

Pubblicato il 08/11/2022

N. 09811/2022REG.PROV.COLL.

N. 02315/2022 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 numero di registro generale 2315 del 2022, proposto da Sicurezza e Ambiente s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Clarizia, Alfonso Erra e Andrea Napolitano, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

***contro***

Provincia di Padova, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Barbara Silvagni e Patrizia Carbone, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

***nei confronti***

Zini Elio s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Stefanelli, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, Sez. I, n. 297 del 2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Padova e della Zini Elio s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 ottobre 2022 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Leonardo, in sostituzione dell'avv. Clarizia, Stefanelli e Silvagni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1.-La Sicurezza e Ambiente s.p.a. ha interposto appello nei confronti della sentenza 15 febbraio 2022, n. 297 del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, Sez. I, che, previa reiezione del ricorso incidentale della stessa appellante, ha accolto il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti della Zini Elio s.r.l. avverso la determinazione dirigenziale 3 giugno 2021, n. 553, con la quale la Provincia di Padova le aveva aggiudicato la procedura aperta per l'affidamento in concessione del “*servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale per la viabilità in situazioni di emergenza, a seguito di incidenti o versamenti di materiali sulla sede stradale e relative pertinenze*”.

L'aggiudicazione è stata disposta a seguito di sorteggio tra la società Sicurezza e Ambiente e la società Zini Elio, prime candidate *ex aequo* con il massimo dei punti.

2. - Con il ricorso in primo grado la Zini Elio s.r.l. ha dedotto l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione ed in via principale dell'attività valutativa svolta dalla Commissione di gara con riguardo al sub-criterio A3 (numero e caratteristiche dei centri logistici operativi) del disciplinare di gara, rilevando altresì che la società

Sicurezza e Ambiente avrebbe dichiarato falsamente la disponibilità di alcuni dei ventisei centri logistici offerti, il che ne comportava l'esclusione; con successivi motivi aggiunti la società Zini Elio ha contestato la diversa localizzazione dei centri logistici operativi nn. 12 (da via del Commissario 42 a via Po 56 di Padova), 17 (da via Felissant 1 di Treviso a via Brenta di Castelfranco Veneto) e 24 (da via Tangenziale Est 23 a viale dell'Artigianato 31 di Rovigo), e dunque la non corrispondenza di quelli indicati in sede di gara con quelli effettivamente messi a disposizione per lo svolgimento della concessione, chiedendo una rivalutazione (riduzione) del punteggio attribuito all'aggiudicataria per il criterio C2 (concernente il tempo medio di intervento).

3. - La sentenza appellata ha respinto il ricorso incidentale e accolto quello principale, i motivi aggiunti e la domanda di risarcimento in forma specifica, disponendo il subentro della società Zini nel servizio. In particolare, la sentenza ha ritenuto fondati il secondo motivo del ricorso principale e il motivo aggiunto con cui la società Zini lamentava che dal documento n. 16 dell'odierna appellante emergerebbe che Sicurezza Ambiente avrebbe modificato i centri logistici operativi indicati nell'offerta. Ciò nell'assunto che *«l'ubicazione dei singoli CLO era rilevante ai fini dell'attribuzione del punteggio –si teneva conto della distanza massima “tra il luogo dell'incidente ed il centro logistico operativo più vicino”- e altresì che i concorrenti dovevano essere in possesso di un titolo di disponibilità del CLO sin dalla partecipazione alla procedura, potendo poi effettivamente costituire il CLO anche solo in caso di aggiudicazione della procedura, in base ad uno schema analogo a quello previsto per i costituenti raggruppamenti di imprese, in cui i concorrenti in sede di offerta si impegnano e solo in caso di aggiudicazione danno effettivamente vita al raggruppamento. In definitiva la localizzazione dei singoli CLO costituiva il contenuto dell'offerta e nella fase pubblicistica di verifica precedente e propedeutica alla stipulazione del contratto la stazione appaltante non ne poteva consentire la modifica»*. La sentenza ha rilevato che dalla documentazione in atti emerge che quantomeno i centri logistici operativi nn. 12, 17

e 24 sono stati modificati e ciò determina una non consentita modifica dell'offerta, a prescindere dalla modifica dei tempi di intervento.

4.- Con il ricorso in appello la Sicurezza e Ambiente s.p.a. ha criticato la sentenza di prime cure deducendo, con riguardo al criterio C2, di avere mantenuto l'impegno, assunto in sede di gara, di garantire un tempo medio di intervento inferiore a venti minuti anche modificando i tre centri logistici operativi (12, 17 e 24) successivamente all'aggiudicazione; allega inoltre il vizio di ultrapetizione, in quanto la ricorrente aveva chiesto la rivalutazione/riduzione del punteggio attribuito all'aggiudicataria per il criterio C2, mentre la sentenza ha annullato l'aggiudicazione e disposto il subentro della Zini Elio s.r.l. nel contratto per un periodo corrispondente a quello oggetto dell'affidamento. Anche con riferimento al criterio di valutazione *sub* A3 l'appellante contesta che vi sia stata modifica dell'offerta, nell'assunto che non richiedeva di individuare la specifica ubicazione delle unità operative già in essere, bensì l'idoneità del progetto complessivo, valorizzando la dislocazione sul territorio al fine di garantire la tempistica media di intervento indicata. Peraltro l'offerta è stata presentata a novembre 2020; nelle more alcuni dei centri logistici operativi sono divenuti indisponibili. Sicurezza Ambiente ha poi riproposto il ricorso incidentale per l'ipotesi in cui l'appellata società Zini Elio impugni la statuizione di primo grado che ha respinto il suo terzo motivo.

5. - Si è costituita in giudizio la Provincia di Padova concludendo per l'accoglimento dell'appello.

Si è costituita in resistenza la Zini Elio s.r.l., eccependo l'inammissibilità per genericità e comunque l'infondatezza nel merito dell'appello.

6. - All'udienza pubblica del 6 ottobre 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1.- Va anzitutto disattesa l'eccezione di inammissibilità per genericità del ricorso in appello, svolta dalla Zini Elio s.r.l.

Invero il principio di specificità dei motivi di impugnazione, di cui all'art. 101, comma 1, Cod. proc. amm., impone che sia rivolta una critica puntuale alle ragioni poste a fondamento della sentenza impugnata, non essendo sufficiente la mera riproposizione dei motivi svolti in primo grado; ciò discende dal fatto che il giudizio di appello dinanzi al giudice amministrativo si caratterizza come *revisio prioris instantiae* i cui limiti oggettivi sono segnati dai motivi di impugnazione (in termini, tra le tante, Cons. Stato, V, 15 dicembre 2020, n. 8029; V, 26 marzo 2020, n. 2126). Nel caso di specie peraltro l'appello contiene una critica della statuizione della sentenza, seppure richiamando per lo più, come tecnica di sviluppo argomentativo, tesi svolte nella memoria di primo grado.

2. - Il primo motivo critica la statuizione che ha ritenuto fondata la censura volta a contestare la modifica, da parte dell'aggiudicataria società Sicurezza e Ambiente, degli impegni assunti in gara con riferimento al sub-criterio C2 ("*minor tempo di intervento offerto rispetto al tempo massimo di 40 minuti stabiliti negli atti di gara*") del disciplinare di gara, sostituendo i centri logistici operativi 12, 17 e 24; deduce l'appellante di avere comunque garantito, pur con le sedi rettificate nell'ambito del territorio della Provincia, suddiviso in tre reparti, il tempo medio di intervento inferiore a venti minuti, circostanza idonea a dimostrare che alcuna modifica essenziale all'offerta tecnica sia stata apportata.

Il terzo motivo, che viene esaminato congiuntamente al primo in ragione del nesso di complementarietà che li unisce, contesta poi l'assunto della modifica dell'offerta tecnica anche con riguardo al diverso parametro enucleato nel sub-criterio A3 ("*numero e caratteristiche dei centri logistici operativi*") che, per l'appellante, non richiedeva l'indicazione specifica dell'ubicazione delle unità operative, ma solo l'idoneità del progetto complessivo, valorizzando la dislocazione sul territorio al fine di garantire la tempistica media di intervento prescritta dalla *lex specialis*. Ribadisce l'appellante di avere offerto, nel novembre 2020, ben ventisei centri/uffici (rispetto ai tre richiesti

dal bando); decorsi otto mesi, ha rappresentato che per due centri logistici operativi (17 e 24) vi era stata, a causa delle sopravvenienze, una diversa collocazione territoriale; il numero 12 è rimasto immutato, ma vi è stato un originario errore di indicazione della sede legale a Padova, ove invece è ubicata la sede operativa. Argomenta che la localizzazione dei centri logistici operativi non rientrava nel contenuto dell'offerta, la quale doveva essere valutata nel suo insieme, tenendo conto di tutta l'organizzazione, come desumibile anche da pagina 30 del disciplinare di gara.

I motivi sono infondati.

E' incontestato che, successivamente all'aggiudicazione, l'appellante abbia modificato due o tre centri logistici operativi (rispetto a quelli dichiarati in sede di gara); sulla base di tale circostanza occorre dunque valutare se si sia determinato un inammissibile mutamento dell'offerta.

Il quesito impone una soluzione affermativa, conforme a quella raggiunta dal primo giudice.

Tale soluzione discende dalle previsioni della *lex specialis*; in particolare, l'art. 7.3 del disciplinare di gara, in tema di requisiti di capacità tecnica e professionale, richiedeva, *sub lett. g)*, di «*disporre sul territorio della Provincia di Padova o nei territori limitrofi di almeno tre centri logistici operativi, con almeno due veicoli polifunzionali ciascuno e personale specializzato in numero sufficiente; i centri logistici operativi dovranno essere dislocati in modo funzionale, in riferimento alla rete stradale della Provincia di Padova, per intervenire uno nell'area nord "2° Reparto-Alto Padovana"; uno per l'area sud-est "3° Reparto-Bassa Padovana" e uno nell'area sud-ovest "1° Reparto-Zona Colli" onde garantire i tempi di intervento stabiliti dal capitolato (art. 11 "Tempi di intervento"), ovvero di impegnarli a costituirli, prima della sottoscrizione del contratto o dell'eventuale inizio dell'esecuzione in via d'urgenza*».

Inoltre il centro logistico-operativo è criterio di valutazione dell'offerta tecnica, sia con riguardo al «*numero e caratteristiche*» (sub-criterio A3, per un massimo di 15 punti),

sia in funzione del “*minor tempo di intervento offerto rispetto al massimo di 40 minuti stabiliti negli atti di gara*” (sub-criterio C2, per un massimo di 10 punti).

Tale formulazione del disciplinare induce, già sul piano letterale, a ritenere che detto requisito di capacità tecnico professionale costituisca elemento essenziale dell’offerta ed al contempo determinante il punteggio, con la conseguenza che la sua mancanza al momento della partecipazione alla gara comporta, rispettivamente, l’esclusione del concorrente o la mancata attribuzione del punteggio. Tale esito è conforme, del resto, al generale canone ermeneutico, prevalente in giurisprudenza, secondo cui, nell’ambito di gare pubbliche, in caso di incertezza interpretativa, deve essere preferita un’interpretazione delle clausole del bando nel senso che i mezzi e le dotazioni funzionali all’esecuzione del contratto devono essere individuati già al momento della presentazione dell’offerta, con un impegno del concorrente ad acquisirne la disponibilità (tra le tante, Cons. Stato, V, 2 febbraio 2022, n. 722).

Va aggiunto che, sul tema controverso, è intervenuta, recentemente, la sentenza di questa Sezione 24 febbraio 2022, n. 1313, che, anche richiamando il precedente 18 dicembre 2020, n. 8159, ha affermato, proprio in relazione ai servizi di ripristino stradale post sinistri, che nel caso in cui le unità operative sul territorio assumano rilievo a fini valutativi, esse costituiscono una componente dell’offerta, tanto che, anche a volerle qualificare alla stregua di requisiti di esecuzione (in contrapposizione a quelli di partecipazione *stricto sensu*), ne occorre comunque una messa a disposizione in sede di offerta, che perciò le include.

Tale esito deve trovare conferma anche nella fattispecie controversa, pur risultando parzialmente differente la *lex specialis* che, in quella controversia, per quanto è dato desumere dalla lettura della sentenza, tra i parametri valutativi dell’offerta tecnica, prevedeva, in modo forse più pregnante, la “*dislocazione, organizzazione e struttura dei centri logistici operativi individuati e loro funzionalità in base alla distribuzione sul territorio della*

*Provincia di Treviso*», imponendo dunque espressamente la loro individuazione e descrizione.

Ritiene peraltro il Collegio che anche nella vicenda controversa si pone un principio di individuazione, atteso che, ai fini dell'attribuzione del punteggio A3), il disciplinare di gara, a pagina 30, precisa che si tratta di un giudizio di insieme, valutando la completezza, coerenza, efficacia e fattibilità delle proposte *«ritenendo più significativa quella che garantirà, da un lato, il maggior numero di centri logistici operativi distribuiti sul territorio, dall'altro lato che preveda centri logistici operativi caratterizzati da minor vetustà degli immobili, efficienza in termini di attrezzature e mezzi disponibili, igiene e più in generale condizioni di lavoro agevoli e funzionali»*. Analogamente tale principio di individuazione dei centri logistici è coerente con il punteggio per il sub-criterio C2) sul minor tempo di intervento.

Trova dunque conferma l'assunto che la individuazione e collocazione dei centri logistici operativi faceva parte dell'offerta tecnica del concorrente; corollario di ciò è che tali centri operativi logistici non possono essere modificati dall'operatore economico prima della stipulazione del contratto o comunque nella fase esecutiva, pena una sostanziale e inammissibile modifica dell'offerta tecnica presentata (ciò quand'anche sia dimostrato che la modifica non comporti un incremento del tempo di intervento).

3. - Il secondo motivo di appello lamenta poi il vizio di ultrapetizione della sentenza di prime cure che, a fronte di una domanda della società Zini di rivalutazione/riduzione del punteggio attribuito all'aggiudicataria per il sub-criterio C2, ha annullato l'aggiudicazione in favore della società Sicurezza e Ambiente, disponendo anche il subentro della Zini nel contratto.

Anche tale motivo è infondato se non anche inammissibile.

Infatti l'accertata modifica dell'offerta tecnica da parte dell'aggiudicataria ha comportato un necessario riposizionamento delle due imprese, prime candidate *ex*

*aequo* con il massimo dei voti, se non altro in relazione al punteggio attribuito con riguardo al sub-criterio A3, che guarda non solo al numero, ma anche al posizionamento dei centri logistici operativi.

Anche sul piano formale occorre comunque considerare che tanto nel ricorso introduttivo, quanto nei motivi aggiunti la società Zini Elio ha chiesto (pur articolando implicite domande subordinate) l'annullamento dell'aggiudicazione, ed esperito specifica domanda di subentro, sì che non può ritenersi violato il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato.

4. - Non v'è luogo a provvedere sul motivo con il quale viene riproposto il ricorso incidentale per l'ipotesi della impugnazione, da parte della società Zini, della statuizione di reiezione del terzo motivo di ricorso, condizione non verificatasi.

5.- Alla stregua di quanto esposto l'appello va respinto.

La complessità della controversia, inerente una questione giuridica sulla quale si sono evidenziate divergenze di posizioni giurisprudenziali, integra le ragioni che per legge consentono la compensazione tra le parti delle spese di giudizio (la soccombenza non è poi proprio postulabile nei confronti della Provincia di Padova, la quale ha aderito all'appello).

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 6 ottobre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente FF

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Stefano Fantini**

**IL PRESIDENTE**

**Paolo Giovanni Nicolo' Lotti**

**IL SEGRETARIO**