



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 Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 196 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Cogei S.r.l. – Società con Socio Unico, in proprio e nella qualità di mandataria del Raggruppamento Temporaneo di Imprese con la società R.D.R. S.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Clarizia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Principessa Clotilde n. 2;

contro

Abbanoa S.p.A., rappresentata e difesa dall'avvocato Antonello Rossi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Cagliari presso lo studio del medesimo legale, via Ada Negri n. 32;

nei confronti

Acciona Agua S.A., rappresentata e difesa dagli avvocati Marcello Vignolo e Massimo Massa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Cagliari presso il loro studio legale, Piazza del Carmine n. 22;

Shift S.p.A., rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo e Flaviano Lai, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Trasporti Autogru di -OMISSIS-e C. S.n.c., rappresentata e difesa dall'avvocato Chiara Loi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Cagliari presso il suo studio legale, via Pessina 9;

per l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari

-- per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della Deliberazione del Consiglio di Amministrazione di Abbanoa S.p.A. n. 18 dell'8 febbraio 2021 recante aggiudicazione della procedura aperta, ai sensi degli artt. 60 e 114 del d.lgs. n. 50/2016, per l'affidamento del “*Servizio di conduzione e manutenzione degli impianti di depurazione delle acque reflue urbane, di sollevamento fognario e di pretrattamento*”, Lotto 4 (CIG 82016095DA) alla società Acciona Agua S.A.;

- della nota di comunicazione Prot. AM/SP UO GARE SSFF dell'11 febbraio 2021;

- di tutti i verbali di gara (da n 1 a n. 34), e di valutazione di congruità dell'offerta, nelle parti nelle quali Acciona Agua S.A. è stata ammessa o non è stata esclusa e la cui offerta è stata comunque sottoposta a valutazione ed attribuzione di punteggio e/o è stata giudicata congrua;

- di ogni atto e provvedimento presupposto, connesso e consequenziale, ivi compresi la proposta di aggiudicazione e, all'occorrenza, i chiarimenti di gara, le determine di nomina e costituzione delle commissioni di gara, il bando, il disciplinare, il capitolato di appalto e qualsiasi documento facente parte della *lex specialis*;

-- per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Acciona Agua S.A. il 12 aprile 2021:

- dei medesimi atti impugnati, limitatamente alle parti in cui non hanno escluso dalla gara l'ATI COGEI S.r.l. - RDR S.r.l.

-- per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Cogei S.r.l. il 29 aprile 2021:

- della nota di Abbanoa del 23 settembre 2020, conosciuta a seguito del deposito in giudizio in data 31 marzo 2021;

- del verbale di valutazione della congruità dell'offerta di Acciona del 18 gennaio 2021, conosciuta a seguito del deposito in giudizio in data 31 marzo 2021, e degli atti nello stesso richiamati (nota Commissione del 20.11.2020, nota PEC del RUP Prot. 269082 del 23 novembre 2020, nota RUP n. prot. 6719 del 11 gennaio 2021);

- delle note di Abbanoa del 9 aprile 2021 e del 23 aprile 2021, nonché, per quanto occorrer possa, della nota del 30.03.2021 e dell'avviso ai terzi (Acciona) del 22 aprile 2021 in ordine all'istanza di accesso alla documentazione di comprova dei requisiti dichiarati in gara dall'aggiudicatario del 5 marzo 2021;

- di ogni altro atto connesso, conseguente e/o presupposto, ivi compresi gli atti dichiarativi dell'efficacia dell'aggiudicazione e per la conseguente ostensione, ai sensi degli artt. 116 C.P.A. e 22 e ss. della l. 241/1990 e 53 d.lgs. 50/2016, della versione integrale e non oscurata dell'offerta tecnica di Acciona Agua S.A., della versione integrale delle giustificazioni, dei chiarimenti e relativi allegati presentati da Acciona Agua S.A. in fase di verifica di congruità dell'offerta, delle note del RUP di richiesta di giustificazioni, dell'Allegato al DGUE del concorrente recante alcuni precedenti penali, della documentazione di comprova dei requisiti dichiarati in gara da Acciona Agua S.A., della versione integrale delle offerte tecniche del RTI Suez e della Idrotecnica;

-- per quanto riguarda i motivi aggiunti al ricorso incidentale presentati da Acciona Agua S.A. il 9 luglio 2021:

- dei medesimi atti impugnati, limitatamente alle parti in cui non hanno escluso dalla gara l'ATI COGEI S.r.l. - RDR S.r.l., per ulteriori profili;

-- per quanto riguarda gli ulteriori motivi aggiunti presentati da Cogei il 3 settembre 2021:

- della Deliberazione del Consiglio di Amministrazione di Abbanoa S.p.A. n. 18 del 08 febbraio 2021 recante aggiudicazione della Procedura aperta, ai sensi degli artt. 60 e 114 del D. Lgs n. 50/2016, per l'affidamento del “*Servizio di conduzione e manutenzione degli impianti di depurazione delle acque reflue urbane, di sollevamento fognario e di pretrattamento*”, Lotto 4 (CIG 82016095DA) alla società Acciona Agua S.A., di contenuto non conosciuto;
- della nota di comunicazione Prot. AM/SP UO GARE SSFF del 11 febbraio 2021;
- di tutti i verbali di gara (da n 1 a n. 34), e di valutazione di congruità dell'offerta, nelle parti nelle quali Acciona Agua S.A. è stata ammessa o non è stata esclusa e la cui offerta è stata comunque sottoposta a valutazione ed attribuzione di punteggio e/o è stata giudicata congrua;
- di ogni atto e provvedimento presupposto, connesso e consequenziale, ivi compresi la proposta di aggiudicazione e, all'occorrenza, i chiarimenti di gara, le determine di nomina e costituzione delle commissioni di gara, il bando, il disciplinare, il capitolato di appalto e qualsiasi documento facente parte della *lex specialis*,

nonché per il conseguimento dell'aggiudicazione e per il subentro nel contratto di appalto eventualmente stipulato, previa declaratoria di nullità, invalidità ed inefficacia dello stesso e per il risarcimento del danno in forma specifica o, in via subordinata, per equivalente, con riserva di quantificazione in corso di causa ovvero in separato giudizio,

nonché, ulteriormente per l'annullamento delle note Abbanoa del 5 ed 8 marzo 2021 con le quali è stato consentito l'accesso alla documentazione di Acciona Agua S.A. senza trasmissione dell'Allegato al DGUE del concorrente recante alcuni precedenti penali e dei verbali di valutazione della congruità dell'offerta di Acciona Agua S.A. e delle note del RUP di richiesta di giustificazioni, e con pressoché integrale oscuramento di tutti i contenuti della

sua offerta tecnica e delle giustificazioni e chiarimenti e relativi allegati presentati in fase di verifica di congruità dell'offerta e per la conseguente ostensione, ai sensi degli artt. 116 c.p.a. e 22 e ss L. 241/1990 e 53 D.Lgs. 50/2016 della versione integrale e non oscurata dell'offerta tecnica di Acciona Agua S.A., delle giustificazioni, dei chiarimenti e relativi allegati presentati da Acciona Agua S.A. in fase di verifica di congruità dell'offerta, dei verbali di valutazione della congruità dell'offerta di Acciona Agua S.A. e delle note del RUP di richiesta di giustificazioni, nonché dell'Allegato al DGUE del concorrente recante alcuni precedenti penali”

Visti il ricorso principale, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Acciona Agua S.A., di Shift S.p.A., di Trasporti Autogru di -OMISSIS-e C. S.n.c. e di Abbanoa S.P.A.;

Visti il ricorso incidentale, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Vista l'ordinanza di questa Sezione n. 573 del 29 luglio 2021.

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 novembre 2021 il dott. Tito Aru;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato in GU/S S39 in data 25 febbraio 2020, Abbanoa S.p.A. ha indetto una procedura aperta, ai sensi degli artt. 60 e 114 del d.lgs. n. 50/2016, per l'affidamento del “*Servizio di conduzione e manutenzione degli impianti di depurazione delle acque reflue urbane, di sollevamento fognario e di pretrattamento*”, suddivisa in 5 lotti, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (max 70 punti per l'offerta tecnica e 30 per l'offerta economica) e con previsione, in caso di partecipazione a più lotti, di aggiudicazione sino ad un massimo di 3 lotti (par. 3 punto 3 e par. 18 del Disciplinare).

2. Alla procedura per l'aggiudicazione del Lotto 4, riferito allo svolgimento del servizio nei Distretti n. 6 e 7, per un importo a base d'asta pari ad € 95.922.414,33, oltre € 2.503.597,93 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso, ha partecipato anche la ricorrente Cogei S.r.l., in costituendo raggruppamento temporaneo con la RDR S.r.l.

3. Ha inoltre partecipato alla procedura per l'affidamento del medesimo lotto n. 4 la società Acciona Agua S.A., la quale, all'esito delle operazioni di gara, si è classificata al primo posto in graduatoria con 100 punti (ottenuti dalla sommatoria di 70 punti ottenuti per l'offerta tecnica e 30 punti per l'offerta economica), seguita dal RTI Cogei con 80,798 punti (ottenuti dalla sommatoria di 54,698 punti ottenuti per l'offerta tecnica + 26,1 punti per l'offerta economica).

Entrambe le offerte sono state sottoposte a verifica di congruità.

4. Successivamente, con nota Prot. AM/SP UO GARE SSFF dell'11 febbraio 2021, Abbanoa ha comunicato di aver disposto l'aggiudicazione definitiva dei cinque lotti d'appalto con Deliberazione del C.d.a. n. 18 dell'8 febbraio 2021 (Acciona si è classificata prima in tutti i 5 lotti ma, stante il limite di lotti aggiudicabili, è stata dichiarata affidataria dei lotti 1, 3 e 4, mentre il Lotto 2 è stato affidato alla società Idrotecnica ed il Lotto 5 alla Ditta Orrù Antonino).

5. A seguito della comunicazione, il 12 febbraio 2021 Cogei ha formulato istanza di accesso agli atti della gara.

6. L'accesso è stato consentito in misura parziale, e con significativi oscuramenti della documentazione tecnica, in data 8 marzo 2021.

7. Espone la ricorrente che, comunque, dalla documentazione acquisita sarebbero emersi molteplici motivi che avrebbero dovuto determinare l'esclusione della Acciona dalla gara per il lotto 4, con conseguente collocazione del RTI Cogei, secondo graduato, al primo posto nella graduatoria definitiva.

8. La Cogei ha quindi proposto ricorso con domanda di conseguimento dell'aggiudicazione e di subentro nel contratto, ove nelle more stipulato,

previa declaratoria di inefficacia dello stesso, per i seguenti motivi di diritto:

1) violazione e falsa applicazione degli artt. 48, 59, 80, 83, 89 e 105 d.lgs. n. 50/16 – Violazione e falsa applicazione dei par. 3, 5, 7.1. lett. b), 8, 9 e 15 del disciplinare di gara – Violazione dell’art. 97 Cost. – Violazione di ogni norma e principio in tema di qualificazione alle gare d’appalto, di par condicio e di segretezza delle offerte - Eccesso di potere; difetto di istruttoria, illogicità manifesta, contraddittorietà, perplessità;

2) Violazione e falsa applicazione dell’art. 80, comma 5 d.lgs. 50/2016 – Eccesso di potere, difetto di istruttoria, perplessità;

3) Violazione e falsa applicazione dell’art. 80, comma 5 d.lgs. 50/2016 – Eccesso di potere, difetto di istruttoria - Perplessità.

9. Nel ricorso introduttivo veniva formulata altresì domanda ai sensi dell’art. 116 comma 2 c.p.a. per violazione degli artt. 53 d.lgs. n. 50/2016 e 22 e 24, comma 7, della L. n. 241/1990 e s.m.i.

10. Nell’assunto della ricorrente, infatti, Abbanoa in data 8 marzo 2021 avrebbe concesso l’accesso alla documentazione di Acciona senza tuttavia fornire l’Allegato al DGUE del concorrente recante i precedenti penali riportati ed i verbali di valutazione della congruità dell’offerta e delle note del RUP di richiesta di giustificazioni, e con pressoché integrale oscuramento di tutti i contenuti della sua offerta tecnica e delle giustificazioni e chiarimenti e relativi allegati presentati in fase di verifica di congruità dell’offerta.

11. Ciò perché, come sostenuto da Abbanoa con nota del 5 marzo 2021, *“la Ditta Acciona Agua ha fatto pervenire ad Abbanoa motivata e dettagliata opposizione all’accesso agli atti di parte della documentazione prodotta in sede di partecipazione alla procedura di gara per l’affidamento del “Servizio di conduzione e manutenzione degli impianti di depurazione delle acque reflue urbane, di sollevamento fognario e di pretrattamento”*. In particolare, l’opposizione è riferita all’accesso alla documentazione tecnica, oltre ad eventuali informazioni fornite nell’ambito del sub-procedimento di verifica dell’anomalia, ovvero delle giustificazioni dell’offerta presentata, poiché costituiscono, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell’offerente, segreti tecnici/commerciali. Si precisa, a

tal proposito, che la Ditta Acciona Agua ha fatto pervenire copia della documentazione di cui sopra debitamente oscurata delle parti oggetto di diniego”.

12. Alla camera di consiglio del 7 aprile 2021 l'esame dell'istanza cautelare è stato abbinato al merito.

13. In data 12 aprile 2021 Acciona ha proposto ricorso incidentale, integrato in data 9 luglio 2021 da motivi aggiunti, col quale ha impugnato gli atti di gara limitatamente alle parti in cui non hanno escluso dalla gara l'ATI COGEI S.r.l. - RDR S.r.l.

14. Con ordinanza n. 573 del 29 luglio 2021 il Tribunale ha accolto la domanda ex art. 116 c.p.a. dichiarando il diritto della ricorrente all'accesso ai documenti con ordine all'amministrazione di esibizione degli stessi.

15. A seguito del deposito della documentazione di cui alla predetta istanza Cogei ha proposto ulteriore ricorso per motivi aggiunti introducendo una ulteriore serie di censure che saranno esaminate nella parte in diritto.

16. A tutte le contestazioni proposte hanno replicato Abbanoa e le società controinteressate che, con difese scritte, hanno chiesto la reiezione del ricorso.

17. Alla pubblica udienza del 3 novembre 2021 la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

1. Con riferimento alla prima censura va premesso che l'aggiudicataria Acciona ha indicato, quali subappaltatori necessari per l'attività di smaltimento rifiuti ex par. 7.1, lett. b) del Disciplinare, le società Shift S.p.a. (in possesso dell'iscrizione ANGA in categoria 4 e classe B, che identifica una quantità annua di rifiuti complessivamente trattata superiore o uguale a 60.000 t. e inferiore a 200.000 t.), per una quota pari all'87% delle attività richieste, e la Ditta Trasporti Autogrù di -OMISSIS-& C. SNC (che possiede una categoria/classe 4 D, inerente una quantità annua di rifiuti complessivamente trattata superiore o uguale a 6.000 tonnellate e inferiore a 15.000 tonnellate), per una quota pari al 13%.

2. Rileva in proposito la ricorrente che i suddetti soggetti sono stati indicati, quali subappaltatori necessari, per il possesso del medesimo requisito di cui al par. 7.1. lett. b) del Disciplinare, da più concorrenti.

3. In particolare, per quanto qui interessa, con riferimento al lotto n. 4:

- la Shift S.p.A. è stata designata subappaltatore necessario per lo smaltimento dei rifiuti, oltre che da Acciona, anche dal concorrente RTI Suez (concorrente n. 5) e dal concorrente RTI DAM (concorrente n. 8);

- la Ditta Trasporti Autogrù di -OMISSIS-& C. SNC è stata designata subappaltatore necessario, oltre che da Acciona, anche dal concorrente RTI Suez (concorrente n. 5) e dal concorrente RTI DAM.

4. Quindi, secondo l'esposizione della Cogei, il requisito richiesto dal par. 7.1. lett. b) del Disciplinare, consistente nell'idoneità professionale inerente l'iscrizione all'ANGA in categoria classe 4-C, sarebbe stato inammissibilmente fornito dagli stessi soggetti a più concorrenti.

5. La ricorrente richiama sul punto numerose decisioni del giudice amministrativo dalle quali emergerebbe il principio secondo il quale consentire ad un soggetto di prestare i propri requisiti a più concorrenti in una medesima gara andrebbe a discapito dell'interesse della stazione appaltante a contrarre con operatori economici affidabili ed effettivamente in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dalla *lex specialis*, con gravi criticità anche in ordine alla regolarità della gara stessa.

6. Inoltre il prestito del requisito ex par. 7.1. lett. b) del Disciplinare da parte del subappaltatore necessario a tre diversi concorrenti si porrebbe in violazione di specifiche norme di legge e *della lex specialis*.

6.1 In primo luogo perché per il requisito dell'iscrizione all'Albo Gestori Ambientali è vietato *ex lege* il ricorso all'istituto dell'avvalimento (cfr. art. 89, comma 10, del Codice appalti).

6.2. In secondo luogo in ragione del richiamo contenuto nell'art. 8 del disciplinare di gara all'art. 89, comma 7, del Codice per il quale, a pena di

esclusione, non è consentito che della stessa ausiliaria si avvalga più di un concorrente.

7. Tale disciplina, secondo la prospettazione della Cogei, sarebbe invero applicabile anche all'istituto del subappalto necessario, che presenterebbe caratteristiche affini a quelle dell'avvalimento.

8. Inoltre – anche a voler prescindere dalla predetta censura - l'identificazione dei due subappaltatori necessari di Acciona nei PassOE di tre concorrenti quali “mandanti” comporterebbe comunque la violazione dell'art. 48, comma 7, del Codice, a mente del quale *“E' fatto divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti”*, oltre che del par. 5 del Disciplinare.

9. Sempre nell'assunto della ricorrente la presenza della Shift S.p.a. e della Ditta Trasporti Autogrù di -OMISSIS-& C. SNC nelle offerte di tre diversi concorrenti rileverebbe anche sotto ulteriori profili.

9.1. Anzitutto le prestazioni dei subappaltatori necessari sono state utilizzate da Acciona anche ai fini della predisposizione tecnica ed economica dell'offerta e, conseguentemente, hanno assunto rilevanza ai fini dell'attribuzione del punteggio finale malgrado questi ultimi, avendo partecipato a tre offerte per il Lotto 4, fossero a conoscenza dei contenuti e dei ribassi di tre diversi concorrenti nello stesso lotto;

9.2. In secondo luogo i suddetti due subappaltatori, nei DGUE presentati in gara, hanno dichiarato di non trovarsi *“rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale”*, circostanza che invece, alla luce di quanto sopra evidenziato, non risponderebbe al vero.

10. Sotto tale ultimo profilo sussisterebbe, quindi, anche la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. m) del Codice, nonché, ulteriormente, quella di cui all'art. 80, comma 5 lett. c ter), essendo state omesse informazioni essenziali ai fini del regolare svolgimento della competizione tra i concorrenti.

11. Di qui, pertanto, la conclusione che sarebbe stata doverosa l'esclusione dalla gara di Acciona che senza i suddetti subappaltatori non avrebbe potuto partecipare alla gara per il mancato possesso del requisito di cui al par. 7.1. lett. b) del Disciplinare.

12. Il motivo non è fondato.

13. L'intero impianto argomentativo della ricorrente, infatti, non resiste al rilievo - ampiamente argomentato anche dalle parti resistenti - secondo cui il nostro ordinamento giuridico non prevede una norma per la quale la S.A. dovrebbe escludere dalla gara i concorrenti che abbiano indicato il medesimo subappaltatore (anche necessario).

14. L'art. 83, comma 8, del codice, appalti stabilisce sul punto espressamente, quanto alla tipicità delle cause di esclusione, che *“I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*.

15. Pertanto, in assenza di un'espressa previsione normativa volta a sanzionare con l'esclusione l'indicazione da parte di più concorrenti del medesimo subappaltatore, tale condotta - che infatti non è stata prevista da Abbanoa nella *lex specialis* quale causa di esclusione - non può provocare l'effetto espulsivo auspicato dalla ricorrente.

16. Né può fondatamente ritenersi che a tale conclusione si possa addivenire in via di assimilazione con quanto previsto per il diverso istituto dell'avvalimento dall'art. 89, comma 7, del codice appalti, per il quale *“In relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, ovvero che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti”*.

17. La giurisprudenza è invero chiara nel valorizzare le significative differenze tra i due istituti.

18. In particolare si è detto che il subappalto dà luogo ad un contratto derivato, rilevante nella fase di esecuzione del rapporto, contraddistinto dal fatto che il rischio imprenditoriale ed economico inerente all'esecuzione delle prestazioni in esso previste è assunto dal subappaltatore attraverso la propria organizzazione, rispondendone egli esclusivamente nei confronti del subappaltante.

18.1 Il subappaltatore, dunque, non “presta” o “fornisce” alcunché al concorrente subappaltante.

Più semplicemente, qualora un servizio o un'attività oggetto dell'appalto principale sia interamente scorporabile, il subappaltatore svolge direttamente tale servizio o tale attività e, quindi, come anche previsto nel disciplinare della gara che qui occupa, è solo lui a dover possedere i relativi requisiti.

19. Nell'avvalimento, che si colloca nella fase della gara perché permette ad un'impresa di ottenere i requisiti per partecipare ad una procedura concorsuale per l'affidamento di un contratto pubblico, invece, soggetto esecutore e responsabile nei confronti della stazione appaltante per l'esecuzione delle prestazioni è sempre (e solo) l'impresa ausiliata, sia pure con la garanzia della responsabilità solidale dell'ausiliaria (ex multis, Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1330 del 21 febbraio 2020).

19.1 E' stato quindi stato rimarcato come l'indicazione nell'offerta dei servizi che si intendono subappaltare “*non trasforma il subappalto c.d. necessario o qualificatorio in un istituto diverso dal subappalto c.d. facoltativo, fino a determinare una sorta di confusione tra avvalimento e subappalto, trattandosi all'evidenza di due istituti che presentano presupposti, finalità e regolazioni diverse*” (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3504 del 4 giugno 2020).

20. Soltanto l'avvalimento svolge, dunque, una funzione di integrazione dei requisiti di partecipazione alle procedure di gara, ed in ciò risiede la ratio del citato art. 89, comma 7, c.a., che non consente che della stessa impresa

ausiliaria si avvalga più di un concorrente, operando invece il subappalto (anche necessario) esclusivamente nella fase esecutiva del contratto e, dunque, rimanendo estraneo a detta ratio (cfr: Adunanza Plenaria n. 9 del 2 novembre 2015).

21. In particolare quest'ultima decisione ha precisato che attrarre l'istituto del subappalto nella fase di gara *“comporterebbe una confusione tra avvalimento e subappalto [...] con ciò assimilando due istituti che presentano presupposti, finalità e regolazioni diverse, ma senza creare il medesimo vincolo dell'avvalimento e senza assicurare, quindi, alla stazione appaltante le stesse garanzie contrattuali da esso offerte”*.

22. Da tale netta differenza normativa, pratica e funzionale tra i due istituti, deriva l'inapplicabilità al caso *de quo* delle restrittive norme sull'avvalimento, che oltretutto nel silenzio legislativo sarebbero altresì in contrasto con il principio del *favor participationis*, con conseguente rigetto di tale profilo della censura.

23. Né si può fondatamente sostenere che i subappaltatori, per il fatto di aver compilato i PassOE “selezionando il ruolo di mandante” siano per ciò solo da considerare tecnicamente mandanti del raggruppamento.

24. Se così fosse, difatti, gli stessi sarebbero stati così qualificati all'interno del R.t.i., avrebbero conferito il mandato alla mandataria e risulterebbero ufficialmente, da tutti i documenti depositati in gara dal raggruppamento, nel ruolo di mandanti.

Ma tutto ciò non risulta affatto.

25. A conferma di ciò, e cioè del fatto che l'indicazione alla quale fa riferimento la ricorrente costituisca solo una modalità operativa dovuta esclusivamente alla rigidità del sistema informatico, Abbanoa ha precisato che – come anche per l'attuale ricorrente (che ha generato il PassOE selezionando per il subappaltatore necessario dalla stessa indicato, ossia Planetaria s.r.l., il ruolo di mandante in R.t.i.) – per prassi il subappaltatore genera la propria componente di PassOE selezionando il ruolo di mandante in R.t.i. in quanto

il sito AvcPass-Anac non consente di selezionare in via specifica il ruolo di “subappaltatore necessario”.

26. Secondo la ricorrente un ulteriore elemento di criticità derivante dalla comune indicazione da parte di 3 diversi concorrenti dei medesimi subappaltatori (come detto Shift S.p.A. e Ditta Trasporti Autogrù di - OMISSIS-& C. SNC sono stati indicati come subappaltatori in tre offerte per il Lotto 4, con specifico riferimento alle prestazioni di smaltimento dei rifiuti) comporterebbe che essi avrebbero “negoziato” e sarebbero a conoscenza dei contenuti di tre diverse offerte nello stesso lotto e che il loro coinvolgimento sarebbe stato determinante per l’attribuzione in parte qua del punteggio tecnico.

27. Inoltre la condivisione dell’offerta da parte dei predetti subappaltatori inquinerebbe anche l’offerta economica dei concorrenti avendo essa ad oggetto anche il ribasso percentuale sull’attività di smaltimento dei rifiuti (di importo a base di gara, pari ad euro 12.516.900,00).

Verrebbe dunque meno l’autonomia delle offerte dei tre concorrenti che, con riferimento alle prestazioni di smaltimento dei rifiuti, risulterebbero fortemente influenzate dalle determinazioni tecniche ed economiche dei due subappaltatori necessari.

28. L’argomento non è suscettibile di favorevole apprezzamento, ritenendo il Collegio di condividere sul punto i principi già espressi dal Consiglio di Stato, Sezione III, 18 settembre 2019, n. 6234.

29. Invero l’art. 80, comma 5, lettera m), del codice dei contratti, è finalizzato ad evitare che possa aver luogo una concertazione delle offerte tra operatori formalmente distinti, così moltiplicando a danno degli altri concorrenti le proprie *chances* di aggiudicazione.

L’onere della prova di tale distorsione del confronto concorrenziale ricade sulla parte che ne affermi l’esistenza al fine dell’altrui esclusione dalla gara, e la dimostrazione deve fondarsi su elementi di fatto univoci, desumibili sia dalla struttura imprenditoriale dei soggetti coinvolti, sia dal contenuto delle offerte

presentate, che devono essere tali da evidenziare un collegamento diretto ed immediato tra operatori in apparenza concorrenti.

30. Non basta, cioè, a tal fine, che vi sia un subappaltatore designato da due o più concorrenti, risultando tale elemento insufficiente a far supporre una simile concertazione o, finanche, un condizionamento nella formulazione delle offerte.

31. Deve dunque ritenersi non provato, attesa la genericità dei rilievi avanzati dalla Cogei, che la partecipazione dei concorrenti - i quali hanno condiviso l'indicazione di Shift s.p.a. e di Trasporti Autogru di Spiga Giovanni come subappaltatori - sia frutto di concertazione o comunque di condizionamento derivante dai rapporti tra di essi.

Di per sé, infatti, l'indicazione del medesimo subappaltatore da parte di due o più concorrenti non costituisce, in difetto di altri consistenti elementi di prova, un indizio di un collegamento tra centri decisionali autonomi e distinti o di condizionamento reciproco delle offerte presentate.

32. Non vi sono dunque elementi per ritenere che il subappaltatore Shift S.p.a. fosse a conoscenza dell'offerta complessiva di Acciona Agua o di quelle degli altri concorrenti RTI Suez e RTI DAM, conoscendo esso soltanto il corrispettivo praticato a ciascuna subappaltante per il servizio di smaltimento dei rifiuti oggetto di subappalto, peraltro di diversa quantificazione in relazione a dinamiche commerciali che in questa sede non rilevano.

Come accade, del resto, frequentemente nelle gare nelle quali un fornitore dei materiali che possono essere impiegati nei lavori o nel servizio è comune a più concorrenti. Circostanza niente affatto anomala e, anzi, di frequente verifica, che in nessun modo influisce sulla assoluta autonomia delle offerte e sulla loro segretezza.

32.1 Pertanto, anche a prescindere dal rilievo di Abbanoa secondo cui, in base alla più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia U.E., sarebbe comunque possibile, in caso di effettiva sussistenza della violazione della citata disposizione, procedere alla sostituzione del subappaltatore necessario (senza

esclusione dell'operatore concorrente), resta priva di supporto argomentativo la censura volta a contestare la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c ter, e basata sulla ritenuta non veridicità della dichiarazione dei suddetti subappaltatori di non trovarsi *“rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale”*.

33. Con il secondo motivo la ricorrente rileva che in data 11 settembre 2020 Abbanoa aveva chiesto chiarimenti ad Acciona in ordine alla condanna, riportata da un membro del collegio sindacale del subappaltatore necessario Shift S.p.a. per il reato di cui all'art. 323 c.p., non dichiarata dalla società.

Sostiene quindi che Abbanoa, illegittimamente, avrebbe proceduto all'aggiudicazione senza svolgere alcun approfondimento istruttorio sulla questione.

34. Il motivo non è fondato.

Risulta invero che, in relazione alla sentenza di condanna emessa a carico del Sig. -OMISSIS- per il reato di cui all'art. 323 c.p., Abbanoa abbia chiesto chiarimenti in data 11 settembre 2020, ai quali ha risposto Acciona Agua S.A. con nota del 18 settembre 2020 sottoscritta da Shift S.p.A. (che per quanto risulta dagli atti aveva avuto conoscenza di tale condanna solo a seguito della segnalazione della stazione appaltante).

Orbene, diversamente da quanto eccepito dalla ricorrente, la Stazione Appaltante ha concretamente valutato i chiarimenti pervenuti dalla controinteressata, concludendo il contraddittorio mediante la nota del 23 settembre 2020, trasmessa ad Acciona Agua, del seguente tenore letterale:

“La presente in riscontro alla vostra nota del 18/09/2020, per comunicare che, alla luce dei chiarimenti forniti e sulla base di un prudente apprezzamento effettuato tenendo conto della documentazione agli atti, considerata anche la misura di self cleaning adottata dalla società SHIFT, si ritiene che la condanna inflitta al componente del collegio sindacale della stessa per un fatto commesso come amministratore unico (anteriormente alla nomina di

sindaco e in ambiti e contesti del tutto estranei a quello di cui si occupa l'operatore economico) non sia idonea a mettere in dubbio l'integrità e l'affidabilità di detta società nello svolgimento dell'attività oggetto di affidamento”.

35. Sul punto, peraltro, il Collegio può limitarsi a ricordare il principio secondo cui la stazione appaltante che non ritenga il precedente penale del concorrente incisivo della sua moralità professionale non è tenuta a esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione di non gravità del reato risultare anche implicita o per *facta concludentia*, ossia con l'ammissione alla gara dell'impresa, mentre è la valutazione di gravità, semmai, che richiede l'assolvimento di un particolare onere motivazionale: la stazione appaltante deve quindi motivare puntualmente le esclusioni, e non anche (con la stessa analiticità) le ammissioni, se su di esse non vi è, in gara, contestazione (in termini, Consiglio di Stato, Sezione V, n. 2850 del 5 maggio 2020).

36. Per le stesse ragioni anche il terzo motivo, con il quale la ricorrente contesta la decisione del seggio di gara di non valutare il precedente penale riportato da Acciona, non merita accoglimento.

La stazione appaltante ha invero approfondito, con riferimento all'aggiudicataria, l'esame dei procedimenti penali in corso, chiedendo anche integrazioni e chiarimenti.

Dopo aver esaminato i documenti e le informazioni che le sono state fornite Abbanoa, nell'esercizio dei suoi poteri connotati sul punto da ampia discrezionalità, ha tuttavia ritenuto che non sussistesse alcun elemento idoneo a incidere sulla moralità professionale della concorrente e ha ammesso Acciona alla gara, sicché anche questa censura deve ritenersi senz'altro infondata.

36.1 Sul punto, peraltro, non è superfluo ricordare quanto statuito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 16 del 28 agosto 2020, e cioè che l'omissione di informazioni da parte dell'operatore economico non costituisce condotta suscettibile in sé di sanzione espulsiva (e

peraltro non lo costituisce nemmeno la falsità delle stesse informazioni), dovendo la stazione appaltante svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo.

37. Può quindi passarsi all'esame del ricorso per motivi aggiunti proposti da Cogei il 29 aprile 2021.

38. Il primo motivo concerne il costo del personale.

Secondo la ricorrente l'aggiudicataria Acciona avrebbe indicato, in sede di offerta, di sopportare costi per € 40.147.426,94 mentre dal verbale di congruità dell'offerta del 18 gennaio 2021, per giustificare il prezzo offerto, risulta aver quotato un costo della manodopera pari a € 24.327.407,70, (inferiore quindi di quasi 16 milioni di euro a quanto indicato in offerta e di circa 20 milioni di euro rispetto alla quotazione indicata da Abbanoa, che aveva stimato i costi della manodopera inerenti il Lotto 4 in euro 44.191.850,48).

Ciò avrebbe determinato, secondo la ricorrente, un'alterazione dell'offerta economica non ammissibile in sede di giustificazioni, che avrebbe dovuto portare all'esclusione di Acciona.

39. Anche tale motivo non è fondato.

40. L'art. 17 del disciplinare prevedeva che l'offerta economica dovesse essere formulata con distinti ribassi in relazione, rispettivamente, a ciascuna delle sei diverse attività costituenti oggetto dell'appalto, concernente l'affidamento del servizio di conduzione e manutenzione degli impianti di depurazione, di pretrattamento e di sollevamento fognario:

- 1) conduzione e manutenzione ordinaria;
- 2) smaltimento rifiuti;
- 3) manutenzione conservativa;
- 4) fornitura in opera di pompe sommerse per sistemi di sollevamento fognario;
- 5) fornitura in opera di misuratori di portata elettromagnetici;
- 6) installazione di centrifughe.

41. L'art. 3 del disciplinare, per il lotto n. 4, prevedeva per l'appalto (comma 2) un costo complessivo, al netto degli oneri per la sicurezza, di euro 95.922.414,33 (totale complessivo euro 98.426.012,26).

42. Le prestazioni erano peraltro articolate e stimate (comma 5), per il lotto 4, tra le seguenti diverse voci di costo:

- 1) Conduzione e Manutenzioni Ordinarie euro 40.329.296,83
- 2) Smaltimento Rifiuti euro 12.516.900,00
- 3) Manutenzioni Conservative euro 34.513.400,00
- 4) Forniture e Posa in opera elettropompe euro 6.758.176,50
- 5) Forniture e Posa in opera misuratori portata euro 1.397.741,00
- 6) Installazione centrifughe euro 406.900,00.

43. Il costo complessivo della manodopera (comma 7) era indicato in euro 44.191.850,48.

44. Come si ricava dal verbale del 18 gennaio 2021, la controinteressata Acciona Agua ha dichiarato, nella sua offerta economica, i seguenti ribassi:

- 1) In riferimento all'Attività di Conduzione e Manutenzione Ordinaria 19,710% (euro 32.380.392,42);
- 2) In riferimento all'Attività di Smaltimento dei rifiuti 15,59% (euro 10.565.515,29);
- 3) In riferimento all'Attività di Manutenzione conservativa (a guasto e straordinaria) 19,710% (euro 27.710.808,86);
- 4) In riferimento alle Forniture in opera di pompe sommerse per sistemi di sollevamento fognario 19,71% (euro 5.426.139,91);
- 5) In riferimento alle Forniture in opera di misuratori di portata elettromagnetici 19,710% (euro 1.122.246,25);
- 6) In riferimento alle installazione di centrifughe 19,71 % (euro 326.700,01),

45. Il costo complessivo della manodopera, al netto degli oneri di sicurezza, era indicato in euro 40.147.426,94, riportati in una tabella recante le unità di personale, la qualifica, il livello, le ore di lavoro per unità, il costo orario.

Tale costo, peraltro, per quanto detto, si riferiva a tutto il personale destinato all'esecuzione del contratto complessivo relativo al lotto 4 per cui è causa

46. Essendo risultata superiore alla soglia di anomalia di cui all'art. 97, comma 3, del D.lgs. n. 50/2016 l'offerta Acciona veniva sottoposta alla prescritta valutazione di congruità.

47. Nell'ambito di tale sub procedimento Acciona Agua presentava le sue giustificazioni sulle voci rispetto alle quali aveva applicato il ribasso di gara che aveva imposto la verifica.

48. In particolare giustificava (inequivocamente, vedi paragrafo 2 della nota di riscontro del 9 dicembre 2020) il (solo) costo della manodopera relativo all'Attività di Conduzione e Manutenzione Ordinaria, quantificandolo in euro 24.327.407,70 (rispetto al costo complessivo dell'attività pari ai 32.380.392,42 euro indicati in offerta).

49. La verifica della Stazione Appaltante è stata quindi espletata soltanto sulla predetta attività di conduzione e manutenzione ordinaria.

Abbanoa non ha cioè ritenuto di richiedere giustificazioni anche con riguardo alle restanti categorie di lavorazioni oggetto dell'appalto (nelle quali, peraltro, il costo della manodopera incideva in misura sensibilmente inferiore), ritenendo sufficiente a giustificare la congruità dell'offerta Acciona la sola precisazione del costo della manodopera riferito alla principale categoria di lavori.

50. Detta scelta deve ritenersi sostanzialmente insindacabile, in quanto espressione dell'ampia discrezionalità della S.A., e comunque non risulta manifestamente illogica e fuoriesce pertanto dall'ambito del sindacato del giudice amministrativo.

51. Quanto al merito della verifica svolta dalla Stazione Appaltante sul costo della manodopera, coinvolgente, come detto, soltanto la predetta attività di conduzione e manutenzione ordinaria, devono ritenersi non pertinenti le considerazioni della ricorrente che, senza soffermarsi su tale specifica causale delle giustificazioni prodotte da Acciona, svolge le sue critiche con rilievi

ampiamente articolati ma non centrati rispetto al concreto ed effettivo svolgimento del procedimento di verifica dell'anomalia svolto da Abbanoa in quanto, come detto, costruite avendo come parametro di riferimento l'intero costo del personale sopportato dall'aggiudicataria, comprensivo per circa 16.000.000,00 euro dei costi concernenti le ulteriori categorie di attività non oggetto del procedimento di verifica.

52. Le contestazioni svolte circa il minor numero di dipendenti impiegati e l'inferiore costo rispetto al totale indicato nell'offerta sono dunque errate perché, appunto, comparano i numeri indicati nell'offerta propri della manodopera necessaria per l'intero appalto con quelli impiegati esclusivamente nella conduzione e nella manutenzione ordinaria, esaminati nelle giustificazioni.

53. Né può ritenersi comunque conducente il tentativo della Cogei di rettificare il tiro (memoria 2 luglio 2021) argomentando che, anche qualora riferita al solo costo del personale relativo all'attività di conduzione/manutenzione, Acciona - attraverso la modifica del numero e del livello delle maestranze previste, nonché del monte ore e del costo dell'orario di lavoro - avrebbe determinato una inammissibile modifica di un elemento essenziale dell'offerta economica, non ammessa dalla giurisprudenza prevalente, determinando in sostanza un'alterazione anche dell'offerta tecnica oggetto di valutazione e di attribuzione del punteggio.

54. Il perimetro del sindacato giurisdizionale in materia di verifica dell'anomalia delle offerte in materia di appalti pubblici è stato ripetutamente circoscritto entro ben precisi confini dalla giurisprudenza amministrativa.

Si è invero stabilito che il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della pubblica amministrazione, nei limiti indicati, senza poter tuttavia procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, ciò rappresentando un'inammissibile invasione delle prerogative proprie della Pubblica amministrazione.

55. Come ripetutamente affermato dalla giurisprudenza, infatti, i giudizi espressi dalla stazione appaltante all'esito della verifica di anomalia dell'offerta sono espressione di un apprezzamento tecnico-discrezionale che in sede giurisdizionale può essere sindacato solo per manifesta erroneità/irragionevolezza, difetto di istruttoria e/o di motivazione.

Inoltre detti giudizi vanno considerati alla luce di un'analisi non già parcellizzata sulle singole voci di costo, bensì attraverso una valutazione complessiva e unitaria, tanto che eventuali inesattezze o incompletezze possono rivelarsi concretamente irrilevanti laddove, nel complesso, la valutazione della S.A. si riveli esente da profili di irragionevolezza o incompletezza capaci di mettere in discussione, sotto il profilo sostanziale, la sostenibilità dell'offerta vincitrice (in termini: TAR Sardegna, Sezione I, n. 725 del 21 dicembre 2020).

56. Nel caso di specie le giustificazioni di Acciona, che in relazione al costo medio orario – riscontrato da Abbanoa con quanto riconosciuto ai propri dipendenti, trattandosi del medesimo contratto collettivo nazionale - ha fatto riferimento a quello attualmente sostenuto per lo svolgimento dello stesso servizio (vedi buste paga in atti), al fine di spiegare l'abbattimento dei costi e del numero delle maestranze impiegate rispetto alla stima della stazione appaltante, hanno evidenziato la differenziazione dei costi tra il primo anno di gestione e i restanti quattro anni di svolgimento del servizio.

Infatti durante il primo anno di servizio – nei primi 6 mesi - si è prevista la realizzazione sia degli interventi di efficientamento ed ottimizzazione previsti nell'offerta tecnica, sia degli interventi di efficientamento obbligatori previsti da Abbanoa (sostituzione di elettropompe, installazione di misuratori di portata, installazione di nuove centrifughe) grazie ai quali le risorse inquadrate al secondo livello dalle 84 previste per il primo anno verranno portate alle 74 unità nel secondo anno, con conseguente ricollocazione delle maestranze in esubero nella manutenzione straordinaria, senza pertanto alcuna riduzione dei livelli occupazionali.

Ciò comporta, per quanto rilevato, la conseguente progressiva diminuzione del costo di conduzione man mano che i benefici e gli effetti degli efficientamenti proposti (obbligatori e facoltativi) si verranno a manifestare.

57. Quanto sopra è stato ritenuto sufficiente da Abbanoa al fine di ritenere sostanzialmente affidabile, per il profilo esaminato, l'offerta aggiudicataria anche in relazione al costo della manodopera.

58. Non ricorrono dunque elementi – anche attraverso l'esame delle tabelle prodotte – tali da indurre a ritenere palesemente illogica o irragionevole la decisione assunta da Abbanoa, con il conseguente rigetto della censura.

59. Con il secondo motivo del primo ricorso per motivi aggiunti Cogei sostiene che dal verbale di verifica del RUP del 18 gennaio 2021 emergerebbero diverse sottostime o omesse quantificazioni di lavorazioni che evidenzierebbero, comunque, l'incongruità e/o l'inattendibilità dell'offerta della Acciona che, pertanto, andava esclusa anche per tale ragione.

Ciò riguarderebbe in particolare i Servizi di autospurgo e di Laboratorio, i Mezzi e dotazioni, l'ottimizzazione del servizio, l'efficientamento energetico, lo smaltimento rifiuti, le manutenzioni conservative.

60. Il motivo non è fondato.

Si sono già ricordati i limiti del sindacato giurisdizionale circa le valutazioni espresse dalla S.A. nell'ambito del sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

Ciò premesso il Collegio osserva che anche in relazione ai precitati profili dell'offerta Abbanoa ha potuto rilevare che Acciona ha svolto nelle giustificazioni presentate delle argomentazioni senz'altro ragionevoli ed esaustive che muovono dall'esperienza specifica maturata negli anni nella prestazione di analoghi servizi di conduzione e manutenzione degli impianti e stazioni di sollevamento ricadenti nei Lotti 3, 4 e 5 e dell'impianto di Is Arenas dal 2010.

61. Ciò vale, ad esempio, per l'inserimento in offerta delle tecnologie e delle attrezzature necessarie alla pulizia delle vasche, che determinano un

abbattimento dei costi dei noli per la pulizia delle vasche degli impianti di depurazione e delle stazioni di sollevamento, con l'acquisto di n. 2 Robot del tipo Mini Bull Rov, che consentono la pulizia delle vasche senza che gli operatori accedano all'interno delle stesse.

Con la programmazione delle operazioni di pulizia, inoltre, le stesse saranno eseguite *in house* consentendo ad Acciona Agua SA di risparmiare sui costi del nolo.

62. Dette argomentazioni sono state fatte proprie dal RUP che, anche a seguito di una richiesta di integrazione dei giustificativi, tenendo conto dei risultati gestionali degli impianti già dotati di "sistemi intelligenti" con riduzione drastica dell'impiego di mezzi esterni per la pulizia delle vasche, ha ritenuto congrui i costi dell'offerta della ricorrente.

Sul punto sono esaustive le argomentazioni di verifica dei costi contenute nel verbale di valutazione dell'offerta anomala del 18 gennaio 2021, pag. 3, in cui i costo di autospurgo stimati da ACCIONA in 50.000,00 euro risultano addirittura *"sovrastimati e tali da coprire eventuali sopraggiunte evenienze quali ad esempio il rincaro dei reattivi di processo"*.

63. Analoghe considerazioni possono svolgersi con riguardo al costo di Laboratorio, anch'esso censurato dalla ricorrente con particolare riferimento al fatto che Abbanoa non avrebbe svolto alcun accertamento in ordine all'adeguatezza delle attrezzature utilizzate da Acciona mentre è stata considerata e ritenuta adeguata l'attuale dotazione già di proprietà ed a disposizione dall'aggiudicataria.

Sostiene inoltre la ricorrente che le determinazioni analitiche richieste dal capitolato non potrebbero essere sostituite con determinazioni strumentali.

64. Risulta invece che il RUP, nelle valutazioni di sua competenza, ha ritenuto convincente la proposta di Acciona che prevede una diminuzione dei parametri da analizzare in laboratorio o in campo grazie alla prevista installazione di sonde di misura on line per la rilevazione automatica di alcuni parametri quali azoto nitroso, nitrico ammoniacale e fosforo, con la

precisazione che il limitato maggior costo rilevato ben trova copertura in una diminuzione dell'utile di impresa.

65. Ciò vale anche con riferimento alle ulteriori censure proposte dalla ricorrente nel motivo in esame, dal cui il Collegio può prescindere stante l'analogia delle contestazioni tutte volte a scandagliare e a dichiarare sottostimata l'offerta di Acciona, sulla base di parametri di costo e di consumo individuati dalla stessa ricorrente sulla base di una pretesa gestione ottimale del servizio la cui valutazione, evidentemente, non rientra tra le sue attribuzioni.

66. In proposito, infatti, il Collegio non può dunque che confermare, in relazione all'ulteriore tentativo della ricorrente di parcellizzare l'offerta di Acciona, fino a sindacarne aspetti di minimo dettaglio, col fine ultimo di sostituire la valutazione del giudice a quella svolta dall'amministrazione precedente, l'insegnamento della consolidata giurisprudenza amministrativa secondo cui questo genere di valutazioni è demandato esclusivamente alla stazione appaltante (che del resto possiede la competenza tecnica per eseguirli), salvo vizi manifesti di illogicità e ragionevolezza, nel caso di specie insussistenti.

67. Con il terzo motivo aggiunto Cogei, con riguardo alla già ricordata contestazione circa l'omessa valutazione della condanna riportata da un membro del collegio sindacale di Shift, subappaltatore necessario indicato da Acciona, ha dedotto, a seguito delle produzioni di Abbanoa, il vizio di incompetenza e di difetto di istruttoria.

Sostiene infatti, in primo luogo, la ricorrente che la valutazione di affidabilità professionale sarebbe stata fatta dal responsabile dell'Ufficio Gare, Servizi e Forniture anziché dal RUP.

In secondo luogo lamenta il difetto di istruttoria, essendo stata completamente obliterata l'omissione dichiarativa del suddetto precedente da parte dell'aggiudicataria.

68. Neanche tale motivo è fondato.

Con riguardo al primo aspetto della censura risulta dagli atti che il dott. Antonio Maieli, responsabile dell'UO Gare Servizi e Forniture e Presidente del Seggio di gara, ha sottoscritto l'atto di Abbanoa che ha dichiarato irrilevante, ai fini dell'ammissione alla selezione, la condanna subita da un componente del collegio sindacale di Shift per un fatto commesso come amministratore pubblico, anteriormente alla nomina nel collegio sindacale della società e in ambiti e contesti estranei a quello di cui si occupa Shift.

69. Orbene, conformemente a quanto previsto dal vigente Regolamento Abbanoa "*per l'affidamento dei contratti pubblici di servizi e forniture sopra e sottosoglia comunitaria*", l'UO GARE SSFF, individuato quale organo competente sulle verifiche dei requisiti autodichiarati in sede di gara ex art. 80 del Codice dagli operatori partecipanti (non già dunque il RUP come preteso dalla ricorrente), ha avviato e poi concluso, con la citata nota prot. n. 0211161 del 23 settembre 2020, il sub-procedimento avviato nei confronti di Acciona Agua e sfociato nel provvedimento adottato dal dott. Maieli.

Non ricorre, pertanto, il censurato vizio di incompetenza.

70. Anche il secondo profilo della censura, concernente l'omessa valutazione di Abbanoa della condanna riportata da un membro del collegio sindacale di Shift, è infondato.

La Stazione Appaltante, in caso di eventuali omissioni dichiarative dei partecipanti alle procedure ad evidenza pubblica dalla stessa indette, è tenuta a svolgere una valutazione di integrità e affidabilità.

Orbene, come evidenziato anche dalla difesa di Abbanoa, l'UO GARE SSFF - preso atto dei chiarimenti resi da Acciona Agua e dopo aver valutato la tipologia di reato, il contesto e il comportamento del sub appaltatore Shift S.p.A. (che addirittura non ne aveva avuto notizia fino alla comunicazione di Abbanoa, sicché è escluso ogni comportamento omissivo) ha ritenuto, con valutazione priva di sicuri profili di illogicità o irragionevolezza, che l'omissione dichiarativa non fosse idonea a mettere in dubbio l'integrità e

l'affidabilità dell'aggiudicatario nello svolgimento dell'attività oggetto d'appalto.

71. Neppure il quarto motivo aggiunto merita accoglimento.

La ricorrente contesta la legittimità della nota n. 96899 del 23 aprile 2021 con la quale Abbanoa ha dichiarato di non poter/dover attendere l'esito dell'udienza di merito per procedere alla stipula del contratto e/o alla consegna del servizio in via anticipata, evidenziando l'applicabilità della disciplina *“prevista dall'art. 32, commi 8 e 11, del D. Lgs. n. 50/2016 nel testo vigente a seguito delle modifiche introdotte con D.L. n. 76/2020, convertito dalla L. n. 120/2020”*.

Detta illegittimità discenderebbe dalla mancata trasmissione della comunicazione di cui all'art. 76, comma 5, lett. d), D.lgs. n. 50/2016 in ordine alla stipula del contratto e dalla violazione dell'art. 3, comma 2, della L. n. 120/2020 in quanto Abbanoa non potrebbe procedere senza il rilascio della informativa liberatoria provvisoria antimafia.

72. La censura non trova riscontro in fatto.

72.1 L'onere comunicativo di cui all'art. 76, comma 5, lett. d) (*“data di avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario, ai soggetti di cui alla lettera a) del presente comma”*) è stato infatti adempiuto da Abbanoa con la nota n. 0104836 del 5 maggio 2021, con la quale, appunto, si comunicava l'avvenuta stipula del contratto in data 30 aprile 2021.

72.2 Quanto al secondo profilo la difesa di Abbanoa ha evidenziato che la S.A. ha provveduto a consultare la BDNA in data 15 febbraio 2021.

Ai sensi dell'art. 92, comma 1°, del D.Lgvo 6 settembre 2011 n. 169 *“Il rilascio dell'informazione antimafia è immediatamente conseguente alla consultazione della banca dati nazionale unica quando non emerge, a carico dei soggetti ivi censiti, la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4. In tali casi l'informazione antimafia liberatoria attesta che la stessa è emessa utilizzando il collegamento alla banca dati nazionale unica”*.

Il 2° e il 3° comma della medesima disposizione stabiliscono che qualora dalla consultazione della BDNA emergano elementi suscettibili di opportuni approfondimenti il Prefetto dispone le necessarie verifiche nel termine di 30 giorni dalla data della consultazione o, nei casi di particolare complessità e previa comunicazione all'amministrazione interessata, nei successivi 45 giorni. Decorso detto termine, ovvero immediatamente nei casi d'urgenza, i soggetti richiedenti procedono anche in assenza dell'informazione antimafia e sotto condizione risolutiva.

Ciò è quanto accaduto nel caso di specie, in cui la stipula è intervenuta il 30 aprile 2021 (la consultazione della BDNA era stata fatta il 15 febbraio 2021).

73. Può quindi passarsi all'esame del secondo ricorso per motivi aggiunti proposto da Cogei il 3 settembre 2021 a seguito dell'ostensione di tutta la documentazione di gara da parte di Abbanoa, depurata dagli oscuramenti che avevano determinato la proposizione dell'istanza di accesso accolta dal Tribunale con l'ordinanza collegiale n. 573 del 29 luglio 2021.

74. Sostiene anzitutto la ricorrente che Acciona, che è stato sia il precedente che l'attuale gestore dell'appalto, avrebbe approfittato della conoscenza di vicende e di dati non conosciuti dagli altri concorrenti per influenzare il giudizio dei commissari e precostituirsì una condizione di vantaggio competitivo rispetto agli altri partecipanti.

Avrebbe cioè tenuto un "*comportamento distorsivo della competizione*", in violazione dei precetti di cui agli artt. 42 e 67 del Codice dei Contratti e, pertanto, Abbanoa avrebbe dovuto escluderla dalla gara.

Ad esempio, aggiunge la ricorrente, soltanto Acciona sapeva che Abbanoa aveva già in uso la piattaforma Geocall mentre gli altri partecipanti non hanno avuto a disposizione le medesime informazioni per sviluppare la loro offerta.

Analoghe considerazioni varrebbero anche per ulteriori informazioni presenti nell'offerta tecnica di Acciona e non rese note agli altri concorrenti.

Ad esempio con riguardo a taluni interventi per la mitigazione concernenti la problematica legata agli odori molesti generati in alcuni impianti di

depurazione e sollevamento, avvertiti dalla popolazione e segnalati dalle autorità.

75. Tali argomenti non sono decisivi.

Al di là del rilievo di comune esperienza per il quale, ovviamente, il gestore uscente di un appalto acquisisce dall'espletamento del servizio svolto un'esperienza e un know-how utili a proporre soluzioni migliorative nella predisposizione dell'offerta da presentare nella procedura concorsuale indetta per il nuovo affidamento, può osservarsi quanto segue.

76. Con riguardo all'implementazione della piattaforma GEOCALL Work Force Management (WFM), a ben vedere, tutti gli operatori, ove avessero dispiegato un'adeguata diligenza, avrebbero potuto acquisire le informazioni utili per calibrare un'offerta tecnica che tenesse conto della piattaforma in uso presso la stazione appaltante.

Anche attraverso le FAQ, infatti, come peraltro accaduto su domanda di un altro operatore, sarebbe stato possibile per le imprese concorrenti ottenere le informazioni ritenute utili o necessarie sul punto.

77. Tra l'altro l'art. 11 del Disciplinare di gara prescriveva che *“Considerata la natura e la tipologia delle prestazioni oggetto dell'appalto, è previsto il sopralluogo obbligatorio sugli impianti indicati nella tabella di cui all'articolo 3.1 dell' All. C “Capitolato speciale descrittivo e prestazionale (CSP)”, tenuto conto che è necessario che le offerte vengano formulate, ai sensi dell'art. 79 comma 2 del Codice, soltanto a seguito di una visita dei luoghi, nonché per consentire di formulare un'offerta consapevole”*.

78. In ogni caso il Capitolato Speciale Descrittivo e Prestazionale precisava (art. 14) che la S.A. intendeva ricorrere alla tecnologia Work Force Management per la pianificazione, esecuzione e controllo delle attività in questione precisando – sia pur sinteticamente – le modalità di attivazione del sistema.

79. Dunque Cogei non può che imputare a se stessa il fatto di non essersi attivata chiedendo alla S.A. chiarimenti e delucidazioni in ordine a tale

elemento dell'offerta, peraltro di rilevanza economica minimale rispetto alla rilevanza economica dell'appalto.

80. Quanto al secondo profilo della censura è decisivo il rilievo della difesa di Abbanoa per il quale in realtà Acciona non ha ricevuto alcuna premialità speciale per i siti indicati (per i quali secondo la ricorrente il vecchio gestore sarebbe stato l'unico a conoscere le specifiche problematiche) avendo piuttosto la Commissione tenuto conto delle modalità operative proposte in generale per il contrasto del fenomeno delle emissioni odorigene (che, come noto, costituiscono un diffuso profilo di criticità nella gestione del ciclo depurativo e del trasporto dei reflui lungo la rete).

81. In quest'ottica va inteso anche l'accordo con ID&A per l'installazione, la manutenzione e l'integrazione nello SCADA centralizzato di alcune RTU (SAIA PCD3.M3360) per il controllo di tutti gli impianti di potenzialità fino a 1.000 A.E. nonché di tutti i sollevamenti attualmente non telecontrollati ricadenti nel Lotto.

82. Per contro, nella sua offerta, COGEI non risulta aver affrontato adeguatamente questo profilo.

Ciò tuttavia non dipende da disomogeneità di informazioni (le quali, anche in questo caso, potevano essere acquisite proponendo quesiti specifici o attraverso più accurati sopralluoghi negli impianti) ma soltanto da una non adeguata considerazione dei problemi inerenti agli odori e dal fatto di non aver ritenuto necessario o utile formulare un'offerta tecnica che perseguisse anche gli obiettivi del processo di conduzione fissati dal capitolato (tra gli altri, art. 12.1 "*Devono essere adottate regolazioni di processo in grado di minimizzare le emissioni odorose*").

Anche tale censura si rivela dunque infondata.

83. Con il secondo motivo dell'impugnazione aggiuntiva in esame Cogei sostiene, sotto ulteriori profili, che in sede di verifica dell'anomalia l'aggiudicataria Acciona avrebbe inammissibilmente modificato la sua offerta tecnica.

Nell'offerta tecnica presentata in gara, infatti, ha indicato per l'esecuzione dell'appalto una dotazione di 113 mezzi, e in relazione a tale offerta ha ottenuto il relativo punteggio tecnico.

Nelle giustificazioni prodotte, invece, tale dotazione sarebbe stata fortemente ridotta.

In particolare il parco mezzi complessivo da utilizzare sarebbe di 76 veicoli (60 a nolo + 9 di proprietà + 7 dei subappaltatori) e non di 113 (con ulteriore riduzione a 67 veicoli, dal secondo anno in poi, per effetto della prospettata diminuzione dei noli).

Inoltre nell'offerta tecnica Acciona aveva dichiarato di mettere a disposizione “*N. 2 Veicoli Eurocargo 160 E30 Euro5 EEV*” mentre nelle giustificazioni dichiara di metterne a disposizione solo uno.

Anche i mezzi di autospurgo offerti a nolo sarebbero stati fortemente ridotti (da 10 a 2), in numero sicuramente insufficiente avuto riguardo alla complessità dell'appalto.

Infine non vi sarebbe traccia, nelle giustificazioni, di alcune altre prestazioni che costituivano oggetto dell'offerta tecnica di Acciona.

84. Premesso che, come ripetutamente affermato, il giudizio sulle giustificazioni delle offerte non deve ricercare eventuali inesattezze in ogni singolo elemento ma ha il fine essenziale di valutare se l'offerta nel suo complesso sia seria e attendibile e trovi rispondenza nella realtà di mercato e in quella aziendale, va rilevato che anche in relazione a tale censura la ricorrente tende a sostituire sue valutazioni soggettive a quelle proprie della S.A., invero insindacabili nel merito.

85. Dall'esame delle giustificazioni non risulta affatto modificata l'offerta tecnica presentata da Acciona, sicché la censura deve ritenersi infondata.

Va invero precisato che nelle giustificazioni presentate (capitolo 2 delle giustificazioni) sono indicati soltanto i mezzi dedicati all'attività di Conduzione e Manutenzione Ordinaria e non quelli necessari alla totalità di quanto previsto nell'offerta tecnica.

Nell'offerta tecnica Acciona Agua aveva dichiarato 70 mezzi in proprietà e di 36 in leasing, mentre altri 7 mezzi risultavano messi a disposizione dai subappaltatori per la gestione dei rifiuti.

La differenza tra il numero di mezzi giustificati al capitolo 2 e quello totale di 106 (oltre ai sette dei subappaltatori, che portano il totale a 113) è che quelli giustificati nel capitolo 2 sono soltanto quelli impiegati nell'attività di conduzione e manutenzione, mentre gli altri mezzi - sino a raggiungere il totale dichiarato nell'offerta - sono stati previsti per essere impiegati in altri servizi.

Peraltro per i 7 mezzi che risultavano messi a disposizione dai subappaltatori per la gestione dei rifiuti il costo per l'espletamento del servizio di smaltimento è compreso nel costo a tonnellata garantito dal medesimo subappaltatore per carico, trasporto e smaltimento dei rifiuti, restando dunque infondato anche questo rilievo della ricorrente.

Quanto infine ai due veicoli adibiti ad autospurgo, nelle giustificazioni relative alla conduzione e manutenzione ordinaria Acciona ha considerato il costo riferito a uno solo dei due mezzi (essendo l'altro destinato alla manutenzione straordinaria), senza alcuna alterazione, anche sotto questo profilo, dell'offerta tecnica.

86. Sempre nell'assunto della ricorrente Acciona andava esclusa dalla gara anche per aver reso, nella prima relazione di giustificazioni, dichiarazioni non veritiere – come risulterebbe dal libro cespiti - circa la proprietà di 70 mezzi contenuta nell'offerta.

87. L'argomento non è decisivo sulla base del rilievo che la dichiarazione testuale di Acciona (relazione tecnica criterio 2, pag. 8) concerneva non la dotazione attuale della società ma quella prevista per l'esecuzione del servizio (*“Per l'esecuzione di entrambe le attività Acciona si doterà di una Flotta di n.106 veicoli”*, articolati in mezzi di proprietà (n.70), mezzi in renting/leasing (n.36) oltre i mezzi in subappalto per la gestione dei rifiuti (n. 7).

Il fatto che nel libro cespiti non siano presenti tutti i mezzi previsti nell'offerta si spiega col fatto che l'acquisto di tali mezzi è stato previsto durante il corso dell'appalto, nei termini indicati dall'offerta stessa, salvo naturalmente verifica dell'adempimento circa la dotazione dei mezzi necessari dichiarati da parte della stazione appaltante.

88. Con il VII motivo del secondo ricorso per motivi aggiunti Cogei sviluppa ulteriormente quanto già contenuto nel primo atto di motivi aggiunti circa l'inammissibile modifica del costo della manodopera rispetto a quanto dichiarato in offerta e circa la modifica in sede di giustificazioni dei parametri del personale impiegato.

La ricorrente ribadisce, nella sostanza, sotto altri profili, la già proposta censura della (inammissibile) modifica dell'offerta economica da parte di Acciona per quanto concernente il costo della manodopera.

Evidenzia altresì che in relazione ad alcuni impianti le dotazioni di personale previste da Acciona sarebbero senz'altro insufficienti rispetto alle necessità di conduzione e di presidio.

89. L'argomento non può trovare accoglimento.

Al di là dell'inammissibile tentativo della ricorrente di sostituire sue personali valutazioni in ordine alle modalità organizzative ottimali per la gestione del servizio in questione, con l'indicazione finanche del numero e delle mansioni dei lavoratori necessari per gestirlo, anche in tale censura, infatti, la ricorrente non considera che la parte delle giustificazioni alle quali riferisce le sue censure riguardano soltanto la parte dell'offerta relativa alla conduzione e alla manutenzione ordinaria, così che i numeri e i costi dei lavoratori evidenziati da Acciona nel capitolo 2 non possono coincidere con il totale indicato nell'offerta tecnica.

90. Come già rilevato in occasione dell'esame della precedente censura, Acciona Agua ha stimato e giustificato € 24.327407,70 per costi di manodopera relativi alla sola attività di conduzione e manutenzione ordinaria, con una incidenza del costo della manodopera sul totale dei costi inerenti alla

conduzione di oltre il 75%, quantificazione ritenuta da Abbanoa senz'altro sostenibile con le esigenze dell'appalto.

91. I circa 16 milioni di euro residui costituiscono il costo per la manodopera per l'esecuzione di tutte le altre attività previste in appalto, e cioè lo smaltimento dei rifiuti, la manutenzione conservativa, la fornitura in opera di pompe sommerse per sistemi di sollevamento fognario, la fornitura in opera di misuratori di portata elettromagnetici per sistemi di sollevamento fognario e l'installazione di centrifughe, che sono stati giustificati in altre parti della medesima relazione e che sono fuori della materia del contendere.

92. Resta quindi priva di rilievo, per le medesime ragioni già evidenziate, secondo le quali non è consentito al Collegio di sostituirsi alla S.A. nella valutazione di anomalia dell'offerta Acciona, utilizzando come parametro di congruità il personale e i mezzi indicati dalla ricorrente, anche la censura di cui al motivo VIII del secondo ricorso per motivi aggiunti, non configurandosi affatto la palese sottostima dell'offerta Acciona anche con riguardo al numero di mezzi da impiegare per l'esecuzione dell'appalto.

93. Anche in relazione a tale censura va infatti ricordato che la relazione giustificativa e le tabelle contenute al paragrafo 2.5 della stessa relazione riguardano soltanto i costi dei mezzi che saranno impegnati nel servizio di conduzione e manutenzione ordinaria, che non coincidono con il totale dei mezzi dei quali è previsto l'impiego, e che ciò non comporta alcuna modifica dell'offerta tecnica.

94. In conclusione, per tutto quanto sopra, il ricorso, siccome infondato, va respinto.

95. L'esito del giudizio comporta l'improcedibilità del ricorso incidentale, integrato da motivi aggiunti, proposto da Acciona Agua.

96. Le spese del giudizio, tenuto conto dell'esito dell'incidente di accesso, possono essere in parte compensate tra le parti e, in parte, seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Compensa in parte le spese del giudizio e per il residuo condanna la ricorrente al pagamento di € 2.500,00 in favore dell'Amministrazione resistente ed € 2.500,00 in favore della controinteressata Acciona Agua.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità.

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Dante D'Alessio, Presidente

Tito Aru, Consigliere, Estensore

Francesca Mariani, Referendario

L'ESTENSORE

Tito Aru

IL PRESIDENTE

Dante D'Alessio

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.