

**APPALTI:** Gara - Appalti di esecuzione lavori ed erogazione di servizi - Mediante finanza di progetto (*Project financing*) - Bando e lettera di invito - Previsione secondo cui nell'offerta tecnica deve essere inserita la bozza di convenzione - Legittimità - Esclusione di un concorrente - Perché non ha allegato la bozza di convenzione - Va disposta.

**Tar Piemonte - Torino, Sez. II, 12 maggio 2023, n. 447**

*“[...] l'allegazione della bozza di convenzione è adempimento essenziale cui è tenuto ogni concorrente, poiché essa costituisce componente necessaria dell'offerta tecnica la cui mancanza rende quest'ultima incompleta e non rispondente alle prescrizioni della lex specialis di gara. In tale senso depone, innanzitutto, il contenuto del disciplinare, da cui si ricava una disciplina chiaramente indicativa, nel suo complesso, della indispensabilità del documento in questione quale componente costitutiva dell'offerta tecnica [...].*

*[...] Del resto, la bozza di convenzione non può essere ritenuta un elemento di importanza secondaria nell'ambito della procedura di project financing, poiché, come già evidenziato nell'ordinanza cautelare del Consiglio di Stato n. 688/2023, anche a prescindere dalla circostanza che essa contenga eventuali elementi migliorativi dell'offerta, “costituisce lo strumento negoziale avente la funzione di prestabilire gli impegni contrattuali reciprocamente assunti dalle parti sulla base del progetto tecnico e del piano economico-finanziario, ai quali è affidata la regolamentazione del rapporto con l'operatore economico in caso di aggiudicazione” [...].”*

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di IPAB -Soggiorno Borsalino Centro Servizi Polifunzionale per la persona e de Il Gabbiano Società Cooperativa Sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 maggio 2023 la dott.ssa Valentina Caccamo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. L'IPAB – Soggiorno Borsalino Centro Servizi Polifunzionale per la Persona (di seguito “IPAB”), ente di natura pubblica che eroga servizi riabilitativi e di assistenza socio-sanitaria e per gli anziani, ha indetto, con bando pubblicato il 3.10.2022, una “*procedura aperta per l'affidamento in concessione mediante project financing, ai sensi dell'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii., con diritto di prelazione da parte del promotore, dei servizi socioassistenziali e della struttura socioassistenziale, comprensivo dei lavori propedeutici alla riqualificazione dell'immobile ed alla gestione da parte del concessionario del soggiorno borsalino “centro servizi polifunzionale*

*per la persona” sito in Alessandria, corso Lamarmora”*. La concessione, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, prevede una durata di anni 40 anni con decorrenza dalla data di sottoscrizione del contratto e un valore complessivo pari a euro 196.824.871,00.

2. Alla gara hanno partecipato il costituendo RTI tra Punto Service Cooperativa Sociale a.r.l. quale mandataria e Riba Costruzioni S.r.l. come mandante (di seguito solo “RTI Punto Service”), nonché il costituendo RTI tra Il Gabbiano società cooperativa sociale come mandataria ed Edil Progetti mandante (di seguito solo “RTI Il Gabbiano”).

3. Nel corso della prima seduta, il Seggio di gara ha rilevato che, tra la documentazione costituente l’offerta tecnica del RTI Punto Service, non era stato incluso l’elaborato “*Bozza di Convenzione*” e, ritenuto il documento essenziale, nella successiva seduta del 10.11.2022, ha disposto l’esclusione del predetto concorrente.

4. In pari data, pertanto, il RUP ha adottato il provvedimento di esclusione del citato RTI dandone successiva comunicazione con nota del 14.11.2022, prot. 437.

5. La gara è stata infine aggiudicata al RTI Il Gabbiano.

6. Avverso il predetto provvedimento di esclusione è insorta la ricorrente per chiederne l’annullamento, deducendo a sostegno del gravame censure di violazione di legge (artt. 83, 169, 183 del D.Lgs. n. 50/2016, art. 3 L. n. 241/1990), delle Linee Guida n. 3. dell’ANAC, del disciplinare di gara, dei principi in materia di soccorso istruttorio e di soccorso istruttorio procedimentale, di tassatività delle cause di esclusione, di massima partecipazione, nonché violazione del divieto di aggravamento del procedimento, eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria, illogicità, irragionevolezza, disparità di trattamento, perplessità e contraddittorietà dell’azione amministrativa.

7. Si sono costituite in giudizio le parti intimare per resistere al ricorso, chiedendone il rigetto in quanto infondato.

8. All’esito della camera di consiglio fissata per la trattazione dell’istanza cautelare, la domanda della ricorrente è stata respinta con ordinanza n. 6/2023, nella quale è stato evidenziato come la disposta esclusione fosse stata determinata dalla mancanza di “*un elemento essenziale dell’offerta tecnica, come tale insuscettibile di integrazione postuma*”.

9. Le parti hanno scambiato ulteriori scritti difensivi con corredo documentale e, all’udienza dell’8 maggio 2023, la causa è stata trattenuta in decisione.

10. Con il primo motivo, la ricorrente sostiene di non aver incluso nella busta “B” dell’offerta tecnica la bozza di convenzione ritenendo che quest’ultima dovesse essere allegata soltanto nel caso di proposte migliorative, che la stessa non intendeva formulare. Una diversa interpretazione renderebbe

tale adempimento superfluo e privo di utilità, tenuto conto, tra l'altro, che dette migliorie non avrebbero rilievo ai fini dell'attribuzione di punteggio. Il provvedimento impugnato, pertanto, violerebbe il principio di tassatività delle cause di esclusione, sia perché il disciplinare non prevedrebbe l'acquisizione della bozza di convenzione a pena di esclusione, sia perché tale grave conseguenza si imporrebbe solo a fronte di offerte a tal punto carenti degli elementi essenziali da ingenerare una situazione di assoluta incertezza sul contenuto delle stesse. Ove l'amministrazione avesse ritenuto essenziale l'acquisizione della bozza di convenzione non prevista dal disciplinare a pena di esclusione, avrebbe in ogni caso dovuto attivare il soccorso istruttorio o, quanto meno, il soccorso procedimentale.

Il motivo è infondato.

10.1. Diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente, l'allegazione della bozza di convenzione è adempimento essenziale cui è tenuto ogni concorrente, poiché essa costituisce componente necessaria dell'offerta tecnica la cui mancanza rende quest'ultima incompleta e non rispondente alle prescrizioni della *lex specialis* di gara. In tale senso depone, innanzitutto, il contenuto del disciplinare, da cui si ricava una disciplina chiaramente indicativa, nel suo complesso, della indispensabilità del documento in questione quale componente costitutiva dell'offerta tecnica.

10.2. Ai sensi dell'articolo I.2 del disciplinare, infatti, *“la busta B dovrà contenere la seguente documentazione che non dovrà contenere elementi che possano ricondurre a quanto inserito nella busta C “Offerta economica”: 1) Bozza di Convenzione (di cui si rende disponibile, tra gli elaborati a base di gara, lo schema proposto) che evidenzi in appendice le eventuali caratteristiche migliorative”*.

Al paragrafo “N – Operazioni di gara” è previsto che il seggio di gara *“procederà all'apertura dei plichi e delle Buste “A” e “B” presentate dai concorrenti e conseguentemente: (...) b) ad escludere dalla gara i concorrenti che non hanno presentato la documentazione richiesta o che hanno presentato documentazione non conforme alle prescrizioni del bando e del presente disciplinare ed all'ammissione amministrativa per gli altri concorrenti, salvo i casi di soccorso istruttorio da applicarsi secondo le disposizioni dell'art. 83, comma 9, del D. Lgs. n. 50/2016”*.

Dalle disposizioni sopra richiamate emerge chiaramente che l'operatore economico è tenuto ad accludere all'interno della busta contenente l'offerta tecnica anche la bozza di convenzione, la cui mancanza rientra tra i casi in cui non è stata *“presentat[a] la documentazione richiesta”*, cioè un'offerta completa di tutte le sue parti, andando quindi incontro alla sanzione espulsiva. Non sussistono peraltro ragioni, né letterali, né sistematiche, che inducano a una diversa lettura delle previsioni del disciplinare di gara o che consentano all'operatore economico di valutare autonomamente se allegare o meno il documento in questione.

10.3. Del resto, la bozza di convenzione non può essere ritenuta un elemento di importanza secondaria nell'ambito della procedura di project financing, poiché, come già evidenziato nell'ordinanza cautelare del Consiglio di Stato n. 688/2023, anche a prescindere dalla circostanza che essa contenga eventuali elementi migliorativi dell'offerta, *“costituisce lo strumento negoziale avente la funzione di prestabilire gli impegni contrattuali reciprocamente assunti dalle parti sulla base del progetto tecnico e del piano economico-finanziario, ai quali è affidata la regolamentazione del rapporto con l'operatore economico in caso di aggiudicazione”*.

10.4. In questo quadro, è inconferente il richiamo della ricorrente al principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara ex art. 83 del D.Lgs. n. 50/2016 – che assume violato dal provvedimento impugnato – perché, nella fattispecie, la stazione appaltante non ha fatto applicazione di una causa di esclusione atipica, ma piuttosto si è limitata a prendere atto dell'incompletezza sostanziale dell'offerta tecnica e a trarre, da tale circostanza, la necessaria conseguenza rispetto alla posizione del concorrente, in coerenza con le previsioni del disciplinare di gara sopra richiamate.

La regola del disciplinare che richiede l'inserimento della bozza di convenzione all'interno della busta dell'offerta tecnica risponde, quindi, a una precisa logica, che, per un verso, giustifica l'esclusione del concorrente laddove il documento in questione non sia prodotto tempestivamente in gara e, per altro verso, impedisce il ricorso agli strumenti del soccorso istruttorio o procedimentale.

11. Alla medesima conclusione conduce, poi, la lettura dell'art. 183, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016, in base al quale *“le offerte devono contenere un progetto definitivo, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato (...) nonché la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, e dare conto del preliminare coinvolgimento di uno o più istituti finanziatori nel progetto”*. La norma conferma che la bozza di convenzione costituisce uno degli elementi necessari dell'offerta tecnica, che serve a completare e formalizzare il quadro complessivo delle obbligazioni che il proponente contrae nell'ambito dell'operazione di *project financing*.

11.2. Rileva inoltre il Collegio che, nonostante l'incipit del comma 1 della suddetta disposizione faccia riferimento solo alla realizzazione di *“lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità”*, la norma si applica anche nei casi in cui – com'è nella presente vicenda contenziosa – all'esecuzione di lavori sia collegata l'erogazione di correlati servizi. Lo stesso comma 9, infatti, fa riferimento all'esigenza che il promotore specifichi in offerta le caratteristiche *“del servizio e della gestione”* e, ancor prima, in relazione ai contenuti degli atti di gara, il comma 7 prevede che il disciplinare indichi anche *“le tipologie del servizio da gestire”*, unitamente all'ubicazione, alla destinazione urbanistica e alla descrizione dell'intervento da realizzare. Con altrettanta chiarezza, il comma 13 della disposizione prevede che il concessionario presti un'apposita cauzione *“dalla data di inizio dell'esercizio del*

*servizio*”, per garantire il pagamento delle penali derivanti dal mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali “*relativi alla gestione dell’opera*”.

Il tenore letterale della norma esaminata, oltre a ragioni sistematiche e di coerenza del sistema, porta quindi a ritenere che le previsioni sopra richiamate – tra cui l’obbligo di inserire la bozza di convenzione nell’offerta tecnica – trovino applicazione anche al caso *sub iudice* in cui si discute di concessione mista di opere e servizi.

12. Con il terzo motivo, la ricorrente lamenta che l’esclusione sarebbe stata disposta non nel corso della prima seduta, come previsto dal disciplinare, ma durante la seconda seduta e in presenza anche della commissione giudicatrice, non essendo quindi chiaro a chi dovrebbe imputarsi il provvedimento, se al Seggio di gara, come dovuto, oppure alla commissione medesima, priva tuttavia di poteri in merito.

La doglianza non merita condivisione.

12.1. È innanzitutto irrilevante che il provvedimento di esclusione non sia stato adottato nel corso della prima seduta di gara, perché la scansione procedimentale delineata dal disciplinare in relazione agli adempimenti valutativi del Seggio di gara e della Commissione è del tutto indicativa e non obbliga in alcun modo la stazione appaltante alla sua rigida osservanza.

12.2. Nel merito, nel verbale della seconda seduta di gara del 10.11.2022 è riportato che “*ai sensi del punto n. 1, lett. b) del Disciplinare, il Seggio di gara procede conseguentemente all’esclusione del RTI Cooperativa Punto Service (mandataria) – Riba Costruzioni (mandante) in quanto non ha presentato la documentazione richiesta dal Disciplinare, trattandosi di una fattispecie per la quale non è applicabile il soccorso istruttorio ai sensi dell’art. 83, comma 9, del D.Lgs. 50/2016*”. Già dalla lettura della verbalizzazione è possibile comprendere che, pur in presenza della commissione giudicatrice convocata per il successivo esame delle offerte tecniche, l’esclusione della ricorrente è riconducibile all’operato del RUP. Quest’ultimo, infine, ha adottato e sottoscritto in pari data il provvedimento formale di esclusione, dando atto dello svolgimento delle operazioni di gara sottostanti e indicando le motivazioni dell’esclusione, nel pieno esercizio delle proprie competenze.

13. In conclusione, il ricorso è infondato e deve essere respinto.

14. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore di IPAB – Soggiorno Borsalino Centro Servizi Polifunzionale per la Persona e di Il Gabbiano Società Cooperativa Sociale, che liquida in euro 3.000,00 (tremila/00) oltre iva e accessori di legge per ciascuna di dette parti.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 10 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Gianluca Bellucci, Presidente

Marcello Faviere, Referendario

Valentina Caccamo, Referendario, Estensore

IL SEGRETARIO