

Pubblicato il 22/10/2020

N. 06385/2020REG.PROV.COLL.
N. 00541/2020 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 541 del 2020,
proposto da

EM Service s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dagli avvocati Benedetto Ballero, Stefano Ballero e
Francesco Mascia, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Fabio
Trinca in Roma, via Portuense n. 104;

contro

Abbanoa s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dall'avvocato Antonello Rossi, con domicilio digitale come da Pec Registri
di giustizia;

nei confronti

Industria Elettromeccanica Mediterranea - I.E.M. s.r.l., in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Umberto Cossu,
con domicilio digitale come da Pec Registri di giustizia;

Acciona Agua s.a., On Technology s.r.l. e Deltapi s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituite in giudizio;

R.D.R. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Lucio Perone e Crescenzo Giuseppe Rinaldi, con domicilio digitale come da Pec Registri di giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (Sezione Prima) n. 895/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Abbanoa s.p.a., di I.E.M. s.r.l. e di R.D.R. s.r.l.;

Viste le memorie e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 settembre 2020 il Cons. Valerio Perotti e preso atto della richiesta congiunta di passaggio in decisione della causa senza discussione degli avvocati Rossi, Perone e Cossu;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determinazione dell'amministratore unico n. 360 del 5 giugno 2018, Abbanoa s.p.a. indiceva una procedura di gara aperta per l'affidamento, mediante accordo quadro, del “*Servizio di riparazione e manutenzione conservativa delle apparecchiature meccaniche, elettriche ed elettromeccaniche installate negli impianti del comparto idrico gestiti dal settore C. Distribuzione di Abbanoa s.p.a.*”.

L'appalto era articolato in 8 lotti, per un importo complessivo stimato a base di gara di euro 4.599.075,54 (Iva esclusa), di cui euro 139.075,54 relativo a oneri di sicurezza da interferenza non soggetti a ribasso.

Con la medesima determinazione Abbanoa procedeva all'approvazione del bando di gara, del disciplinare e della relativa modulistica allegata, nonché del

capitolato speciale descrittivo e prestazionale.

A parziale rettifica di detto provvedimento, la successiva determinazione dell'amministratore unico n. 408 del 28 giugno 2018 disponeva che “[...] *ciascun concorrente può partecipare a più lotti, ma risultare aggiudicatario fino ad un massimo di 4 lotti [...]*”.

Per quanto previsto dalla *lex specialis*, l'appalto doveva aggiudicarsi, lotto per lotto, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità / prezzo, ai sensi dell'art. 95, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 ed in accordo con le Linee guida ANAC n. 2, pubblicate con delibera n. 1005 del 21 settembre 2016.

Nelle more del procedimento sul sito istituzionale di Abbanoa venivano pubblicate le risposte ai quesiti formulati dagli operatori economici, progressivamente aggiornati al 23 agosto 2018, 28 agosto 2018, 3 settembre 2018, 13 settembre 2018 e 19 settembre 2018.

Alla gara partecipavano infine sei concorrenti:

- 1) Rti costituendo tra EM Service s.r.l., KSB e Specialtrasfo (per i lotti 1, 2, 3, 4, 5, 7 ed 8);
- 2) IEM s.r.l. (per i lotti 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7);
- 3) Rti costituendo tra Acciona Agua s.a., On Technology s.r.l. e R.D.R. s.r.l. (per i lotti 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 ed 8);
- 4) Deltapi s.r.l. (per i lotti 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7);
- 5) SA.EL Sarda Elettromeccanica (per i lotti 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7);
- 6) Termomeccanica Energia s.r.l. (per i lotti 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7).

Con verbale n. 14 del 21 dicembre 2018 la Commissione dava lettura dei punteggi attribuiti, dichiarando l'ammissione alla successiva fase di tutti i concorrenti per i lotti 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 e l'esclusione di EM Service per il lotto 8, causa mancato superamento della soglia di sbarramento.

Successivamente (come da verbale n. 15 del 9 gennaio 2019) la Commissione di gara attribuiva i punteggi alle offerte economiche, determinava la graduatoria provvisoria e riscontrava l'anomalia delle offerte presentate da:

- 1) Rti costituendo Acciona Agua s.a. / On Technology s.r.l. / RDR s.r.l. per il lotto 8;
- 2) IEM s.r.l. (per i lotti 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7);
- 3) SA.EL Sarda Elettromeccanica (per i lotti 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7);
- 4) Deltapi s.r.l. (per i lotti 2, 3, 4, 5, 6 e 7).

Con verbale di gara n. 17 del 5 febbraio 2019 e n. 18 del 15 febbraio 2019, la Commissione di gara, analizzate le giustificazioni prodotte dai concorrenti, ne dichiarava la congruità.

Nella graduatoria provvisoria approvata con verbale di gara n. 23 dell'11 marzo 2019, Deltapi risultava seconda classificata in tutti i sette lotti cui aveva partecipato, alle spalle della prima classificata IEM.

Senonché nella successiva seduta pubblica (verbale n. 25 del 15 marzo 2019) la Commissione di gara riteneva di dover aggiornare i propri lavori per valutare il contenuto di una pec inviata dal Rti composto da RDR s.r.l., On Technology s.r.l. ed Acciona Agua s.a., pervenuta il 12 marzo 2019 ed avente ad oggetto "*Richiesta di revisione criterio di assegnazione punteggio al sub C2*".

All'esito dell'approfondimento istruttorio la Commissione procedeva al ricalcolo del punteggio ed alla compilazione di una diversa graduatoria provvisoria.

Con verbale n. 27 del 29-30 aprile 2019, la Commissione dichiarava congrue le giustificazioni presentata dal Rti RDR / Acciona Agua / On Technology e, in applicazione del divieto previsto dalla *lex specialis* di affidare allo stesso concorrente più di quattro lotti, con verbale n. 28 del 30 maggio 2019 proponeva la seguente aggiudicazione:

- i lotti 1, 3, 5, 7 (di maggior valore) al costituendo Rti RDR;
- i lotti 2, 4, 6 alla società IEM.

Con determinazione del direttore generale di Abbanoa n. 312 del 28 giugno 2019 veniva quindi approvata la suddetta proposta di aggiudicazione.

Con ricorso al Tribunale amministrativo della Sardegna il Rti IEM Service, classificatosi al quarto posto nella graduatoria relativa ai lotti 1, 2, 3, 4 e 5, ed al quinto posto per il lotto n. 7, lamentava l'illegittimità dei richiamati provvedimenti amministrativi alla luce dei seguenti motivi di impugnazione:

1) *Violazione ed illegittima applicazione dell'art. 23 e 24 del Disciplinare di gara - Violazione e illegittima applicazione dell'art. 80 commi 3, 5 lett. c) e comma 5 lett. f bis), e dell'art. 85 D. Lgs.*

50/2016 - Violazione ed illegittima applicazione delle Linee Guida Anac n. 6/2016.

La società IEM avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non aver comunicato che nei confronti del precedente amministratore unico era stata pronunciata, in data 16 marzo 2018, una sentenza penale in primo grado di condanna ad 1 anno e 10 mesi per il reato di corruzione.

2) *Violazione ed illegittima applicazione dell'art. 16 del Disciplinare di gara - Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione.*

L'offerta economica del Rti RDR avrebbe contenuto soltanto sei listini sui 108 richiesti e non presentava alcuna specifica certificazione o dichiarazione certificata del costruttore, attestante l'assenza di listino pubblico, sicché avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per la violazione dell'art. 16 del Disciplinare, oltre che per difetto di un elemento essenziale dell'offerta economica.

3) *Violazione e/o errata applicazione dell'art. 97 D. Lgs. n. 50/2016 - Violazione dell'art.16 del Disciplinare di gara - Eccesso di potere per erroneità dei presupposti, travisamento dei fatti, contraddittorietà, illogicità manifeste, difetto di istruttoria.*

La stazione appaltante, dopo aver esaminato le giustificazioni presentate da IEM e dal Rti RDR a sostegno della regolarità dell'offerta presentata, avrebbe acriticamente ritenuto le loro offerte congrue, in spregio alla normativa che disciplina il procedimento di verifica.

4) *Violazione dell'art. 97 della Costituzione - Violazione e illegittima applicazione dell'art. 95 D.Lgs. 50/2016 - Violazione e illegittima applicazione del Disciplinare di gara - Eccesso di potere per carenza e/o contraddittorietà della motivazione - Eccesso di potere per macroscopica illogicità, irragionevolezza e arbitrarietà.*

L'assegnazione dei punteggi effettuata dalla Commissione di gara alle offerte tecniche dei partecipanti, in pregiudizio della ricorrente, sarebbe stata errata e contraddittoria.

5) *Violazione ed illegittima applicazione dell'art. 97 Cost. - Violazione ed illegittima applicazione del Disciplinare di gara; Violazione e illegittima applicazione dell'art. 95 D.Lgs. n. 50/2016 - Violazione ed illegittima applicazione del principio di immutabilità da parte della Commissione di gara dei criteri di valutazione delle offerte e/o di assegnazione dei punteggi – Eccesso di potere per contraddittorietà dei provvedimenti.*

Quanto sopra in relazione alla modifica dei criteri di assegnazione del punteggio relativo al *sub*-criterio C2.

Deduceva infine, in via subordinata, i seguenti motivi di gravame:

6) *Violazione ed illegittima applicazione del Bando/Disciplinare di gara; Violazione e illegittima applicazione dell'art. 31, 77 e 97 D.Lgs. 50/2016 - Violazione ed illegittima applicazione delle Linee Guida Anac n. 3/2016 – Incompetenza.*

7) *Violazione e illegittima applicazione dell'art. 77, comma 4, e 216 D.Lgs. n. 50/2016 - Violazione ed illegittima applicazione del "Regolamento Commissioni giudicatrici e seggi di gara per l'aggiudicazione dei contratti pubblici" approvato da Abbanoa - Violazione e falsa applicazione delle Linee Guida Anac n. 5/2016 - Eccesso di potere per difetto di motivazione, irragionevolezza, illogicità e contraddittorietà dell'atto.*

8) *Violazione e illegittima applicazione dell'art. 95 D. Lgs. 50/2016 - Violazione e falsa applicazione delle Linee Guida Anac n. 5/2016 - Violazione del divieto di commistione tra i criteri soggettivi di qualificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta.*

Si costituivano in giudizio Abbanoa, il Rti RDR e I.E.M., eccependo in primo luogo l'inammissibilità del ricorso per violazione dei limiti consentiti per la

proposizione di un ricorso c.d. cumulativo e, comunque, contestando la fondatezza delle pretese di EM Service.

Con sentenza 17 dicembre 2019, n. 895, il giudice adito respingeva il ricorso.

Avverso tale decisione EM Service s.r.l. interponeva appello, riproponendo parte dei motivi di ricorso di primo grado e rinunciandone altri.

DIRITTO

A) Per i lotti 2, 4 e 6, con il primo motivo di ricorso (*“Violazione ed illegittima applicazione dell'art. 23 e 24 del Disciplinare di gara; Violazione e illegittima applicazione dell'art. 80 commi 3, 5 lett. c) e comma 5 lett. f bis), e dell'art. 85 D.Lgs. 50/2016 - Violazione ed illegittima applicazione delle Linee Guida Anac n. 6/2016”*) si sosteneva che IEM avrebbe dovuto essere esclusa dalla competizione in quanto priva dei requisiti di moralità di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016.

B) Per i lotti 1, 3, 5 e 7, con il secondo motivo di ricorso (*“Violazione ed illegittima applicazione dell'art. 16 del Disciplinare di gara – Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione”*) si lamentava la pretesa violazione dell'art. 16 del Disciplinare di gara per non avere il diverso Rti RDR allegato all'offerta economica tutti i listini richiesti, senza peraltro fornire la dichiarazione del costruttore attestante l'assenza di listino pubblico.

C) Per i lotti 2, 4, e 6, con il terzo motivo di ricorso (*“Violazione e/o errata applicazione dell'art. 97 D.Lgs. 50/2016 - Violazione dell'art. 16 del Disciplinare di gara - Eccesso di potere per erroneità dei presupposti, travisamento dei fatti, contraddittorietà, illogicità manifeste, difetto di istruttoria”*) veniva contestata la presunta violazione dell'art. 97 del d.lgs. n. 50 del 2016 per avere Abbanoa illegittimamente ritenuto congrua l'offerta presentata da IEM, nonostante in sede di giustificazioni non fossero state fornite adeguate spiegazioni circa la congruità del ribasso offerto e la carenza di indicazione dei listini. In particolare, IEM avrebbe omesso di presentare giustificazioni in merito *“ad un ribasso eccessivo su circa 33 listini delle case costruttrici”*.

D) Per i lotti 1, 3, 5 e 7, sempre con il terzo motivo di ricorso veniva altresì dedotta la violazione dell'art. 97 del d.lgs. n. 50 del 2016, per avere Abbanoa illegittimamente ritenuto congrua l'offerta presentata dal Rti RDR, nonostante questi si fosse limitato a giustificare *“soltanto lo sconto offerto su 12 listini, omettendo invece di dimostrare la congruità del suo ribasso rispetto ai restanti 96 listini”*.

E) Con il quarto motivo di gravame (*“Violazione Dell'art. 97 della Costituzione; Violazione e illegittima applicazione dell'art. 95 D.Lgs. 50/2016; Violazione e illegittima applicazione del Disciplinare di gara; Eccesso di potere per carenza e/o contraddittorietà della motivazione; Eccesso di potere per macroscopica illogicità, irragionevolezza e arbitrarietà”*) veniva invece contestata, complessivamente, la presunta incongrua valutazione delle offerte tecniche delle altre partecipanti, da cui sarebbe scaturito un pregiudizio con per la ricorrente in termini di posizionamento nella graduatoria finale.

F) Con il quinto motivo di ricorso (*“Violazione ed illegittima applicazione dell'art. 97 Cost. - Violazione ed illegittima applicazione del Disciplinare di gara; Violazione e illegittima applicazione dell'art. 95 D.Lgs. 50/2016 - Violazione ed illegittima applicazione del principio di immodificabilità da parte della Commissione di gara dei criteri di valutazione delle offerte e/o di assegnazione dei punteggi - Eccesso di potere per contraddittorietà dei provvedimenti”*) per i lotti 1, 3, 5 e 7 aggiudicati al Rti RDR si deduceva la presunta violazione del riparto di competenze nell'ambito dell'attività di verifica di congruità delle offerte (nella specie, veniva contestata alla Commissione di gara l'individuazione di nuovi criteri di valutazione, non previsti dalla *lex specialis*, da utilizzare con riferimento al *sub-criterio C2*). In subordine (*“Violazione ed illegittima applicazione del Bando/Disciplinare di gara; Violazione e illegittima applicazione dell'art. 31, 77 e 97 D.Lgs. 50/2016 - Violazione ed illegittima applicazione delle Linee Guida Anac n. 3/2016 – Incompetenza”*) si eccepeva genericamente che la Commissione, anziché svolgere un'attività di supporto al Rup, avesse

direttamente gestito il subprocedimento della valutazione dell'anomalia dell'offerta, in sostituzione di quest'ultimo.

G) Con il sesto motivo di impugnazione (*“Violazione e illegittima applicazione dell'art. 77 comma 4 e 216 D.Lgs. 50/2016 - Violazione ed illegittima applicazione del "Regolamento Commissioni giudicatrici e seggi di gara per l'aggiudicazione dei contratti pubblici" approvato da Abbanoa spa - Violazione e falsa applicazione delle Linee Guida Anac n. 5/2016 - Eccesso di potere per difetto di motivazione, irragionevolezza, illogicità e contraddittorietà dell'atto”*) veniva rappresentata la presunta inidoneità dei componenti della Commissione di gara allo svolgimento del compito demandato.

H) Infine, con il settimo motivo di ricorso (*“Violazione e illegittima applicazione dell'art. 95 D.Lgs. 50/2016 - Violazione e falsa applicazione delle Linee Guida Anac n. 5/2016 - Violazione del divieto di commistione tra i criteri soggettivi di qualificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta”*) si deduceva che la stazione appaltante avesse attribuito i 30 punti del criterio A (*“Capacità professionali”*) in virtù delle caratteristiche soggettive dei concorrenti e non in base alla qualità dell'offerta.

Così sintetizzati i motivi di impugnazione riproposti in appello, deve premettersi che in base all'art. 120, comma 11-*bis*, cod. proc. amm., nel caso di procedure contraddistinte dalla presentazione di *«offerte per più lotti l'impugnazione si propone con ricorso cumulativo solo se vengono dedotti identici motivi di ricorso avverso lo stesso atto»*.

Secondo la giurisprudenza formatasi sulla disposizione ora menzionata (da ultimo: Cons. Stato, III, 3 luglio 2019, n. 4569), quest'ultima esprimerebbe la riaffermazione nella materia degli appalti pubblici della regola secondo cui il ricorso cumulativo costituisce l'eccezione e, pur non essendo precluso in astratto, esso ha comunque carattere eccezionale, che si giustifica se ricorre una connessione oggettiva tra gli atti impugnati.

Nel caso specifico la connessione deve essere data dall'identità dei motivi di ricorso, per cui essi devono essere comuni a tutti i lotti di gara impugnati. In altri termini, nelle ipotesi in cui siano impugnate le diverse aggiudicazioni di distinti

lotti di una procedura selettiva originata da un unico bando, l'ammissibilità del ricorso cumulativo resta subordinata all'articolazione, nel gravame, di censure idonee ad inficiare segmenti procedurali comuni (ad esempio il bando, il disciplinare di gara, la composizione della Commissione giudicatrice, la determinazione di criteri di valutazione delle offerte tecniche ecc.) alle differenti e successive fasi di scelta delle imprese affidatarie dei diversi lotti e, quindi, a caducare le pertinenti aggiudicazioni. In questa situazione, infatti, si verifica una identità di *causa petendi* e una articolazione del *petitum* che, tuttavia, risulta giustificata dalla riferibilità delle diverse domande di annullamento alle medesime ragioni fondanti la pretesa demolitoria che, a sua volta, ne legittima la trattazione congiunta (cfr. in questo senso: Cons. Stato, V, 13 giugno 2016 n. 2543).

Ancor più di recente si è rilevato che il ricorso cumulativo è ammissibile a condizione che ricorrano congiuntamente i requisiti della identità di situazioni sostanziali e processuali, che le domande siano identiche nell'oggetto e che gli atti impugnati abbiano lo stesso contenuto e che identiche siano altresì le censure, di talché anche nel caso di una gara unitaria suddivisa in più lotti ciò potrà ammettersi solo laddove vi sia articolazione, nel gravame, di censure idonee ad inficiare segmenti procedurali comuni (ad esempio il bando, il disciplinare di gara, la composizione della Commissione giudicatrice, la determinazione di criteri di valutazione delle offerte tecniche ecc.) alle differenti e successive fasi di scelta delle imprese affidatarie dei diversi lotti e, quindi, a caducare le pertinenti aggiudicazioni (Cons. Stato, V, 17 giugno 2019 n. 4096).

I principi rassegnati sono in stretta dipendenza con quanto affermato dall'Adunanza plenaria con la sentenza n. 5 del 27 aprile 2015, in cui si è avuto modo di stabilire i rigidi confini in cui si può essere proposto un ricorso cumulativo, ossia che la regola generale del processo amministrativo risiede nel principio secondo cui il ricorso abbia ad oggetto un solo provvedimento e che i motivi siano correlati strettamente a quest'ultimo, con la sola eccezione che tra

nel caso di più atti impugnati – e va da intendersi che nella nozione di atti impugnati vi sia le già richiamate plurime determinazioni provvedimenti in senso sostanziale - sempre che nell'impugnazione sussista una connessione procedimentale o funzionale da accertarsi in modo rigoroso onde evitare la confusione di controversie con conseguente aggravio dei tempi del processo, ovvero l'abuso dello strumento processuale per eludere le disposizioni fiscali in materia di contributo unificato.

Nel caso di specie, come si è avuto modo di osservare nella lettura delle censure così come riproposte, non vi è nei motivi dedotti un minimo comune denominatore. Essi sono invece diretti a contestare le aggiudicazioni dei diversi lotti per ragioni eterogenee, ciascuna implicante un accertamento autonomo, non in grado di ripercuotersi automaticamente sugli altri lotti.

Dunque, come si può vedere, l'impugnativa è latamente al di fuori degli stretti binari in cui può muoversi, nel processo amministrativo, il ricorso cumulativo e non si rinvergono spazi oltre il rigetto.

Alla luce di quanto precede va pertanto dichiarata l'inammissibilità del ricorso introduttivo, come eccepito dalle parti appellate, cui consegue l'inammissibilità dell'appello, assorbente di ogni altra questione di merito proposta dalle parti in giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, in accoglimento dell'eccezione formulata in primo grado dalle parti resistenti e dalle stesse ritualmente riproposta in appello, dichiara inammissibile il ricorso di primo grado e per l'effetto inammissibile l'appello.

Compensa tra le parti le spese di lite del grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 settembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Raffaele Prosperi, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

L'ESTENSORE

Valerio Perotti

IL PRESIDENTE

Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO