

Pubblicato il 26/02/2018

N. 00229/2018 REG.PROV.COLL.
N. 01227/2017 REG.RIC.
N. 00117/2018 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 la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sui seguenti ricorsi:

I) n. 1227 del 2017, proposto da GARC S.p.A., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Simone Uliana ed elettivamente domiciliata presso l'avv. Francesco Luppi, in Brescia, alla aia Solferino n. 10

contro

il Comune di Brescia, in persona del Sindaco *p.t.*;

- il Comune di Brescia – Unità di Progetto Risanamento Ambientale e Bonifiche, in persona del legale rappresentante;

non costituiti in giudizio;

nei confronti di

di Pavoni S.p.A., in persona del legale rappresentante, in proprio ed in qualità di mandataria in A.T.I. con Bianchi s.r.l., non costituita in giudizio

II) n. 117 del 2018, proposto da Pavoni S.p.A., in persona del legale rappresentante, e da Bianchi s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentate e difese dagli avv.ti Alessio Tuccini ed Andrea Accardo, per il presente giudizio domiciliato ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria di questo Tribunale, in Brescia, via Carlo Zima n. 3

contro

Comune di Brescia, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Francesca Moniga, Andrea Orlandi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesca Moniga, in Brescia, Corsetto S. Agata 11/B;

nei confronti di

GARC S.p.A., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Simone Uliana, elettivamente domiciliata presso l'avv. Francesco Luppi, in Brescia, alla via Solferino n. 10

per l'annullamento

QUANTO AL RICORSO N. 1227 DEL 2017:

- della Deliberazione dirigenziale del Comune di Brescia (BS) - di estremi non noti ed ove esistente - recante l'aggiudicazione definitiva della gara d'appalto avente ad oggetto "*Interventi di bonifica dei suoli dell'area pubblica Parco di Passo Gavia*" - C.U.P. C89D16000990001 - C.I.G. 6996118336 - all'A.T.I. Pavoni S.p.A. (mandataria) / Bianchi S.r.l. (mandante), aggiudicazione definitiva comunicata dalla Stazione Appaltante all'odierna ricorrente a mezzo P.E.C. - ex art. 76, comma 5, lett. a), del D.Lgs. 50/2016 - con nota prot. n. 0193378/2017 del 9 novembre 2017;
- della "*COMUNICAZIONE AI NON AFFIDATARI*" trasmessa dall'Amministrazione aggiudicatrice a GARC S.p.A. con nota prot. n.

0193378/2017 del 9 novembre 2017, con cui il Comune di Brescia ha anche comunicato alla ricorrente l'aggiudicazione definitiva della gara d'appalto avente ad oggetto "*Interventi di bonifica dei suoli dell'area pubblica Parco di passo Gavia*" - C.U.P. C89D16000990001 - C.I.G. 6996118336 - all'A.T.I. Pavoni S.p.A. (mandataria) / Bianchi S.r.l. (mandante);

- del "*Provvedimento di aggiudicazione alla R.T.I. "Pavoni S.p.A. - Bianchi S.r.l." con sede a Vobarno Via Don A. Questa n. 16, dell'appalto avente ad oggetto "l'affidamento dell'intervento di bonifica e di risanamento ambientale dell'Area Pubblica Passo Gavia", CUP C89D16000990001 - CIG 6996118336*", trasmesso a GARC S.p.A. con nota prot. n. 0193378/2017 del 9 novembre 2017, con cui il Responsabile Unico del Procedimento, ritenendo congrua l'offerta della controinteressata, ha definitivamente aggiudicato la gara d'appalto di cui si controverte all'A.T.I. Pavoni S.p.A. (mandataria) / Bianchi S.r.l. (mandante);

- dell'"avviso di appalto aggiudicato", pubblicato sull'Albo Pretorio on line del Comune di Brescia il 16 novembre 2017 e sulla G.U. 5[^] Serie Speciale – Contratti Pubblici – n. 134 del 20 novembre 2017;

- del verbale del 6 novembre 2017, trasmesso dalla Stazione Appaltante a GARC S.p.A. con nota del 28 novembre 2017, e delle determinazioni in esso contenute con cui il Responsabile Unico del Procedimento ha deliberato il perfezionamento dell'efficacia dell'aggiudicazione definitiva all'A.T.I. Pavoni S.p.A. (mandataria) / Bianchi S.r.l. (mandante) della gara d'appalto avente ad oggetto "*Interventi di bonifica dei suoli dell'area pubblica Parco di passo Gavia*" - C.U.P. C89D16000990001 - C.I.G. 6996118336;

- del verbale di gara del 24 maggio 2017, in una alle determinazioni in esso contenute;
- del verbale di gara del 29 giugno 2017, in una alle determinazioni in esso contenute, in particolare nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione dalla gara dell'A.T.I. controinteressata;
- delle valutazioni e dei coefficienti tecnici attribuiti dalla Commissione giudicatrice nel corso delle sedute riservate del 7 giugno 2017, dell'8 giugno 2017, del 12 giugno 2017, del 13 giugno 2017, del 15 giugno 2017, del 26 giugno 2017 e del 27 giugno 2017;
- del Bando di gara, nei limiti di cui in ricorso;
- del Disciplinare di gara, nei limiti di cui in ricorso e, in particolare, della lett. b) rubricata al quarto capoverso del paragrafo "Busta n. 2 – Offerta economica" (pag. 21 del doc. 10), in cui testualmente si legge "b) Offerta tempo - in cifre e in lettere e in calce all'offerta prezzo redatta secondo l'allegato Modello MOE, la riduzione giornaliera unica sul termine di esecuzione delle prestazioni in caso di discordanza tra la riduzione indicata in *cifre e quella indicata in lettere prevale la riduzione giornaliera indicata in lettere; all'offerta tempo deve essere allegato, a pena di esclusione, accordo con laboratorio accreditato a giustificazione dei tempi di riduzione proposti*", nell'ipotesi in cui tale precetto non dovesse essere interpretato secondo il significato derivante dal suo tenore letterale, ovvero che i concorrenti, con riferimento all'"Offerta tempo" (max 10 punti), avrebbero dovuto necessariamente allegare a pena di esclusione al proprio "Modello MOE" un accordo con laboratorio accreditato a giustificazione dei tempi di riduzione proposti;
- del Capitolato Speciale d'Appalto, nei limiti di cui in ricorso;

- dei chiarimenti tutti resi e pubblicati dall'Amministrazione aggiudicatrice a monte della procedura concorsuale ad evidenza pubblica di cui qui si controverte e, segnatamente, del chiarimento reso il 18 maggio 2017 dalla S.A. (cfr. “*Comunicazione chiarimenti dal n. 8 al n. 12*” – pag. 7 di 9 del pdf) in cui testualmente si legge “*Le analisi dei terreni sono da eseguire con tutti i parametri accreditati*”, nell'ipotesi in cui tale precetto non dovesse essere interpretato secondo il significato derivante dal suo tenore letterale;
- del giudizio di congruità dell'offerta tecnico-economica presentata in gara dal R.T.I. aggiudicatario;
- di ogni altro atto preordinato, connesso o consequenziale a quelli impugnati, ivi compresi pareri, proposte e valutazioni adottate *medio tempore* dall'Amministrazione comunale resistente in relazione alla gara d'appalto di cui si controverte

PER LA DECLARATORIA

dell'inefficacia del contratto d'appalto avente ad oggetto “*Interventi di bonifica dei suoli dell'area pubblica Parco di passo Gavia*” - C.U.P. C89D16000990001 - C.I.G. 6996118336 - ove nelle more fosse già stato sottoscritto tra la Stazione Appaltante e l'A.T.I. controinteressata

NONCHE' PER LA CONDANNA

della Stazione Appaltante al risarcimento del danno in forma specifica con conseguente annullamento dell'aggiudicazione definitiva impugnata e scorrimento della graduatoria ovvero, per il caso in cui fosse già stato sottoscritto tra la Stazione Appaltante e l'A.T.I. controinteressata il contratto di appalto avente ad oggetto “*Interventi di bonifica dei suoli dell'area pubblica Parco di passo Gavia*” (C.U.P. C89D16000990001 - C.I.G. 6996118336), al subentro

della ricorrente nell'esecuzione dello stesso, previa dichiarazione di inefficacia dell'atto negoziale *de quo*.

QUANTO AL RICORSO N. 117 DEL 2018:

- della “*disposizione per annullamento in autotutela dell’aggiudicazione e riapertura della gara relativa all’intervento di bonifica e risanamento ambientale dell’area pubblica Passo Gavia*”, notificata via PEC in data 28 dicembre 2017;
- della comunicazione recante la nuova graduatoria della gara, notificata via PEC in data 3 gennaio 2018;
- del verbale in data 23 gennaio 2018, con cui GARC S.p.A. è stata dichiarata aggiudicataria a seguito delle verifiche sul possesso dei requisiti e della comunicazione di nuova aggiudicazione notificata il 24 gennaio 2018;
- di ogni atto e provvedimento connesso, presupposto e consequenziale, tra cui, per quanto occorrer possa, la comunicazione di avvio del procedimento di annullamento in autotutela notificata il 20 dicembre 2017 e la comunicazione di riapertura della gara notificata il 28 dicembre 2017;
- delle clausole contenute nel disciplinare di gara, ove interpretate nel senso di consentire l’attribuzione di un punteggio nullo all’offerta economica, nella componente “tempo”, in caso di mancata presentazione preventiva del giustificativo ivi previsto (“accordo con laboratorio accreditato a giustificazione dei tempi di riduzione proposti”).

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio (quanto al ricorso n. 117 del 2018) del Comune di Brescia e di GARC S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2018 il dott. Roberto Politi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

I) La prima delle epigrafate impugnative (n. 1227 del 2017) è stata promossa da GARC S.p.A. avverso la determinazione con la quale l'Amministrazione comunale di Brescia ha aggiudicato la gara precedentemente indicata in favore del R.T.I. Pavoni S.p.A. (mandataria) / Bianchi S.r.l. (mandante).

Avverso gli atti come sopra impugnati, parte ricorrente deduce i seguenti argomenti di censura.

Violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara avuto riguardo all'“offerta tempo”. Eccesso di potere per errore di fatto e difetto di istruttoria. Eccesso di potere per violazione dei principi di par condicio e del giusto procedimento. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e segg. della legge 241/1990.

Conclude per l'annullamento delle censurate determinazioni, chiedendo altresì la declaratoria di inefficacia del contratto – ove nelle more stipulato – e la condanna dell'Amministrazione intimata al risarcimento in forma specifica del sofferto pregiudizio, mediante subentro della parte ricorrente nell'esecuzione del contratto stesso.

Sia l'intimata Amministrazione comunale di Brescia, sia il controinteressato R.T.I. Pavoni-Bianchi non si sono costituiti in giudizio.

II) La seconda impugnativa (n. 117 del 2018) è stata proposta da Pavoni S.p.A., in proprio ed in qualità di mandataria in A.T.I. con Bianchi s.r.l. (parti controinteressate nel giudizio 1227/2017), avverso il provvedimento con il quale il Comune di Brescia, nell'esercizio del potere di autotutela, ha annullato l'originaria aggiudicazione (in favore delle medesime società disposta) ed ha (nuovamente) aggiudicato la gara per cui è controversia in favore di GARC (ricorrente nella prima delle impugnative all'esame e controinteressata in questa).

Con riferimento alle vicende che hanno dato luogo al sottoposto contenzioso, espongono le ricorrenti di aver partecipato, in qualità di costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Pavoni S.p.A. quale mandataria, alla procedura indetta dal Comune di Brescia, avente ad oggetto gli *“interventi di bonifica e risanamento ambientale dell'area pubblica Passo Gavia”*, per un importo di gara di € 1.557.808,17, oltre IVA, di cui € 90.214,85 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso.

La *lex specialis* stabiliva che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevedendo un massimo di 40 punti su 100 per l'offerta tecnica, e di 60 punti su 100 per l'offerta economica, di cui 50 per l'“elemento prezzo” e 10 per l'“elemento tempo”, con la precisazione per cui quest'ultimo *“è costituito dalla riduzione in giorni sui termini di esecuzione relativi alle analisi di omologa dei rifiuti comprensive della restituzione dei dati e l'emissione dei certificati”*.

Al termine delle operazioni di gara, l'ATI Pavoni risultava terza in graduatoria, con un punteggio complessivo di 79,921 punti.

Tuttavia, i primi due concorrenti venivano esclusi, a seguito della verifica di congruità dell'offerta.

Pertanto, la stazione appaltante attivava il sub-procedimento di verifica anche verso l'offerta presentata dalle odierne ricorrenti, richiedendo spiegazioni “*specifiche, approfondite, coerenti e congrue*”, mediante la compilazione di una scheda di analisi dei prezzi, per tutte le voci del computo metrico, con particolare riguardo ad alcune specificamente indicate.

Il Comune concludeva, poi, per la congruità dell'offerta dell'ATI Pavoni, con conseguente aggiudicazione in suo favore.

A seguito del ricorso presentato da GARC S.p.A., l'Amministrazione, con lettera notificata via PEC il 20 dicembre 2017, avviava il procedimento per l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione definitiva, nonché per l'esclusione delle ricorrenti dalla gara.

Tale determinazione veniva motivata con l'asserito mancato rispetto della prescrizione del disciplinare secondo cui l'offerta sul tempo doveva essere corredata, a pena di esclusione, da un “*accordo con un laboratorio accreditato a giustificazione dei tempi di riduzione previsti*”.

Con la disposizione impugnata, il RUP accoglieva solo in parte le deduzioni svolte dalle ricorrenti, tanto che, pur non escludendole dalla gara, disponeva nondimeno l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione definitiva, rilevando che:

- ai sensi del disciplinare di gara, l'offerta tempo doveva essere supportata da un accordo ovvero da una dichiarazione da parte di un laboratorio accreditato che asseverasse la riduzione dei tempi di analisi proposta nel rispetto delle metodiche e/o dei disciplinari sui quali si fonda l'accreditamento, a conferma dell'affidabilità dei risultati presentati;

- *in tal senso deve essere letta la clausola a pena di esclusione, e cioè non quale esclusione della gara del concorrente, bensì quale non valutabilità in termini di punteggio dell'offerta-tempo non corredata dall'apposita documentazione tecnica indicata dal disciplinare;*
- *le dichiarazioni contenute nell'offerta economica non sono suscettibili di alcuna forma di soccorso istruttorio;*
- *l'accordo con la Soc. Ecosanitas SRL, trasmesso in allegato alla memoria procedimentale del 21 dicembre 2017 non può essere acquisito, perché ciò comporterebbe modifica o integrazione dell'offerta economica originaria nella parte relativa ai tempi di analisi offerti, in violazione della par condicio tra i concorrenti;*
- *la mera dichiarazione del chimico non è sufficiente al fine della dimostrazione di quanto indicato nell'offerta tempo, poiché non confortata da alcun impegno alla esecuzione secondo metodologie e procedure accreditate sia con riferimento ai tempi di prelievo sia con riferimento ai tempi necessari per l'emissione dei certificati da fornire all'impianto di destino del rifiuto.*

Il Comune disponeva, quindi, la riapertura della gara per il 2 gennaio 2018, *“ai fini della rivalutazione dell'offerta economica”* dell'ATI Pavoni.

Nella nuova seduta pubblica così fissata, la stazione appaltante riformulava la graduatoria *“per quanto attiene all'offerta economica, non assegnando al RTI Pavoni-Bianchi alcun punteggio per la componente tempo”*, con conseguente nuova aggiudicazione in favore di GARC S.p.A., odierna controinteressata.

Queste le censure articolate con il presente mezzo di tutela:

II.1) Eccesso di potere per violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara. Violazione dei principi di favor participationis e di massima chiarezza delle clausole “a pena di esclusione”.

Secondo le ricorrenti, la clausola contenuta a pag. 21 del disciplinare (*“all’offerta tempo deve essere allegato, a pena di esclusione, accordo con laboratorio accreditato a giustificazione dei tempi di riduzione proposti?”*) si porrebbe in contraddizione con altre previsioni dei documenti di gara, che – nel far riferimento alla medesima materia – non contemplano alcuna sanzione, tantomeno l’esclusione, ovvero la non attribuzione di alcun punteggio all’“elemento tempo” dell’offerta economica.

In particolare:

- l’art. 7 (pag. 7) del disciplinare afferma che *“la tempistica proposta deve essere corredata da accordo scritto con laboratorio accreditato che garantisca l’effettività dell’impegno indicato”*, senza prefigurare sanzioni in caso di omissione, ed anzi aggiungendo che *“ai fini contrattuali resta ferma la riduzione sui termini di esecuzione effettivamente offerti”*;
- alla pag. 20 del disciplinare si prescrive, ancora senza indicare sanzioni, che *“nella busta dovrà essere inserito il “modulo MOE” contenente l’Offerta Economica prezzo - tempo ed il nuovo crono programma con gli elementi giustificativi in caso di riduzione dei tempi”*;
- il modello “MOE” (sulla cui base i concorrenti avrebbero dovuto formulare l’offerta), fa riferimento – quale allegato - ad *“accordo con laboratorio accreditato”*, anche qui senza prevedere alcuna causa di esclusione;
- il capitolato speciale (art. 53, comma 8) prevede che l’appaltatore comunichi alla stazione appaltante *“sette giorni prima di iniziare l’attività di scavo ... l’indicazione del laboratorio di analisi incaricato per le analisi di omologa ... e trasmettere l’autorizzazione con accreditamento SINAL”*.

Le riportate clausole rivelerebbero contenuto certamente non univoco, ed anzi contraddittorio: laddove le clausole del bando

previste a pena di esclusione devono essere chiare e puntuali e, in caso di oscurità o non chiarezza, devono essere interpretate nel modo meno restrittivo per il concorrente.

II.2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 e dell'art. 83, comma 8, D.Lgs. 50/2016. L'accordo richiesto dal disciplinare era un "giustificativo" dell'offerta economica, ed in quanto tale non poteva essere richiesto prima della formazione della graduatoria, anche alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione.

L'accordo con il laboratorio accreditato avrebbe avuto la sola funzione di giustificativo dell'offerta economica, relativamente all'elemento "tempo": in quanto giustificativo, siffatto documento non avrebbe potuto essere richiesto preventivamente a pena di esclusione dell'offerta economica, o comunque di non attribuzione del relativo punteggio, in presenza del divieto di cui all'art. 97 del D.Lgs. 50/2016, secondo cui la valutazione di congruità dell'offerta deve essere condotta sulla base di allegazioni necessariamente successive all'attribuzione dei punteggi.

Nel sottolineare come la previsione dei giustificativi preventivi a pena di esclusione si ponga in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione, di cui all'art. 83, comma 8, del D.Lgs. 50/2016, parte ricorrente evidenzia come la stazione appaltante avrebbe potuto procedere all'attribuzione di un punteggio nullo per la parte temporale dell'offerta economica – determinazione che equivale all'esclusione dell'offerta medesima, *in parte qua* – solo a seguito di contraddittorio successivo con l'impresa, laddove i giustificativi presentati non fossero stati ritenuti sufficienti.

Diversamente, il Comune:

- ha attribuito punteggio zero all'offerta temporale delle ricorrenti, senza richiedere ulteriori giustificativi;
- non ha preso in considerazione l'accordo con il laboratorio Ecosanitas s.r.l., pure trasmesso in allegato alla memoria procedimentale del 21 dicembre 2017 *“perché ciò comporterebbe modifica o integrazione dell'offerta economica originaria nella parte relativa ai tempi di analisi offerti, in violazione della par condicio tra i concorrenti”*.

II.3) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 9, del D.Lgs. 50/2016. L'accordo richiesto dal disciplinare comunque non faceva parte dell'offerta, ed era dunque doveroso il soccorso istruttorio.*

Ove si ritenga che “l'accordo con il laboratorio accreditato” non sia qualificabile come giustificativo – da richiedere necessariamente a posteriori, ex art. 97, D.Lgs. n. 50/2016 – allora la S.A. avrebbe dovuto ammettere il soccorso istruttorio.

II.4) *Eccesso di potere per irragionevolezza. Sulla sufficienza della dichiarazione presentata in sede di gara*

Le ricorrenti avevano allegato all'offerta economica – quale giustificativo dello sconto sui tempi – la dichiarazione resa dal Dott. Thomas Gerola, iscritto all'Ordine dei Chimici del Trentino Alto Adige, il quale ivi confermava la *“disponibilità ad eseguire per Vostro conto analisi di omologa come prescritto dal capitolato di appalto, in modalità di somma urgenza garantendoVi un tempo massimo di emissione dei risultati entro il termine di 8 giorni dalla data di campionamento e/o consegna dei campioni”*.

Nell'osservare come il provvedimento impugnato abbia, sul punto, escluso la sufficienza della *“mera dichiarazione del chimico ... al fine della dimostrazione di quanto indicato nell'offerta tempo, poiché non confortata da alcun impegno alla esecuzione secondo metodologie e procedure accreditate sia con riferimento ai tempi di prelievo sia con riferimento ai tempi necessari per*

l'emissione dei certificati da fornire all'impianto di destino del rifiuto", sostiene parte ricorrente che la gravata determinazione avrebbe introdotto specificazioni postume – e dunque illegittime – rispetto alla *lex specialis* di gara, che richiedeva più semplicemente di presentare un accordo con "laboratorio accreditato", senza dettare alcuna ulteriore prescrizione in ordine al contenuto dell'accordo stesso, ed in particolare sulle metodologie e procedure di analisi.

II.5) In via subordinata: illegittimità del disciplinare per violazione degli artt. 83, comma 8 e 97, del D.Lgs. 50/2016, nonché del principio di separazione tra elementi qualitativi ed elementi economici dell'offerta.

Qualora si ritenga che la clausola del disciplinare sia stata correttamente interpretata dal Comune, la stessa dovrebbe considerarsi palesemente illegittima per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, sancito dall'art. 83, comma 8, del D.Lgs. 50/2016.

La medesima clausola si porrebbe, altresì, in violazione del principio di separazione tra elementi qualitativi ed elementi economici dell'offerta, per cui le valutazioni discrezionali debbono sempre precedere l'apertura della busta economica, per evitare che le valutazioni stesse possano essere influenzate dagli elementi "di carattere automatico".

Conseguentemente, il Comune non avrebbe potuto richiedere di inserire i giustificativi dell'"elemento tempo" nell'ambito dell'offerta economica, poiché l'esame degli stessi avrebbe implicato comunque un giudizio discrezionale, circa la loro sufficienza o meno a giustificare lo sconto temporale.

Conclude parte ricorrente insistendo per l'accoglimento del gravame, con conseguente annullamento degli atti oggetto di censura.

L'Amministrazione intimata, costituitasi in giudizio, ha contestato la fondatezza delle esposte doglianze, invocando la reiezione dell'impugnativa.

Si è, inoltre, costituita in giudizio la controinteressata GARC S.p.A., assumendo l'infondatezza delle censure dedotte con l'atto introduttivo ed insistendo, conseguentemente, per la reiezione del ricorso.

I ricorsi vengono entrambi ritenuti per la decisione alla Camera di Consiglio del 21 febbraio 2018, ai sensi del comma 6 dell'art. 120 c.p.a., in base al quale *“Il giudizio, ferma la possibilità della sua definizione immediata nell'udienza cautelare ove ne ricorrano i presupposti, viene comunque definito con sentenza in forma semplificata ad una udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro quarantacinque giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente”*.

DIRITTO

I. Va, innanzi tutto, disposta la riunione dei ricorsi nn. 1227 del 2017 e 117 del 2018, attesa la presenza di evidenti profili di connessione integrati:

- sotto il profilo soggettivo, dall'identità delle parti;
- sotto il profilo oggettivo, dall'unicità della vicenda procedimentale (svolgimento di pubblica selezione per l'aggiudicazione dell'appalto relativo agli *“Interventi di bonifica dei suoli dell'area pubblica Parco di passo Gavia”*).

II. La disamina delle controversie prenderà spunto, inizialmente, dallo svolgimento del sollecitato sindacato giurisdizionale promosso dal R.T.I. Pavoni-Bianchi (ricorso 117 del 2018).

Come anticipato – e come si avrà modo di analiticamente illustrare in prosieguo – tale controversia origina dall'esercizio del potere di

autotutela sostanziatosi nell'annullamento dell'originaria aggiudicazione disposta in favore del suindicato R.T.I.; al quale ha fatto seguito una nuova aggiudicazione della gara nei confronti di GARC.

Nell'osservare come quest'ultima abbia, con il precedente ricorso 1127 del 2017, appunto impugnato l'aggiudicazione (inizialmente) disposta in favore di Pavoni-Bianchi, appare evidente che l'interesse in capo a GARC – quanto al ricorso da essa promosso – persisterebbe esclusivamente nell'ipotesi di accoglimento del secondo degli epigrafati gravami (n. 117 del 2018), in quanto:

- laddove ad esso consegua l'annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore di GARC
- allora si determinerebbe la reviviscenza dell'interesse di quest'ultima alla decisione, nel merito, della controversia da essa proposta (1227 del 2017), altrimenti venutosi a consumare per effetto della (pienamente) satisfattiva valenza indotta dalla determinazione comunale con la quale la procedura selettiva *de qua* è stata aggiudicata in favore di GARC (ed avverso la quale il R.T.I. ricorrente nel gravame n. 117 del 2018 è, appunto, insorto).

II. Quanto sopra preliminarmente posto con riferimento all'ordine di trattazione delle controversie come sopra riunite, va precisato, ad integrazione di quanto esposto in narrativa, che la gravata determinazione in autotutela del RUP, avverso la quale il RTI Pavoni-Bianchi ha sollecitato l'esercizio del sindacato giurisdizionale, trova presupposto proprio nella proposizione, ad opera di GARC S.p.A., del ricorso giurisdizionale 1227 del 2017 avverso l'originario affidamento disposto in favore dell'odierno ricorrente R.T.I. Pavoni.

Ricorso nel quale la stessa GARC ha evidenziato la mancanza, nell'offerta presentata dal R.T.I. aggiudicataria Pavoni S.p.A.-Bianchi s.r.l., di un accordo con un laboratorio accreditato a giustificazione della tempistica di analisi proposta (in proposito, rilevandosi che il predetto R.T.I. aveva allegato unicamente l'impegno di un professionista operante presso un centro, del quale tuttavia non risultava l'accreditamento per tutte le analisi richieste).

Come nel gravato provvedimento del RUP indicato:

- la Stazione Appaltante, *“dopo aver proceduto ad una ulteriore verifica della documentazione presentata in sede di gara dalla R.T.I. Pavoni S.p.A. – Bianchi s.r.l. in allegato al “modello MOE” ... appurava che il laboratorio individuato per l'effettuazione delle analisi (Teralab srl, con sede in Rovereto, Via del Garda 48/e) non risultava accreditato e che dunque l'offerta tempo a firma del dottore chimico Thomas Gerola non era supportata dall'accordo previsto dal disciplinare di gara”*;

- *“l'esistenza di un accordo con un laboratorio accreditato era richiesta dal Disciplinare di Gara a pena di esclusione al fine di dimostrare la sostenibilità della riduzione dei tempi previsti dal progetto per le analisi di omologa dei cumuli di materiale scavato”*.

Veniva conseguentemente avviato, con PEC in data 19 dicembre 2017, il procedimento di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione definitiva disposta a favore dell'ATI odierna ricorrente e di esclusione della stessa dalla gara, con assegnazione del termine del 21 dicembre 2017 per far pervenire eventuali osservazioni e memorie alla Stazione Appaltante.

In data 21 dicembre 2017, parte ricorrente esponeva:

- che i documenti di gara nel fare riferimento all'accordo con il laboratorio accreditato non sarebbero univoci nel prevedere la sua allegazione a pena di esclusione;
- che la richiesta di presentazione dell'accordo con il laboratorio di analisi avrebbe la più modesta funzione di giustificativo dell'offerta economica e in quanto tale non poteva essere richiesto a pena di esclusione già in fase di gara, perché allegazione necessariamente successiva in fase di controllo e/o di verifica della congruità, non avendo rilievo sostanziale e non generando alcuna incertezza sul contenuto e sulla riferibilità dell'offerta temporale del R.T.I.: PAVONI SPA – BIANCHI SRL;
- che la dichiarazione del chimico dott. Gerola sarebbe sufficiente ai fini della valutazione dell'offerta-tempo, poiché la legge prescrive che le analisi chimiche debbano essere svolte e sottoscritte dagli iscritti nell'Albo dei Chimici.

Nel rilevare come “all’offerta presentata dalla R.T.I. aggiudicataria Pavoni S.p.A. - Bianchi s.r.l., non è allegato un accordo con un laboratorio accreditato a giustificazione della tempistica di analisi proposta, avendo il R.T.I. ... allegato unicamente l’impegno di un professionista chimico operante presso un centro, del quale tuttavia non risulta l’accreditamento per nessuna delle analisi richieste”, il RUP evidenziava che:

- *“ai sensi del disciplinare di gara, l’offerta tempo doveva essere supportata da un accordo ovvero da una dichiarazione da parte di un laboratorio accreditato che asseverasse la riduzione dei tempi di analisi proposta nel rispetto delle metodiche e/o dei disciplinari sui quali si fonda l’accreditamento, a conferma dell’affidabilità dei risultati presentati?”;*

- *“in tal senso deve essere letta la clausola a pena di esclusione, e cioè non quale esclusione della gara del concorrente, bensì quale non valutabilità in termini di punteggio dell’offerta-tempo non corredata dall’apposita documentazione tecnica indicata dal disciplinare”*;
- *“le dichiarazioni contenute nell’offerta economica non sono suscettibili di alcuna forma di soccorso istruttorio”*;
- *“l’accordo con la Soc. Ecosanitas SRL ... per la realizzazione delle analisi di campionamento dei terreni per gli interventi di bonifica e risanamento ambientale dei suoli dell’area pubblica parco Passo Gavia, trasmesse in allegato alla memoria procedimentale del 21 dicembre 2017 non può essere acquisito, perché ciò comporterebbe modifica o integrazione dell’offerta economica originaria nella parte relativa ai tempi di analisi offerti, in violazione della par condicio tra i concorrenti”*;
- *“la mera dichiarazione del chimico non è sufficiente al fine della dimostrazione di quanto indicato nell’offerta-tempo, poiché non confortata da alcun impegno alla esecuzione secondo metodologie e procedure accreditate sia con riferimento ai tempi di prelievo sia con riferimento ai tempi necessari per l’emissione dei certificati da fornire all’impianto di destino del rifiuto”*.

Nel ritenere, conseguentemente, che *“che l’offerta economica dell’ATI Pavoni S.p.A. e Bianchi s.r.l., per quanto attiene la componente tempo, debba essere rivalutata in considerazione di quanto sopra esposto, e cioè tenendo conto dell’assenza, a corredo dell’offerta, di un accordo scritto con laboratorio accreditato che garantisca l’effettività della riduzione indicata, con conseguente riformulazione della graduatoria”*, il RUP disponeva l’annullamento in autotutela del verbale in data 10 ottobre 2017 di aggiudicazione definitiva al R.T.I. odierno ricorrente e la riapertura della gara.

Svoltasi in data 2 gennaio 2018 la riapertura della gara, si procedeva alla riformulazione della graduatoria di gara, per quanto attiene

l'offerta economica; e veniva stabilito di non assegnare al RTI odierno ricorrente alcun punteggio per la componente tempo, *“in assenza a corredo dell'offerta economica presentata, di un accordo scritto con un laboratorio di analisi chimiche accreditato, a giustificazione della tempistica di analisi proposta”*.

La nuova graduatoria vedeva la conferma dell'attribuzione dei punti sia dell'offerta tecnica che di quella economica al RTI Pavoni S.p.A. - Bianchi s.r.l. e il contestuale azzeramento del punteggio precedentemente attribuito alla componente tempo, con la conseguente graduazione:

GARC punti 78,742 (punti 40,000 per l'offerta tecnica, punti 31,394 per l'offerta economica e punti 7,348 per l'offerta tempo)

RTI Pavoni - Bianchi punti 69,921 (punti 35,662 per l'offerta tecnica, punti 34,259 per l'offerta economica e punti 0 per l'offerta tempo).

II.1 Quanto sopra necessariamente premesso, la prima delle dedotte censure non si presta a condivisione.

Con essa, parte ricorrente assume l'illegittimità della previsione del disciplinare di gara (pag. 21), secondo cui l'*“Offerta tempo”* – da redigere secondo l'allegato Modello MOE – avrebbe dovuto indicare *“la riduzione giornaliera unica sul termine di esecuzione delle prestazioni in caso di discordanza tra la riduzione indicata in cifre e quella indicata in lettere prevale la riduzione giornaliera indicata in lettere”*; e soggiungeva che *“all'offerta tempo deve essere allegato, a pena di esclusione, accordo con laboratorio accreditato a giustificazione dei tempi di riduzione proposti”*.

Secondo il ricorrente RTI, l'obbligatoria allegazione del suindicato accordo, a pena di esclusione, confliggerebbe con altre disposizioni della *lex specialis*, che non ripetono, omogeneamente, siffatta

conseguenza in caso di mancata produzione della documentazione comprovante l'esistenza dell'accordo medesimo.

Lo stesso provvedimento del RUP – sopra riportato – consente di disattendere la configurazione escludente del mancato assolvimento dell'onere anzidetto, atteso che, come nell'atto testualmente indicato, *“la clausola a pena di esclusione”* deve essere letta *“non quale esclusione della gara del concorrente, bensì quale non valutabilità in termini di punteggio dell'offerta-tempo non corredata dall'apposita documentazione tecnica indicata dal disciplinare”*.

Con riserva di successiva disamina delle problematiche relative alla mancata attribuzione di punteggio, in favore dell'odierna ricorrente, per quanto riguarda l'“Offerta tempo”, ritiene il Collegio che:

- la clausola in discorso, anche alla luce dei chiarimenti forniti dal RUP, non rivesta carattere ex se “escludente”; e non comporti, conseguentemente, l'estromissione dalla procedura selettiva del partecipante che non abbia comprovato la presenza del summenzionato accordo con un laboratorio accreditato;
- ad essa, non possa essere neppure annessa valenza “surrettiziamente” escludente (in ragione della mancata attribuzione di punteggio relativamente alla componente valutativa di che trattasi), atteso che l'Offerta tempo veniva ad integrare una componente affatto marginale (per soli punti 10,000) nell'ambito delle voci suscettibili di attribuzione del punteggio: di tal guisa che anche l'odierna ricorrente, pur avendo conseguito rispetto ad essa punti 0, ben avrebbe potuto collocarsi al primo posto della graduatoria (in posizione, quindi, prevalente rispetto alla controinteressata GARC) laddove avesse conseguito, relativamente all'offerta tecnica (punteggio massimo attribuibile: 40) o all'elemento

prezzo dell'offerta economica (punteggio massimo attribuibile: 50) una valutazione superiore a quella effettivamente attribuita (rispettivamente: punti 35,662 e punti 34,259).

Deve, quindi, escludersi che la mancata attribuzione di punteggio relativamente alla variabile temporale induca una "indiretta" clausola di esclusione, precludendo ex se la possibilità di aggiudicazione della procedura selettiva: per l'effetto, dimostrandosi la censura in rassegna priva di pregio.

II.2 Secondo la ricorrente, l'accordo con il laboratorio accreditato avrebbe rivestito la funzione di giustificativo dell'offerta economica, relativamente all'elemento "tempo".

In particolare, secondo la tesi di parte, *“siffatto documento non poteva essere richiesto preventivamente a pena di esclusione dell'offerta economica, o comunque di non attribuzione del relativo punteggio, in quanto ciò è vietato dall'art. 97, D.Lgs. n. 50/2016, secondo cui la valutazione di congruità dell'offerta deve essere condotta sulla base di allegazioni necessariamente successive all'attribuzione dei punteggi; come del resto è accaduto nel caso di specie, allorché la stazione appaltante ha condotto tale verifica, in modo estremamente scrupoloso, proprio sull'offerta economica delle ricorrenti, limitandosi però ad analizzare l'elemento “prezzo”.*

Proprio dalla sopra sintetizzata rappresentazione della doglianza nell'atto introduttivo rubricata *sub 2)*, non è dato comprendere la portata (asseritamente) inficiante della condotta nella fattispecie posta in essere dalla Stazione appaltante.

Concorda, infatti, parte ricorrente nella successiva indagine condotta dall'Amministrazione in ordine alla verifica dell'elemento valutativo di che trattasi; e:

- se è ben vero che, in sede di verifica della (sospetta) anomalia delle offerte, la disamina in ordine alla congruità delle stessa va condotta, a cura della S.A., sulla base di allegazioni evidentemente successive all'attribuzione del punteggio, come inequivocamente rappresentato dall'art. 97 del D.Lgs. 50/2016;

- ed è altrettanto vero che, secondo quanto disposto dal comma 8 del precedente art. 83, *“i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle;*

nel caso in esame:

- la verifica dei “giustificativi” è pacificamente avvenuta, come dalla stessa ricorrente ammessa, successivamente all'attribuzione di punteggio;

- non si è in presenza, come precedentemente illustrato, di (vietata) clausola escludente, quanto, piuttosto, di elemento dell'offerta (economica) suscettibile di apprezzamento e, conseguentemente, di graduazione di punteggio; senza che l'attribuzione di quest'ultimo (*rectius*: la mancata attribuzione dello stesso, come avvenuto a proposito dell'offerta del RTI ricorrente) possa impingere, neppure indirettamente e/o surrettiziamente, in (preclusa) fattispecie di esclusione.

Non vi è stata, né è dato in alcun modo argomentare dagli atti di causa, prefigurazione dell'obbligo di preventiva ostensione dei giustificativi: tant'è che l'interlocuzione intercorsa fra S.A. e parte ricorrente è avvenuta successivamente alla presentazione delle domande di partecipazione; così come successivi sono il rinnovato apprezzamento dei contenuti delle offerte (seguito all'annullamento

in autotutela dell'originaria aggiudicazione) e l'attribuzione dei punteggi alle stesse.

II.3 Se, alla stregua di quanto al precedente punto osservato, anche la seconda delle articolate doglianze non merita condivisione, neppure fondata si dimostra la terza delle censure esposte dalla parte.

Con essa, viene sostenuta l'illegittima esclusione del ricorso, da parte della Stazione appaltante, al c.d. "*soccorso istruttorio*": istituto, secondo quanto sostenuto da quest'ultima, insuscettibile di applicazione alle offerte economiche, pena la vulnerazione della *par condicio competitorum*.

Tale posizione si dimostrerebbe appieno condivisibile, laddove venisse in considerazione la sola incompletezza della dichiarazione relativa al possesso dei requisiti generali: la quale, non attenendo all'offerta tecnica o a quella economica, ma solo al pur necessario corredo documentale, rientra tra le "*irregolarità formali essenziali ma sanabili*", per le quali è, appunto, previsto il soccorso istruttorio (cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 ottobre 2017 n. 4788).

Il soccorso istruttorio è infatti volto solo a chiarire ed a completare dichiarazioni o documenti comunque esistenti (Cons. Stato, sez. III, 24 giugno 2014 n. 3198), non essendo invece invocabile qualora, in sede di gara sia emersa l'assoluta incertezza sul contenuto dell'offerta economica (Cons. Stato, sez. V, 20 novembre 2013 n. 5470): sì che consentire in tali casi il ricorso al soccorso istruttorio, equivarrebbe ad alterare la *par condicio* e a violare il principio della segretezza delle offerte.

È, quindi, possibile attivare il rimedio del c.d. soccorso istruttorio solo ai fini del completamento delle dichiarazioni e/o dei documenti già presentati e solo in relazione ai requisiti soggettivi di

partecipazione dell'impresa, mentre tale rimedio non può, invece, essere utilizzato per supplire a carenze dell'offerta o a radicali omissioni dichiarative, sicché non può essere consentita al concorrente negligente la possibilità di completare l'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di semplici errori materiali o di refusi, pena la violazione del principio di par condicio tra i partecipanti alla gara" (Cons. Stato, sez. III, 17 giugno 2016, n. 2684; T.A.R. Lazio, sez. III-quater, 8 giugno 2017 n. 6791).

La riferibilità dell'elemento di che trattasi ad una componente dell'offerta economica (Tempo offerto), con ogni evidenza esclude la positiva operatività dello strumento del soccorso istruttorio: per l'effetto, dovendosi disattendere le argomentazioni in proposito esposte dal RTI ricorrente.

II.4 Viene, quindi, in considerazione la censura con la quale parte ricorrente sostiene l'idoneità della dichiarazione presentata in sede di gara, relativamente alla previsione del disciplinare (pag. 21), secondo cui *“all'offerta tempo deve essere allegato, a pena di esclusione, accordo con laboratorio accreditato a giustificazione dei tempi di riduzione proposti?”*.

Ribadita la non configurabilità di tale clausola quale previsione escludente, va rilevato come il ricorrente RTI abbia prodotto una dichiarazione, resa dal Dott. Thomas Gerola, iscritto all'Ordine dei Chimici del Trentino Alto Adige, il quale ivi confermava la *“disponibilità ad eseguire per Vostro conto analisi di omologa come prescritto dal capitolato di appalto, in modalità di somma urgenza garantendoVi un tempo massimo di emissione dei risultati entro il termine di 8 giorni dalla data di campionamento e/o consegna dei campioni”*.

A sostegno della tesi propugnata, Pavoni evidenzia che, secondo la normativa vigente *“le analisi chimiche con qualunque metodo e a qualunque scopo destinate, su sostanze o materiali di qualsiasi provenienza”*, così come *“le perizie e gli incarichi in materia di chimica pura ed applicate”*, devono necessariamente essere svolte e sottoscritte dagli iscritti nell’Albo dei Chimici (art. 16, R.D. 1° marzo 842/1928; art. 36, D.P.R. 5 giugno 2001, n. 328).

Conseguentemente, le analisi debbono essere svolte da un chimico, e non da un “laboratorio”: la funzione del quale è limitata a fornire la struttura di ausilio per l’effettuazione delle analisi.

La gravata determinazione del RUP, diversamente, ha:

- dato atto che *“all’offerta presentata dalla R.T.I. aggiudicataria Pavoni S.P.A. - Bianchi S.r.l., non è allegato un accordo con un laboratorio accreditato a giustificazione della tempistica di analisi proposta, avendo il R.T.I. Pavoni S.p.A. - Bianchi S.r.l. allegato unicamente l’impegno di un professionista chimico operante presso un centro, del quale tuttavia non risulta l’accreditamento per nessuna delle analisi richieste”*;
- *“l’accordo con la Soc. Ecosanitas SRL ... per la realizzazione delle analisi di campionamento dei terreni per gli interventi di bonifica e risanamento ambientale dei suoli dell’area pubblica parco Passo Gavia, trasmesse in allegato alla memoria procedimentale del 21 dicembre 2017 non può essere acquisito, perché ciò comporterebbe modifica o integrazione dell’offerta economica originaria nella parte relativa ai tempi di analisi offerti, in violazione della par condicio tra i concorrenti”*;
- *“l’accordo con il laboratorio Ecosanitas, datato 8.5.2017, non è infatti citato in alcuna parte dell’offerta-tempo originaria, nemmeno come riferimento esterno, e pertanto non è possibile verificarne univocamente a posteriori il collegamento con*

la dichiarazione prodotta in sede di gara a firma del chimico dott. Thomas Gerola”;

- “la mera dichiarazione del chimico non è sufficiente al fine della dimostrazione di quanto indicato nell’offerta-tempo, poiché non confortata da alcun impegno alla esecuzione secondo metodologie e procedure accreditate sia con riferimento ai tempi di prelievo sia con riferimento ai tempi necessari per l’emissione dei certificati da fornire all’impianto di destino del rifiuto”.

Secondo la ricorrente, le precisazioni come sopra riportate integrerebbero una sorta di *“specificazioni postume – e dunque illegittime - rispetto alla lex specialis di gara, che richiedeva più semplicemente di presentare un accordo con “laboratorio accreditato”, senza dettare alcuna ulteriore prescrizione in ordine al contenuto dell’accordo stesso, ed in particolare sulle metodologie e procedure di analisi?”.*

Tale affermazione non risponde al vero.

Dall’esame dei punti 12. e 13. dell’art. 53 del Capitolato speciale d’appalto, infatti, è dato evincere che:

- “12. Analisi dei campioni: Le analisi verranno eseguite su tutti i campioni da laboratori accreditati, nel rispetto dei requisiti della norma internazionale di riferimento UNI CEI EN ISO/IEC 17025 "Requisiti generali per la competenza dei laboratori di prova e taratura" e degli altri requisiti applicabili, stabiliti dall’Ente stesso o contenuti nella normativa inerente gli ambiti di attività del Laboratorio”;

- “13. Rapporto di prova: Per ciascuno dei campioni analizzati dovrà essere prodotto un rapporto di prova da consegnare al Committente, datato e firmato dal Responsabile del laboratorio, che riporti:

- identificazione univoca del campione analizzato;

- elenco dei parametri determinati, con relativo risultato analitico ottenuto;

- dove possibile, incertezza di misura espressa nella stessa unità di misura del risultato;
- metodo di riferimento usato;
- limite di quantificazione”.

Lo stesso Capitolato speciale, al punto 3 (*Analisi omologa cumuli, analisi di collaudo fondo scavi e pareti di scavo*) della voce C (*Prescrizioni sui materiali e sulle opere*) stabilisce che

“L’esecuzione delle Analisi di Omologa sui cumuli, ovvero la caratterizzazione dei cumuli, dovrà essere eseguita secondo quanto dettato dalla normativa vigente.

I prelievi di terreno per le analisi dovranno essere effettuati come prescritto dalla norma UNI 10802, con un unico campione ottenuto dall’unione di un certo numero di incrementi. In particolare, per cumuli di 1.000,00 m³. si deve procedere al prelievo di almeno 20 incrementi costituiti da 10 prelievi profondi e 10 superficiali (ad es. per cumuli di altezza fino a 2 m, 10 incrementi fra 0-1 m. di altezza e 10 incrementi fra 1-2 m. di altezza). Questi incrementi verranno miscelati fra loro al fine di ottenere un campione composito che, per quartatura, darà il campione da analizzare. Il criterio individuato segue un principio di proporzionalità per cui cumuli di dimensioni minori richiederanno un numero proporzionalmente inferiore di incrementi, ad es. per cumuli di 800,00 m³. Si dovranno prevedere almeno 16 incrementi (8 superficiali e 8 profondi), per cumuli di 600,00 m³. almeno 12 incrementi, etc. In ogni caso il numero minimo di campioni con cui ottenere il campione finale non può essere inferiore a 6.

L’Analisi di collaudo fondo scavi e delle relative pareti, sarà eseguita mediante campionamenti da effettuarsi in contraddittorio con gli Enti di controllo; dovrà essere conforme alle modalità indicate nel parere degli istituti Scientifici Nazionali APAT ed ISS nonché dal documento di A.R.P.A Lombardia – Dipartimento di Brescia U.O Suolo, Bonifiche ed Attività Estrattive, relativo a SITI CONTAMINATI, ovvero, “PROTOCOLLO RELATIVO

ALL'ESECUZIONE D'INDAGINI PRELIMINARI E/O DI CARATTERIZZAZIONE" del 01/09/2007 edizione n. 4, revisione n. 7 del 27/01/2014, allegato fuori testo, al presente capitolato speciale d'appalto.

Le metodiche di analisi del laboratorio dovranno essere preventivamente concordate con il Laboratorio A.R.P.A Lombardia – Dipartimento di Brescia U.O Suolo, Bonifiche ed Attività Estrattive, relativo a SITI CONTAMINATI.

Non può, quindi, fondatamente sostenersi che le precisazioni esplicitate dal RUP integrino, come dalla ricorrente argomentato, una specificazione postuma, atteso che la *lex specialis* di gara dettagliava caratteristiche e modalità di svolgimento delle indagini e delle analisi di omologa sui cumuli; precisando – ed è, questo, dirimente argomento per escludere l'idoneità della mera dichiarazione di un singolo professionista, ancorché abilitato allo svolgimento delle indagini di che trattasi – l'esigenza che l'esito degli accertamenti venisse asseverato da un “*rapporto di prova da consegnare al Committente, datato e firmato dal Responsabile del laboratorio*”.

Non può, quindi, confondersi la (necessaria) qualificazione professionale richiesta in capo al soggetto chiamato allo svolgimento delle analisi (chimico), con la funzione riservata al laboratorio, la cui dichiarazione di disponibilità all'effettuazione dei rilievi era, come si è visto, prescritta dalla *lex specialis*: a quest'ultimo risultando rimessa (non già la mera fornitura, come dalla parte ricorrente asserito, della “struttura di ausilio per l'effettuazione delle analisi”; quanto, piuttosto) l'espressione di una dichiarazione, a cura del responsabile dello stesso, circa lo svolgimento degli accertamenti in discorso.

Non è chi non veda come siffatta asseverazione, evidentemente corredata dai rivenienti profili di responsabilità in ordine a quanto

dichiarato, non potesse prescindere dalla espressione – e dalla conseguente produzione a corredo dell’offerta – di preventiva manifestazione di disponibilità all’effettuazione delle indagini da parte del Laboratorio di analisi; e non già del singolo professionista al quale sarebbe stato demandato il materiale svolgimento delle verifiche sul materiale suscettibile di essere analizzato.

Consegue a quanto sopra posto in rilievo, l’assoluta inidoneità della dichiarazione, dalla ricorrente prodotta, recante impegno di un singolo professionista; e non corredata da alcuna attestazione comprovante la disponibilità della struttura di analisi.

La disamina dal RUP condotta sul profilo in discorso si dimostra, per l’effetto, indenne dalle censure *ex adverso* mosse con la presente impugnativa; le quali, pertanto, devono essere rigettate.

II.5 Manifestamente infondata è, poi, la censura sub 5. del ricorso introduttivo, con la quale il RTI Pavoni-Bianchi sostiene che, anche qualora si ritenga che la clausola sopra citata sia stata correttamente interpretata dal Comune, nondimeno la stessa “*dovrebbe considerarsi palesemente illegittima ... per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, oggi sancito dall’art. 83, comma 8, D. Lgs. n. 50/2016*”.

II.5.1 L’incondivisibilità di tale assunto trova fondamento nel già confutato assioma (cfr. *supra*, sub 2.) per cui “*l’aver attribuito “punteggio zero” ad una componente dell’offerta economica equivale alla esclusione, in parte qua, della stessa*”.

Come precedentemente sottolineato, sono logicamente inassimilabili le prescrizioni con le quali, nel rispetto della vigente normativa, la Stazione appaltante individui l’esigenza di dimostrare, sotto pena di esclusione, il possesso di particolari requisiti, rispetto alle clausole con le quali questi ultimi, fuori da ipotesi di (automatica, quanto

necessaria, al ricorrere dei presupposti di legge) esclusione dell'offerta, possono formare oggetto di apprezzamento ad opera della S.A., con riveniente attribuzione (previa graduazione) del punteggio previsto.

Nel caso in esame, fuori dalla condivisibilità della suggestiva opzione ermeneutica suggerita dalla difesa di parte ricorrente, ci troviamo senz'altro all'interno di previsione che, lungi dal rivelare connotazione *ex se* escludente, proponeva a carico dei partecipanti l'assolvimento di un onere dimostrativo in ordine all'assolvimento di una prescrizione (accordo con un laboratorio per l'esecuzione delle analisi di campionamento) suscettibile di refluire sull'assegnazione di punteggio relativamente alla voce di valutazione dell'elemento "Tempo", riveniente dalla riduzione in giorni sui termini di esecuzione relativi alle analisi di omologa dei rifiuti comprensive della restituzione dei dati e l'emissione dei certificati.

Si rivela, invero, indenne da censure l'attribuzione alla ricorrente di un punteggio pari a 0, atteso che l'omesso adempimento del suindicato onere non ha consentito alcun apprezzamento (e, quindi, il riconoscimento di alcun coefficiente in termini di punti) per un offerta che, al riguardo, non ha presentato alcun elemento suscettibile di valutazione ad opera della precedente S.A.

II.5.2 Né, da ultimo, può trovare condivisione la censura con la quale parte ricorrente (sempre *sub* 5. dei motivi di ricorso) denuncia che la clausola in discorso si porrebbe, comunque, in violazione "*del principio di netta separazione tra elementi qualitativi ed elementi economici dell'offerta, per cui le valutazioni discrezionali debbono sempre precedere l'apertura della busta economica, per evitare che le valutazioni stesse possano essere influenzate dagli elementi "di carattere automatico"*".

Il disciplinare di gara (pag. 13) evidenzia infatti che *“Fermo restando che ai fini contrattuali resta ferma la riduzione sui termini di esecuzione effettivamente offerta da applicare alle tre fasi dell'intervento:*

- è attribuito il peso zero all'offerta minima possibile (0 giorni sul valore a base di gara);

- è attribuito il punteggio pari a 0,167 per ogni giorno di riduzione dei tempi necessari per l'ottenimento dell'esito delle analisi proposto valido per le tre fasi di intervento;

- è attribuito il peso max (10 punti) a tutte le offerte che propongono una riduzione di 60 giorni solari dei tempi di omologa dei rifiuti, rispetto a quelli previsti dal progetto;

- è attribuito il punteggio massimo a chi propone una riduzione dei tempi superiore ai 60 giorni?”.

Il punteggio riconoscibile per il profilo valutativo all'esame, quindi, si dimostra avulso dallo svolgimento di apprezzamenti – più o meno latamente caratterizzabili sul versante della discrezionalità – in quanto l'attribuzione dello stesso consegue, con carattere di evidente automatismo, al ricorrere delle diverse fattispecie indicate dalla prescrizione sopra riportata, con riferimento alle – pure dettagliate – ipotesi di contrazione numerica dei giorni necessari per lo svolgimento delle analisi.

III. Le considerazioni precedentemente esposte inducono il Collegio a dare atto dell'infondatezza delle doglianze articolate con la presente impugnativa: la quale deve, conseguentemente, essere respinta.

Accede a tale giudizio l'improcedibilità, per sopravvenuta carenza di interesse, del riunito ricorso n. 1227 del 2017, atteso che:

- se l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione disposta in favore del RTI Pavoni-Bianchi, con rinnovata aggiudicazione della

gara in favore di GARC, priva quest'ultima di alcun persistente interesse alla prosecuzione dell'anzidetto giudizio avente N.R.G. 1227 dell'anno 2017, in ragione della valenza pienamente satisfattiva indotta da siffatte determinazioni quanto all'interesse sostanziale del quale la stessa GARC è portatrice;

- il rigetto del ricorso n. 117 del 2018, come sopra dal Collegio disposto, ha escluso ogni ipotizzabile reviviscenza della determinazione, con esso gravata, di cui al verbale in data 10 ottobre 2017, recante aggiudicazione definitiva al R.T.I. Pavoni-Bianchi (per l'effetto determinandosi il consolidamento, in capo a GARC, della posizione di vantaggio realizzatasi a seguito dell'adozione dell'atto in autotutela, appunto impugnato con il ricorso anzidetto).

Se per la controversia n. 1227 del 2017, a fronte della mancata costituzione in giudizio delle controparti, ravvisa il Collegio la presenza di giusti motivi per non far luogo a pronunzia in ordine alla spese di lite, queste ultime devono essere poste a carico, per il riunito ricorso n. 117 del 2018, della parte soccombente, giusta la liquidazione come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), immediatamente ritenuti i ricorsi indicati in epigrafe ai fini della decisione nel merito, ai sensi dell'art. 120, comma 6, c.p.a., così dispone:

- dichiara improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, il ricorso n. 1227 del 2017;
- respinge il ricorso n. 117 del 2018;
- dichiara non luogo a provvedersi in ordine alle spese di lite per il ricorso n. 1227 del 2017;

- condanna, in solido, le ricorrenti Pavoni S.p.A. e Bianchi s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti, al pagamento delle spese di giudizio in favore del Comune di Brescia e di GARC S.p.A., entrambi costituitisi in giudizio quanto al ricorso n. 117 del 2018, in ragione di € 2.000,00 (Euro duemila/00) per ciascuna delle anzidette parti, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente, Estensore

Mauro Pedron, Consigliere

Stefano Tenca, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Roberto Politi

IL SEGRETARIO