



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2931 del 2018, proposto da Edeco Cooperativa Sociale Onlus in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. con la Food Service Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Federica Scafarelli, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Giosuè Borsi, 4

contro

Ministero dell'interno, Ufficio territoriale del Governo di Padova, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12

nei confronti

Soc. coop. sociale Badia Grande, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Sciarrino e Guido Maria Pottino, con domicilio eletto presso lo studio Luigi Avv. Sciarrino in Roma, piazza Augusto Imperatore,

Tre Fontane Società Cooperativa Sociale in proprio ed in qualità di Capogruppo Mandataria del Costituendo R.T.I. con la Medihospes Cooperativa Sociale Onlus, non costituita in giudizio

per la riforma della sentenza del T.A.R. del Veneto, Sezione I, n. 1207/2017

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno - Ufficio Territoriale del Governo di Padova e della Soc. Coop. Sociale Badia Grande;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 gennaio 2019 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l'avvocato Scafarelli, l'avvocato dello Stato Peluso e l'avvocato Pottino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

Con bando pubblicato in data 7 dicembre 2016 e per estratto sulla Gazzetta Ufficiale n. 143 del 09 dicembre 2016 e n. 145 del 14 dicembre 2016, la Prefettura di Padova indiceva una gara per la gestione dei servizi di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale sul territorio della provincia, relativa al periodo 1 gennaio 2017 - 31 dicembre 2018, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Con riferimento al *lotto 2*, concernente le strutture messe a disposizione dalla stazione appaltante, venivano ammessi a partecipare alla gara sei concorrenti.

All'esito della valutazione delle offerte, risultava: prima classificata la Cooperativa Badia Grande (pt. 100,0000); secondo classificato il R.T.I. Tre Fontane - Senis Hospes (pt. 98,1621); terza classificata la Cooperativa Azione Sociale (pt. 88,3001); quarto classificato il costituendo R.T.I. Edeco - Food Service (pt. 23,4371).

All'esito della verifica di anomalia delle offerte delle prime tre classificate, l'Amministrazione attivava il procedimento di verifica della loro congruità, dichiarandole, infine, giustificate ed adeguate.

Con il provvedimento n. 25023 del 7 aprile 2017, la stazione appaltante aggiudicava quindi la procedura a Badia Grande.

L'odierno appellante R.T.I. Edeco - Food Service Italia, con ricorso n. 566/2017 al Tribunale amministrativo per il Veneto impugnava gli atti conclusivi della gara e ne chiedeva l'annullamento.

Il Tribunale amministrativo per il Veneto, Sezione II, con sentenza n. 1207/2017 accoglieva il ricorso limitatamente al motivo relativo al difetto di istruttoria e di motivazione nel giudizio espletato dalla Commissione di gara sull'anomalia delle offerte, dichiarava assorbiti i motivi formulati in via subordinata e rigettava tutti gli altri motivi di gravame.

In esecuzione di siffatta decisione, la Commissione procedeva alla rivalutazione delle offerte anomale previa richiesta di integrazione documentale ai concorrenti coinvolti. All'esito della nuova valutazione, veniva confermata l'aggiudicazione della gara alla Cooperativa Badia Grande.

Avverso siffatta aggiudicazione, il costituendo R.T.I. Edeco - Food Service proponeva ricorso n. 478/2018 dinnanzi al Tribunale amministrativo per il Veneto. Con sentenza n. 1052/2018, il Tribunale amministrativo accoglieva anche tale secondo ricorso limitatamente al motivo relativo al difetto di motivazione e di istruttoria di cui al secondo giudizio di verifica dell'anomalia espletato dalla Commissione di gara.

Per quanto qui rileva si osserva che, avverso la sentenza 1207/2017, pubblicata il 29 dicembre 2017, il costituendo RTI Edeco - Food Service proponeva appello articolando i seguenti motivi di impugnazione:

- *Erroneità della impugnata sentenza per mancato accoglimento del primo motivo del ricorso. Error in iudicando. Violazione del principio di immodificabilità dell'offerta da parte della commissione di gara. Violazione del principio della par condicio. Violazione del principio di trasparenza. Violazione dell'art. 97 cost., dell'art. 30, comma 2, D.Lgs. 50/2016. Violazione della lex specialis. Genericità ed indeterminatezza dell'offerta. Eccesso di potere per ingiustizia manifesta e sviamento di potere.*

- *Erroneità della impugnata sentenza per mancato accoglimento del quinto motivo del ricorso. Error in iudicando. Mancata attribuzione ad Edeco di punti 4 previsti dalla lex specialis per il possesso della certificazione di qualità al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara. Illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione della lex specialis. Eccesso di potere per ingiustizia manifesta, illogicità, irragionevolezza, contraddittorietà, disparità di trattamento, inadeguatezza dell'istruttoria.*

- *Erroneità della impugnata sentenza per mancato accoglimento del decimo motivo del ricorso. Error in iudicando. Esclusione dell'offerta presentata da Badia Grande per violazione della lex specialis di gara e del principio di non modificabilità delle offerte in sede di giustificazioni dell'offerta. Violazione degli artt. 83, comma 8, e 97 d.lgs. 50/2016.*

- *Erroneità della impugnata sentenza per mancato accoglimento dei motivi secondo, terzo, quarto, sesto, nono, undicesimo, dodicesimo e tredicesimo, nella parte in cui le ricorrenti hanno chiesto che direttamente in via giurisdizionale fosse dichiarata l'esclusione delle controinteressate per anomalia delle offerte presentate. Error in iudicando. Anomalia delle offerte presentate da Badia Grande, dal R.T.I. Tre Fontane/Senis Hospes. Violazione dell'art. 97 D.Lgs. 50/2016. Eccesso di potere per falsa rappresentazione della realtà, irragionevolezza, inadeguatezza dell'istruttoria, difetto di motivazione.*

- *Erroneità della sentenza impugnata laddove ha consentito alla Stazione Appaltante di rinnovare integralmente l'istruttoria sul giudizio di anomalia, consentendo alle controinteressate di produrre ulteriore documentazione a giustificazione della propria offerta economica. Error in iudicando. Violazione dell'art. 97 D.Lgs. 50/2016.*

In subordine,

- Illegittimità del decreto di nomina dei componenti della commissione esaminatrice. Violazione del principio di imparzialità. Violazione dell'art. 97 della costituzione. Violazione dell'art. 77, comma 4, D.Lgs. 50/2016. Illegittimità derivata di tutti gli altri atti impugnati.

In via di ulteriore subordine,

- Illegittimità del verbale in seduta riservata del 15/02/2017 prot. interno 15971 del 7 marzo 2017. Violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del D.Lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione della lex specialis. Difetto di motivazione, sia per violazione della legge n. 241/1990, sia sotto il profilo dell'eccesso di potere. Eccesso di potere sotto il profilo dell'arbitrarietà e dell'illogicità. Illegittimità derivata dei successivi verbali ed atti di gara.

L'appellante formulava altresì istanza di risarcimento del danno.

Nell'ambito di tale giudizio si sono costituiti il Ministero dell'interno e la Prefettura di Padova nonché la Cooperativa sociale Badia Grande che hanno concluso per la dichiarazione di inammissibilità e il rigetto dell'appello con conferma della sentenza impugnata.

Con ordinanza n. 6524 del 19 novembre 2018, il Collegio ha disposto il rinvio della discussione alla nuova udienza pubblica del 17 gennaio 2019.

All'udienza pubblica del 17 gennaio 2019 il ricorso è trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto da Edeco Cooperativa Sociale Onlus e da Food Service Italia s.r.l., in proprio ed in qualità di componenti di un costituendo R.T.I., avverso la sentenza del Tribunale amministrativo per il Veneto, Sezione Seconda, n. 1207 del 6 dicembre 2017, che ha accolto in parte il ricorso del medesimo R.T.I. costituendo avverso gli atti della gara indetta dalla Prefettura di Padova per la gestione dei servizi di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale sul territorio della provincia, relativa al periodo 1 gennaio 2017 - 31 dicembre 2018.

2. Occorre in primo luogo vagliare la procedibilità dell'appello.

Come sopra rilevato, infatti, la sentenza del Tribunale amministrativo n. 1207/2017, nel respingere i motivi di ricorso articolati dalla Edeco soc. Coop., ha accolto il (solo) motivo relativo al carattere ingiustificato della motivazione sottesa al favorevole giudizio di anomalia espresso nei confronti delle concorrenti classificatesi ai primi tre posti della graduatoria.

A seguito di tale sentenza, la stazione appaltante ha proceduto nuovamente alla verifica di anomalia di tali offerte e ha nuovamente concluso nel senso del carattere complessivamente congruo e giustificato delle stesse.

Tale determinazione è stata impugnata nuovamente in primo grado dalla Edeco soc. coop. con ricorso che il Tribunale amministrativo del Veneto ha respinto con sentenza n. 1052/2018.

2.1. Osserva il Collegio che, nonostante gli ulteriori esiti procedurali e giudiziari di cui si è appena detto, il presente ricorso non è improcedibile e va conseguentemente esaminato nel merito.

Invero, laddove il presente appello risultasse fondato, ne resterebbero travolte le determinazioni assunte dalla stazione appaltante in esecuzione dell'appellata sentenza n. 1207/2017 (con la quale era stato sancito il carattere immotivato delle determinazioni adottate all'esito della verifica di anomalia ed era stato affermato l'obbligo di riprovvedere da parte della stazione appaltante).

3. Il ricorso in appello è tuttavia infondato nel merito.

4. Con il primo motivo di appello la Edeco lamenta che erroneamente il Tribunale amministrativo avrebbe respinto il motivo con cui si era lamentata l'indeterminatezza dell'offerta economica formulata in gara dall'aggiudicataria Badia Grande.

In particolare, il primo giudice avrebbe erroneamente ritenuto che, pur avendo l'aggiudicataria formulato la propria offerta a corpo, fosse comunque desumibile il

costo unitario per i servizi di accoglienza espressi in un ammontare monetario *pro die* e *pro capite*. In tal modo operando il Tribunale amministrativo avrebbe in sostanza supplito con intervento proprio a un'evidente lacuna dell'offerta formulata.

4.1. Il motivo è infondato.

Non si ritiene qui di porre in dubbio l'orientamento consolidato per cui è fatto divieto alle commissioni di manipolare e adattare le offerte economiche formulate dai concorrenti.

Ma, nel caso in esame, nessuna attività di manipolazione o di adattamento era stata effettuata dalla Commissione la quale (come condivisibilmente ritenuto dal Tribunale amministrativo) si era limitata ad assumere quale base di calcolo l'importo a corpo offerto dalla Badia Grande e a dividerlo per il numero dei posti e dei giorni indicati dalla *lex specialis*, in tal modo ottenendo il costo unitario finale (pari ad euro 23,32 *pro die/pro capite*).

Non pare che in tal modo operando la commissione abbia introdotto elementi modificativi dell'offerta o che ne abbia adattato il contenuto, essendosi piuttosto limitata ad operare un computo lineare (e di fatto obbligato nel percorso logico e operativo) al fine di ottenere il richiesto valore unitario finale.

Né può essere condivisa la censura dell'appellante per cui l'operazione di computo realizzata dalla commissione risulterebbe comunque arbitraria, non avendo – ad esempio – la Badia Grande indicato se l'offerta a corpo fosse riferita al biennio posto a gara ovvero a un solo anno di gestione del servizio.

La tesi non può essere condivisa dal momento che l'offerta non poteva che intendersi formulata con riferimento a un orizzonte temporale del tutto coincidente con quello richiesto dalla normativa di gara.

5. Con il secondo motivo di appello la Edeco lamenta che erroneamente il Tribunale amministrativo abbia respinto il motivo con cui si era lamentata la mancata attribuzione in proprio favore del punteggio previsto in relazione al possesso della

certificazione di qualità IS 9001 per la specifica attività di accoglienza dei migranti (in tal senso il punto 1e) dell'allegato 3B del disciplinare di gara).

Al riguardo il primo giudice avrebbe erroneamente omissso di considerare che la *lex specialis* si limitava a richiedere che il requisito fosse posseduto “*alla data di scadenza del bando*” (laddove l'appellante possedeva in effetti il requisito in parola alla richiamata data di scadenza).

5.1. Il motivo è infondato.

Se infatti è pacifico in atti che l'appellante era in possesso della richiamata qualificazione alla data di scadenza del bando, è altresì pacifico che in data successiva (e comunque nel corso della gara) ha subito una soluzione di continuità nel possesso del requisito in quanto l'ente certificatore SGS Italia aveva sospeso la certificazione (che era stata poi nuovamente rilasciata da un nuovo e diverso ente certificatore solo in data 15 febbraio 2017).

L'appellante afferma che la previsione della *lex specialis* per cui la certificazione avrebbe dovuto essere posseduta “*alla data di scadenza del bando*” va intesa nel senso di rendere irrilevanti soluzioni di continuità verificatesi in momenti successivi, sufficiente essendo che il requisito fosse posseduto alla data della scadenza.

La tesi non può essere condivisa in quanto finirebbe per confliggere con il (più che consolidato) principio della necessaria continuità nel possesso dei requisiti richiesti dalla legge di gara (in tal senso - *ex multis* -: Cons. Stato, V, 31 ottobre 2016, n. 4558; *id.*, V, 13 settembre 2016, n. 3866; *id.*, IV, 3 maggio 2016, n. 1717).

Ai fini che qui rilevano si osserva che non emerge una ragione sistematica per ritenere che tale principio operi in relazione ai requisiti partecipativi di carattere necessario e non anche in relazione ai requisiti di carattere – per così dire – ‘premiale’ ai fini dell'attribuzione del punteggio di gara.

La tesi inoltre comporterebbe paradossalmente che un concorrente potrebbe invocare l'attribuzione del punteggio aggiuntivo connesso al possesso di una

certificazione di qualità in ragione della sua sussistenza in un puntuale e determinato momento storico, anche quando tale requisito sia stato in seguito perduto e non più riacquistato.

6. Con il terzo motivo di appello (in sostanza reiterativo di analogo motivo già articolato in primo grado e disatteso del Tribunale amministrativo) la Edeco lamenta che il primo giudice abbia omesso di rilevare la discrasia fra l'offerta formulata dalla Badia Grande e la legge di gara (Scheda n. 2 allegata all'Accordo Quadro).

In particolare, il primo giudice avrebbe omesso di rilevare che

- mentre la *lex specialis* stabiliva che il concorrente potesse affidare a terzi, tramite *catering*, il solo servizio di preparazione dei pasti (restando riservata al concorrente stesso l'attività di distribuzione);
- al contrario, l'appellata avrebbe formulato un'offerta in base alla quale i subappaltatori avrebbero provveduto solo alla preparazione dei pasti, ma anche alla relativa distribuzione.

6.1. Il motivo è infondato.

Come bene rilevato dal primo giudice, l'affermazione (formulata dall'appellante in sede di giustificazione dell'offerta) per cui “*il servizio pasti verrà gestito mediante catering*” derivava dal ricorso sostanzialmente atecnico alla nozione di ‘*catering*’ (che andava in ogni caso riferita – conformemente alla *lex specialis* di gara – alla sola attività di preparazione dei pasti e non anche a quella di distribuzione).

Si osserva in ogni caso che, in assenza di ulteriori elementi probanti, la richiamata affermazione resa in sede di giustificazione dell'offerta dall'odierna appellata non risultava idonea ad attestare che questa avrebbe demandato ai subappaltatori (operanti in *catering*) non solo la preparazione dei pasti (come era del resto consentito dalla legge di gara), ma anche la distribuzione.

7. Con il quarto motivo di appello l'appellante Edeco lamenta che erroneamente il Tribunale amministrativo ha respinto i motivi che ponevano in risalto la “*evidente*

inaffidabilità» delle offerte presentate dalle concorrenti posizionate al primo posto della graduatoria finale (Badia Grande), al secondo posto (R.T.I. Tre Fontane/Senis Hospes) e al terzo posto (Cooperativa ‘Azione sociale’).

Sotto tale aspetto, la Edeco dedica dieci pagine del ricorso in appello alla disamina puntuale dei numerosi e gravi aspetti di inaffidabilità che avrebbero caratterizzato l’offerta delle tre imprese meglio graduate.

7.1. Il motivo non può trovare accoglimento.

E’ evidente che in tanto la Edeco potrebbe avere un effettivo e concreto interesse alla coltivazione del presente motivo in quanto fosse effettivamente in grado di dimostrare l’inaffidabilità di tutte e tre le offerte delle concorrenti che la precedevano in graduatoria (con conseguente esclusione di tutte e tre tali concorrenti e conseguente aggiudicazione in proprio favore).

Ma il punto è che – per le ragioni che si esporranno – le posizioni di almeno due fra tali imprese risultano esenti dalle censure rubricate, per cui il presente motivo risulta inammissibile prima ancora che infondato.

7.1.1. Per quanto riguarda in particolare la posizione del R.T.I. Tre Fontane / Senis Hospes, la tesi dell’appellante è che il complesso delle voci di costo non apprezzate (ovvero nel complesso sottostimate) dal concorrente non sarebbe stato in alcun modo ‘coperto’ dall’utile di impresa, quantificato – in modo prudenziale ma irrealistico – in complessivi euro 71.056,29.

L’appellante richiama numerose voci di costo che sarebbero state sottostimate (ovvero radicalmente omesse) dal concorrente, fra cui quelle relative: *i*) all’allestimento della mensa, dei WC e delle docce; *ii*) al numero delle lavatrici previste; *iii*) agli oneri per la sicurezza aziendale; *iv*) al numero dei vassoi necessari per l’espletamento del servizio; *v*) ai rifornimenti di carburante e ai consumi di energia.

Il motivo non può trovare accoglimento.

Al riguardo vale osservare che l'appellante si limita ad affermare la mancata o inadeguata quantificazione dei costi connessi alle richiamate voci, ma non allega alcun elemento concreto idoneo *i)* a dimostrare che la quantificazione operata dal concorrente fosse davvero incongrua; *ii)* ad esporre quale fosse un valore ritenuto congruo e quindi da assumere quale *tertium comparationis*; *iii)* a chiarire per quali ragioni l'utile di impresa complessivo annuo (pari ad euro 71.056,29) non fosse sufficiente ad assorbire i lamentati sovracosti.

Non del tutto dimostrato (e comunque non vale a superare la 'prova di resistenza') è l'argomento volto a comparare il costo annuo per consumo di energia elettrica, per consumo idrico e per riscaldamento (l'appellante si limita al riguardo ad allegare una differenza pari a circa 17.000 euro fra gli oneri indicati dal R.T.I. Tre Fontane / Senis Hospes e quello rinveniente dall'ultima annualità di gestione svolta dalla stessa appellante).

Non adeguatamente dimostrata, poi, è l'affermazione secondo cui l'aggiudicataria avrebbe dovuto affrontare per ciascun anno di gestione oneri per tinteggiatura pari ad euro 50.000.

In definitiva, non rinviene adeguata conferma in atti – e resta quindi confinata all'ambito delle mere allegazioni di principio – l'affermazione dell'appellante secondo cui dall'offerta del R.T.I. Tre Fontane / Senis Hospes emergerebbero maggiori costi non preventivati “*per diverse centinaia di migliaia di euro*”.

7.1.2. Per quanto riguarda, poi, la posizione della Cooperativa Azione Sociale, le censure dell'appellante si concentrano sulla presunta incongruità dell'indicazione relativa ai costi per la sicurezza aziendale (che la concorrente aveva indicato nella misura di euro 10mila).

Anche in questo caso il motivo di ricorso non può trovare accoglimento in quanto l'appellante si è limitata ad affermare la mancata o inadeguata quantificazione dei costi connessi alle richiamate voci, senza tuttavia allegare alcun elemento concreto

idoneo: *i*) a dimostrare che la quantificazione operata dalla Cooperativa Azione Sociale fosse davvero incongrua; *ii*) a indicare quale fosse un valore ritenuto congruo quale *tertium comparationis*; *iii*) a chiarire per quali ragioni l'utile di impresa complessivo annuo non fosse sufficiente ad assorbire i lamentati sovracosti (quand'anche esistenti).

7.2. Anche il quarto motivo di appello non può dunque trovare accoglimento.

8. Con il quinto motivo di appello la Edeco lamenta che erroneamente il primo giudice, nell'accogliere i motivi di ricorso numm. I, III, IV, VI, IX, XI, XII e XIII, avrebbe consentito ai concorrenti interessati di riformulare le giustificazioni e i documenti già prodotti (invece di limitarsi – come avrebbe dovuto – a consentire una nuova valutazione della documentazione già prodotta, senza alcuna ulteriore modulazione o integrazione).

8.1. Il motivo è infondato in quanto dall'esame della sentenza impugnata non emerge – e contrariamente a quanto esposto dall'appellante – che il primo giudice abbia consentito, in sede di *remand* valutativo, le paventate rimodulazioni dell'offerta già formulata.

La decisione in esame, dunque, comporta che il disposto riesame della fattispecie debba avvenire rivalutando le offerte (e le relative giustificazioni), ma senza ulteriori integrazioni e incentrando la valutazione sulla documentazione già in atti.

Non altrimenti può essere inteso il passaggio della sentenza appellata che impone alla stazione appaltante di reiterare la valutazione di anomalia verificando la serietà, sostenibilità e affidabilità delle offerte sospette di anomalia e della concreta plausibilità “*delle giustificazioni proposte*”.

Il quinto motivo di appello deve dunque essere respinto.

9. Con il sesto motivo di appello la Edeco ha riproposto (in via subordinata rispetto all'accoglimento dei precedenti motivi di appello) il settimo motivo del ricorso di primo grado.

Con il motivo in parola si era lamentato un *error* nella composizione della Commissione per la presenza del viceprefetto Pasquale Aversa, il quale non avrebbe potuto farne parte ai sensi per essere stato designato al contempo quale direttore esecutivo del contratto.

Ne risulterebbe pertanto violata la previsione di cui all'articolo 77, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016 (*Codice dei contratti pubblici*), secondo cui “*i commissari non devono aver svolto, né possono svolgere alcun’alta funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta*”.

Osserva inoltre l'appellante che nel caso in esame non potrebbe trovare applicazione la previsione (introdotta dal c.d. *decreto correttivo* di cui al d.lgs. n. 56 del 2017) secondo cui “*la nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura*”.

Secondo la Edeco, infatti, l'ambito della disposizione in esame risulterebbe chiaramente limitato alle sole preclusioni riferibili al responsabile unico del procedimento, mentre per ciò che riguarda la figura – che qui viene in rilievo – del direttore esecutivo, tale previsione eccezionale non potrebbe essere invocata.

9.1. Il motivo è infondato.

9.1.1. Si osserva in primo luogo al riguardo che la novella di cui al *decreto correttivo* n. 56 del 2017, laddove ha fissato un temperamento al rigido principio di incompatibilità di cui al richiamato articolo 77 (imponendo una verifica in concreto in ordine alle ragioni giustificative della preclusione), si è limitata a legificare orientamenti consolidati nella giurisprudenza (la cui *ratio* non può essere limitata – per evidenti ragioni sistematiche – alla sola figura del RUP, ma che vanno riferiti a qualunque attore del ciclo di vita dell'appalto).

9.1.2. Fermo restando il carattere dirimente ai fini del decidere di quanto rilevato sub 9.1.1, si osserva che, quand'anche si accedesse alla lettura più restrittiva della previsione di cui all'articolo 77, comma 4 (riferendola anche alla figura del direttore

esecutivo), non potrebbe comunque pervenirsi a conclusioni diverse da quelle già esposte.

Fermo restando, infatti, che il direttore esecutivo del contratto esplica le proprie funzioni essenzialmente nella fase esecutiva dell'appalto, la disposizione di cui al richiamato articolo 77, comma 4 (secondo cui, come si è detto, i commissari "*non devono aver svolto, né possono svolgere alcun'alta funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta*") potrebbe al più comportare la preclusione al conferimento dell'incarico di direttore esecutivo in capo a chi abbia fatto parte della commissione di gara, ma non può – correlativamente – comportare la preclusione ad assumere le funzioni di commissario da parte di chi svolgerà solo in una fase successiva le funzioni di direttore esecutivo.

Non emerge infatti alcuna ragione sistematica per riferire la ragione di incompatibilità a un incarico anteriore nel tempo in ragione delle preclusioni che – quand'anche sussistenti – deriveranno solo dall'assunzione di un incarico posteriore. Anche il sesto motivo deve dunque essere respinto.

10. Con il settimo motivo (articolato dall'appellante in via ulteriormente subordinata) la Edeco chiede l'annullamento dell'intera procedura per un vizio rinveniente dall'articolazione dei criteri di attribuzione del punteggio per l'offerta tecnica.

Premesso infatti che l'allegato 3B al disciplinare individua gli elementi da tenere in considerazione per l'attribuzione del punteggio tecnico e che il successivo allegato 4B individua (in termini massimi) i punteggi attribuibili per ciascuna voce, l'appellante lamenta che l'amministrazione abbia illegittimamente omissso di fissare i sub-criteri ovvero una forcella valutativa idonea a supportare le attività valutative e la concreta attribuzione dei punteggi ai concorrenti.

10.1. Il motivo è infondato: la disposizione di cui l'appellante lamenta la violazione, lungi dal prevedere che la fissazione in sede di legge di gara di sub-criteri e sub-

punteggi sia sempre e comunque obbligatoria, si limita invece a stabilire (con previsione meramente facultizzante) che la stazione appaltante *possa* provvedere in tal senso.

Ai sensi dell'articolo 95, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 (nel testo *ratione temporis* applicabile), infatti, “*i documenti di gara ovvero, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo 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?*” (enfasi aggiunta).

Ai limitati fini che qui rilevano (e fermo il carattere dirimente ai fini del decidere di quanto appena rilevato) si osserva comunque che l'appellante non ha allegato elementi atto a dimostrare che, nel caso in esame, la fissazione dei richiamati sub-criteri e sub-punteggi si sarebbe resa in concreto necessaria in ragione del carattere non adeguatamente dettagliato dei criteri determinativi rinvenuti da combinato disposto degli allegati 3B e 4B del capitolato di gara.

Non è stato quindi allegato alcun elemento dal quale si possa inferire che, non avendo proceduto alla (comunque facoltativa) fissazione di sub-criteri e sub-punteggi, la stazione appaltante avrebbe fatto cattivo governo della discrezionalità valutativa riconosciuta dal più volte richiamato articolo 95 del ‘*Codice dei contratti pubblici?*’.

11. Per le ragioni esposte il ricorso in epigrafe deve essere respinto anche in relazione alla domanda risarcitoria riproposta in grado di appello.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese di lite che liquida in complessivi euro 2.000 (duemila), oltre accessori di legge in favore di ciascuna delle controparti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 gennaio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

L'ESTENSORE
Claudio Contessa

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO