

Pubblicato il 14/04/2020

N. 02400/2020REG.PROV.COLL.

N. 06294/2019 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 numero di registro generale 6294 del 2019, proposto da Sicurezza e Ambiente s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Napolitano, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Comune di Lecce, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Laura Astuto ed Elisabetta Ciulla, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

Pissta Group s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Gargiulo, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce (sezione terza) n. 1125/2019, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Lecce;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Pissta Group s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 23 gennaio 2020 il Cons. Anna Bottiglieri e uditi per le parti gli avvocati Erra in dichiarata delega dell'avv. Napolitano e Pecorilla su delega dell'avv. Astuto;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Lecce indiceva gara per l'affidamento del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale e viabilità compromesse a seguito del verificarsi di sinistri stradali sul territorio comunale, che aggiudicava con determinazione n. 28/2019 a Pissta Group s.r.l.

Sicurezza e Ambiente s.p.a., seconda classificata, impugnava l'aggiudicazione e gli atti presupposti, ivi compresa la *lex specialis*, innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, sostenendone l'illegittimità; domandava, in via principale, l'annullamento degli atti impugnati, la declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto ove stipulato, l'accertamento del diritto a conseguire l'aggiudicazione della gara e il subentro nel contratto in corso d'esecuzione; in via subordinata, il risarcimento del danno per equivalente.

Il Tribunale adito, nella resistenza del Comune di Lecce e di Pissta Group, con sentenza della terza sezione n. 1125/2019, respingeva il ricorso. In particolare osservava in linea generale che le censure formulate da Sicurezza e Ambiente, volte

a contestare l'erroneità, per eccesso, di alcune valutazioni conseguite dall'offerta tecnica dell'aggiudicataria, impingevano nel merito tecnico delle valutazioni discrezionali della commissione valutatrice, senza riuscire a dimostrarne la manifesta erroneità, illogicità o irragionevolezza richieste dalla giurisprudenza per la loro sindacabilità nel giudizio amministrativo; esaminava comunque le dette censure, rilevando l'infondatezza di ciascuna di esse; riteneva infondate le doglianze subordinate, dirette a sostenere l'illegittimità del bando; compensava tra le parti le spese del giudizio.

Sicurezza e Ambiente ha appellato la predetta sentenza, deducendo: 1) *Error in iudicando; error in iudicando* in ordine alla valutabilità di una offerta priva di elementi qualificanti; *error in iudicando* in ordine all'obbligo per la p.a. di verificare in sede di gara la veridicità di quanto dichiarato dall'aggiudicataria con l'offerta tecnica; 2) *Error in iudicando; error in iudicando* in ordine alla corretta interpretazione della *lex specialis* relativamente al criterio B1; 3) *Error in iudicando; error in iudicando* in ordine alla corretta interpretazione della *lex specialis* relativamente al criterio B3; *error in iudicando* in ordine all'obbligo per la p.a. di verificare in sede di gara la veridicità di quanto dichiarato dall'aggiudicataria con l'offerta tecnica; 4) *Error in iudicando; error in iudicando* in ordine ai criteri di valutazione dei servizi aggiuntivi; *error in iudicando* in ordine alla portata caducaroria dell'intera procedura delle previsioni di cui al criterio C2.

Affidata ai predetti motivi la dimostrazione dell'erroneità della sentenza impugnata, l'appellante ha concluso per la sua riforma e per il conseguente accoglimento del ricorso di primo grado, di cui ha riproposto tutte le domande.

Il Comune di Lecce e Pissta Group si sono costituiti in resistenza con eccezioni di rito e di merito, entrambi concludendo per la reiezione dell'appello.

Disposto il rinvio al merito della domanda cautelare su accordo delle parti, la società appellante con memoria depositata il 29 novembre 2019 ha esposto di aver

presentato alla stazione appaltante, dopo la stipula del contratto con l'aggiudicataria e l'avvio del servizio, istanza di accesso volta a ottenere documentazione ritenuta indispensabile allo svolgimento di compiute difese in questa sede, che è stata denegata con atto n. 1592 del 7 novembre 2019 per le ragioni di riservatezza opposte da Pissta Group. Ha indi impugnato il predetto diniego *ex art.* 116, comma 2, Cod. proc. amm., esponendone l'illegittimità e concludendo per l'acquisizione della documentazione al fascicolo di causa mediante ordine istruttorio.

Il Comune di Lecce ha depositato l'istanza di accesso, l'atto con cui l'istanza è stata comunicata alla contro-interessata, l'atto di opposizione di questa e il diniego di accesso.

Dal suo canto, Pissta Group ha illustrato che il diniego di accesso ha partecipato all'istante i dettagli relativi all'esecuzione del servizio e ai controlli effettuati dalla stazione appaltante connessi alla documentazione richiesta. Ciò posto, e dichiarata la propria disponibilità a fornire ogni documento su ordine del giudice, ha eccepito l'inammissibilità e l'infondatezza delle richieste avanzate dall'appellante: per contrarietà all'art. 104, comma 2, Cod. proc. amm.; perché volte a un controllo generalizzato dell'operato dell'Amministrazione; per la sussistenza di un suo prevalente interesse alla riservatezza, manifestato sin dalla presentazione dell'offerta tecnica e ribadito in sede di opposizione all'accesso. Ha altresì rappresentato che avverso il diniego di accesso Sicurezza e Ambiente ha proposto autonomo ricorso innanzi al Tar Puglia, sede di Lecce (n.r.g. 1640/2019).

Parte appellante ha confutato le predette difese, insistendo per l'adozione dell'ordine istruttorio ai sensi dell'art. 104, comma 2, Cod. proc. amm., e invocando la latitudine dell'accesso agli atti delle procedure di gara assicurato al concorrente di una gara pubblica sia dal previgente Codice dei contratti pubblici che da quello vigente, oltre che dalla giurisprudenza, nella insussistenza di quei

segreti tecnici e commerciali che costituiscono l'unico motivo legittimamente opponibile all'ostensione.

Nel prosieguo, Sicurezza e Ambiente e Pissta Group hanno depositato ulteriori memorie difensive.

In particolare, con memoria depositata il 13 gennaio 2020 Sicurezza e Ambiente ha rappresentato di aver esperito un altro accesso agli atti di gara, rispetto al quale la stazione appaltante è rimasta inerte, e ha esposto che anche la documentazione richiesta con la seconda istanza di accesso è dirimente ai fini della decisione dell'appello. Ha indi reiterato l'istanza istruttoria estendendola a tali ulteriori atti.

La causa è stata trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 23 gennaio 2020.

DIRITTO

1. Assume carattere prioritario l'esame della questione incidentale introdotta dalla appellante Sicurezza e Ambiente s.p.a..

1.1. La società sostiene che la documentazione richiesta alla stazione appaltante Comune di Lecce mediante le due istanze di accesso agli atti della gara per cui è causa presentate in pendenza del gravame e non assentite è dirimente ai fini della decisione dell'odierna controversia.

Ha pertanto azionato due vie per acquisire tale documentazione al fascicolo di causa, e precisamente: ha impugnato, *ex art.* 116, comma 2, Cod. proc. amm., il diniego adottato dalla stazione appaltante in relazione al primo accesso, in accoglimento dell'opposizione dell'aggiudicataria Pissta Group s.r.l. che ha invocato ragioni di riservatezza commerciale; ha sollecitato, per la documentazione relativa a entrambi gli accessi esperiti, il potere istruttorio del giudice di appello *ex art.* 104, comma 2, Cod. proc. amm..

1.2. Quanto all'azione *ex art.* 116, comma 2, Cod. proc. amm. (*“In pendenza di un giudizio cui la richiesta di accesso è connessa, il ricorso di cui al comma 1 [ovvero il ricorso contro le determinazioni e contro il silenzio sulle istanze di accesso ai documenti*

amministrativi] può essere proposto con istanza depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso principale, previa notificazione all'amministrazione e agli eventuali controinteressati. L'istanza è decisa con ordinanza separatamente dal giudizio principale, ovvero con la sentenza che definisce il giudizio”), viene in rilievo l’avviso giurisprudenziale, pacifico e costante, secondo cui il diritto di accesso deve prevalere sull’esigenza di riservatezza di terzi quando esso sia esercitato per consentire la cura o la difesa processuale di interessi giuridicamente protetti e concerne un documento amministrativo indispensabile a tali fini, la cui esigenza non possa essere altrimenti soddisfatta, in ragione della astratta considerazione del sotteso interesse sostanziale, che deve essere valutato autonomamente, ovvero senza apprezzamenti specifici in ordine alla fondatezza o ammissibilità della domanda giudiziale proponibile (*ex multis*, Cons. Stato, IV, 6 agosto 2014, n. 4209; V, 23 febbraio 2010, n. 1067; 10 gennaio 2007, n. 55). Ciò significa che, una volta accertato il collegamento tra l’interesse e il documento, ogni ulteriore indagine sull’utilità ed efficacia del documento stesso è del tutto ultronea (Cons. Stato, V, 16 maggio 2019, n. 5579; 23 settembre 2015, n. 4452; IV, 13 dicembre 2012, n. 1211).

Quanto, invece, al potere istruttorio del giudice di appello, di cui all’art. 104, comma 2, Cod. proc. amm. (“*Non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che il collegio li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa, ovvero che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile*”), viene in rilievo l’altrettanto costante avviso giurisprudenziale secondo cui il requisito dell’indispensabilità della nuova prova, in presenza del quale ne è ammessa eccezionalmente la presentazione per la prima volta in appello, non va inteso come mera rilevanza dei fatti dedotti ai fini del decidere, ciò che è condizione d’ammissibilità di ogni mezzo istruttorio, ma postula la verificata impossibilità di acquisire la conoscenza di quei fatti con altri mezzi che la parte avesse l’onere di fornire nelle forme e nei tempi stabiliti dalla

legge processuale, sicché il potere istruttorio attribuito al giudice di appello, pur ampiamente discrezionale, non può essere esercitato per sanare preclusioni e decadenze già verificatesi nel giudizio di primo grado, atteso che la prova richiesta, in tal caso, non può neppure considerarsi prova nuova, per essere invece prova dalla quale la parte è decaduta (Cons. Stato, V, 5 marzo 2014, n. 1058; IV, 15 maggio 2012, n. 2757; V, 28 aprile 2011, n. 2539). In ogni caso, la produzione di nuovi documenti non può essere ammessa in appello salvo che il Collegio li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa (Cons. Stato, IV, 17 gennaio 2020, n. 418; V, 18 marzo 2019, n.1746).

1.3. Applicando tali coordinate al caso di specie, emerge che la documentazione oggetto delle due istanze di accesso avanzate da Sicurezza e Ambiente è in parte postuma alla formazione degli atti impugnati ed è in generale estranea alla valutazione della legittimità dell'aggiudicazione impugnata, come meglio sarà specificato nei successivi capi 3.5 e 5.4., in occasione dell'esame dei motivi per i quali, secondo l'appellante, tale documentazione dovrebbe rilevare.

Non si ravvisa quindi né il collegamento richiesto dall'art. 116, comma 2, Cod. proc. amm. tra l'interesse azionato in giudizio e la documentazione, né l'indispensabilità di questa ai fini della decisione della causa, ai sensi dell'art. 104, comma 2, Cod. proc. amm..

Consegue la reiezione dell'impugnazione incidentale proposta dall'appellante *ex art.* 116, comma 2, Cod. proc. amm., e il rilievo dell'insussistenza dei presupposti per il ricorso al potere istruttorio *ex art.* 104, comma 2, Cod. proc. amm., dalla medesima sollecitato.

2. Può passarsi alla disamina nel merito dell'appello, il quale si rivela infondato.

Le eccezioni preliminari svolte dalle parti resistenti restano pertanto assorbite.

3. Con il primo mezzo l'appellante contesta le argomentazioni con cui la sentenza appellata ha respinto il suo primo motivo di ricorso.

Detto motivo lamentava la manifesta illogicità dell'attribuzione del giudizio di "buono", e, quindi, di punti 11,25, su un massimo di 15, all'offerta tecnica di Pissta Group in relazione al *sub-criterio A1* del bando di gara, del seguente tenore: *“Struttura organizzativa impiegata nel servizio e metodologie utilizzate. Modalità organizzative del servizio stesso che garantiscano lo svolgimento del servizio in condizioni di sicurezza, con particolare riferimento a: - Soluzioni operative finalizzate a ridurre le interferenze degli interventi con la viabilità esistente; - Utilizzo di una adeguata segnalazione”*.

La doglianza poggiava sul rilievo critico formulato dalla stessa commissione valutatrice in ordine al mancato chiarimento nell'offerta di Pissta Group dell'esatta ubicazione nel territorio comunale delle Strutture Operative Radiomobili-SOR (*“per le sedi messe a disposizione per le Strutture Operative Radiomobili non viene chiarita l'esatta ubicazione nell'ambito del territorio comunale”*).

In particolare, Sicurezza e Ambiente, che deduceva preliminarmente che anche il solo declassamento del giudizio in parola da "buono" a "sufficiente" le avrebbe consentito di aggiudicarsi la gara, sosteneva che la mancata indicazione di cui sopra influiva sulla fattibilità del servizio con le modalità offerte, e affermava che Pissta Group non aveva la disponibilità delle 11 SOR dichiarate nell'offerta tecnica con *“conseguente mendacità / negligenza/ tendenziosità della dichiarazione resa”* e doverosità della sua esclusione.

3.1. Il primo giudice respingeva la censura osservando, in sintesi, che:

a) il bando, relativamente al predetto sub criterio A1, non prevedeva l'obbligo di indicare in offerta l'esatta ubicazione nel territorio comunale delle SOR, bensì richiedeva solo una descrizione della struttura organizzativa nel suo complesso, mentre il capitolato d'oneri, all'art. 6, prevedeva che *“Il concessionario, dal giorno di inizio del servizio, dovrà avere la piena disponibilità di almeno un centro operativo nell'ambito del territorio comunale”*;

b) emergeva dal verbale 23 ottobre 2018 che la commissione valutatrice, proprio in considerazione del predetto rilievo critico, aveva attribuito all'offerta tecnica di Pissta Group per il criterio in esame il giudizio di "buono" anziché quello massimo di "ottimo", con 15 punti, attribuito per lo stesso criterio da Sicurezza e Ambiente, che nella descrizione della struttura organizzativa aveva indicato l'esatta ubicazione dei centri operativi, seppur non obbligatoria;

c) il bando di gara non prevedeva l'obbligo della commissione giudicatrice o della stazione appaltante di verificare, in sede di valutazione dell'offerta tecnica o prima dell'aggiudicazione, l'effettiva disponibilità delle SOR dichiarate dall'offerente nell'offerta tecnica, *"né la legge contempla una tale fase di verifica, in punto di fatto, di quanto dichiarato dall'offerente nell'offerta tecnica"*;

d) le previsioni dell'offerta tecnica erano del resto vincolanti per l'offerente, il quale, in caso di aggiudicazione dell'appalto, ai sensi dell'art. 12 del capitolato d'oneri *"è obbligato ad effettuare il servizio oggetto del presente capitolato con le modalità, le tempistiche e le metodologie richieste dall'Amministrazione Comunale di Lecce: Comando di Polizia Locale, nonché in conformità a tutto quanto offerto in sede di gara"*, sicché la mancata attivazione delle SOR in sede di esecuzione dell'appalto avrebbe costituito inadempimento, con la conseguente possibilità per la stazione appaltante di far valer i rimedi previsti dalla legge e dal contratto.

3.2. Le predette argomentazioni resistono alle censure mosse nel mezzo in esame.

3.2.1. In particolare, è manifestamente infondata la tesi dell'appellante che la commissione giudicatrice dovesse ritenere non valutabile l'offerta di Pissta Group perché carente dell'indicazione dell'ubicazione e della consistenza delle SOR.

Non occorrono molte parole per osservare che la pretesa, per un verso, è contraddittoria con la premessa della stessa appellante che afferma, all'inizio del motivo, che *"non vi è dubbio che la lex specialis non recava espressamente alcun obbligo di indicare in offerta l'ubicazione delle SOR"*; per altro verso si traduce in una

rielaborazione singolare e personale della legge di gara, che sfocia nell'affermazione che tali elementi fossero comunque essenziali ai fini della valutazione del servizio offerto.

E' appena il caso di rammentare che il contenuto minimo dell'offerta tecnica è solo ed esclusivamente quello previsto dalla legge di gara, mediante l'individuazione dei relativi contenuti presidiata dalla previsione dell'esclusione per il caso della loro carenza, e che la commissione è vincolata non meno dei concorrenti alla rigorosa applicazione della *lex specialis* (tra tante, Cons. Stato, V, 23 settembre 2015, n. 4441).

Sicchè non si vede come l'offerta della contro-interessata potesse essere esclusa dalla gara perché carente di elementi che la *lex specialis* di gara non aveva presidiato a pena di esclusione, rendendoli in tal modo obbligatori.

3.2.2. Risente della stessa erronea impostazione appena confutata l'ulteriore profilo di censura che contesta la valutazione di "buono" conseguita per il criterio in parola dall'offerta di Pissta Group sempre per l'assenza degli elementi di cui sopra. Esso ragguaglia infatti l'intera organizzazione aziendale che il criterio di valutazione impone di apprezzare all'indicazione delle SOR, in guisa da attribuire nuovamente all'elemento quel carattere di indispensabilità che la *lex specialis* di gara non gli ha conferito.

Resta pertanto indimostrata l'illogicità dell'attribuzione del giudizio di "buono" alla struttura organizzativa complessiva di Pissta Group, su cui si incentra il criterio valutativo di cui trattasi.

3.2.3. E' completamente destituita di fondamento l'affermazione che Pissta Group, non disponendo delle SOR, avrebbe dichiarato il falso e non potrebbe svolgere il servizio.

Essa fonda sul fatto che la società “*nel corso del processo di primo grado ... non ha prodotto ... l'elenco con l'indicazione della ubicazione delle SOR offerte, nonché la copia dei contratti attestanti la disponibilità delle medesime SOR*”.

L'appellante pretende di ricavare un dato oggettivo fattuale, cui riconnettere le gravi conseguenze evocate nella censura, dal modo in cui Pissta Group ha ritenuto di esercitare il suo diritto di difesa in giudizio, laddove non compete di certo al giudice sindacare tali scelte, che costituiscono espressione di esercizio libero, autonomo e inviolabile del diritto di difesa, in difetto di una espressa disposizione di legge.

Non soccorre infatti l'art. 64, comma 2, Cod. proc. amm..

In particolare, non può essere condivisa la tesi propugnata dall'appellante che, non avendo la contro-interessata prodotto in primo grado gli elementi di cui sopra, il primo giudice avrebbe dovuto valutare le censure da lei dedotte sul punto come “fatto pacifico” *ex art. 64, comma 2, Cod. proc. amm.*: viene infatti in rilievo non la produzione di “fatti”, nei sensi di cui al citato art. 64, comma 2, bensì di elementi di difesa, di cui Pissta Group era libera di valutare l'allegazione, spettando, piuttosto, a Sicurezza e Ambiente, parte che ha agito in giudizio, dimostrare la significatività della dedotta carenza ai fini demolitori perseguiti con il ricorso, secondo la dinamica che informa il giudizio amministrativo.

E tale dimostrazione non è stata raggiunta: il primo giudice ha infatti escluso con motivazioni che vanno pienamente condivise, perchè coerenti con le disposizioni della *lex specialis*, che la effettiva disponibilità delle SOR dovesse preesistere all'aggiudicazione della gara e all'avvio del servizio.

3.2.4. E' infondato anche l'ultimo profilo del mezzo in esame, con cui l'appellante sostiene l'erroneità dell'affermazione del primo giudice in ordine all'inesistenza dell'obbligo della commissione valutatrice e della stazione appaltante di verificare la disponibilità delle SOR dichiarate da Pissta Group.

Alla luce delle considerazioni dianzi rassegnate, tale obbligo sicuramente non sussisteva in capo alla commissione valutatrice.

Né Sicurezza e Ambiente dimostra che, contrariamente a quanto accertato dalla sentenza appellata sulla base della puntuale disamina della *lex specialis*, un siffatto obbligo sussistesse in capo alla stazione appaltante.

Non convince in particolare l'affermazione che il primo giudice abbia negato tale obbligo mediante una "lettura formalistica" delle regole della legge di gara.

La contestata lettura non è infatti altro che la interpretazione letterale della *lex specialis*, operazione del tutto conforme al consolidato indirizzo ermeneutico per cui le preminenti esigenze di certezza connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti impongono di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara: ne va perciò preclusa qualsiasi lettura che non sia in sé giustificata da un'obiettiva incertezza del loro significato letterale, e, anche in caso di incertezze – qui comunque non rilevabili – sono comunque preferibili, a garanzia dell'affidamento dei destinatari, le espressioni letterali delle varie previsioni, affinché la via del procedimento ermeneutico non conduca a un effetto, indebito, di integrazione delle regole di gara aggiungendo significati del bando in realtà non chiaramente e sicuramente rintracciabili nella sua espressione testuale (tra tante, Cons. Stato, V, 29 novembre 2019, n. 8167; 12 settembre 2017, n. 4307).

Il precedente richiamato da Sicurezza e Ambiente (Cons. Stato, V, 3 aprile 2019, n. 2190) conferma, piuttosto che contraddire, le raggiunte conclusioni; in quel caso infatti l'obbligo di verificare la effettiva disponibilità della risorsa dichiarata in gara atteneva a un elemento essenziale dell'offerta, condizione qui insussistente.

3.4. Il primo mezzo va pertanto respinto.

3.5. Resta da sciogliere, parzialmente, la riserva di cui al precedente capo 1.3..

La documentazione non ostesa dalla stazione appaltante a fronte della prima istanza di accesso formulata dall'interessata concerne, tra altro, gli atti contenenti le indicazioni delle *“sedi ove la ditta Pissta avrebbe collocato le Strutture Operative Radiomobili (‘SOR’) offerte e, più precisamente: - delle ragioni sociali e degli indirizzi delle ‘aziende territoriali’ (ut dichiarato dall’aggiudicataria nel proprio progetto tecnico) all’uopo messe a disposizione dalla stessa; - dei titoli di disponibilità (contratti di governance et similia) delle 4 SOR di I livello (centri logistici principali), delle 2 SOR di II livello, delle 3 SOR di III livello, e altresì delle 2 SOR ad uso esclusivo per trasporto e deposito mezzi incidentati”*.

Si tratta quindi di quella documentazione attestante la realizzazione in concreto del contenuto dell’offerta tecnica che, come visto, ben poteva essere successiva alla partecipazione alla gara, e che nel caso di specie era proprio tale: l’offerta tecnica di Pissta Group ha infatti espressamente dichiarato (pag 3) che la società *“metterà a disposizione dell’Ente: n. 4 S.O.R. di I livello ...; n. 2 S.O.R. di II livello ...; n. 3 S.O.R. di III livello ...; n. 2 S.O.R. dedicate all’attività di rimozione, trasporto e custodia di mezzi incidentati ...”*.

La documentazione oggetto dell’istanza di accesso in parola rileva pertanto esclusivamente sul piano dell’esecuzione della prestazione, e segnatamente in tema di corretto adempimento degli obblighi contrattuali assunti a seguito della presentazione dell’offerta, dell’aggiudicazione e della stipula del contratto di appalto; per converso, essa risulta del tutto estranea, e postuma, a ogni questione inerente la valutazione della legittimità della graduazione dell’offerta, che costituisce l’unico ambito oggetto di apprezzamento nell’odierno contenzioso.

4. Il secondo mezzo si dirige avverso la parte della sentenza impugnata che ha respinto la seconda censura di Sicurezza e Ambiente, che asseriva l’erroneità dell’attribuzione del giudizio di “ottimo”, e, quindi, del punteggio massimo di 15 punti, all’offerta tecnica della controinteressata, in relazione al *sub*-criterio B1, del seguente tenore: *“Caratteristiche dei prodotti impiegati, nel rispetto dell’ambiente, con*

particolare riferimento: - alla eco-compatibilità con certificazioni; - alla preservazione dell'infrastruttura stradale; - a sistemi di pulizia che non deteriorano il manto stradale e la piattaforma stradale'.

Il primo giudice ha evidenziato che con la censura si sosteneva che alcuni prodotti detergenti indicati nell'offerta di Pissta Group ("Bioversal HC" e "Bioversal RC" - Road Cleaner) non erano certificati "Ecolabel" mentre un ulteriore prodotto offerto ("Sutter Pine") era idoneo e certificato "Ecolabel" solo per la pulizia di pavimenti in ambienti chiusi e non per il manto stradale.

Respingeva indi la censura rilevando che: il criterio in parola non ha imposto l'offerta di prodotti muniti della certificazione Ecolabel, limitandosi a richiedere l'utilizzo di prodotti eco-compatibili e non deterioranti il manto stradale; che la motivazione discrezionale e insindacabile del contestato punteggio, risultante dal verbale 23 ottobre 2018, era in linea con tale criterio (*"Vengono elencati i prodotti biodegradabili e atossici utilizzati nel rispetto dell'ambiente, allegando le schede tecniche degli stessi. Inoltre, vengono descritte dettagliatamente le tipologie di intervento per preservare il manto stradale durante le operazioni di ripristino nonché il monitoraggio del mantenimento in efficienza dell'infrastruttura stradale nei 30 giorni seguenti all'evento, con eventuale intervento di ripristino delle condizioni del manto stradale"*).

4.1. Sicurezza e Ambiente afferma che il primo giudice ha mal inteso il suo secondo motivo, che non intendeva affermare l'obbligatorietà della certificazione Ecolabel, ma solo sostenere che il punteggio raggiunto dall'offerta della controinteressata era dipeso esclusivamente dal fatto che Pissta Group ha dichiarato di aver offerto "spontaneamente" prodotti corredati da tale certificazione, che non tutti i prodotti però possedevano.

Tale argomentazione non muta i termini della questione siccome risolta dal primo giudice.

4.2. La correttezza del punteggio assegnato dalla commissione valutatrice per il criterio in parola va apprezzata alla luce della sottesa motivazione, che è l'unico dato da cui trarre gli aspetti qualitativi dell'offerta che esso ha inteso premiare.

Ciò posto, la motivazione sopra riportata non consente di concordare con l'appellante in ordine al fatto che il punteggio in esame si sia fondato sul falso presupposto della certificazione Ecolabel per tutti i prodotti, giacchè la commissione valutatrice si è limitata a rilevare, sullo specifico punto, che i prodotti offerti erano "biodegradabili e atossici", requisiti che non sono qui contestati.

Non può neanche concordarsi con Sicurezza e Ambiente quando afferma che sul punto l'offerta di Pissta Group contenesse una falsa dichiarazione: dall'esame della pag. 14 dell'offerta tecnica di questa emerge che l'unico prodotto per il quale si afferma la certificazione in parola è "Sutter Pine", mentre per i prodotti "Bioversal HC" e "Bioversal RC" si affermano altre certificazioni (rispettivamente: Istituto di collaudo materiali MPA/NRW Dortmund Germania e Autorità olandese per la sorveglianza dei corsi d'acqua Dutch Rijkswaterstaat Bioeversal; Ministero dell'ambiente, decreto direttoriale 2 agosto 2005, disinquinante per la bonifica della contaminazione da idrocarburi e petroli).

Chiarito, infine, che il punteggio in esame non ha premiato prodotti con certificazione Ecolabel bensì prodotti biodegradabili e atossici, non rileva, infine, come pure sottolineato dall'appellante, che "Sutter Pine" sia certificato Ecolabel solo per "*indoor clearing*", dovendo comunque ulteriormente chiarirsi che tale definizione non appare propria, come sembra ritenere l'appellante, dei soli "ambienti chiusi domestici", potendo essere riferita, come sottolinea l'Amministrazione comunale resistente, anche ad alcuni parcheggi comunali.

4.3. Anche il secondo motivo deve pertanto essere respinto.

5. Il terzo mezzo si dirige contro la parte della sentenza appellata che ha ritenuto indenne dalle mende denunciate da Sicurezza e Ambiente il giudizio di "ottimo"

conseguito dalla offerta di Pissta Group quanto al *sub*-criterio B3 del bando, del seguente tenore: “*Elementi di sostenibilità ambientale derivanti dall'utilizzo di tecniche eco-compatibili per l'approvvigionamento, l'uso, lo smaltimento di materiali, prodotti, imballi, ecc..*”.

5.1. L'iter argomentativo del primo giudice sul punto può essere così riassunto:

- a) Sicurezza e Ambiente si è doluta che nessuno dei 10 veicoli registrati all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali a nome di Pissta Group fosse alimentato a metano, contrariamente a quanto dichiarato da quest'ultima nella offerta tecnica circa l'utilizzo del 50% dei mezzi operativi con impianti a metano;
- b) la censura era infondata, in quanto i mezzi operativi necessari all'espletamento del servizio, che ha natura complessa e non si esaurisce nelle operazioni di raccolta e trasporto di rifiuti, non erano solo quelli registrati all'ANGA;
- c) conformemente, Pissta Group aveva chiarito nelle proprie difese di avvalersi per il servizio di pronto intervento di mezzi con iscrizione all'ANGA per le categorie richieste, e per altri servizi (quali la riparazione alle infrastrutture stradali) anche di mezzi a metano, che non necessitano della predetta iscrizione;
- d) del resto, il bando non ha prescritto che i mezzi da utilizzare nel servizio oggetto dell'appalto dovessero essere registrati nel suddetto Albo, ma si è limitato a richiedere, quale requisito di partecipazione, la iscrizione dell'offerente all'ANGA, obbligo da cui non discendeva, come sostenuto da Sicurezza e ambiente, l'ulteriore “*obbligo di utilizzare esclusivamente veicoli registrati all'ANGA*”, se non per le operazioni di trasporto e smaltimento dei rifiuti;
- e) ancora contrariamente a quanto sostenuto da Sicurezza e Ambiente, il bando non aveva imposto “*l'obbligo di verificare, in sede di offerta tecnica o quantomeno prima dell'aggiudicazione, anche l'effettiva disponibilità da parte dell'aggiudicatario degli autoveicoli alimentati a metano offerti in sede di gara*”, trattandosi, come per la effettiva disponibilità delle SOR, di un impegno il cui esatto adempimento era rimesso alla fase esecutiva;

f) infine, il punteggio in questione era stato attribuito non solo per “l'utilizzo del 50% di mezzi operativi con impianti a metano”, ma era scaturito, come da verbale 23 ottobre 2018, da una valutazione più ampia (“*La ditta risulta certificata ISO 1400112004 Ambientale. Le azioni finalizzate alla sostenibilità ambientale vengono descritte in modo esemplificativo in 8 punti, tra i quali risulta particolarmente interessante l'utilizzo del 50% di mezzi operativi con impianti a metano con obiettivo del 100% nell'arco del prossimo biennio. Inoltre, viene indicata la scelta esclusiva di fornitori verdi*”).

5.2. Ciò posto, l'appellante sostiene che il primo giudice non avrebbe colto il nucleo fondante della censura, che era quello di rappresentare il fatto, mai smentito dalla contro-interessata, che Pissta Group “*aveva falsamente dichiarato di possedere all'attualità, e cioè al momento della presentazione dell'offerta, il 50% dei mezzi operativi - iscritti o meno all'ANGA – già alimentati a metano*”.

Il rilievo è completamente destituito di fondamento.

La censura di primo grado è esattamente quella confutata dal primo giudice e sopra riassunta *sub a)*: nel ricorso di primo grado (pag. 9) Sicurezza e Ambiente affermava infatti che “*...dalle visure eseguite tramite PRA dei 10 veicoli che risultano registrati all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali a nome di PG (e quindi utilizzati per l'attività oggetto di gara), nessuno di essi risulta alimentato a metano...*”.

Per respingere tale censura era pertanto sufficiente rilevare, come ha fatto la sentenza appellata *sub c)*, che i mezzi operativi necessari all'espletamento del servizio non erano solo quelli registrati all'ANGA, sicchè da essi non potevano trarsi le conclusioni dedotte in giudizio.

Tale osservazione è rimasta inoppugnata.

Anche nella odierna sede non vi è pertanto alcun elemento idoneo a comprovare che, come qui ribadito dall'appellante, Pissta Group abbia falsamente attestato in gara di utilizzare un certo numero di mezzi operativi con impianti a metano.

Quanto, infine, alla pure qui ribadita tesi, analoga a quella già respinta al precedente capo 3, che vi fosse l'obbligo di verificare l'effettiva disponibilità da parte di Pissta Group degli autoveicoli a metano offerti in gara in sede di valutazione dell'offerta tecnica o comunque prima dell'aggiudicazione, basti osservare che essa è stata respinta dal primo giudice con le argomentazioni *sub e*), anch'esse rimaste incontestate.

5.3. Anche il terzo mezzo va pertanto respinto.

5.4. Resta da sciogliere, definitivamente, la riserva di cui al precedente capo 1.3..

La documentazione non ostesa dalla stazione appaltante a fronte della prima istanza di accesso formulata da Sicurezza e Ambiente concerneva anche *“l'elenco completo di tutti i 31 mezzi (mezzi adibiti al servizio), dichiarati dall'aggiudicataria all'interno del proprio progetto tecnico a pagina n. 6, con specifica delle targhe, delle iscrizioni all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali e del sistema di alimentazione dei veicoli stessi”*.

La seconda istanza di accesso, nei confronti di cui la stazione appaltante è rimasta inerte, costituente anche istanza di autotutela quanto al diniego opposto al primo accesso, ha avuto a oggetto, per quanto di interesse del mezzo in esame: l'elenco completo delle targhe degli automezzi di Pissta Group adibiti al “supporto per incidenti rilevanti”; libretti di circolazione di quattro veicoli polifunzionali di Pissta Group; libretti di circolazione dei n. 27 mezzi adibiti da Pista Group a supporto per “incidenti rilevanti”.

Si tratta di documentazione del tutto indifferente ai fini dell'odierno contenzioso.

Come sopra rilevato, questo, alla luce dell'atto introduttivo del giudizio, è stato delimitato, quanto ai mezzi operativi della contro-interessata, alla sola questione della non alimentazione a metano dei veicoli registrati all'ANGA, la cui soluzione prescinde dall'acquisizione degli atti di cui sopra.

Non si ravvisa quindi alcun nesso di strumentalità tra la documentazione oggetto delle istanze di accesso in parola e le censure formulate nel giudizio in esame.

6. L'ultimo mezzo si compone di due autonome censure.

6.1. Con la prima l'appellante sostiene l'erroneità della sentenza impugnata laddove ha respinto l'ultimo motivo del suo ricorso diretto ad avversare l'aggiudicazione della gara, ovvero l'asserita illegittimità del giudizio di "buono", con punti 3,75, attribuito all'offerta di Pissta Group per i servizi aggiuntivi, stante la non attinenza di alcuni di essi all'oggetto di gara.

L'appellante in particolare contesta le due conclusioni sul punto raggiunte dal primo giudice: l'afferenza dei servizi aggiuntivi in contestazione, *lato sensu*, al servizio oggetto di appalto; il mancato superamento della c.d. "prova di resistenza", in quanto anche la eventuale decurtazione del punteggio contestato non avrebbe colmato la differenza tra i punteggi complessivi conseguiti dalle offerte di Pissta Group e di Sicurezza e Ambiente.

La rilevata afferenza deve essere confermata.

In particolare, bene ha fatto il giudice di primo grado a ritenere l'attinenza tra l'oggetto dell'appalto e i servizi aggiuntivi offerti da Pissta Group e favorevolmente valutati dalla commissione, che sono: servizio trattamento antighiaccio; servizio rimozione cartellonistica pubblicitaria abusiva; interventi di messa in sicurezza di buche stradali con l'utilizzo di asfalto a freddo per un totale di 3000 kg; interventi di soccorso stradale per i mezzi di proprietà comunale; rimozione e pulizia di graffiti da monumenti e palazzi storici di proprietà del Comune; ripristino ambientale della sede stradale a seguito di eventi e/o manifestazioni.

Il Collegio concorda in particolare con l'osservazione della sentenza appellata che si tratta di interventi tutti destinati a migliorare, direttamente o indirettamente, le condizioni di uso della strada e delle sue pertinenze.

Il rilievo vale anche per i servizi specificamente contestati dall'appellante, che sono quelli relativi alla rimozione della cartellonistica pubblicitaria abusiva e alla rimozione e pulizia di graffiti da monumenti e palazzi storici di proprietà del

Comune: la società ne ribadisce la non attinenza, senza però contrastare la motivazione del primo giudice in ordine alla loro utilità nell'evitare "la messa a repentaglio" della sicurezza stradale, valutazione che va qui confermata, giacché si tratta di interventi volti a eliminare possibili fattori causativi di pericoli o di distrazioni alla circolazione dei veicoli.

La censura in esame va pertanto respinta. Resta, pertanto, assorbita ogni questione inerente la sussistenza o meno di un concreto interesse dell'appellante alla sua proposizione.

6.2. Con la seconda censura l'appellante avversa il capo della sentenza impugnata che ha respinto la tesi subordinata secondo cui l'intera procedura di gara era illegittima per non aver dettato specifici criteri relativi ai servizi aggiuntivi, o comunque per non aver previsto gli ambiti nei quali i concorrenti avrebbero dovuto offrire i predetti servizi.

Ribadisce anche in questa sede che tali carenze, costringendo i partecipanti a offrire servizi aggiuntivi "al buio", costituiscono violazione della *par condicio*, e hanno altresì attribuito alla commissione valutatrice una illimitata discrezionalità, premiando servizi aggiuntivi del tutto fantasiosi, come alcuni di quelli offerti da Pissta Group.

La censura è infondata e va respinta.

Premesso che, alla luce di quanto sopra, non risulta che la commissione nel valutare i servizi aggiuntivi abbia fatto cattivo uso del proprio potere discrezionale, il Collegio non ravvisa alcuna violazione della *par condicio*, atteso che, come puntualmente osservato dal primo giudice, tutti i servizi aggiuntivi offerti dai partecipanti sono stati valutati sulla base dello stesso criterio di bando, che ne stabiliva il costo zero, mentre la oggettiva definitezza del servizio posto a gara (ripristino delle condizioni di sicurezza stradale e viabilità compromesse a seguito del verificarsi di sinistri stradali sul territorio comunale) fa escludere che la mancata

previsione dei più specifici criteri o ambiti relativi ai servizi aggiuntivi invocati dall'appellante possa ridondare nell'illegittimità della *lex specialis*.

7. Per tutto quanto precede l'appello deve essere respinto.

Le spese di lite, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

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

Condanna la parte appellante alla refusione in favore delle parti resistenti delle spese di giudizio del grado, che liquida nell'importo pari a € 2.000,00 (euro duemila/00) oltre oneri di legge per ciascuna di esse.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 23 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Anna Bottiglieri

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO