

Pubblicato il 16/11/2021

N. 00937/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00510/2021 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 la Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 510 del 2021, proposto da Gesticom S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Cristian Malaguti e Romina Raponi, con domicilio digitale corrispondente alla PEC indicata negli scritti difensivi, e domicilio fisico *ex lege* presso la Segreteria del T.A.R. in Bologna, Via D'Azeglio n. 54;

contro

Comune di Monghidoro, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv.to Federico Ventura, con domicilio digitale corrispondente alla PEC indicata negli scritti difensivi, e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Bologna, Via delle Capraie n. 7;

Unione dei Comuni Savena-Idice, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv.to Federico Ventura, con domicilio digitale corrispondente alla PEC indicata negli scritti difensivi, e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Bologna, Via delle Capraie n. 7;

nei confronti

MWM Società a responsabilità limitata semplificata, rappresentata e difesa dagli avv.ti Lorenzo di Gaudio e Massimiliano Lautieri, con domicilio digitale corrispondente alla PEC indicata negli scritti difensivi, e domicilio fisico eletto presso lo studio del primo in Bologna, Piazza Galileo Galilei n. 6;

per l'annullamento

- DELLA DETERMINAZIONE DIRIGENZIALE 27/5/2021 N. 244, RETTIFICATA CON SUCCESSIVO ATTO 31/5/2021 N. 253, RECANTE L'AGGIUDICAZIONE ALLA CONTROINTERESSATA DELLA CONCESSIONE DEL CAMPEGGIO DI PROPRIETA' COMUNALE "LA MARTINA" DI VIA CA' DELLA SELVA N. 3;

- DI OGNI ALTRO PROVVEDIMENTO PRESUPPOSTO, CONNESSO E CONSEGUENZIALE ANCORCHE' NON CONOSCIUTO, OVE LESIVO, TRA CUI I VERBALI DELLA COMMISSIONE DEL 29/4/2021, DEL 10/5/2021, DEL 19/5/2021 E DEL 29/5/2021, IL BANDO, IL DISCIPLINARE E OGNI ATTO DELLA LEX SPECIALIS NELLA PARTE IN CUI NON PREVEDE L'ESCLUSIONE DELLE IMPRESE INATTIVE.

e per la dichiarazione di inefficacia

- DEL CONTRATTO EVENTUALMENTE STIPULATO, CON SUBENTRO E RISARCIMENTO DEL DANNO.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Monghidoro e di Unione dei Comuni Savena-Idice;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 novembre 2021 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

A. L'intimato Comune ha indetto una procedura aperta per l'affidamento in concessione del campeggio di proprietà comunale "La Martina". L'Unione ha agito da stazione appaltante e la procedura si è svolta attraverso la piattaforma telematica SATER, secondo le previsioni del disciplinare e del capitolato.

B. Alla selezione hanno partecipato solamente la ricorrente e la controinteressata. Quest'ultima è una Società a responsabilità limitata semplificata inattiva denominata MWM con sede a Imola (BO) in Via Cervia n. 12 (cfr. estratto dal Registro Imprese del 20/5/2021 – doc. 10 ricorrente).

C. Dopo la presentazione e l'esame delle offerte tecniche ed economiche MWM ha prevalso, piazzandosi al primo posto con il massimo punteggio di 100 (80 per la qualità della proposta e 20 per il canone esibito) contro 52,10 della ricorrente (rispettivamente 44,10 e 8).

D. Recrimina l'esponente che l'offerta vincitrice doveva essere esclusa ai sensi dell'art. 9 comma 1 lett. c) del disciplinare che richiede – tra i requisiti di partecipazione – l'iscrizione alla Camera di Commercio, mentre l'aggiudicataria risulta appena costituita e inattiva, senza alcuna esperienza maturata nel settore. In aggiunta, avrebbe presentato un'offerta insostenibile che non è stata sottoposta ad alcuna valutazione o verifica, e che risulterebbe sopravvalutata dalla Commissione in totale inosservanza dei criteri di giudizio stabiliti dalla *lex specialis*.

E. Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato a mezzo PAT, la Società ricorrente censura gli atti in epigrafe, deducendo in diritto i seguenti motivi:

I) Violazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione, dell'art. 83 comma 1 lett. A) e comma 2 del D. Lgs. 50/2016, dell'art. 9 comma 1 lett. C) del disciplinare, eccesso di potere per difetto del presupposto, erroneità della valutazione, travisamento, ingiustizia, carenza di istruttoria, sviamento, in quanto MWM è stata costituita 13 giorni prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte ed è tutt'ora inattiva.

II) Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 commi 3 e 6 del D. Lgs. 50/2016, dell'art. 18 del disciplinare, eccesso di potere per travisamento, ingiustizia, difetto di istruttoria, sviamento, motivazione perplessa, in quanto l'offerta MWM ha di gran lunga superato la soglia di anomalia e ciononostante la stazione appaltante non ha provveduto alla verifica.

III) Violazione dell'art. 95 commi 8 e 10 del D. Lgs. 50/2016, degli artt. 10 e ss. del disciplinare, eccesso di potere per travisamento, difetto di istruttoria, sviamento, motivazione perplessa, in quanto la valutazione dell'offerta tecnica (attribuzione punteggi) è del tutto erronea e illogica.

IV) In via subordinata, totale erroneità della valutazione della Commissione sulla base di quanto dedotto al motivo precedente, che giustifica l'annullamento integrale degli atti di gara.

F. Si sono costituite in giudizio le amministrazioni intimata e la controinteressata, sollevando eccezioni in rito e chiedendo la reiezione del gravame nel merito.

G. All'udienza del 9/11/2021 il gravame introduttivo è stato chiamato per la discussione e trattenuto in decisione.

DIRITTO

La ricorrente censura gli atti della gara in epigrafe, culminata nell'aggiudicazione alla controinteressata della concessione del campeggio di proprietà comunale "La Martina" di Via Cà della Selva n. 3.

LE ECCEZIONI IN RITO

0. Alla Camera di consiglio del 15/7/2021 fissata per l'esame della domanda cautelare, il Collegio – anche alla luce della recente sentenza della Corte Costituzionale n. 148/2021 – ha accolto l'istanza di concessione di un termine per rinnovare la notifica alla parte controinteressata, e ha accordato a tal fine 7 giorni per l'espletamento della formalità. Ha quindi fissato la Camera di consiglio del 29/7/2021, nella quale ha preso atto della rinuncia dell'istanza interinale (cfr. ordinanza 29/7/2021 n. 357).

0.1 La notifica del ricorso si è infatti perfezionata nei soli confronti della stazione appaltante, mentre non è andata a buon fine rispetto a MWM: dal tracciato PEC si evince un indirizzo errato, con trasmissione a Società identica nel nominativo e con l'unica differenza della lettera "s" nella sigla (srls anziché correttamente srl).

0.1a In effetti, l'art. 44 comma 4 del D. Lgs. 104/2010 prevede che *"Nei casi in cui sia nulla la notificazione e il destinatario non si costituisca in giudizio, il giudice, se ritiene che l'esito negativo della notificazione dipenda da causa non imputabile al notificante, fissa al ricorrente un termine perentorio per rinnovarla. La rinnovazione impedisce ogni decadenza"*. Ne consegue che, in presenza degli elementi indicati e in mancanza della costituzione in giudizio della controinteressata, alla parte ricorrente già poteva essere assegnato un termine per la rinnovazione della notifica del ricorso introduttivo ai sensi della disposizione citata, attesa la non univoca imputabilità della nullità ad una condotta negligente della stessa Gesticom (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI – 24/5/2021 n. 4019).

0.1b La fattispecie deve essere poi riletta alla luce del recente arresto del giudice costituzionale (cfr. sentenza 9/7/2021 n. 148). La Corte ha infatti dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 44 comma 4 Cpa limitatamente alla locuzione *"se ritiene che l'esito negativo della notificazione dipenda da causa non imputabile al notificante"*. Ad avviso della Corte, *<< Se, dunque, le forme degli atti processuali non sono "fine a se stesse", ma sono funzionali alla migliore qualità della decisione di merito (sentenza n. 77 del 2007), essendo deputate al conseguimento di un determinato scopo, coincidente con la funzione che il singolo atto è destinato ad assolvere nell'ambito del processo, la limitazione, posta dall'art. 44, comma 4, cod. proc. amm., della rinnovazione della notificazione del ricorso alle sole ipotesi in cui la nullità non sia imputabile al notificante non risulta proporzionata agli effetti che ne derivano, tanto più che essa non è posta a presidio di alcuno specifico interesse che non sia già tutelato dalla previsione del termine di*

decadenza > >; ha aggiunto che “*Inoltre, tale limitazione, ogni volta che l'accertamento della nullità interviene dopo lo spirare di detto termine - e, quindi, particolarmente nell'azione di annullamento, data la brevità dello stesso - comporta la perdita definitiva della possibilità di ottenere una pronuncia giurisdizionale di merito, con grave compromissione del diritto di agire in giudizio*”.

0.1c Alla luce di quanto illustrato, è stata correttamente accolta l'istanza per la concessione di un termine per rinnovare la notifica alla parte controinteressata, in applicazione dell'art. 44 comma 4 del Codice del processo amministrativo come inciso dalla sentenza – avente efficacia *ex tunc* – della Corte costituzionale. Le eccezioni formulate al riguardo dalle parti resistenti (di inesistenza o tardività della notifica) devono dunque essere rigettate.

0.2 MWM eccepisce l'inammissibilità del gravame per omessa impugnazione del bando, nella parte in cui censura la mancata previsione dell'obbligo di escludere le imprese iscritte alla CCIAA ma non attive.

L'eccezione è infondata, sia in quanto la clausola non ha comunque precluso la partecipazione della ricorrente (né ha impedito l'elaborazione di un'offerta consapevole) sia perché la questione controversa è – come si vedrà diffusamente in seguito – di tipo interpretativo rispetto alle condizioni introdotte dalla *lex specialis*.

IL MERITO

1. Con il primo motivo la ricorrente lamenta la violazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione, dell'art. 83 comma 1 lett. A) e comma 2 del D. Lgs. 50/2016, dell'art. 9 comma 1 lett. C) del disciplinare, l'eccesso di potere per difetto del presupposto, erroneità della valutazione, travisamento, ingiustizia, carenza di istruttoria, sviamento, in quanto MWM è stata costituita 13 giorni prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte ed è tutt'ora inattiva; in particolare:

- la costituzione è del 13/4/2021, l'iscrizione è avvenuta il 15/4 quando il termine scadeva il 29/4, per cui la Società – tutt'ora inattiva – è stata creata appositamente per partecipare alla gara;
- l'art. 9 c. 1 lett. c) del disciplinare richiede, tra i requisiti di partecipazione, l'iscrizione alla Camera di Commercio che, nell'impostazione del Codice degli appalti, è un requisito di idoneità professionale (art. 83 comma 1 lett. a) e comma 3);
- possono prendere parte alla competizione solo i soggetti forniti di una professionalità coerente con l'oggetto della commessa;
- la necessità dell'iscrizione alla CCIAA garantisce anche l'esperienza concreta nello specifico settore di attività, e vi è ampia giurisprudenza che ravvisa l'illegittimità dell'aggiudicazione all'impresa inattiva alla data di scadenza del termine di presentazione delle offerte;
- l'amministrazione non ha previsto requisiti di idoneità o capacità tecnico-professionale né esperienze pregresse, cosicché l'iscrizione alla CCIAA è l'unico documento attestante dette capacità.

La doglianza non è passibile di positivo scrutinio.

1.1 L'art. 9 comma 1 lett. c) del disciplinare di gara (cfr. allegato 12 ricorrente) ha introdotto – tra i requisiti di partecipazione – quello dell'iscrizione alla Camera di Commercio (registro Imprese) o delle Commissioni provinciali per l'artigianato per attività coerenti con quelle oggetto della procedura di gara. La scelta della stazione appaltante è stata quella di non prevedere requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico organizzativa in ragione del tipo di affidamento, di importo non rilevante e che non richiede esperienze particolari (cfr. memoria del Comune intimato). L'unica prescrizione investe dunque il requisito di idoneità professionale *ex art. 83 comma 1 lett. a)* del Codice di contratti.

1.2 La difesa della controinteressata invoca, sul punto controverso, la pronuncia del T.A.R. Lombardia Milano, sez. VI – 6/9/2021 n. 1966, nella parte in cui statuisce che *“Il disciplinare di gara, al punto 6.2 richiede, tra i*

requisiti di idoneità professionale di cui all'art. 83, comma 1, lett. a), del D.Lgs. n. 50 del 2016, la mera "Iscrizione nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato, per attività inerenti l'oggetto dell'appalto", senza attribuire alcun rilievo alla circostanza che la posizione dell'impresa iscritta sia o meno attiva. Ciò trova conforto, peraltro, nella stessa giurisprudenza richiamata dalla ricorrente, secondo la quale l'utilità sostanziale dell'iscrizione camerale è quella di filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico (C.d.S., Sez. V, n. 6431/2019, che richiama anche C.d.S., Sez. III, n. 5170/2017 e C.d.S., Sez. V, n. 5257/2019), poiché l'individuazione ontologica della tipologia d'azienda, al di là dell'oggetto sociale indicato nell'atto costitutivo o nello statuto societario, può avvenire solo attraverso l'attività, principale o prevalente, che sia in concreto espletata (laddove si tratti di impresa operativa da tempo) e/o comunque documentata (in caso di impresa appena costituita, come nella fattispecie) dall'iscrizione alla Camera di Commercio. Del resto, la soluzione restrittiva sostenuta dalla ricorrente si porrebbe in contrasto con il principio del favor participationis e precluderebbe irragionevolmente la partecipazione alla gara delle società, come la controinteressata, di più recente costituzione".

Anche T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. I – 22/4/2020 n. 603 ha richiamato la pronuncia del Consiglio di Stato, sez. V – 15/11/2019 n. 7846, la quale ha chiarito che <<nell'impostazione del nuovo codice appalti l'iscrizione camerale è assunta a requisito di idoneità professionale (art. 83, comma 1, lett. a), e 3, D.Lgs. n. 50 del 2016), anteposto ai più specifici requisiti attestanti la capacità tecnico professionale ed economico-finanziaria dei partecipanti alla gara: la sua utilità sostanziale è infatti quella di filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico da ciò la necessità di una congruenza o corrispondenza contenutistica, tendenzialmente completa, tra

le risultanze descrittive della professionalità dell'impresa, come riportate nell'iscrizione alla Camera di Commercio, e l'oggetto del contratto d'appalto, evincibile dal complesso di prestazioni in esso previste: l'oggetto sociale viene così inteso come la "misura" della capacità di agire della persona giuridica, la quale può validamente acquisire diritti ed assumere obblighi solo per le attività comprese nello stesso, come riportate nel certificato camerale > >.

1.3 Dopo aver richiamato i principi suddetti, il Consiglio di Stato, sez. V – 1/6/2021 n. 4203 ha statuito che < <... Nondimeno, proprio alla luce di quei principi, era stato allegato e provato che l'attività svolta ed indicata nella certificazione camerale è proprio quella richiesta dal bando, vale a dire il servizio di accoglienza ed assistenza a cittadini stranieri, da data antecedente alla scadenza del bando medesimo ... Non vi è pertanto ragione di discostarsi dal consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui ciò che rileva ai fini della partecipazione è "il possesso da parte dell'impresa contraente, in data anteriore alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte fissato dal bando, della capacità tecnica e della specifica professionalità necessarie per la corretta esecuzione delle prestazioni affidate e certificate con effetto ricognitivo da un'iscrizione alla Camera di Commercio avente un oggetto congruente con quello dell'appalto" (ex plurimis, Cons. Stato, Sez. V, 21 maggio 2018, n. 3035; Id., 17 gennaio 2018, n. 262, id., 14 aprile 2015, n. 1874) > >.

1.4 Alla luce di quanto suesposto, risulta provato che l'attività indicata nella certificazione camerale – avente data anteriore alla scadenza del termine di presentazione delle offerte – è proprio quella richiesta dal bando, vale a dire l'attività di pubblico esercizio sia ricettivo che ristorativo.

Parte ricorrente sottolinea tuttavia il punto critico, rappresentato dal mancato svolgimento delle prestazioni corrispondenti all'oggetto della concessione prima dello svolgimento del confronto competitivo.

1.5 Il Collegio conosce l'indirizzo invocato da Gesticom, secondo il quale *“lo stato di inattività di un'impresa è preclusivo alla possibilità di concorrere ad una gara per l'aggiudicazione di un pubblico appalto, in quanto ...nell'impostazione del nuovo codice appalti l'iscrizione camerale è assurta a requisito di idoneità professionale art. 83, comma 1, lett. a), e 3, D.Lgs. n. 50 del 2016, anteposto ai più specifici requisiti attestanti la capacità tecnico professionale ed economico-finanziaria dei partecipanti alla gara di cui alle successive lettere b) e c) del medesimo comma: la sua utilità sostanziale è infatti quella di filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico (in tal senso: Cons. di Stato, III, 8 novembre 2017, n. 5170; Cons. di Stato, V, 25 luglio 2019, 5257) ... è perciò evidente che l'inclusione, tra i requisiti di idoneità, dell'iscrizione alla C.C.I.A.A. come è prescritto dal disciplinare della gara in controversia, è finalizzata a garantire che le aziende che intendono partecipare siano dotate di un'esperienza concreta nello specifico settore di attività, garanzia che risulterebbe frustrata ove alla "mera" iscrizione non si accompagni lo svolgimento effettivo di attività coerente con quella oggetto dell'appalto (cfr., ex multis: T.A.R. Liguria, sez. II, 17/10/2018, n. 828) e nella specie l'aggiudicataria risultava inattiva alla data di scadenza della presentazione delle offerte”* (T.A.R. Friuli Venezia Giulia – 17/12/2020 n. 443; T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII – 15/7/2020 n. 3137).

1.6 Il Collegio ritiene di doversi motivatamente discostare dal predetto orientamento, risultando convincenti le riflessioni sviluppate nella sentenza del T.A.R. Lombardia Milano n. 1966/2021 già richiamata (par. 1.2).

1.7 Anzitutto, non si rinviene alcuna previsione normativa che imponga requisiti minimi per la partecipazione a una gara come quella di cui si controverte, e ogni scelta in proposito è rimessa alla valutazione discrezionale della stazione appaltante (T.A.R. Lazio Roma, sez. II-stralcio – 7/4/2021 n. 4094). Il limite agli ampi margini di apprezzamento spettanti

all'amministrazione è rappresentato dai vizi di evidente illogicità e irragionevolezza, che non sono stati dedotti dalla ricorrente né sono affiorati dall'esame dell'articolato motivo di gravame. Nell'ipotesi di mancata definizione di una "soglia minima" di requisiti da parte della stazione appaltante, in forza del principio di tassatività delle cause di esclusione il servizio oggetto di gara ben può essere aggiudicato ed eseguito da operatori economici semplicemente in possesso dell'iscrizione alla CCIAA con oggetto sociale coerente (come pacificamente è accaduto per MWM). Il Comune intimato non ha introdotto una barriera all'ingresso del confronto comparativo ma ha optato per l'adozione di puntuali criteri di attribuzione del punteggio, con un approccio equilibrato che ha permesso una concorrenzialità minima per un servizio non particolarmente appetibile sul mercato (si tratta infatti di un campeggio di medie dimensioni presso un piccolo Comune montano).

1.8 In ragione della tipologia di servizio, appare del tutto coerente che l'iscrizione camerale fosse l'unico requisito richiesto, e che non fosse preclusa la costituzione *ex novo* di una Società *ad hoc*, ai fini della partecipazione. L'affidataria ha dimostrato sia l'iscrizione in data utile sia l'oggetto sociale allineato alla tipologia di selezione indetta. Sull'aggiudicazione della gara a impresa inattiva, T.A.R. Lazio Roma, sez. II-bis – 21/10/2021 n. 10845 ha affermato in modo condivisibile che *“la condizione di inattività di una impresa è un fatto occasionale, come tale irrilevante quando il bando di gara, come nel caso di specie, si limita a richiedere quale requisito di accesso alla gara la mera iscrizione alla Camera di Commercio e non richiede una specifica condizione esperienziale che presuppone il requisito dello svolgimento in concreto dell'attività aziendale”*.

1.9 Deve essere riconosciuto il corretto richiamo dei principi di proporzionalità e massima partecipazione alla gara. Persuade sul punto la posizione della difesa della stazione appaltante, nella parte in cui descrive la prestazione in appalto: si tratta di gestire un campeggio in zona appenninica,

non facilmente raggiungibile, e la stazione appaltante ha scientemente inteso consentire l'accesso alla competizione anche alle imprese neo-costituite, con requisiti di partecipazione non troppo onerosi. L'attività non è particolarmente complessa (fatto incontestato) e l'unica prescrizione investe i requisiti per la somministrazione di alimenti e bevande, essendo prevista la gestione di un bar.

1.10 Non può essere, infine, accolta l'istanza di remissione all'Adunanza plenaria. La facoltà è rimessa infatti alle Sezioni del Consiglio di Stato o al suo Presidente. Ai sensi dell'art. 99 comma 1 Cpa, con riferimento al giudizio di impugnazione, *“La sezione cui è assegnato il ricorso, se rileva che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo o possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali, con ordinanza emanata su richiesta delle parti o d'ufficio può rimettere il ricorso all'esame dell'adunanza plenaria. L'adunanza plenaria, qualora ne ravvisi l'opportunità, può restituire gli atti alla sezione”*, mentre il comma 2 statuisce che *“Prima della decisione, il presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d'ufficio, può deferire all'adunanza plenaria qualunque ricorso, per risolvere questioni di massima di particolare importanza ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali”*. In ogni caso, il Collegio ha esplicitato le ragioni per le quali aderisce all'approccio interpretativo ritenuto preferibile, pur avendo presente l'indirizzo contrario.

2. Con il secondo motivo l'esponente deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 97 commi 3 e 6 del D. Lgs. 50/2016, dell'art. 18 del disciplinare, l'eccesso di potere per travisamento, ingiustizia, difetto di istruttoria, sviamento, motivazione perplessa, in quanto l'offerta MWM ha di gran lunga superato la soglia di anomalia e ciononostante la stazione appaltante non ha provveduto alla verifica. Nello specifico:

- dal verbale n. V si evince che la Commissione ha ritenuto “non dovuta” la verifica perché le offerte erano inferiori a 3, ignorando che l'art. 97 comma 6

afferma che può essere comunque effettuata ove l'offerta appaia, in base a elementi specifici, anormalmente bassa;

- vi erano elementi specifici idonei a suscitare sospetti (costituzione *ad horas* e inattività; mancanza di capitali e risorse per affrontare un piano investimenti di 120.000 €, con oneri a carico di 3 soci e contrazione di un mutuo senza alcuna garanzia di affidabilità; previsione di spese ingenti per il nuovo parco giochi, la veranda esterna al ristorante, i pannelli solari e fotovoltaici, il nuovo forno elettrico, 16 nuove aree per camper, 14 per tende, nuova casetta per categorie fragili, 2 manufatti per centro benessere, nuovo punto benessere; incertezza sulla prosecuzione della ristorazione a causa dell'indicazione di un soggetto preposto "verosimilmente" alla somministrazione, senza preventivo controllo sui requisiti morali; indeterminatezza delle tariffe per l'attività e sugli oneri per luce e acqua, nonché sul personale da impiegare con una somma del tutto inadeguata per il triennio, da 4.500 € a 6.000 €);

- le tariffe esposte risultano alte e "fuori mercato", senza certezza sull'esecuzione degli investimenti ed effetto dissuasivo sulla clientela in un periodo di difficoltà economica.

La censura è priva di fondamento.

2.1 Ai sensi dell'art. 97 comma 3 del D. Lgs. 50/2016 *"Quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara. Il calcolo di cui al primo periodo è effettuato ove il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a tre. Si applica l'ultimo periodo del comma 6"*. Quest'ultimo dispone che *"... La stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa"*.

2.2 Mentre il richiamato art. 97 comma 3 (coincidente con l'art. 86 comma 2 del previgente Codice di cui al D. Lgs. 163/2006) impone l'obbligo di

procedere alla verifica nei casi di anomalia da quella stessa previsione individuati, il successivo comma 6 si limita a “facoltizzare” la stazione appaltante a procedere all’indagine, sempre che l’offerta – pur in assenza delle condizioni indicate dal comma precedente – appaia, in base ad elementi specifici, anormalmente bassa: in sostanza, la citata disciplina distingue tra “obbligo” di procedere alla verifica, nei casi di anomalia individuati dalla legge, e “facoltà” riservata all’amministrazione di ipotizzare autonomamente, “*in base ad elementi specifici*”, casi di anomalia diversi da quelli prestabiliti.

2.3 Così delimitato l’ampio perimetro nel cui ambito l’amministrazione può procedere a verificare l’attendibilità delle offerte ritenute “non congrue”, la scelta di verifica cd. “facoltativa” (comma 6) si pone come atto di natura spiccatamente ed ampiamente discrezionale, per il quale non è necessaria un’espressa motivazione (T.A.R. Campania Napoli, sez. V – 26/10/2020 n. 4831, ad avviso del quale *“Inoltre, tale scelta è oggetto di un limitato sindacato da parte del giudice amministrativo, esercitabile soltanto in presenza di una macroscopica irragionevolezza o illogicità, laddove quest’ultima sia sintomatica di un uso della discrezionalità tecnica distorto e contrario ai principi di efficacia, economicità e buon andamento, in presenza del quale, soltanto, è consentito l’intervento caducatorio dell’autorità giurisdizionale (cfr.: in proposito, Cons. Stato, Sez. V, 06/06/2019, n. 3833; III, 3 luglio 2015, n. 3329; id., 01/02/2017, n. 438; id., Sez. V, sentenza n. 3372/2016; id., Sez. IV, sentenza n. 3862/2011)”*).

2.4 Anche T.A.R. Lazio Roma, sez. I-bis – 4/1/2021 n. 11 si è diffuso sulle condizioni per attivare la verifica c.d. facoltativa, sostenendo che *“la norma non declina gli specifici elementi necessari ... anche considerato che la valutazione se procedere alla valutazione della congruità dell’offerta rientra nella discrezionalità tecnica dell’amministrazione. Al riguardo, infatti, secondo giurisprudenza, l’Amministrazione dispone di una ampia discrezionalità in ordine alla scelta se procedere a verifica “facoltativa” della congruità dell’offerta (T.A.R. Lazio Roma Sez. III, 18 settembre 2020, n.*

9610), il cui esercizio (o mancato esercizio) non necessita di una particolare motivazione e può essere sindacato solo in caso di macroscopica irragionevolezza o illogicità (T.A.R. Campania Napoli, Sez. VII, 27 aprile 2020, n. 1510; Cons. Stato, Sez. V, 6 giugno 2019, n. 3833; Cons. Stato, sez. V, 25 maggio 2017, n. 2460)”.

2.5 E' vero che *“siffatta non doverosità dell'esercizio del potere di verifica ... non delinea in termini di incondizionata libertà l'agire della stazione appaltante, poiché lo spessore di facoltatività dell'agere amministrativo deve misurarsi con il grado di emersione del carattere anormalmente basso dell'offerta, tale spessore di facoltatività riducendosi fin quasi a scomparire nei casi, ..., in cui sussistano specifici elementi che facciano apparire lampante ictu oculi l'anormale bassezza di un'offerta”* (T.A.R. Lazio Roma, sez. III – 18/9/2020 n. 9610, che puntualizza come l'indirizzo dominante *<<evidenzia comunque che è ammissibile il sindacato ab externo del Giudice amministrativo, puntualizzando che "il giudice chiamato a valutare la legittimità dell'operato dell'Amministrazione non potrà che compiere un sindacato c.d. esterno, connotato dai già indicati limiti (ossia, meramente incentrato sull'eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, erronea valutazione dei presupposti e/o palese contraddittorietà)"* (T.A.R. Lazio - Roma, Sez. I, 26/11/2018, n. 11420) ... > > .

2.6 La stazione appaltante ha ritenuto l'insussistenza degli “elementi specifici” predetti (cfr. verbale di gara V – allegato 10 ricorrente) e nella procedura competitiva di cui si discorre le offerte erano accompagnate da un articolato Piano economico finanziario, che nel caso della controinteressata (doc. 19 ricorrente) non presentava elementi dissonanti, ossia in grado suscitare forti dubbi di inaffidabilità o inattendibilità della proposta rassegnata. A questo proposito, l'introdotta censura elenca una serie di voci “sospette”, le quali tuttavia vengono contestate in modo generico senza esibire una perizia o una relazione tecnica attestante lo squilibrio asseritamente prodotto dalla gestione proposta, e che fornisca argomenti di prova dell'inattendibilità dell'utile

previsto (quasi azzerato il primo anno, ma di consistenza crescente dal 2022 quando è prevista la cifra di 35.561 €). Anche la rimostranza sul basso costo del personale (tra i 4.500 e i 6.000 € per il primo triennio) non è persuasiva, essendo contemplata la sola assunzione di un dipendente “a chiamata”. La voce, peraltro, è destinata ad aumentare notevolmente dal 2024.

2.7 In definitiva, non si ravvisano profili di manifesta irrazionalità o illogicità del quadro economico proposto, che soli consentirebbero al giudice amministrativo di sindacare questa scelta, altrimenti rimessa all'amministrazione al pari della valutazione di merito sull'esistenza dell'anomalia.

2.8 Né è singolare, di per sé, la circostanza che le imprese che hanno presentato offerte siano inferiori a 3 (e dunque non si svolga la verifica di anomalia), come lamenta parte ricorrente nella memoria conclusionale. Si tratta di un dato fattuale dal quale non si può evincere nulla, se non lo scarso interesse economico suscitato dalla commessa.

3. Con il terzo motivo l'esponente si duole della valutazione delle offerte tecniche. Deduce infatti la violazione dell'art. 95 commi 8 e 10 del D. Lgs. 50/2016, dell'art. 10 e ss. del disciplinare, l'eccesso di potere per travisamento, difetto di istruttoria, sviamento, motivazione perplessa, in quanto il giudizio formulato (attribuzione punteggi) sarebbe del tutto erroneo e illogico. Nell'ordine dei criteri stabiliti:

- l'allegato 20 dimostrerebbe il superamento della prova di resistenza;
- l'attività ricettiva ipotizzata dal ricorrente non punta solo sul prezzo (elemento importante in tempo di crisi economica, accentuata dalla pandemia) ma prevede investimenti e pone attenzione all'inclusione, per rendere accessibile il servizio a un numero di utenti più alto considerando il calo del potere d'acquisto; la valorizzata “differenziazione sugli stanziamenti” non rientrava tra i parametri di giudizio;
- per la ristorazione MWM ha indicato solo le tipologie di cibo (con anonima standardizzazione delle proposte) mentre la ricorrente ha dato peso alla

tipologia di ingredienti, che costituiscono base fondamentale per le preparazioni; l'ampiezza in termini di giorni e orari non era oggetto di valutazione, e comunque la proposta di Gesticom era realistica in base al flusso di clientela;

- sono stati valorizzati l'ampliamento dei coperti e l'installazione di una tettoia, seppur indeterminati, mentre generica è stata ritenuta per la ricorrente l'interlocuzione con le amministrazioni (si tratta di zona vincolata);

- quanto al regolamento per la tenuta delle aree esterne, è previsto un punteggio per raccolta differenziata che è in realtà già garantita con 2 punti, mentre l'incremento di bidoni non aumenta la qualità (elemento sopravvalutato);

- sull'attività per famiglie, soggetti diversamente abili e anziani, la ricorrente affronta il tema – con previsione di consegna della spesa sul posto, interventi per favorire l'accesso alle postazioni, coordinamento con i servizi sociali e le amministrazioni erogatrici dei servizi – mentre la Commissione non lo valorizza e ritiene difficilmente realizzabile quanto dedotto; MWM non ha sottoscritto impegni e quanto meno le offerte erano equiparabili;

- sull'efficacia attività promozionale, viene sottolineata per Gesticom la mancata indicazione dei tempi di attivazione, mentre dalla piana lettura si evince trattarsi di iniziative ad effetto immediato;

- quanto alle esperienze in strutture analoghe e nella ristorazione, sono stati assegnati 10 punti a una Società inattiva valorizzando il curriculum dei soci, quando Gesticom ha avuto in gestione un locale per 2 mesi nel 2020 e non ha ricevuto alcuna attribuzione; 5 punti sono stati riconosciuti a MWM per esperienze pregresse quando il soggetto che si occuperà di somministrazione alimenti e bevande entrerà solo in futuro nella compagine;

- tra le proposte migliorative sono state valorizzate tempistiche più definite (estrane ai criteri di valutazione), mentre non sono riportate le discrepanze su qualità e quantità della proposta della ricorrente (tenendo conto che saune

e vasche idromassaggio integrano un servizio del tutto innaturale per un campeggio);

- contrariamente a quanto opina la Commissione le tempistiche sono definite, tranne le attività che richiedono il coinvolgimento di terzi; i contatti esibiti da MWM non offrono certezza sulla prestazione dei servizi (dunque le offerte erano equiparabili);

- il bando non prevedeva il sopralluogo presso il campeggio cosicché sono rimasti sconosciuti elementi significativi sulle strutture e sullo stato in generale, sui prezzi applicati dalla precedente gestione (con vantaggio per la controinteressata gestore uscente), sui canoni per gli stanziamenti;

- si prevede l'installazione di pannelli per solare termico e fotovoltaico dal 2022 per sfruttare le detrazioni fiscali, ma anche su questi aspetti si registra indeterminatezza.

Il motivo è infondato.

3.1 Il disciplinare indicava i macro-elementi di giudizio, ossia Piano di gestione delle attività, attività promozionale, esperienza in gestioni precedenti, proposte migliorative, investimenti. Il primo e il terzo erano articolati in sub-criteri, ciascuno associato a un punteggio massimo. Ogni criterio unico o sub-criterio era accompagnato da un'ampia nota esplicativa sul contenuto della proposta da formulare.

3.2 Il divario dei punteggi sull'offerta tecnica – tra la prima e la seconda classificata – è stato di 35,9 punti su 80 disponibili, e dunque è risultato assai significativo.

3.3 Osserva preliminarmente il Collegio che, secondo un consolidato indirizzo pretorio (T.A.R. Liguria, sez. I – 12/10/2021 n. 859), *“la scelta dei criteri di valutazione del merito tecnico, volti a premiare la professionalità e la capacità organizzativa e progettuale dei concorrenti, costituisce espressione dell'ampia discrezionalità attribuita dalla legge all'amministrazione per meglio perseguire l'interesse pubblico: pertanto, la definizione dei parametri valutativi e dei metodi di attribuzione dei punteggi è sindacabile in sede di*

legittimità solo allorché sia manifestamente irragionevole, illogica o abnorme, per l'evidente inidoneità dei criteri a fungere da strumenti di comparazione delle offerte sotto il profilo tecnico, oppure per mancanza di trasparenza e/o intellegibilità dei criteri medesimi (in tal senso cfr., ex plurimis, Cons. St., sez. V, 26 gennaio 2021, n. 776; Cons. St., sez. III, 22 ottobre 2020, n. 6380; Cons. St., sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5026; Cons. St., sez. V, 12 maggio 2020, n. 2967; Cons. St., sez. V, 26 marzo 2020, n. 2094; Cons. St., sez. III, 11 gennaio 2019, n. 276; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 2 luglio 2021, n. 4583; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-quater, 15 dicembre 2020, n. 13550)”.

3.4 Deve ritenersi, sulla scorta di quanto osservato al par. 3.1, che la *lex specialis* abbia fornito alla Commissione di gara, ai fini delle valutazioni di propria competenza, un quadro di orientamento preciso, fermo restando che – vertendosi su di una gara d'appalto da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – il giudizio tecnico operato dalla Commissione di gara era connotato da apprezzamenti discrezionali che comportano un fisiologico margine di opinabilità, per sconfessare il quale non è sufficiente evidenziare la mera non condivisibilità del giudizio, dovendosi piuttosto dimostrare la sua palese inattendibilità, l'evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto dalla commissione giudicatrice, con la conseguenza che, ove non emergano travisamenti, pretestuosità o irrazionalità, ma solo margini di fisiologica opinabilità della valutazione tecnico discrezionale operata, il giudice amministrativo non può sovrapporre alla valutazione opinabile del competente organo la propria (Consiglio di Stato, sez. V – 22/10/2018 n. 6012, che richiama sez. V – 24/7/2017 n. 3645).

3.5 Nella gara in esame, la Commissione ha espresso i propri giudizi sulla scorta dei parametri introdotti dalla *lex specialis*. La doglianza illustrata da Gesticom attinge il merito della discrezionalità, traducendosi in una sorta di riesame critico del momento valutativo condotto dall'organo collegiale in sede di attribuzione del punteggio delle offerte tecniche, senza ricadere nell'ipotesi

(residuale) di palese illogicità o arbitrarietà, ovvero di manifesto travisamento dei fatti.

4. Con il quarto motivo, dedotto in via subordinata, Gesticom chiede l'annullamento della gara per totale erronea valutazione della Commissione sulla base di quanto dedotto al motivo precedente.

La doglianza non è persuasiva.

4.1 In proposito, possono essere richiamate le riflessioni sviluppate nel precedente paragrafo.

5. In conclusione, l'introdotta gravame deve essere rigettato in quanto infondato.

6. Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo, previa parziale compensazione – nella misura del 50% – in ragione delle oscillazioni giurisprudenziali sulla questione dedotta con la prima censura.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando respinge il ricorso in epigrafe.

Condanna parte ricorrente a corrispondere al Comune di Monghidoro la somma di 1.500 € a titolo di compenso per la difesa tecnica, oltre a oneri di legge.

Condanna parte ricorrente a corrispondere all'Unione intimata la somma di 1.500 € a titolo di compenso per la difesa tecnica, oltre a oneri di legge.

Condanna parte ricorrente a corrispondere alla controinteressata la somma di 2.500 € a titolo di compenso per la difesa tecnica, oltre a oneri di legge.

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

La presente sentenza è depositata con le modalità previste dal processo telematico, e la Segreteria della Sezione provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

Jessica Bonetto, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Stefano Tenca

IL PRESIDENTE

Giancarlo Mozzarelli

IL SEGRETARIO