



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 7639 del 2018, proposto da Longo Euroservice s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Domenico Damato, con domicilio digitale come da pec da Registri di giustizia;

contro

Comune Matera, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Enrica Onorati, con domicilio digitale come da pec da Registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giancarlo Viglione in Roma, Lungotevere dei Mellini, 17;

nei confronti

Cos.Eco. Industrie Group s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Mariano Alterio, con domicilio digitale come da pec da Registri di giustizia;

Autobren s.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata (Sezione Prima) n. 00489/2018, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Cos.Eco. Industrie Group s.r.l. e del Comune di Matera;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 aprile 2019 il Cons. Alberto Urso e uditi per le parti gli avvocati Renato Caruso, su delega dell'avv. Damato, Giancarlo Viglione, su delega dell'avv. Onorati, e Massimo Di Nezza, in sostituzione dell'avv. Alterio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato sulla Gazzetta ufficiale del 6 novembre 2017 la centrale di committenza del Sub Ambito 1 - Area Metropolitana di Matera indiceva gara per l'affidamento in appalto della fornitura di automezzi per l'esecuzione del servizio di raccolta differenziata dei rifiuti solidi urbani nei comuni di Matera (capofila), Bernalda, Ferrandina, Irsina e Tricarico.

2. La Longo Euroservice s.r.l. partecipava alla procedura di gara e, a seguito di valutazione delle offerte, veniva esclusa per difformità dell'offerta rispetto a quanto previsto nel bando, avendo la concorrente proposto mezzi muniti di cambio automatizzato con frizione anziché di sistema automatico con convertitore di coppia. La gara veniva aggiudicata dalla stazione appaltante alla concorrente Cos.Eco. Industrie Group s.r.l.

3. La Longo Euroservice impugnava davanti al Tribunale amministrativo di primo grado la propria esclusione, l'ammissione degli altri concorrenti Autobren s.r.l. e Cos.Eco., nonché l'aggiudicazione disposta in favore di quest'ultima.

4. Nella resistenza del Comune di Matera, della Autobren e della Cos.Eco., che a sua volta proponeva ricorso incidentale per l'esclusione per altro motivo della Longo Euroservice, il Tribunale amministrativo adito dichiarava irricevibile il ricorso principale perché tardivo, nonché improcedibile per conseguente difetto d'interesse il ricorso incidentale.

5. Avverso la sentenza ha proposto appello la Longo Euroservice con tre motivi:

I) *Error in procedendo et iudicando*: violazione degli artt. 120, commi 2-*bis* e 5 Cod. proc. amm.; violazione dell'art. 41, comma 2, Cod. proc. amm.; violazione del principio della "piena conoscenza" degli atti di gara per l'individuazione del *dies a quo* di decorrenza del termine decadenziale d'impugnazione; violazione dei principi generali di trasparenza, correttezza e buona fede dell'azione amministrativa; erroneità, contraddittorietà e perplessità della motivazione della sentenza in ordine alla dichiarata irricevibilità per tardività del ricorso principale;

II) Sull'esclusione dalla gara: violazione dell'art. 68 d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 35 del capitolato speciale d'appalto; violazione dell'art. 79, comma 3, lett. *a*), d.lgs. n. 50 del 2016; violazione dei principi di *par condicio*, massima partecipazione e concorrenza; eccesso di potere per erroneità dei presupposti, difetto assoluto d'istruttoria e di adeguata motivazione; irrazionalità, irragionevolezza e contraddittorietà manifeste; sviamento e malgoverno;

III) Sull'ammissione alla gara della Cos.Eco. s.r.l. e della Autobren s.r.l.: violazione dell'art. 95 d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 7.3 del disciplinare di gara; eccesso di potere per erroneità dei presupposti, difetto assoluto d'istruttoria e di motivazione; contraddittorietà e irragionevolezza manifeste; sviamento e malgoverno.

6. Si sono costituiti in giudizio per resistere all'appello il Comune di Matera, nonché la Cos.Eco. s.r.l., che ha altresì riproposto il ricorso incidentale dichiarato improcedibile in primo grado deducendo la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. *c*) e *f*)-*bis* d.lgs. n. 50 del 2016, nonché dell'art. 17.1 del disciplinare di gara; la necessaria esclusione per dichiarazione non veritiera della Longo Euroservice; l'eccesso di potere per erronea presupposizione e difetto d'istruttoria.

7. Sulla discussione delle parti all'udienza pubblica dell'11 aprile 2019, come da relativo verbale, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

In difetto di questioni di carattere preliminare è possibile procedere all'immediato esame dei motivi d'appello.

1. Col primo motivo la Longo Euroservice censura la declaratoria d'irricevibilità del ricorso in primo grado per ritenuta tardività dello stesso.

La sentenza è pervenuta alla suddetta conclusione considerando quale *dies a quo* per l'impugnativa la data della seduta (*i.e.*, 9 febbraio 2018) nella quale la commissione

giudicatrice diede lettura dei punteggi assegnati in sede riservata alle offerte tecniche: dal momento che a tale seduta era presente il rappresentante dell'appellante, e in detta sede la commissione non leggeva il punteggio dell'offerta tecnica della Longo Euorservice, quest'ultima avrebbe così avuto conoscenza della propria esclusione a norma dell'art. 41, comma 2, Cod. proc. amm., essendo perciò da tale momento tenuta a impugnarla entro il prescritto termine di 30 giorni.

In ogni caso, secondo la sentenza, il *dies a quo* del termine per la proposizione dell'impugnazione decorrerebbe dalla pubblicazione del provvedimento, avvenuta il 22 febbraio 2018; e rispetto a entrambi i termini iniziali così individuati il ricorso sarebbe comunque tardivo, in quanto notificato il 3 aprile 2018.

Avverso tali statuizioni è insorta l'appellante deducendo che solo il 1° marzo 2018, venuta pienamente a conoscenza della propria esclusione a mezzo di comunicazione da parte della stazione appaltante, essa è stata messa in condizioni di promuovere ricorso, perciò tempestivamente notificato il 3 aprile 2018.

Il motivo d'appello è fondato e va accolto nei termini e per le ragioni che seguono.

Emerge dal verbale n. 1 della commissione del 22 dicembre 2017 che la Longo Euroservice fu inizialmente ammessa a soccorso istruttorio rispetto alla dichiarazione relativa al requisito *“fornitura analogica ad unico cliente in favore di Ente Pubblico”*; dalla narrativa del verbale n. 7 del 6 febbraio 2018 in atti risulta altresì che, all'esito delle sedute n. 2 e 3, tutte le partecipanti - ivi inclusa la Longo Euroservice, a seguito del sub-procedimento di soccorso istruttorio attivato - furono ammesse alla procedura.

D'altra parte, lo stesso verbale n. 8 del 9 febbraio 2018, in cui si dava lettura di punteggi alle offerte tecniche ritenute valide, rappresentava che *“giusta verbale n. 3 del 25.01.2017, la Commissione ha proceduto alla disamina della documentazione (busta B), ammettendo tutte le partecipanti”*.

È dunque evidente come nessuna espulsione *«all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali»* sia avvenuta nei confronti dell'appellante a norma dell'art. 29 d.lgs. n. 50 del 2016.

Al contrario, la Longo Euroservice venne ben ammessa dalla stazione appaltante in sede di pre-qualifica per essere esclusa, solo successivamente alla valutazione delle offerte, per ritenuta difformità della propria offerta dalle prescrizioni della *lex specialis*.

Per tali motivi l'impugnativa del provvedimento d'esclusione della Longo Euroservice soggiace non già alla disciplina super-speciale di cui all'art. 120, comma 2-*bis*, Cod. proc. amm., riguardante le sole ammissioni ed esclusioni «*all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali*», bensì a quella (solo) speciale di cui all'art. 120, comma 5, Cod. proc. amm., secondo la quale il ricorso va proposto entro 30 giorni dalla ricezione della comunicazione del provvedimento, oggi disciplinata dall'art. 76, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016.

Nel caso di specie è incontestato che il provvedimento d'esclusione, prot. n. 50 del 22 febbraio 2018, venne comunicato all'appellante a mezzo pec del 1° marzo 2018, con espressa indicazione da parte del Rup, peraltro, che il ricorso davanti al Tar avrebbe potuto proporsi entro 30 giorni dalla ricezione della comunicazione (pur erroneamente menzionandosi a tal fine l'art. 120, comma 2-*bis*, Cod. proc. amm.): di qui la tempestività del ricorso notificato il 3 aprile 2018, considerato che il 31 marzo cadeva in giornata di sabato e il 2 aprile era giorno festivo.

1.2. Nè in senso inverso può assumere rilievo la presenza del rappresentante della Longo Euroservice alla seduta della commissione del 9 febbraio in cui veniva data lettura dei punteggi assegnati in sede riservata alle offerte tecniche senza che in tale frangente fosse menzionata l'offerta dell'appellante: evidentemente, la sola lettura dei punteggi assegnati alle altrui offerte non poteva far univocamente desumere l'intervenuta esclusione dalla gara della Longo Euroservice; tanto più che, nella medesima seduta, come già s'è evidenziato (*retro*, § 1.1), la commissione dava altresì conto d'aver proceduto ad esaminare la documentazione (“*busta B*”) giungendo ad ammettere tutte le imprese.

1.3. Per le suesposte ragioni il motivo d'appello va dunque accolto e, in riforma della sentenza di primo grado, il ricorso della Longo Euroservice va dichiarato ricevibile.

2. Nel merito detto ricorso è tuttavia infondato, come risulta dall'esame del secondo e terzo motivo d'appello che riproducono il contenuto delle doglianze espresse in primo grado dalla Longo Euroservice.

2.1. Con il secondo motivo, in particolare, l'appellante deduce l'illegittimità del provvedimento d'esclusione in quanto fondato sulla ritenuta difformità dell'offerta rispetto a un elemento (*i.e.*, la dotazione del sistema di “cambio automatico” con convertitore di coppia, in luogo del quale l'appellante propose un “cambio

automatizzato con frizione”) non previsto dalla *lex specialis* bensì da successiva (tardiva) nota di chiarimento fornita dalla stazione appaltante in risposta a “Faq”. Inoltre la limitazione in tal modo operata dall’amministrazione violerebbe il principio di equivalenza, così rendendo ulteriormente illegittimo il provvedimento d’esclusione.

2.2. Il motivo di gravame non è condivisibile per le ragioni di seguito indicate.

Contrariamente a quanto ritenuto dall’appellante, l’art. 35 del Capitolato speciale d’appalto espressamente prevedeva fra le caratteristiche dei mezzi pesanti oggetto della fornitura il “*cambio automatico Allison o similare*”.

A sua volta l’art. 15 del disciplinare sanciva la vincolatività per i concorrenti delle previsioni del capitolato speciale, stabilendo che “*l’offerta tecnica [dovesse] rispettare le caratteristiche minime stabilite nel Capitolato, pena l’esclusione dalla procedura di gara*”.

Alla luce di ciò, ben la legge di gara stabiliva sin dall’origine la necessità che i mezzi disponessero di un “*cambio automatico*”, precisando a tal fine anche le connotazioni specifiche di detto cambio (“*Allison o similare*”, caratterizzato cioè per l’impiego di cd. “convertitore di coppia”).

In tale contesto la successiva nota di chiarimento della stazione appaltante, nell’indicare che “*non [erano] ammissibili cambi che dal punto di vista funzionale e dei principi costruttivi non [fossero] di tipo equivalente al cambio completamente automatico Allison, che si caratterizza per l’impiego di un sistema idrodinamico a convertitore di coppia per la trasmissione della potenza dal motore alle ruote*”, si limitava a precisare un dato sin dall’origine presente nella *lex specialis*, non procurando alcun effetto modificativo sulle previsioni di gara e non assumendo perciò alcun autonomo rilievo nell’enucleazione dell’elemento tecnico (in proposito cfr., *inter multis*, sul valore delle note a chiarimento non innovative, Cons. Stato, V, 25 febbraio 2019, n. 1247 e 1248; III, 29 gennaio 2019, n. 726; 7 febbraio 2018, n. 781; V, 27 aprile 2015, n. 2097).

2.3. In relazione al secondo profilo contestato, la Longo Euroservice si limita a invocare genericamente l’equivalenza fra il cambio automatico con convertitore di coppia - come richiesto dalla *lex specialis* - e il cambio automatizzato con frizione offerto dall’appellante (segnatamente, cambio automatizzato Mercedes - Powershift 3), che viene indicato come conforme allo *standard* prestazionale e funzionale richiesto.

In tale prospettiva l’appellante lamenta che l’amministrazione abbia ommesso di verificare in concreto l’equivalenza fra i due sistemi di cambio, e in particolare l’idoneità del

cambio automatizzato con frizione offerto ad assicurare le medesime *performance* di quello automatico con convertitore di coppia.

La censura non è condivisibile, atteso che, contrariamente a quanto dedotto dall'appellante, spetta alla stessa impresa che voglia invocare l'equivalenza rispetto a una data specifica tecnica fornirne evidenza, ciò che dovrebbe peraltro avvenire già in sede d'offerta, e che le amministrazioni sarebbero tenute a pretendere espressamente a norma dell'art. 68, commi 6 e 7, d.lgs. n. 50 del 2016 (cfr. Cons. Stato, 18 febbraio 2019, n. 1100; Corte di Giustizia, 12 luglio 2018, causa C -14/17).

Nel caso di specie, nessun elemento di evidenza tecnica è stato fornito dalla Longo Euroservice, in sede d'offerta o successivamente, in ordine all'asserita equivalenza fra il sistema di cambio automatico con convertitore di coppia e quello automatizzato o robotizzato con frizione.

Anzi, secondo quanto affermato dagli appellati e non confutato dalla Longo Euroservice, i due sistemi corrispondono a dispositivi tecnici strutturalmente e funzionalmente diversi, estranei a qualsivoglia rapporto d'equivalenza.

In particolare, mentre nel cambio automatico manca l'elemento della frizione, sicché la variazione del rapporto di trasmissione avviene attraverso un sistema idrodinamico basato su convertitore di coppia, il cambio automatizzato con frizione conserva quest'ultimo elemento, il quale rimane dunque lo strumento che consente di variare il rapporto di trasmissione e imprimere il conseguente moto dal motore alle ruote, benché attraverso un meccanismo non "manuale" bensì automatizzato.

Le deduzioni in tali termini svolte tanto dalla Cos.Eco. quanto dal Comune non hanno trovato alcuna adeguata confutazione da parte della Longo Euroservice, certamente edotta sin dall'origine, quale operatore del settore, in ordine alle caratteristiche dell'uno e dell'altro sistema di cambio.

Allo stesso modo, gli appellati hanno chiarito, con argomenti apprezzabili e non contraddetti dall'appellante, le differenze funzionali fra i due sistemi di cambio, poste a fondamento della decisione dell'amministrazione di esigere il cambio automatico: in particolare, la maggior continuità di trasmissione di questo, particolarmente utile per i percorsi caratterizzati da notevoli variazioni altimetriche; gli inferiori consumi energetici; le minori esigenze manutentive, valgono complessivamente a rendere il

cambio automatico più adeguato alle esigenze della stazione appaltante rispetto a quello automatizzato con frizione, giustificando perciò la scelta dell'amministrazione.

Anche rispetto a tale profilo il motivo d'appello si rivela dunque infondato, dovendo essere respinto.

3. Con il terzo motivo di doglianza la Longo Euroservice ripropone la censura avverso l'ammissione in gara della Cos.Eco. (oltreché della concorrente seconda classificata Autobren) in quanto asseritamente priva del requisito tecnico-professionale costituito dal cd. "contratto di punta" avente a oggetto fornitura analoga a quella messa a gara, eseguita negli ultimi tre anni nei confronti di unico cliente per un valore corrispondente a quello indicato nel disciplinare (cfr.art. 7.3 disciplinare di gara).

3.1. Al di là degli altri profili di carattere preliminare, che è possibile assorbire, il motivo risulta infondato nel merito per le ragioni di seguito esposte.

Non contesta in proposito l'appellante l'effettiva esecuzione, da parte della Cos.Eco., della fornitura invocata, né tanto meno il suo valore complessivo corrispondente alla richiesta della *lex specialis*; semplicemente disconosce che essa corrisponda ad unico "contratto di punta", rappresentando piuttosto espressione d'una pluralità di forniture distinte nei confronti del medesimo cliente.

In senso inverso, risulta dalla documentazione in atti che l'appellata ha eseguito la fornitura nei confronti del medesimo cliente Cos.Eco. Costruzioni Ecologiche s.r.l. in forza di unico contratto quadro, di durata annuale, stipulato il 1° gennaio 2016.

In proposito, non ha rilievo la circostanza che l'accordo consistesse in un "contratto quadro" cui seguirono distinte prestazioni, autonomamente fatturate dall'appellata: la fornitura rimane infatti unitaria, indirizzata verso il medesimo cliente, in ragione del medesimo accordo, ancorché suddivisa in ordini o momenti esecutivi distinti, cui corrispondono le varie fatture riconducibili al medesimo rapporto complessivo.

In tale contesto, non pertinenti si rivelano peraltro i richiami dell'appellante alla non frazionabilità dei cd. "servizi di punta" invocando a tal fine anche alcuni pareri dell'Anac (*i.e.*, parere n. 156 del 23 settembre 2015 e n. 107 del 21 maggio 2014); il concetto di non frazionabilità ivi accolto ha infatti tutt'altro significato e orizzonte applicativo, di portato eminentemente soggettivo, coincidendo con la necessità che il servizio di punta sia stato prestato da unica impresa, non potendo il requisito essere "spacchettato" fra i vari componenti di un medesimo Rti, e così integrato in via

cumulativa da operatori economici distinti. Il che nulla ha a che vedere, evidentemente, con l'esecuzione delle prestazioni al cliente, da parte del medesimo operatore, in momenti diversi nell'ambito dell'unitario rapporto di fornitura retto da unico contratto quadro.

Di qui la complessiva infondatezza del motivo di gravame formulato dalla Longo Euroservice in relazione all'aggiudicataria Cos.Eco.

3.2. Dal rigetto nei suddetti termini della censura consegue l'assorbimento per difetto d'interesse dell'analoga doglianza svolta nei riguardi della seconda classificata Autobren, atteso che nessuna utilità l'appellante potrebbe ritrarre dall'eventuale esclusione della seconda classificata una volta consolidatasi la posizione dell'aggiudicataria.

4. In conclusione, per tutte le suesposte ragioni, accolto in rito il primo motivo d'appello, la sentenza va riformata, respingendo nel merito il ricorso di primo grado come riproposto attraverso il secondo e terzo motivo di gravame.

4.1. Al rigetto del ricorso principale consegue l'improcedibilità per carenza d'interesse del ricorso incidentale riproposto dalla Cos.Eco. - con assorbimento di ogni ulteriore questione in merito - in quanto sostanzialmente ed espressamente rivolto alla declaratoria d'inammissibilità dello stesso ricorso principale (cfr. ricorso incidentale in primo grado, conclusioni *sub* pag. 3).

4.2. La reciproca soccombenza conseguente all'accoglimento del primo motivo d'appello costituisce adeguata giustificazione per l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così provvede:

- accoglie parzialmente l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado ai sensi di cui in motivazione; dichiara improcedibile il ricorso incidentale riproposto;
- compensa integralmente le spese fra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Alberto Urso

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO

