

Publicato il 15/05/2018

N. 00528/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00935/2017 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 935 del 2017, proposto dalla
Impresa Costruzioni Tollot S.r.l. in persona del legale rappresentante *pro tempore* sig. Elio Tollot, in proprio e in veste di capogruppo mandataria del R.T.I. con la P.A.T.O. S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzo Pellegrini e con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Acerboni, in Venezia-Mestre, via Torino, n. 125

contro

BIM Gestione Servizi Pubblici S.p.A., in persona del Presidente *pro tempore*, dr. Giuseppe Vignato, rappresentata e difesa dagli avv.ti Enrico Gaz ed Alberto Gaz e con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Venezia, Santa Croce, n. 269

nei confronti

Fontana S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, sig. Claudio Fant, in proprio e quale capogruppo mandataria del R.T.I. con Edil Costruzioni S.r.l. ed Anese S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Enrico Minnei e con domicilio stabilito presso l'indirizzo di posta elettronica

certificata (P.E.C.) indicato nella memoria di costituzione in giudizio

Edil Costruzioni S.r.l., Anese S.r.l., Costruzioni Casarotto S.r.l., Ediltunnel S.r.l., S.I.C.I. S.r.l., non costituite in giudizio

per l'annullamento,

previa sospensione dell'esecuzione,

- del provvedimento dell'Amministratore Unico di BIM Gestione Servizi Pubblici S.p.A., steso in calce al verbale n. 23541 del 3 luglio 2017 della Commissione di gara, con cui è stata aggiudicata definitivamente all'A.T.I. tra Fontana S.r.l., Edil Costruzioni S.r.l. e Anese S.r.l. la procedura di gara per il *“completamento opere di adduzione dell'acquedotto “Rio dei Frari” – costruzione tratto di rete tra l'impianto di potabilizzazione di Coltron ed il serbatoio di Piaia in comune di Ponte delle Alpi (BL) - CUP G13070000100005; CIG 7032417617”* indetta dalla BIM Gestione Servizi Pubblici S.p.A.;
- del verbale della Commissione di gara n. 23541 del 3 luglio 2017;
- di tutti gli altri verbali di gara ed in particolare del verbale di gara prot. n. 17365 del 16 maggio 2017, del *“verbale seduta riservata”* datato 5 giugno 2017, del *“verbale di gara – Seconda seduta”* prot. n. 20056 del 6 giugno 2017 e del verbale in seduta riservata del 3 luglio 2017;
- della nota prot. n. 23691 del 3 luglio 2017, con cui la BIM Gestione Servizi Pubblici S.p.A. ha comunicato a Impresa Costruzioni Tollot S.r.l. ed a P.A.T.O. S.r.l. l'aggiudicazione definitiva della gara;
- nonché di tutti gli altri atti e comunicazioni presupposti, connessi o conseguenti, ivi compresi:
 - l'avviso di manifestazione di interesse pubblicato il 17 gennaio 2017;
 - la richiesta di offerta prot. n. 12384 del 4 aprile 2017;
 - il disciplinare di gara;
 - per quanto occorrer possa, tutti i chiarimenti forniti dalla stazione appaltante;
 - il provvedimento prot. n. 30290 del 16 maggio 2017, di nomina della Commissione di gara

ed inoltre per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, ai sensi e per gli effetti degli artt. 121, comma 1, lettere c) e d), e 122 del d.lgs. n. 104/2010, qualora stipulato nelle more del giudizio e per la condanna dell'Ente resistente al risarcimento del danno in forma specifica, con il conseguente subentro della ricorrente nel contratto di appalto, ove nelle more stipulato, ovvero, in subordine, per equivalente monetario.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati, presentata in via incidentale dalla ricorrente;

Viste la memoria di costituzione e difensiva e la documentazione della Fontana S.r.l.;

Vista la memoria di costituzione e la documentazione della BIM Gestione Servizi Pubblici S.p.A.;

Vista l'ordinanza n. 408/2017 del 7 settembre 2017, con cui è stata accolta l'istanza cautelare;

Vista l'ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 5069/2017 del 24 novembre 2017, con cui è stato respinto l'appello proposto contro la precedente;

Viste le memorie, i documenti e le repliche depositate dalle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Nominato relatore nell'udienza pubblica del 24 gennaio 2018 il dott. Pietro De Berardinis;

Uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue

FATTO

L'odierna ricorrente, Impresa Costruzioni Tollot S.r.l. ("Tollot"), espone di avere partecipato, quale capogruppo mandataria della costituenda A.T.I. con

la P.A.T.O. S.r.l. (“A.T.I. Tollot”), alla procedura di gara per il “*completamento opere di adduzione dell’acquedotto “Rio dei Frari” – costruzione tratto di rete tra l’impianto di potabilizzazione di Coltron ed il serbatoio di Piaia in comune di Ponte delle Alpi (BL)*”, indetta da BIM – Gestione Servizi Pubblici S.p.A. (“BIM”), società partecipata per intero da Comuni bellunesi, che gestisce il servizio idrico integrato.

L’appalto, avente importo complessivo a base d’asta pari ad € 1.721.539,63, è stato aggiudicato in base al criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

In esito alle operazioni di gara l’A.T.I. Tollot si è classificata al terzo posto della graduatoria finale, con il punteggio totale di 91,95, dietro l’A.T.I. Costruzioni Casarotto – SICI – Ediltunnel, seconda graduata con punti 92,89, e l’A.T.I. Fontana – Edilcostruzioni – Anese, classificatasi al primo posto con un punteggio complessivo di 96,40.

Esperito il sub-procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta, con provvedimento del 3 luglio 2017, steso in calce al verbale di gara prot. n. 23541 di pari data, l’Amministratore unico della BIM ha provveduto all’aggiudicazione definitiva dell’appalto all’A.T.I. prima classificata.

Avverso l’ora citato provvedimento di aggiudicazione definitiva, nonché i verbali di gara e gli altri atti presupposti e connessi indicati in epigrafe, è insorta l’esponente, impugnandoli con il ricorso del pari indicato in epigrafe e chiedendone l’annullamento, previa tutela cautelare.

A supporto del gravame, la società ha dedotto i seguenti motivi:

1) violazione di legge per violazione della *lex specialis* di gara, violazione delle specifiche tecniche e prestazionali dei materiali di cui alle norme tecniche del capitolato speciale d’appalto, violazione dell’art. 68 del d.lgs. n. 50/2016, dell’art. 97 Cost., degli artt. 1325 e ss. c.c., nonché del regolamento interno per l’affidamento di lavori, forniture e servizi sotto soglia comunitaria nei settori speciali, ex art. 36, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, approvato con provvedimento dall’Amministratore unico di BIM prot. n. 564 del 9 gennaio

2017, ed eccesso di potere per contraddittorietà, insufficienza ed erroneità della motivazione, erronea valutazione dei presupposti di fatto e difetto di istruttoria, poiché le offerte prime due classificate avrebbero presentato una tipologia di tubazione con caratteristiche tecniche difformi per più versi dalle prescrizioni della *lex specialis* di gara e, perciò, avrebbero dovuto essere considerate non ammissibili e, quindi, escluse dalla gara, in quanto inidonee a soddisfare dette prescrizioni, con il corollario che l'appalto avrebbe dovuto essere aggiudicato all'A.T.I. Tollot (che avrebbe conseguito il primo posto). Tale corollario resterebbe fermo anche qualora si ritenesse che le offerte delle prime due graduate avrebbero dovuto ricevere il punteggio di zero per l'offerta tecnica o, in subordine, ricevere il punteggio di zero per il criterio di valutazione dell'offerta tecnica della "*qualità delle tubazioni di acquedotto*", poiché pure in dette ipotesi l'offerta dell'A.T.I. Tollot sarebbe risultata prima in graduatoria. Ancora, le offerte delle prime due graduate avrebbero dovuto essere escluse dalla gara, con conseguente aggiudicazione di quest'ultima all'A.T.I. Tollot, anche sulla base di ulteriori difformità delle soluzioni progettuali dalle stesse proposte (relativamente all'elemento di valutazione "*attraversamenti F. Piave e Ferrovia*"), che risulterebbero irrealizzabili sotto il profilo tecnico;

2) in subordine, ai fini dell'annullamento dell'intera procedura di gara, violazione dell'art. 95, commi 5, 6, 7, 8 e 9 del d.lgs. n. 50/2016, violazione dei principi di legalità, trasparenza e correttezza, del principio di buona amministrazione, violazione del disciplinare di gara e del regolamento interno per l'affidamento di lavori, forniture e servizi sotto soglia comunitaria nei settori speciali, approvato con provvedimento di BIM prot. n. 564 del 9 gennaio 2017, poiché il disciplinare di gara avrebbe previsto dei macro-criteri di valutazione dell'offerta tecnica, numerati da A ad F, senza assegnare sub-punteggi per i sub-criteri indicati in relazione a ciascuno dei predetti macro-criteri, cosicché si sarebbe dovuto ritenere che, all'interno di ogni macro-criterio, i singoli sub-criteri avessero lo stesso peso ponderale nella

determinazione del punteggio da assegnare per il corrispondente macro-criterio. E nondimeno, la Commissione giudicatrice, dopo che già erano state aperte le buste contenenti le offerte tecniche: a) avrebbe attribuito un peso maggiore a taluni dei sub-criteri di valutazione indicati nel disciplinare; b) avrebbe inteso dare una sua definizione di alcuni parametri di valutazione; c) si sarebbe spinta fino al punto di prendere in considerazione elementi di valutazione diversi da quelli previsti nel suddetto disciplinare;

3) violazione dell'art. 95, commi 5 e 6, del d.lgs. n. 50/2016, violazione dei principi di legalità, trasparenza e correttezza, del principio di buona amministrazione, violazione del disciplinare di gara e del regolamento interno per l'affidamento di lavori, forniture e servizi sotto soglia comunitaria nei settori speciali, approvato con provvedimento di BIM prot. n. 564 del 9 gennaio 2017, in quanto le suesposte illegittime operazioni della Commissione sarebbero avvenute dopo l'apertura delle buste recanti le offerte tecniche e, cioè, in un momento in cui la Commissione si trovava, in astratto, nella condizione di poter conoscere il contenuto delle offerte da valutare;

4) violazione dell'art. 95, commi 5, 6, 7, 8 e 9 del d.lgs. n. 50/2016, violazione dei principi di legalità, trasparenza e correttezza, del principio di buona amministrazione, eccesso di potere per motivazione carente ed insufficiente, violazione del regolamento interno per l'affidamento di lavori, forniture e servizi sotto soglia comunitaria nei settori speciali, approvato con provvedimento di BIM prot. n. 564 del 9 gennaio 2017, in quanto, in ogni caso, gli atti gravati non conterrebbero alcuna evidenza delle ragioni che hanno indotto la Commissione a preferire alcuni sub-criteri di valutazione rispetto ad altri e, dunque, non espliciterebbero le ragioni sottostanti la diversa attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche, allo scopo non potendo bastare il solo elemento numerico.

Si è costituita in giudizio (fuori termine rispetto alla Camera di consiglio stabilita per la discussione dell'istanza cautelare) la BIM – Gestione Servizi

Pubblici S.p.A., contestando in fatto ed in diritto le doglianze contenute nel ricorso e chiedendone la reiezione.

Si è, altresì, costituita in giudizio la Fontana S.r.l., in proprio e quale mandataria della costituenda A.T.I. con le società Edilcostruzioni S.r.l. e Anese S.r.l. (“A.T.I. Fontana”), depositando memoria e documenti sui fatti di causa ed eccependo l’infondatezza nel merito del ricorso.

Con ordinanza n. 408/2017 del 7 settembre 2017 il Tribunale ha accolto l’istanza cautelare, reputando ad un primo esame fondata la doglianza (dedotta con il motivo n. 2) a mezzo della quale la ricorrente ha lamentato che la Commissione di gara, dopo l’apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, ha ritenuto di attribuire un peso (e quindi un punteggio) maggiore a taluni dei sub-criteri indicati nel disciplinare, nonché ha finito per aggiungere surrettiziamente un sub-criterio, riguardante il minor ricorso alla richiesta di subappalto. Per l’effetto, il Tribunale ha sospeso l’aggiudicazione definitiva e l’intera procedura di gara.

Avverso detta ordinanza è stato interposto appello dalla Fontana S.r.l., che, però, è stato respinto dalla Sezione Quinta del Consiglio di Stato con ordinanza n. 5069/2017 del 24 novembre 2017, sul rilievo della carenza del pregiudizio grave ed irreparabile.

Nell’imminenza dell’udienza di merito le parti costituite hanno depositato memorie, documenti e repliche, insistendo nelle conclusioni già rassegnate.

All’udienza pubblica del 24 gennaio 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Formano oggetto di impugnazione gli atti della procedura di gara avente ad oggetto la costruzione *ex novo* di un tratto di acquedotto di circa km. 3 volto – come spiega la difesa della BIM – a risolvere le difficoltà di approvvigionamento idrico per alcune frazioni sia del Comune di Belluno, sia di quello di Ponte delle Alpi.

La ricorrente, capogruppo mandataria dell'A.T.I. Tollot, classificatasi al terzo posto, ha graduato le censure, denunciando in via principale, con il primo motivo, che le offerte tecniche delle prime due classificate violerebbero specifiche prescrizioni della *lex specialis* di gara e, perciò, non avrebbero dovuto essere ammesse, o avrebbero dovuto ricevere il punteggio di zero (quantomeno per i profili a cui hanno riguardo le prescrizioni violate), con il corollario dell'aggiudicazione della gara all'A.T.I. Tollot. In subordine, ha censurato con gli altri motivi ulteriori illegittimità degli atti di gara, che – se fondate – comporterebbero l'annullamento dell'intera procedura di gara e, quindi, soddisferebbero il (più limitato) interesse strumentale della ricorrente alla sua riedizione.

Alla luce della suesposta graduazione dei motivi, che secondo il recente insegnamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato vincola il giudice amministrativo (cfr. C.d.S., A.P., 27 aprile 2015, n. 5, paragrafo 8.1), la disamina, da parte del Collegio, dei motivi di ricorso deve iniziare – per quanto ora detto – dal primo motivo.

1) A mezzo di questo la ricorrente lamenta, anzitutto, che il capitolato speciale d'appalto (v. all. 8 al ricorso), a pag. 11 della parte dedicata alle “*norme tecniche*”, ha richiesto, con riguardo alle “*tubazioni in ghisa sferoidale*”:

- un giunto con guarnizione avente profilo “*a coda di rondine secondo UNI 9163 in EPDM, conforme alla norma EN 681-1, che assicura la tenuta idraulica*” (punto 1.a);
- la conformità dei materiali al d.m. n. 174 del 6 aprile 2004 (punto 1.b).

Nonostante ciò, le offerte prime due classificate avrebbero proposto una tipologia di tubazione con caratteristiche tecniche difformi da detta prescrizione: nello specifico, avrebbero proposto tubazioni con guarnizioni non conformi alla norma UNI 9163 (aventi, dunque, forma e dimensioni diverse da quanto richiesto dalla *lex specialis* di gara e non dotate delle caratteristiche prestazionali certificate da tale norma tecnica). Inoltre, avrebbero presentato materiali per i quali non sarebbero state eseguite le

prove sulla migrazione dei coloranti richieste dal d.m. n. 174/2004, ma solamente sulla migrazione globale.

Pertanto, le due offerte in discorso avrebbero dovuto essere considerate non ammissibili e, quindi, escluse dalla gara, in quanto inidonee a soddisfare le prescrizioni tecniche stabilite dalla *lex specialis*, con il corollario che l'appalto avrebbe dovuto essere aggiudicato all'A.T.I. Tollot (passata al primo posto); detto corollario resterebbe fermo anche ove si ritenesse che le offerte delle prime due graduate non avrebbero dovuto essere escluse dalla gara, ma avrebbero dovuto ricevere il punteggio di zero per l'offerta tecnica o, in subordine, avrebbero dovuto ricevere il punteggio di zero per il solo criterio di valutazione dell'offerta tecnica della "*qualità delle tubazioni di acquedotto*", poiché pure in tali ipotesi l'offerta dell'A.T.I. Tollot sarebbe risultata prima in graduatoria, conseguendo rispettivamente il punteggio, nell'un caso di 95,78, nell'altro di 95,61.

Al fine della verifica della fondatezza delle censure appena esposte, è opportuno riportare in sintesi le argomentazioni che la BIM e la controinteressata Fontana S.r.l. (anche: Fontana) hanno addotto a confutazione delle stesse, iniziando l'analisi dal punto 1.a).

In particolare, la BIM premette che due sarebbero i produttori di tubazioni del tipo di quelle richieste dalla *lex specialis*, e cioè la *Tiroler Robre Rbm* e la *Saint Gobain*, tanto che, delle otto partecipanti alla gara, quattro, tra cui l'A.T.I. Fontana e l'A.T.I. Casarotto, hanno presentato condotte del primo produttore e le altre quattro (tra cui l'A.T.I. Tollot) del secondo.

Il *vulnus* lamentato dalla deducente riposerebbe nella giunzione che unisce le tubazioni: poiché per la guarnizione "*a coda di rondine*" (che si trova all'interno del giunto) il capitolato speciale d'appalto rinvia alla norma UNI 9163 e visto che solo la guarnizione offerta dalla *Saint Gobain* ha conseguito questa certificazione, i prodotti della *Tiroler Robre* risulterebbero difformi dalla *lex specialis* di gara, cosicché i primi due classificati in graduatoria avrebbero dovuto essere esclusi.

Ma – lamenta la BIM – ove si abbracciasse la prospettiva di parte ricorrente, si limiterebbe, di fatto, la partecipazione alla gara ai soli concorrenti con tubazioni marchiate “*Saint Gobain*”, ciò che avrebbe evidenti ricadute negative sui principi concorrenziali di matrice comunitaria. Ed è proprio al fine di evitare storture nei meccanismi concorrenziali, che la legge (v. art. 68, comma 5, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016), ammette, ove i documenti di gara si riferiscano alle “*specifiche tecniche*”, l’accesso alla gara dei prodotti “*equivalenti*”: con il ch , deve concludersi che il riferimento della *lex specialis* alla normativa UNI 9163 includa pure l’espressione “*o equivalente*” (cos  il parere dell’A.N.A.C. n. 151 del 27 settembre 2012).

Nel caso *de quo*, l’equivalenza dei prodotti della *Tiroler Robre*, oltre che notoria, sarebbe dimostrata dalla loro conformit  non solo alla normativa europea EN 545, ma anche alla norma tecnica austriaca (“*ONORM B 5014 parte 1*”), in base all’attestazione dell’Ente certificatore nazionale.

Ad ogni modo, l’invocata norma UNI 9163:2010 non sarebbe di tipo prestazionale, bens  meramente dimensionale, nel senso che non qualificherebbe il giunto che unisce le tubazioni in termini di tenuta e resistenza maggiori, ma si limiterebbe ad indicare delle grandezze dimensionali della guarnizione, al ricorrere delle quali l’Istituto di normazione italiano rilascia il certificato. Pertanto, tale norma non escluderebbe per nulla che analoghe prestazioni qualitative possano essere ottenute da un altro giunto elastico automatico con dimensioni diverse (com’  quello della *Tiroler*). In definitiva, il richiamo alla norma UNI 9163 non andrebbe inteso nel senso – fallace – che i prodotti della *Tiroler Robre* siano meno efficienti e meno sicuri di quanto prescritto dalla *lex specialis* di gara, poich  il giunto proposto dalle prime due classificate avrebbe soltanto dimensioni diverse e la *Tiroler* offrirebbe un prodotto “*equivalente*”, sempre “*a coda di rondine*”, a sua volta realizzato in mescola EPDM e conforme alle norme europee UNI EN 545 e UNI EN 681.

Analoghe considerazioni vengono svolte dalla controinteressata, la quale precisa come la norma UNI 9163:2010: A) riguardi il sistema di giunzione elastica e non l'intera tubazione; B) indichi solo le dimensioni del giunto di accoppiamento, senza associare a tali dimensioni alcuna indicazione sulle prestazioni, mentre i requisiti prestazionali del giunto risultano forniti dalla normativa comunitaria EN 545; C) preveda che l'elastomero utilizzato per la guarnizione abbia una mescola di tipo EPDM (le cui caratteristiche sono definite non dalla UNI 9163, ma dalla normativa comunitaria EN 681-1). Quindi, un giunto avente dimensioni diverse rispetto a quelle indicate dalla norma UNI 9163 non avrebbe necessariamente prestazioni inferiori, ma, anzi, ove fosse conforme alla normativa europea EN 545, garantirebbe gli stessi livelli di tenuta.

Tanto premesso, il giunto prodotto dalla *Tiroler Robre* offerto dall'A.T.I. Fontana: A) sarebbe dotato di una guarnizione "a coda di rondine", realizzata con mescola EPDM (come vuole la UNI 9163); B) soddisferebbe tutti i requisiti di prestazione e tenuta di cui alle normative europee UNI EN 545 e UNI EN 681-1. Non avrebbe, però, le dimensioni indicate dalla UNI 9163, né potrebbe averle, perché la forma del bicchiere del tubo della *Tiroler* (l'estremità femmina, in cui va inserita l'estremità maschio) ha un disegno e delle dimensioni diverse rispetto al bicchiere del tubo della *Saint Gobain*, cosicché una guarnizione con le dimensioni previste dalla UNI 9163 non potrebbe essere utilizzata in tubi della *Tiroler* (per quanto conformi alla UNI EN 545).

Traendo le somme da quanto esposto la controinteressata evidenzia, da un lato, che sarebbe distorsivo della realtà asserire che il giunto della *Tiroler Robre* non soddisfi i requisiti di prestazione e tenuta (idraulica), poiché detti requisiti sono stabiliti dalla UNI EN 545 e non dalla UNI 9163 e il giunto in questione ha la certificazione UNI EN 545. D'altro lato, il bando non potrebbe essere letto nel senso che esso abbia imposto, a pena di esclusione dalla gara, o di penalizzazione dell'offerta, le dimensioni della guarnizione di cui alla norma

UNI 9163, perché altrimenti la partecipazione all'appalto sarebbe stata riservata ai soli concorrenti con tubazioni della *Saint Gobain* e la *lex specialis* di gara avrebbe fatto indicazione di prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza, in violazione dell'art. 68 del d.lgs. n. 50/2016.

In definitiva, una lettura della *lex specialis* conforme ai principi comunitari di concorrenza e di *favor participationis* porterebbe a ritenere che il capitolato speciale d'appalto abbia richiamato la UNI 9163 per imporre non già date dimensioni alla guarnizione (perché, se così fosse, avrebbe messo il nome "*Saint Gobain*" alle tubazioni da utilizzare), quanto piuttosto la forma "*a coda di rondine*" e l'impiego del materiale EPDM. In ogni caso, la soluzione tecnica proposta dall'aggiudicataria (e dalla seconda in graduatoria) non avrebbe potuto comportare l'esclusione dalla gara o la penalizzazione per il solo difetto del requisito dimensionale della guarnizione rispetto alla normativa UNI 9163, trattandosi di soluzione "*equivalente*" sul piano tecnico-prestazionale rispetto a quella espressamente richiesta in gara, ai sensi dell'art. 68, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016. Anche la Fontana richiama, in proposito, il parere dell'A.N.A.C. n. 151 del 27 settembre 2012.

In replica, la Tollot sostiene:

- che la normativa europea EN 545 esclude dal proprio campo di applicazione la progettazione dei giunti e la forma delle guarnizioni. Pertanto, un giunto non conforme alla norma italiana UNI 9163 potrebbe considerarsi "*equivalente*" ove sia conforme ad altra norma tecnica di altro Stato membro dell'U.E. (es. quella tedesca), poiché in detta ipotesi – come per la norma UNI 9163 – vi sarebbe un organismo riconosciuto che avrebbe individuato dimensioni dei giunti le quali, da sole, ne assicurano la tenuta idraulica, offrendo un livello di garanzia certificata in ordine a qualità e idoneità del prodotto. Tale livello non sarebbe, invece, garantito dalla conformità alla norma EN 545, poiché in questo caso la sussistenza in concreto dei requisiti prestazionali sarebbe subordinata all'effettuazione di prove sulla funzionalità del prodotto. Né l'equivalenza funzionale del giunto della *Tiroler* a quanto

richiesto dalla P.A. sarebbe dimostrata dalla circostanza che, in passato, tale giunto sia stato utilizzato in altro tratto della condotta;

- che sul mercato sarebbero reperibili altri giunti, oltre a quelli prodotti dalla *Saint Gobain*, i quali soddisferebbero la richiesta della stazione appaltante circa la rispondenza alla norma UNI 9163. In ogni caso, le ditte avrebbero potuto offrire giunti “*equivalenti*” a quanto richiesto dalla *lex specialis*, perché rispondenti ad analoghe normative tecniche adottate da organismi di certificazione di altro Stato membro dell’U.E.: così, sul mercato vi sarebbero giunti rispondenti alla norma tedesca DIN 28603, prodotti sia dalla *Electrosteel Europe*, sia dalla stessa *Tiroler Robre*. Comunque, non sarebbe stata né dichiarata, né comprovata dai concorrenti in sede di offerta l’equivalenza funzionale dei prodotti offerti dalle prime due classificate (A.T.I. Fontana e A.T.I. Casarotto) a quanto richiesto dalla *lex specialis* di gara.

Così sintetizzata la questione, si osserva che le argomentazioni della BIM e della controinteressata, in larga parte coincidenti, non sono adeguatamente contrastate dalla Tollot, le cui repliche a supporto della doglianza di cui al punto 1.a) non convincono.

In particolare, la ricorrente non ha successo nel tentativo di dimostrare che l’A.T.I. Fontana avrebbe potuto offrire prodotti (giunti) di altre imprese (es. *Jindal Saw Italia*), o altri giunti della stessa *Tiroler*, conformi alla norma UNI 9163, senza bisogno di ricorrere al giudizio di equivalenza *ex art. 68* del d.lgs. n. 50/2016 e che, pertanto, non vi sarebbe nessuna “strozzatura” nella concorrenza conseguente alla presenza, sul mercato, di una sola ditta (*Saint Gobain*) produttrice dei giunti prescritti dalla *lex specialis* di gara.

Infatti, i prodotti a cui si riferisce la documentazione depositata dalla ricorrente a comprova delle sue asserzioni (v. all.ti 23 e 31 al ricorso) sono diversi dai giunti anti-sfilamento, aventi guarnizione con profilo “*a coda di rondine*”, richiesti dal capitolato speciale.

In particolare, il prodotto visibile nell’all. 23 è un giunto (denominato “*AJ*”) prodotto dalla *Jindal Saw Italia S.p.A.*, ma dalla documentazione in atti non si

evinces né che esso sia anti-sfilamento “*a doppia camera*”, né che abbia la guarnizione “*a coda di rondine*”. Analogamente, il prodotto visibile nell’all. 31 è un giunto realizzato dalla *Tiroler* (denominato “*Tyton*”), ma nella documentazione in atti si legge che si tratta di un sistema “*non antisfilamento meccanico*” e che la guarnizione per esso prevista è “*ad anello*”. La ricorrente, poi, non fornisce alcuna prova che i giunti rispondenti alla norma tedesca DIN 28603, prodotti dalla *Electrosteel Europe* (ai quali si riferisce il parere dell’A.N.A.C. n. 151/2012 cit. e che, sostiene la Tollot, l’A.T.I. Fontana avrebbe ben potuto offrire), siano a loro volta giunti “*di tipo elastico automatico e antisfilamento con bicchiere a doppia camera*”, di cui quella interna alloggiante “*la guarnizione con profilo a coda di rondine*”, secondo quanto indicato a pag. 11 della parte del capitolato speciale d’appalto recante le norme tecniche.

Ne risulta *ex adverso* confermato che le tesi della ricorrente conducono, se portate fino in fondo, alla conclusione per cui tutte le imprese concorrenti avrebbero dovuto offrire unicamente tubazioni della *Saint Gobain*, trattandosi della sola ditta con guarnizioni conformi (sotto il profilo dimensionale) alla normativa UNI 9163; ma tale conclusione contrasta, all’evidenza, con l’art. 68 del d.lgs. n. 50/2016, il quale:

- al comma 4, afferma che le specifiche tecniche “*consentono*” (id est: devono consentire) pari accesso degli operatori economici alla gara “*e non devono comportare direttamente o indirettamente ostacoli ingiustificati all’apertura degli appalti pubblici alla concorrenza*”;
- al comma 6, vieta che le specifiche tecniche (salvo casi eccezionali) menzionino una fabbricazione o provenienza determinata, o un procedimento particolare caratteristico dei prodotti o servizi forniti da un operatore economico specifico, vietando inoltre che le stesse facciano riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un’origine o a una produzione specifica che avrebbero l’effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti;

- ai commi 5, lett. b), 7 e 8, pone il principio di ammissibilità dell'offerta tecnica equivalente.

Si è, invero, precisato che la prescrizione della *lex specialis* di gara, la quale imponga la formulazione dell'offerta comprensiva di uno specifico prodotto fornito solo da un operatore economico, omettendo la menzione del termine “*o equivalente*”, senza che tale scelta restrittiva/escludente sia giustificata, è illegittima perché in palese violazione dell'art. 68 del d.lgs. n. 50/2016 e, comunque, in contrasto con i principi di libera ed effettiva concorrenza e di *par condicio* (T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 10 marzo 2017, n. 394).

In aderenza al parere dell'A.N.A.C. n. 151 del 27 settembre 2012, il riferimento nella *lex specialis* di gara alla normativa UNI 9163 deve, perciò, intendersi come comprensivo anche dell'espressione “*o equivalente*”. Ciò, ad avviso del Collegio, non tanto in applicazione del principio di eterointegrazione delle clausole della *lex specialis* di gara (colmate automaticamente dall'art. 68 del d.lgs. n. 50/2016), visto il carattere eccezionale della ridetta eterointegrazione (C.d.S., Sez. V, 27 luglio 2017, n. 3699), quanto, piuttosto, in ossequio al canone ermeneutico secondo cui, nel dubbio, l'atto amministrativo va interpretato dando preferenza alla soluzione che privilegia la legittimità di esso (cfr., *ex plurimis*, C.d.S., Sez. V, 31 gennaio 2001, n. 343; id., Sez. IV, 31 maggio 1999, n. 925; id., Sez. V, 27 settembre 1990, n. 694; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 17 giugno 2008, n. 5916).

Respinta, quindi, la tesi della ricorrente dell'inammissibilità dell'offerta, da parte dell'A.T.I. Fontana, delle tubazioni della *Tiroler Rohre*, in quanto difformi dalle specifiche tecniche cui rimanda la *lex specialis* di gara, resta nondimeno da vedere se vi siano la dichiarazione e la prova dell'equivalenza funzionale e prestazionale del prodotto proposto dalla medesima A.T.I., rispetto a quello individuato dalla suddetta *lex specialis*.

Invero, l'A.T.I. Fontana ha indicato, nel documento dell'offerta tecnica dedicato alle “*caratteristiche tecniche generali della tubazione proposta*”, i requisiti prestazionali delle tubazioni offerte (v. doc. 6 di BIM e doc. 2 di Fontana).

Per quanto qui più specificamente interessa, ha dichiarato, al paragrafo 5, che “*la guarnizione a coda di rondine VRS-T*” – cioè quella proposta – “*rispetto alla Tyton garantisce una maggiore sicurezza perché la pressione interna spinge la guarnizione verso la parte esterna del tubo*”.

Come già ricordato più sopra, il giunto “*Tyton*”, prodotto anch’esso dalla *Tiroler*, viene indicato dalla stessa ricorrente (che ne produce la relativa documentazione come all. 31) quale esempio di prodotto “*equivalente*”, poiché esso soddisfa la norma tedesca DIN 28603 e, perciò, garantisce lo stesso livello di garanzia qualificata circa l’idoneità e la funzionalità del prodotto, imposto – nella prospettiva della Tollot – dalla norma UNI 9163. Quindi l’A.T.I. Fontana, avendo dichiarato la superiorità del proprio prodotto rispetto a quello denominato “*Tyton*”, ha implicitamente ma inequivocabilmente fornito la dichiarazione di “*equivalenza*” a quanto prescritto dalla *lex specialis*, anzi di “*più che equivalenza*”, per usare l’arguta espressione impiegata dalla BIM nelle sue difese.

Orbene, detta dichiarazione non forma oggetto di contestazione ad opera della ricorrente (v. art. 64, comma 2, c.p.a.), che nulla dice sulla maggiore idoneità, o meno, del prodotto dell’A.T.I. rispetto al “*Tyton*”, con il che deve considerarsi implicitamente confermata l’idoneità funzionale e prestazionale delle tubazioni offerte dall’A.T.I. aggiudicataria: per queste ultime, perciò, il giudizio di equivalenza riceve risposta positiva.

Peraltro, va condivisa anche l’argomentazione, sviluppata soprattutto dalla Fontana, secondo cui le caratteristiche in termini di prestazione (resistenza, tenuta idraulica, ecc.) del giunto e dell’elastomero utilizzato per la guarnizione con mescola di tipo EPDM si rinvergono, rispettivamente, nelle norme UNI EN 545 e EN 681-1.

Al riguardo è eloquente quanto si legge nel paragrafo “*Tubazioni in ghisa sferoidale*”, a pag. 11 della parte del capitolato speciale d’appalto recante le norme tecniche (all. 8 al ricorso), lì dove si afferma che “*per la giunzione dovranno inoltre essere esibiti i certificati delle prove di prestazione di cui al punto 7 della*

norma EN 545:2010 in originale o in copia conforme (...)”: quindi, anche secondo la *lex specialis*, le caratteristiche prestazionali del giunto sono indicate nella menzionata normativa UNI EN 545.

Analogamente, per la guarnizione, si legge che il giunto dovrà avere bicchiere a doppia camera e che *“quella interna alloggerà la guarnizione con profilo a coda di rondine secondo UNI 9163 in EPDM, conforme alla norma EN 681-1, che assicura la tenuta idraulica”*, mentre *“quella esterna alloggerà l’anello antisfilamento che assicura la resistenza contro lo sfilamento (...)*”. Quindi, anche in questo caso il richiamo per le caratteristiche tecnico-prestazionali è alla norma EN 681-1, mentre la norma UNI 9163 attiene ai profili dimensionali. Dirimente, sul punto, è il testo della norma UNI EN 9163 prodotto dalla medesima deducente (all. 17 al ricorso), lì dove si legge, nel paragrafo intitolato *“Scopo e campo di applicazione”*, che *“la presente norma stabilisce le dimensioni di riferimento del giunto elastico automatico e dei suoi accessori che permettono l’accoppiamento della giunzione, per tubi e pezzi speciali in ghisa a grafite sferoidale fabbricati secondo le norme UNI EN 545 e UNI EN 598 e destinati alla costruzione di condotte per il trasporto di acqua (.....) per esercizio sia in pressione che a gravità”*.

Donde, in definitiva, l’infondatezza della censura della ricorrente di cui al punto 1.a).

Venendo, ora, alla doglianza di cui al più sopra menzionato punto 1.b) (mancata dimostrazione della rispondenza dei materiali impiegati al d.m. n. 174/2004, per la mancata esecuzione delle prove sulla migrazione dei coloranti richieste dal citato decreto ministeriale), è opportuno premettere che il d.m. n. 174 cit. reca il regolamento *“concernente i materiali e gli oggetti che possono essere utilizzati negli impianti fissi di captazione, trattamento, adduzione e distribuzione delle acque destinate al consumo umano”*.

Orbene, la BIM eccepisce a tal proposito che, in base alla capitolato speciale d’appalto (cfr. pag. 11), era sufficiente che i concorrenti dichiarassero la conformità – come ha fatto l’A.T.I. aggiudicataria – salvo successiva verifica da parte della stazione appaltante. In ogni caso, le certificazioni rilasciate alla

Tiroler dalle autorità austriache dovrebbero considerarsi idonee anche ai sensi dell'art. 5 del d.m. n. 174/2004.

Più articolato è il ragionamento svolto al riguardo dalla controinteressata la quale, dopo avere a sua volta eccepito che la *lex specialis* richiedeva la conformità dei materiali al d.m. n. 174/2004, e non la prova di tale conformità (salve le successive verifiche da parte della stazione appaltante), aggiunge di avere versato in atti la prova della conformità anche rispetto alla migrazione dei coloranti (v. doc. 5 di Fontana). Del resto, le tubazioni della *Tiroler Robre* avrebbero ottenuto sia in Germania che in Austria la certificazione per veicolare acqua potabile, cosicché, in conclusione, il prodotto offerto dall'A.T.I. Fontana sarebbe quantomeno “*equivalente*”, nel significato proprio dell'art. 68 del d.lgs. n. 50/2016, a quello previsto dal capitolato speciale d'appalto anche sotto il profilo del rispetto del d.m. n. 174/2004.

La Tollot replica che la necessità della prova sulla migrazione dei coloranti deriverebbe dallo stesso d.m. n. 174/2004. Né la carenza dell'offerta dell'A.T.I. Fontana sarebbe sanata dal certificato prodotto dalla controinteressata come doc. 5, il quale, oltre a non richiamare il d.m. n. 174/2004 e ad essere incompleto circa la prova sui coloranti, risalirebbe al 24 agosto 2017 e, dunque, sarebbe successivo alla presentazione dell'offerta. Da ultimo, non rileverebbe nemmeno il fatto che i materiali proposti dall'A.T.I. Fontana sarebbero conformi alla normativa del Paese di produzione, dovendo tali prodotti essere utilizzati in Italia e dovendo, perciò, essi rispettare la normativa italiana, peraltro richiamata esplicitamente dalla *lex specialis*.

Tuttavia, neanche le suesposte repliche della Tollot sono convincenti, atteso che né la *lex specialis* di gara, né il d.m. n. 174/2004 imponevano ai concorrenti di fornire, in sede di presentazione dell'offerta, la prova della conformità dei materiali impiegati al citato decreto ministeriale e, quindi, la prova sulla migrazione dei coloranti.

In particolare, il capitolato speciale si limita a stabilire che *“i materiali dovranno essere conformi al D.M. 174 Ministero della Salute del 6/4/2004 per le parti applicabili”* (v. il parag. *“Tubazioni in ghisa sferoidale”* a pag. 11 della parte recante le *“norme tecniche”*). In base alle regole generali, bastava, quindi, che all’atto della presentazione dell’offerta i concorrenti dichiarassero la suddetta conformità, salva, poi, l’apposita verifica da parte della stazione appaltante: a conforto di ciò, si richiama la ben diversa formulazione dello stesso paragrafo – poc’anzi riportata – che, per la giunzione, imponeva di esibire già in sede di presentazione dell’offerta *“i certificati delle prove di prestazione di cui al punto 7 della norma EN 545:2010”*.

Contrariamente all’assunto della deducente, peraltro, neppure nel d.m. n. 174/2004 si rinviene alcuna previsione da cui discenda l’onere di allegare, già in sede di domanda di partecipazione alla gara, la prova della conformità dei materiali offerti al decreto stesso e, più, in specie, la prova sulla migrazione dei coloranti. Né, del resto, la Tollot ha indicato una specifica previsione normativa del decreto in questione, da cui si possa desumere il suddetto onere.

Ne deriva l’infondatezza anche della censura di cui al punto 1.b) sopra riportato.

2) Nella seconda parte del primo motivo di ricorso, la deducente lamenta che le offerte delle prime due graduate avrebbero dovuto essere escluse dalla gara, con conseguente aggiudicazione di questa all’A.T.I. Tollot – oltre che per quanto già detto – anche per la sussistenza di ulteriori difformità delle soluzioni progettuali dalle stesse proposte (in relazione all’elemento di valutazione *“attraversamenti F. Piave e Ferrovia”*), che sarebbero irrealizzabili sotto il profilo tecnico.

In dettaglio:

- l’A.T.I. prima classificata (*“A.T.I. Fontana”*) avrebbe anzitutto progettato, nel lato di *“entry point”*, al fine di superare lo strato alluvionale, per ambedue le perforazioni previste, la realizzazione di un involucro (*“casing”*) in acciaio per

una lunghezza di circa mt. 34, da eliminare a fine perforazioni. Il diametro del “*casing*”, tuttavia, non sarebbe compatibile per il passaggio dell’alesatore, cosicché tale attività sarebbe irrealizzabile. Inoltre, non avrebbe dato atto, nella relazione tecnica dimessa in gara, della presenza di un geologo in cantiere durante le perforazioni. Ancora, per l’attraversamento della rete ferroviaria avrebbe previsto la posa di un tubo camicia in acciaio DN 450 mm., nel mentre quello autorizzato da Rete Ferroviaria Italiana sarebbe il DN 350 X 6 mm.;

- l’A.T.I. seconda classificata (“A.T.I. Casarotto”), dal canto suo, non avrebbe specificato il tipo e il diametro di alesature; avrebbe previsto sia la realizzazione dei cd. *casing*, sia l’attraversamento della rete ferroviaria a mezzo di “*trivella-spingitubo con smarino a coclea*”, ma detto sistema non sarebbe compatibile con i terreni (alluvionali) in cui si devono realizzare le opere; analogamente, non sarebbe compatibile con tali terreni l’utilizzo per la perforazione del foro pilota di lancia a getti con punta a scalpello, del pari previsto dall’A.T.I.; ancora, avrebbe fatto una descrizione sommaria e generica sia di come avverrebbe la perforazione con sistema teleguidato in sistemi sabbioso-limosi, sia di come avverrebbe la perforazione in detti terreni con sistema trivella-spingitubo, sia di come avverrebbe la gestione di fanghi; infine, avrebbe indicato di appoggiare la colonna di varo su cumuli di terreno e/o fasci di paglia, salvo poi affermare che i tubi sarebbero collocati su rulli.

Sul punto si rileva che le difese della BIM e della controinteressata valgono efficacemente a confutare le contestazioni mosse dalla Tollot alle soluzioni progettuali dell’A.T.I. Fontana.

In particolare, quanto all’allungamento della lunghezza della perforazione, alla riduzione del raggio di curvatura della perforazione, alla proposta di modifica del tipo di acciaio dei tubi camicia, nonché al cd. *casing*, si tratta in tutti i casi non di difformità progettuali, ma di mere variazioni migliorative per l’attraversamento del fiume Piave, che l’offerente ha sottoposto all’apprezzamento discrezionale della Commissione giudicatrice: ciò è reso

palese dal fatto che, nella parte della relazione dell'A.T.I. dedicata all'attraversamento del fiume Piave si parla, appunto, di "*variazioni proposte*" (v. all. 20 al ricorso, recante la relazione "B" contenuta nell'offerta tecnica dell'AT.I. Fontana).

Analogo discorso vale anche, stavolta con riguardo all'attraversamento della ferrovia, per la questione della posa di un tubo in camicia in acciaio DN 450 mm., mentre quello autorizzato da Rete Ferroviaria Italiana è il DN 350 X 6 mm.. Pure in questo caso si tratta non di una difformità progettuale, ma della proposta di una semplice variante migliorativa, tant'è vero che la stessa A.T.I. proponente si cautela, aggiungendo: "*resta da valutare se tale cambiamento comporti una nuova approvazione da parte di RFI: se così fosse ed i tempi non fossero congruenti con il lavoro, si procederà all'esecuzione dell'attraversamento con le medesime tubazioni da progetto ed approvate (...)*" (cfr. pag. 4 della relazione "B" sub all. 20 al ricorso).

Quanto, infine, alla mancata evidenziazione, nella relazione tecnica dimessa in gara, della presenza di un geologo in cantiere durante le perforazioni, da un lato non si tratta di requisito previsto a pena di esclusione dalla *lex specialis* di gara; dall'altro, nella relazione "E" contenuta nell'offerta tecnica dell'aggiudicataria, è indicata la presenza di un geologo (il dott. Marcello Viti), il quale fa parte di una pluralità di gruppi di lavoro, tra cui quello degli "*Assistenti alla Direzione di Cantiere*" (v. doc. 11 della controinteressata).

Ne deriva l'infondatezza delle contestazioni mosse dalla ricorrente alle soluzioni progettuali proposte dall'A.T.I. Fontana per l'attraversamento del fiume Piave e l'attraversamento della ferrovia, cosicché non residua in capo alla deducente alcun interesse all'esame delle contestazioni da essa rivolte alle soluzioni progettuali della seconda classificata. Con il ché, il secondo gruppo di doglianze contenute nel primo motivo – sopra riportate *sub* 2) – risulta in parte infondato e per il resto inammissibile per mancato superamento della cd. prova di resistenza.

In definitiva, perciò, il primo motivo di ricorso è nel suo complesso da respingere, per l'infondatezza delle doglianze con esso dedotte (nonché

l'inammissibilità delle contestazioni rivolte alle soluzioni progettuali dell'A.T.I. Casarotto). Sono, così, infondate e da respingere le censure, formulate in via principale dalla deducente, dal cui accoglimento la predetta deducente si riprometteva di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto (o il subentro in questo).

Occorre, a questo punto, passare alla disamina degli ulteriori motivi di ricorso, proposti in subordine dalla Tollot ed a mezzo dei quali la società fa valere il proprio interesse strumentale all'annullamento dell'intera procedura di gara, ai fini della riedizione di essa.

Entro questi più ristretti limiti, il ricorso è fondato e da accogliere per le stesse ragioni già accennate in sede cautelare, da cui, pur al più approfondito esame proprio della fase di merito del giudizio, non si rinvengono elementi per discostarsi.

In particolare, sono fondati il secondo ed il terzo motivo di gravame (rubricati, nel ricorso, *sub* II.2 e *sub* II.3), a mezzo dei quali la Tollot lamenta che la Commissione di gara, dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, ha ritenuto di attribuire un peso (e quindi un punteggio) maggiore a taluni dei sub-criteri indicati nel disciplinare, nonché ha finito per aggiungere surrettiziamente un sub-criterio, riguardante il minor ricorso alla richiesta di subappalto.

Per quanto riguarda l'illegittima "pesatura" e graduazione dei sub-criteri, si legge, nel verbale della seduta riservata per la valutazione dell'offerta tecnica dei concorrenti, svoltasi il 29 maggio e poi il 1° giugno 2017 (all. 3 al ricorso), che:

- in relazione al criterio A (*"aspetti inerenti la qualità delle tubazioni di acquedotto"*), per cui la *lex specialis* ha previsto un massimo di n. 18 punti, *"la commissione ha concordato di valutare le offerte tenendo conto maggiormente dei seguenti requisiti: rivestimento delle tubazioni (...), modalità di posa, modalità di giunzione e uniformità della fornitura"*;

- con riferimento al criterio B (“*attraversamenti F. Piave e ferrovia*”), per cui la *lex specialis* ha previsto un massimo di n. 12 punti, “*la commissione ha concordato di valutare le offerte tenendo conto maggiormente dei seguenti requisiti: mantenimento dei punti di ingresso e di uscita previsti in progetto con accorgimenti puntuali per prevenire la dispersione dei fanghi in ambiente, caratteristiche del tubo camicia (...), soluzioni per prevenire l'impaccamento dei distanziatori in fase di infilaggio e qualità/tipologia delle condotte di linea*”;
- in relazione al criterio C (“*nuovo serbatoio di estremità e stazioni di sollevamento*”), per cui la *lex specialis* ha previsto un massimo di n. 14 punti, “*la commissione ha concordato di valutare le offerte tenendo conto maggiormente dei seguenti requisiti: classe di resistenza dei calcestruzzi e classe di esposizione, aspetti funzionali legati alle future attività di gestione e manutenzione degli impianti anche inerenti la sicurezza (...), migliorie al sistema tubistico e sistemi di impermeabilizzazione delle strutture*”;
- con riguardo al criterio D (“*compatibilità ambientale*”), per il quale era previsto un massimo di n. 8 punti, “*la commissione ha concordato di valutare le offerte tenendo conto maggiormente dei seguenti requisiti: redazione di un piano di monitoraggio ambientale, aspetti legati alle modalità di lavoro in area urbanizzata e gestione delle interferenze con la viabilità in modo da ridurre al minimo i disagi alla popolazione, disponibilità al monitoraggio di cedimenti del manto stradale anche con misure di pronto intervento, modalità operative di mantenimento della pulizia della viabilità e presenza di un piano di gestione dei materiali di risulta provenienti dagli scavi*”;
- con riguardo al criterio E (“*struttura organizzativa dell'impresa e del cantiere*”), per il quale la *lex specialis* di gara ha previsto un massimo di n. 8 punti, “*la commissione ha concordato di valutare le offerte tenendo conto maggiormente dei seguenti requisiti: presenza di un'organizzazione strutturata secondo i principi e le metodologie del Project Management, numero e composizione delle squadre, tipologia di mezzi di proprietà messi a disposizione*”;
- infine, quanto al criterio F (“*aspetti inerenti la sicurezza*”), per cui era previsto un massimo di n. 10 punti, “*la commissione ha concordato di valutare le offerte tenendo conto maggiormente dei seguenti requisiti: minor ricorso alla richiesta di subappalto (...),*

metodologie di gestione dei subappaltatori e dei fornitori, metodi di controllo del personale in cantiere”.

Orbene, tutte le riferite attività di attribuzione di un maggior peso a taluni dei sub-criteri, a discapito di altri, sono illegittime in quanto: 1) compiute dalla Commissione di gara (la quale, così agendo, ha introdotto elementi che, ove fossero stati noti prima della redazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la loro preparazione ad opera dei concorrenti); 2) per giunta, dopo che le buste recanti le offerte tecniche erano già state aperte, come si evince dal verbale della seduta di gara del 16 maggio 2017 (all. 2 al ricorso).

Sotto il primo profilo, si sottolinea che, in base al pregresso art. 83 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, è il bando della gara pubblica che deve indicare i criteri di valutazione cui si atterrà la Commissione giudicatrice, nonché, per ciascun criterio di valutazione prescelto e, laddove necessario, gli specifici sub-criteri e sub-punteggi (cfr. C.d.S., Sez. V, 20 settembre 2016, n. 3911). Nello stesso senso è, ora, l'art. 95, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, in base al quale *“I documenti di gara (...) elencano i criteri di valutazione e la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, prevedendo una forcella in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere adeguato. Per ciascun criterio di valutazione prescelto possono essere previsti, ove necessario, sub-criteri e sub-pesi o sub-punteggi”*. Ciò, al fine che sin dal momento della pubblicazione del bando, ogni concorrente sia in grado di esprimere la propria offerta tecnica conoscendo quali saranno gli elementi che verranno presi in considerazione e fatti oggetto di valutazione da parte della Commissione (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 3 novembre 2015, n. 12395).

Sotto il secondo profilo, poi, la giurisprudenza ha evidenziato come la graduazione dell'importanza e del peso dei sub-criteri dopo l'apertura delle buste con le offerte tecniche comporti il rischio che si possano premiare talune offerte già conosciute, plasmando e modulando i sub-punteggi in modo da valorizzarne le specifiche caratteristiche (T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 11 febbraio 2017, n. 75; T.A.R. Liguria, Sez. II, 23 giugno 2010, n. 5252; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 27 novembre 2007, n. 1854).

Pertanto, il divieto di graduare i sub-criteri, attribuendo ad essi sub-punteggi, dopo l'apertura delle offerte tecniche, costituisce principio generale delle procedure a evidenza pubblica, che, ove violato, determina l'illegittimità della gara indipendentemente dalla dimostrazione – pari ad una *probatio diabolica* – che ne sia stato condizionato l'esito (T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, n. 75/2017, cit.; T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 3 novembre 2008, n. 1476).

Quanto, infine, all'indicazione di un maggior punteggio per il minor ricorso al subappalto, si tratta della previsione di un autentico nuovo sub-criterio ad opera della Commissione di gara, in violazione del divieto, per la ridetta Commissione, di introdurre sub-criteri di valutazione delle offerte tecniche, sancito dal cd. terzo decreto correttivo al d.lgs. n. 163/2006 e ribadito dal già visto art. 95, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 (cfr., *ex plurimis*, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-*quater*, 19 maggio 2017, n. 5971; T.A.R. Marche, Sez. I, 15 maggio 2017, n. 358; T.A.R. Umbria, Sez. I, 13 giugno 2016, n. 499, con la giurisprudenza ivi elencata).

Da quanto finora esposto si ricava inequivocabilmente l'illegittimità dell'operato della Commissione di gara, non potendo certo servire quale giustificazione l'argomento svolto da BIM nelle sue difese, della formazione tecnica e non giuridica dei membri della suddetta Commissione, i quali, perciò, non avrebbero avuto adeguate capacità di verbalizzare le operazioni di gara.

Nemmeno sono convincenti le argomentazioni difensive svolte sul punto dalla controinteressata sia nella memoria di costituzione che in quelle successive.

Da un lato, infatti, la Fontana sottolinea come, secondo il verbale del 16 maggio 2017, l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche sia stata effettuata al solo fine di verificare la completezza della documentazione presentata e la sua conformità rispetto ai contenuti richiesti nel disciplinare di gara: ma è di palmare evidenza che per una simile operazione di verifica era indispensabile una lettura, sia pur fugace, delle offerte stesse, cosicché non

può in alcun modo condividersi il corollario che da tale verbale pretende di trarre la controinteressata, ossia che nessuna lettura del contenuto delle offerte vi sarebbe stata prima della seduta riservata.

D'altro lato, è irrilevante che in concreto i sub-criteri del disciplinare di gara non siano stati ponderati dalla Commissione *in malam partem* rispetto alla ricorrente, ma, in taluni casi, essi abbiano operato anche in senso favorevole alla stessa.

Da ultimo, la Fontana cerca vanamente di confutare la natura innovativa del sub-criterio del “*minore ricorso alla richiesta di sub-appalto*”, introdotto della Commissione di gara, riportandolo al criterio F del disciplinare di gara (“*aspetti inerenti la sicurezza*”: cfr. all. 6 al ricorso): ma, a ben guardare, la Commissione giudicatrice ha deciso di dare un maggiore punteggio per tale sub-criterio in funzione non solo del “*minor rischio di attività tra ditte interferenti*”, ma anche delle “*minori attività di verifica necessarie*”, ossia in funzione di un profilo che fuoriesce dagli “*aspetti inerenti la sicurezza*”. Di qui la conferma del carattere illegittimamente innovativo del sub-criterio *de quo*.

In conclusione, pertanto, mentre – come già detto – è infondato il primo motivo di ricorso e, pertanto, vanno respinte le domande formulate in via principale dalla ricorrente (ivi compresa la domanda di risarcimento in forma specifica, con aggiudicazione o subentro nel contratto di appalto), sono fondati e da accogliere il secondo e il terzo motivo del ricorso.

Conseguentemente, previo assorbimento del quarto motivo, va accolta la domanda, formulata in via subordinata dalla Tollot, di annullamento dell'intera procedura di gara, ai fini della riedizione della stessa.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura di cui al dispositivo nei riguardi delle parti costituite, mentre sono compensate nei riguardi delle altre parti che, pur evocate in giudizio, non si sono in esso costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto – Sezione Prima (I[^]), così definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti della domanda proposta in subordine e, per l'effetto, annulla l'intera procedura di gara, ai fini della sua eventuale rinnovazione, respingendo le altre domande proposte dalla ricorrente e, in specie, quella di risarcimento del danno, in forma specifica o per equivalente.

Condanna la BIM Gestione Servizi Pubblici S.p.A. e la Fontana S.r.l. al pagamento, in favore della ricorrente, delle spese ed onorari di causa, che liquida in via forfettaria in € 1.000,00 (mille/00) per ciascuna delle ridette soccombenti, per complessivi € 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge, compensando, invece, le spese nei confronti delle altre parti non costituite in giudizio.

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

Così deciso in Venezia, nella Camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2018, con l'intervento dei magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Pietro De Berardinis, Consigliere, Estensore

Nicola Fenicia, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Pietro De Berardinis

IL PRESIDENTE
Maurizio Nicolosi

IL SEGRETARIO