

Publicato il 24/11/2017

N. 00860/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00194/2017 REG.RIC.

 logo

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 la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 194 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Gesta S.p.A., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Pierpaolo Salvatore Pugliano, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Enrica Croci in Genova, corso Aurelio Saffi 7/2;

contro

Città Metropolitana di Genova, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Valentina Manzone, Carlo Scaglia, Lorenza Olmi, con domicilio eletto presso lo studio Valentina Manzone in Genova, P.Le Mazzini 2;

Cns Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Fabio Cintioli, Gennaro Rocco Notarnicola, Aristide Police, con domicilio

eletto presso lo studio Maria Silvia Sommazzi in Genova, via XII Ottobre N. 10/12;

nei confronti di

Siram S.p.A., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Piergiorgio Alberti, Giuseppe Inglese, con domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Inglese in Genova, via Porta degli Archi 3;

Sof S.p.A., Evolve Consorzio Stabile, Exitone S.p.A., Gestione Integrata S.r.l. non costituiti in giudizio;

Bilfinger Sielv Facility Management S.p.A., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Mario Alberto Quaglia, Alfredo Di Mauro, Rosa Pellerano, con domicilio eletto presso lo studio Mario Alberto Quaglia in Genova, via Roma, 4/3;

Iren Energia S.p.A., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Daniela Anselmi, Giulio Bertone, con domicilio eletto presso lo studio Daniela Anselmi in Genova, via Corsica, 19/10;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- 1) della nota 9303/2017, con la quale la Città Metropolitana ha comunicato l'avvenuta aggiudicazione in favore del RTI guidato da Siram S.p.a.;
- 2) dell'atto dirigenziale n. 329 del 15.02.2017, con il quale la Città Metropolitana ha disposto l'aggiudicazione definitiva a favore di RTI Siram e ha collocato al secondo posto della graduatoria finale il RTI guidato dalla BilfingerSielv Management s.r.l.;
- 3) del prospetto di gara ID 4701 e di tutti gli atti di gara comunque connessi nella parte in cui la Stazione Unica Appaltante ha redatto la

graduatoria finale, collocando al primo e secondo posto i predetti RTI, non aggiudicando la gara alla ricorrente;

4) di tutti i verbali di gara, nelle parti in cui la commissione di gara da un lato non ha aggiudicato la gara all'odierno ricorrente e dall'altro non ha escluso dalla procedura i RTI guidati da Siram s.p.a. e da BillfingerSielv Management;

5) di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente;

nonché, in via subordinata, di tutti gli atti dell'intera procedura di gara con obbligo per la Stazione Unica Appaltante resistente di indire e ripetere nuovamente la procedura di gara per violazione e falsa applicazione degli art. 216 e 220 del D. Lgs. 50/2016, nonché per l'accertamento e la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto che sia stato o che venisse eventualmente stipulato e per la conseguente condanna della Stazione Unica Appaltante al risarcimento in forma specifica, ovvero, in subordine, al risarcimento per equivalente ai danni subiti dalla ricorrente in conseguenza della esecuzione dei provvedimenti impugnati

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da GESTA S.P.A. il 4\7\2017 :

- della nota prot. n. 31102 del 7 giugno 2017, con la quale la Stazione Appaltante ha confermato – a seguito di una nuova istruttoria – l'aggiudicazione definitiva in favore del RTI SIRAM: documento di cui si è avuta conoscenza solo in data 9 giugno 2017, a seguito del deposito in giudizio da parte dell'Amministrazione resistente;

- della nota prot. n. 31097 del 7 giugno 2017, contenente la relazione in base alla quale la Stazione appaltante ha confermato – a seguito di una nuova istruttoria – l'aggiudicazione definitiva in favore del RTI SIRAM: documento di cui si è avuta conoscenza solo in data 9

giugno 2017, a seguito del deposito in giudizio da parte dell'Amministrazione resistente;

- del paragrafo 2, punto 2.1, delle Norme di Partecipazione alla gara;
- della nota prot. n. 19064 del 3 aprile 2017, con la quale la Stazione appaltante ha avviato una nuova istruttoria e ha richiesto chiarimenti al RTI SIRAM: documento di cui si è avuta conoscenza solo in data 9 giugno 2017, a seguito del deposito in giudizio da parte dell'Amministrazione resistente;
- della nota prot. n. 20216 del 7 aprile 2017, con la quale la Stazione appaltante ha richiesto ulteriori chiarimenti al RTI SIRAM: documento di cui si è avuta conoscenza solo in data 9 giugno 2017, a seguito del deposito in giudizio da parte dell'Amministrazione resistente;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e comunque consequenziale, ancorché incognito, che incida sfavorevolmente sulla sfera giuridico-patrimoniale della ricorrente;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Siram S.p.A. e di Bilfinger Sielv Facility Management S.p.A. e di Città Metropolitana di Genova e di Iren Energia S.p.A. e di Cns Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 ottobre 2017 il dott. Luca Morbelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con Atto Dirigenziale n. 1157/2016 del 15/04/2016 la Direzione Sviluppo Economico e Sociale - Servizio Progettazione e Manutenzione Edile della Città metropolitana di Genova ha autorizzato l'affidamento del "Servizio di Gestione integrata in global service dei servizi gestionali, manutentivi e di pulizia e igiene ambientale da eseguirsi sugli immobili, in uso e/o di competenza della Città Metropolitana di Genova" mediante l'esperimento di una procedura aperta da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'articolo 83 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, approvando nel contempo il relativo Capitolato d'onori. Con Atto Dirigenziale n. 1172 del 15/04/2016 del Responsabile della Direzione Amministrazione – Stazione Unica Appaltante è stata approvata la documentazione relativa alla procedura di gara in argomento: Bando di gara, Norme di Partecipazione, Progetto Offerta e relativi allegati, in conformità alla normativa vigente in materia di contratti pubblici con particolare riferimento all'art. 64, comma 4, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ex art. 83 del Decreto Legislativo del 12 aprile 2006, n. 163. Il Bando di Gara veniva pubblicato sul Profilo di Committente della Stazione Appaltante in data 18.4.2016 ed inviato nella medesima giornata alla GUCE. Sempre in data 18/4/2016 il bando veniva pubblicato sul sito informatico dell'Osservatorio Regionale dei Contratti Pubblici e sull'Albo Pretorio. Seguivano le pubblicazioni su GURI n. 48 del 29/4/2016 e su GUCE n. S79 del 22/4/2016. Il termine di presentazione dell'offerta era il 6/7/2016; la seduta pubblica di apertura delle

offerte tecniche si teneva in data 18 ottobre 2016, quella delle offerte economiche il 25 gennaio 2017. Il soggetto provvisoriamente aggiudicatario è risultato l'operatore economico RTI SIRAM S.P.A. di Milano quale mandataria del RTI composto da: CNS CONSORZIO NAZIONALE SERVIZI SOC. COOP., IREN GESTIONI ENERGETICHE S.P.A..

Da ultimo, con atto dirigenziale n. 329 del 15.02.2017 la Città metropolitana approvava le operazioni di gara e disponeva l'aggiudicazione definitiva a favore di RTI Siram, collocando al secondo posto della graduatoria finale il RTI guidato dalla BilfingerSielv Management s.r.l. e l'odierna ricorrente RTI Gesta S.p.A. al terzo posto.

Con ricorso, depositato in data 16.03.2017, la ricorrente ha impugnato gli atti di cui ai punti nn. 1 – 5 dell'epigrafe, successivamente notificato ai controinteressati.

Il ricorso è stato affidato ai seguenti motivi:

violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 2, 38, 86, 88 e ss. del D.lgs. n. 163/2006 e s.m.i.. Violazione e falsa applicazione dell'art. 80 del D. Lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 57, comma 4, lett. f), Direttiva 2014/24 UE. Violazione falsa applicazione dell'art 101 TFUE e dell'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost.. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 3 della L. n. 241/1990 e s.m.i. Violazione e falsa applicazione dei principi (anche di matrice comunitaria) di par condicio, trasparenza, imparzialità, pubblicità e buon andamento della P.A.. Eccesso di potere in alcune delle sue tipizzate figure sintomatiche (difetto d'istruttoria e di motivazione, travisamento di atti e di fatti, sviamento, carenza di

presupposti, contraddittorietà, disparità di trattamento, manifesta ingiustizia), in quanto il rti aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara atteso che la mandante CNS è stata sanzionata dall'AGCM, con provvedimento 22 dicembre 2015 n. 25802, per avere posto in essere un'intesa anticoncorrenziale in relazione ad una gara CONSIP, vicenda che si è conclusa con la risoluzione del contratto da parte di CONSIP;

violazione e falsa applicazione degli artt. 86, 88 e ss. del D.lgs. n. 163/2006 e s.m.i. Violazione e falsa applicazione dell'art. 9.3 delle Norme di Partecipazione. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost.. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 3 della L. n. 241/1990 e s.m.i. Violazione e falsa applicazione dei principi (anche di matrice comunitaria) di par condicio, trasparenza, imparzialità, pubblicità e buon andamento della P.A.. Eccesso di potere in alcune delle sue tipizzate figure sintomatiche (difetto d'istruttoria e di motivazione, travisamento di atti e di fatti, sviamento, carenza di presupposti, contraddittorietà, disparità di trattamento, manifesta ingiustizia), in quanto l'offerta della aggiudicataria, caratterizzandosi per una serie di proposte migliorative con aumento dei costi avrebbe dovuto essere sottoposta a verifica di anomalia, verifica che nella specie non è intervenuta;

violazione e falsa applicazione degli artt. 86, 88 e ss. del D.lgs. n. 163/2006 e s.m.i. Violazione e falsa applicazione dell'art. 9.3 delle Norme di Partecipazione. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost.. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 3 della L. n. 241/1990 e s.m.i. Violazione e falsa applicazione dei principi (anche di matrice comunitaria) di par condicio, trasparenza, imparzialità, pubblicità e buon andamento della P.A.. Eccesso di

potere in alcune delle sue tipizzate figure sintomatiche (difetto d'istruttoria e di motivazione, travisamento di atti e di fatti, sviamento, carenza di presupposti, contraddittorietà, disparità di trattamento, manifesta ingiustizia), in quanto analogamente a quanto rilevato per l'aggiudicataria anche la seconda classificata avrebbe dovuto essere sottoposta a verifica di anomalia che nella specie è mancata.

violazione e falsa applicazione degli artt. 216 e 220 del D. Lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dei principi (anche di matrice comunitaria) di par condicio, trasparenza, imparzialità, pubblicità e buon andamento della P.A.. Eccesso di potere in alcune delle sue tipizzate figure sintomatiche (difetto d'istruttoria e di motivazione, travisamento di atti e di fatti, sviamento, carenza di presupposti, contraddittorietà, disparità di trattamento, manifesta ingiustizia), in quanto, essendo stato il bando pubblicato successivamente alla data del 18 aprile 2016 lo stesso avrebbe dovuto essere sottoposto alla disciplina di cui al d.lgs. 50/16 anziché a quella del d.lgs 163/06.

La ricorrente concludeva per l'accoglimento del ricorso l'annullamento degli atti impugnati nonché la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con vittoria di spese di giudizio. E' stata formulata anche domanda risarcitoria.

Alla camera di Consiglio del 6/4/2017 l'Amministrazione resistente si impegnava a posticipare la stipulazione del contratto all'esito del presente giudizio.

Successivamente la Città Metropolitana di Genova apriva, con note del 3 e 7 aprile 2017, rispettivamente prott. n. 19064 e 20216, un procedimento nei confronti di CNS, con cui ha richiesto a

quest'ultimo, per il tramite della mandataria Siram S.p.A., di produrre chiarimenti e documentazione integrativa con particolare riferimento alla sanzione AGCM, alle decisioni dei giudici amministrativi, al provvedimento di risoluzione di CONSIP, ad eventuali segnalazioni all'ANAC.

Infine, con nota prot. 31102 del 7/6/2017, sulla base della relazione istruttoria del 7/6/2017, l'Amministrazione resistente confermava la graduatoria di gara per cui è causa.

Tali atti sono stati impugnati con motivi aggiunti dalla ricorrente in data 3/7/2017, unitamente alle norme di Partecipazione della procedura di gara. I motivi aggiunti sono sostanzialmente ripetitivi delle censure dedotte con il ricorso principale.

All'udienza del 27 ottobre 2017 il ricorso è passato in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è rivolto avverso gli atti della gara pubblica per l'affidamento del servizio di Gestione integrata in global service dei servizi gestionali, manutentivi e di pulizia e igiene ambientale da eseguirsi sugli immobili, in uso e/o di competenza della Città Metropolitana di Genova”

Il ricorso non è fondato.

Il Collegio ritiene di iniziare l'esame delle doglianze rassegnate dalla ricorrente dal quarto e ultimo motivo, poiché esso involge l'individuazione della legge applicabile *ratione temporis* all'intera fattispecie dedotta in giudizio. Tale operazione, infatti, va considerata logicamente preliminare rispetto agli altri momenti del giudizio; né con questo si disattende la subordinazione di tale motivo operata dalla ricorrente, sia perché quest'ultima, all'udienza di trattazione, ha esplicitamente rinunciato a detta subordinazione, chiedendo anzi

l'esame prioritario di questa doglianza, sia perché questo giudice andrebbe contro alle indicazioni della ricorrente soltanto ove accogliesse il motivo di ricorso, annullando l'intera procedura di gara.

Il motivo è, in primo luogo inammissibile per genericità.

La censura, infatti, difetta in misura irrimediabile di specificità. Si pretende di basare l'invalidità della procedura di gara sul mero fatto che questa sia stata condotta avendo riguardo alle disposizioni del Dlgs. 163/2006 anziché a quelle del sopravvenuto Dlgs. 50/2016. La ricorrente, tuttavia, non individua alcuno specifico profilo di illegittimità derivante dall'aver seguito le vecchie regole invece che le nuove; non è chiaro, infatti, quale fase o momento della procedura sarebbe da considerarsi conforme con la precedente disciplina, ma incompatibile con quella successiva, e quale nocumento sia stato cagionato alla ricorrente dalla (asseritamente) erronea individuazione della disciplina rilevante. Anche qualora si accertasse che quest'ultima fosse il Dlgs. 50/2016, ciò servirebbe per dare al giudice il corretto parametro delle violazioni di legge individuate dalla ricorrente; ma tale individuazione è del tutto assente nel caso di specie, con la conseguenza che la censura in oggetto vorrebbe dare adito ad un controllo generalizzato e onnicomprensivo di compatibilità della procedura di gara con la normativa sopravvenuta: il che è inammissibile.

Appare, tuttavia, opportuno al Collegio scendere nel merito della doglianza, in modo da individuare, pur nell'infondatezza del motivo, la legge applicabile al caso di specie. A tal fine è indispensabile riferirsi alle disposizioni contenute nel nuovo testo regolativo della materia della contrattazione pubblica, ovvero gli artt. 216 e 220 del Dlgs. 50/2016. È infatti alla normativa sopravvenuta che, abrogando

quella più risalente, occorre guardare per chiarire l'efficacia ratione temporis delle due leggi che si succedono. Come ricordato dallo stesso ricorrente, nell'ambito dell'art. 216 è sancito che “lo stesso [codice] si applica alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore”. Considerando che ai sensi dell'art. 220 del codice questo entra in vigore il giorno stesso della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, e che tale pubblicazione ha avuto luogo il giorno 19 aprile 2016, ne consegue che la nuova normativa non si applica alle procedure di gara i cui bandi siano stato pubblicati anteriormente a tale data. Dato che il bando della procedura di gara per cui è causa è stato pubblicato il 18 aprile 2016 sul “Profilo di Committente” della Stazione Unica Appaltante, sul sito informatico dell'Osservatorio Regionale di Contratti Pubblici e sull'Albo Pretorio dell'ente locale, occorre chiedersi se tali comunicazioni possano essere ricondotte alla nozione di pubblicazione di cui all'art. 216 del Dlgs. 50/2016; avendo, altresì, riguardo al fatto che, anteriormente all'entrata in vigore di quest'ultimo corpo normativo, il bando era stato spedito per la pubblicazione sia alla GUCE che alla GURI (pubblicazione poi avvenuta, rispettivamente, in data 22 e 29 aprile 2016).

La disposizione normativa in esame non indica espressamente il mezzo attraverso il quale la pubblicazione deve essere fatta; secondo la tesi della ricorrente, il testo di legge minus dixit quam voluit, dovendosi intendersi per pubblicazione soltanto quella effettuata sulle Gazzette Ufficiali nazionale e comunitaria. Senonché, un'interpretazione sistematica e basata sui principi generali può accreditare una nozione più ampia di pubblicazione, tale da includere

ogni comunicazione idonea ad ingenerare, in una platea indeterminata di soggetti, un serio affidamento circa l'efficacia dell'atto.

Il discrimine fondamentale va ravvisato nell'irretrattabilità dell'atto da parte dell'Amministrazione. Occorre valutare se la comunicazione in esame sia stata idonea a far fuoriuscire l'atto dall'ambito di disponibilità dell'Amministrazione, suscitando nel pubblico il fondato affidamento sulla stabilità della decisione; affidamento la cui salvaguardia implica che l'atto non sia più ritrattabile dalla P.A., salvo il ricorso agli strumenti dell'autotutela, i quali presuppongono una nuova valutazione degli interessi in conflitto all'interno di procedimenti amministrativi sfocianti in provvedimenti autonomamente impugnabili. Qualora, al contrario, sia mancata la condivisione con il pubblico dell'informazione concernente l'adozione dell'atto, nessun ragionevole affidamento circa la sua stabilità potrà dirsi sorto; conseguentemente non si produrrà l'irretrattabilità dell'atto, che potrà essere eliminato dall'Amministrazione mediante il mero, e inoppugnabile, ritiro dello stesso.

A tale proposito, va sottolineato come sia difficile negare che le pubblicazioni poste in essere da Città Metropolitana fossero idonee a infondere un generale affidamento circa il fatto che una procedura ad evidenza pubblicata si sarebbe tenuta con quell'oggetto e con quella legge di gara. Sia il profilo committente, sia il sito informatico dell'osservatorio regionale sui contratti pubblici che l'Albo Pretorio della Città Metropolitana rappresentano strumenti appositamente volti a diffondere, mediante l'impiego delle tecnologie digitali, presso una platea vasta e indeterminata di soggetti le informazioni afferenti

le procedure ad evidenza pubblica adottate dall'Amministrazione. Ne consegue la loro riconducibilità alla nozione generale di pubblicazione di cui all'art. 216 del D.lgs. 50/2016.

Nello stesso senso va il comunicato dell'ANAC dell'11 maggio 2016, citato da una pronuncia del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. III, 29 maggio 2017, n. 2549) richiamata dallo stesso ricorrente: «le disposizioni del d.lgs. n. 163/2016 si applicano a tutti gli avvisi pubblicati entro il 19.04.2016, con una delle forme di pubblicità obbligatorie, e secondo le modalità, indicate dall'art. 66 del d.lgs. 163/06 in combinato disposto degli artt. 122 e ss. Si tratta, in particolare, della Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, della Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana o, laddove previsto, dell'Albo Pretorio o del profilo del committente».

Va inoltre dato rilievo alla sostanziale iniquità di addebitare all'Amministrazione l'intempestività della pubblicazione, quando questa sia riferibile a soggetti diversi. Tale principio è stato affermato dalla Corte Costituzionale con riferimento al momento perfezionativo della notifica (Sentenza n.477 del 2002), ma sembra applicabile anche ad altre forme di comunicazione, come le pubblicazioni, ogniqualvolta l'esito del procedimento comunicativo si situi al di fuori della disponibilità, e dunque della responsabilità, del soggetto che ha interesse a vedere eseguita la comunicazione. Nel caso di specie, come già ricordato, il bando di gara risulta spedito per la pubblicazione su GUCE e GURI in data anteriore all'entrata in vigore del Dlgs. 50/2016; lo iato temporale tra la spedizione e l'effettiva pubblicazione non può certo essere addebitato all'Amministrazione.

Individuato il parametro di legge rilevante nella fattispecie in esame, è possibile esaminare gli altri motivi di ricorso rassegnati dalla ricorrente.

Il primo concerne la mancata esclusione dalla procedura di gara della mandataria CNS, per avere questa posto in essere attività anticoncorrenziali nell'ambito di una gara indetta da CONSIP il 16/07/2012, tanto da subire, con provvedimento N. 25802 del 22 dicembre 2015, pubblicato sul Bollettino n. 50 del 25 gennaio 2016, una sanzione dalla AGCM. A seguito di tale evento, nel dicembre 2016 la CONSIP ha provveduto a risolvere il contratto in essere con CNS, che di quella gara era risultata aggiudicataria definitiva. Tali condotte, unitamente all'omessa comunicazione delle stesse alla Città Metropolitana nell'ambito della procedura di cui è causa, integrerebbero una causa di esclusione della CNS ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera f), del Dlgs. 163/2006. Tale disposizione, al secondo capoverso, prevede l'esclusione dalla gara di coloro che “hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante”.

A tali argomentazioni le parti resistenti hanno replicato, in sede di costituzione, affermando che il provvedimento sanzionatorio dell'AGCM era stato oggetto di specifica comunicazione alla stazione appaltante, mentre l'omessa informazione della risoluzione contrattuale disposta da CONSIP era dovuta al fatto che essa è successiva alla scadenza del termine di presentazione delle offerte (date). Le parti resistenti hanno, altresì, argomentato nel senso che le condotte anticoncorrenziali non possano essere ricomprese nella nozione di errore grave nell'attività professionale di cui all'art. 38 del

Dlgs. 163/2006; ciò alla luce della giurisprudenza nazionale, ma anche del fatto che le Norme di Partecipazione alla gara, al punto 2.1, circoscrivono l'ambito dell'errore grave, introducendo due requisiti ulteriori rispetto a quelli di legge: la definizione di errore grave quale non corretta esecuzione della prestazione contrattuale e un limite temporale, di tre anni dall'indizione della gara, entro i quali l'errore, per essere preso in considerazione, deve essere stato commesso.

Successivamente, l'Amministrazione resistente ha avviato un subprocedimento per valutare l'incidenza delle pregresse condotte di CNS sulla possibilità di quest'ultima di rimanere inclusa nella gara. Le risultanze di tale procedimento, di segno negativo, sono state impugnate dalla ricorrente con motivi aggiunti. In quella sede, e per la prima volta, la ricorrente ha portato la sua critica al punto 2.1 delle Norme di Partecipazione, predicandone la nullità.

Che l'illecito anticoncorrenziale possa, in generale, essere fatto ricadere entro la nozione di errore grave commesso nell'attività professionale è tutt'ora oggetto di dibattito in seno alla giurisprudenza nazionale. La vicenda posta all'attenzione di questo giudice, tuttavia, presenta un carattere peculiare, ovvero che la legge di gara ha circoscritto l'area dell'errore grave nell'attività professionale alle attività esecutive di un contratto; una nozione, pertanto, che non ricomprende le attività anticoncorrenziali. Il tenore letterale delle Norme di Partecipazione, al punto 2.1, è sufficientemente chiaro: “L'errore professionale si configura nel momento in cui l'esecuzione della prestazione in modo non corretto pregiudica l'utilità e l'idoneità della stessa a conseguire lo scopo per cui è stata richiesta. La valutazione circa la gravità è di competenza

della stazione appaltante e riguarda i contratti eseguiti nell'ultimo triennio”.

Si tratta di un autovincolo dell'Amministrazione, la quale si è successivamente mossa entro gli stretti limiti che essa stessa si è data. Ne consegue che l'Amministrazione, con gli atti successivi, non avrebbe potuto comportarsi in modo da far rientrare nella nozione di errore grave anche l'illecito anticoncorrenziale, pena violare la stessa legge di gara.

Va sottolineato quindi che gli atti istruttori posti in essere dalla committente non recano un'autonoma lesività alla ricorrente, poiché si muovono nel perimetro tracciato dalla legge di gara. Se la ricorrente avesse voluto predicare l'illegittimità di quest'ultima avrebbe dovuto farne oggetto della propria impugnazione, con particolare riferimento alle Norme di Partecipazione. Ciò non è avvenuto, in quanto il punto 2.1 di tali norme è stato impugnato dalla ricorrente solo con i motivi aggiunti rassegnati il 3 luglio 2017, ben oltre il termine finale di decadenza.

Il primo atto applicativo della disposizione censurata deve individuarsi non già nel provvedimento di conferma dell'aggiudicazione impugnato con il gravame aggiuntivo, bensì nel provvedimento di ammissione alla gara del R.T.I. controinteressato e nell'aggiudicazione disposta in suo favore con il provvedimento prot. n. 329 del 15 febbraio 2017, impugnato con il ricorso introduttivo (con cui è stata fatta valere la censura).

Ne consegue che il motivo di ricorso relativo alla mancata esclusione della CNS in forza delle sue pregresse attività anticoncorrenziali è irricevibile in quanto tardivo.

Deve comunque rilevarsi che, ove mai si ritenesse applicabile alla procedura di gara il Dlgs. 50/2016, verosimilmente la mancata esclusione della CNS per motivi attinenti ai requisiti soggettivi e tecnico-professionali avrebbe dovuto essere censurata nei rigidi termini di cui all'art. 120, comma 2-bis, del Codice del Processo Amministrativo, in vigore dal 19 aprile 2016; ove si seguisse l'indicazione della ricorrente circa la legge applicabile *ratione temporis*, dunque, non si potrebbe che considerare, a maggior ragione, irricevibile per tardività il motivo di ricorso in oggetto.

Con il secondo e terzo motivo, la ricorrente lamenta la mancata attivazione della procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta in capo, rispettivamente, a RTI Siram, prima classificata, e a BilfingerSielv, seconda classificata. Poiché la ricorrente si è classificata in terza posizione, alle censure proposte potrebbe conseguire un effetto soddisfacente solo nel caso che entrambe fossero accolte. Occorrerà dunque preliminarmente valutare la fondatezza della doglianza con riferimento alla prima classificata, per poi eventualmente procedere, in caso di esito positivo, all'esame della seconda.

La ricorrente evidenzia una discrasia tra l'elevato punteggio conseguito dalla prima classificata nel settore "proposte migliorative", il quale implica necessariamente investimenti negli interventi migliorativi, e la convenienza dell'offerta economica, inferiore di euro 200.000 rispetto a quella da lei presentata. La contraddittorietà tra questi due elementi avrebbe imposto alla Stazione Appaltante di attivare il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, quantomeno nei termini di cui al comma 3 dell'art. 86 del Dlgs. 163/2006.

Il motivo di ricorso è infondato.

Come ammesso dalla stessa ricorrente, e confermato univocamente dalla giurisprudenza, nel caso di specie si versa nell'ipotesi di avvio discrezionale, e non vincolato, del procedimento volto ad accertare i profili di anomalia dell'offerta. La mancata attivazione del procedimento di anomalia, in queste ipotesi, non necessita neppure di motivazione, dovendo al contrario motivarsi la scelta di procedere alla verifica di anomalia pur in assenza di un obbligo legislativamente imposto (C.S. VI 27 luglio 2011 n. 4489).

Sul punto, deve osservarsi che la offerta economica della controinteressata è rimasta molto distante dalla soglia che impone l'avvio automatico della procedura di verifica dell'anomalia; in particolare il RTI Siram, ha conseguito 15,1445 punti su 30, laddove avrebbe dovuto raggiungere la soglia di 22,5 per ricadere nell'ipotesi di cui al comma 2 dell'art. 86 del Dlgs. 163/2006.

Pertanto l'Amministrazione ha fatto buon uso della propria discrezionalità nel non attivare il procedimento stante il notevole divario tra il punteggio conseguito e quello minimo necessario per attivare obbligatoriamente la verifica di anomalia. In quest'ambito l'Amministrazione gode di un'ampia discrezionalità tecnica, che può essere sottoposta a sindacato giurisdizionale solo sotto il profilo dell'assoluta inattendibilità delle valutazioni adottate dalla P.A. Nel caso in esame, la ricorrente non ha allegato alcun elemento tale da far ritenere contraddittorie o insostenibili sul piano logico le scelte discrezionali della Città Metropolitana, limitandosi ad evidenziare degli elementi quali le proposte migliorative e la convenienza economica che si risolvono in un' inammissibile sostituzione delle proprie valutazioni a quelle dell'amministrazione. In assenza di

elementi tali da evidenziare la palese irragionevolezza della scelta di non sottoporre a verifica di anomalia l'offerta è precluso al giudice il sindacato delle scelte tecniche dell'Amministrazione. Ne segue la reiezione del motivo di ricorso.

Da quanto sopra esposto consegue la dichiarazione di inammissibilità, per carenza di interesse, del successivo motivo, afferente l'anomalia dell'offerta presentata da BilfingerSielv.

In conclusione il ricorso deve essere respinto siccome infondato.

Le spese di lite seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento, in favore delle controparti costituite, delle spese di giudizio che si liquidano in complessivi €. 4000, 00 (quattromila/00) oltre IVA e CPA come per legge per ciascuno di essi.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 27 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Pupilella, Presidente

Luca Morbelli, Consigliere, Estensore

Angelo Vitali, Consigliere

L'ESTENSORE
Luca Morbelli

IL PRESIDENTE
Roberto Pupilella

IL SEGRETARIO