Pubblicato il 18/11/2020

N. 01081/2020 REG.PROV.COLL.

N. 00318/2019 REG.RIC.

N. 00738/2019 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 318 del 2019, proposto da
Brodogradevna Industrija Split D.D., rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Pavanini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Venezia, Dorsoduro, 3488/U;

contro

Consorzio Venezia Nuova, in Amministrazione Straordinaria *ex* art. 32 del decreto legge n. 90 del 2014, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Teresa Della Vittoria Scarpati e Antonio D'Agostino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luca Schiavon in Venezia - Mestre, Via Ospedale n. 39;

nei confronti

Cimolai s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Pierluigi Piselli, Alessandro Bonanni e Daniele Bracci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

sul ricorso numero di registro generale 738 del 2019, proposto da
Brodogradevna Industrija Split D.D., rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Pavanini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Venezia, Dorsoduro n. 3488/U;

contro

Consorzio Venezia Nuova, in Amministrazione Straordinaria ex art. 32 del decreto legge n. 90 del 2014, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Teresa Della Vittoria Scarpati e Antonio D'Agostino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luca Schiavon in Venezia - Mestre, Via Ospedale n. 39;

nei confronti

Cimolai s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Pierluigi Piselli, Alessandro Bonanni e Daniele Bracci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

A) quanto al ricorso n. 318 del 2019:

- del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla procedura di gara per l'affidamento di un appalto misto avente ad oggetto la manutenzione delle paratoie della Bocca di Lido Treporti (CIG: 77030387528), di cui al verbale della seduta pubblica svoltasi il 27 e 28 febbraio 2019, comunicato con nota prot. n. 2655 del 5 marzo 2019;

- del disciplinare di gara nella parte in cui chiede, a dimostrazione del requisito di capacità economico-finanziaria, un fatturato specifico minimo annuo delle prestazioni non inferiore ad una volta l'importo a base d'asta, comprensivo degli oneri di sicurezza;

- della risposta al quesito n. 2 del 28 dicembre 2018, in cui "si conferma che il fatturato minimo richiesto, pari a € 18.251.717,71 deve intendersi per ciascuno degli ultimi tre esercizi";

- di ogni altro atto ad essi antecedente, connesso, inerente e conseguente.

B) quanto al ricorso n. 738 del 2019:

- del provvedimento del Consorzio Venezia Nuova prot. n. 6551 UGA/NDO/sim del 24 maggio 2019, pubblicato in forma parziale nel sito web del Consorzio il 31 maggio 2019, recante decisione di non aggiudicazione dell'appalto avente ad oggetto la manutenzione delle paratoie della Bocca di Lido Treporti (CIG: 77030387528 gara n. 52);

- di ogni altro atto ad esso antecedente, connesso, inerente e conseguente e in particolare:

- degli atti già impugnati con il ricorso R.G. n. 318 del 2019;

- del bando per l'indizione della nuova gara (CIG: 7929438B3B gara n. 54) avente stesso oggetto (affidamento di appalto misto avente ad oggetto le manutenzioni delle paratoie della Bocca di Lido Treporti), pubblicato nella G.U.R.I. Serie Speciale n. 69 del 14 giugno 2019, nonchè del relativo disciplinare di gara e dei documenti tecnici allegati.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio Venezia Nuova;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 ottobre 2020 il dott. Stefano Mielli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 15 dicembre 2018, il Consorzio Venezia Nuova in amministrazione straordinaria ha indetto una "*procedura aperta per l'affidamento di un appalto misto (servizi e lavori con prevalenza di servizi) aventi ad oggetto la manutenzione delle paratoie della Bocca di Lido Treporti*" per l'importo complessivo massimo di € 18.251.717,71, 1 di cui € 17.371.757,81 per servizi e € 879.959,90 per lavori.

Il criterio di aggiudicazione previsto per la gara è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa ed il punteggio è così ripartito: 70 punti per l'offerta tecnica; 25 punti per l'offerta economica; 5 punti per l'offerta tempo per la riduzione di massimo 120 giorni sul termine di esecuzione dei lavori stabilito in 1263 giorni.

Sono pervenute tre offerte, rispettivamente di Cimolai s.p.a. (d'ora in poi Cimolai), di Brodogradevna Industrija Split d.d (d'ora in poi Brodosplit) e del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese tra Fincatienri s.p.a, mandataria, con Berengo s.p.a., Sirai s.r.l., Fagioli s.p.a. e Nautilus s.r.l. (d'ora in poi Fincantieri).

Cimolai e l'odierna ricorrente Brodosplit sono state escluse per la mancanza dei requisiti di capacità economico - finanziaria e tecnico - professionale in quanto prive del fatturato specifico minimo annuo richiesto riferito a ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari disponibili, con la conseguenza che la stazione appaltante ha proceduto all'apertura dell'offerta tecnica di Fincantieri, l'unica concorrente rimasta in gara, senza dare riscontro all'istanza di riammissione presentata dalla ricorrente Brodosplit in data 21 marzo 2019.

2. Il disciplinare di gara al punto C), lett. a) e b) prevede i seguenti requisiti di capacità economico finanziaria:

"*a) Fatturato globale minimo annuo riferito a ciascuno degli ultimi tre (3) esercizi finanziari disponibili, almeno pari all'importo totale a base d'asta (servizi + lavori), comprensivo degli oneri per la sicurezza…."*

"...omissis…"

b) Fatturato specifico minimo annuo delle prestazioni di servizi di manutenzione riferito a ciascuno degli ultimi n. 3 (tre) esercizi finanziari disponibili.

Il fatturato specifico minimo annuo delle prestazioni non deve essere inferiore ad una volta l'importo a base d'asta, comprensivo degli oneri di sicurezza.

Il concorrente dovrà contestualmente produrre all'interno della documentazione amministrativa un elenco di servizi di manutenzione analoghi alla prestazione di importo complessivo minimo pari al dichiarato fatturato specifico minimo annuo.

Per ciascun servizio in elenco dovrà fornirsi l'indicazione del committente, dell'oggetto, dell'importo e del periodo di esecuzione.

La comprova del requisito è fornita, ai sensi dell'art. 86, comma 4 e all. XVII parte I, del Codice dei Contratti mediante:

1) in caso di servizi prestati a favore di pubbliche amministrazioni o enti pubblici, mediante produzione dell'originale o della copia conforme dei certificati rilasciati dall'amministrazione/ente contraente, con l'indicazione dell'oggetto, dell'importo e del periodo di esecuzione.

2) in caso di servizi prestati a favore di committenti privati, mediante produzione dell'originale o copia autentica dei certificati rilasciati dal committente provato, con l'indicazione dell'oggetto, dell'importo e del periodo di esecuzione.

Ove le informazioni sui fatturati non siano disponibili, per le imprese che abbiano iniziato l'attività da meno di tre anni, i requisiti di fatturato devono essere rapportati al periodo di attività.

Ai sensi dell'art. 86 comma 4, del codice dei Contratti l'operatore economico, che per fondati motivi non è in grado di presentare le referenze richieste può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante.

Ai sensi dell'art. 83, comma 5 del Codice dei Contratti, in ragione della rilevanza e della complessità del presente appalto, il Fatturato globale e il Fatturato specifico sono richiesti con la finalità di selezionare operatori economici con una solidità economica - finanziaria ed adeguata esperienza, tale da garantire la corretta esecuzione dell'appalto".

Il provvedimento di esclusione è impugnato dalla ricorrente Brodosplit con il ricorso r.g. n. 318 del 2019, con due motivi.

Il primo motivo lamenta la violazione della Direttiva 2014/24/UE, dell'art. 83 comma 5, del D.lgs. 18 aprile 2016, 50, dei principi di concorrenza, di proporzionalità e di massima partecipazione nonché il difetto di motivazione, perché il bando richiede dei requisiti abnormi, ovvero un fatturato globale minimo pari a tre volte l'intero importo a base di gara (€ 52.115.273,43 a fronte di un importo dell'appalto di € 18.251.717,71), ed un fatturato specifico sostanzialmente di importo pari a quello globale (considerando che ben € 17.371.757,81 sono riferiti a servizi e solo € 879.959,90 ai lavori).

Tale previsione contrasta con l'art. 83, comma 5, del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il quale dispone che il fatturato minimo richiesto non può comunque superare il doppio del valore stimato dell'appalto calcolato in relazione al periodo di riferimento dello stesso, salvo in circostanze adeguatamente motivate relative ai rischi specifici connessi alla natura dei servizi e forniture, oggetto di affidamento.

Secondo la ricorrente il generico inciso secondo cui "*in ragione della rilevanza e della complessità del presente appalto, il Fatturato globale e il Fatturato specifico sono richiesti con la finalità di selezionare operatori economici con una solidità economica - finanziaria ed adeguata esperienza,*

tale da garantire la corretta esecuzione dell'appalto" non può ritenersi sufficiente a giustificare la scelta di richiedere un fatturato specifico così elevato.

Con il secondo motivo la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 83, comma 9, del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, e dell'art. 15, comma 1, della legge 12 novembre 2011, n. 183, nonché il difetto di istruttoria, perché la stazione appaltante non ha considerato che in realtà la ricorrente è in possesso dei requisiti richiesti.

Infatti ha eseguito la fornitura delle paratoie per le bocche di Malamocco, Chioggia e San Nicolò nell'ambito del progetto Mose e non ne ha indicato il relativo fatturato nella convinzione che il Consorzio Venezia Nuova fosse ben a conoscenza di ogni dettaglio in merito, per i seguenti importi: € 21.602817,60 per il 2015; € 32.722.620,26 per il 2016; € 16.779.490,50 per il 2017, i quali, sommati agli importi indicati nell'offerta pari ad € 2.685.432,00 per il 2015, € 8.762.222,00 per il 2016 ed € 9.377.054,00 per il 2017, danno un totale largamente eccedente la misura minima richiesta anche per il singolo anno.

La ricorrente Brodosplit ritiene che il Consorzio Venezia Nuova, a conoscenza di tali circostanze in quanto in possesso di tutta la documentazione tecnica e contabile, a fronte della dichiarazione a verbale immediatamente resa dal proprio rappresentante e della richiesta di riammissione in autotutela, avrebbe dovuto provvedere a mezzo del soccorso istruttorio a richiedere un chiarimento sui fatturati dichiarati.

3. Si è costituito in giudizio il Consorzio Venezia Nuova eccependo l'inammissibilità per carenza di interesse e la tardività del primo motivo di ricorso, perché ha ad oggetto l'asserita illegittimità di clausole immediatamente escludenti che dovevano essere contestate immediatamente entro 30 giorni dalla pubblicazione del bando.

Il Consorzio Venezia Nuova ha altresì eccepito l'inammissibilità per carenza di interesse dell'intero ricorso perché, anche a voler per ipotesi ritenere fondata la tesi della ricorrente, espressa nella parte in fatto del ricorso, secondo cui il parametro di riferimento per il calcolo del fatturato specifico minimo annuo deve essere riferito alla produzione media annuale che corrisponde alla somma di € 5.020.739,00 (pari ad un terzo dell'importo stimato dell'appalto), gli importi indicati nell'offerta non sarebbero comunque sufficienti ad integrare il requisito.

Nel merito il Consorzio Venezia nuova ha replicato alle censure proposte chiedendone la reiezione.

Con ordinanza n. 173 del 18 aprile 2019, è stata motivatamente respinta la domanda cautelare.

4. Successivamente il Consorzio Venezia Nuova ha escluso anche Fincantieri dalla procedura in data 10 maggio 2019 perché l'offerta tecnica presentata è priva della documentazione richiesta dalla *lex specialis*. Tale esclusione è stata impugnata dall'interessata con ricorso r.g. n. 606 del 2019.

A seguito dell'esclusione dell'offerta di Fincantieri il Consorzio Venezia Nuova con provvedimento prot. 6551 del 24 maggio 2019 ha disposto che la procedura doveva considerarsi come non aggiudicata in quanto "*l'esito complessivo della procedura, sulla base delle valutazioni operate dalla commissione di gara, attesta l'assenza di candidati idonei; la gara in questione ha ad oggetto servizi e lavori anche di natura sperimentale, con la conseguente necessità di un confronto concorrenziale pieno tra più soluzioni tecniche ed economiche per individuare l'offerta che meglio soddisfi l'interesse della stazione appaltante; anche nel caso in cui un solo concorrente fosse riammesso in gara, all'esito di un giudizio di merito innanzi al giudice amministrativo, sarebbe comunque impossibile attuare tale necessario confronto e selezionare un'offerta che consenta il*

raggiungimento del miglior rapporto di qualità/prezzo per i servizi e i lavori di natura sperimentale da eseguire; il punto VI.3 del bando di gara (ed analoga previsione contenuta nell'art. 23 del disciplinare) prevede che la stazione appaltante si riserva di non dar corso alla procedura, ovvero all'aggiudicazione, senza che ciò possa ingenerare alcun diritto nei candidati all'aggiudicazione, ovvero all'aggiudicatario".

Il Consorzio Venezia Nuova ha quindi pubblicato, in data 14 giugno 2019, un nuovo bando di gara che rivede, al ribasso, gli importi richiesti per i requisiti di capacità economico finanziaria.

5. Il provvedimento con cui è stato disposto che la prima gara doveva considerarsi come non aggiudicata ed il nuovo bando di gara sono impugnati dalla ricorrente Brodosplit con ricorso r.g. n. 738 del 2019, con due motivi.

Con il primo motivo lamenta la violazione dell'art. 95, comma 12, del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nonché del punto VI.3 del bando e dell'art. 23 del disciplinare di gara, la manifesta illogicità, il travisamento e lo sviamento perché la motivazione di non aggiudicare la gara è perplessa dato che si afferma che vi è l'assenza di candidati idonei, quando invece due degli operatori esclusi hanno proposto ricorso giurisdizionale, con la conseguenza che la loro ammissione alla procedura in realtà è *sub iudice*. Inoltre, prosegue la ricorrente, nel provvedimento si afferma che se anche un concorrente fosse riammesso alla gara, sarebbe comunque impossibile attuare il necessario confronto e selezionare un'offerta che consenta il raggiungimento del miglior rapporto qualità prezzo per i servizi e i lavori di natura sperimentale da eseguire, ma tale motivazione è illogica da un lato perché la ricorrente, che ha provveduto alla fornitura delle paratoie del Mose, è di sicuro tecnicamente in grado di realizzarne la manutenzione, dall'altro perché l'art. 23 del capitolato prevede esplicitamente la possibilità di aggiudicazione anche in caso di una sola offerta purché idonea e previa valutazione di convenienza che tuttavia non è stata neppure svolta. Sotto altro aspetto, il comportamento della stazione appaltante è contraddittorio perché afferma ora di voler preservare il principio del confronto concorrenziale, e tuttavia non ha chiuso la procedura nel momento in cui era rimasta in gara come unica concorrente Fincantieri.

Con il secondo motivo la ricorrente lamenta l'illegittimità del provvedimento che ha dichiarato non aggiudicata la prima gara e del bando di indizione della seconda gara in via derivata dall'illegittimità del provvedimento di esclusione dalla prima gara.

6. Il Consorzio Venezia Nuova eccepisce l'inammissibilità del ricorso r.g n. 738 del 2019 perché vengono impugnati cumulativamente provvedimenti tra loro del tutto autonomi (il provvedimento di dichiarazione di non aggiudicazione della prima procedura denominata gara 52, unitamente al bando di indizione relativo alla seconda procedura denominata gara 54) che hanno ad oggetto gare differenti, la prima conclusa per assenza di candidati idonei, la seconda bandita con differenti criteri di selezione ed a seguito di una diversa ponderazione di interessi.

7. Successivamente, l'odierna ricorrente Brodosplit è stata esclusa anche dalla seconda gara, la n. 54, che è stata aggiudicata a Cimolai, e non ha impugnato né il provvedimento di esclusione, né quello di aggiudicazione.

Alla luce di tali sopravvenienze il Consorzio Venezia Nuova ha eccepito l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse di entrambi i ricorsi affermando che la ricorrente non potrebbe ormai conseguire più alcuna utilità dalla decisione dei ricorsi stante il consolidamento degli effetti dei provvedimenti successivi.

In entrambi i ricorsi si è spontaneamente costituita in giudizio Cimolai chiedendo la reiezione degli stessi.

Alla pubblica udienza del 7 ottobre 2020, le cause sono state trattenute in decisione.

DIRITTO

1. Disposta la riunione dei ricorsi, soggettivamente ed oggettivamente connessi, preliminarmente devono essere esaminate le eccezioni in rito sollevate dal Consorzio Venezia Nuova.

L'eccezione di improcedibilità, riferita ad entrambi i ricorsi, perché Brodosplit non ha impugnato la propria esclusione dalla seconda gara e l'aggiudicazione in favore di Cimolai non è fondata.

Sul punto, con riguardo alla seconda gara n. 54, risulta infatti persuasiva l'argomentazione opposta da Brodosplit con cui viene sottolineata la circostanza che, con il secondo ricorso r.g. n. 738 del 2019, la ricorrente ha impugnato direttamente il bando di indizione sostenendone l'illegittimità non con riguardo a singoli atti preliminari all'aggiudicazione, come ad esempio una previsione della *lex specialis* che comporti l'esclusione di un concorrente, ma contestando in radice che la gara non avrebbe dovuto svolgersi.

Orbene, in una fattispecie come quella in esame l'eventuale annullamento del bando, alla stregua dell'annullamento di una norma generale, avrebbe effetti caducanti e non meramente vizianti rispetto ai tutti gli atti successivi in ragione del rapporto di vera e propria presupposizione e conseguenzialità immediata, diretta e necessaria, che viene a porsi tra tali atti (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 13 febbraio 2017, n. 617; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 1 febbraio 2016, n.1342; Consiglio di Stato, Sez. V, 8 novembre 2012, n. 5694), con la conseguenza che la ricorrente non era onerata ad impugnare la propria esclusione dalla seconda gara e l'aggiudicazione a Cimolai per conservare l'interesse alla definizione nel merito delle censure proposte con il secondo ricorso. Peraltro va anche evidenziato che nel caso di specie non si pone neppure un problema di integrità di contraddittorio, in quanto l'aggiudicataria Cimolai si è spontaneamente costituita in giudizio. Sulla base di queste stesse premesse va affermato che non si è determinata alcuna improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse neppure con riguardo al primo ricorso r.g. n. 318 del 2019, che ha ad oggetto la prima gara.

2. Con una seconda eccezione il Consorzio Venezia Nuova sostiene che il ricorso è inammissibile perché, anche a voler condividere le modalità di calcolo delle soglie di fatturato proposte dalla ricorrente, la stessa, tenendo conto dei contratti indicati nell'offerta, non raggiungerebbe i requisiti richiesti.

L'eccezione deve essere disattesa, in quanto le censure proposte dalla ricorrente prescindono dagli importi dei contratti che la stessa ha allegato all'offerta, e sono volte o a contestare i requisiti richiesti dalla *lex specialis*, o a pretendere che siano considerati ai fini dell'ammissione anche dei contratti ulteriori non allegati all'offerta ma conosciuti dalla stazione appaltante.

3. Con il primo motivo del ricorso r.g. n. 318 del 2019, la ricorrente Brodosplit impugna la clausola del bando che ha stabilito la necessità di un requisito di fatturato specifico minimo annuo delle prestazioni di servizi di manutenzione riferito a ciascuno degli ultimi tre esercizi non inferiore ad una volta l'importo a base d'asta.

Il Consorzio Venezia nuova eccepisce l'inammissibilità e la tardività di tale censura che avrebbe dovuto essere proposta entro il termine di trenta giorni dalla pubblicazione del bando.

L’eccezione è fondata.

Infatti è oggetto di impugnazione una clausola del bando relativa ai requisiti soggettivi che si assume essere immediatamente escludente, e come è noto nelle gare pubbliche è onere dell'interessato procedere all'immediata impugnazione della *lex specialis* che prescriva il possesso di requisiti di ammissione o di partecipazione alla gara la cui carenza determini immediatamente un effetto escludente nei suoi confronti, configurandosi il successivo atto di esclusione come meramente dichiarativo e ricognitivo di una lesione già immediatamente prodotta (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4; Consiglio di Stato, Ad. Plen, 29 gennaio 2003, n. 1).

Il primo motivo del ricorso r.g. n. 318 del 2019 è pertanto inammissibile.

4. Il secondo motivo, con il quale la ricorrente sostiene di essere in realtà in possesso dei requisiti richiesti perché in passato ha fornito le paratoie del Mose, e che la stazione appaltante avrebbe dovuto attivare il soccorso istruttorio in quanto era a conoscenza di tale circostanza perché in possesso di tutta la documentazione tecnica e contabile relativa alla fornitura (il Consorzio Venezia Nuova è il beneficiario finale delle opere nonostante l’appalto di fornitura sia stato formalmente commissionato dalla Comar s.c.r.l., affidataria dell’esecuzione degli interventi) è infondato.

Sul punto va osservato che il soccorso istruttorio è invocabile solo laddove il concorrente interessato dimostri, dando prova del possesso dei requisiti in ossequio ai principi generali in materia di riparto dell'onere probatorio ai sensi dell'art. 2697 c.c. e, in particolare, al principio di prossimità o vicinanza della prova, che ove lo stesso fosse stato attivato, l'esito della procedura sarebbe stato favorevole (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 14 gennaio 2019, n. 348; Consiglio di Stato, Sez. V, 8 giugno 2018, n. 3483; id. 10 aprile 2018, n. 2180; Consiglio di Stato, Sez. III, 2 marzo 2017, n. 975).

Nel caso in esame l’eventuale esercizio del soccorso istruttorio non avrebbe comportato un esito favorevole, perché non possono essere fatti valere come fatturati riferibili alle prestazioni relative a servizi di manutenzione richiesti dalla *lex specialis*, i fatturati relativi alla diversa tipologia di contratti di fornitura allegati dalla ricorrente.

Infatti il bando sul punto è molto restrittivo perché richiede un requisito peculiare relativo al possesso di un fatturato specifico minimo annuo riferito non in modo generico allo svolgimento di prestazioni analoghe, che potrebbe in ipotesi consentire di valutare nel merito la sussistenza o meno di una similitudine tra le prestazioni in concreto richieste nella gara in esame e quelle svolte con la fornitura, ma riferito specificatamente a “*prestazioni di servizi di manutenzione*” e richiede altresì al concorrente di produrre un elenco di tali servizi di manutenzione di importo complessivo minimo pari al fatturato specifico minimo annuo dichiarato (ovvero per una somma di € 17.371.757,81 annui, e di 52.115.273,43 nel triennio).

La stazione appaltante attraverso tale clausola si è pertanto inderogabilmente vincolata in modo chiaro ed univoco a valorizzare solamente una determinata tipologia di prestazioni compiute in esecuzione di contratti di appalto aventi ad oggetto servizi di manutenzione, giustificando tra l’altro espressamente tale previsione “*in ragione della rilevanza e della complessità del presente appalto (...) con la finalità di selezionare operatori economici con una solidità economica - finanziaria ed adeguata esperienza, tale da garantire la corretta esecuzione dell’appalto*”.

Entro la categoria delle “*prestazioni di servizi di manutenzione*” non è possibile ricondurre le prestazioni compiute in esecuzione di un appalto di fornitura in quanto, ai sensi dell’art. 3, comma 1, lett. tt), la fornitura è il contratto che ha ad oggetto “*l'acquisto, la locazione finanziaria, la*

locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti" e "*può includere, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione*".

Pertanto nella fattispecie in esame non viene in rilievo la distinzione tra "*servizi analoghi*" e "*servizi identici*", in quanto il contratto che ha ad oggetto solamente una fornitura non solo non può essere definito come "*analogo*", ma non attiene neppure alla categoria dei "*servizi*" e neppure alla prestazione manutentiva.

La correttezza di tale conclusione emerge dalla circostanza che, anche a voler per ipotesi ammettere di accedere ad una nozione talmente lata della locuzione "*prestazioni di servizi di manutenzione*" tale da consentire un raffronto da compiere in base ad una valutazione complessiva con le lavorazioni poste in essere nel corso della fornitura per individuare dal punto di vista sostanziale l'esistenza di analogie o similitudini rispetto alle attività richieste, rimarrebbe insoluto il problema della loro quantificazione in termini economici necessaria a verificare il rispetto del requisito specifico minimo richiesto dalla *lex specialis* che è riferito ad una predeterminata soglia di fatturato, non documentabile e scorporabile dal fatturato complessivo riferito all'intera fornitura che comprende i costi dei materiali utilizzati, di costruzione, di movimentazione, di trasporto e di installazione delle paratoie. Pertanto gli importi delle forniture possono confluire nel fatturato globale, ma non in quello specifico così restrittivamente individuato dal bando come riferibile alle sole "*prestazioni di servizi di manutenzione*".

Ne consegue che, stante l'impossibilità di far valere i fatturati relativi a contratti di fornitura per integrare i requisiti relativi a contratti di servizi di manutenzione, risulta corretta l'esclusione della ricorrente Brodosplit per l'assenza del requisito del fatturato specifico minimo.

Il ricorso r.g. n. 318 del 2019 deve pertanto essere respinto.

5. Con il ricorso r.g. n. 738 del 2019, è impugnato il provvedimento prot. 6551 del 24 maggio 2019, con cui la stazione appaltante ha disposto che deve considerarsi come non aggiudicata la prima gara n. 52, unitamente al bando per l'indizione della seconda gara n. 54.

Il Consorzio Venezia Nuova eccepisce l'inammissibilità del ricorso perché vengono impugnati cumulativamente provvedimenti tra loro del tutto autonomi che hanno ad oggetto gare differenti.

L'eccezione non è fondata in quanto tra il provvedimento che ha posto nel nulla la prima gara e il bando di indizione della successiva, nonostante afferiscano a procedimenti diversi, intercorre un rapporto di intima connessione che consente la proposizione di un ricorso cumulativo, in quanto le due gare sono tra loro collegate dato che la seconda è stata indetta a seguito dell'esito negativo della prima (per un caso analogo cfr. T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 12 giugno 2020, n. 113 e la giurisprudenza ivi richiamata; cfr. altresì la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 11 giugno 2020, n. 3733, che in una fattispecie analoga giunge a ravvisare una connessione tale da escludere la stessa sussistenza di una mera illegittimità derivata, configurandosi piuttosto un'automatica caducazione del bando della seconda gara in caso di accoglimento del ricorso proposto avverso il provvedimento di annullamento in autotutela di quella precedente).

5.1 Ciò premesso per quanto concerne l'ammissibilità del ricorso r.g. n. 738 del 2019, deve comunque rilevarsi l'improcedibilità del medesimo. Infatti per quanto riguarda l'impugnazione della determinazione di dichiarare non aggiudicata la prima gara n. 52, va rilevato che, una volta consolidatosi il provvedimento di esclusione della ricorrente Brodosplit da tale procedura in ragione dell'infondatezza delle censure proposte con il primo ricorso r.g. n. 318 del 2019, la stessa non ha più interesse a dolersi dell'esercizio da parte della stazione appaltante della facoltà di non

aggiudicare la gara dalla quale è stata legittimamente esclusa. Quanto all'impugnazione del bando di indizione della seconda gara n. 54, va rilevato che questa è stata impugnata dalla ricorrente Brodosplit al solo fine di conservare l'interesse all'impugnazione della propria esclusione dalla prima gara. Infatti è stata esclusa anche da questa seconda procedura e vi ha fatto acquiescenza. Quindi non ha più interesse a contestare lo svolgimento della gara successiva.

Deve pertanto essere dichiarata l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso r.g. n. 738 del 2019.

5.2 Per completezza va tuttavia soggiunto che anche nel merito il ricorso r.g. n. 738 del 2019 dovrebbe essere respinto perché i motivi proposti sono infondati.

Con il primo motivo Brodosplit lamenta l'illogicità, il travisamento e lo sviamento nonché il difetto di motivazione in relazione alla determinazione di considerare non aggiudicata la prima gara n. 52.

La doglianza non è condivisibile, perché, come noto, la facoltà della stazione appaltante, nel caso di specie espressamente richiamata dalla *lex specialis*, di non dar corso alla procedura (il punto VI.3 del bando di gara e l'art. 23 del disciplinare prevedono esplicitamente che la stazione appaltante si riserva di non dar corso alla procedura, ovvero all'aggiudicazione, senza che ciò possa ingenerare alcun diritto nei candidati all'aggiudicazione ovvero all'aggiudicatario), a cui fa riferimento anche la disposizione di cui all'art. 95, comma 12, del D.lg. 18 aprile 2016, n. 50, risiede sul generale potere di autotutela dell'Amministrazione ed ha una natura largamente discrezionale che non implica necessariamente l'accertamento della carenza assoluta dei requisiti richiesti nelle offerte o l'evidenziazione di profili di illegittimità della procedura, e può basarsi anche su valutazioni di opportunità scrutinabili in sede di legittimità solo ove manifestamente illogiche, irragionevoli, o poggianti su erronei presupposti di fatto.

Al di là del *nomen iuris* adottato dall'Amministrazione - evocativo dell'esercizio del potere di cui all'art. 95, comma 12, del Dlgs. 18 aprile 2016, n. 50, che non appare correttamente richiamato in quanto l'applicazione di tale norma implicherebbe una valutazione di convenienza o idoneità delle offerte presentate che in effetti non è stata svolta - nel caso di specie l'Amministrazione sembra aver esercitato un potere di revoca ancor prima del consolidarsi delle posizioni dei concorrenti che sono stati tutti esclusi dalla procedura, che risulta sufficientemente motivato con riferimento alle ragioni di interesse pubblico richiamate.

Infatti quando la stazione appaltante si è pronunciata, l'offerta di Brodosplit era stata esclusa ed era stata già respinta la domanda di sospensione cautelare proposta avverso l'esclusione, ed era stata altresì parimenti esclusa l'offerta di Fincantieri, ultima rimasta in gara.

In tale contesto la decisione di non dare ulteriore corso alla procedura risulta pertanto congruamente motivata con il riferimento all'esito complessivo della procedura che ha attestato, seppure non in via definitiva, l'assenza di concorrenti idonei, ed al carattere obiettivamente sperimentale dei servizi oggetto della gara dovuto all'unicità delle opere su cui intervenire (il Mose, acronimo di Modulo Sperimentale Elettromeccanico, è un sistema che per le sue caratteristiche non ha né precedenti né analogie con altre costruzioni che svolgono le stesse funzioni nel mondo) e delle attività da eseguire (la manutenzione delle paratoie metalliche sul fondo della laguna) e dei mezzi da utilizzare (il *jack - up*, uno speciale mezzo navale appositamente realizzato per l'installazione delle paratoie e la loro sostituzione), che rende preferibile realizzare un confronto concorrenziale per selezionare l'offerta che meglio soddisfi l'interesse della stazione appaltante, risultato quest'ultimo che non potrebbe essere raggiunto nel caso in cui un solo concorrente fosse riammesso alla gara per effetto di un provvedimento giurisdizionale.

Il secondo motivo, con cui la ricorrente lamenta l'illegittimità del provvedimento di non aggiudicazione per l'illegittimità derivata del provvedimento di esclusione dalla prima gara, è infondato in ragione della reiezione del primo ricorso.

6. In definitiva il ricorso r.g. n. 318 del 2019, dichiarata l'inammissibilità del primo motivo e l'infondatezza del secondo, deve essere respinto, mentre il ricorso r.g. n. 738 del 2019, deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Le peculiarità della controversia e delle questioni trattate giustificano l'integrale compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, Sezione Prima, definitivamente pronunciando, previa riunione, sui ricorsi in epigrafe, respinge il ricorso r.g. n. 318 del 2019, e dichiara improcedibile il ricorso r.g. n. 738 del 2019.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Stefano Mielli, Consigliere, Estensore

Nicola Bardino, Referendario

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Stefano Mielli	Maddalena Filippi

IL SEGRETARIO