

Publicato il 13/11/2017

N. 01192/2017 REG.PROV.COLL.  
N. 00609/2017 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 il Piemonte**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 609 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Cooperativa Animazione Valdocco S.C.S. Impresa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Sciolla, Sergio Viale, Chiara Forneris, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Alessandro Sciolla in Torino, corso Montevecchio N. 68;

*contro*

Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Vittorio Del Monte, con domicilio eletto presso il suo studio in Torino, corso Vittorio Emanuele II 123;

Azienda Sanitaria Locale To3 di Collegno e Pinerolo non costituita in giudizio;

*nei confronti di*

Ati Cilte S.C.S. - Coesa S.C.S.A R.L - La Dua Valadda S.C.S., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Gili, Alessia Quilico, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luigi Gili in Torino, via Vela 29;

Coesa Pinerolo Società Cooperativa Sociale A R.L., La Dua Valadda Società Cooperativa Sociale, Consorzio di Cooperative Sociali il Deltaplano Società Coop. Sociale, La Fonte Società Cooperativa Sociale Onlus non costituiti in giudizio;

*per l'annullamento*

con il ricorso principale:

della nota prot. 3873 del 19/05/2017 con cui il C.I.S.S. di Pinerolo ha comunicato l'avvenuta aggiudicazione al R.T.I. C.I.L.T.E./COESA/LA DUA VALADDA del servizio di assistenza domiciliare, CIG 69769877CE; della Determinazione del Direttore del C.I.S.S. Pinerolo n. 203 del 19/05/2017; della nota C.I.S.S. prot. n. 4009 del 24/05/2017; del verbale n. 2 delle operazioni di gara nella parte in cui il Seggio di gara non ha escluso dalla procedura l'R.T.I. C.I.L.T.E./COESA/LA DUA VALADDA; della nota C.I.S.S. prot. 2555 del 04/04/2017; del verbale n. 3 delle operazioni di gara; della nota C.I.S.S. prot. 2930 del 13/04/2017; della Determinazione n. 125 del 12/04/2017 di nomina della Commissione di gara; dei verbali nn. 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 10 delle operazioni di gara; della Determinazione n. 178 del 09/05/2017; delle tabelle A, B, C, D ed E allegate al verbale di gara n. 8; dei verbali nn. 9 e 10; di tutti i verbali di gara; del provvedimento, ove adottato, di rigetto dell'istanza di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione presentata dalla ricorrente in data 15/06/2017; di ogni altro atto presupposto, antecedente e conseguente, quali in

particolare il Bando, il Disciplinare di gara, il Capitolato Speciale d'Appalto e tutti i documenti allegati, nonché i chiarimenti resi dalla Stazione Appaltante e tutta la documentazione di gara, ove interpretata in senso difforme da quanto in questa sede argomentato; nonché per la declaratoria dell'inefficacia del contratto di appalto ove medio tempore stipulato dal C.I.S.S. di Pinerolo e/o dall'A.S.L. TO3 con l'R.T.I. C.I.L.T.E./COESA/LA DUA VALADDA, e per la condanna del C.I.S.S. di Pinerolo a: - escludere dalla gara e/o dichiarare la decadenza dall'aggiudicazione del R.T.I. C.I.L.T.E./COESA/LA DUA VALADDA, aggiudicando il servizio alla ricorrente e stipulare il contratto d'appalto con quest'ultima; - modificare il punteggio attribuito all'offerta tecnica del R.T.I. C.I.L.T.E./COESA/LA DUA VALADDA e della ricorrente, con collocazione al 1° posto della graduatoria della Coop. ANIMAZIONE VALDOCCO S.C.S., con aggiudicazione del servizio in favore di quest'ultima; o, in via subordinata, per la condanna del C.I.S.S. di Pinerolo a disporre la rinnovazione del giudizio dell'offerta tecnica del R.T.I. C.I.L.T.E./COESA/LA DUA VALADDA con riferimento al punteggio attribuito dal Commissario 3 al sub-criterio A.3)2 o con riferimento all'esame totale delle offerte tecniche; - in via subordinata, alla rinnovazione del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta del R.T.I. C.I.L.T.E./COESA/LA DUA VALADDA; - in via di ulteriore subordine, alla riedizione della gara in ragione dell'illegittima composizione della Commissione di gara; - in via di estremo subordine, per la condanna al risarcimento dei danni nella misura equivalente che sarà indicata in corso di causa; con motivi aggiunti del 3\7\2017:

del verbale n. 11 della seduta della Commissione di gara in data 19/06/2017; delle minute utilizzate dai Commissari di gara per la valutazione delle offerte tecniche, acquisite agli atti di gara nella seduta del 19/06/2017; delle tabelle A, B, C e D come rettificate e modificate nella seduta del 19/06/2017; del verbale n. 12 della seduta della Commissione di gara in data 23/06/2017;

- della nota prot. n. 4885 del 22/06/2017 con cui è stata convocata la seduta pubblica per la lettura della rettifica del verbale n. 8 e seguenti; della Determinazione n. 276 del 28/06/20107 con cui il Responsabile dell'Area Servizio Sociale Professionale (i) ha approvato i verbali nn. 11 e 12, (ii) ha approvato la graduatoria definitiva collocando al 1° posto l'R.T.I. controinteressato, (iii) ha confermato l'aggiudicazione del servizio in favore del R.T.I. controinteressato, (iv) ha confermato le valutazioni relative alla congruità dell'offerta dell'aggiudicatario; della nota prot. n. 5126 del 29/06/2017 con cui il C.I.S.S. ha comunicato la conferma dell'aggiudicazione in favore del R.T.I. controinteressato;

nonché per la declaratoria dell'inefficacia del contratto di appalto ove medio tempore stipulato dal C.I.S.S. di Pinerolo e/o dall'A.S.L. TO3 con l'R.T.I. C.I.L.T.E./COESA/LA DUA VALADDA,

nonché per la declaratoria (i) dell'illegittimità dell'aggiudicazione a favore del R.T.I. C.I.L.T.E./COESA/LA DUA VALADDA e della sua necessaria esclusione in ragione della presentazione di una cauzione provvisoria avente un importo inferiore a quello richiesto e per la mancata dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione, con conseguente aggiudicazione in favore della ricorrente; (ii) dell'illegittimità dell'aggiudicazione a favore del R.T.I. C.I.L.T.E./COESA/LA DUA VALADDA in ragione dell'errata

quantificazione del punteggio attribuito all'offerta tecnica, nonché dell'illegittimità del procedimento di rettifica dei punteggi attribuiti ai sub-criteri A.3.1 e A.3.2 dell'offerta del R.T.I. controinteressato, con conseguente rideterminazione dei punteggi finali e collocazione della ricorrente al 1° posto della graduatoria; (iii) in via subordinata, dell'illegittimità dell'aggiudicazione in ragione della mancata richiesta di giustificazioni al R.T.I. controinteressato per lo svolgimento del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta; (iv) in via di ulteriore subordine, dell'illegittimità dell'intera procedura di gara a causa dell'illegittima composizione della Commissione di Gara; e per la conseguente condanna del C.I.S.S. di Pinerolo a: - escludere dalla gara e/o dichiarare la decadenza dall'aggiudicazione del R.T.I. C.I.L.T.E./COESA/LA DUA VALADDA in ragione della presentazione di una cauzione provvisoria avente un importo inferiore a quello richiesto e per mancanza dei requisiti di partecipazione, aggiudicando il servizio alla ricorrente e stipulare il contratto d'appalto con quest'ultima; modificare il punteggio attribuito all'offerta tecnica del R.T.I. C.I.L.T.E./COESA/LA DUA VALADDA e della ricorrente, con assegnazione di n. 60 punti all'offerta tecnica della ricorrente e conseguente collocazione al 1° posto della graduatoria della Coop. ANIMAZIONE VALDOCCO S.C.S., con aggiudicazione del servizio in favore di quest'ultima; o, in via subordinata, per la condanna del C.I.S.S. di Pinerolo a disporre la rinnovazione del giudizio dell'offerta tecnica del R.T.I. C.I.L.T.E./COESA/LA DUA VALADDA con riferimento al punteggio attribuito dal Commissario 3 al sub-criterio A.3)2 o con riferimento all'esame totale delle offerte tecniche; in via subordinata, alla rinnovazione del procedimento di verifica dell'anomalia

dell'offerta del R.T.I. C.I.L.T.E./COESA/LA DUA VALADDA; in via di ulteriore subordine, alla riedizione della gara in ragione dell'illegittima composizione della Commissione di gara; in via di estremo subordine, per la condanna al risarcimento dei danni nella misura equivalente che sarà indicata in corso di causa.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo e di Ati Cilte S.C.S. - Coesa S.C.S.A R.L - La Dua Valadda S.C.S.;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore all'udienza pubblica del 27 settembre 2017 la dott.ssa Silvana Bini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

#### FATTO

Con ricorso notificato in data 19 giugno 2017 e depositato il 26 giugno 2017, la Cooperativa Animazione Valdocco S.C.S. Impresa Sociale Onlus, (da ora anche solo Valdocco), ha impugnato la nota prot. 3873 del 19/05/2017 con cui il Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo (C.I.S.S.), ha comunicato l'avvenuta aggiudicazione al R.T.I. C.I.L.T.E./COESA/LA DUA VALADDA (da ora anche solo R.T.I.), del servizio di assistenza domiciliare, unitamente alla Determinazione del Direttore del C.I.S.S. Pinerolo n. 203 del 19/05/2017 di aggiudicazione del servizio e agli atti di gara.

Con motivi aggiunti depositati in data 4 luglio 2017, sono state proposte censure avverso gli atti delle sedute integrative e la delibera di conferma dell'aggiudicazione.

La ricorrente ha partecipato alla gara indetta con Deliberazione n. 65 del 28/02/2017 dal Consorzio Intercomunale dei Servizi Sociali di Pinerolo per l'affidamento del "servizio di assistenza domiciliare per l'ambito territoriale del consorzio intercomunale servizi sociali di Pinerolo e per parte del distretto sanitario del pinerolese coincidente con il territorio del C.I.S.S., per il periodo dal 01/06/2017 al 31/05/2020, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La gara, indetta anche per conto dell'A.S.L. TO3, che aveva attribuito le necessarie funzioni di Stazione Appaltante al C.I.S.S. di Pinerolo, veniva vinta dalla controinteressata, mentre la ricorrente si classificava al secondo posto.

Il ricorso principale è proposto avverso l'aggiudicazione definitiva, lamentando i seguenti profili di illegittimità del procedimento:

1) violazione e/o falsa applicazione degli artt. 59, 83 e 93 D.Lgs. 50/2016; violazione degli artt. 17 e 19 del Disciplinare di gara; violazione dei principi di par condicio, non discriminazione e imparzialità: la Valdocco avrebbe dovuto essere esclusa a causa della presentazione di una cauzione provvisoria avente importo inferiore a quello richiesto dall'art. 17 del Disciplinare e dall'art. 93 c. 1 e 7 d. lgs. 50/2016.

Con il secondo ed il terzo motivo di ricorso, la Coop. Valdocco contesta vizi relativi all'ammissione alla gara del R.T.I. controinteressato, con riferimento alla verifica del possesso dei requisiti di cui all'art. 83 D. lgs. 50/2016.

L'ammissione veniva comunicata con nota prot. 2930 del 13/04/2017, senza tuttavia che venisse riportato né il termine né

l'Autorità competente per l'eventuale impugnazione del provvedimento.

Per tale ragione, la ricorrente, a fronte della disciplina processuale introdotta dall'art 120 comma 2 bis c.p.a., chiede il riconoscimento dell'errore scusabile.

In via subordinata viene sollevata l'eccezione di incostituzionalità della disposizione o, alternativamente, è chiesto il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia per contrasto dell'art. 120 c. 2bis D.Lgs. 104/2010 e degli artt. 29 e 204 D.Lgs. 50/2016 con l'art. 47 Carta diritti U.E. e con l'art. 1 Dir. 89/665/CEE e l'art. 1 Dir. 2007/66/CE.

In assenza di accoglimento delle sopra indicate domande di rinvio, sarebbe preclusa l'ammissibilità dell'esame delle seguenti censure, articolate avverso l'ammissione dell'aggiudicataria:

2) violazione e falsa applicazione degli artt. 59, 83, 89 e 94 d. lgs. 50/2016, degli artt. 1325, 1346 e 1418 c.c., violazione degli artt. 11 e 13 del Disciplinare di gara, violazione della par condicio e imparzialità, eccesso di potere per difetto di istruttoria: l'RTI avrebbe dovuto essere escluso per il mancato possesso e la mancata dimostrazione dei requisiti di partecipazione. Infatti in base all'art 11 del Disciplinare le ditte partecipanti dovevano avere un fatturato del settore di attività oggetto dell'appalto, relativamente al triennio 2013/2014/2015 non inferiore ad € 1.300.000,00 IVA esclusa (quale sommatoria del triennio). In caso di partecipazione di R.T.I. di tipo orizzontale, l'art. 13 del Disciplinare prevedeva che i requisiti di qualificazione dovessero “essere posseduti dalla mandataria nella misura minima del 40% e la restante percentuale cumulativamente dalle mandanti ciascuna nella misura minima del 10%”.



I componenti del R.T.I. aggiudicatario dovevano dimostrare il possesso dei requisiti nella misura di partecipazione all'A.T.I.: pertanto, la mandante COESA Pinerolo avrebbe dovuto dimostrare il requisito di capacità tecnica e professionale nella misura del 24,80% (sua quota nell'A.T.I.), ossia l'avvenuto conseguimento di un fatturato per servizi di assistenza domiciliare pari ad almeno € 322.400,00.

Tuttavia, la COESA Pinerolo ha dichiarato di non essere in possesso del requisito, ma di volersi avvalere della capacità del Consorzio Deltaplano, producendo un contratto di avvalimento privo delle indicazioni essenziali per determinare gli strumenti operativi necessari a rendere effettivo il prestito del requisito e le risorse che vengono messe a disposizione per l'esecuzione del servizio;

3) violazione degli artt. 30, 48, 59, 83 e 94 d. lgs. 50/2016, violazione degli artt. 11 e 13 del Disciplinare di gara, violazione della par condicio e imparzialità, eccesso di potere per difetto di istruttoria e carenza di motivazione: l'RTI avrebbe dovuto essere escluso per il mancato possesso e la mancata dimostrazione dei requisiti di partecipazione in capo alla mandante La Dua Valadda. In base all'art 13 del Disciplinare in caso di partecipazione di un R.T.I., i requisiti di partecipazione "devono essere posseduti dalla mandataria nella misura minima del 40% e la restante percentuale cumulativamente dalle mandanti ciascuna nella misura minima del 10%".

Il R.T.I. aggiudicatario ha ripartito le prestazioni all'interno del R.T.I. (fornitura e/o servizi che saranno eseguiti da ciascuna singola impresa componente), nel seguente modo: C.I.L.T.E. 50,54%, La Dua Valadda 24,60% e COESA 24,80%. Risulta violato il principio di corrispondenza tra la quota dell'A.T.I. ed i relativi requisiti di

partecipazione, in quanto la Dua Valadda non possedeva i requisiti in misura sufficiente a garantire la sua quota di partecipazione all'A.T.I. e la sua quota di esecuzione dei servizi dichiarata in sede di gara, avendo affermato di possedere il requisito di fatturato specifico (servizi di assistenza domiciliare svolti) nella misura del 18,51% rispetto all'importo totale, pari ad un fatturato di € 240.610,00 nel triennio, ma impegnandosi ad eseguire il 24,80% dei servizi;

4) violazione e falsa applicazione dell'art 95 d. lgs. 50/2016, violazione dell'art 9 del Disciplinare di gara, eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, contraddittorietà e illogicità; erronea attribuzione dei punteggi: questa censura verte sull'assegnazione dei punteggi per il criterio A 3.2, in quanto la Commissione ha assegnato alla controinteressata un punteggio superiore al coefficiente massimo attribuibile da ogni Commissario. Infatti in base al Disciplinare di Gara ogni singolo Commissario poteva attribuire per ognuno dei sub-criteri un coefficiente variabile da 0,00 a 1,00 sulla base di una scala di valori, da ottimo ad assente; per il sub-criterio A.3 la commissione ha effettuato la riparametrazione dei punteggi, assegnando il punteggio massimo (7 punti) per il sub-criterio A.3, sulla base di una valutazione operata da un Commissario che ha però assegnato con riferimento al sub-criterio A.3.2. un punteggio (2,30 punti) due volte superiore al coefficiente massimo (pari a 1,00) che ogni Commissario poteva attribuire.

In via subordinata:

5) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3 L. 241/1990, dell'art. 97 D.Lgs. 50/2016 e dell'art. 28 del Disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e carenza motivazionale, in quanto la Commissione di gara non ha richiesto al R.T.I. controinteressato le

giustificazioni relative alla congruità dell'offerta presentata, asserendo che gli elementi necessari per la verifica fossero già specificati nell'offerta e che gli stessi ne dimostrassero *ex se* la congruità. Secondo la tesi della ricorrente al contrario la stazione appaltante avrebbe dovuto chiedere le giustificazioni, presentando l'offerta elementi di anomalia rispetto al costo del personale;

6) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97 Cost. e dell'art. 77 D.Lgs. 50/2016. Violazione del principio di buon andamento, di trasparenza dell'azione amministrativa e di imparzialità: la Commissione di gara risulta composta in violazione a quanto statuito dall'art. 77 d. lgs. 50/2017, in quanto la Dott.ssa Gaetana Cipriani ha partecipato alla Commissione di gara, prima in qualità di Presidente e poi come membro semplice. La stessa inoltre ha indetto la gara, in qualità di Direttore del CISS fino al 29.4.2017, ed ha approvato il Bando, il Disciplinare e gli allegati; quindi è stata nominata Presidente e poi membro semplice.

Si sono costituite in giudizio sia la stazione appaltante sia la controinteressata, chiedendo il rigetto del ricorso e insistendo sulla tardività dell'impugnazione nonché sulla manifesta infondatezza dell'eccezione di incostituzionalità.

A seguito della domanda di accesso, la ricorrente acquisiva gli atti delle sedute del 19.6.2017 e del 23.6.2017, durante le quali la Commissione ha rettificato l'attribuzione del punteggio per il criterio A.3.2 accertando un errore materiale da parte di un Commissario, approvando la graduatoria in cui la ricorrente si collocava al secondo posto, dopo L'RTI CILETE/Coesa/La Dua Valadda. Con determina n. 276 del 28/06/20107 il Responsabile dell'Area Servizio Sociale Professionale ha approvato i verbali delle due sedute e

confermato l'aggiudicazione del servizio in favore del R.T.I. controinteressato.

Con motivi aggiunti depositati in data 4 luglio 2017, sono state proposte le seguenti censure, di cui alcune ripropositive delle precedenti:

1) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97 Cost., dell'art. 3 L. 241/1990, dell'art. 30 c. 1 D.Lgs. 50/2016 e dell'art. 2700 Cod. Civ. Violazione dell'art. 9 del Disciplinare di gara. Violazione dei principi di buon andamento, imparzialità e trasparenza della P.A. Violazione del principio di immodificabilità dei verbali di gara e di autonomia dei giudizi. Eccesso di potere per carenza motivazionale, manifesta irragionevolezza, contraddittorietà ed illogicità: la Commissione ha rettificato il punteggio di 2,30 indicato per il sub-criterio A.3.2., sull'assunto che fosse frutto di un "mero e palese errore materiale", rettificando anche il punteggio relativo al criterio A.3.1, che non poteva essere 0,00.

La Commissione ha avvallato la modifica dei punteggi, sulla base delle minute, utilizzate dai Commissari. Sostiene parte ricorrente l'illegittimità di tale modus operandi, per la violazione del principio di immodificabilità dei verbali di gara;

2) illegittimità derivata per illegittimità degli atti presupposti per violazione e falsa applicazione degli artt 59, 83 e 93 d. lgs. 50/2016, violazione degli artt. 17 e 19 del Disciplinare di gara, violazione dei principi di par condicio, non discriminazione e imparzialità: l'RTI avrebbe dovuto essere escluso per aver prodotto la cauzione non provvisoria di importo inferiore a quello richiesto dalla lex specialis di gara (motivo n. 1 del ricorso principale);

3) illegittimità derivata per illegittimità degli atti presupposti per violazione e falsa applicazione degli artt 59, 83 e 93 d. lgs. 50/2016, violazione degli artt. 17 e 19 del Disciplinare di gara, violazione dei principi di par condicio, non discriminazione e imparzialità: l'RTI avrebbe dovuto essere escluso per mancata dimostrazione o mancato possesso del requisito di partecipazione, richiesto dall'art 11 del Disciplinare in capo alla mandante COESA Pinerolo (motivo n. 2 del ricorso principale);

4) illegittimità derivata per illegittimità degli atti presupposti per violazione degli artt. 30, 48, 59, 83 e 94 d. lgs. 50/2016, violazione degli artt. 11 e 13 del Disciplinare di gara, violazione della par condicio e imparzialità, eccesso di potere per difetto di istruttoria e carenza di motivazione: l'RTI avrebbe dovuto essere escluso per il mancato possesso e la mancata dimostrazione dei requisiti di partecipazione in capo alla mandante La Dua Valadda (motivo n. 3 del ricorso);

5) illegittimità derivata per illegittimità degli atti presupposti per violazione e falsa applicazione degli artt. 95 d. lgs. 50/2016, eccesso di potere per manifesta irragionevolezza: sub criterio A.3 : (motivo n. 4 del ricorso)

In via subordinata ai motivi nn. 6) e 7) ripropone il motivo relativo alla mancata valutazione delle offerte e relativo alla illegittima composizione della commissione di concorso.

Con ordinanza n.291 del 13.7.2017, il Collegio, ritenendo non manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 120 c. 2bis e 6 bis c.p.a., necessitasse di ulteriori approfondimenti, ha fissato l'udienza di merito.

Le parti hanno depositato memorie ex art 73 c.p.a.

All'udienza del 27 settembre 2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

1) Il presente ricorso, integrato dai motivi aggiunti, è stato proposto avverso gli atti della gara per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare, indetta dal Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo.

I motivi proposti possono essere distinti in due ambiti: alcuni vertono sulla mancanza dei requisiti di partecipazione e contestano la mancata esclusione della controinteressata (in particolare il secondo e il terzo motivo del ricorso, corrispondenti rispettivamente al terzo e al quarto dei motivi aggiunti), gli altri alle operazioni di gara.

Poiché, come emerge dalla stessa ricostruzione in fatto, sui motivi relativi ai requisiti di partecipazione si prospetta un profilo di incostituzionalità della norma ovvero di contrasto con la disciplina comunitaria, Il Collegio ritiene di esaminare prioritariamente i motivi proposti avverso l'aggiudicazione, che sono stati presentati tempestivamente, poichè attengano alle operazioni di gara (quindi le censure n.1, 4, 5, 6 e 7 del ricorso, riproposti nei motivi aggiunti).

2) Il primo motivo del ricorso, riproposto come seconda censura dei motivi aggiunti, verte sulla non adeguatezza della cauzione provvisoria prodotta dalla controinteressata in misura inferiore all'importo minimo richiesto dalla *lex specialis*.

Il motivo è infondato, in quanto l'irregolarità della cauzione, comporta l'onere per la stazione appaltante di attivare il procedimento di soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, secondo periodo, del D.Lgs. 50/2016 (in tal senso Tar Milano, sez. IV, n. 1125/2017). Nella specie la stazione appaltante ha fatto

ricorso all'istituto e richiesto alla concorrente di integrare la cauzione provvisoria, adempimento che è stato puntualmente eseguito dalla controinteressata mediante il deposito di un'appendice alla polizza.

La ricorrente reputa tuttavia illegittima la sanatoria di questa irregolarità consentita dalla stazione appaltante attraverso il potere di soccorso istruttorio.

In proposito si osserva che la garanzia provvisoria, non rientrando fra le prescrizioni richieste a pena di esclusione dal Codice degli appalti pubblici, non legittima un provvedimento espulsivo basato sulla sua insufficienza o incompletezza; secondo l'orientamento condiviso dal Collegio (cfr. T.A.R. Puglia, Bari, 27.03.2017, n. 301, Cons. St., Sez. IV, 18.12.2013, n. 6088), le uniche irregolarità della garanzia provvisoria che possono legittimare un provvedimento espulsivo sono la sua mancata presentazione e la sua falsità, non potendosi procedere all'esclusione in caso di mera insufficienza o incompletezza.

Si consideri altresì l'istituto del soccorso istruttorio processuale, che, in coerenza con l'indirizzo sostanzialistico che connota le gare pubbliche d'appalto, ritiene sanabili le irregolarità formali anche nel corso del giudizio, riparando una incompletezza o irregolarità che la stazione appaltante, se avesse tempestivamente rilevato, avrebbe dovuto comunicare alla concorrente, attivando l'obbligatorio procedimento di soccorso istruttorio (Cons. Stato sez. III sentenze nn. 975 e 976 del 2017).

3) Il quarto motivo va esaminato congiuntamente al primo dei motivi aggiunti.

Nel ricorso si censura l'attribuzione del punteggio assegnato per il sub-criterio A.3, in quanto sarebbe stato dato il punteggio massimo

(7 punti), sulla base di una valutazione operata da un Commissario (identificato come Commissario n.3) che ha però assegnato con riferimento al sub-criterio A.3.2. un punteggio (2,30 punti) due volte superiore al coefficiente massimo (pari a 1,00) che ogni Commissario poteva attribuire.

Esaminando il punteggio assegnato dal Commissario n. 3 emerge che questi avrebbe dato 0,00 punti per il criterio A.3.1 e 2.30 punti per il criterio A.3.2.

In sede di riesame è emerso che si sarebbe trattato di un mero errore materiale, sia per l'attribuzione del punteggio 0,00 sia per l'assegnazione del maggior punteggio: infatti l'attribuzione di un punteggio così basso sarebbe incompatibile con il giudizio connesso a tale coefficiente (ossia 0,00 = "assente") siccome "il parametro richiesto dal sub-criterio A.3. non era affatto assente, come risulta evidente dall'offerta tecnica agli atti" e il giudizio sarebbe altresì incompatibile con le "valutazioni attribuite dagli altri due commissari, che hanno valutato positivamente il parametro".

Parte ricorrente contesta la legittimità delle operazioni della Commissione, ed in particolare la irrazionalità delle motivazioni, stante la piena autonomia dei commissari nella valutazione.

Sarebbe stato altresì violato il principio della immodificabilità dei verbali di gara, laddove viene qualificato come "errore materiale rettificabile" sia l'attribuzione, da parte del Commissario n. 3, di 0,00 punti al sub-criterio A.3.1 sia l'assegnazione di 2,30 punti per il sub-criterio A.3.2..

Ad avviso del Collegio la Commissione ha operato correttamente, limitandosi ad apportare la correzione ai punteggi assegnati per i



criteri considerati e ricostruendo le operazioni di valutazione, attraverso l'esame delle minute dei singoli commissari.

Si trattava infatti di errore materiale direttamente emendabile, in entrambi i casi.

Infatti per il sub criterio A.3 – gestione emergenze – l'assegnazione di punteggio pari a 0,00 era prevista solo nell'ipotesi di mancata presentazione del progetto: si trattava quindi di un errore palese e riconoscibile, in quanto l'offerta della R.T.I. conteneva una proposta per detta voce, tanto che la stessa è stata valorizzata dagli altri due commissari.

Ugualmente qualificabile come errore materiale è l'assegnazione di un punteggio superiore al limite massimo, in evidente contrasto con quanto enunciato letteralmente nel bando.

4) Anche gli ultimi due motivi non possono trovare accoglimento.

La Commissione ha correttamente escluso di attivare il procedimento di anomalia dell'offerta, a fronte della circostanza che la prima classificata non aveva conseguito per l'offerta tecnica punteggio superiore ai 4/5, come prescritto dall'art 97 comma 3 d. lgs. 50/2016.

Il sesto e ultimo motivo attiene alla composizione della Commissione.

Sostiene parte ricorrente la violazione dell'art. 77 d. lgs. 50/2017, in quanto la Dott.ssa Gaetana Cipriani ha partecipato alla Commissione di gara, prima in qualità di Presidente e poi come membro semplice. La stessa inoltre ha indetto la gara, in qualità di Direttore del CISS fino al 29.4.2017, ed ha approvato il Bando, il Disciplinare e gli allegati.

La difesa del consorzio ha chiarito che la modifica di ruolo all'interno della commissione è stata determinata dalla circostanza del pensionamento della dott. Cipriani, per cui, non rivestendo più la stessa l'incarico di Direttore, non poteva presiedere la Commissione, come prescritto dall'art. 30, comma 5, lettera h), dello statuto del Consorzio, che richiama l'art 107 comma 3 lett. a) del T.U. Enti locali 267/2000.

Quanto alla presunta incompatibilità della stessa Dott. Cipriani, che ha predisposto gli atti di gara, in violazione all'art 77 comma 4 d. lgs. 50/2016, si osserva come sia condivisibile l'interpretazione secondo cui la disciplina invocata, contenuta nell'art. 77 prima parte del d.lgs. 50/2016, è destinata a valere solo a regime, ovvero dopo che sarà stato creato l'albo dei commissari cui essa allude, e che al presente ancora non esiste; sino a quel momento, ai sensi del comma 12, "la commissione continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante" (in tal senso TAR Lombardia - Brescia, Sez. II, 19 dicembre 2016, n. 1757). Pertanto il cumulo delle funzioni di RUP e di presidente della commissione di gara non viola le regole di imparzialità.

Entrambi i motivi vanno quindi respinti.

5) Come emerge dalla ricostruzione in fatto, i motivi rubricati ai nn. 2 e 3 del ricorso, (corrispondenti rispettivamente al terzo e al quarto dei motivi aggiunti) vertono sulla carenza dei requisiti di ammissione dell'aggiudicatario. La stessa ricorrente, consapevole del mancato rispetto del termine decadenziale di cui all'art 120 comma 2 bis c.p.a., chiede il riconoscimento dell'errore scusabile e, in via subordinata

solleva l'eccezione di incostituzionalità della disposizione in relazione agli artt. 10, 11, 24, 103, 111, 113 e 117 c. 1 Cost., ovvero chiede il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea per contrasto con gli artt. 47 della Carta diritti U.E., 1 Dir. 89/665/CEE 1 Dir. 2007/66/CE.

5.1 La richiesta di errore scusabile non può essere accolta.

Seppure il provvedimento di comunicazione di avvenuta ammissione non presentasse il termine entro cui ricorrere, né l'Autorità giurisdizionale cui rivolgersi, tuttavia, la norma de qua è entrata in vigore con il nuovo codice degli appalti e quindi da circa un anno, periodo sufficiente perché un operatore del settore ne abbia conoscenza; va poi considerato che si tratta di una disposizione chiara, che non ha dato luogo ad alcun contrasto di giurisprudenza, per quanto attiene alla sua interpretazione.

5.2 Ritiene il Collegio che la disposizione presenti profili di contrasto con i principi comunitari, in materia di diritto di difesa e di effettività della tutela.

Costituendo la questione di compatibilità con il diritto dell'Unione europea un prius logico e giuridico rispetto alla questione di legittimità costituzionale in via incidentale, poiché investe la stessa applicabilità della norma censurata, il Collegio rimette con separata ordinanza la questione di compatibilità comunitaria dell'art 120 2 bis c.p.a. e degli artt. 29 e 204 D.Lgs. 50/2016 e sospende il presente giudizio, ai sensi dell'art. 79 cod. proc. amm.

6) Il ricorso e i motivi aggiunti vanno in parte respinti, (specificatamente rispetto alle censure di cui ai nn. 1, 4, 5, 6 e 7 del ricorso e 1, 2, 5, 6 e 7 dei motivi aggiunti); il giudizio sui residui

motivi contenuti nel ricorso e nei motivi aggiunti è sospeso ai sensi dell'art. 79 c.p.a.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe e sui motivi aggiunti, li respinge in parte, nei limiti di cui in motivazione, sospende il giudizio sul secondo e terzo motivo del ricorso e sul terzo e quarto dei motivi aggiunti.

Con separata ordinanza rimette alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale di cui in motivazione.

Spese al definitivo.

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

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

Domenico Giordano, Presidente

Silvana Bini, Consigliere, Estensore

Roberta Ravasio, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Silvana Bini**

**IL PRESIDENTE**  
**Domenico Giordano**

IL SEGRETARIO