

La mancata indicazione della terna dei subappaltatori consente l'attivazione del soccorso istruttorio cd. oneroso.

di Jacopo Recla

Data di pubblicazione: 6-2-2017

1. La mancata indicazione in sede di offerta della terna dei subappaltatori non comporta l'esclusione del concorrente, bensì l'attivazione del soccorso istruttorio cd. oneroso in quanto si tratta di irregolarità di natura formale ed emendabile relativa ad una dichiarazione che avrebbe dovuto essere inserita nella documentazione amministrativa.

2. In termini generali, il voto complessivo finale è sufficiente a documentare anche gli apprezzamenti individuali dei commissari, ma tale principio non si applica qualora vi sia una diversa previsione della disciplina di gara che richieda l'esplicitazione dei punteggi individualmente attribuiti da ciascun commissario (1).

(1) In senso conforme Consiglio di Stato, sez. V, 8/9/2015, n. 4209.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 959 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da: Markas S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale capogruppo mandataria del RTI con Gemeaz Elixir Spa, rappresentata e difesa dagli avvocati Alberto Salvadori, Pietro Adami, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.to Alberto Salvadori in Brescia, Via XX Settembre, 8;

contro

Centrale Unica di Committenza della Valle Trompia, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Domenico Bezzi, con domicilio eletto presso il suo studio in Brescia, Via Diaz, 13/C;

Comune di Villa Carcina, Comune di Concesio, in persona dei legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi dall'avvocato Mauro Ballerini, con domicilio eletto presso il suo studio in Brescia, Viale Stazione, 37;

nei confronti di

Sarca Catering Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Innocenzo Gorlani, Mario Gorlani, con domicilio eletto presso il loro studio in Brescia, Via Romanino, 16;

per l'annullamento

- DELLA DETERMINAZIONE DELLA CENTRALE UNICA DI COMMITTENZA DELLA COMUNITA' MONTANA DI VALLE TROMPIA IN DATA 27/7/2016 N. 214, RECANTE L'AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA ALLA CONTROINTERESSATA DELLA GARA D'APPALTO TRIENNALE (CON FACOLTA' DI RINNOVO) PER LA GESTIONE DEI SERVIZI DI RISTORAZIONE;

- DEI PROVVEDIMENTI DI AFFIDAMENTO DEFINITIVO ADOTTATI DAI COMUNI DI VILLA CARCINA E CONCESIO;

- DI OGNI ALTRO ATTO CONNESSO, PRESUPPOSTO E CONSEGUENZIALE, IN PARTICOLARE DEI VERBALI CON I QUALI L'OFFERTA VINCITRICE E' STATA DICHIARATA AMMISSIBILE E CONGRUA;

e per la dichiarazione di inefficacia

- DEL CONTRATTO EVENTUALMENTE STIPULATO.

e, in via subordinata, per l'annullamento

- DI TUTTI GLI ATTI DELLA PROCEDURA;

e, in via ulteriormente subordinata, per la condanna

- AL RISARCIMENTO DEL DANNO PER EQUIVALENTE.

e per l'esercizio del diritto di accesso

- A TUTTA LA DOCUMENTAZIONE ESIBITA IN SEDE DI GARA DA SARCA CATERING Srl.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Centrale Unica di Committenza della Valle Trompia, dei

Comuni di Villa Carcina e Concesio e di Sarca Catering Srl;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2016 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente ha partecipato alla gara per l'affidamento dei servizi di ristorazione nei Comuni di Villa Carcina e Concesio, indetta dalla Centrale unica di committenza (di seguito, CUC) della Comunità Montana della Valle Trompia per il periodo 1/9/2016 – 31/8/2019 (con possibilità di proroga fino al 31/8/2022), per un importo contrattuale fissato in € 7.363.699,20 per l'intero periodo sessennale, inclusi gli oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso (pari a 29.100 €).

Al termine della procedura competitiva, governata dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la controinteressata è stata individuata come aggiudicataria con 86,295 punti (47 per il progetto tecnico e 39,295 per l'offerta economica), mentre l'odierna ricorrente si è collocata al secondo posto con 85,73 (46 + 39,73) davanti a Cir Food (terza classificata con 82).

Riferisce l'esponente in punto di fatto che il bando di gara, con riferimento al subappalto (art. 8) prevedeva espressamente che *“qualora l'impresa intenda, in caso di aggiudicazione, affidare in subappalto parte delle prestazioni oggetto della gara ai sensi dell'art. 105 del D. Lgs. 50/2016, deve dichiarare all'interno del D.G.U.E (parte II, lettera D) l'indicazione delle parti delle prestazioni che intendono subappaltare, tenendo conto che la percentuale complessiva subappaltabile non può essere superiore al limite del 30% dell'importo del contratto ai sensi del comma 5 dell'art. 105 del D. Lgs. 50/2016”*.

Lamenta parte ricorrente l'atteggiamento ostruzionistico della stazione appaltante, che ha precluso l'accesso all'offerta tecnica della vincitrice e alle giustificazioni sulla sua congruità economica.

Con l'introdotta gravame, ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione, la ricorrente impugna gli atti di gara in epigrafe, deducendo le seguenti censure in diritto:

SULL'ILLEGITTIMA AGGIUDICAZIONE ALLA CONTROINTERESSATA

a) Violazione dell'art. 8 del bando e dell'art. 105 del D. Lgs. 50/2016 che prescrivono l'indicazione della terna dei subappaltatori, in difetto della quale la concorrente deve essere esclusa dalla gara;

IN VIA SUBORDINATA, SULLA CADUCAZIONE DELL'INTERA PROCEDURA DI GARA

b) Eccesso di potere per illogicità manifesta, difetto di trasparenza e disparità di trattamento, dato che, ai sensi del punto 4 del bando, i tre Commissari avrebbero dovuto esprimere ciascuno il proprio voto e poi calcolare la media, mentre in realtà, dopo la discussione, hanno attribuito un unico punteggio concordato, con alterazione dei risultati di gara e inibizione della libera opinione dei singoli membri;

DOMANDA EX ART. 116 CPA

c) Violazione dei principi in materia di accesso, per omesso rilascio della documentazione relativa all'offerta tecnica e alle giustificazioni dell'aggiudicataria, per cui l'esponente chiede l'ostensione di tutti i documenti di gara, riservandosi di formulare motivi aggiunti.

L'ATI ricorrente chiede in via principale la tutela in forma specifica, mediante il conseguimento dell'aggiudicazione a proprio favore. In via subordinata, formula istanza di risarcimento del danno per equivalente.

Si sono costituite in giudizio le amministrazioni intimata e la controinteressata, chiedendo la reiezione del gravame nel merito e (sul secondo motivo) la sua inammissibilità per mancato superamento della prova di resistenza.

Con motivi aggiunti depositati il 7/10/2016, parte ricorrente impugna gli atti di gara, con particolare riferimento al progetto tecnico e alla valutazione della Commissione. Deduce in particolare i seguenti profili di censura:

d) Violazione dell'art. 83 del D. Lgs. 163/2006, eccesso di potere per travisamento dei fatti, illogicità manifesta, disparità di trattamento, contraddittorietà, inosservanza dei principi di ragionevolezza, logicità e proporzionalità: il metodo di lavoro adottato dalla Commissione, che ha operato "a oltranza" in unica seduta – limitando il tempo e l'attenzione dedicata all'esame dei progetti – ha dato risultati negativi; sulla voce "*organico del personale operativo nei Centri Cottura serventi l'appalto e nei plessi di distribuzione nonché organico del personale addetto al trasporto e consegna dei pasti ...*", la *lex specialis* prevedeva l'attribuzione di 4 punti per le offerte "ottimali"; 4 sono stati riconosciuti alla vincitrice e soltanto 3 alla ricorrente, malgrado quest'ultima avesse formulato una migliore offerta, garantendo un numero complessivo di ore superiore;

e) Violazione del capo 4 del disciplinare di gara, poiché la relazione doveva descrivere il progetto in un massimo di 40 facciate A4 (numerate, con testo di carattere Arial "corpo 12" interlinea singola) ma l'aggiudicataria ha utilizzato un escamotage facendo rientrare tra gli allegati diverse illustrazioni (ad esempio, per le diete speciali); identico discorso vale per gli allegati 3 e 4 di Sarca, afferenti ai "*limiti analitici di riferimento*" e ai "*parametri microbiologici*", per cui la Commissione non avrebbe dovuto valutare le produzioni non espressamente richieste.

Alla pubblica udienza del 15/12/2016 il gravame introduttivo e i motivi aggiunti sono stati

chiamati per la discussione e trattenuti in decisione.

DIRITTO

La ricorrente censura gli atti della gara per l'affidamento triennale (con facoltà di estensione per ulteriori 3 anni) dei servizi di ristorazione nei Comuni di Villa Carcina e Concesio.

0. Si premette che Markas, sia alla Camera di consiglio fissata per l'esame della domanda cautelare che in pubblica udienza, ha dichiarato di non avere più interesse alla decisione sull'istanza di accesso agli atti, grazie al soddisfacimento della propria pretesa ostensiva.

1. Con il primo motivo del ricorso introduttivo, Markas deduce la violazione dell'art. 8 del bando e dell'art. 105 del D. Lgs. 50/2016 che prescrivono l'indicazione della terna dei subappaltatori, in difetto della quale la concorrente deve essere esclusa dalla gara; tra l'altro, l'art. 80 del Codice dei contratti impone la verifica dei requisiti di ordine generale, già prevista per ogni partecipante, anche nei confronti del subappaltatore nei casi in cui l'enunciazione della terna è obbligatoria (per tutti gli appalti sopra soglia e, in forza dell'auto-vincolo della stazione appaltante, anche per quelli sotto-soglia); nel nuovo sistema, la terna concorre a qualificare gli aspiranti aggiudicatari, e ciò avvicina il subappalto all'ATI, con immodificabilità "relativa" della compagine e dell'offerta: detto elemento non è irrilevante, poiché diversamente non è possibile conoscere se l'offerta sia tecnicamente e praticamente sostenibile dal concorrente anche senza il subappalto.

La doglianza non è meritevole di positivo apprezzamento.

1.1 E' incontrovertito che l'impresa vincitrice, pur dichiarando l'intenzione di subappaltare una quota percentuale della commessa (pari al 30%), ha ommesso di indicare la terna di subappaltatori richiesta dal paragrafo 8 del bando di gara in conformità all'art. 105 comma 6 del Codice dei contratti. In punto di fatto, con nota del 18/7/2016 la stazione appaltante, dopo aver riscontrato l'omissione, ha invitato la ditta a fornire, a pena di esclusione, l'elenco dei tre subappaltatori. La sollecitazione è stata tempestivamente riscontrata da Sarca Catering, la quale ha trasmesso i tre nominativi e la relativa documentazione DGUE, che l'amministrazione precedente ha valutato positivamente, con conseguente ammissione della controinteressata alle fasi successive della gara.

1.2 L'interrogativo che si pone investe la legittimità dell'attivazione del cd. "soccorso istruttorio", istituto del quale si è avvalsa la stazione appaltante. Il Collegio ritiene di rispondere affermativamente al quesito, potendosi qualificare l'irregolarità come essenziale e purtuttavia sanabile.

1.3 In passato (nel vigore del previgente Codice dei contratti) l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (AVCP e, in seguito, ANAC) ha ripetutamente affermato il principio dell'obbligatorietà della sola indicazione delle lavorazioni che si intendono affidare in subappalto e contestualmente escluso la cogenza dell'indicazione nominativa del subappaltatore: si possono citare, al riguardo, la determinazione ANAC n. 1 dell'8/1/2015 (paragrafo 2.3 punto 3), il parere ANAC nr. 11 del 30/1/2014 e la determinazione AVCP nr. 4

del 10/10/2012 (paragrafo 8). Ad avviso del Consiglio di Stato (Adunanza plenaria – 2/11/2015 n. 9), <<le autorità istituzionalmente provviste di competenza in ordine alla vigilanza sulla corretta amministrazione delle procedure di affidamento degli appalti pubblici hanno costantemente espresso l'avviso della doverosità della sola indicazione delle lavorazioni da subappaltare (e non anche del nome dell'impresa subappaltatrice), validando gli schemi dei bandi confezionati in coerenza a tale regola ed ingenerando, perciò, un significativo affidamento circa la legittimità del relativo *modus procedendi*>>. Ha aggiunto il Consiglio di Stato che “Le direttive in materia di appalti pubblici hanno, infatti, rimesso alla discrezionale scelta degli Stati membri o, comunque, delle stazioni appaltanti l'opzione regolatoria attinente alla doverosità dell'indicazione del nome del subappaltatore, ai fini della partecipazione alla gara, astenendosi, quindi, dall'imporre una qualsivoglia soluzione alla pertinente questione”.

1.4 Peraltro, la fattispecie controversa è regolata da un nuovo “corpus” normativo, e in particolare dall'art. 105 comma 6 del vigente Codice dei contratti (puntualmente recepito dal bando di gara) ai sensi del quale “E' obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori, qualora gli appalti di lavori, servizi o forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 e per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione. In tal caso il bando o avviso con cui si indice la gara prevedono tale obbligo. Nel bando o nell'avviso la stazione appaltante può prevedere ulteriori casi in cui è obbligatoria l'indicazione della terna anche sotto le soglie di cui all'articolo 35”. Il Consiglio di Stato, Commissione speciale – 3/11/2016 n. 2286, nel pronunciarsi sulle linee guida ANAC, ha richiamato l'art. 105 comma 6 del Codice come disposizione che impone di enucleare sin dalla gara una terna di nomi di subappaltatori – in deroga alla regola generale secondo cui tali nomi non vanno indicati nel corso della selezione, essendo sufficiente l'identificazione delle prestazioni che l'impresa intende subappaltare, con facoltà di deposito dei relativi contratti prima dell'inizio dell'esecuzione – e altresì l'art. 80 commi 1 e 5, i quali prevedono che le cause di esclusione ivi contemplate determinano l'esclusione del concorrente principale anche se riferite al subappaltatore.

1.5 Appare in proposito condivisibile la tesi per la quale l'art. 7 del bando limita l'esclusione ai soli casi di irregolarità insanabili, individuate (conformemente all'art. 83 comma 9 del D. Lgs. 50/2016) con le “carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”. La disposizione del Codice dei contratti evocata puntualizza per il resto che “In particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica, obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 euro. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere, da presentare contestualmente al documento comprovante l'avvenuto pagamento della sanzione, a pena di esclusione. La sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione. Nei casi di irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali, la stazione appaltante ne richiede comunque la regolarizzazione con la procedura di cui al periodo precedente, ma non applica alcuna

sanzione. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara ...". Il paragrafo 7 (punto 2) specifica che il soccorso istruttorio è permesso per "mancanza, incompletezza, o refusi materiali nei contenuti del D.G.U.E., tali da non consentire di accertare con esito positivo l'assolvimento di quanto richiesto dall'invito, tenuto conto dell'intera documentazione presentata dal concorrente", e (punto 3) per "irregolarità nella redazione del D.G.U.E. che non consentano alla Stazione Appaltante di individuare con chiarezza il soggetto che effettua la dichiarazione, il contenuto della dichiarazione o elemento di esso necessari ai fini dell'individuazione dei singoli requisiti che devono essere posseduti dal singolo concorrente o dai soggetti specificamente indicati dalla norma".

1.6 Posto che non è possibile chiedere integrazioni inerenti all'offerta (tecnica ed economica), la stazione appaltante ha preso atto del *deficit* di una dichiarazione che avrebbe dovuto essere inserita nella documentazione amministrativa. Correttamente, ha attivato il meccanismo del soccorso istruttorio cd. oneroso, ritenendo l'irregolarità di natura formale ed emendabile, seppur soggetta a sanzione pecuniaria. L'impostazione predetta è avvalorata dalla possibilità di sanare le lacune del contratto di avvalimento, istituto che permette di integrare i requisiti di ammissione alla gara mediante il ricorso a un operatore che assume una responsabilità verso il committente (mentre il sub-appalto è una modalità esecutiva della prestazione mediante affidamenti di parti di essa a terzi, i quali intervengono nella fase esecutiva e il soggetto responsabile è unicamente l'appaltatore). Se, dunque, sono consentite specificazioni e integrazioni sul rapporto instaurato con l'impresa ausiliaria, a maggior ragione si devono ammettere delucidazioni e chiarimenti sui soggetti subappaltatori. Detta conclusione è autonomamente sostenibile, a prescindere dall'ulteriore rilievo della controinteressata, che sarebbe in possesso (in proprio) di tutti i requisiti di capacità tecnico-professionale ed economica.

2. In via subordinata, parte ricorrente lamenta l'eccesso di potere per illogicità manifesta, difetto di trasparenza e disparità di trattamento, dato che, ai sensi del punto 4 del bando, i tre Commissari avrebbero dovuto esprimere ciascuno il proprio voto e poi calcolare la media, mentre in realtà, dopo la discussione, hanno attribuito un unico punteggio concordato, con alterazione dei risultati di gara e inibizione della libera opinione dei singoli membri; ciascun Commissario doveva esprimere ben 19 giudizi in forma numerica per ciascun concorrente, con fortissima probabilità di giungere a conclusioni non convergenti, mentre in questo modo si è registrato un indebito allineamento per 228 giudizi (19 x 4 concorrenti x 3 Commissari).

2.1 Anzitutto, il Collegio osserva che non è suscettibile di apprezzamento l'eccezione di inammissibilità sollevata dalle parti resistenti, per cui ATI Markas non supererebbe la cd. "prova di resistenza" non avendo dimostrato che la (presunta) corretta applicazione del *modus procedendi* previsto dal bando avrebbe condotto all'attribuzione di un punteggio superiore a sua favore (sufficiente a renderla aggiudicataria). L'interesse all'accoglimento del profilo deve essere infatti vagliato in rapporto all'effettività utilità che può derivare all'esponente dall'annullamento degli atti impugnati, per cui la verifica *a priori* sulla possibilità di risultare con certezza affidataria del servizio non è necessaria se (come nella specie) si coltiva l'aspirazione alla rinnovazione totale della procedura selettiva (e dunque ogni questione di tipo comparativo è superata dal "travolgimento" della graduatoria).

Nel merito, la doglianza è fondata.

2.2 Secondo il paragrafo 4 (pagina 18) del bando, *“La commissione di gara attribuirà i punteggi previsti per la valutazione dell’offerta tecnica considerando i parametri di valutazione ed i relativi criteri di attribuzione del punteggio sotto riportati. Il punteggio per ciascun parametro deriverà dalla media della valutazione espressa discrezionalmente da ciascun Commissario. La graduatoria sarà determinata sulla base della sommatoria dei punteggi conseguiti da ciascun Concorrente tra tutti i parametri sotto riportati”*. Pertanto, ogni Commissario doveva assegnare un punteggio (compreso tra 0 e un valore massimo) a ciascuna delle 18 voci oggetto di esame (sub-parametri in cui erano articolati i parametri generali), e poi insieme avrebbero eseguito il calcolo della media: il risultato finale costituiva l’attribuzione numerica associata al sub-parametro.

2.3 E’ vero che un’attività collegiale dà luogo a un inevitabile scambio di informazioni e riflessioni, per cui il naturale dialogo tra Commissari comporta che ognuno di loro conosca le opinioni degli altri e subisca una certa “influenza”. (T.A.R. Emilia Romagna, sez. I – 30/3/2015 n. 328). In questo contesto, si è riconosciuta la correttezza della procedura di attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche, nel caso di un verbale che riportava i punteggi assegnati a ciascuna concorrente, con indicazione del coefficiente espresso da ciascun Commissario in forma individuale, e successiva esibizione della media, del peso e del dato numerico finale. Questo T.A.R. ha affermato (cfr. sentenza Sezione 16/12/2015 n. 1726 confermata dal Consiglio di Stato, sez. V – 31/8/2016 n. 3743), che l’identità del voto numerico individuale (riconosciuto a ciascuna voce dai diversi Commissari) non risulta sufficiente a far presumere che la valutazione sia stata collegiale in violazione del metodo previsto dalla *lex specialis*, ben potendo l’omogeneità dipendere da una spontanea originaria coincidenza di opinioni, o realizzarsi per confronto e discussione, in presenza di un Collegio perfetto ai sensi dell’art. 84 del D. Lgs. 163/2006, nel quale i Commissari non esprimono i rispettivi giudizi in modo segreto (cfr. sentenza T.A.R. Basilicata – 8/7/2015 n. 399, che risulta appellata, e la giurisprudenza dalla stessa richiamata).

2.4 Nella specie appena esaminata, tuttavia, dal verbale di gara formato il 26/7/2016 (e riferito alla seduta del 21/7/2016), non si evince l’articolazione di un corretto percorso di attribuzione del valore ai sub-parametri qualitativi, essendo esposto il solo punteggio finale. In buona sostanza, non risulta che l’assegnazione dei punteggi sia avvenuta seguendo le regole dettate dalla *lex specialis* e, in particolare, che ciascun Commissario abbia formulato un proprio voto sui singoli elementi delle offerte e sia stata poi calcolata la media: al contrario, i documenti di gara comprovano che la prescrizione procedimentale è rimasta inosservata, laddove è stato inserito un unico dato finale senza specificare i punteggi individuali. Alla luce di quanto riportato nel verbale, i 3 membri hanno concordato un valore numerico uniforme per ciascuna voce (con un’anticipata “fusione” dei giudizi), senza esprimere ovvero dare conto del voto assegnato in autonomia, e destinato a concorrere con gli altri a determinare la “media”. In presenza della clausola del bando secondo la quale il coefficiente dell’elemento di valutazione deriva dalla media dei coefficienti che devono essere attribuiti discrezionalmente dai singoli Commissari nessuno escluso, non può valere il principio in base al quale gli apprezzamenti dei questi ultimi sono destinati ad essere assorbiti nella decisione collegiale finale costituente momento di sintesi della comparazione e composizione dei giudizi individuali (cfr. Consiglio di

Stato, sez. III – 27/4/2015 n. 2159). Anche se la giurisprudenza ha riconosciuto alla separata enunciazione dei punteggi attribuiti dai singoli Commissari valore di formalità interna relativa ai lavori della Commissione esaminatrice – i cui giudizi, ai fini della verbalizzazione e della pubblicità esterna, sono sufficientemente documentati con la sola attribuzione del voto complessivo finale (Consiglio di Stato, sez. V – 8/9/2015 n. 4209) – è evidente che si deve dissentire da tale conclusione quando è la legge di gara a imporre una puntuale esibizione dei punteggi per ogni singolo componente della Commissione, secondo un *iter* procedimentale idoneo a garantire la massima trasparenza (requisito che si accompagna all'imparzialità) dell'azione amministrativa.

2.5 Né può soccorrere la “rilettura”, per cui (cfr. verbale della Commissione) *“al termine dell'attribuzione dei punteggi saranno verificati in seconda lettura tutti gli aspetti considerati degni di un supplemento di valutazione”*. Il predetto adempimento, messo in luce dalla resistente CUC nella memoria di costituzione, non consente certamente di desumere l'attività compiuta dai Commissari singolarmente.

2.6 Infine, non assume un valore giuridicamente rilevante il brogliaccio in formato *excel* detenuto da uno dei Commissari e prodotto in atti (doc. 16 CUC), dato che la mancata allegazione al verbale ufficiale non permette di desumere la “certezza” della sua provenienza, né offre sufficienti garanzie di genuinità e attendibilità.

3. La fondatezza della seconda doglianza (di natura “caducante” dell'intera gara) preclude al Collegio di proseguire nell'esame dei motivi aggiunti, che investono la valutazione del progetto tecnico. L'accoglimento del motivo n. II “assorbe” quelli sviluppati *ex post*, che afferiscono all'attività valutativa della Commissione, che è stata già dichiarata radicalmente illegittima. Del resto, detta conclusione è la conseguenza della graduazione, ossia dell'ordine di enunciazione delle censure correlato alla differente consistenza dei propri interessi sostanziali, che vincola il giudice alla luce del principio dispositivo (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV – 18/2/2016 n. 649). Nello specifico, le censure sviluppate da ATI Markas sono graduate in modo chiaro, puntuale ed esplicito, avvalendosi di numerazione decrescente (numeri I, II, III, IV), cosicché la trattazione di questo Tribunale è avvenuta in conformità.

4. A questo punto è necessario precisare le conseguenze della caducazione degli atti afferenti alla gara in esame. Dall'accoglimento della censura deriva, per il Comune, l'obbligo di rinnovare il confronto comparativo depurato dall'illegittimità riscontrata. In proposito, pur essendo consapevole dei principi espressi dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 30/2012 (tesi a valorizzare il canone di conservazione degli atti giuridici), il Collegio osserva che il vizio accertato espone la procedura competitiva a un difetto di trasparenza, la cui conseguenza non può che essere la riedizione integrale della selezione.

5. La stazione appaltante dovrà dunque indire una nuova gara, per una durata pari a quella già fissata nella procedura selettiva oggetto del presente contenzioso. La riedizione del potere dovrà essere tempestiva, e concludersi entro il 30/4/2016 con l'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva. Il rinnovo del confronto comparativo soddisfa l'interesse perseguito dalla ricorrente con la formulazione del motivo valorizzato da questo T.A.R., con la conseguente “non spettanza” di un risarcimento ulteriore.

Le spese di lite devono essere poste a carico della stazione appaltante, mentre possono essere compensate nei confronti della controinteressata e dei due Comuni intimati.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando accoglie il ricorso introduttivo in epigrafe e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati per le ragioni di cui in motivazione e dispone la rinnovazione della procedura selettiva secondo i tempi indicati in narrativa.

Dichiara assorbiti i motivi aggiunti.

Condanna la Centrale Unica di Committenza della Valle Trompia a corrispondere alla parte ricorrente la somma di 4.000 € a titolo di compenso per la difesa tecnica, oltre a oneri di legge.

Compensa le spese nei confronti dei Comuni di Concesio e Villa Carcina e della controinteressata.

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

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria del Tribunale, che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Alessandra Farina, Presidente

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Guida alla lettura

La sentenza in commento risulta essere, a quanto consta, una delle prime pronunce ad esprimersi in ordine alla norma, di nuova introduzione, che impone l'obbligo di indicare già in sede di offerta una terna di subappaltatori cui affidare parte delle prestazioni oggetto di gara (art. 105, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016).

Nel caso affrontato dal T.A.R., il bando di gara, in coerenza con quanto previsto dall'art. 105 cit., prescriveva appunto al concorrente l'indicazione della terna di subappaltatori cui affidare

le prestazioni oggetto di gara da subappaltare. L'impresa aggiudicataria, tuttavia, ometteva di fornire i nominativi in sede di offerta e la stazione appaltante interveniva dunque - tramite il c.d. "soccorso istruttorio oneroso" - invitando il concorrente a fornire i riferimenti dei subappaltatori e imponendo il pagamento di una sanzione pecuniaria per la regolarizzazione.

Il concorrente ha adempiuto a quanto richiesto, così evitando l'esclusione dalla gara, all'esito della quale è risultato aggiudicatario. Il ricorrente, secondo classificato, ha dunque contestato l'attivazione del soccorso istruttorio, ritenendo che la stazione appaltante avrebbe dovuto, al contrario, procedere all'esclusione di quest'ultimo per omessa indicazione della terna dei subappaltatori in sede di offerta.

Senza voler ripercorrere in questa sede il dibattito (solo accennato dalla sentenza) in ordine all'innovativo contenuto del comma 6 dell'art. 105 D.Lgs. n. 50/2016, si segnala che il Collegio non ha accolto la censura sopra descritta, ritenendo che l'Amministrazione avesse correttamente attivato il meccanismo del soccorso istruttorio c.d. "oneroso", invitando l'impresa a trasmettere l'elenco dei subappaltatori previo pagamento di una sanzione pecuniaria.

Il T.A.R. ha innanzitutto precisato che la dichiarazione mancante avrebbe dovuto essere inserita nella documentazione amministrativa – non riguardando, dunque, l'offerta tecnica ed economica, rispetto alle quali non sarebbe possibile chiedere integrazioni - per concludere che la mancata indicazione dei subappaltatori è qualificabile come una *"irregolarità di natura formale ed emendabile, seppur soggetta al pagamento di una sanzione pecuniaria"*.

Indirettamente il Collegio ha dunque reputato, sia pure senza esplicitarne le specifiche ragioni, che tale fattispecie non rientra invece tra le irregolarità "non sanabili" di cui all'art. 83, comma 9, D.lgs. n. 50/2016 (*"le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa"*).

Il ragionamento del T.A.R. fa leva anche su un altro argomento, basato sul raffronto tra l'istituto del subappalto e quello dell'avvalimento.

In particolare, il Collegio osserva che, in caso di avvalimento, è permesso sanare le lacune del relativo contratto tramite specificazioni ed integrazioni vertenti sul rapporto instaurato con l'impresa ausiliaria. Orbene, se una tale possibilità è ammessa nel caso di avvalimento, in cui l'impresa ausiliaria assume una responsabilità diretta verso il committente, a maggior ragione dovrebbe poter essere consentito con riferimento ai subappaltatori, poiché nel subappalto è l'appaltatore a restare unico responsabile nei confronti della stazione appaltante.

Al proposito, si ritiene opportuno rilevare che il TAR sembra non considerare la differenza tra le omissioni relative al contenuto del contratto di avvalimento (rispetto al quale, peraltro, la giurisprudenza richiede un onere di specifica descrizione del contenuto – da ultimo si veda Consiglio di Stato, sez. IV, 2/12/2016, n. 5052) e la più radicale mancata indicazione dei possibili contraenti del contratto di subappalto.

Da ultimo, si segnala che la sentenza affronta - e accoglie - la censura formulata dal ricorrente

in via subordinata in ordine alla circostanza che i tre Commissari, invece di esprimere il proprio giudizio singolarmente - come previsto dalla *lex specialis* di gara - hanno espresso un mero giudizio globale, all'interno del quale non è in alcun modo distinguibile lo specifico punteggio attribuito da ciascun Commissario.

Al riguardo, il T.A.R. afferma che, se è vero che, in termini generali, il voto complessivo finale è sufficiente a documentare anche gli apprezzamenti individuali dei commissari (Consiglio di Stato, sez. V, 8/9/2015, n. 4209), tale principio non si applica qualora vi sia - come nel caso qui in esame - una diversa previsione della disciplina di gara che richieda l'esplicitazione dei punteggi individualmente attribuiti da ciascun commissario.