

Cons. St., Sez. V, 15/03/2019, n. 1704

"OMISSIS"

FATTO

Si deve premettere che l'odierna appellante S.C. s.r.l.:

- era l'avente causa, per fusione, della precedente affidataria I. B. S.p.a. della concessione di Acque Minerali "S.A", ubicato del Comune di C. per cui è causa;
- aveva partecipato alla nuova gara per la selezione del nuovo concessionario del detto giacimento di acque minerali conseguendo un punteggio (p.t. 58,25) di molto inferiore la soglia minima di ammissibilità tecnica di 65 punti stabilita dal bando.

Con il presente gravame la predetta Società impugna la sentenza con cui il TAR, previo rigetto delle istanze di rinvio ed istruttoria, ha respinto il suo ricorso diretto all'annullamento di tutti gli atti del procedimento dell'affidamento della concessione di Acque Minerali "S. A." ed in particolare:

- dell'allegato A. 1(paragrafi 3.1) lett. c), 3.2, 9, 9.1 e 11) dell'avviso della procedura pubblica per l'affidamento della Concessione;
- della D.G.R. n. 280 del 3 maggio 2016, in subordine e per quanto possa occorrere, nella parte in cui aveva stabilito che per l'assegnazione delle future concessioni: (i) "la disponibilità della risorsa idrica oggetto di procedura ad evidenza pubblica viene verificata nell'ambito del procedimento V.A./V.I.A. sulla base di idonea documentazione predisposta a cura del proponente assegnatario provvisorio"; (ii) "il proponente assegnatario provvisorio predispone, pertanto, la documentazione per la procedura di V.A./V.I.A. da sottoporre al CCR-VIA"; (iii) "il competente servizio procede all'assegnazione definitiva della gara solo dopo avere acquisito parere favorevole da parte del CCR-VIA e previa verifica di tutti i dati e gli atti previsti dal Bando";
- della determina dirigenziale n. DPC023-22 del 22 marzo 2017 e del verbale della commissione giudicatrice del 21 marzo 2017, comunicati con PEC il 22 marzo 2017;
- dei verbali della commissione giudicatrice e degli altri atti di gara, ancorché non conosciuti, con particolare riferimento a quelli relativi alla mancata ammissibilità tecnica della I.B. s.r.l. .

L'appello, previa la sottolineatura del proprio interesse all'immediata impugnativa del provvedimento di aggiudicazione provvisoria, è affidato alla denuncia dell'erroneità della decisione sotto diverse rubriche di gravame in quanto:

- sul piano processuale la sentenza contrasterebbe con le regole della giustizia amministrativa in tema di impugnazione "al buio" degli atti di gara, di riserva di ricorso per motivi aggiunti e di oneri istruttori gravanti sull'amministrazione resistente; omessa esame delle deduzioni contenute nella sua memoria difensiva in primo grado perché "erroneamente qualificati come motivi nuovi";

- sul piano sostanziale la decisione sarebbe afflitta da difetto di motivazione e di istruttoria, contraddittorietà, violazione dei principi di favor participationis, proporzionalità, erronea applicazione della L.R. n. 15 del 2002; art. 36, comma 6.

Infine l'appellante, nel reiterare l'istanza istruttoria, lamenta che il TAR si sarebbe rifiutato di integrare l'istruttoria, senza tener conto che il medesimo

primo giudice aveva accolto un altro differente ricorso per l'accesso alla documentazione tecnica dell'aggiudicataria.

La Regione Abruzzo, ritualmente costituitasi in giudizio, con l'Avvocatura dello Stato, solo in data 21 gennaio 2019 ha rassegnato le proprie conclusioni per l'Udienza del 24.1.2019.

Con memoria in data 22.1.2019 l'appellante ha eccepito l'inammissibilità e l'irritualità della predetta memoria perché depositata fuori da ogni termine processuale. Ne chiede dunque lo stralcio dal fascicolo di causa perché in palese violazione delle norme che regolano il contraddittorio ed il giusto processo.

Uditi all'udienza pubblica di discussione i difensori delle parti, l'appello è stato ritenuto in decise dal Collegio.

DIRITTO

1.§. Per quanto concerne la preliminare doglianza -intestata sub n. 7 (a pag. 7) - con cui la ricorrente assume il suo interesse all'impugnativa della "aggiudicazione provvisoria", si deve concordare con la società ricorrente laddove sottolinea che qui non ricorre l'ipotesi "ordinaria" di aggiudicazione provvisoria di una gara d'appalto, che come tale non è impugnabile ai sensi dell'art. 120, comma 2 bis ultimo periodo.

Come specificato amplius sub n. 3.§, la presente impugnazione non concerne infatti una gara d'appalto ma l'affidamento, previo corrispettivo, di una concessione di un bene minerario.

Si tratta di una fattispecie che, nell'ambito dei cogenti principi di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 50 del 2016, è disciplinata esclusivamente dalla L.R. 10 luglio 2002, n. 15 sulle acque minerali.

Le regole fondamentali del procedimento sono state correttamente definite dalla D.G.R. n. 280 del 3 maggio 2016 che ha configurato il provvedimento di conclusione del procedimento non come "aggiudicazione" ma, in coerenza con il predetto quadro normativo, come "assegnazione provvisoria" della procedura.

Infatti, al di là della nomenclatura utilizzata, la successiva assegnazione "definitiva" della concessione attiene propriamente alla fase integrativa dell'efficacia dell'atto, in quanto è l'accertamento dell'adempimento di un onere posto dalla lex speciale a pena di decadenza dell'affidamento provvisorio. In altre parole, il positivo conseguimento della valutazione di impatto ambientale positiva (da conseguire sulla base del progetto ambientale del suo piano) condiziona l'efficacia di un provvedimento, di per sé già esistente, valido e definitivo.

In tali termini, l'affidamento "provvisorio" qui impugnato era dunque già idoneo ad attribuire una posizione differenziata al beneficiario ed una specifica aspettativa al suo titolare.

Di conseguenza comportava per converso l'immediato interesse dei terzi ad impugnarla al fine di conseguire la sostituzione all'originaria affidataria provvisoria.

In tale direzione il ricorso di primo grado era pienamente ammissibile e, sul punto, la motivazione della sentenza deve essere integrata nel senso di cui sopra.

2.§. Nel merito del gravame l'appellante, con la prima rubrica (a pag. 6) deduce che:

-- mentre al capo B la sentenza sottolinea che l'istanza istruttoria della ricorrente aveva ad oggetto "i documenti di gara, (...), dai quali potrebbero trarsi gli elementi che hanno indotto la Regione ad attribuire alla sua offerta un punteggio

inferiore alla soglia di sbarramento";

-- al successivo capo B. 1 avrebbe però erroneamente affermato che "tuttavia nessuno dei motivi di ricorso pone in discussione la valutazione dell'offerta della ricorrente, bensì essi evidenzier[ebbero] il fatto che il punteggio ad essa assegnato deriverebbe esclusivamente dall'applicazione di parametri illegittimi in quanto spuri e non attinenti a profili, nemmeno qualitativi, connessi all'oggetto dell'appalto". L'istanza istruttoria e l'istanza di rinvio sono state inopinatamente respinte per asserita mancanza di rilevanza in relazione al thema decidendum ritenendo sia che la causa "compiutamente istruita e matura per la decisione" e sia che "esigenze di salvaguardia del diritto di difesa" (capi B. 1.1. e B. 1.2.). Nel ricorso invece sarebbero stati impugnati "al buio" tutti i verbali di gara e documenti di gara "relativi alla valutazione della I. B." con la precisazione che, ad oggi, la odierna appellante non avrebbe avuto la conoscenza della restante documentazione di gara e delle ragioni dell'insufficiente punteggio che le era stato attribuito" (pag. 8 del ricorso). In presenza di una espressa riserva di formulare motivi aggiunti la mancata disponibilità materiale degli atti lesivi avrebbe dovuto far luogo all'accoglimento della proposta istanza istruttoria, qui peraltro riproposta.

L'assunto non può essere condiviso.

In linea generale, come la giurisprudenza ha più volte sottolineato, nell'ordinamento processuale amministrativo non esiste norma giuridica o principio ordinamentale che attribuisca alle parti in causa il diritto al rinvio della discussione del ricorso, ancorché motivato dall'esigenza di acquisire i mezzi istruttori necessari (cfr. di recente: Consiglio di Stato, sez. V, 22/02/2016, n. 700; Consiglio di Stato, sez. III, 08/06/2017, n. 2775).

In tale direzione non deve dimenticarsi che, nel processo amministrativo non vengono in rilievo esclusivamente interessi privati, ma trovano composizione e soddisfazione anche gli interessi pubblici che vi sono coinvolti (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 22/02/2010, n. 1032).

Per questo la decisione finale in ordine ai concreti tempi della decisione spetta comunque al giudice in quanto la richiesta di rinvio della trattazione di una causa deve trovare il suo fondamento giuridico nel prudente bilanciamento tra fondamentali esigenze di tutela del diritto di difesa di cui all'art. 1 c.p.a. e quelle della sollecita definizione del giudizio della ragionevole durata del processo di cui all'art. 2 comma 2 c.p.a. .

Nel caso di specie, si deve rilevare che, con la Pec del 22 marzo 2017, la Regione ha comunicato all'I. B. il verbale della seduta pubblica del 21 marzo 2017, unitamente alla Determina Dirigenziale n. DPC023-22 del 22 marzo 2017 relativa all'approvazione dei lavori della Commissione e alla aggiudicazione provvisoria della concessione a favore della N. indicando i punteggi conseguiti dalle due imprese ammesse.

Al riguardo si osserva che, la richiesta di accesso agli atti del 22 marzo 2017 relativa all'offerta tecnica della controinteressata N. s.p.a. e la domanda di rinvio dell'udienza, presentate da I. B. S.r.l. si ponevano come un tentativo di procrastinare la definizione del giudizio in danno di tutte le parti interessate perché notoriamente la presente vicenda si inseriva in un più vasto contenzioso in sede civile ed amministrativa tra la ricorrente - precedente affidataria della concessione ed occupante abusiva della fonte e la Regione ed il Comune (come risulta anche dalle risultanze istruttorie emerse nel corso del giudizio n.

4586/2017, proposto dalla dante causa I.B. S.r.l. e dalla medesima Sorgente S. C. S.p.A. diretto avverso l'avviso della procedura aperta per l'affidamento in questione).

Ma anche se così non fosse in questa sede è comunque fondamentale la circostanza sopravvenuta per cui le reiterate richieste di istruttoria e di differimento della udienza appaiono comunque inconferenti, in questa sede, in quanto l'aggiudicataria N. s.p.a. è stata dichiarata decaduta dall'aggiudicazione provvisoria per mancato conseguimento della VIA sul suo piano industriale.

In conseguenza di tale sopravvenienza, oggi la ricorrente non ha comunque più interesse a censurare le valutazioni della proposta della N. s.p.a. .

Per il resto, esattamente il TAR ha ritenuto irrilevanti le istanze istruttorie della ricorrente relative a documenti di gara dai quali trarre elementi per contestare il punteggio inferiore alla soglia di sbarramento una volta che aveva censurato le regole sulla cui base erano stati assegnati i punteggi e dedotto l'illegittimità delle valutazioni perché collegate esclusivamente dall'applicazione di parametri assunti come illegittimi.

3.§. Con il secondo motivo (a pag. 11) si lamenta il difetto di motivazione della sentenza per violazione dell'art. 73 co. 1 del c.p.a.; si ripropongono i motivi non esaminati ex art. 101; si chiede alla decisione sul merito della questione e l'annullamento dei capi B. 2. e B. 2.1 della sentenza appellata.

Il TAR avrebbe erroneamente accolto le eccezioni preliminari della resistente e della controinteressata secondo le quali le sue censure di cui alla "memoria del 27 ottobre 2017" costituirebbero "motivi nuovi -che avrebbero dovuto essere introdotti con ricorso per motivi aggiunti -perché con essi vengono censurati vizi di legittimità ulteriori (sproporzione e duplicazione del punteggio relativo ai profili occupazionali dell'offerta) e non meramente specificativi di quelli introdotti con il ricorso principale".

Al contrario, con la memoria difensiva in risposta all'eccezione preliminare della controinteressata -lungi dal formulare un diverso motivo di ricorso - l'appellante:

-- avrebbe ulteriormente sviluppata, la censura già proposta nel ricorso, senza impugnare alcun differente e nuovo articolo della lex specialis, si era dato atto degli effetti illegittimi che deriverebbero dall'applicazione della norma impugnata;

-- avrebbe illustrato l'interesse all'impugnativa della clausola sociale (quale ulteriore elemento di valutazione dell'offerta) ed oltremodo rimarcata la "commistione" tra clausola sociale e criteri di valutazione dell'offerta (censure affatto nuove);

--avrebbe ricordato che le deduzioni, a pag. 5 della memoria di replica, sarebbero stati fossero già presenti nel ricorso in punto di impugnativa dei "parametri di valutazione" (pagg. 9 e ss. del ricorso).

L'assunto può essere condiviso.

È infatti evidente che, sia il punto II.a. che il paragrafo III.b della memoria difensiva, sono entrambi relativi alla domanda di annullamento della clausola sociale di cui alla voce d) del Par. 9.1 dell'Avviso vale a dire di una clausola della lex specialis puntualmente contestata nel ricorso e non introducevano alcuna nuova censura.

In definitiva, per l'appellante, le deduzioni a pag. 3 e ss. della memoria difensiva del 27 ottobre 2017, non espressamente esaminate dal TAR, e formalmente riproposte in questa sede, possono essere sostanzialmente esaminati nel motivo che segue.

4.§. Con la terza fondamentale doglianza (a pag. 13 rubricata "IV"), l'appellante introduce più profili di censura, intimamente connessi, entrambi relativi alle valutazioni operate dalla Commissione giudicatrice sulla base degli illegittimi criteri del bando.

L'appellante, il cui punteggio complessivo finale ammontava ap.t. 58,25, aveva ottenuto:

-- 54,00 punti per il piano industriale - a fronte dei 55,35 punti dell'aggiudicataria provvisoria;

-- 4,25/15 punti per le altre due voci dell'offerta, relative alla "capacità tecnica, finanziaria e professionale" ex lett. a) ed al "programma generale di coltivazione" -lett. b) per i quali si sarebbero potuti teoricamente conseguire 15 punti (e per le quali l'aggiudicataria provvisoria avrebbe ottenuto 10 punti).

4.§.1 Sotto un primo capo di doglianza la società contesta, con riserva di impugnazione dei verbali con motivi aggiunti, sia la previsione che assegnava ben 15 punti (in misura fissa) per la sottoscrizione dell'Accordo A. 1. relativo alla clausola sociale e sia i bassi punteggi attribuiti per i primi due elementi di valutazione dell'offerta.

Con un primo profilo sostanziale, l'appellante lamenta che:

a) il richiesto annullamento della cd. clausola del bando in base alla quale, la promessa della sottoscrizione dell'accordo per il riassorbimento del personale occupato dalla concessionaria uscente, avrebbe consentito l'assegnazione del massimo punteggio di "punti 15" e l'attribuzione di un coefficiente di valutazione pari ad "1" (art. 9 cit.).

Il punteggio attribuito per la sottoscrizione dell'accordo di riassorbimento del personale, sarebbe sproporzionato ed irragionevole considerando che "l'attività oggetto della concessione non è caratterizzata da un'alta intensità di manodopera". Le clausole sulla stabilità occupazionale riguarderebbero solo le prestazioni di servizi "relativi a contratti ad alta intensità di manodopera" ex art. 50 del D.lgs. n. 50 del 2016, cioè quelli in cui "il costo della manodopera è pari almeno al 50% dell'importo totale del contratto" mentre quello in esame sarebbe un contratto notoriamente caratterizzata da un alto tasso di meccanizzazione tutto il processo di imbottigliamento.

La stazione appaltante, avendo individuato in almeno 50 l/s la possibilità di emungimento per l'imbottigliamento (con un prezzo fisso pari a 4 euro/mille litri) non avrebbe nemmeno specificato nell'avviso pubblico, l'indicazione dell'incidenza percentuale del costo della manodopera rispetto all'importo totale dell'affidamento.

La sentenza poi non ha affatto motivato in ordine a quanto dedotto nel ricorso circa l'illegittimità della previsione sul riassorbimento dei precedenti lavoratori, dato che nessuna disposizione consentirebbe l'attribuzione di un punteggio alla clausola sociale, che potrebbe assumere rilevanza solo in sede di esecuzione del contratto ma non quale criterio di valutazione dato che il concorrente, una volta conseguito l'affidamento, potrebbe tranquillamente sottrarsi ad un impegno con "un (altrettanto inammissibile) elemento di indeterminatezza".

Riprendendo poi le censure di cui alla memoria difensiva del 27 ottobre 2017 che il Tar avrebbe erroneamente ritenuto essere in realtà "motivi nuovi", l'appellante lamenta che:

-- la L.R. 10 luglio 2002, n. 15 -sulle acque minerali, poste a fondamento della gara -non prevedrebbe che le concessioni minerarie possano essere assegnate

anche sulla base di supposte clausole di salvaguardia delle maestranze come dimostrerebbero l'art. 36 ("concessione"), comma 6 e l'art. 9 della predetta L.R. ("criteri e valutazione dell'offerta") che prevede tre elementi, quali a) la documentazione comprovante l'idoneità tecnica, economica e professionale; b) il programma di coltivazione; c) il piano industriale.

-- la "comunicazione interpretativa della commissione sul diritto comunitario degli appalti pubblici e la possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici" della Commissione Europea del 15 ottobre 2001 ammetterebbe la possibilità di dare rilievo ad un criterio sociale "soltanto ove ci si trovi di fronte a due, o più, offerte economicamente equivalenti" (punto 1.4.2) dovendosi ritenere le relative clausole "indipendenti dalla valutazione della capacità dell'offerente di eseguire i lavori ovvero dalla valutazione dei criteri di aggiudicazione" (punto 1.6);

-- la "clausola sociale come criterio di valutazione dell'offerta non potrebbe assurgere a "specifico criterio di valutazione dell'offerta migliore" per l'A.V.C.P. (cfr. delibere del 21 novembre 2012, n. 100, 6 giugno 2014, n. 30 e 23 gennaio 2013, n. 41);

--per la Corte Costituzionale (cfr. 3 marzo 2011, n. 68) la corretta osservanza della cd. clausola sociale inserita nella lex specialis non imporrebbe alcun obbligo di assumere tutti i precedenti lavoratori (...), bensì imporrebbe semplicemente di assumere un numero di lavoratori tale da assicurare il servizio" (TAR Lazio, Roma, sez. II bis, 26 settembre 2016, n. 9226).

Si finirebbe per attribuire un punteggio per un adempimento rimesso alla insindacabile discrezionalità dello stesso aggiudicatario in violazione dei principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando altrimenti lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 Cost., quale fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto"(cfr. Cons. Stato, Sez. III, 18 settembre 2018, n. 5444 e Sez. III, 27 settembre 2018, n. 5551).

b) Contraddittoriamente poi ai capi B. 4.7., B. 4.8. e B. 4.9. il TAR avrebbe affermato che, alla gara in discorso non si applicherebbero "i criteri di valutazione delle offerte" indicati nell'art. 95 del D.lgs. n. 50/2016 bensì "esclusivamente quelli dettati dall'art. 36, comma 6 della Legge Regionale n. 15/2002" (con la conseguenza che, sempre secondo il TAR, "i criteri di valutazione indicati nel bando" di economicità, proporzionalità, concorrenza, par condicio e ragionevolezza si sottrarrebbero, già sul piano formale, alle censure di violazione del Codice degli Appalti), dato che, in altro capo della sentenza (B. 4) richiama l'art. 4 del Codice dei contratti.

Anche a voler prendere in esame l'art. 36 della L.R. n. 15 del 2002 cit. quale unico presupposto normativo applicato dal TAR, la sentenza si confermerebbe fallace e superficiale perché, nonostante il prezzo del contratto fosse "prefissato" (capi da B. 5 a B. 5.3), ha ritenuto "non irragionevole", ed "anzi coerente", la valorizzazione della clausola sociale mediante attribuzione di un punteggio aggiuntivo proprio allo scopo di promuovere le ricadute occupazionali di cui sarebbe menzione nella Legge Regionale (cfr. capo B. 6.3.).

Inoltre, nell'avviso pubblico la valutazione del "piano industriale ex lett. c) è

suddiviso in cinque sotto-criteri" (da c. 1 a c. 5) di cui il c. 1 era relativo al "cronoprogramma dettagliato dei lavori con livelli di produzione attesi con riferimento al piano occupazionale, previsti per i cinque anni di produzione".

Il dato occupazionale di cui all'art. 36, comma 6 cit. sarebbe dunque già stato puntualmente inserito, nell'avviso pubblico, all'interno della valutazione del "Piano Industriale" (come coerentemente previsto dalla L.R.) e, segnatamente, nel sotto-criterio c. 1 della lett. c) cit. (corrispondente alla lett. c) del comma 6 dell'art. 36 cit.) e l'art. 36 cit. non conterrebbe un altro riferimento al piano occupazionale e, men che meno, all'accordo indicato nella lett. d) dell'art. 9.1 dell'avviso pubblico (che non trova, infatti, nessuna corrispondenza nell'art. 36, comma 6 che si compone delle sole lett. a, b, e c). La lett. d) dell'art. 9.1. della lex specialis sulla clausola sociale non avrebbe potuto costituire un sotto-criterio della lett. c) del medesimo art. 9.

Il TAR ha erroneamente associato la legittimità della c.d. clausola sociale (quale elemento di valutazione dell'offerta) ad un parametro normativo che non la prevedeva.

4.§.2. Ciò posto la ricorrente chiede che tenendo fermo il punteggio attribuito all'appellante per il "Piano Industriale"(54,00 punti, non contestati dalla controinteressata), gli vengano riconosciuti altri 6,75/15 punti complessivamente a disposizione per le altre due voci di valutazione dell'offerta relative alla "capacità tecnica, finanziaria e professionale" ed il "programma generale di coltivazione" per superare la soglia di ingresso in graduatoria (65,00 punti) e poter aspirare all'aggiudicazione provvisoria.

Relativamente alle prime due voci di valutazione dell'offerta, le sarebbe sufficiente ottenere solamente quindici centesimi di punto in più di quelli attribuiti all'aggiudicataria provvisoria (10 punti) per risultare la migliore offerente.

4.3. L'assunto è complessivamente infondato.

4.3.1. Sotto un profilo più generale si deve sottolineare la alterità e l'estraneità del procedimento di affidamento di una concessione mineraria alla specifica ed analitica disciplina degli appalti e delle concessione di servizi di cui al Codice dei contratti di cui al d.lgs. n. 50/2016,

A) In tale direzione, è esatto il richiamo del Tar all'art. 4 del d.lgs. n. 50 del 2016 per cui l'affidamento dei "contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice", avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica.

In perfetta simmetria l'art. 26 della L.R. Abruzzo 10 luglio 2002, n. 15 prevede che la coltivazione della sorgente è subordinata al rilascio del provvedimento di concessione mineraria, previo "esperimento di procedura ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi della tutela della concorrenza, della libertà di stabilimento, della trasparenza e non discriminazione, e tenuto conto delle priorità stabilite dalla presente legge."

In sostanza la normativa regionale è la fonte primaria che deve essere applicata nel rispetto dei principi comunitari.

Si deve dunque escludere, in linea di principio, la immediata cogenza nel caso di specie:

- dell'art. 50 del D.lgs. n. 50/2016, relativo alle attività caratterizzate da un'alta

intensità di manodopera;

- dell'art. 95 del D.lgs. n. 50/2016 concernente "i criteri di valutazione delle offerte" negli appalti e nelle concessioni di lavori e servizi;
- sensi dell'art. 165, co. 1 del d.lgs. n. 50/2016 relativo al il rischio di impresa del concessionario di lavori e di servizi.

Sono dunque del tutto inconferenti nella presente procedura relativa ad un contratto attivo concernente una concessione di un bene demaniale, sia i riferimenti alla "Comunicazione interpretativa" della Commissione Europea del 15 ottobre 2001, le delibere dell'Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici e la numerosa giurisprudenza in materia di appalti.

Non essendo un appalto poi non vi era alcuna necessità di specificare a pena di illegittimità nell'avviso pubblico, l'indicazione dell'incidenza percentuale del costo della manodopera rispetto all'importo totale dell'affidamento. Nella particolare situazione in esame poi la censura appare del tutto singolare data che la partecipante alla gara era la precedente assegnataria della fonte e quindi si trattava di elementi certamente in suo possesso.

Nel merito delle contestazioni della clausola sociale si osserva in estrema sintesi che non può concordarsi con l'appellante che, tale sistema premiale impedisse una seria selezione in quanto:

-- la previsione del riassorbimento dei precedenti lavoratori quale criterio di valutazione sarebbe stata illegittima se fosse stata obbligatoria, il che non è! La scelta di sottoscriverla o meno dipendeva esclusivamente dalla valutazione della convenienza o meno dell'affare. La stazione concedente nel fissare tale prescrizione ha posto una regola che poteva essere liberamente accettata, o meno, da tutti i partecipanti:

-- se nessuna disposizione consente l'attribuzione di un punteggio alla clausola sociale nessuna norma espressamente la vieta espressamente.

-- certamente tale promessa - come del resto tutti gli altri impegni degli aspiranti concessionari - rilevano solo in sede di esecuzione del contratto, in quanto il loro mancato rispetto risolvendosi in un grave inadempimento comporta la decadenza dalla concessione. Per cui l'argomento per cui il concorrente, una volta conseguito l'affidamento, potrebbe tranquillamente sottrarsi all'impegno, è meramente suggestivo;

-- come si evince dal punto 3.2 dell'Avviso di gara (cfr. pag. 3 BUR Abruzzo) l'accordo concerneva nella specie il "reimpiego prioritario degli stessi lavoratori della precedente Società affidataria della Concessione, secondo le esigenze tecnico-organizzative e di manodopera previste dal "piano industriale" relativo all'attività di sfruttamento della risorsa mineraria". Dunque è evidente che la clausola conferiva a ciascun - ed a tutti i concorrenti -- la possibilità di valutare il proprio punto di convenienza (e la relativa percentuale di ulteriore punteggio conseguibile) in proporzione alle proprie esigenze. Per questo deve negarsi che la cosiddetta clausola sociale di cui ai par. 3.2 e 9.1. lett. d) dell'avviso, fosse ex sé irragionevole, distorsiva come tale lesiva della concorrenza;

-- come esattamente ricordato dal TAR la natura non obbligatoria della clausola comportava per tutti i partecipanti -- nessuno escluso -- i medesimi benefici sia in sede di gara che in sede di rapporto concessorio. La clausola in esame non era da far ritenere realmente impossibile o assolutamente aleatoria la partecipazione alla procedura dei soggetti imprenditoriali (che si presumono professionalmente esperti del settore).

In definitiva la possibilità dei concorrenti di modulare ad libitum il proprio impegno porta ad escludere che la clausola dunque alcuna violazione dei principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale, di concorrenza, di ragionevolezza, di proporzionalità e par condicio.

In tali ipotesi l'Amministrazione infatti può perseguire interessi che non sono esclusivamente limitati alla migliore allocazione o valorizzazione economica del bene, ma che può perseguire anche altri interessi pubblici.

Come è evidente dal mancato riferimento al profilo economico del vantaggio dell'offerta, la proposta è "considerata più vantaggiosa" della predetta norma regionale quando rispetta le predette finalità della L.R. (peraltro richiamate in generale dal precedente art. 26) ed in particolare per ovviare alle difficoltà dell'occupazione di lavoratori inseriti in un'area del Parco

Contrariamente a quanto lamentato nella memoria difensiva di primo grado del 27 ottobre 2017:

la L.R. 10 luglio 2002, n. 15 -sulle acque minerali, poste a fondamento della gara - preveda espressamente che le concessioni minerarie possano essere assegnate anche tenendo conto delle esigenze di salvaguardia delle maestranze.

I criteri impugnati appaiono del tutto esenti dalle dedotte mende, per cui legittimamente nell'ambito della propria sfera di discrezionalità, l'avviso ha previsto il conseguimento del massimo punteggio ad un offerta meno remunerativa per l'Amministrazione.

In ogni caso rientra nella sfera di discrezionalità dell'Amministrazione le valutazioni circa il migliore utilizzo della risorsa idrica, ivi compresa la scelta di far luogo all'abbassamento del canone per il concessionario per ammortizzare i costi per il riassorbimento del personale.

Né tale possibilità annulla comunque il rischio di impresa tenendo conto che non tocca le altre possibili variabili di rischio comunque a carico del concessionario (produttive, economiche, ambientali, giuridiche, meteorologiche, ecc. ecc.).

Sotto tale primo profilo di carattere generale la disposizione del bando che prevede l'attribuzione dei 15 punti per la c.d. clausola sociale appare esente dalle dedotte mende.

B) Nel caso particolare poi, sulla scia delle considerazioni che precedono, si deve osservare che la clausola sociale appare peraltro perfettamente conforme all'art. 36 della L.R. n. 15/2002 in base al quale:

"La concessione è assegnata con il criterio dell'offerta considerata più vantaggiosa attraverso una valutazione comparativa delle istanze presentate, tenuto conto dei seguenti elementi:...

..(omissis)

c) piano industriale relativo agli interventi di tutela e valorizzazione sostenibile della risorsa nonché alla promozione dello sviluppo qualificato del territorio, alle ricadute economiche ed occupazionali ed alla compensazione dell'eventuale impatto che l'attività produce sul territorio".

Al riguardo, si deve annotare che, erroneamente, l'appellante afferma che il dato occupazionale dell'art. 36, comma 6 cit. sarebbe già stato inserito, nell'avviso pubblico, all'interno della valutazione del "Piano Industriale" di alla lett. c) per cui la clausola sociale sarebbe una duplicazione.

In realtà la lett. c) del cit. art. 36 con la congiunzione "nonché" separa e distingue da un lato gli elementi rilevanti del piano industriale sono diretti a valorizzare soprattutto gli "interventi di tutela e valorizzazione sostenibile della risorsa" dalle

altre finalità più generali tra cui le ricordate "alla promozione dello sviluppo qualificato del territorio, alle ricadute economiche ed occupazionali".

Si tratta dunque di due item differenti e non sovrapponibili.

Nella specie poi, la valutazione generale del sotto-criterio c. 1 della lett. c) cit. dell'avviso di gara (corrispondente alla lett. c) del comma 6 dell'art. 36 cit.) concerne certamente i livelli occupazionali -- ma non necessariamente quello impegnato dal precedente concessionario.

Infatti, contrariamente a quanto vorrebbe l'appellante, nel sotto-criterio c1) della lex specialis il riferimento al "piano occupazionale previsti per i cinque anni di produzione", prescinde dall'impiego delle precedenti maestranze impiegate nella concessione e concerne il differente profilo del rispetto temporale del "cronoprogramma dettagliato dei lavori con livelli di produzione attesi".

La valutazione dell'accordo di cui alla lett. d) dell'art. 9.1 dell'avviso pubblico trova dunque una sua precisa e precipua corrispondenza ultimo capoverso della medesima lett. c) del comma 6, dell'art. 36 L.R. n. 15 cit.

4.3.2. Per quanto poi concerne i punteggi bassissimi attribuiti per i primi due elementi di valutazione dell'offerta, si deve ricordare che, fatti salvi casi di macroscopiche illogicità, irragionevolezza, irrazionalità, arbitrarietà o travisamento dei fatti, i punteggi attribuiti dalla commissione di gara pubblica agli elementi dell'offerta tecnica, così come le valutazioni di congruità dell'offerta (valutazione che attiene al profilo economico della stessa) attengono al merito dell'azione amministrativa e, in quanto espressione di ampia discrezionalità tecnica, come tali, sfuggono al sindacato di legittimità (cfr. infra multis: Consiglio di Stato sez. III, 07/11/2018, n. 6281; Consiglio di Stato , sez. III , 07/11/2018 , n. 6281; Consiglio di Stato , sez. V , 02/03/2018 , n. 1294).

Ciò posto, nel caso in esame, l'entità dei punteggi pari a 4,25/15 punti attribuiti per le altre due voci dell'offerta, quali la "capacità tecnica, finanziaria e professionale" -lett. a) -e il "programma generale di coltivazione" -lett. b) non appare frutto di palesi illogicità ed manifesto errore sui presupposti.

Le ricordate pregresse vicende (mancati pagamenti canoni e salari, contenziosi, sequestri, crisi sociali, ecc.) determinate dai pregressi comportamenti dalla partecipante alla gara I.B. s.r.l. (società controllante dell'altra ricorrente in primo grado la S. C. s.p.a. poi confluita nell'avente causa appellante S. C. s.r.l.) sul piano logico e della ragionevolezza dei giudizi, non potevano non avere riflessi relativamente alla reale capacità tecnica, finanziaria e gestionale dell'offerente. Non vi sono elementi per ritenere che sussistano profili di grave sviamento, falsità ed errore sui presupposti relativamente alla classificazione dell'offerta in esame.

Il motivo è dunque complessivamente infondato e deve essere respinto.

5.§. In conclusione il ricorso è complessivamente infondato

Per l'effetto, sia pure con le integrazioni motivazionali di cui ai punti 1.§. e 3.§. la sentenza merita conferma. L'appello deve dunque essere respinto.

Le spese, in relazione alla peculiarità ed alla novità delle questioni esaminate, possono essere integralmente compensate tra le parti.

PQM

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando:

1. Respinge l'appello, come in epigrafe proposto.
2. Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2019 con
l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Umberto Realfonzo, Consigliere, Estensore

Raffaele Prospero, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 15 MAR. 2019