



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 3264 del 2018,
proposto da:
Edeco Cooperativa Sociale Onlus, in proprio e quale capogruppo del R.T.I. con
Zeleghe s.r.l, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa
dall'avvocato Federica Scafarelli, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma,
via Giosuè Borsi, n. 4;

contro

Comune di Asiago, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e
difeso dagli avvocati Vittorio Domenichelli, Stefano Bigolaro e Luigi Manzi, con
domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Luigi Manzi in Roma, via F.
Confalonieri, n. 5;
Unione Montana Spettabile Reggenza dei Sette Comuni, in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Enrico Gaz,
Alberto Gaz e Stefano Gattamelata, con domicilio eletto presso lo studio
dell'avvocato Enrico Gaz in Roma, via di Monte Fiore, n. 22;

nei confronti

Golf Experience s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. con Spav Team A.S.D. ed Unione Sportiva Asiago Sci A.S.D., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Dario Meneguzzo, con domicilio eletto presso la Segreteria sezionale del Consiglio di Stato, in Roma, Piazza Capo di Ferro, n. 13;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, Sezione Prima, n. 00489/2018, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Asiago, dell'Unione Montana Spettabile Reggenza dei Sette Comuni e del R.T.I. Golf Experience s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 settembre 2018 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Federica Scafarelli, Stefano Gattamelata, Gianluca Calderara, su delega dell'avvocato Luigi Manzi, e Francesca Romana Feleppa, su delega dell'avvocato Dario Meneguzzo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Il R.T.I. con mandataria Edeco cooperativa sociale onlus ha interposto appello dapprima nei confronti del dispositivo e poi della sentenza 9 maggio 2018, n. 489 del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, sez. I, che ha respinto il suo ricorso avverso la determinazione n. 210 del 28 novembre 2017, con cui il Comune di Asiago ha definitivamente aggiudicato al R.T.I. Golf Experience s.r.l. la

concessione del servizio di gestione dell'area "Parco Brigata Regina" (pista da fondo-centro tennis-parco) per il periodo 20 novembre 2017/19 novembre 2022.

La procedura aperta è stata demandata alla Centrale Unica di Committenza-CUC dell'Unione Montana Spettabile Reggenza dei Sette Comuni; a base di gara è stato previsto un contributo di euro 130.000,00 da sottoporre a ribasso, indicando, da un lato, il contributo complessivamente richiesto per la gestione del servizio, e, dall'altro, il corrispondente ribasso percentuale rispetto all'importo a base di gara.

All'esito del procedimento di gara è risultato primo graduato il R.T.I. Golf Experience s.r.l., secondo l'appellante R.T.I. Edeco e terzo la ditta Roffo Angelo Gestione Impianti Sportivi e Hockey e Turismo.

Con il ricorso in primo grado il R.T.I. Edeco ha dedotto l'illegittimità dell'aggiudicazione, sostenendo che l'offerta aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa, in quanto la domanda di partecipazione non era stata corredata della documentazione prevista dall'art. 1.1.4 del disciplinare di gara a pena di esclusione (in particolare, nella busta "A" era stata inserita la dichiarazione sostitutiva di assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 della sola Golf Experience s.r.l., e non anche delle altre due mandanti del R.T.I., ed inoltre non vi era stato inserito il modello "PASS-OE ed, ulteriormente, il codice ivi contenuto non era stato indicato all'esterno della busta), in ragione dell'indeterminatezza dell'offerta economica del raggruppamento Golf Experience (nella considerazione che, in luogo dell'indicazione del valore del contributo inferiore a quello proposto come base di gara, aveva indicato un importo, pari ad euro 5.200,00, del tutto diverso da quello che risultava dall'applicazione della percentuale indicata, pari al 4 per cento su euro 130.000,00, con conseguente mancata corrispondenza del valore unitario e del ribasso percentuale) e del fatto che la cauzione provvisoria prestata dal raggruppamento aggiudicatario non risultava conforme alle prescrizioni di cui all'art. 93 del predetto d.lgs. n. 50 del

2016, richiamando la precedente disciplina di cui all'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006; in subordine ha altresì dedotto l'illegittimità del punto 8 del bando di gara per violazione dell'art. 95, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 in ragione della mancata prefissazione dei punteggi e sub-criteri in relazione al requisito della progettualità complessiva.

2. - La sentenza appellata ha respinto il ricorso nell'assunto, tra l'altro, che i profili di incompletezza della documentazione di gara denunciati con il primo motivo di ricorso non costituiscono motivi di esclusione, al più potendo giustificare il ricorso al soccorso istruttorio, ed, ancora, che non sussiste l'indeterminatezza dell'offerta economica, essendo il raggruppamento aggiudicatario incorso in un errore materiale macroscopico che rende agevolmente riconoscibile la sua esatta offerta economica.

3.- Con il ricorso in appello il raggruppamento con mandataria Edeco cooperativa sociale onlus ha dedotto l'erroneità della sentenza reiterando, quali motivi di critica della medesima, le censure del ricorso introduttivo ed insistendo anche sulla domanda di risarcimento del danno.

4. - Si sono costituiti in resistenza il Comune di Asiago, il R.T.I. Golf Experience s.r.l. e l'Unione Montana Spettabile Reggenza dei Sette Comuni controdeducendo ai motivi di gravame e chiedendo la reiezione dell'appello (la controinteressata e l'Unione Montana hanno anche eccepito l'irricevibilità, quanto meno parziale, del ricorso introduttivo).

5. - All'udienza pubblica del 27 settembre 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Con il primo motivo il R.T.I. Edeco censura la statuizione che ha disatteso il motivo volto ad ottenere l'esclusione dell'offerta aggiudicataria per omessa allegazione, all'interno della busta "A" contenente la documentazione

amministrativa, della dichiarazione di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 da parte delle mandanti Spav Team e U.S. Asiago Sci, asseritamente prescritta a pena di esclusione dagli artt. 1.1.4 del disciplinare e 16.2 del bando di gara, e comunque prevista anche nei moduli concernenti la relativa dichiarazione, oltre che operante per l'effetto eterointegrativo della disposizione del predetto art. 80, senza che potesse residuare spazio al soccorso istruttorio procedimentale o processuale; peraltro quest'ultimo è stato esercitato in due tempi, dapprima producendo, in data 8 gennaio 2018, le sole dichiarazioni mancanti, e poi, di nuovo, il 30 gennaio 2018, versando in atti le stesse dichiarazioni con la fotocopia del documento di identità dei dichiaranti, modalità di reiterazione del soccorso che non sarebbe stata consentita in sede procedimentale, non foss'altro perchè violativa del termine perentorio di dieci giorni di cui all'art. 89, comma 9, del codice dei contratti pubblici. Viene altresì dedotto, quale ulteriore motivo di esclusione dell'offerta aggiudicataria, il mancato inserimento, nella busta "A", del modello "PASS-OE", necessario per la verifica del possesso dei requisiti, e la mancata indicazione del codice ivi contenuto all'esterno della busta, adempimenti prescritti a pena di esclusione dal punto 1.1.5 del disciplinare di gara; peraltro anche in tale caso erronea è la produzione in sanatoria effettuata in sede processuale, in quanto costruita su operatore monosoggettivo.

L'articolato motivo è infondato.

Procedendo per ordine, è anzitutto condivisibile quanto statuito dalla sentenza appellata circa il fatto che il disciplinare di gara, con riguardo al "raggruppamento temporaneo di concorrenti", prevede che *«la domanda e la dichiarazione di cui al precedente punto 1.1.1) deve essere prodotta in bollo e sottoscritta da tutti i concorrenti che costituiscono o che costituiranno il raggruppamento o il consorzio ordinario o il GEIE [...]»*, laddove, però, le dichiarazioni circa i requisiti di moralità professionale sono previste dall'art. 1.1.4) dello stesso disciplinare, clausola non richiamata in tema di

raggruppamenti temporanei. Come evidenziato dai primo giudici, «*il R.T.I. aggiudicatario ha allegato alla domanda di partecipazione alla gara la dichiarazione di cui all'art. 1.1.1), nonché, per la sola capogruppo mandataria, la dichiarazione ex art. 80 del d.lgs. n. 50 cit., sul presupposto [...] che, se altra documentazione rispetto a quella elencata all'art. 1.1.1) del disciplinare avesse dovuto essere prodotta dalle mandanti (e, in specie, la dichiarazione ex art. 80 del d.lgs. n. 50/2016), tale ulteriore documentazione avrebbe dovuto essere espressamente indicata dalla lex specialis*».

Né può essere risolutiva la evocazione della previsione dell'art. 16, comma 2, del bando di gara, la quale si limita a stabilire, con disposizione di portata più generale, che «*i partecipanti non devono trovarsi in una delle cause di esclusione di cui all'art. 80 del D.lgs. 50/2016, né avere contenziosi in atto con l'Amministrazione [...]*».

Ne consegue la non perspicuità della *lex specialis* di gara, o, se si preferisce, la sua ambiguità in ordine alla dichiarazione, da parte delle imprese mandanti, del possesso dei requisiti di moralità, comportante che la inerente mancanza nella domanda di partecipazione non si pone certamente come causa di esclusione, se non altro in applicazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, pur imponendo l'esercizio del potere di soccorso istruttorio.

Quanto alla portata dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, osserva la Sezione che, secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale, l'omessa dichiarazione dei requisiti di moralità non comporta l'esclusione del concorrente allorchè la clausola del bando non richieda in termini espressi e specifici la dichiarazione dei medesimi, alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione (in termini Cons. Stato, V, 16 marzo 2017, n. 4788; V, 4 gennaio 2018, n. 53), dovendosi precisare ulteriormente che in detta evenienza la dichiarazione non può ritenersi falsa, ma al più solo incompleta, parziale o limitata, e come tale soggetta a soccorso istruttorio. Detto in altri termini, l'omessa presentazione in gara della dichiarazione sostitutiva in ordine all'assenza dei reati ostativi, lungi dal rappresentare una falsa

dichiarazione, di per sé sola idonea a giustificare l'esclusione del concorrente dalla gara, si configura come mancanza di una dichiarazione sostitutiva, in quanto tale sanabile facendo ricorso al soccorso istruttorio (Cons. Stato, V, 21 agosto 2017, n. 4048).

1.1.- La contestazione subordinata delle modalità di esercizio del soccorso istruttorio processuale impone di rilevare anzitutto che la disciplina della procedura di gara non deve essere concepita come una sorta di corsa ad ostacoli fra adempimenti formali imposti agli operatori economici ed all'Amministrazione aggiudicatrice, ma deve mirare ad appurare quale sia l'offerta migliore, nel rispetto delle regole di concorrenza, verificando la sussistenza dei requisiti tecnici, economici, morali e professionali dell'aggiudicatario. In questo senso, dunque, l'istituto del soccorso istruttorio in generale tende ad evitare che irregolarità ed inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse del seggio di gara, che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedurali facilmente emendabili (Cons. Stato, III, 2 marzo 2017, n. 975). In assenza dell'attivazione del soccorso istruttorio, l'esclusione del concorrente dalla gara per mancata produzione della dichiarazione circa i requisiti prescritti può ritenersi illegittima solo laddove, nel corso del giudizio, il concorrente stesso abbia dato prova del possesso dei requisiti suddetti (Cons. Stato, V, 10 aprile 2018, n. 2180; V, 11 dicembre 2017, n. 5826).

Detto in altri termini, non esiste un limite sistematico al soccorso istruttorio processuale, se non quello che deve attenersi a carenze di natura formale, in quanto tali afferenti ad attività vincolata e tradursi dunque, come nel caso di specie, nell'accertamento della sussistenza del requisito non dichiarato, il che consente al giudice amministrativo di sostituirsi all'Amministrazione (Cons. Stato, V, 8 giugno 2018, n. 3483); peraltro nella fattispecie controversa lo stesso è stato espresso e

ricondotto nell'ambito dell'attività defensionale, con la conseguenza che difficilmente potrebbe postularsi il mancato rispetto del termine perentorio non superiore a dieci giorni, sottintendente, come ovvio, un'iniziativa *ex officio*, dovendosi, al contrario, prendere a parametro la disciplina di cui all'art. 73 Cod. proc. amm.. Aggiungasi che già risultava inserita nella busta contenente la documentazione amministrativa la copia della carta di identità dei legali rappresentanti delle imprese mandanti.

1.2. - Infondata è anche la sub-censura relativa all'effetto asseritamente espulsivo dell'omesso inserimento, da parte del R.T.I. aggiudicatario, nella busta "A", del modello "PASS-OE", necessario per la verifica del possesso dei requisiti, e della mancata indicazione del codice ivi contenuto all'esterno della busta, adempimenti prescritti a pena di esclusione dal punto 1.1.5) del disciplinare di gara.

Ha chiarito la sentenza che il PASS-OE, strumento elettronico che consente alla stazione appaltante di verificare l'operatore economico attraverso il sistema AVCpass, ha il valore di una dichiarazione, con la conseguenza che la sua mancata produzione in sede di gara integra una carenza documentale suscettibile di sanatoria mediante soccorso istruttorio. Nel caso di specie, poi, è allegato dal Comune resistente, senza contestazione *ex adverso*, che siano intervenuti dei problemi tecnici nella generazione del PASS-OE del raggruppamento Golf Experience, che comunque si era registrato sul sito AVCpass, e pertanto la stazione appaltante ha verificato con modalità ordinaria l'esistenza dei requisiti in capo alle mandanti (la mandataria aveva nel frattempo acquisito il PASS-OE), in particolare consultando i casellari giudiziari dei carichi pendenti e delle condanne penali.

2. - Il secondo motivo di appello critica la sentenza per non avere rilevato l'indeterminatezza dell'offerta economica del R.T.I. Golf Experience, che presenta una divergenza tra il valore del ribasso percentuale e quello del ribasso unitario, si

da non rendere possibile comprendere se la volontà del concorrente era quella di chiedere un contributo di euro 5.200,00, ovvero di applicare un ribasso del 4 per cento sulla base d'asta di euro 130.000,00 (pari ad euro 124.800,00), ed, al contrario, consentito un intervento manipolativo da parte della Commissione giudicatrice, senza neppure previo esercizio del soccorso istruttorio.

Il motivo, a prescindere dal riproposto profilo di irricevibilità, è infondato.

Il disciplinare di gara, al punto 1.3, precisa che la dichiarazione contenuta nella busta "C" deve contenere *«l'indicazione del contributo, inferiore a quello proposto come base di gara, espresso in cifre ed in lettere ed il conseguente ribasso percentuale, anch'esso espresso in cifre ed in lettere, rispetto al suddetto importo posto a base di gara, che il concorrente offre per l'esecuzione della concessione»*.

Il raggruppamento Golf Experience dichiara di offrire un contributo complessivo di euro 5.200,00, aggiungendo che *«tale importo corrisponde al ribasso percentuale del 4,000% [...] calcolato sul contributo complessivo posto a base di gara e soggetto a ribasso»*.

Ora, seppure è ravvisabile un disallineamento nell'espressione dei due valori dell'offerta economica, ad avviso della Sezione è da escludere l'indeterminatezza della medesima, atteso che una lettura in buona fede rende evidente che il ribasso offerto sul contributo posto a base di gara è il 4 per cento, che, parametrato a 130.000,00, è esattamente l'importo di euro 5.200,00. Condivisibilmente, dunque, la sentenza ha ritenuto del tutto ragionevole l'operato della Commissione, quale evincibile dal verbale n. 4 del 13 novembre 2017, escludendo *«alcuna arbitraria integrazione o manipolazione dell'offerta economica del R.T.I. aggiudicatario : ciò, proprio per la macroscopicità e riconoscibilità dell'errore materiale in cui è incorso quest'ultimo»*. La stazione appaltante si è dunque limitata ad interpretare la effettiva volontà dell'offerente, su questo piano superando l'ambiguità grossolana dell'offerta.

3. - Con il terzo motivo di gravame si censura la difformità della polizza fideiussoria, presentata dal raggruppamento aggiudicatario, alle prescrizioni di cui

all'art. 93 del d.lgs. n. 50 del 2016, allegandosi in particolare che la stessa fa rinvio all'abrogato art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006, laddove il nuovo testo normativo, in particolare al comma 6, ha ampliato il contenuto della garanzia per mancata sottoscrizione del contratto anche all'ipotesi di sopravvenienza di informazione antimafia interdittiva; aggiunge l'appellante che neppure è adeguata all'estensione della garanzia la clausola integrativa contenuta a pagina 5 della polizza.

Anche tale motivo è manifestamente infondato.

Ed infatti con la predetta clausola integrativa *«si precisa che la stessa è prestata ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 93 del D.LGS. 18 aprile 2016, n. 50 e successive modifiche ed integrazioni. I riferimenti di cui al D.LGS n. 163/2006 e successive modificazioni e integrazioni si intendono riferiti alle omologhe disposizioni dettate dal D.LGS n. 50/2016 e succ. modd. e le eventuali disposizioni in contrasto devono ritenersi prive di effetto alcuno»*.

Anche in questo caso risulta frutto di una lettura non corretta la tesi secondo cui il rinvio al nuovo codice dei contratti pubblici sarebbe limitato alle disposizioni omologhe e non anche a quelle ulteriori contenute peraltro nell'ambito della disciplina omologa; e sotto tale profilo non vi è dubbio della corrispondenza tra l'art. 75, comma 6, del d.lgs. n. 163 del 2006 e l'art. 93, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016.

4. - Il quarto motivo di appello deduce, in via subordinata, l'illegittimità dell'art. 8 del bando di gara nella misura in cui non enuclea i punteggi minimi per ciascun sottocriterio in relazione al criterio di valutazione n. 2 (inerente l'offerta tecnica) della "progettualità complessiva dell'intera area del Parco Brigata Regina", aggiungendo come neanche la Commissione giudicatrice abbia colmato tale lacuna, il tutto in asserita violazione dell'art. 95, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Il motivo è infondato.

Il bando di gara, con riferimento al criterio di valutazione in esame, diversamente che per la "professionalità e adeguatezza dell'offerta", ha indicato il punteggio

massimo (pari a 55) ed i sottocriteri, ma non anche i sub-punteggi, specificando che *«per quanto riguarda il criterio di valutazione i criteri motivazionali prevedono che sarà considerata migliore quell'offerta che illustrerà in modo più preciso, più convincente e più esaustivo le modalità di esecuzione della concessione in riferimento ai seguenti criteri [...]»*, perseguendo l'obiettivo di procedere ad una valutazione complessiva.

Si tratta di una scelta non illegittima, in quanto l'art. 95, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 dispone che *«per ciascun criterio di valutazione prescelto possono essere previsti, ove necessario, sub-criteri e sub-pesi o sub-punteggi»*, ciò significando che tale previsione è meramente eventuale ed espressione dell'ampia discrezionalità attribuita alla stazione appaltante nel perseguimento dell'interesse pubblico (Cons. Stato, V, 14 novembre 2017, n. 5245).

Da tale scelta può conseguire solamente la necessità che le valutazioni della Commissione giudicatrice siano supportate da congrua motivazione; risulta al riguardo dal verbale n. 3 in data 13 novembre 2017 che a tale onere la Commissione abbia adempiuto.

5. - Conseguo da quanto esposto che l'appello, con l'unita domanda di risarcimento del danno per mancata aggiudicazione (sia in forma specifica che per equivalente), e previa declaratoria di inefficacia del contratto stipulato in data 28 giugno 2018, deve essere respinto in quanto infondato.

La complessità delle questioni interpretative integra i motivi prescritti dalla legge per compensare tra tutte le parti le spese di giudizio.

Tanto meno sussistono i presupposti per la condanna dell'appellante per lite temeraria, ove in tali termini vadano intese le conclusioni svolte dal raggruppamento Golf Experience, non ravvisandosi gli estremi della consapevolezza della palese infondatezza della domanda proposta e delle tesi sostenute a suo supporto.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 settembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Stefano Fantini

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO