



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 271 del 2013, proposto da:
SAMMARTINO COSTRUZIONI S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Mario Sanino e Gianpaolo Ruggiero, con domicilio eletto presso Studio Legale Sanino in Roma, viale Parioli, n. 180;

contro

COMUNE DI AGNONE, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Chiara Costagliola, con domicilio eletto presso Chiara Costagliola in Roma, via Cesare Baronio, n. 69;

nei confronti di

F.LLI DI MENNA & FIGLI S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Mario Verrusio, con domicilio eletto presso Antonio Palma in Roma, via Ennio Quirino Visconti, n. 99;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. MOLISE, Sez. I, n. 744 del 7 dicembre 2012, resa tra le parti, concernente gara per affidamento lavori di ampliamento cimitero;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Agnone e di F.lli Di Menna & Figli s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 giugno 2013 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Picciano, per delega Costagliola, e Brancaccio, per delega Verrusio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Agnone, che all'esito della procedura di project financing di cui all'art. 153 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (ex 37, comma 2 bis della legge 11 febbraio 1994, n. 109), aveva individuato quale promotore dell'intervento "ampliamento e completamento del cimitero capoluogo" la società Sammartino Costruzioni s.r.l., approvando il relativo progetto preliminare (giusta delibere di giunta n. 138 del 7 agosto 2009 e del consiglio n. 36

del 28 settembre 2009), con bando in data 9 aprile 2010 ha successivamente indetto la procedura aperta per l'affidamento della concessione per la progettazione definitiva ed esecutiva, costruzione e gestione (per un periodo massimo di 15 anni) dell'ampliamento e del completamento del cimitero capoluogo, sulla base della proposta del soggetto promotore, da aggiudicarsi con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa (secondo criteri, sub - criteri, punteggi e sub – punteggi, puntualmente indicati), per un valore complessivo stimato di €. 3.876.800,00.

Nel predetto bando è stato previsto (punto V.4) in favore del promotore “il diritto ad essere preferito ai soggetti di cui all'art. 11 comma 1 lett. b) del D. Lgs. 163/2006, ove lo stesso intende adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose risultanti dalla gara...”, e che “la proposta del promotore, posta a base di gara, è comunque vincolante per lo stesso in caso di gara deserta”.

Con determinazione dirigenziale n. 45 del 23 febbraio 2012 sono stati approvati i verbali della commissione di gara ed è stata dichiarata, quale offerta economicamente più vantaggiosa, quella presentata dalla ditta F.lli Di Menna & Figli s.r.l. (“...in quanto più rispondente alle necessità della collettività rispetto alla proposta del promotore”), dando atto che la Sammartino Costruzioni s.r.l. avrebbe potuto esercitare il diritto di prelazione, esprimendo l'intenzione di adeguare la propria proposta all'offerta reputata economicamente vantaggiosa ai sensi dell'art. 153, comma 15, lett. e), del D. Lgs. n. 163/2006, entro il termine di 45 giorni dalla successiva comunicazione, effettuata con nota prot. 1715 del 24 febbraio 2012.

2. Il Tribunale amministrativo regionale per il Molise, sez. I, con sentenza (ex art. 120, comma 10, c.p.a.) n. 744 del 7 dicembre 2012, definitivamente pronunciando nella resistenza dell'intimato Comune di Agnone: a) sul ricorso principale proposto dalla società Sammartino Costruzioni s.r.l. per l'annullamento: a1) della nota prot. 1715 del 24 febbraio 2012; a2) della determinazione dirigenziale n. 45 del 23 febbraio 2012; a3) di tutti i verbali della commissione di gara ed in particolare di quelli delle sedute del 12 dicembre 2011 e del 15 febbraio 2012, per effetto delle quali era stato integrato il piano economico e finanziario predisposto dalla società Di Menna & Figli s.r.l.; a4) di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente; nonché b) sul ricorso incidentale spiegato dalla società Di Menna & Figli s.r.l., con cui era stata lamentata la legittimità della scelta della soc. Sammartino Costruzioni s.r.l. quale promotore dell'opera; ha respinto il primo, dichiarando improcedibile per carenza di interesse il secondo.

Precisato, infatti, che il ricorso incidentale spiegato non aveva un effetto paralizzante di quello principale e che pertanto non doveva essere esaminato in via prioritaria, il predetto tribunale ha ritenuto infondati tutti i quattro motivi di censura spiegati con il ricorso principale in quanto: 1) non sussisteva la lamentata carenza del piano economico – finanziario predisposto dall'aggiudicataria in relazione agli indicatori di redditività e di bancabilità, giacché nella lex specialis della gara la loro presenza non era espressamente richiesta a pena di inammissibilità, così che del tutto legittimamente la commissione di gara aveva estrapolato tali indicatori dalla documentazione ritualmente prodotta, integrando il predetto piano; b) non sussisteva alcun vizio in ordine alla asseverazione del piano economico – finanziario, non essendo previsto alcun contenuto tipico necessario per la validità di detta asseverazione; c) le varianti al progetto posto a base della gara, asseritamente apportate dalla aggiudicataria, non determinavano affatto l'invalidità dell'offerta o del progetto proposto dall'aggiudicataria, incidendo soltanto sulla sua valutazione che, tuttavia, costituiva tipica espressione del potere discrezionale dell'amministrazione, come tale insindacabile, salve le ipotesi di manifesta illogicità e irragionevolezza, che nel caso di specie non erano state neppure dedotte; d) i punteggi assegnati all'offerta dell'aggiudicataria erano coerenti con i criteri ed i sub – criteri indicati nella lex specialis, il che escludeva l'onere di una specifica motivazione; all'infondatezza del ricorso principale seguiva l'improcedibilità per carenza di interesse di quello incidentale.

3. La società Sammartino Costruzioni s.r.l., con rituale e tempestivo atto di appello, ha chiesto la riforma di tale sentenza, articolando sei motivi di gravame, attraverso i quali ha in realtà riproposto i quattro originari motivi di censura, a suo avviso malamente apprezzati, superficialmente esaminati ed inopinatamente respinti con motivazione errata, lacunosa ed affatto condivisibile.

Hanno resistito al gravame il Comune di Agnone e la società F.Ili Di Menna & Figli s.r.l., deducendone l'inammissibilità e l'infondatezza e chiedendone il rigetto.

All'udienza in camera di consiglio del 19 febbraio 2013, fissata per la delibazione dell'istanza cautelare di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata, la causa è stata rinviata per la trattazione del merito all'udienza pubblica dell'11 giugno 2013.

4. Nell'imminenza di quest'ultima le parti hanno ritualmente e tempestivamente illustrato con apposite memorie le proprie tesi difensive, replicando a quelle avverse.

All'udienza pubblica dell'11 giugno 2013, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

5. Occorre innanzitutto esaminare le eccezioni di inammissibilità del gravame, sollevate sotto diversi profili sia dal Comune di Agnone che dalla F.Ili Di Menna & Figli s.r.l..

Tali eccezioni sono tutte infondate e devono essere respinte.

5.1. Deve innanzitutto osservarsi che la circostanza, del tutto pacifica tra le parti, secondo cui l'appellante, individuato quale soggetto promotore dell'intervento di ampliamento e completamento del cimitero capoluogo ed il cui progetto preliminare è stato pertanto posto a base della gara per la scelta del concessionario dell'opera, non abbia esercitato l'opzione prevista dall'articolo 153, comma 15, lett. e), del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, non determina alcuna carenza di interesse all'impugnativa in esame, complessivamente intesa, sia come interesse al ricorso di primo grado, sia come interesse all'appello.

Com'è noto, l'esercizio del predetto diritto di opzione consente infatti al promotore di divenire concessionario della realizzazione dell'opera (in luogo dell'aggiudicatario individuato a seguito della relativa gara ad evidenza pubblica), adeguando la propria originaria proposta progettuale (in virtù della quale è stato individuato appunto promotore e che è stata posta a base della gara per la scelta del concessionario) all'offerta economicamente più vantaggiosa: senonché nel caso in esame l'appellante, lungi dal rinunciare ad esercitare tale opzione (in particolare facendo decorrere il termine per il relativo esercizio) o dal rifiutarsi di adeguare la propria originaria proposta progettuale, ha in realtà direttamente contestato proprio la scelta del concessionario, denunciando l'incompletezza, l'inaffidabilità e l'inadeguatezza del piano economico – finanziario presentato dall'aggiudicatario e quindi l'inattuabilità della relativa offerta.

L'accoglimento della sua impugnazione e la conseguente esclusione della società F.Ili Di Menna & Figli s.r.l. dalla gara per la scelta del concessionario consentirebbe alla soc. Sammartino Costruzioni s.r.l. di realizzare il progetto originariamente presentato, cui è vincolata secondo le stesse previsioni contenute nel bando di gara al punto V.4., senza doverlo adeguare a quello della controinteressata; il che in definitiva costituisce il bene della vita a cui la ricorrente/appellante aspira e che, a suo avviso, le è stato illegittimamente sottratto dall'amministrazione con gli atti impugnati.

Ciò radica, al di là di ogni ragionevole dubbio, l'interesse della Società Sammartino Costruzioni s.r.l. alla contestazione dell'esito della gara in esame.

5.2. Neppure è idoneo a far venir meno l'interesse alla decisione del presente gravame il fatto che nelle more del giudizio di appello sia intervenuto il provvedimento definitivo di aggiudicazione della contestata gara (determinazione n. 336 del 21 dicembre 2012) in favore della controinteressata (provvedimento che la parte

appellante ha comunque provveduto ad impugnare).

Tale circostanza potrebbe in astratto giustificare la riunione dei giudizi, se gli stessi si trovassero nello stesso grado, ma in mancanza di ciò non può neppure darsi luogo alla sospensione facoltativa del presente giudizio in attesa della definizione di quello avverso il provvedimento di aggiudicazione, atteso che non è configurabile tra i predetti giudizi un rapporto di pregiudizialità tale per cui la decisione sulla legittimità del provvedimento di aggiudicazione definitiva avrebbe un effetto automatico, diretto ed immediato sulla legittimità degli atti oggetto del presente gravame, dovendo anzi logicamente ammettersi il contrario: non può infatti negarsi che la decisione sulla legittimità della scelta della società F.lli Di Menna Figli s.r.l., come aggiudicataria della gara per la concessione dell'opera, non potrà non avere effetti diretti ed immediati sul già impugnato provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Infatti, la legittimità degli atti oggetto della presente impugnazione non potrà che determinare la conferma dell'aggiudicazione definitiva, rendendo ancora attuale l'interesse alla impugnazione innanzi al giudice di primo grado, laddove la loro illegittimità travolgerà anche la aggiudicazione definitiva, rendendo improcedibile la relativa impugnazione.

Sussiste pertanto l'interesse alla decisione dell'appello in esame.

5.3. Entrambe le parti appellate hanno sostenuto la carenza di interesse dell'appellante per la asserita impossibilità di attuazione del suo originario progetto a causa della negatività degli indicatori VAN e TIR del relativo piano economico – finanziario, indicatori che in ogni caso sarebbero stati anch'essi elaborati ed estrapolati dalla commissione di gara sulla base dei documenti prodotti con l'offerta (ulteriore profilo, quest'ultimo, sintomatico, sempre secondo le parti appellate, dell'inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado e conseguentemente del presente gravame).

Senonché al riguardo deve evidenziarsi che, come risulta dalla documentazione in atti, alla gara bandita dall'amministrazione comunale di Agnone in data 9 aprile 2010 per la scelta del concessionario ha partecipato soltanto la soc. F.lli Di Menna & Figli s.r.l., così che i pretesi vizi che inficerebbero la proposta progettuale della Sammartino Costruzioni s.r.l. riguardano il (diverso) procedimento di scelta del promotore, procedimento senza alcuna contestazione e riserva da parte dell'amministrazione (che anzi ha posto anche quel progetto a base della gara per la scelta del concessionario).

Ciò rende inattaccabile la posizione dell'appellante e priva di qualsiasi fondamento la sollevata eccezione di inammissibilità, essendo appena il caso di aggiungersi che il Comune di Agnone, in applicazione dei fondamentali principi di legalità, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'art. 97 della Costituzione, se avesse accertato l'esistenza di quei vizi, avrebbe potuto, ed anzi dovuto, disporre l'esclusione dalla gara.

E comunque la vicenda per cui è causa non concerne gli esiti della prima fase di gara durante la quale l'amministrazione comunale ha individuato il soggetto promotore dell'opera; con delibere della giunta n. 138 del 7 agosto 2009 e del consiglio n. 36 del 28 settembre 2009, non impuginate.

5.4. Deve infine escludersi che con il gravame in esame siano stati introdotti motivi di censura nuovi ed ulteriori rispetto a quelli sollevati in primo grado, come sostenuto dalla difesa dell'appellata F.lli Di Menna & Figli s.r.l., con particolare riguardo al contenuto delle pagine 26 – 28 dell'atto di appello.

Non possono infatti essere considerati tali le argomentazioni difensive, le esemplificazioni e le deduzioni tese, per un verso, ad illustrare i motivi di censura e, per altro verso, a sottolineare la dedotta erroneità delle motivazioni addotte dai primi giudici per respingerli, quantunque esse possano in tutto od in parte non coincidere esattamente con quelle svolte in primo grado.

6. Passando al merito dell'appello, la Sezione osserva che per la loro intima connessione possono essere esaminati congiuntamente i primi tre motivi di gravame, con cui la Sammartino Costruzioni s.r.l. ha sostanzialmente riproposto il primo motivo di censura spiegato col ricorso di primo grado, sostenendo che l'amministrazione appaltante aveva illegittimamente omesso di escludere dalla gara per la scelta del concessionario la soc. F.lli Di Menna & Figli s.r.l., la cui offerta contrastava con le puntuali previsioni dell'art. 5 del disciplinare di gara ed era inidonea a dar conto dell'effettiva convenienza economica alla realizzazione dell'opera, difettando in particolare il piano economico – finanziario (strumento indispensabile proprio per dimostrare la predetta idoneità e convenienza economica – finanziaria dell'offerta) quanto agli indicatori di redditività (VAN e TIR) e di bancabilità (DSCR e LLCR), all'importo delle spese sostenute per la presentazione delle offerte [comprensivo dei diritti delle opere dell'ingegno ex art. 2578 C.C. (importo che non poteva superare il 2,5% del valore dell'investimento)] e alla specificazione del valore residuo dell'investimento al netto dei previsti ammortamenti annuali nonché dell'eventuale valore residuo non ammortizzato; tant'è che la stessa commissione di gara aveva proceduto illegittimamente ad integrare tali dati ed elementi, palesemente omessi, a mezzo di apposita inammissibile attività istruttoria, redigendo addirittura atti, prospetti e documenti non prodotti dalla concorrente.

Le doglianze svolte dall'appellante sono fondate e devono essere accolte, nei sensi appresso indicati.

6.1. Il disciplinare di gara per la “Concessione per la progettazione definitiva ed esecutiva, la costruzione e la gestione dell'Ampliamento e Completamento del Cimitero Capoluogo” [concessione comprendente: 1) la realizzazione dell'intervento con risorse totalmente a carico del concessionario aggiudicatario oltre alla gestione funzionale ed allo sfruttamento economico di tutti i lavori senza oneri da parte dell'amministrazione comunale; 2) l'affidamento di concessione di progettazione e completamento del Cimitero Capoluogo, nonché la gestione economica e funzionale del Servizio Cimiteriale; 3) una durata non superiore ad anni quindici], nello stabilire tra l'altro i termini e le modalità di redazione e di presentazione delle offerte e della documentazione, prevedeva, per quanto qui interessa, che i concorrenti avrebbero dovuto far pervenire un unico plico sigillato, contenente al suo interno cinque buste separate, a loro volta sigillate e controfirmate sui lembi di chiusura, recanti, oltre al nominativo dell'impresa concorrente ed all'oggetto della gara, le seguenti intestazioni: 1. busta – documenti; 2. busta – offerta tecnica; 3. busta – offerta tempo esecuzione lavori; 4. busta - offerta gestionale durata della concessione; 5. busta – offerta economica.

In quest'ultima busta (5. – offerta economica), a pena di esclusione, doveva essere inserito, oltre alla dichiarazione circa i prezzi e le tariffe offerte ed il conseguente ribasso percentuale e il criterio di aggiornamento delle tariffe, espresso in termini di ribasso sulla percentuale di adeguamento annuo del 100% delle variazioni in aumento accertate dall'ISTAT previste dal promotore, anche “v. il piano economico – finanziario della concessione..., asseverato da una banca, che dimostri l'equilibrio – economico finanziario degli investimenti e della connessa gestione, nonché il rendimento per l'intero periodo di efficacia della concessione risultante dagli elementi oggetto dell'offerta del concorrente e che documenti i principali indicatori di redditività (VAN, TIR) e bancabilità (DSCR e LLCR) dell'investimento e contenga il quadro di tutti i costi, che l'aggiudicatario dovrà sostenere. Il piano economico – finanziario, deve indicare tra l'altro, l'importo delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte, comprensivo dei diritti sulle opere dell'ingegno, di cui all'articolo 2578 del Codice civile: tale importo non può superare il 2,5% del valore dell'investimento. Il piano economico – finanziario, ai sensi dell'articolo 143, comma 7 del D. Lgs. n. 163/2006, deve prevedere la specificazione del valore residuo dell'investimento, al netto dei previsti ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo non ammortizzato al termine della concessione”, ciò coerentemente con quanto stabilito dall'art. 153, comma 9, del D. Lgs., 12 aprile 2006, n. 163 (nel testo precedente alle modifiche apportate dall'art. 59 bis del decreto - legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con

modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27).

6.2. In punto di fatto deve poi rilevarsi che, come risulta dal verbale n. 4 del 12 dicembre 2011, la commissione di gara, dopo aver esaminato le buste 3 e 4 della F.lli Di Menna & Figli s.r.l., unica concorrente, quanto alla busta 5 (offerta economica), attribuiti i punteggi relativamente ai criteri di valutazione H/a e I/a, procedeva all'esame: a) del piano economico finanziario; b) del prospetto dei flussi di cassa; c) dell'asseverazione bancaria; ai fini della verifica della "Congruità del prezzo rispetto al Progetto" e "...preso atto che la documentazione di cui ai punti a) e b) presentata dall'impresa concorrente è analoga, nella forma, a quella a suo tempo presentata dall'impresa promotrice; ritenuto che, onde verificare la sostenibilità economica dell'intero intervento e la sua redditività per l'impresa, si rende necessario calcolare i due indicatori VAN e TIR; considerato che tale calcolo presuppone un lavoro approfondito ed anche, eventualmente, l'ausilio di strumentazione tecnica; ravvisata pertanto l'impossibilità di definire la questione", sospendeva i lavori e si aggiornava a data da destinare "...al fine di approfondire la questione e quantificare i dati sopra indicati".

Come emerge poi dal verbale n. 5 del 15 febbraio 2012 agli approfondimenti di detta problematica provvedeva direttamente un componente della stessa commissione (asseritamente esperto in materia contabile e finanziaria), procedendo anche alla quantificazione degli indicatori economici VAN e TIR; alla stregua delle risultanze di tale studio (allegati B e C al predetto verbale n. 5) la commissione "...considerato che gli indici economici denominati VAN e TIR sono entrambi di valore positivo; ritenuta, quindi, la sostenibilità economica dell'intervento e la sua redditività; valutato, quindi, il prezzo congruo rispetto al progetto", attribuiva al criterio H/b due punti e dichiarava in conclusione l'offerta presentata dalla F.lli Di Menna & Figli s.r.l. quella economicamente più vantaggiosa con punti 81,4/100.

6.3. Con particolare riguardo a tale attività istruttoria, svolta motu proprio dalla commissione, si osserva che dal contenuto dell'allegato B ("Valutazione investimento"), recante l'approfondimento e la valutazione del piano economico – finanziario presentato dalla F.lli Di Menna & Figli s.r.l., emerge che: a) detto documento non conteneva il piano economico previsionale ed il piano patrimoniale revisionale, che sono stati ricostruiti; b) il piano dei flussi di cassa era carente ed è stato integrato, dopo aver ricostruito il piano economico previsionale e quello patrimoniale revisionale; c) non vi era alcun commento relativo ai documenti di cui si componeva il piano stesso; d) gli indicatori di redditività VAN e TIR, non segnalati, ma indispensabili per valutare l'equilibrio economico – finanziario, sono stati calcolati previa ricostruzione del conto economico dell'impresa sulla base dei dati contenuti nel piano degli investimenti, considerando i costi ed i ricavi della gestione; e) gli indici di bancabilità (DSCR e LLCR) non erano presenti, non essendo stato prodotto il piano dei debiti contratti.

Nell'allegato C al verbale n. 5 della commissione sono stati inseriti i seguenti documenti, sostanzialmente riformulati ovvero formulati ex novo: f) il conto economico previsionale; g) rendiconto dei flussi di cassa; h) analisi finanziaria.

6.4. Ciò precisato, la Sezione è dell'avviso che, come eccepito dall'appellante, il piano economico – finanziario presentato dalla società F.lli Di Menna & Figli s.r.l. non soddisfaceva i requisiti previsti dal ricordato disciplinare di gara, così che l'amministrazione avrebbe dovuto correttamente procedere all'esclusione di quella offerta dalla gara, del tutto irrilevante essendo la circostanza sulla quale ha erroneamente indugiato la commissione di gara, cioè che la documentazione prodotta dalla soc. F.lli Di Menna & Figli s.r.l. fosse analoga, nella forma, a quella a sua tempo presentata dall'impresa promotrice (trattandosi, come accennato, di due procedure di gara del tutto diverse, separate e non comparabili).

6.4.1. E' infatti risultato per tabulas, come si è avuto modo di evidenziare, che il piano economico – finanziario presentato dalla controinteressata non conteneva il piano economico previsionale ed il piano patrimoniale

revisionale (che sono stati ricostruiti); il piano dei flussi di cassa era carente [tant'è che la commissione lo ha dovuto sostanzialmente riformulare ex novo, integrandolo dopo aver ricostruito il piano economico previsionale e quello patrimoniale revisionale (mancanti)]; non erano stati segnalati gli indicatori di redditività, VAN e TIR (calcolati dalla commissione previa ricostruzione del conto economico dell'impresa sulla base dei dati contenuti nel piano investimenti); non erano presenti gli indici di bancabilità (DSCR e LLCR); non vi era neppure il commento relativo ai documenti di cui si componeva il piano stesso.

Tali omissioni e carenze rendevano il documento in questione inidoneo a svolgere la specifica funzione ad esso assegnata dalla legge, in generale, e dal disciplinare di gara, in particolare, quella cioè di dimostrare "...l'equilibrio economico – finanziario degli investimenti e della connessa gestione, nonché il rendimento per l'intero periodo di efficacia della concessione" e di consentire pertanto all'amministrazione concedente di valutare l'adeguatezza dell'offerta e l'effettiva realizzabilità dell'oggetto della concessione stessa: ciò del resto ha trovato conferma, al di là di ogni ragionevole dubbio, nello stesso operato della commissione di gara che, ai fini della verifica della "congruità del prezzo (offerto) rispetto al Progetto (del promotore)" (e dell'assegnazione del punteggio al relativo criterio di valutazione dell'offerta in gara), ha inizialmente ritenuto quanto meno incompleto il piano economico – finanziario in questione (essendo "...necessario calcolare i due indicatori denominati VAN e TIR" (verbale n. 4 del 12 dicembre 2011), procedendo poi alla presa d'atto ed alla sostanziale approvazione di una vera e propria relazione (elaborata da un proprio esperto componente) integrativa (e non meramente esplicitativa o ricognitiva), sotto più profili, del predetto piano economico – finanziario (verbale n. 5 del 15 febbraio 2012), solo per effetto della quale ha potuto procedere all'assegnazione del punteggio per il citato criterio.

Non può, pertanto, sul punto condividersi la soluzione fornita dai primi giudici, secondo cui l'eccezionale lacuna ed incompletezza (ed in particolare la mancanza dei due indicatori VAN e TIR) non avrebbero inficiato il piano economico – finanziario presentato e tanto meno avrebbero determinato l'inammissibilità dell'offerta, in mancanza di una espressa previsione in tal senso.

Infatti, se è vero che il disciplinare di gara comminava l'esclusione dalla gara letteralmente solo per il caso del mancato inserimento nella "busta – offerta economica" del predetto piano economico – finanziario (nulla prevedendo direttamente quanto ai singoli elementi di quest'ultimo), non può d'altra parte sottacersi che secondo quella stessa previsione del disciplinare di gara il piano economico – finanziario doveva essere tale da dimostrare, come già rilevato, "...l'equilibrio economico degli investimenti e della connessa gestione, nonché il rendimento per l'intero periodo di efficacia della concessione risultante dagli elementi oggetto dell'offerta del concorrente" e da documentare "...i principali indicatori di redditività (VAN, TIR) e bancabilità (DSCF e LLCR) dell'investimento..."; finalità tutte che il piano economico – finanziario presentato nel suo complesso e nella sua globalità non era in grado di perseguire (per tabulas) e dunque non solo per la mancanza dei più volte citati principali indicatori di redditività.

6.4.2. Né, sotto altro concorrente profilo, l'attività svolta dalla commissione di gara (in particolare quella di cui è stato dato atto nel verbale n. 5 del 15 febbraio 2012) di asserito studio e approfondimento del piano economico – finanziario presentato e culminato nella (ri)elaborazione ed integrazione della documentazione (o di almeno una parte rilevante e decisiva di quella) prodotta dalla soc. F.lli Di Menna & Figli s.r.l. può essere ricondotta nell'alveo del più generale dovere di soccorso che pure incombe sulle stazioni appaltanti, ai sensi dell'art. 46, comma 1, del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Sebbene infatti non possa negarsi in generale che nell'ambito dei fondamentali principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, cui deve ispirarsi l'azione amministrativa anche nei procedimenti di scelta del contraente dei contratti pubblici (sub specie di correttezza, affidamento, trasparenza e parità di trasparenza, ex art. 2

del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163) rientrano anche quelli di buona fede e collaborazione, principi che, per un verso, impongono innanzitutto alle stazioni appaltanti di privilegiare, nei limiti del possibile, una lettura ed una interpretazione non rigida e formalistica delle regole della *lex specialis*, onde assicurare la più ampia partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica e, per altro verso, si concretizzano in un vero e proprio obbligo per l'amministrazione di cooperare con i concorrenti, invitandoli specialmente a completare la documentazione ovvero a fornire chiarimenti in ordine a certificati, documenti e dichiarazioni presentati, è altrettanto indiscutibile che il ricordato c.d. dovere di soccorso deve in ogni caso intendersi limitato a consentire la "sanatoria" di difformità e carenze di carattere meramente formale e facilmente riconoscibili, come tali inidonee a violare gli altrettanto fondamentali principi di parità di trattamento dei concorrenti e di non discriminazione (C.d.S., sez. VI, 13 febbraio 2013, n. 889; sez. V, 23 ottobre 2012, n. 5408; 30 agosto 2012, n. 4654; 31 marzo 2012, n. 1896), non potendo pertanto con esso supplirsi a sostanziali carenze dell'offerta presentata, integrandola o rielaborandola, così superando decadenze o situazioni di inammissibilità già verificatesi.

Nel caso in esame, indipendentemente da ogni considerazione sul merito e sul contenuto stesso degli allegati B e C al verbale n. 5 del 15 febbraio 2012 della commissione di gara, oltre che sulla correttezza della metodologia di calcolo utilizzata e dei dati posti a fondamento dell'analisi (questioni pure contestate dall'appellante), l'attività istruttoria svolta dalla commissione non è consistita nel riscontro dei dati esistenti, nella sanatoria di regolarità formali ovvero nella mera estrapolazione meccanica/aritmetica di dati non evidenziati (indicatori di redditività) dai documenti contabili prodotti ovvero ancora nella mera trasposizione in forma corretta o diversamente organizzata di dati ed elementi già tutti presenti (ancorché in modo disordinato ed inorganico) nei documenti prodotti, ma ha – pacificamente e palesemente – comportato la ricostruzione (*rectius*, la redazione per la prima volta) del piano economico – previsionale e di quello patrimoniale revisionale oltre all'integrazione del piano dei flussi di cassa, originariamente carente, rielaborato previa "ricostruzione" (o meglio previa redazione per la prima volta) del piano patrimoniale revisionale; anche gli indicatori di redditività (VAN e TIR), di cui è pacifica la mancanza nell'originario piano economico – finanziario (indispensabili per valutare l'equilibrio economico – finanziario dell'offerta presentata) non sono stati estrapolati e calcolati con una mera operazione meccanica sulla scorta dei dati e dei documenti originariamente presentati, bensì sulla base del piano di flusso di cassa degli investimenti, integrato dall'attività posta in essere dalla commissione di gara.

In definitiva l'attività svolta dalla commissione di gara (di studio e di approfondimento dell'offerta presentata dalla soc. F.lli Di Menna & Figli s.r.l., di cui agli allegati B e C al verbale n. 5 del 15 febbraio 2012) ha ingiustificatamente travalicato i ristretti margini in cui si iscrive il c.d. dovere di soccorso, procedendo di fatto ad un'inammissibile integrazione della documentazione (in particolare, il piano economico – finanziario), la cui produzione (nei modi, nelle forme e per le finalità specificamente richieste dalla *lex specialis*) era prevista a pena di esclusione dell'offerta.

6.4.3. Anche quanto alla dedotta omessa indicazione nell'offerta presentata dalla soc. F.lli Di Menna & Figli s.r.l. dell'importo concemente le spese sostenute per la predisposizione delle offerte, comprensivo dei diritti sulle opere dell'ingegno, di cui all'articolo 2578 del codice civile, la tesi dell'appellante merita di essere condivisa.

Occorre al riguardo rammentare che, come si è già avuto modo di rilevare, il disciplinare di gara prevedeva che nella busta n. 5, contenente l'offerta economica, fossero inseriti due soli documenti e cioè (iv) la dichiarazione indicante i prezzi e le tariffe offerte, espresse in cifre ed in lettere ed il conseguente ribasso percentuale, ed il criterio di aggiornamento delle tariffe, nonché (v) il più volte su citato piano economico – finanziario, nel quale doveva esservi l'indicazione, tra l'altro, dell'importo delle spese di cui si tratta: queste ultime pertanto non costituivano un elemento autonomo (di valutazione) dell'offerta, rappresentando piuttosto una componente (essenziale) del piano

economico – finanziario e del complessivo equilibrio economico – finanziario degli investimenti e della relativa gestione.

Ciò chiarito, è pacifico che il piano economico – finanziario presentato non contenesse l'indicazione delle spese in questione e ciò è sufficiente, anche sotto tale profilo, a farlo ritenere non conforme alle previsioni della lex specialis, a tale omissione non potendo supplire il fatto che l'importo di tali spese fosse stato indicato in un'apposita autonoma dichiarazione, pur'essa inserita nella busta n. 5, offerta economica: ciò sia perché una tale diversa modalità di indicazione non era prevista nel disciplinare, sia perché tale diversa modalità era di per sé inidonea a consentire la corretta ed adeguata valutazione del complessivo equilibrio – economico finanziario del piano presentato, anche sotto il profilo degli investimenti e della gestione.

6.4.4. Per completezza la Sezione rileva infine che, indipendentemente da quanto fin qui osservato, è del tutto irrilevante che la riscontrata illegittima attività posta in essere dalla commissione di gara fosse finalizzata all'attribuzione del punteggio per il sub – criterio H/b (“Congruità del prezzo rispetto al Progetto”), per il quale erano previsti soltanto due punti.

Infatti l'offerta presentata dalla soc. F.Ili Di Menna & Figli s.r.l. ha conseguito complessivamente punti 81,4/100 (giusta verbale n. 5 del 15 febbraio 2012) e, senza i predetti due punti del criterio H/b, avrebbe ottenuto solo punti 79,4, cosa che ne avrebbe determinato l'invalidità (rectius, l'inammissibilità), secondo le puntuali previsioni del disciplinare (pag. 13, quinto capoverso, secondo periodo, a tenore del quale “Non saranno considerate valide le offerte che non avranno superato un punteggio globale di almeno 80 punti su 100”).

6.5. La fondatezza degli esaminati motivi di gravame, cui consegue l'illegittimità degli atti impugnati, esime la Sezione dalla delibazione degli altri tre motivi di doglianza, da considerare assorbiti.

6.6. Giova poi evidenziare che, nel costituirsi nel presente grado di giudizio, la società F.Ili Di Menna & Figli s.r.l. non ha riproposto i motivi del ricorso incidentale spiegato in primo grado (dichiarato improcedibile per il rigetto del ricorso principale), il che ne impedisce l'esame anche in questa sede.

7. In conclusione, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere accolto il ricorso proposto in primo grado dalla Sammartino Costruzioni s.r.l. e devono essere annullati gli atti impugnati in primo grado.

La particolarità delle questioni trattate giustifica la compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello proposto dalla Sammartino Costruzioni s.r.l. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Molise, sez. I, n. 744 del 7 dicembre 2012, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della stessa, accoglie il ricorso proposto in primo grado dalla stessa Sammartino Costruzioni Generali s.r.l. ed annulla gli atti impugnati in primo grado.

Dichiara interamente compensate tra le parti le spese del doppio grado di giudizio

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/09/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)