

Publicato il 10/06/2024

N. 01389/2024 REG.PROV.COLL.
N. 00337/2024 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 337 del 2024, proposto da Consorzio Stabile Infrastrutture Terrestri e Marittime, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria del RTI costituendo con Ferrari ing. Ferruccio s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, Ing. E. Mantovani s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, e Meridiana Costruzioni Generali s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A02D3DB8FD, rappresentate e difese dagli avvocati Arturo Cancrini, Massimo Nunziata, Francesco Vagnucci, Domenico Menorello e Andrea Scuttari, con domicilio eletto presso lo studio degli avvocati Domenico Menorello e Andrea Scuttari in Padova, Piazza De Gasperi n. 22, e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Autorità di Sistema Portuale del Mare Adriatico Settentrionale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, Commissario Straordinario per la Realizzazione del Primo Secondo e Terzo Stralcio del Terminal Container di Montesyndial, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del

Ministro *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Venezia, piazza San Marco, 63;

nei confronti

Fincantieri Infrastructure Opere Marittime s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio nonché quale mandataria del RTI costituito con TREVI s.p.a., C.G.X. Costruzioni Generali Xodo s.r.l. e Zeta s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Annoni e Leonardo Frattesi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Regione del Veneto e Comune di Venezia, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

della nota prot. n. AdSP MAS.U.0003867 dell'Autorità di Sistema Portuale del Mare Adriatico Settentrionale-Porti di Venezia e Chioggia, recante “*Comunicazione aggiudicazione definitiva efficace*”, con cui è stata disposta l'aggiudicazione della gara per la realizzazione della piattaforma d'altura al porto di Venezia – Terminal container “Montesyndial” – 1° stralcio - CUP: F71H11000090001 – CIG: A02D3DB8FD, a favore del Consorzio Fincantieri Infrastructure Opere Marittime s.p.a. (mandataria) e Trevi s.p.a. - C.G.X. Costruzioni Generali Xodo Srl - Zeta s.r.l. (mandanti), con tutti i verbali della procedura di gara, compresi il verbale di gara telematica n. 1 del 14 dicembre 2023, le sedute di gara del 18 e 20 dicembre 2023, verbalizzate al n. 2 del giorno successivo prot. 23949, il verbale di gara telematica n. 3 del 21 dicembre 2023, nonché per l'annullamento di ogni altro atto sfavorevole all'esponente, compresa, in subordine, la disciplina di gara;

e per il risarcimento di tutti i danni subiti e *subendi* conseguenti all'illegittimità dei provvedimenti impugnati nei confronti della ricorrente nella misura che sarà indicata in corso di causa o ritenuta di Giustizia;

nonché per ogni declaratoria di nullità, annullabilità, inefficacia di eventuali contratti nel frattempo stipulati, e per l'aggiudicazione a favore del Consorzio Stabile Infrastrutture Terrestri e Marittime della medesima gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità Portuale di Venezia
Autorità di Sistema Portuale del Mare Adriatico Settentrionale, del
Commissario Straordinario per la Realizzazione del Primo Secondo e Terzo
Stralcio del Terminal Container di Montesyndial, del Ministero delle
Infrastrutture e dei Trasporti e di Fincantieri Infrastructure Opere Marittime
s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 maggio 2024 il dott. Filippo
Dallari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con avviso pubblicato in data 27 novembre 2023, l'Autorità di Sistema Portuale del Mare Adriatico Settentrionale (in seguito, l'Autorità di Sistema Portuale) indiceva la procedura aperta per l'affidamento, attraverso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei lavori di *“Realizzazione della piattaforma d'altura al Porto di Venezia – Terminal Container Montesyndial – 1° Stralcio – CIG A02D3DB8FD – CUP F7ZH11000090001 – ID SINTEL 176671526”* (cd. gara per *“il Terminal Container Montesyndial”*) del valore posto a base di gara di Euro 106.695.168,05.

Tale intervento infrastrutturale – affidato alla gestione del Presidente dell'Autorità di Sistema Portuale del Mare Adriatico Settentrionale, quale Commissario straordinario ai sensi dell'art. 4 del d.l. n. 32 del 2019, convertito, con modificazioni dalla legge 14 giugno 2019, n. 55 – è compreso nel Piano Nazionale per gli investimenti Complementari al PNRR ed è in parte finanziato con i relativi fondi.

1.1. L'art. 19, lett. d), del disciplinare richiedeva, come requisito di partecipazione ulteriore rispetto all'attestazione SOA, di *“aver realizzato, nel*

quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, una cifra di affari, ottenuta con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta, non inferiore a 266.737.920,13 € (IVA esclusa)”.

1.2. Venivano presentate due offerte: una dall’ATI composta da Fincantieri Infrastructure Opere Marittime s.p.a., come mandataria, e da Trevi s.p.a., C.G.X. Costruzioni Generali Xodo s.r.l. e Zeta s.r.l., come mandanti (in seguito ATI FIOM), e l’altra dall’ATI composta dal Consorzio Stabile Infrastrutture Terrestri e Marittime, come mandataria, e da Ferrari Ing. Ferruccio s.r.l., Ing. E. Mantovani s.p.a. e Meridiana Costruzioni Generali s.r.l., come mandanti (in seguito ATI ITM).

Per integrare il sopra citato requisito di cui all’art. 19, lett. d), del disciplinare, la mandataria Fincantieri Infrastructure Opere Marittime s.p.a. presentava il contratto di avvalimento concluso con l’ausiliaria Fincantieri Infrastructure s.p.a..

1.3. All’esito delle operazioni di gara risultava prima l’offerta del ATI FIOM con 82,55 punti complessivi (offerta tecnico-organizzativa, 65 punti; offerta economica, 7,55 punti; offerta temporale, 10 punti); seconda l’offerta dell’ATI ITM con 77,94 punti complessivi (offerta tecnico-organizzativa, 42,94 punti; offerta economica, 25 punti; offerta temporale, 10 punti).

1.4. Con provvedimento del 19 febbraio 2024 veniva quindi disposta l’aggiudicazione dell’appalto in favore dell’ATI FIOM.

2. Con il ricorso in esame l’ATI ITM ha impugnato gli atti della procedura sulla base dei seguenti motivi.

I - Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 47, d.l. n. 77/2021, dell’art. 46, d.lgs. n. 198/2006, degli artt. 83 e 95, d.lgs. 50/2016, nonché dell’art. 94, d.lgs. n. 36/2023; violazione dell’art. 24 del disciplinare di gara; Eccesso di potere sotto i profili del difetto di istruttoria e del travisamento; violazione dell’art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

L’ATI FIOM avrebbe dovuto essere esclusa in quanto l’impresa ausiliaria Fincantieri Infrastructure s.p.a. in violazione degli obblighi imposti – a pena di esclusione - dall’art. 24 del disciplinare e dall’art. 47, comma 2, del d.l. n.

77/2021 e, oggi, ribaditi dall'art. 94, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 36/2023, al momento della partecipazione alla gara non avrebbe presentato copia dell'ultimo rapporto redatto sulla situazione del personale di cui all'art. 46 del D.lgs. 11 aprile 2006 n. 198, con attestazione della sua conformità a quello eventualmente trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di pari opportunità.

Le linee guida adottate con d.p.c.m. del 7 dicembre 2021 avrebbero chiarito che l'articolo 47, comma 2, del d.l. n. 77 del 2021 ha introdotto una nuova causa di esclusione e anche le imprese ausiliarie sarebbero quindi tenute a dimostrare il possesso di tale requisito di ordine generale.

Qualora le imprese ausiliarie fossero esentate dalla presentazione del rapporto sul personale, le imprese ausiliate avrebbero la possibilità di eludere il parametro previsto per la quota di occupazione giovanile e femminile.

Inoltre l'ANAC nel parere n. 451 del 5 ottobre 2022, esprimendosi *“su una fattispecie sovrapponibile a quella odierna, ha ritenuto che ‘non è sanabile mediante soccorso istruttorio l’omessa dichiarazione dell’obbligo di assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, l’assunzione di una quota di occupazione giovanile e femminile di cui all’articolo 47, comma 4, del d.l. 31 maggio 2021, n. 77”*.

E l'obiettivo strategico di promuovere la parità di genere sarebbe essenziale, in base alla normativa speciale PNRR, per la ripresa e quindi per giustificare i relativi finanziamenti.

Senza l'avvalimento, la mandataria Fincantieri Infrastructure Opere Marittime s.p.a. sarebbe stata priva del requisito di cui all'art. 19, lett. d), del disciplinare e l'ATI FIOM avrebbe dovuto essere esclusa.

II - *Violazione del disciplinare di gara, par. 19, criterio di valutazione 1, sub-criterio 1.1. “know-how aziendale”; eccesso di potere per radicale e insanabile illogicità manifesta rispetto alle evidenze in atti; violazione degli artt. 77 e 78, comma 1-bis, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, come integrato dall’art. 47, comma 1, lett. b), del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56; violazione delle deliberazioni ANAC 16 novembre 2016, n. 1190, par. 1.6, 10*

gennaio 2018, n. 4 e 9 gennaio 2019, n. 1; violazione dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241; Profili di sviamento.

La Commissione giudicatrice nell'attribuzione dei punteggi relativi al sub-criterio *"1.1 Know-how aziendale"*, per il quale potevano essere assegnati 15 punti, non avrebbe rispettato le prescrizioni del disciplinare e i relativi criteri motivazione, penalizzando l'ATI ITM.

In base al sub-criterio *"1.1 - know-how aziendale"*, il disciplinare stabiliva che: *"Il concorrente dovrà dimostrare l'esperienza maturata dall'impresa nell'ambito di lavori affini all'intervento in appalto, ovvero su specifiche commesse attinenti a lavori marittimi, di marginamento, protezione delle sponde, scavi e refluenti eseguiti negli ultimi 10 anni?"*.

Allo scopo, ciascun offerente avrebbe dovuto *"predisporre una tabella in cui saranno elencati i lavori affini all'intervento in appalto eseguiti, indicando l'oggetto, il committente, la tipologia dell'opera, l'importo e una breve descrizione dell'intervento"*.

Lo stesso disciplinare stabiliva di ritenere *"più adeguate quelle offerte la cui documentazione consenta di stimare, per più aspetti, il livello di specifica professionalità, affidabilità e, quindi, di qualità del concorrente, dimostrando che il concorrente ha realizzato opere che sul piano tecnologico, funzionale e operativo sono riconducibili all'intervento oggetto dell'appalto"*.

Stante l'oggetto dell'appalto, per il quale è prevista come categoria prevalente l'OG07 *"opere marittime e lavori di drenaggio"* e la particolare ubicazione dello stesso nella laguna di Venezia in ambito SIN, l'offerta dell'ATI ITM avrebbe dovuto conseguire un punteggio più elevato di quello dell'ATI FIOM. Dalle tabelle presentate risulterebbe infatti che l'ATI FIOM ha realizzato un solo lavoro nella laguna di Venezia per un importo di circa Euro cinque milioni, l'ATI ITM invece tre lavori per un importo complessivo di circa Euro 62 milioni e due lavori in ambito SIN. In definitiva l'offerta della ricorrente avrebbe dovuto essere ritenuta *"più adeguata"* *"rispetto a un criterio di maggiore vicinanza alla specificità dei lavori riconducibili alle richieste del pubblico appalto de quo, che, riguardano opere marittime nel SIN della laguna veneziana"*. I lavori eseguiti dall'ATI ITM sarebbero più affini alla specificità dell'oggetto dell'appalto.

Ciononostante la Commissione avrebbe attribuito in relazione a tale sub-criterio 15 punti all'offerta dell'ATI FIOM e 8 punti all'offerta dell'ATI ITM. La mera valorizzazione “*orizzontale*” del volume d'affari, senza cioè alcun ulteriore criterio di giudizio per così dire “*verticale*” circa la natura dei lavori svolti, si porrebbe in contrasto con le prescrizioni della legge di gara, che richiedevano di considerare l'affinità dei lavori compiuti a quelli oggetto di affidamento. In ogni caso, anche considerando solo l'importo dei lavori indicati nelle tabelle, sulla base di un criterio di proporzionalità lineare, l'ATI ITM avrebbe dovuto conseguire oltre sei punti in più di quelli effettivamente assegnati.

Sotto un secondo profilo, il disciplinare faceva riferimento ai “*lavori eseguiti negli ultimi dieci anni*”.

Qualora la Commissione avesse applicato correttamente tale disposizione e avesse considerato esclusivamente la quota di lavori eseguiti in tale lasso di tempo, il primo concorrente per valore complessivo degli interventi pregressi rilevanti sarebbe risultata l'ATI ITM. In particolare all'ATI ITM avrebbero dovuto essere assegnati 7 punti in più e all'ATI FIOM 4 punti in meno.

III - *Violazione per assoluta carenza di motivazione in ordine a tutti i criteri discrezionali di cui al disciplinare di gara, fra cui anche con riguardo al sub-criterio 1.1. “know-how aziendale”; violazione degli artt. 77 e 78, comma 1-bis, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, come integrato dall'art. 47, comma 1, lett. b), del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56; eccesso di potere per assoluta carenza della motivazione dell'attribuzione dei punteggi; eccesso di potere per insufficiente verbalizzazione delle sedute riservate; violazione dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241; profili di sviamento.*

I criteri discrezionali di valutazione stabiliti dalla legge di gara, stante anche la peculiarità e l'importanza dei lavori oggetto di gara, non sarebbero sufficientemente predeterminati e univoci.

In tali condizioni le valutazioni meramente numeriche espresse dalla Commissione giudicatrice non consentirebbero di comprendere l'iter logico

seguito nell'attribuzione dei punteggi, in particolare in relazione al sub-criterio "1.1 - *know-how aziendale*".

IV - In via subordinata, violazione dell'art. 60, commi 1 e 3, del d.lgs n. 50/2016 circa il termine intercorrente tra la pubblicazione del bando di gara e la scadenza per la presentazione delle offerte; violazione degli artt. 30, comma 1 e 79, comma 1, del d.lgs n. 50/2016; carenza di motivazione del bando e del disciplinare di gara delle ragioni di urgenza sottese all'esiguo termine per la presentazione delle offerte; eccesso di potere per la grave incongruità del termine consentito per la presentazione dell'offerta; violazione del principio del favor participationis; violazione dell'art. 3 della Legge 7 agosto 1990, n. 241.

La stazione appaltante avrebbe previsto un termine per la presentazione delle offerte (tredici giorni dal 27 novembre 2023 all'11 dicembre 2023) eccessivamente breve, considerati anche il valore e la complessità tecnica dell'appalto. Tale termine sarebbe altresì inferiore a quello di quindici giorni previsto dall'art. 60 del d.lgs. n. 50 del 2016 e l'Autorità portuale non avrebbe debitamente motivato in relazione alle ragioni di urgenza di provvedere.

Molti operatori economici non avrebbero partecipato alla gara in ragione di tale ridotto termine.

V - Ancora in via subordinata, violazione dell'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016 circa la nomina del RUP quale presidente della commissione giudicatrice di gara; violazione dell'art. 77, comma 9, del medesimo d.lgs. n. 50/2016 circa la sussistenza di cause di incompatibilità tra il ruolo di RUP e di presidente della commissione giudicatrice non dichiarate al momento della nomina; violazione della Deliberazione ANAC n. 1190 del 16 novembre 2016; eccesso di potere per contraddittorietà intrinseca del disciplinare di gara circa il ruolo di RUP e di presidente della commissione di gara.

In violazione dell'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, il RUP avrebbe ricoperto anche il ruolo di direttore tecnico della procedura, di redattore e sottoscrittore del disciplinare di gara e altresì di presidente della Commissione giudicatrice. Tale situazione di incompatibilità sarebbe stata anche omessa dal RUP nel corso della seduta di cui al secondo verbale della Commissione.

VI - *In via ulteriormente subordinata, violazione dell'art. 225, comma 8, nonché degli artt. 226, commi 1, 2 lett. a), e 5, 229, comma 2, del d.lgs n. 36/2023; errata applicazione della disciplina di cui al d.lgs n. 50/2016 alla lex specialis di gara.*

Il disciplinare di gara avrebbe fatto riferimento al d.lgs. n. 50 del 2016. Invece, ai sensi dell'art. 226 del nuovo Codice, per quanto non derogato o comunque non diversamente disciplinato dal d.l. n. 77/2021 avrebbe dovuto applicarsi il d.lgs. n. 36/2023.

Nell'ipotesi di intervenuta stipula del contratto, parte ricorrente ha chiesto il risarcimento per equivalente dei danni conseguenti all'illegittimità dei provvedimenti impugnati, precisando che detti danni devono essere quantificati *“sulla base del lucro cessante e del corrispondente danno curriculare derivante dalla mancata realizzazione delle opere de qua”*.

3. L'Autorità Portuale di Venezia, l'Autorità di Sistema Portuale del Mare Adriatico Settentrionale, il Commissario Straordinario, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e Fincantieri Infrastructure Opere Marittime s.p.a. si sono costituiti in giudizio rilevando:

i - in relazione al primo motivo, che le censure proposte sarebbero inammissibili per difetto di interesse in quanto anche parte ricorrente non avrebbe presentato in gara il rapporto sul personale. Nel merito che l'art. 24 del disciplinare di gara e l'art. 47, comma 2, del d.l. n. 77/2021 si riferiscono agli operatori economici offerenti e non alle imprese ausiliarie di un contratto di avvalimento. Il Consiglio di Stato si sarebbe espresso in questo senso con la sentenza n. 850 del 2024 (Cons. Stato, Sez. V, 26 gennaio 2024, n. 850) con cui è stato respinto l'appello avverso la sentenza n. 1115 del 2023 di questo stesso Tribunale amministrativo;

ii - in relazione al secondo motivo, che le censure proposte sarebbero inammissibili in quanto dirette a sostituire le valutazioni di merito della Commissione giudicatrice. Inoltre la valutazione dell'affinità tra l'opera in appalto e le precedenti commesse dell'offerente deve essere fatta sulla base di criteri oggettivi che riguardano le caratteristiche peculiari delle opere da

realizzare, non la localizzazione dell'intervento. L'ATI FIOM, oltre a un'ottima complementarietà tra le imprese partecipanti al RTI, avrebbe documentato la realizzazione di interventi che riguardano “*lavori marittimi, di marginamento, protezione delle sponde, scavi e refluenti*?” e quindi sarebbero risultati affini all'oggetto dell'appalto. Le esperienze pregresse proposte dal RTI ITM riguarderebbero invece “*prevalentemente l'esecuzione di dragaggi e refluenti, palancolati, pali e diaframmi, alcune banchine nell'ambito dell'intervento piattaforma logistica di Fusina*”;

iii – in relazione al terzo motivo, che i criteri e i sub-criteri di valutazione sarebbero stati dettagliatamente indicati nella legge di gara;

iv – in relazione al quarto motivo, che le censure sarebbero inammissibili in quanto tardive e in quanto parte ricorrente ha partecipato alla procedura. Nel merito, che il Commissario straordinario ai sensi dell'art. 4 d.l. n. 32/2019, opera in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici e che in ogni caso sarebbe stato rispettato il termine di cui all'art. 60, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016. L'urgenza deriverebbe in sé dalla natura dell'opera PNRR;

v – in relazione al quinto motivo, che la posizione di incompatibilità del RUP deve essere valutata in concreto e nella fattispecie non vi sarebbero effettivi profili di incompatibilità. Inoltre in ragione del disposto dell'art. 4, comma 3, del d.l. n. 32 del 18 aprile 2019, non sarebbero direttamente applicabili le relative disposizioni del Codice dei contratti pubblici;

vi – in relazione al sesto motivo, che la censura sarebbe inammissibile in quanto la ricorrente avrebbe ommesso di individuare in modo specifico quali disposizioni del d.lgs. n. 36/2023 sarebbero state violate.

4. Con ordinanza n. 134 del 3 aprile 2024 questa Sezione ha respinto la domanda cautelare proposta da parte ricorrente in relazione sia al presupposto del *fumus boni iuris*, sia al presupposto del *periculum in mora*.

5. Parte ricorrente ha proposto appello avverso tale provvedimento, senonché con ordinanza n. 1563 del 24 aprile 2024 la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha preso atto dell'intervenuta sottoscrizione del contratto di

appalto e ha dichiarato improcedibile la domanda cautelare per sopravvenuta carenza di interesse, rilevando tuttavia che, *“al primo esame che è proprio di questa fase cautelare, pare sussistere il fumus boni iuris, con particolare riguardo al primo motivo di appello, sulla base della coordinata lettura dell’art. 104, comma 4, lettera a), e dell’art. 94, comma 5, del decreto legislativo n. 36 del 2023 (e della conseguente distinzione tra mero ‘prestatore d’opera’ e ‘soggetto ausiliario’), vista anche la mancata attivazione della procedura di cui all’art. 104, comma 6, dello stesso codice dei contratti (tramite invito alla prima classificata a sostituire la propria ausiliaria a causa di un riscontrato motivo di esclusione a carico di quest’ultima) in una procedura che, sebbene legata alla tempistica di realizzazione delle opere PNRR, potrebbe comunque portare all’insorgere di condanne di tipo risarcitorio in capo alla stazione appaltante”*.

6. In vista della discussione del ricorso le parti hanno depositato memorie e repliche in cui hanno sviluppato le loro difese.

In particolare parte ricorrente ha rilevato:

- che le disposizioni del PNRR che impongono la presentazione del rapporto sul personale non potrebbero essere oggetto di deroga;
- che l’art. 47, comma 2, del d.l. n. 77 del 2021 avrebbe introdotto un nuovo requisito di ordine generale, la cui mancanza determinerebbe inevitabilmente l’esclusione, pena l’elusione della disciplina PNRR in punto di parità di genere;
- che la sentenza n. 850 del 2024 del Consiglio di Stato riguarderebbe una fattispecie radicalmente diversa in quanto avrebbe ad oggetto il comma 4 - non il comma 2 - dell’art. 47 e in quanto l’impresa ausiliaria non sarebbe in alcun modo assimilabile al progettista indicato in sede di offerta perché i progettisti non sarebbero *“associati”* e non parteciperebbero al *“rischio di impresa”*.

Parte ricorrente ha invece dato atto della sopravvenuta carenza di interesse alla decisione in ordine al quarto e quinto motivo, in ragione dell’intervenuta stipula del contratto.

Parte ricorrente ha inoltre sviluppato la domanda risarcitoria, producendo una perizia di parte di stima dei danni subiti. In particolare parte ricorrente ha

chiesto a titolo di lucro cessante il c.d interesse contrattuale positivo che comprenderebbe *“l’utile che avrebbe conseguito qualora fosse stato aggiudicatario dell’appalto”* e il *“danno curriculare, ossia il pregiudizio subito dall’impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum e dell’immagine professionale per non poter indicare in esso l’avvenuta esecuzione dell’appalto”*.

A titolo di danno emergente ha altresì chiesto:

- i costi di partecipazione alla procedura di gara;
- la mancata copertura delle spese fisse di sede.

Per la quantificazione del danno parte ricorrente ha anche chiesto disporsi consulenza tecnica d’ufficio o verifica.

Le parti resistenti, oltre a rimarcare che nella fattispecie la stazione appaltante aveva la facoltà di derogare alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici e che per la definizione dei requisiti di ordine generale la legge di gara aveva fatto espresso riferimento all’art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, hanno altresì rilevato che sarebbe del tutto illogico e contrario al principio del risultato escludere la migliore offerta per la mancata presentazione del rapporto sul personale da parte dell’impresa ausiliaria, la quale aveva assunto solo obblighi di garanzia e che non avrebbe dovuto mettere a disposizione alcun suo dipendente per l’esecuzione del contratto.

In ogni caso la stazione appaltante prima di escludere l’ATI FIOM avrebbe dovuto esercitare il soccorso istruttorio e in subordine consentire la sostituzione dell’impresa ausiliaria.

5. All’udienza pubblica del 22 maggio 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare, la domanda di annullamento dei provvedimenti impugnati, proposta da parte ricorrente, è divenuta improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Infatti in data 6 maggio 2024, l’Autorità di Sistema portuale ha depositato il contratto d’appalto stipulato con le imprese dell’ATI FIOM e in base al

combinato disposto dell'art. 48, comma 4, del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, e dell'art. 125, comma 3, cod. proc. amm., per i c.d. appalti PNRR, *“l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente”*.

Tuttavia parte ricorrente con il ricorso ha proposto anche la domanda di risarcimento dei danni conseguenti all'illegittimità dei provvedimenti impugnati. Pertanto è necessario procedere all'accertamento dell'illegittimità degli atti impugnati ai fini risarcitori ai sensi dell'art. 34, comma 3, cod. proc. amm..

2. In applicazione dei principi di economia processuale e della ragione più liquida (Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5, capo 5.3), si può prescindere dall'esame delle eccezioni preliminari di inammissibilità delle singole censure, stante l'infondatezza nel merito delle stesse.

3. Infondato è il primo motivo di ricorso con cui parte ricorrente sostiene che l'ATI FIOM avrebbe dovuto essere esclusa in quanto l'impresa ausiliaria Fincantieri Infrastructure s.p.a., in violazione degli obblighi imposti – a pena di esclusione - dall'art. 24 del disciplinare e dall'art. 47, comma 2, del d.l. n. 77/2021 e, oggi, ribaditi dall'art. 94, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 36/2023, al momento della partecipazione alla gara non avrebbe presentato copia dell'ultimo rapporto sul personale.

3.1. In base all'art. 47, comma 2, del d.l. n. 77/2021 infatti, *“Gli operatori economici tenuti alla redazione del rapporto sulla situazione del personale, ai sensi dell'articolo 46 del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, producono, a pena di esclusione, al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta, copia dell'ultimo rapporto redatto, con attestazione della sua conformità a quello trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità ai sensi del secondo comma del citato articolo 46, ovvero, in caso di inosservanza dei termini previsti dal comma 1 del medesimo articolo 46, con attestazione della sua contestuale*

trasmissione alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità”.

L’adempimento – a pena di esclusione – concernente la presentazione del rapporto sul personale è testualmente riferito all’operatore economico che presenta l’offerta.

Ed è affermazione acquisita che l’impresa ausiliaria, a differenza della mandante in un’associazione temporanea di imprese, non partecipa alla procedura, ma si limita a prestare i propri requisiti per consentire all’ausiliata di presentare l’offerta.

Anche l’art. 24 del disciplinare imponeva di presentare il rapporto sul personale ai soli operatori economici che presentano l’offerta. In base a tale disposizione infatti: *“Inoltre ai sensi di quanto disposto dall’articolo 47 comma 2 del d.l. 77/2021 convertito in legge n. 108/2021, gli operatori economici che occupano più di 50 dipendenti, sono tenuti a presentare, pena di esclusione dalla gara, al momento della presentazione della domanda di partecipazione, copia dell’ultimo rapporto redatto sulla situazione del personale di cui all’art. 46 del d.lgs. 11 aprile 2006 n. 198, con attestazione della sua conformità a quello eventualmente già trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di pari opportunità ovvero in caso di inosservanza dei termini previsti dall’art. 46 comma 1, con attestazione della sua contestuale trasmissione alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità”.*

Inoltre gli obblighi dichiarativi e di allegazione posti a carico dell’impresa ausiliaria erano definiti dall’art. 17 del disciplinare e tra questi non vi era quello di presentare il rapporto sul personale di cui all’art. 47, comma 2, del d.l. n. 77 del 2021.

3.2. Quanto all’espressione - contenuta nelle linee guida adottate con d.p.c.m. del 7 dicembre 2021 – secondo cui l’art. 47, comma 2, introduce *“una nuova causa di esclusione dalle gare”*, va evidenziato che il termine *“causa di esclusione”* è idoneo ad indicare sia *“requisiti di ordine generale”*, sia *“adempimenti a pena di esclusione”*.

In questo senso, a mero titolo di esempio, il principio di tassatività delle “*cause di esclusione*” sanziona con la nullità l'introduzione negli atti di gara sia di nuovi requisiti generali e speciali, sia di adempimenti a pena di esclusione ulteriori rispetto a quelli previsti dal legislatore.

3.3. Deve altresì escludersi che l'impresa ausiliaria fosse tenuta a presentare il rapporto del personale in quanto requisito di ordine generale.

3.3.1. Invero come evidenziato dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato nell'ordinanza n. 1563 del 24 aprile 2024, in base all'art. 104, comma 4, lett. a), del d.lgs. n. 36 del 2023, l'impresa ausiliaria è tenuta a dichiarare alla stazione appaltante “*di essere in possesso dei requisiti di ordine generale di cui al Capo II del presente Titolo*” e ai sensi dell'art. 94, comma 5, lett. c) del medesimo Nuovo Codice, sono altresì esclusi: “*in relazione alle procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal regolamento (UE) n. 240/2021 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 febbraio 2021 e dal regolamento (UE) n. 241/2021 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, gli operatori economici tenuti alla redazione del rapporto sulla situazione del personale, ai sensi dell'articolo 46 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, che non abbiano prodotto, al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta, copia dell'ultimo rapporto redatto, con attestazione della sua conformità a quello trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità ai sensi del comma 2 del citato articolo 46, oppure, in caso di inosservanza dei termini previsti dal comma 1 del medesimo articolo 46, con attestazione della sua contestuale trasmissione alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità*”.

In relazione alle procedure a cui è *in toto* applicabile la disciplina di cui al d.lgs. n. 36 del 2023 non vi è quindi dubbio che in caso di avvalimento anche l'impresa ausiliaria, al pari dell'operatore economico concorrente, sia tenuta a presentare in gara a pena di esclusione il rapporto sul personale con la relativa asseverazione.

3.3.2. Il Collegio ritiene tuttavia che nella fattispecie non vi fossero i presupposti per l'esclusione dell'offerta dell'ATI FIOM in quanto, sotto un primo profilo, in base all'art. 4, comma 3, del d.l. n. 32 del 18 aprile 2019, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 55 del 14 giugno 2019, la stazione appaltante operava *“in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici, fatto salvo il rispetto dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nonché delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, e delle disposizioni in materia di subappalto”*.

E il disciplinare di gara – con cui appunto la stazione appaltante definiva le regole della gara in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici – stabiliva:

- all'art. 1, che *“La procedura fa riferimento al d.lgs. n. 50/2016, limitatamente a quanto espressamente richiamato nei documenti di gara, ferme restando, per il resto, le prerogative stabilite dall'art. 4 comma 3 del Decreto-Legge 18 aprile 2019, n. 32 Commissari straordinari, interventi sostitutivi e responsabilità erariali”*;
- all'art. 15 – rubricato *“Requisiti e modalità di partecipazione alla gara, documentazione da presentare, modalità di presentazione e compilazione dell'offerta, condizioni generali”* - quanto ai requisiti di ordine generale che gli operatori economici dovevano trovarsi in *“assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 del D.Lgs. 50/2016, dichiarati a mezzo di compilazione della PARTE III: MOTIVI DI ESCLUSIONE del DGUE”*. E anche il modello DGUE messo a disposizione dei concorrenti faceva espresso riferimento ai requisiti di ordine generale di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016;
- all'art. 17, rubricato *“Avalimento”*, che *“l'operatore economico allega alla domanda di partecipazione: ...omissis ... c) una dichiarazione con la quale l'impresa ausiliaria attesta il possesso dei requisiti generali di cui all'articolo 80 del D.Lgs. n. 50/2016, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avalimento”*. E inoltre che

“Si applica, in linea generale, laddove compatibile con il presente appalto, l’art. 89 del d.lgs. 50/2016”.

In sintesi la Stazione appaltante era legittimata a definire le regole di gara in deroga alle disposizioni legislative sui contratti pubblici e aveva individuato gli obblighi dichiarativi in capo all’impresa, richiamando espressamente, quanto ai requisiti di ordine generale, l’art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, il quale non prevede come requisito la presentazione del rapporto sul personale di cui all’art. 47, comma 2, del d.l. n. 77 del 2021.

3.3.3. Sotto un secondo profilo, non vi erano i presupposti per escludere l’ATI FIOM in quanto la disposizione di cui all’art. 94, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 36 del 2023, nella parte in cui inserisce la presentazione del rapporto sul personale con la relativa dichiarazione di conformità tra i *“requisiti di ordine generale”*, anziché tra gli altri adempimenti a pena di esclusione, non risulta avere carattere meramente ricognitivo-confermativo.

Dal testo dell’art. 47, comma 2, del d.l. n. 77 del 2021 non emerge alcun elemento nel senso che la presentazione del rapporto sul personale in gara costituisca un nuovo requisito di ordine generale, anziché un adempimento imposto a pena di esclusione.

Il fatto stesso che l’operatore economico possa provvedere alla trasmissione del rapporto alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità anche fuori termine - *“contestualmente”* alla presentazione dell’offerta - connota tale obbligo come adempimento da assolvere a pena di esclusione, anziché come requisito di moralità professionale.

Ulteriore conferma, della natura innovativa della qualificazione dell’obbligo di trasmissione del rapporto sul personale come requisito di ordine generale, deriva dal fatto che il legislatore ha ritenuto di aggiungere l’art. 94, comma 5, lett. c), nell’articolato del Nuovo Codice, anziché lasciare l’imposizione di tale obbligo nel testo del d.l. n. 77 del 2021, come avvenuto invece per le altre disposizioni sugli appalti PNRR.

È quindi solo a seguito dell'inserimento dell'obbligo di trasmissione del rapporto sul personale all'interno dell'art. 94 del d.l.gs. n. 36 del 2023, sui requisiti di ordine generale, che tale obbligo - precedentemente riferito ai soli operatori economici concorrenti - è stato esteso a tutti gli altri soggetti che a qualunque titolo sono coinvolti nell'esecuzione dell'appalto e che quindi devono essere in possesso dei requisiti di ordine generale e tra tali soggetti: i subappaltatori, i progettisti indicati in sede di offerta e le imprese ausiliarie in caso di avvalimento.

3.3.4. In questo senso la già richiamata sentenza n. 850 del 2024 del Consiglio di Stato aveva espressamente chiarito che l'ambito di applicazione soggettivo dei commi 2, 3, 3-bis e 4 dell'art. 47 del d.l. n. 77 del 2021 era il medesimo, affermando che: *“Sempre sul piano della interpretazione letterale, l'art. 47 del DL n. 77 del 2021 si riferisce nel complesso (cfr. anche commi 2, 3 e 3-bis) ai soli 'operatori economici' e in tale novero – giova ripetere – non sono ricompresi anche i progettisti semplicemente 'indicati' i quali, come già ampiamente detto, sono semplici prestatori d'opera professionali che non assumono il rischio di impresa ma che ricevono un compenso dall'aggiudicatario per le prestazioni offerte”*.

L'adempimento concernente la presentazione in gara del rapporto sul personale di cui al comma 2 è funzionale a garantire l'attuazione delle disposizioni di cui ai commi successivi dell'art. 47 ed è quindi chiaro che l'ambito soggettivo sia sempre il medesimo.

E la medesima sentenza n. 850 del 2023 aveva altresì espressamente escluso che sulla base delle disposizioni antecedenti al Nuovo Codice del 2023, i progettisti indicati in sede di offerta - i quali per pacifica giurisprudenza sono tenuti al possesso dei requisiti di ordine generale al pari delle imprese ausiliarie in caso di avvalimento – fossero tenuti agli adempimenti di cui all'art. 47.

Il fatto che tale sentenza n. 850 del 2024 fosse riferita al progettista indicato in offerta e che la giurisprudenza abbia chiarito che tale figura è diversa sia dal concorrente, sia dall'impresa ausiliaria in caso di avvalimento (Cons. Stato, Ad. Plen. 9 luglio 2020, n. 13) non risulta determinante. Da un lato perché come si

è detto il progettista indicato - al pari dell'impresa ausiliaria - è tenuto al possesso dei requisiti di ordine generale (*ex multis*: T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 10 luglio 2023, n. 1004).

Dall'altro lato perché, come si vedrà meglio nel prosieguo, nella fattispecie in esame si tratta di avvalimento di garanzia, e l'impresa ausiliaria non partecipa all'esecuzione dell'appalto, ma al pari di un garante, si impegna ad assicurare la capacità economico-finanziaria dell'ausiliata a far fonte alle obbligazioni assunte, rispondendo in solido in caso di inadempimento.

3.3.5. In definitiva l'art. 94, comma 2, del d.lgs. n. 36 del 2023 non ha natura meramente ricognitiva e sulla base della disciplina antecedente – espressamente richiamata dalla legge di gara – non era imposto all'impresa ausiliaria di provvedere agli adempimenti di cui all'art. 47 del d.l. n. 77 del 2021.

3.4. Sotto un terzo profilo, non vi erano i presupposti per escludere l'offerta dell'ATI FIOM, in quanto l'oggetto del contratto di avvalimento era un requisito economico-finanziario - *“aver realizzato nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, una cifra di affari, ottenuta con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta, non inferiore a 266.737.920,13 € (IVA esclusa)”* – si trattava quindi di un cd. avvalimento di garanzia e non era previsto alcun coinvolgimento del personale dell'impresa ausiliaria nell'esecuzione dell'appalto.

E le imprese dell'ATI FIOM, oltre a presentare il rapporto sul personale, si sono obbligate, *“in caso di aggiudicazione del contratto, ad assicurare una quota pari almeno al 30 per cento, delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali, sia all'occupazione giovanile sia all'occupazione femminile”*.

L'appalto verrà quindi eseguito attraverso personale che rispetta le quote di occupazione giovanile e femminile previste dall'art. 47 del d.l. n. 77 del 2021.

Non vi è stata quindi nessuna elusione o violazione - né formale né sostanziale - della normativa unionale, né degli impegni PNRR.

In tali condizioni sarebbe stato pertanto manifestamente sproporzionato e contrario al principio del risultato escludere dalla procedura la migliore offerta, in ragione della mancata presentazione del rapporto sul personale da parte dell'impresa ausiliaria-garante, la quale non presta il proprio personale e non è coinvolta nell'esecuzione del contratto.

Ciò a *fortiori* se si considera che nella fattispecie si tratta di avvalimento senza corrispettivo, pertanto l'impresa ausiliaria non sarà destinataria di somme finanziate con fondi PNRR.

3.5. Per completezza va peraltro rimarcato che l'art. 104 del d.lgs. n. 36 del 2023, che definisce l'avvalimento come *“il contratto con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto”*, risulta tagliato in relazione al cd. *“avvalimento operativo”*, non in relazione all'avvalimento di garanzia, ove per consolidata giurisprudenza non è necessaria la concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche (Cons. Stato, Sez. V, 21 febbraio 2023, n. 1781).

Parallelamente anche gli artt. 94 e 104, comma 4, lett. a), del d.lgs. n. 36 del 2023, laddove estendono l'ambito di applicazione delle disposizioni di cui all'art. 47 del d.l. n. 77 del 2021 anche alle imprese ausiliarie, non paiono inequivocabilmente riferibili anche alle ipotesi di mero avvalimento di garanzia.

3.6. Fermo quanto sopra, come rilevato dalle parti resistenti, la stazione appaltante non avrebbe comunque potuto procedere alla diretta esclusione dell'ATI FIOM, ma prima avrebbe dovuto attivare il soccorso istruttorio per consentirle di sanare la sua posizione e in seconda battuta, in caso di esito negativo dello stesso, avrebbe dovuto consentirle di sostituire l'ausiliaria.

Infatti, a fronte dell'espresso richiamo nella legge di gara e nel modulo DGUE ai requisiti di ordine generale di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché alla mancata indicazione - all'interno degli obblighi dichiarativi imposti all'impresa ausiliaria - degli adempimenti di cui all'art. 47 del d.l. n. 77 del

2021, nella fattispecie in esame si rientrava in una di quelle ipotesi in cui - *a tutela del “legittimo affidamento”* ingenerato nei concorrenti - *“deve essere consentita una sanatoria o meglio rettifica postuma del dato mediante soccorso istruttorio”* (Cons. Stato, Sez. V, 21 maggio 2024, n. 4502; nello stesso senso: Corte giust. UE, Sez. IX, 2 maggio 2019, causa C-309/18).

Inoltre gli articoli 89, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016 e 104, comma 4, del d.lgs. n. 36 del 2023, attuativi dei principi espressi dalla Corte di Giustizia (Corte giust. UE, 3 giugno 2021, causa C-210/20), impongono alla stazione appaltante di consentire all'operatore economico concorrente di sostituire l'impresa ausiliaria, in caso di omissioni riferibili alla stessa, come nella fattispecie in esame.

4. Infondato è il primo profilo di censura, contenuto nel secondo motivo di ricorso, con cui parte ricorrente sostiene che la Commissione non avrebbe rispettato la legge di gara allorché ha assegnato 15 punti all'offerta dell'ATI FIOM e 8 punti all'offerta dell'ATI ITM in relazione al sub-criterio *“1.1 Know-how aziendale”* in quanto i lavori indicati dalla ricorrente, essendo stati eseguiti nella laguna di Venezia, sarebbero più affini alla specificità dell'oggetto dell'appalto.

4.1. Per consolidata giurisprudenza, la valutazione delle offerte e, del pari, l'attribuzione dei punteggi da parte della commissione giudicatrice è espressione dell'ampia discrezionalità riconosciuta a tale organo, così che le censure sul merito di tale valutazione sono sottratte al sindacato di legittimità, ad eccezione dell'ipotesi in cui si ravvisi manifesta irragionevolezza, arbitrarietà, illogicità, irrazionalità o travisamento dei fatti (Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1911. Conformi: Cons. Stato, Sez. III, 15 aprile 2024, n. 3387).

Fermo quanto sopra, in relazione al sub-criterio 1.1 *“know-how aziendale”* il disciplinare stabiliva che: *“il concorrente dovrà dimostrare l'esperienza maturata dall'impresa nell'ambito di lavori affini all'intervento in appalto, ovvero su specifiche commesse attinenti a lavori marittimi, di marginamento, protezione delle sponde”*. Come

criterio motivazionale relativo a tale sub-criterio il medesimo disciplinare precisava che: *“Si riterranno più adeguate quelle offerte la cui documentazione consenta di stimare, per più aspetti, il livello di specifica professionalità, affidabilità e, quindi, di qualità del concorrente, dimostrando che il concorrente ha realizzato opere che sul piano tecnologico, funzionale e operativo sono riconducibili all’intervento oggetto dell’appalto”*.

La legge di gara quindi ai fini della valutazione della maggiore affinità all’oggetto della gara considerava in particolare le caratteristiche obiettive dell’opera - il *“piano tecnologico, funzionale e operativo”* - senza attribuire espresso rilievo ai luoghi di realizzazione degli stessi (nella Laguna di Venezia o in ambito SIN).

Ciò non toglie che tali elementi potevano essere oggetto di valutazione, ma nella legge di gara avevano carattere prioritario i profili *“tecnologico, funzionale e operativo”*.

Alla luce di tali criteri, stante l’oggetto dell’appalto, come definito dal capitolato speciale - Costruzione di una banchina di accosto, completa di parabordi e bitte, per navi di dimensione compatibili con l’accesso a Porto Marghera – non risulta pertanto in alcun modo in contrasto con la legge di gara né presenta manifesti vizi logici la scelta della stazione appaltante di attribuire un punteggio più elevato all’ATI FIOM che in gara ha dato atto della realizzazione di opere affini alle diverse prestazioni contrattuali e in particolare di importanti di opere di banchinamento (17 km di banchine nel porto di Ayla, 500 m. nel porto di Cagliari, circa 700 m. nel porto di Napoli, circa 700 m. nello stesso canale industriale Ovest di porto Marghera).

Come evidenziato dalla stazione appaltante, le opere indicate dal RTI ITM risultano invece riguardare prevalentemente *“l’esecuzione di dragaggi e refluenti, palancolati, pali e diaframmi”*.

4.2. Infondato è anche il secondo profilo di censura, con cui parte ricorrente lamenta che la Commissione avrebbe dovuto considerare esclusivamente la quota di lavori effettivamente eseguiti negli ultimi dieci anni.

Il disciplinare di gara laddove indica i “*lavori eseguiti negli ultimi dieci anni*” deve intendersi riferito ai lavori conclusi in tale lasso di tempo.

D'altra parte a dimostrazione dei lavori eseguiti il disciplinare richiedeva di allegare i certificati di esecuzione lavori, nei quali non è nemmeno indicata la cronologia dei lavori effettivamente eseguiti.

5. Infondato è il terzo motivo di ricorso con cui parte ricorrente sostiene che le valutazioni meramente numeriche espresse dalla Commissione giudicatrice non consentirebbero di comprendere l'iter logico seguito nell'attribuzione dei punteggi, stante il carattere discrezionale dei criteri di valutazione stabiliti dalla legge di gara.

5.1. Per costante giurisprudenza quando i criteri di valutazione degli elementi dell'offerta tecnica sono sufficientemente dettagliati, è sufficiente la mera espressione numerica del giudizio (Cons. Stato, Sez. V, 11 marzo 2021, n. 2086; Cons. Stato, Sez. V, 18 febbraio 2019, n. 1097).

E nella fattispecie il disciplinare non solo predeterminava in modo dettagliato i criteri e i sub-criteri di valutazione con i relativi punteggi, ma altresì precisava le modalità di assegnazione dei punteggi da parte dei Commissari e delineava in modo analitico i criteri motivazionali.

Come sopra evidenziato, è appunto alla luce del relativo criterio motivazionale, che è compiutamente ricostruibile l'iter logico seguito dalla Commissione nell'assegnare un punteggio maggiore all'ATI FIOM in relazione al sub-criterio 1.1 “*know-how aziendale*”.

6. Il quarto e il quinto motivo sono improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse in ragione dell'intervenuta stipula del contratto e della dichiarazione in tal senso compiuta da parte ricorrente a pag. 8 della memoria depositata in data 6 maggio 2024.

7. Inammissibile per carenza di interesse è il sesto motivo di ricorso con cui parte ricorrente lamenta che la legge di gara avrebbe dovuto fare riferimento al d.lgs. n. 36 del 2023 anziché al d.lgs. n. 50 del 2016.

7.1. Parte ricorrente non ha infatti indicato quale disposizione del d.lgs. n. 36 del 2023 sarebbe stata violata, né sotto quale profilo ciò le avrebbe determinato una lesione.

7.2. La censura è anche infondata in quanto come si è detto la stazione appaltante era espressamente legittimata ad operare in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici ai sensi dell'art. 4 d.l. n. 32/2019.

8. In ragione dell'infondatezza delle censure proposte non può nemmeno essere accolta la consequenziale domanda di risarcimento dei danni.

8.1. Per completezza va peraltro evidenziato che, anche qualora fosse stato ritenuto fondato il primo motivo di ricorso, la stazione appaltante avrebbe dovuto disporre il soccorso istruttorio per consentire all'ATI FIOM di sanare la sua posizione e, in caso di esito negativo dello stesso, avrebbe dovuto consentire la sostituzione dell'impresa ausiliaria.

Pertanto in ogni caso non avrebbe potuto essere riconosciuto il risarcimento del danno da mancata esecuzione dell'appalto, perché parte ricorrente non ha provato la spettanza del bene della vita sotteso alla sua azione, ossia che qualora la stazione appaltante avesse agito correttamente le sarebbe stato aggiudicato l'appalto.

Anche le somme richieste a titolo di danno emergente, come spese di partecipazione alla procedura e come mancata copertura delle spese fisse di sede, non possono essere oggetto di ristoro in quanto, come evidenziato dalla giurisprudenza sopra richiamata, sono destinate, di regola, a restare a carico del concorrente anche in caso di aggiudicazione (Cons. Stato, Sez. V, 23 agosto 2019, n. 5803).

9. Il ricorso deve pertanto essere respinto.

10. In ragione della complessità e della novità delle questioni trattate, sussistono le condizioni per compensare le spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo

respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 22 maggio 2024
con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Filippo Dallari, Referendario, Estensore

Alberto Ramon, Referendario

L'ESTENSORE

Filippo Dallari

IL PRESIDENTE

Leonardo Pasanisi

IL SEGRETARIO