguardo al versante della sicurezza del cantiere e del rischio infortuni, il disciplinare (pag. 37) appariva chiaro nella sua indicazione che in sede

di punteggio sarebbe stata valorizzata la “...*capacità di conseguire una riduzione del rischio di infortuni...*”, al di là delle misure indefettibili previste per legge.

Ebbene, da nessuno di questi testuali riferimenti, tutti ben focalizzati su temi qualitativi, si potrebbe desumere un’indicazione circa la riconoscibilità di un punteggio maggiore ad un’offerta solo perché “quantitativamente più ampia”. Semmai, come correttamente opposto dalle resistenti, il *quid pluris* che il disciplinare aveva inteso premiare nelle offerte tecniche delle concorrenti, ai fini del criterio C, era quello della loro sostanziale “adeguatezza”.

Ed è proprio da questa angolazione, e nel rispetto dei premessi ambiti di scrutinio sopra evidenziati, che il Collegio deve concludere, viepiù dinanzi al minimo scarto di punteggio di 0,1 tra le offerte delle parti in causa, che le contestazioni di parte ricorrente non forniscono elementi sufficienti a dimostrare l’esistenza, nei giudizi della commissione, di alcun apprezzabile profilo di manifesta irragionevolezza, arbitrarietà, illogicità, irrazionalità o travisamento dei fatti.

O) Analoghe considerazioni possono poi svolgersi, *mutatis mutandis*, con riguardo alle contestazioni relative al punteggio per il criterio sub E - “*Adeguatezza organizzativa per l’esecuzione dei lavori e cronoprogramma*”.

Per tale criterio la *lex specialis* aveva previsto l’attribuzione di un massimo di 20 punti.

Anche in questo caso la differenza tra le due concorrenti è stata minima: la società Spinosa ha conseguito il punteggio di 14 (coefficiente 0,7), mentre l’aggiudicataria ha invece ottenuto 16 punti (coefficiente 0,8).

La ricorrente rivendica ancora una volta la superiorità della propria offerta. Ma anche per questo criterio, come per il precedente criterio C, va osservato che l’attribuzione del punteggio si presenta concretamente incensurabile, non essendo la soc. Spinosa neppure in questo caso pervenuta a fornire decisivi argomenti valutativi a supporto delle proprie doglianze.

O.1) Non sono persuasive, innanzitutto, le censure riguardanti la valutazione del

punteggio attribuito al cronoprogramma.

Secondo l'avviso della ricorrente il proprio documento, strutturato su base giornaliera, avrebbe meritato l'attribuzione di un punteggio maggiore nel confronto con il documento proposto dall'aggiudicataria, il quale conteneva invece, a suo dire, una più generica parametrizzazione, e questo per il solo fatto di essere stato costruito per obiettivi mensili.

Il Collegio al riguardo deve però osservare che, in assenza di specifiche indicazioni preferenziali del disciplinare in favore di un cronoprogramma a struttura giornaliera, la ricorrente, per provare la dedotta irragionevolezza dei punteggi qui attribuiti, avrebbe dovuto dimostrare, con riguardo ai cronoprogrammi rispettivamente proposti, e secondo quanto previsto dallo specifico punto del disciplinare (pag. 37), un differenziale in proprio favore della *“efficacia delle modalità di esecuzione dei lavori con riferimento all’articolazione delle varie fasi dell’intervento finalizzate a garantire la qualità della prestazione fornita nel rispetto dei tempi predefiniti dalla Stazione Appaltante”*.

Per converso, il gravame si è limitato ad affermare che il solo dato oggettivo dell'anzidetta strutturazione temporale (quotidiana vs mensile), avrebbe dovuto essere già *ex se* valorizzato dalla stazione appaltante mediante l'attribuzione di un punteggio premiale per la ricorrente.

E questo apodittico assunto non può che essere respinto.

O.2) Con le ulteriori censure riguardanti il medesimo criterio la ricorrente si è soffermata sul presunto maggior apporto del personale da essa offerto come disponibile all'esecuzione dei lavori, fondando tale affermazione sulla divisione degli addetti al cantiere, da essa proposta, in un certo numero di squadre di lavoro. Nemmeno queste deduzioni permettono però di ascrivere al giudizio della commissione elementi d'irragionevolezza.

La divisione in squadre degli addetti al cantiere proposta dalla ricorrente non implicava necessariamente l'applicazione di un maggior numero di addetti.

Anche su questo specifico aspetto, inoltre, la soc. Spinosa si è limitata ad affermare

la superiorità della propria offerta elencandone gli elementi a suo dire più qualificanti e paragonandoli ad altri dell'offerta avversaria, senza tuttavia debitamente focalizzare le proprie considerazioni sugli elementi di maggior rilievo indicati, invece, dal disciplinare, che nel dettaglio consistevano in ciò: *“adeguatezza quali - quantitativa (anche con riferimento al regime orario di impiego degli operatori) e composizione delle squadre di lavoro relative alle varie fasi operative; la professionalità e l'esperienza che il concorrente si impegna a garantire in capo alla figura del responsabile del cantiere e del responsabile di commessa; l'efficacia e innovatività delle risorse strumentali e attrezzature di cantiere messe a disposizione per lo sviluppo dei lavori”*.

In conclusione, quindi, neppure in relazione all'applicazione del criterio *sub E* il ricorso ha fornito elementi sufficienti a dimostrare l'esistenza, nei giudizi della commissione, di apprezzabili profili di manifesta irragionevolezza, arbitrarietà, illogicità, irrazionalità o travisamento dei fatti.

P) L'ultima componente del secondo motivo di ricorso, concernente il residuo criterio *sub F*), risulta infine improcedibile per carenza d'interesse.

Invero la stessa ricorrente, nell'atto introduttivo, ai fini della dimostrazione, a supporto del proprio motivo, della c.d. “prova di resistenza”, ha affermato di poter accedere all'aggiudicazione a condizione che potessero essere modificati in suo favore almeno i punteggi relativi a due dei tre criteri oggetto del gravame, e in particolare quelli relativi ai criteri C ed E.

D'altro canto, si trattava degli unici due criteri rispetto ai quali l'aggiudicataria, come sottolineato dalla stessa ricorrente, aveva conseguito un punteggio maggiore rispetto al suo; e di criteri che avevano dotazioni di punteggio superiori a quella correlata al criterio F.

A questo punto, ossia dopo il precedente rigetto delle censure ricorsuali riguardanti l'applicazione degli anzidetti criteri C ed E, il Collegio, seguendo l'impostazione stessa del ricorso, non può che addivenire, allora, alla conclusione che il solo

spostamento del punteggio del criterio F non potrebbe produrre una rilevante modifica dell'esito della gara.

Da qui il mancato superamento della prova di resistenza a sostegno della censura che residua.

Ed è appena il caso di ricordare, in proposito, il costante orientamento giurisprudenziale secondo il quale *“La verifica della sussistenza dell'interesse all'impugnativa deve manifestare la sua concretezza, nel senso che l'annullamento degli atti gravati deve risultare idoneo ad arrecare al ricorrente un'effettiva utilità, con la conseguenza che il gravame dell'aggiudicazione di un appalto pubblico che non sia finalizzato ad ottenere la rinnovazione della gara o l'esclusione dell'impresa aggiudicataria (che implicherebbero un immediato vantaggio per il ricorrente), ma che risulti fondato sulla sola contestazione della correttezza dei punteggi assegnati alle concorrenti, deve essere sorretto, per essere ritenuto ammissibile, dalla c.d. prova di resistenza e, cioè, dalla dimostrazione a priori che, se le operazioni si fossero svolte correttamente, la ricorrente sarebbe risultata con certezza aggiudicataria”* (T.A.R. Lazio - Roma, Sez. III, n. 5814/2023).

Donde la carenza d'interesse all'esame della residua censura del secondo motivo di ricorso.

P.1) Sicché solo per completezza di disamina si soggiunge che anche rispetto a tale doglianza la ricorrente, nel rivendicare la superiorità della propria offerta anche ai fini del relativo criterio, ha mancato di incentrare la propria disamina sugli elementi maggiormente valorizzati dal disciplinare (in primo luogo: *“interventi concreti di welfare aziendale già attuati orientati a fornire sostegno ai giovani dipendenti ovvero a favorire la conciliazione dei tempi di vita e lavoro”*; in secondo luogo: *“a) adozione di misure idonee a favorire la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro; b) adozione di una formazione professionale dedicata ai giovani con l'attivazione di percorsi formativi specifici per l'inserimento nel contesto aziendale delle nuove figure professionali e per l'aggiornamento costante delle risorse presenti; c) adozione di una formazione professionale con l'attivazione di corsi finalizzati a*

promuovere la cybersecurity, l'acquisizione di digital skills e l'utilizzo consapevole e responsabile delle piattaforme digitali").

Sicché il vaglio di merito della doglianza conclusiva non potrebbe pervenire ad esito diverso dalle precedenti.

Q) Conclusivamente, previa estromissione dal giudizio della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero dell'Istruzione e del Merito, il ricorso deve dunque essere nel suo insieme respinto.

Le spese di giudizio possono essere nondimeno compensate integralmente tra le parti, stante la complessità delle questioni controverse.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, e previa estromissione dal giudizio della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero dell'Istruzione e del Merito, lo respinge.

Compensa integralmente tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Campobasso nella camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Nicola Gaviano, Presidente

Roberto Ferrari, Referendario, Estensore

Federico Giuseppe Russo, Referendario

L'ESTENSORE
Roberto Ferrari

IL PRESIDENTE
Nicola Gaviano

IL SEGRETARIO