

SENTENZE 18.04.16

N. 01298/2016REG.PROV.COLL.
N. 00371/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 371 del 2016, proposto da:

C.N. Costruzioni Generali S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Massimo Felice Ingravalle e Mario Sanino, con domicilio eletto presso Mario Sanino in Roma, Viale Parioli, n. 180;

contro

Università degli Studi di Milano - Bicocca, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti di

Gaetano Paolin S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale capogruppo mandataria di RTI con Techne S.p.a., rappresentato e difeso dall'avvocato Salvatore Napolitano, con domicilio eletto in Roma, Corso Trieste, n. 16;

per la riforma:

della sentenza del T.A.R. per la Lombardia, Sede di Milano, Sezione I, n. 2559 del 4 dicembre 2015, resa tra le parti, concernente la gara per un accordo quadro con un unico operatore economico per l'aggiudicazione di appalti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi di Milano - Bicocca e di Gaetano Paolin

S.p.a., in proprio e quale capogruppo mandataria di RTI con Techne S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, del c.p.a.;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 10 marzo 2016, il Cons. Dante D'Alessio e uditi per le parti gli avvocati Sanino e Napolitano e l'avvocato dello Stato Palmieri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- La società C.N. Costruzioni Generali, di seguito anche solo C.N., ha impugnato davanti al T.A.R. per la Lombardia, il provvedimento con il quale l'Università degli Studi Milano – Bicocca, in data 21 ottobre 2014, ha disposto l'aggiudicazione definitiva, in favore del RTI Gaetano Paolin S.p.a. - Techne S.p.a., della gara, al massimo ribasso, per la sottoscrizione di un accordo quadro con unico operatore economico per l'aggiudicazione di appalti vari aventi ad oggetto prestazioni integrate, a canone ed extracanone, e ne ha chiesto l'annullamento, con gli atti presupposti. La società C.N. ha chiesto anche il subentro nell'appalto, con la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e, in subordine, il risarcimento del danno per equivalente monetario.

1.1.- Il T.A.R. per la Lombardia, Sede di Milano, Sezione I, con sentenza n. 2559 del 4 dicembre 2015, ha dichiarato il ricorso irricevibile per tardività, accogliendo l'eccezione sollevata dalle parti resistenti.

Il T.A.R. ha, infatti, ritenuto che il ricorso, notificato in data 22 dicembre 2014, doveva ritenersi tardivo poiché la comunicazione di avvenuta aggiudicazione della gara, ai sensi dell'art. 79 del codice degli appalti, era stata fatta il 23 ottobre 2014.

2.- La società C.N. Costruzioni Generali ha appellato l'indicata sentenza ritenendola erronea.

Dopo aver ricordato di essersi classificata al secondo posto nella gara in questione, con un ribasso del 33,02, a fronte del ribasso del 34,07 offerto dal RTI risultato aggiudicatario, la società appellante ha sostenuto che la comunicazione effettuata il 23 ottobre 2014 non poteva ritenersi idonea a far decorrere i termini per l'impugnazione perché era priva di tutti gli elementi richiesti dall'art. 79 del codice degli appalti che erano poi stati acquisiti, dopo richiesta di accesso agli atti, solo in data 21 novembre 2014.

La società appellante ha poi riproposto i motivi del ricorso di primo grado, che non erano stati esaminati dal T.A.R., ed ha insistito nel sostenere l'illegittimità dell'aggiudicazione effettuata in favore del RTI Gaetano Paolin S.p.a. - Techne S.p.a., per l'erronea valutazione compiuta sull'anomalia, sotto diversi profili, dell'offerta presentata.

2.1.- All'appello si oppongono l'Università degli Studi Milano – Bicocca e il RTI Gaetano Paolin S.p.a. - Techne S.p.a. che ne hanno chiesto il rigetto perché infondato.

3.- Al riguardo, si deve ricordare che l'art. 120, comma 5, del c.p.a., al fine di dare certezza alle situazioni giuridiche ed accelerare la soluzione dei possibili contenziosi riguardanti la materia degli appalti pubblici, e quindi per dare rilievo al preminente interesse pubblico alla celerità delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, ha stabilito che le impugnative avverso gli atti delle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture devono essere proposte nel termine abbreviato di trenta giorni, decorrente dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 79 del d. lgs. n. 163 del 2006, recante il codice dei contratti pubblici.

3.1.- L'art. 79 del d.lgs. n. 163 del 2006, a sua volta, prevede che le stazioni appaltanti:

- comunichino ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta selezionabile, le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto o delle parti dell'accordo quadro (comma 2, lettera c);

- comunichino d'ufficio l'aggiudicazione definitiva, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per presentare dette impugnazioni, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se dette impugnazioni non siano state ancora respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva (comma 5, lettera a).

3.2.- Il successivo comma 5-bis prevede poi che le comunicazioni di cui al comma 5 sono fatte per iscritto, con lettera raccomandata con avviso di ricevimento o mediante notificazione o mediante posta elettronica certificata ovvero mediante fax, se l'utilizzo di quest'ultimo mezzo è espressamente autorizzato dal concorrente, al domicilio eletto o all'indirizzo di posta elettronica o al numero di fax indicato dal destinatario in sede di candidatura o di offerta. Lo stesso comma aggiunge che «la comunicazione è accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione contenente almeno gli elementi di cui al comma 2, lettera c), e fatta salva l'applicazione del comma 4».

3.3.- Il comma 5-quater dell'articolo 79 del codice dei contratti pubblici prevede, inoltre, che «fermi i divieti e differimenti dell'accesso previsti dall'articolo 13, l'accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione ai sensi del presente articolo è consentito entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia...».

3.4.- Facendo applicazione di tali disposizioni, si è affermato il principio secondo cui la comunicazione della decisione di aggiudicazione, prevista dall'articolo 79, commi 2 e 5 del d. lgs. n. 163 del 2006, rappresenta la condizione sufficiente per realizzare la piena conoscenza del provvedimento (di aggiudicazione) lesivo ed è quindi idonea a far decorrere il termine decadenziale per l'eventuale impugnazione. Tale comunicazione determina, infatti, a carico dell'impresa interessata un onere di immediata impugnazione dell'esito della gara, entro il termine di 30 giorni, fatta salva la possibilità di proporre motivi aggiunti in relazione ad eventuali vizi di legittimità divenuti conoscibili successivamente.

4.- Parte della giurisprudenza, come ha ricordato anche il T.A.R., ha, peraltro, rilevato che la sola comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione (e della relativa documentazione), ai sensi dell'art. 79 del codice dei contratti, può non essere sufficiente per l'individuazione di possibili profili di illegittimità della stessa aggiudicazione.

Si è, infatti, sostenuto che non è condivisibile far decorrere il termine per l'impugnativa dal momento della semplice conoscenza degli elementi essenziali dell'offerta risultata vincitrice nelle ipotesi in cui da tale comunicazione non siano in alcun modo evincibili gli ulteriori e diversi aspetti sui quali si sono in seguito innestate le censure di illegittimità, di cui l'interessato è potuto venire a conoscenza solo a seguito dell'accesso ai documenti di gara e, quindi, se con la comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione la parte non è stata anche messa in grado di conoscere gli atti e la documentazione di gara dai quali tali aspetti potevano essere desunti.

4.1.- Questa Sezione ha, pertanto, ritenuto, con ordinanza n. 790 dell'11 febbraio 2013, di rimettere la questione all'esame dell'Adunanza Plenaria.

L'Adunanza Plenaria, con decisione n. 14 del 20 maggio 2013, ha ritenuto peraltro di non doversi pronunciare sulla questione anche in vista della decisione che doveva essere presa dalla Corte di Giustizia CE su analoga questione sollevata dal T.A.R. per la Puglia, Sede di Bari, con ordinanza n. 427 del 2013.

4.2.- La Corte di Giustizia CE si è poi pronunciata sulla questione con la decisione della V Sezione, 8 maggio 2014, in causa C-161/13 nella quale, in particolare, ha affermato che «ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione di appalti pubblici possono essere garantiti soltanto se i termini imposti per proporre tali ricorsi comincino a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione di dette disposizioni» (punto 37) e che «una possibilità, come quella prevista dall'articolo 43 del decreto legislativo n. 104/2010, di sollevare "motivi aggiunti" nell'ambito di un ricorso iniziale proposto nei termini contro la decisione di aggiudicazione dell'appalto non costituisce sempre un'alternativa valida di tutela giurisdizionale effettiva. Infatti, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, gli offerenti sarebbero costretti a impugnare in abstracto la decisione di aggiudicazione dell'appalto, senza conoscere, in quel momento, i motivi che giustificano tale ricorso» (punto 40).

La Corte di Giustizia CE ha poi anche affermato che, «in applicazione del principio della certezza del diritto, in caso di irregolarità asseritamente commesse prima della decisione di aggiudicazione dell'appalto, un offerente è legittimato a proporre un ricorso di annullamento contro la decisione di aggiudicazione soltanto entro il termine specifico previsto a tal fine dal diritto nazionale, salvo espressa disposizione del diritto nazionale a garanzia di tale diritto di ricorso, conformemente al diritto dell'Unione».

4.3.- Avendo la Corte di Giustizia affermato, nella suddetta decisione, che ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione possono essere garantiti soltanto se i termini imposti per proporre tali ricorsi comincino a decorrere dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza, o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione di dette disposizioni, e che, per le irregolarità asseritamente commesse prima della decisione di aggiudicazione dell'appalto, un offerente è legittimato a proporre un ricorso di annullamento contro la decisione di aggiudicazione soltanto entro il termine specifico previsto a tal fine dal diritto nazionale, si è ritenuto di dover fornire una interpretazione delle disposizioni del diritto nazionale (che si sono prima richiamate), riguardanti il termine di impugnazione di una aggiudicazione di un appalto pubblico, coerente con tali principi.

5.- Anche in considerazione delle particolari esigenze di tutela connesse alla derivazione comunitaria delle disposizioni sostanziali e processuali richiamate, e nel bilanciamento fra i vari interessi coinvolti, si è pertanto sostenuto che debba essere condiviso il principio interpretativo, secondo cui il termine di trenta giorni per l'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione non decorre sempre dal momento della comunicazione, di cui ai commi 2 e 5 dell'articolo 79, ma può essere «incrementato di un numero di giorni pari a quello necessario affinché il soggetto (che si ritenga) leso dall'aggiudicazione possa avere piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di illegittimità (laddove questi non fossero oggettivamente evincibili dalla richiamata comunicazione e – comunque – entro il limite dei dieci giorni che il richiamato comma 5-quater fissa per esperire la particolare forma di accesso - semplificato ed accelerato - ivi disciplinata» (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 5830 del 25 novembre 2014, Sez. III n. 4432 del 28 agosto 2014, Sezione V, n. 864 del 10 febbraio 2015).

5.1.- Tale interpretazione, infatti, consente il sostanziale rispetto delle esigenze acceleratorie, di cui è portatore il citato art. 120 del c.p.a., e, nello stesso tempo, consente il rispetto del consolidato principio secondo il quale solo dalla piena conoscenza dell'atto censurato (o comunque dalla sua piena conoscibilità) inizia a decorrere il termine per la sua impugnazione.

6.- Ciò premesso, si deve osservare che, nella fattispecie, come emerge dagli atti di causa:

- il 20 ottobre 2014 la Commissione di gara, dopo la conclusione del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta presentata dal RTI Gaetano Paolin S.p.a.- Techne S.p.a., che era risultato primo nella graduatoria, per aver offerto il maggior ribasso (davanti all'appellante C.N. risultata seconda), ha comunicato, in seduta pubblica, l'esito della procedura di gara;

- il 21 ottobre 2014 il Consiglio di amministrazione dell'Università degli Studi di Milano - Bicocca, visti tutti gli atti di gara, ha approvato l'aggiudicazione definitiva della procedura in favore del RTI Gaetano

Paolin S.p.a. - Techne S.p.a.;

- con nota del 22 ottobre 2014, trasmessa via fax all'appellante società C.N. il successivo 23 ottobre 2014, l'Università ha comunicato, ai sensi dell'art. 79, comma 5 bis, del codice degli appalti, che nella seduta del 21 ottobre 2014 il Consiglio di amministrazione aveva aggiudicato l'appalto al RTI Gaetano Paolin S.p.a. - Techne S.p.a., per un importo complessivo pari ad € 13.351.956,36, precisando che il verbale di gara sarebbe stato trasmesso a mezzo raccomandata A/R e che il termine dilatorio per la stipula del contratto sarebbe spirato il 25 novembre 2014;

- il 24 ottobre 2014 la società C.N. ha fatto istanza di accesso agli atti chiedendo di poter visionare tutti i documenti e/o giustificazioni prodotti dall'impresa risultata aggiudicataria RTI Gaetano Paolin S.p.a.- Techne S.p.a., nonché tutti i provvedimenti precedenti e successivi all'aggiudicazione provvisoria e/o definitiva;

- il 6 novembre 2014 l'Università ha informato, a mezzo mail, la società C.N. che era stata resa disponibile per il ritiro la copia della documentazione richiesta (l'offerta economica dell'aggiudicatario e la relazione della Commissione di gara di valutazione delle offerte anomale), con eccezione di quella presentata a giustificazione dell'offerta dal RTI aggiudicatario che sarebbe stata resa disponibile, ove non vi fosse stata opposizione da parte dell'aggiudicatario, a partire dal giorno 13 novembre 2014;

- il 13 novembre 2014, l'Università ha comunicato di aver provveduto ad inviare il verbale di gara ed i relativi allegati tramite raccomandata e, tenuto conto dell'intervenuta opposizione all'accesso ai giustificativi da parte del RTI aggiudicatario, ha autorizzato l'estrazione di copia della sola documentazione di gara presentata dal RTI, con esclusione delle informazioni riservate e delle giustificazioni prodotte in fase di verifica dell'anomalia;

- il 18 novembre 2014 la società C.N. ha fatto nuova istanza di accesso chiedendo di poter ricevere anche copia del verbale del Consiglio di amministrazione dell'Università, in data 21 ottobre 2014, riguardante la procedura in oggetto;

- il 21 novembre 2014, l'Università ha trasmesso, a mezzo PEC, la citata nota del 13 novembre 2014 di riscontro alla richiesta di accesso agli atti, la documentazione per la quale si era autorizzata l'estrazione in copia (con la copia dell'offerta economica del RTI aggiudicatario e della relazione della Commissione di gara di valutazione delle offerte anomale), nonché l'estratto del verbale del Consiglio di amministrazione del 21 ottobre 2014 recante la delibera di aggiudicazione definitiva;

- il 22 dicembre 2014 veniva, infine, notificato dalla società C.N. il ricorso per l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

7.- Facendo applicazione dei principi che si sono prima ricordati e tenuto conto della sequenza degli atti della procedura, che pure si è ricordata, nonché del contenuto degli stessi, la decisione del T.A.R. risulta esente dalle censure sollevate e deve essere pertanto confermata.

7.1.- Infatti la piena consapevolezza, da parte dell'appellante C.N. (che era seconda nella graduatoria prima della fase della verifica dell'anomalia delle offerte), dell'intervenuta aggiudicazione definitiva della procedura in favore del RTI Gaetano Paolin S.p.a. (mandataria) e Techne S.p.a. (mandante), si deve ritenere realizzata con la comunicazione, fatta dall'Università, ai sensi dell'art. 79, comma 5-bis, del codice dei contratti pubblici, in data 22/23 ottobre 2014, considerato che tale comunicazione, come risulta dagli atti, conteneva tutti gli elementi richiesti dal comma 2, lett. c), dell'art. 79 del codice dei contratti pubblici per la completezza della comunicazione, essendo stati indicati gli estremi del provvedimento di aggiudicazione, il nome del soggetto aggiudicatario e le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata che, trattandosi di una procedura di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, ovviamente coincidevano con l'importo complessivo cui l'appalto era stato aggiudicato.

7.2.- Peraltro, non solo la società ricorrente ha ricevuto il 23 ottobre 2014 la comunicazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva nei suoi

elementi essenziali - circostanza che di per sé la onerava di proporre ricorso nel rispetto del termine di trenta giorni decorrente da quel momento - salvo integrare i motivi di impugnazione con successivo atto di motivi aggiunti, ma già dal 6 novembre 2014 (o al più dal 13 novembre 2014) erano stati messi a sua disposizione, a seguito della richiesta di accesso, anche i documenti relativi agli atti interni del procedimento, sulla base dei quali ha poi concretamente articolato i motivi di impugnazione proposti con il ricorso, di cui ha però chiesto la notificazione soltanto il 22 dicembre 2014 (lunedì), ben oltre il decorso del termine massimo concesso.

7.3.- Non può invece farsi decorrere il termine per l'impugnazione dalla successiva data del 21 novembre 2014, quando C.N. ha ricevuto copia degli atti richiesti, con l'offerta economica del RTI aggiudicatario e la relazione della Commissione di gara di valutazione delle offerte anomale, trattandosi di elementi che, pur essendo di possibile rilevanza per la proposizione di eventuali motivi di impugnazione, l'appellante C.N. avrebbe potuto (e dovuto) acquisire (e quindi conoscere) nel termine massimo dei 10 giorni concessi dalla legge per esercitare il diritto di accesso e, comunque, dalla data del 6 (o al più del 13) novembre 2014 quando l'Amministrazione ha reso disponibile la documentazione per l'accesso.

7.4.- Come ha correttamente osservato il T.A.R., il ricorso della società C.N. è stato invece notificato in data 22 dicembre 2014, cioè 60 giorni oltre il termine decorrente dalla comunicazione trasmessa, in data 23 ottobre 2014, ai sensi dell'art. 79 del codice dei contratti, «ben al di là, pertanto, della massima proroga ammessa dalla giurisprudenza sopra citata (complessivi 40 giorni dalla comunicazione di aggiudicazione, che sarebbero scaduti, dunque, il 2.12.2014) ».

Ed «anche a voler accogliere il rilievo della ricorrente secondo cui la comunicazione del 23.10.2014 non fosse idonea a sostanziare tutti gli elementi di cui all'art. 79, comma 2 del d.lgs. 163/2006, resterebbe, comunque, dirimente il fatto che dopo l'avvenuta conoscenza di tali elementi (21.11.2014), il ricorso non è stato proposto tempestivamente».

7.5.- Come ha quindi ritenuto il T.A.R., che ha richiamato sul punto il precedente dello stesso Tribunale n. 2356 del 24 ottobre 2013, confermato in appello con la già citata sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 28 agosto 2014, n. 4432, si deve considerare tardivo il ricorso notificato a mezzo posta da C.N. (solo) lunedì 22 dicembre 2014.

7.6.- Non si può poi dare decisivo rilievo alla data del 21 novembre 2014 anche perché altrimenti si farebbe dipendere la data della decorrenza del termine per l'impugnazione, che nella materia è dettato dalla legge anche con riferimento all'esercizio del diritto di accesso agli atti, non dall'attività dell'amministrazione ma dalla volontà del concorrente che ha richiesto l'accesso.

Ed anche a voler ammettere il principio che il termine decadenziale per la proposizione del ricorso possa ritenersi interrotto e/o sospeso se il ricorrente dimostra che l'Amministrazione ha impedito l'accesso, anche nella forma della visione, alla documentazione del procedimento necessaria per l'impugnazione, tale principio non sarebbe applicabile al caso di specie nel quale l'Università sin dal 6 novembre 2014 ha dichiarato la sua disponibilità a consentire l'accesso agli atti della procedura non coperti da ragioni di riservatezza.

7.7.- Né si può giungere a conclusione diversa a causa dell'omessa allegazione, nella comunicazione effettuata ai sensi dell'art. 79 del codice degli appalti, del verbale del Consiglio di amministrazione dell'Università resistente del 21 ottobre 2014, recante la delibera di aggiudicazione definitiva, posto che tale atto non aggiungeva elementi di conoscenza ulteriori rispetto a quelli che erano stati oggetto della comunicazione effettuata dall'Università e comunque ricavabili dagli altri atti della procedura.

7.8. Per le ragioni che si sono indicate, non può darsi nemmeno rilievo alla tesi, prospettata dall'appellante, secondo cui solo con gli atti conosciuti il 21 novembre 2014 la stessa avrebbe appreso di essersi collocata al secondo posto della graduatoria definitiva.

8.- In conclusione, per tutti gli esposti motivi l'appello deve essere respinto.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo, in una misura che tiene conto della diversa attività difensiva svolta dalle parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento di € 4.000,00 in favore di Gaetano Paolin S.p.a., in proprio e quale capogruppo mandataria di RTI con Techne S.p.a, e di € 2.000,00 in favore dell'Amministrazione resistente, per un totale di € 6.000,00, per le spese e competenze del grado di appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 marzo 2016 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Bernhard Lageder, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere, Estensore

Andrea Pannone, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere
L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/04/2016

REPUBBLICA ITALIANA
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 1257 del 2015, proposto da:

Steelco Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Paolo Brugnera, Gaetano Alfarano, Lucia Girolami, Eliana Bertagnolli, con domicilio eletto presso quest'ultima in Venezia- Mestre, Via Fapanni, 46 Int. 1;
contro

Azienda Ulss N. 3 Bassano del Grappa, rappresentata e difesa dall'avv. Mario Calgaro, con domicilio eletto presso Franco Zambelli in Venezia-Mestre, Via Cavallotti, 22;
nei confronti di

Nuova Farmec Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Sergio Coccia, Francesco Rossi, con domicilio eletto presso Augusto Gandini in Venezia, San Marco, 2922/A;

per l'annullamento

della comunicazione di disabilitazione a lotto di gara trasmessa dalla Azienda Sanitaria ULSS n. 3 il 16.7.2015 e del verbale della Commissione giudicatrice che ha disposto l'esclusione della ricorrente dal Lotto n. 5 della gara n. 3/15 (CIG 61664668B7);

del punteggio prezzo e della graduatoria pubblicata il 20.7.2015 e del verbale di aggiudicazione provvisoria; delle valutazioni della Commissione giudicatrice trasmesse a seguito di accesso agli atti; per quanto occorrer possa della scheda tecnica preliminare (allegato 6 al disciplinare di gara); della nota prot. 0037287/15 del 3.8.2015 ri rigetto dell'istanza di autotutela ex art. 243 bis d.lgs **163/2006**; della deliberazione del Direttore Generale n. 694 del 12.8.2015 di aggiudicazione definitiva del lotto 5 alla ditta Nuova Farmec srl; di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ulss N. 3 Bassano del Grappa (Vi) e di Nuova Farmec Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 gennaio 2016 il dott. Alessio Falferi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

L'Azienda ULSS n. 3 di Bassano del Grappa indiceva una gara, suddivisa in 5 lotti, per "l'aggiornamento tecnologico delle sale di endodiagnostica del Presidio Ospedaliero di Rete Bassano e Ospedale Nodo di Rete Asiago", da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 83 D. Lgs. n. **163/2006**. In particolare, il lotto 5 -CIG 61664668B7- riguardava l'acquisizione di "n. 5 Lavastrumenti di endoscopia digestiva - n. 3 sistemi di asciugatura e stoccaggio – fornitura materiali ed agenti chimici per reprocessing", per un importo di euro 190.000 per apparecchiature e software ed euro 130.000 per l'acquisto di tutti i materiali e reagenti chimici dedicati per la durata di 3 anni. Per tale lotto (così come per i lotti 1, 2 e 3) il disciplinare di gara prevedeva che la Commissione "al fine di poter valutare con maggiore accuratezza la qualità delle apparecchiature offerte in gara", si sarebbe avvalsa di una prova "*visione tecnico/clinica*", secondo modalità e tempistiche concordate.

Al lotto 5 partecipavano Steelco Spa e Nuova Farmec srl e, come risulta dal verbale della Commissione giudicatrice relativo alla 4° riunione del 2.7.2015, a seguito dell'esperimento della prova visione era disposta l'esclusione dalla gara di Steelco Spa. Dal detto verbale merge, infatti, che "*Dalla prova visione della lavaendoscopi offerte dalla ditta SEELCO svolta alla presenza degli specialisti di prodotto incaricati,*

è stato riscontrato che il sistema di lavaggio "STEELCO EW1/1" con gli accessori offerti per la gastroenterologia (cestello cod. C566), non "garantisce il trattamento su ogni punto esterno dello strumento in modo che non ci siano aree di contatto dello strumento su se stesso o con la vasca della macchina" (richiesta del capitolato di gara, punto "A" pag. 12). Questa situazione è stata evidenziata durante le prove, in quanto l'uso del cestello offerto non evita la sovrapposizione della parte distale dell'endoscopio su se stesso. In accordo con il personale presente della ditta Steelco, si è proceduto a svolgere un ulteriore semplice test ponendo un piccolo pezzo di garza nel punto di contatto dello strumento su se stesso e riscontrando a fine ciclo di lavaggio che il lembo di garza era rimasto esattamente nello stesso punto dove era stato posizionato. Ad ulteriore controllo sulla correttezza dell'alloggiamento dell'endoscopio, si è consultato il manuale utente per verificare se erano presenti particolari accorgimenti, che non fossero stati osservati durante la prova. La verifica sul manuale utente ha confermato che le operazioni di carico sono state eseguite correttamente (rif.: art. 3.5 "Preparazione del carico"). La Commissione, come detto, disponeva, quindi, l'esclusione della concorrente dalla gara "perché la succitata garanzia (trattamento su ogni punto esterno dello strumento.....) è espressamente prevista e richiesta nel Capitolato speciale di gara".

A seguito delle ulteriori operazioni di gara, il lotto n. 5 era successivamente aggiudicato alla ditta Nuova Farmec srl.

Steelco Spa impugnava la comunicazione di esclusione dalla gara, il provvedimento di aggiudicazione definitiva a Nuova Farmec srl e gli ulteriori atti e documenti in epigrafe meglio indicati, formulando anche istanza di sospensione cautelare. In particolare, in relazione al provvedimento di esclusione, parte ricorrente deduceva tre ordini di motivi: con il primo si lamentava l'avvenuta esclusione in assenza di una espressa previsione espulsiva della *lex specialis*, atteso che il Capitolato richiedeva "un sistema di lavaggio che garantisca il trattamento su ogni punto esterno dello strumento in modo che non ci siano aree di contatto dello strumento su se stesso o con la vasca della macchina", senza, però, prevedere l'esclusione in caso di presenza di punti di contatto su se stesso o con la vasca dello strumento offerto; inoltre, considerato che la mancata fornitura di apparecchiature avrebbe comportato l'attribuzione di un punteggio qualitativo inferiore o pari a zero, a maggior ragione quanto rilevato dalla Commissione giudicatrice non avrebbe potuto comportare l'esclusione, ma tutt'al più un punteggio di zero punti; vi sarebbe stata, pertanto, la violazione dell'art 46, comma 1 bis, del D. Lgs. n. 146/2006, relativamente alla tassatività della cause di esclusione; sotto altro profilo, si evidenziava che la perfetta rispondenza del sistema di lavaggio offerto alle caratteristiche tecniche richieste dal Capitolato era attestata dagli esiti dei test microbiologici effettuati nel corso della prova visione, come, del resto, ulteriormente provato dalla marchiatura CE con destinazione d'uso specifica "lavaendoscopi per uso medicale"; si denunciava anche un'evidente disparità di trattamento, atteso che anche il prodotto offerto da Nuova Farmec srl risultava poggiare direttamente sulla vasca di disinfezione, presentando punti di contatto dello strumento su se stesso e con la vasca della macchina, per cui anche tale prodotto doveva essere escluso; con il secondo motivo, la ricorrente rilevava che la c.d. "prova della garza" era stata effettuata solo per l'apparecchiatura Steelco, in violazione del principio di par condicio tra i concorrenti e comunque con modalità non concordate; peraltro, i verbali non davano atto degli esiti della prova visione effettuata sul prodotto dell'aggiudicataria; con il terzo motivo, si lamentava che la documentazione trasmessa a seguito di istanza di accesso e riferibile alle prove visione eseguite dalla Commissione, non risultava sottoscritta né recava indicazione in ordine alla provenienza. In relazione al provvedimento di aggiudicazione, la ricorrente denunciava il vizio di illegittimità derivata e, con distinto motivo, evidenziava che l'aggiudicataria, in violazione delle previsioni della *lex specialis* di gara, aveva allegato all'offerta un listino prezzi contenente oltre 370 parti di ricambio con indicazione del relativo costo, espressamente escluse dal contratto full risk, violando l'obbligo che imponeva di assicurare la manutenzione e l'assistenza tecnica in modalità full risk.

Resisteva in giudizio l'Azienda Unità Locale Socio Sanitaria n. 3 di Bassano del Grappa, la quale, previa contestazione degli argomenti avversari, chiedeva il rigetto del ricorso per infondatezza.

Anche Nuova Farmec srl si costituiva in giudizio, concludendo per l'infondatezza del ricorso.

Con ordinanza n. 428, assunta alla Camera di Consiglio del 7 ottobre 2015, è stata respinta l'istanza di sospensione cautelare degli atti impugnati.

In vista dell'udienza di merito, le parti hanno depositato memorie difensive con le quali hanno ulteriormente precisato le rispettive posizioni.

Alla Pubblica Udienza del 27 gennaio 2016, il ricorso è passato in decisione.

Il ricorso è infondato e va, pertanto, respinto.

Il primo motivo di ricorso, formulato nei confronti dell'esclusione, non può trovare accoglimento. Giova ricordare che il Capitolato speciale d'appalto, in relazione al lotto n. 5, punto "A-Lavaendoscopio", tra l'altro, stabiliva espressamente: "*Lavatrice per endoscopi flessibili monovasca in grado di realizzare un reprocessing ad alta disinfezione, garantire un'alta produttività strumenti/ora con cicli a tempi brevi di lavaggio completo (secondo ISO 15833 -1 -4: lavaggio, risciacquo, detersione, risciacquo, disinfezione, risciacquo, asciugatura): 20/25 minuti max. Permettere di settare e lavorare con cicli diversi, dotata di camera di disinfezione/sterilizzazione ampia per consentire facilità nell'inserimento strumenti, e un sistema di lavaggio che garantisca il trattamento su ogni punto esterno dello strumento in modo che non ci siano aree di contatto dello strumento su se stesso o con la vasca della macchina*".

Ebbene, ritiene il Collegio che tali prescrizioni tecniche configurino, nella loro oggettiva e chiara formulazione, requisiti minimi essenziali che le apparecchiature offerte dovevano possedere (e la cui legittimità è rimasta incontestata nel presente giudizio), con la conseguenza che la accertata mancanza di detti requisiti non poteva che determinare, ex se, l'esclusione dalla procedura di gara, anche in mancanza di espressa comminatoria. Invero, i predetti requisiti tecnici, posti a presidio della sicurezza dei pazienti, individuano uno specifico prodotto, con caratteristiche ben determinate, la cui mancanza si risolve nella proposta di un prodotto diverso da quello richiesto dalla Stazione Appaltante.

A tal proposito, è stato, peraltro, autorevolmente osservato che "le difformità essenziali nell'offerta tecnica, che rivelano l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto a quello posto a base di gara, legittimano l'esclusione dell'impresa dalla gara e non già la mera penalizzazione dell'offerta nella valutazione del punteggio da assegnare, determinando la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo necessario per la stipula del contratto (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 5604 del 26 novembre 2013; v. anche, da ultimo, Cons. St., III, 1 luglio 2015, n. 3275)"(in tal senso, *Consiglio di Stato, sez. III, 21 ottobre 2015, n. 4804*). E' stato, altresì, ulteriormente precisato che tale conclusione "non solo non può ritenersi in contrasto...con l'art. 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici (in quanto l'esclusione è determinata non dal mancato rispetto di adempimenti solo documentali o formali o privi, comunque, di una base normativa espressa, ma dall'accertata mancanza dei necessari contenuti dell'offerta richiesti per la partecipazione alla gara), ma l'esclusione stessa consegue proprio alla diretta applicazione dell'art. 46, comma 1-bis, medesimo, che prevede quali cause di esclusione il mancato adempimento di prescrizioni previste dal codice, dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché i casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione.

Tale norma deve essere intesa nel senso "che l'esclusione dalla gara è disposta sia nel caso in cui il Codice, la legge statale o il regolamento attuativo la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui impongano "adempimenti doverosi" o introducano, comunque, "norme di divieto" pur senza prevedere espressamente l'esclusione ma sempre nella logica del numerus clausus " (Consiglio di Stato, Ad. plen., sentenza 25 febbraio 2014, n. 9; v. anche Cons. St., VI, 30 aprile 2015, n. 2203)" (in tal senso *Consiglio di Stato n. 4804/2015 cit.*).

Ebbene, come già ricordato in fatto, dal verbale della 4° riunione del 2.7.2015, emerge che la Commissione di gara ha accertato, nell'ambito della c.d. "prova visione" prevista dal disciplinare di gara proprio al fine di "poter valutare con maggiore accuratezza la qualità delle apparecchiature offerte in gara", che il sistema di lavaggio "non garantisce il trattamento su ogni punto esterno dello strumento in modo che non ci siano aree di contatto dello strumento su se stesso o con la vasca della macchina".

L'accertamento della carenza del requisito tecnico richiesto dal Capitolato è stato, peraltro, confermato in via empirica da un ulteriore test effettuato dalla Commissione di gara, in accordo con il personale della ditta ricorrente, test consistito nella applicazione di una piccola garza nel punto di contatto dello strumento su se stesso: è del tutto evidente che detto test sia stato effettuato solo ed esclusivamente in riferimento all'apparecchiatura offerta dalla ricorrente (e non per quella proposta dall'aggiudicataria), atteso che solo con riferimento ad essa era stato rilevato, in sede di prova visione, la mancanza del requisito richiesto; dunque, l'ulteriore verifica è stata effettuata, a garanzia della stessa ricorrente, proprio per ulteriormente verificare (e confermare) la già rilevata carenza. Alcuna disparità di trattamento, dunque, è rinvenibile nella condotta della Commissione, la quale, diversamente da quanto sostenuto in ricorso, ha verificato con precisione e attraverso diverse prove, la non conformità del prodotto offerto rispetto alle prescrizioni tecniche del capitolato speciale d'appalto.

In definitiva, dunque, si è in presenza di una causa di esclusione dovuta a carenze o difformità

essenziali dell'offerta presentata dalla ricorrente rispetto alle esigenze espresse dall'Amministrazione nel Capitolato speciale d'appalto, che non potevano che condurre alla esclusione dalla procedura di gara. Nemmeno condivisibile è l'ulteriore (e diversa) doglianza di parte ricorrente, relativamente alla asserita analoga carenza che caratterizzerebbe la proposta dell'aggiudicataria. Invero, nel già citato verbale di gara si specifica che l'apparecchiatura offerta da Nuova Farmec srl utilizza "una tecnica a doppio lavaggio che prevede l'immersione della parte distale dell'endoscopio ed un sistema brevettato costituito da due ugelli a spruzzo d'acqua multi-direzionale, la cui pressione determina una azione meccanica di lavaggio, inoltre è presente il lavaggio indipendente di tutti i canali": anche in tale caso, dunque, non è riscontrabile alcuna disparità di trattamento, atteso che il prodotto offerto dall'aggiudicataria è stato ritenuto conforme alle specifiche richieste dalla legge di gara.

Non può trovare accoglimento nemmeno la censura relativa alla presenza sul prodotto offerto della marchio CE con destinazione d'uso "lavaendoscopi per uso medicale", atteso che il detto marchio non costituisce presunzione assoluta della conformità del prodotto alle specifiche tecniche richieste dalla Stazione Appaltante, conformità che, al contrario, è stata espressamente esclusa a seguito di accurata e ripetuta verifica da parte della Commissione giudicatrice.

Per quanto riguarda, infine, la asserita mancata valutazione dei test microbiologici, si osserva che gli esiti delle prove a cui è stata sottoposta l'apparecchiatura offerta dalla ricorrente hanno dimostrato la mancanza di un requisito tecnico essenziale, prescritto dal Capitolato d'appalto, circostanza sufficiente per determinare l'esclusione dell'offerta dalla gara.

Il primo ordine di motivi, dunque, è infondato.

Anche il secondo motivo di ricorso non può trovare accoglimento.

A tale proposito, non può che richiamarsi quanto già osservato in relazione alla effettuazione della c.d. "prova della garza": tale prova è stata compiuta solo in relazione alla apparecchiatura proposta dalla ditta ricorrente perché solo con riferimento ad essa era stata riscontrata –in sede di prova visione - una carenza rispetto alle prescrizioni tecniche di cui al Capitolato. Il ricordato verbale del 2.7.2015, peraltro, da atto che la c.d. "prova della garza" è stata effettuata "In accordo con il personale presente della ditta Steelco", per cui risulta infondata l'affermazione della ricorrente secondo la quale la detta prova sarebbe stata effettuata con modalità approssimative e non concordate prima dell'espletamento.

Quanto alla effettuazione della prova visione in relazione al prodotto proposto dalla Ditta Nuova Farmec srl, il citato verbale specifica che la prova è stata eseguita dal 22 al 26 giugno, per cui risultano smentite le censure della ricorrente relativamente a questo specifico aspetto.

Infine, anche il terzo motivo di ricorso relativo all'esclusione dalla procedura di gara non può essere condiviso.

Il motivo, che in parte replica doglianze già formulate nei motivi precedenti, appare generico ed espresso in via dubitativa in relazione ad un documento ottenuto in sede di accesso.

La censura, comunque, non coglie nel segno, atteso che il documento di cui si tratta pare essere meramente riepilogativo delle caratteristiche tecniche delle offerte presentate e (almeno in parte) dell'attività posta in essere dalla Commissione, e non è idoneo, di per sé, ad incidere sulla legittimità degli atti impugnati.

In relazione al provvedimento di aggiudicazione, oltre al vizio di illegittimità derivata la cui infondatezza consegue a tutto quanto esposto in precedenza, la ricorrente ha lamentato la violazione della legge di gara da parte dell'aggiudicataria relativamente ad un listino prezzi, allegato all'offerta, contenente oltre 370 parti di ricambio con indicazione del relativo costo, espressamente dichiarate escluse dal contratto full risk, con conseguente violazione dell'obbligo che imponeva di assicurare la manutenzione e l'assistenza tecnica in modalità full risk.

La censura è inammissibile per carenza di interesse, attesa l'infondatezza dei motivi relativi all'esclusione della ricorrente dalla procedura di gara.

In ogni caso, la censura appare anche infondata nel merito, atteso che l'offerta Nuova Farmec srl (doc. sub n. 8 parte controinteressata) contempla il servizio assistenza tecnica "full Risk" per 36 mesi (Lavaendoscopi Soluscope 4), come richiesto dalla legge di gara.

Anche tale motivo di ricorso deve essere, pertanto, respinto.

In conclusione, per tutte le ragioni sopra esposte, il ricorso è infondato e va, pertanto, respinto, unitamente alla domanda risarcitoria in esso formulata.

Le spese del giudizio, liquidate come da dispositivo tenuto conto di quanto già disposto con l'ordinanza cautelare, sono poste a carico della ricorrente in base alla regola della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.
Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di causa che liquida in euro 500,00 (cinquecento/00), oltre IVA, CPA ed accessori come per legge, in favore di ciascuna delle parti costituite in giudizio.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2016 con l'intervento dei magistrati:
Maurizio Nicolosi, Presidente
Alessio Falferi, Primo Referendario, Estensore
Enrico Mattei, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 08/04/2016

IL SEGRETARIO
(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9230 del 2015, proposto da:
Svas Biosana S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Luciano Maria Delfino, Luigi Tretola, con domicilio eletto presso E Associati Studio Lombardo in Roma, Via Taro, 56;

contro

Azienda Sanitaria Provinciale Reggio Calabria, rappresentata e difesa dall'avv. Rosario Infantino, con domicilio eletto presso Cons. Di Stato Segreteria in Roma, p.za Capo di Ferro 13;

nei confronti di

Fater Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Salvatore Alberto Romano, Laura Rainaldi, con domicilio eletto presso Salvatore Alberto Romano in Roma, viale Xxi Aprile, 11;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CALABRIA - SEZ. STACCATA DI REGGIO CALABRIA n. 00841/2015, resa tra le parti, concernente affidamento fornitura di ausili per incontinenti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Provinciale Reggio Calabria e di Fater Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 marzo 2016 il Cons. Carlo Deodato e uditi per le parti gli avvocati Luigi Tretola, Mario Sanino su delega di Rosario Infantino e Laura Rainaldi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza impugnata il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria, respingeva il ricorso proposto dalla Svas Biosana S.p.A. (d'ora innanzi Svas) avverso la sua esclusione dalla gara per la fornitura di ausili per incontinenti, indetta dall'Azienda Sanitaria

Provinciale di Reggio Calabria (d'ora innanzi ASP) e l'aggiudicazione dell'appalto alla Fater S.p.A.

Avverso la predetta decisione proponeva appello la Svas, contestando la correttezza della statuizione gravata e domandandone la riforma, con conseguente accoglimento del ricorso proposto in primo grado.

Resistevano la ASP e la Fater, rilevando l'infondatezza dell'appello e domandandone la reiezione, con conseguente conferma della decisione impugnata.

Il ricorso veniva trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 10 marzo 2016.

DIRITTO

1.- E' controversa la legittimità dell'esclusione della Svas dalla gara per la fornitura di ausili per incontinenti in favore dell'ASP, disposta dalla stazione appaltante in esito all'attribuzione all'offerta tecnica della ricorrente, in occasione del terzo esame della stessa (dopo che le prime due valutazioni, unitamente ai conseguenti provvedimenti di esclusione, erano state, rispettivamente, annullate dalla sentenze n.4968 del 2014 del Consiglio di Stato e n. 282 del 2015 del T.A.R. di Reggio Calabria), di un punteggio (di 25,4462 punti) inferiore a quello prescritto dal disciplinare di gara (di 26 punti) per l'accesso alla successiva fase di valutazione dell'offerta economica.

Il Tribunale calabrese, dopo aver esaminato i giudizi della Commissione in ordine agli otto sub-criteri relativi al punto G del capitolato (colpiti dalle citate decisioni di annullamento delle precedenti esclusioni della ricorrente), ne ha riscontrato la coerenza con la portata conformativa dei relativi giudicati, rilevando, in ogni caso, l'estraneità delle censure indirizzate contro di essi al perimetro del giudizio di legittimità riservato al giudice amministrativo, ed ha giudicato in parte improcedibile e in parte infondato il ricorso per motivi aggiunti proposto avverso l'aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata Fater.

L'appellante Svas critica il convincimento espresso dal T.A.R., sulla base delle censure appresso esaminate, e conclude per la riforma della sentenza impugnata e per il conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati in primo grado.

2.- L'appello è infondato, alla stregua delle considerazioni di seguito esposte, e va respinto.

3.- Con il primo motivo di appello si critica il giudizio di inammissibilità delle censure rivolte alle valutazioni tecniche contestate, pronunciato dai primi giudici in esito al rilievo che le pertinenti questioni esulano dai confini del sindacato di legittimità, sulla base dell'argomentazione che, al contrario di quanto ritenuto in prima istanza, le doglianze articolate nel ricorso originario si fondano su ammissibili rilievi di erroneità od illogicità dei giudizi censurati.

La censura è infondata e va disattesa.

Dalla semplice lettura delle decisioni di annullamento delle precedenti esclusioni e del verbale della riunione nella quale è stato rinnovato il giudizio di inadeguatezza dell'offerta tecnica di Svas si ricava, infatti, il convincimento che gli apprezzamenti che hanno fondato la valutazione negativa censurata con il ricorso risultano, per un verso, coerenti con gli obblighi conformativi prodotti dal giudicato delle suddette statuizioni e, per un altro, congruenti con le risultanze documentali e con i contenuti oggettivi del progetto scrutinato.

I giudizi contestati, invero, si rivelano del tutto coerenti, attendibili, plausibili e, soprattutto, privi di profili di manifesta irragionevolezza o di palese erroneità.

Orbene, a fronte dei caratteri appena segnalati, le valutazioni espresse dalla commissione di gara devono intendersi estranee all'ambito oggettivo del sindacato di legittimità delle relative determinazioni, che, com'è noto, non può estendersi fino a scrutinare il merito dei pertinenti giudizi tecnici, se non nelle limitate ipotesi, nella specie non riscontrabili, in cui gli stessi risultino assunti sulla base di una fallace rappresentazione della realtà fattuale o in esito ad una deliberazione del tutto illogica o arbitraria della qualità dell'offerta tecnica (cfr., ex multis, Cons. St., sez. V, 18 gennaio 2016, n.120).

Merita, in definitiva, conferma la statuizione gravata, nella parte in cui ha giudicato l'esame delle doglianze indirizzate alle valutazioni di inadeguatezza dell'offerta tecnica precluso dal rispetto dei limiti del sindacato di legittimità degli atti connotati da evidenti e costitutivi profili di discrezionalità tecnica.

4.- Con il secondo motivo l'appellante insiste, invece, nel denunciare l'inadeguatezza e la carenza delle motivazioni dei giudizi tecnici censurati.

Anche tale censura dev'essere respinta.

E' sufficiente, al riguardo, la mera lettura delle argomentazioni (per come verbalizzate) del controverso giudizio di inadeguatezza, per apprezzare *ictu oculi* la completezza dell'apparato motivazionale che supporta e giustifica l'esclusione dell'offerta della ricorrente.

Ma, quand'anche si intendessero esaminare i contenuti delle motivazioni censurate, si perverrebbe alle medesime conclusioni reiettive.

Basti, al riguardo, rilevare, in estrema sintesi, che: a) quanto al sub-criterio G1 la commissione ha correttamente rilevato che la gestione della sicurezza dei dati è assicurata dalla Svas in modo adeguato, ma con alcune carenze progettuali che impediscono l'assegnazione del punteggio massimo; b) anche quanto al sub-criterio G2 la commissione ha correttamente rilevato che l'applicativo che serve al controllo della fornitura nelle varie fasi garantisce una funzionalità sufficiente ma con alcune difficoltà operative (puntualmente indicate a verbale) che non consentono l'attribuzione del punteggio più alto; c) quanto al sub-criterio G3 la commissione si è preoccupata di conformarsi ai rilievi formulati con la citata sentenza del T.A.R. n. 282 del 2015, argomentando dettagliatamente (con un ordito motivazionale del tutto logico e plausibile) circa le ragioni per le quali ha confermato il precedente giudizio di inadeguatezza e riassumibili nel rilievo di diverse e rilevanti carenze funzionali del sistema di gestione anagrafica offerto da Svas; d) quanto al sub-criterio G4 la commissione ha esaminato analiticamente il progetto e le osservazioni della Svas in merito al funzionamento del progetto di ricerca dei parametri prescritzionali, ma ne ha rilevato significativi difetti (puntualmente e compiutamente verbalizzati) di operatività e di fruibilità; e) quanto al sub-criterio G5 la commissione ha motivato compiutamente il giudizio di inadeguatezza con puntuale riferimento all'incoerenza del progetto di scambievolezza dei dati con le esigenze informative sottese al relativo parametro; f) quanto al sub-criterio G6 la commissione ha puntualmente rilevato l'inadeguatezza del progetto di Svas, siccome tecnicamente incapace di assicurare la visione on line della documentazione fiscale; g) quanto al sub-criterio G7 la commissione ha riesaminato il progetto in conformità al giudicato di annullamento della precedente valutazione negativa, ma ha confermato quest'ultima sulla base dell'argomentato riscontro della genericità del sistema di fatturazione proposto, che non permette, come tale, un'esatta comprensione della sua funzionalità operativa; h) quanto al sub-criterio G8 la commissione ha confermato il giudizio di inadeguatezza in esito al motivato rilievo del difetto, nel sistema tecnico proposto da Svas, della dimostrazione dell'idoneità tecnica del sistema a consentire all'Amministrazione l'analisi dei dati con la tempistica e le modalità operative indispensabili.

Resta così confermato il giudizio relativo all'insussistenza dei vizi di carenza o contraddittorietà della motivazione dell'esclusione controversa, in quanto supportata da articolate ed analitiche argomentazioni che si rivelano, a loro volta, conformi ai precedenti giudicati e coerenti con le risultanze oggettive del progetto esaminato.

5.- Né, peraltro, può giudicarsi illegittima l'omessa attivazione dei poteri di soccorso istruttorio in

relazione a tutti i sub-criteri sopra esaminati (dedotta con il terzo motivo di appello), nella misura in cui la pertinente potestà dev'essere intesa come consentita solo a fronte di carenze documentali (che non implicano, di per sé, l'esclusione dalla gara) o di esigenze di chiarimenti in ordine ad attestazioni equivoche (come, tra l'altro, chiarito dall'Adunanza Plenaria con le sentenze n. 9 e 16 del 2014), ma rigorosamente preclusa se preordinata ad ammettere precisazioni o integrazioni dei contenuti dell'offerta tecnica, che integrerebbero, come tali, inammissibili mutamenti postumi della stessa (in violazione del principio di immodificabilità dell'offerta, affermato, tra le tante, da Cons. St., sez. III, 26 maggio 2014, n. 2690).

In altri termini, il potere di soccorso istruttorio può (e, a certe condizioni, deve) essere attivato solo a fronte della necessità di acquisire integrazioni documentali o chiarimenti di dichiarazioni ambigue, anche se, ovviamente, solo nelle ipotesi in cui non risulti violata una prescrizione la cui inosservanza vincola l'amministrazione all'esclusione del concorrente inadempiente (ovviamente per le procedure, quale quella in esame, soggette al regime normativo previgente all'introduzione dell'art.38, comma 2-bis, d.lgs., n.163 del 2006), ma non può mai essere esercitato per acquisire puntualizzazioni o specificazioni tecniche (e non regolarizzazioni documentali) circa i contenuti e la funzionalità del progetto tecnico, soprattutto quando, come nel caso di specie, lo stesso risulta, di per sé, completo, nelle soluzioni proposte, anche se carente nella sua capacità funzionale e operativa.

Tale ultima ipotesi, a ben vedere, esula dall'ambito oggettivo di operatività dell'istituto del soccorso istruttorio, da intendersi, infatti, circoscritto alle sole integrazioni propriamente documentali, come si ricava dall'univoco dato testuale ricavabile dalla lettura dell'art.46, comma 1, d.lgs., n.163 del 2006, e la cui latitudine applicativa non può essere estesa fino a comprendere anche i contenuti propriamente tecnici dell'offerta.

6.- Restano da esaminare i motivi di appello indirizzati a contestare il capo di decisione dichiarativo dell'improcedibilità e dell'infondatezza dei motivi aggiunti proposti in primo grado contro l'aggiudicazione dell'appalto alla Fater.

6.1- La prima censura, con cui si critica la declaratoria della carenza di interesse in ordine al motivo attinente all'omissione dei controlli sul possesso dei requisiti di cui all'art.38 d.lgs. n.163 del 2006 in capo all'aggiudicataria, dev'essere disattesa, in quanto la statuizione gravata risulta correttamente fondata sia sul rilievo del corretto riscontro dell'insussistenza, in capo alla Svas (siccome definitivamente esclusa dalla procedura), di qualsivoglia titolo a dolersi della (presunta) illegittimità di una fase della procedura successiva alla sua estromissione dalla procedura, in relazione a vizi che, quand'anche accertati, non implicherebbero la rinnovazione dell'intera gara, sia, in ogni caso, sulla condivisibile valutazione che l'espressa subordinazione dell'efficacia dell'aggiudicazione all'esito positivo dei controlli pretermessi impedisce che gli effetti dell'assegnazione dell'appalto possano consolidarsi, a fronte dell'eventuale accertamento della carenza di uno o più requisiti di ordine generale.

6.2- Anche l'ulteriore motivo, con cui si critica la statuizione di rigetto della censura finalizzata ad ottenere l'accertamento dell'illegittimità dell'ammissione alla gara dell'offerta economica della Fater, in quanto asseritamente violativa del divieto della presentazione di offerte in aumento, dev'essere respinto in quanto il parametro rispetto al quale doveva essere verificato il rispetto della predetta prescrizione deve intendersi quello del prezzo forfettario mensile per utente (25 euro), da valersi quale unico paradigma di costo certo, rispetto al quale l'offerta contestata (di 24,99 euro) era inferiore, e non quello del limite di prezzo annuo (nella misura in cui risulta computato sulla base del numero presunto, indicativo e variabile del numero degli assistiti).

7.- L'ultimo motivo di appello, con cui viene riproposta una censura non esaminata dal T.A.R., dev'essere, infine, dichiarato improcedibile, investendo una fase della procedura (il controllo sulla congruità dell'offerta di Fater), rispetto alla cui contestazione la ricorrente, in quanto legittimamente esclusa dalla gara, non risulta (più) titolare di alcun interesse qualificato.

8.- Alle considerazioni che precedono conseguono la reiezione dell'appello e la conferma della decisione impugnata.

9.- Il carattere tecnico delle questioni principalmente controverse giustifica la compensazione tra tutte le parti delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e compensa tra tutte le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 marzo 2016 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/04/2016

N. 01331/2016REG.PROV.COLL.
N. 03741/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso iscritto al numero di registro generale 3741 del 2015, proposto da:
ICOSTRADE S.R.L., in proprio e quale capogruppo della costituenda A.T.I. con Gesuino Monni s.r.l.,
Nuova Cantieri s.r.l. e Frida Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica,
rappresentati e difesi dall'avv. Maria Stefania Masini, con domicilio eletto presso Maria Stefania Masini
in Roma, Via Antonio Gramsci, n. 24;

contro

ABBANO S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv.
Giuseppe Macciotta, con domicilio eletto presso Paola Fiecchi in Roma, Via Paola Falconieri, n. 100;
SERLU COSTRUZIONI S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa
dagli avv. Luigi Manzi, Marcello Vignolo e Massimo Massa, con domicilio eletto presso Luigi Manzi in
Roma, Via Federico Confalonieri, n. 5;
Commissione giudicatrice gara d'appalto inerente la progettazione e l'esecuzione dei lavori schemi 21-
26-28;

per la revocazione

della sentenza del CONSIGLIO DI STATO, Sez. V, n. 01369/2015, resa tra le parti, concernente
affidamento della progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori inerenti schemi n. 21-26-28
flumineddu - ogliastro- bacu turbina, 2° lotto, 1° stralcio;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Abbano S.p.A e Serlu Costruzioni s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 novembre 2015 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli
avvocati Maria Stefania Masini, Flavio Iacovone, su delega dell'avv. Giuseppe Macciotta, Massimo Massa
e Luigi Manzi;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. All'esito della procedura aperta indetta con bando in data 6 agosto 2012 da Abbano S.p.a., gestore del Servizio Idrico Integrato in Sardegna, per l'affidamento della progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di completamento del ramo est dell'acquedotto dell'Ogliastra, denominato "Schemi nn. 21-26-28 "Flumineddu – Ogliastra - Bacu Turbina" 2° lotto 1° stralcio – condotte_IDOCGEI 427 - 1B" (base d'asta di € 3.167.701,88, tempo di esecuzione dei lavori 560 giorni), da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (sulla base di parametri indicati direttamente nella lex specialis), la commissione di gara, giusta verbale n. 27 del 7 febbraio 2014, escludeva l'offerta presentata dall'ATI fra Icostrade s.r.l., Monni Gesuino s.r.l., Nuova Cantieri s.r.l. e Frida Costruzioni s.r.l. (d'ora in avanti anche solo ATI Icostrade) ed aggiudicava provvisoriamente l'appalto alla Ser.Lu. Costruzioni S.r.l. (d'ora in avanti anche solo "Ser.Lu"), avendo ritenuto non compiutamente giustificate le anomalie riscontrate nell'offerta della predetta ATI Icostrade, pur risultata quella migliore (giusta verbale n. 13 del 14 dicembre 2012).
2. Il Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, sez. I, con la sentenza n. 735 del 22

settembre 2014, respinto il ricorso incidentale spiegato dalla Ser.Lu. per la mancata esclusione dalla gara dell'ATI Icostrade, ha accolto il ricorso principale della Icostrade s.r.l., in proprio e quale mandataria della relativa ATI, ed ha annullato il predetto verbale n. 27 del 7 febbraio 2014, ritenendo, in particolare, fondato il terzo motivo di censura (con assorbimento degli altri motivi), a causa della mancata valutazione globale dell'affidabilità dell'offerta sottoposta a verifica di anomalia (essendosi l'amministrazione appaltante limitata a prendere in considerazione singole voci, asseritamente incongrue o non giustificate, ed avendo fondato esclusivamente sulle stesse il giudizio finale di anomalia).

3. Il Consiglio di Stato, sez. V, con la sentenza n. 1369 del 17 marzo 2015, definitivamente pronunciando, nella resistenza di Icostrade s.r.l., sull'appello principale proposto da Ser.Lu. e su quell'incidentale improprio spiegato da Abbanoa S.p.A., ha accolto l'appello principale e, in riforma della sentenza impugnata, ha respinto il ricorso di primo grado dell'ATI Icostrade, in quanto, a suo avviso, per un verso, la stazione appaltante aveva effettivamente eseguito, ai fini della congruità dell'offerta dell'ATI Icostrade, una valutazione globale dell'offerta stessa, e, per altro verso, le voci inerenti ai costi, ai tempi e alla soluzione progettuale dell'attraversamento ferroviario integravano gli elementi costitutivi e centrali dell'offerta.

4. Icostrade s.r.l., in proprio e nella qualità in atti, con ricorso notificato a mezzo del servizio postale il 22 aprile 2015, ha chiesto la revocazione della ricordata sentenza del Consiglio di Stato ai sensi degli artt. 106 e 107 c.p.a. e 395 c.p.c.

4.1. A sostegno del gravame sono stati formulati i seguenti motivi:

A) in via rescindente: 1) "Omessa considerazione e pronuncia su motivi ed eccezioni ritualmente proposti nel giudizio di appello (art. 395, comma 1 n. 4 c.p.c.)", in quanto, come emergerebbe dalla semplice lettura della sentenza revocanda, non sarebbero stati esaminati né i motivi del ricorso di primo grado, dichiarati assorbiti dalla sentenza del Tribunale, ma espressamente riproposti in appello, né le eccezioni di inammissibilità, sotto vari profili, degli appelli, principale ed incidentale; 2) "Errata e/o omessa percezione del contenuto degli atti del giudizio circa l'avvenuta dimostrazione da parte di Icostrade degli elementi che hanno determinato l'offerta presentata in gara, ovvero dei tempi di esecuzione dei lavori e dei costi stimati (art. 395, comma 1 n. 4 c.p.c.)", in quanto i giudici d'appello avrebbero erroneamente percepito il contenuto materiale degli atti del giudizio con particolare riferimento a due elementi fondamentali dell'offerta dell'A.T.I. Icostrade, quali "i tempi di esecuzione" ed "i costi stimati", giacché non solo la richiesta di chiarimenti avanzata dall'amministrazione non aveva mai riguardato in generale i tempi di esecuzione dei lavori o i costi stimati degli stessi, come indicati nell'offerta, essendo stata piuttosto limitata alla congruità dei tempi di alcune specifiche lavorazioni e dei costi di alcune voci (solo 11), per quanto le giustificazioni prodotte avevano fornito ampia dimostrazione sia della congruità dei tempi di lavorazione previsti nell'offerta tempo (con allegazione di apposito crono programma) che dei costi, senza che alcuna contestazione fosse stata sollevata al riguardo dall'amministrazione, con conseguente macroscopica erroneità del presupposto fattuale posto a fondamento della sentenza impugnata, secondo cui sarebbe mancato uno "...uno specifico riscontro in merito ai due elementi fondamentali che hanno determinato la fattibilità dell'offerta presentata in gara...";

B) in via rescissoria: 1) "Violazione e falsa applicazione degli artt. 86 e ss, d. lgs n. **163/2006** e 121 dPR n. 207/2010. Eccesso di potere per errore sul fatto e sui presupposti, per difetto di istruttoria e per sviamento. Error juris. Difetto, carenza e perplessità della motivazione, Violazione dell'art. 3, legge n. 241/1990. Violazione dei principi di buon andamento, ragionevolezza, proporzionalità e imparzialità, Violazione del principio del giusto procedimento e del contraddittorio" (corrispondente al primo motivo del ricorso di primo grado, dichiarato assorbito, ma riproposto in appello), in quanto il procedimento di verifica della congruità dell'offerta sarebbe stato inammissibilmente avviato malgrado la mancanza di un qualsiasi indizio di incongruità della stessa, tant'è che la richiesta di chiarimenti sarebbe stata generica e non riferita, come necessario, ad eventuali specifici elementi dell'offerta; inoltre il procedimento di verifica sarebbe stato condotto al solo scopo di escludere dalla gara l'A.T.I. Icostrade, malgrado la indiscutibile prova fornita della complessiva congruità dell'offerta; 2) "Violazione del principio di segretezza delle sedute della commissione, del principio del giusto procedimento e della tipicità degli atti amministrativi. Violazione e falsa applicazione degli artt. 86 e ss d. lgs. n. **163/2006** e 121 dPR n. 207/2010. Incompetenza. Eccesso di potere per sviamento" (corrispondente al secondo motivo del ricorso di primo grado, dichiarato assorbito, ma riproposto in appello), in quanto il procedimento di verifica di anomalia sarebbe stato avviato in virtù di un'inammissibile autonoma

iniziativa del Presidente della commissione aggiudicatrice (che, avendo già individuato nell'ATI Icostrade l'aggiudicatario provvisorio dell'appalto in questione, aveva così esaurito ogni potere al riguardo), convocando il RUP e facendolo impropriamente partecipare, con potere decisorio, alla riunione riservata della commissione, appositamente convocata proprio per decidere di sottoporre alla verifica di congruità l'offerta dell'ATI Icostrade (verbale n. 11 del 24 dicembre 2012), così sottraendo la decisione all'unico soggetto a tanto competente, il RUP; ciò senza contare che la convocazione delle imprese in seduta pubblica era avvenuta a mezzo di fax inviato alle ore 9,03, ben prima che la commissione si riunisse (ore 10:00), come emergerebbe dai documenti versati in atti; 3) "Errore di fatto e sui presupposti. Perplexità. Difetto di istruttoria e di motivazione. Contraddittorietà. Violazione e falsa applicazione degli artt. 86 e ss. d. lgs. n. 183/2006 e 121 dPR n. 207/2010, Eccesso di potere per sviamento, irragionevolezza, illogicità e arbitrarietà" (corrispondente al secondo motivo del ricorso di primo grado, dichiarato assorbito, ma riproposto in appello), in quanto la richiesta di chiarimenti avanzata dalla commissione circa la fattibilità dell'attraversamento ferroviario sarebbe stata perplessa ed imprecisa, non essendo chiaro se i dubbi si riferissero alla sua remunerabilità o alla fattibilità tecnica; peraltro in tale ultima ipotesi la richiesta sarebbe stata macroscopicamente contraddittoria, pretestuosa ed inficiata da inescusabile difetto di istruttoria, giacché la modalità di intervento non solo sarebbe stata concordata con l'ente gestore (come più volte segnalato), per quanto sarebbe stata anche identica a quella indicata sempre dall'ente gestore per un analogo attraversamento a pochi chilometri di distanza da quello oggetto dell'appalto in discussione; ciò senza contare che in ogni caso sarebbero stati ampiamente provati sia la fattibilità tecnica dell'intervento, sia la congruità dei relativi costi, irrilevante essendo la presunta mancata giustificazione della lavorazione alternativa con la tecnica dello spingi tubo, trattandosi di un'eventualità del tutto ipotetica, per la quale sarebbero stati dichiarati ulteriori costi per €. 12.000,00.

4.2. Sono state inoltre riproposte le eccezioni di: 1) inammissibilità dell'appello incidentale di Abbanoa S.p.A. per asserito difetto di regolare procura; 2) inammissibilità degli appelli, principale ed incidentale, per genericità, in quanto non era stato minimamente provato che le voci contestate dell'offerta dell'ATI Icostrade s.r.l. avrebbero potuto determinare un sostanziale annullamento dell'utile di impresa, e per difetto di interesse, stante l'evidente superiorità, mai adeguatamente smentita, dell'offerta dell'ATI Icostrade s.r.l. rispetto a quella della Ser.Lu.

4.3. Infine, secondo la ricorrente in revocazione, una volta emendata la sentenza revocanda dai vizi che la inficerebbero, gli appelli, principale di Ser.lu. ed incidentale di Abbanoa, non potrebbero che essere respinti, corrette ed adeguatamente motivate essendo state le conclusioni raggiunte dai primi giudici in ordine al vizio che aveva determinato la pretesa inaffidabilità dell'offerta dell'ATI Icostrade e la sua conseguente esclusione dalla gara.

5. Si sono costituite in giudizio Ser.Lu. e Abbanoa S.p.A., che hanno dedotto l'inammissibilità della revocazione, chiedendone il rigetto.

6. Nell'imminenza dell'udienza di discussione le parti hanno illustrato con apposite memorie le proprie tesi difensive, replicando a quelle avverse.

7. All'udienza pubblica del 17 novembre 2016, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

8. Occorre premettere che, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale (del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione) l'errore di fatto, idoneo a fondare la domanda di revocazione ai sensi degli artt. 106 c.p.a. e 395, n. 4, c.p.c., deve essere caratterizzato: a) dal derivare da una pura e semplice errata o mancata percezione del contenuto meramente materiale degli atti del giudizio, la quale abbia indotto l'organo giudicante a decidere sulla base di un falso presupposto di fatto, facendo cioè ritenere un fatto documentalmente escluso ovvero inesistente un fatto documentalmente provato; b) dall'attenere ad un punto non controverso e sul quale la decisione non abbia espressamente motivato; c) dall'essere stato un elemento decisivo della decisione da revocare, necessitando perciò un rapporto di causalità tra l'erronea presupposizione e la pronuncia stessa (Cons. St., Ad. Plen., 17 maggio 2010, n. 2; nonché tra le più recenti sez. III, 4 agosto 2015, n. 3844; 27 luglio 2015, n. 3686; 13 maggio 2015, n. 2392; 23 giugno 2014, n. 3183; 7 aprile 2014, n. 1635; sez. IV, 26 agosto 2015, n. 3993; 11 giugno 2015, n. 2854; 14 maggio 2015, n. 2431).

L'errore deve inoltre apparire con immediatezza ed essere di semplice rilevabilità, senza necessità di

argomentazioni induttive o indagini ermeneutiche (Cons. St., sez. IV, 13 dicembre 2013, n. 6006; sez. VI, 25 maggio 2012, n. 2781; 5 marzo 2012, n. 1235).

8.1. L'errore di fatto revocatorio si sostanzia quindi in una svista o in un abbaglio dei sensi che ha provocato l'errata percezione del contenuto degli atti del giudizio (ritualmente acquisiti agli atti di causa), determinando un contrasto tra due diverse proiezioni dello stesso oggetto, l'una emergente dalla sentenza e l'altra risultante dagli atti e documenti di causa: esso pertanto non può (e non deve) confondersi con quello che coinvolge l'attività valutativa del giudice, costituendo il peculiare mezzo previsto dal legislatore per eliminare l'ostacolo materiale che si frappone tra la realtà del processo e la percezione che di essa ha avuto il giudicante, proprio a causa della svista o dell'abbaglio dei sensi (giuris. citata, nonché Cons. St., sez. III, 1° ottobre 2012, n. 5162; sez. VI, 2 febbraio 2012, n. 587; 1° dicembre 2010, n. 8385).

Pertanto, mentre l'errore di fatto revocatorio è configurabile nell'attività preliminare del giudice di lettura e percezione degli atti acquisiti al processo, quanto alla loro esistenza ed al significato letterale (senza coinvolgere la successiva attività d'interpretazione e di valutazione del contenuto delle domande e delle eccezioni ai fini della formazione del convincimento, così che rientrano nella nozione dell'errore di fatto di cui all'art. 395, n. 4, c.p.c., i casi in cui il giudice, per svista sulla percezione delle risultanze materiali del processo, sia incorso in omissione di pronuncia o abbia esteso la decisione a domande o ad eccezioni non rinvenibili negli atti del processo, Cons. St., sez. III, 24 maggio 2012, n. 3053), esso non ricorre nell'ipotesi di erroneo, inesatto o incompleto apprezzamento delle risultanze processuali o di anomalia del procedimento logico di interpretazione del materiale probatorio ovvero quando la questione controversa sia stata risolta sulla base di specifici canoni ermeneutici o sulla base di un esame critico della documentazione acquisita, tutte ipotesi queste che danno luogo ad un ipotetico errore di giudizio, non censurabile mediante la revocazione (che altrimenti si trasformerebbe in un ulteriore grado di giudizio, non previsto dall'ordinamento, Cons. St., sez. III, 8 ottobre 2012, n. 5212; sez. IV, 28 ottobre 2013, n. 5187; sez. V, 11 giugno 2013, n. 3210; 18 ottobre 2012, n. 5353; 26 marzo 2012, n. 1725; sez. VI, C.d.S., sez. VI, 2 febbraio 2012, n. 587; 15 maggio 2012, n. 2781; 16 settembre 2011, n. 5162; Cass. Civ., sez. I, 23 gennaio 2012, n. 836; sez. II, 31 marzo 2011, n. 7488).

8.2. Anche l'omessa pronuncia su motivi o eccezioni è stata ritenuta denunciabile nell'ambito del vizio revocatorio di errore di fatto, ogni qualvolta essa sia dipesa dalla mancata percezione di atti e documenti di causa nei quali la domanda o l'eccezione erano state formulate (Ad. plen. 22 gennaio 1997, n. 3; Sez. III, 24 maggio 2012, n. 3053; Sez. IV, 13 ottobre 2014, n. 5043, 28 ottobre 2013 n. 5187, 13 giugno 2013, n. 3287, 15 aprile 2013, n. 2026; sez. V, 22 gennaio 2015, n. 264; Sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4774, 20 luglio 2011, n. 4305), con la precisazione che l'omessa pronuncia inficiata da svista percettiva degli atti di causa non si traduce in errore revocatorio allorché la domanda o eccezione risulti implicitamente respinta in base ad una lettura non formalistica della motivazione della decisione di cui si chiede la revoca.

9. In applicazione di tali principi deve essere accolto il primo motivo del ricorso per revocazione, con il quale Icostrade ha lamentato l'omessa pronuncia da parte dei giudici di appello sia sulle eccezioni preliminari di inammissibilità dell'appello principale di Ser.Lu. e di quello incidentale di Abbanoa, sia sui motivi di censura formulati col ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, non esaminati per assorbimento, ma espressamente riproposti nel giudizio di appello.

9.1. Invero, come emerge dalla lettura degli atti di causa (in particolare dal fascicolo relativo alla sentenza revocanda), Icostrade s.r.l., nel costituirsi giudizio di appello instaurato da Ser.Lu. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, sez. I, n. 735 del 22 settembre 2014, con la memoria depositata il 12 novembre 2014, oltre a dedurre l'inammissibilità e l'infondatezza dell'appello principale, aveva riproposto espressamente i motivi dichiarati assorbiti dalla sentenza impugnata (in particolare: "I. Violazione e falsa applicazione degli artt. 86 e ss. del D. Lgs. n. 163/2006 e dell'art. 121 del DPR n. 207/2010. Eccesso di potere per errore sul fatto e sui presupposti, per difetto d'istruttoria e per sviamento. Error iuris. Difetto, carenza e perplessità della motivazione. Violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990. Violazione dei principi di buon andamento, ragionevolezza, proporzionalità ed imparzialità. Violazione del principio del giusto procedimento e contraddittorietà"; "II. Violazione del principio di segretezza delle sedute della Commissione, del principio del giusto procedimento e della tipicità degli atti amministrativi. Violazione e falsa applicazione degli artt. 86 e ss. del D. Lgs. **163/2006** e dell'art. 121 del D.P.R. n. 207/2010. Incompetenza della commissione. Eccesso di potere per sviamento"; "IV. Errore di fatto e sui presupposti. Perplessità. Difetto di istruttoria e di motivazione. Contraddittorietà. Difetto di violazione e falsa applicazione degli artt. 86 e ss. del D. Lgs.

n. **163/2006** e dell'art. 121 del D.P.R. n. 207/2010. Eccesso di potere per sviamento, per irragionevolezza, per illogicità e per arbitrarità").

Nella memoria difensiva depositata il 28 novembre 2014 Icostrade s.r.l. illustrava poi le proprie tesi difensive, esplicitando puntualmente le già dedotte eccezioni di inammissibilità dell'appello incidentale di Abbanoa S.p.A. per asserito difetto di regolare procura, nonché di inammissibilità di entrambi gli appelli, principale ed incidentale, per genericità e per difetto di interesse.

9.2. Dalla lettura dell'esposizione del fatto della sentenza revocanda emerge che i giudici d'appello hanno individuato la posizione processuale dell'appellata come imperniata nel solo "rigetto dell'appello", non rinvenendosi alcun accenno né alle eccezioni preliminari d'inammissibilità, sotto i profili sopra ricordati, sia dell'appello principale della Ser.Lu. sia di quello incidentale di Abbanoa, né alla riproposizione dei motivi di censura spiegati nel ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, non esaminati per assorbimento, ma espressamente riproposti.

Inoltre le considerazioni in diritto formulate nella sentenza revocanda e le conclusioni cui sono pervenuti i giudici di appello risultano incentrate sulla questione di legittimità della valutazione di congruità dell'offerta dell'ATI Icostrade, così come delineata nel giudizio di primo grado in ragione dei soli motivi effettivamente esaminati, senza che possa in alcun modo dedursi l'esame, ancorché eventualmente implicito, delle eccezioni preliminari di inammissibilità dei gravami; né emerge alcun accenno agli altri motivi di censura sollevati in primo grado dall'ATI Icostrade, non esaminati per assorbimento, ma espressamente riproposti in appello.

9.3. Deve pertanto ammettersi che la sentenza della cui revocazione si discute ha effettivamente omesso di esaminare sia le eccezioni di inammissibilità degli appelli, principale e incidentale, sia i motivi di censura spiegati in primo grado, non esaminati per assorbimento, ma espressamente riproposte.

Solo la valutazione di infondatezza di quelle eccezioni preliminare avrebbe consentito ai giudici di appello di procedere all'esame dell'appello principale; inoltre l'esito della valutazione favorevole, com'è avvenuto, dei motivi di gravame avrebbe imposto la necessaria delibazione dei motivi di ricorso formulati col ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, in tal caso solo dalla loro delibazione dipendendo la legittimità o meno del provvedimento originariamente impugnato.

9.4. L'accoglimento dell'esaminato motivo di revocazione è sufficiente a determinare l'annullamento della sentenza revocanda ed impone alla Sezione di procedere in via rescissoria alla decisione del giudizio sugli appelli, principale ed incidentale, spiegati rispettivamente da Ser.Lu. e Abbanoa S.p.A. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo della Sardegna, sez. I, n. 735 del 22 settembre 2014, oltre che sulle eccezioni di inammissibilità dei predetti gravami e sui motivi di censura di primo grado, non esaminati, ma espressamente riproposti da Icostrade.

Si può pertanto prescindere dall'esame del secondo motivo di revocazione, con cui Icostrade ha lamentato che la decisione revocanda sarebbe stata affetta dall'errata e/o omessa percezione degli atti di causa anche quanto alla legittimità del giudizio di non congruità dell'offerta presentata in sede di gara, tale questione essendo interamente rimessa alla valutazione della Sezione nella fase rescissoria.

10. E' preliminare alla delibazione del merito dell'appello principale di Ser.Lu. e di quello incidentale di Abbanoa l'esame delle eccezioni di inammissibilità degli stessi sollevate dalla difesa di Icostrade. Esse sono infondate.

10.1. Circa la genericità degli appelli a causa della asserita mancanza non solo di specifiche e motivate contestazioni delle conclusioni cui sarebbero pervenuti i primi giudici (sulla base delle puntuali e provate argomentazioni svolte col terzo motivo - accolto - del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado), ma anche per carenza di qualsiasi prova circa il valore assolutamente decisivo ai fini della anomalia dell'offerta dell'ATI Icostrade delle voci (solo 11) ritenute non congrue, deve osservarsi che i primi giudici hanno fondato il proprio convincimento sulla mancata valutazione globale di affidabilità dell'ATI Icostrade, giacché, a loro avviso, l'amministrazione appaltante si sarebbe limitata a prendere in considerazione alcune voci ritenute incongrue o non giustificate, dando vita pertanto ad una valutazione settoriale, tanto più che, sempre secondo i primi giudici, le voci ritenute non congrue avrebbero rappresentato una percentuale estremamente bassa (13,81%) del valore complessivo dell'appalto e non avrebbero scalfito il rilevante utile di impresa dichiarato (€ 360.000,00).

A fronte di tale motivazione, le ragioni dei gravami, articolati in realtà non tanto e non solo, come pretenderebbe l'appellata, sulla mera contestazione del valore percentuale delle voci contestate rispetto al valore complessivo dell'appalto, quanto piuttosto sulla generale, ma non per questa generica, contestazione della asserita settorialità e parzialità della valutazione di anomalia dell'offerta (e conseguentemente sull'errore di giudizio in cui sarebbero conseguentemente incorsi i primi giudici,

anche in considerazione del notorio indirizzo giurisprudenziale in ordine alla sostanziale insindacabilità delle valutazioni di anomalia, quali espressione di discrezionalità tecnica), non possono affatto essere considerate generiche, in quanto lungi dal consistere nella mera riproposizione delle argomentazioni difensive di primo grado o dall'atteggiarsi a mero dissenso dal convincimento del giudice, esprimono una precisa e circostanziata critica al percorso motivazionale della sentenza, mettendone in evidenza l'erroneità in fatto (in relazione al corretto apprezzamento degli elementi su cui era stato fondato il contestato giudizio di non idoneità dell'amministrazione) ed in diritto (in relazione al consolidato indirizzo giurisprudenziale in tema di sindacabilità delle valutazioni discrezionali, anche di natura tecnica).

10.2. Ugualmente non favorevolmente apprezzabile è l'eccezione d'inammissibilità dei gravami, principale ed incidentale, per pretesa carenza di interesse, determinata, secondo la tesi dell'appellata, non solo dalla congruità ed affidabilità della sua offerta, accertata dai primi giudici, ma in generale dalla sua complessiva superiorità sotto il profilo economico.

E' sufficiente rilevare che proprio l'assunto su cui è imperniata l'eccezione, cioè l'affidabilità e la congruità dell'offerta dell'ATI Icostrade, non costituisce affatto un dato pacifico della controversia, ma ne è anzi l'oggetto: non può pertanto negarsi l'interesse degli appellanti a contestare la correttezza della sentenza impugnata, la cui riforma avrebbe proprio l'effetto di far rivivere il provvedimento impugnato in primo grado, determinando per Abbanoa il giudizio definitivo di legittimità dei propri atti e per Ser.Lu. la definitiva posizione di aggiudicataria.

10.3. Anche l'eccezione di inammissibilità dell'appello incidentale di Abbanoa per difetto di procura è infondato.

Ha dedotto al riguardo Icostrade che, come emergerebbe dalla semplice lettura della prima pagina dell'appello incidentale, vi sarebbe una insanabile divergenza tra il nominativo del legale rappresentante indicato nel corpo dell'atto (ing. Carlo Marconi) e quello indicato nel corpo della procura (dott. Alessandro Ramazzotti), contraddizione non risolta dalla sottoscrizione della procura assolutamente incomprensibile.

Senonché deve osservarsi che, secondo quanto disposto dall'art. 182 c.p.c., il giudice che accerti un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione ovvero un vizio di nullità della procura al difensore deve assegnare alla parti un termine perentorio per la sanatoria o la regolarizzazione dei vizi, non potendo al contrario dichiarare direttamente inammissibile la domanda giudiziale proposta: ciò esclude di per sé la fondatezza dell'eccezione in esame, giacché in ogni caso sarebbe eventualmente necessario assegnare alla predetta parte un termine per la regolarizzazione o per la sanatoria della procura.

Tuttavia una tale attività risulta, ad avviso della Sezione, inutile e defatigante nel caso di specie, giacché, dall'esame degli atti di causa, emerge che la procura rilasciata (allo stesso difensore del presente grado di giudizio) dal legale rappresentante di Abbanoa (ing. Carlo Marconi) nell'atto di costituzione nel giudizio di primo grado concerneva espressamente la rappresentanza e difesa della società "...nel relativo procedimento, in ogni sua fase, stato e grado fino a completa definizione..." e comprendeva altrettanto espressamente, tra l'altro, anche la possibilità di "proporre impugnazione": l'ampiezza di quella procura, non limitata al (primo) grado di giudizio è pertanto in ogni caso idonea a rendere ammissibile l'appello incidentale di cui si discute.

11. Passando all'esame del merito della controversia la Sezione osserva che i motivi dell'appello principale e le censure sollevate in primo grado da Icostrade, non esaminate per assorbimento, ma espressamente riproposte, concernono tutte la legittimità della valutazione di anomalia effettuata dall'amministrazione appaltante dell'offerta presentata da Icostrade.

11.1. Ragioni di ordine logico – giuridico, oltre che sistematico, impongono innanzitutto di scrutinare congiuntamente i primi due motivi di censura sollevati da Icostrade nel ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, motivi non esaminati per assorbimento, ma espressamente riproposti in appello, il cui eventuale accoglimento determinerebbe ex se la caducazione dell'intero procedimento di verifica dell'anomalia.

Icostrade ha infatti lamentato, per un verso, che detto procedimento di verifica sarebbe stato inammissibilmente avviato benché non vi fosse alcun elemento che ponesse per l'incongruità della propria offerta, cosa che troverebbe conferma nella genericità delle richieste di chiarimenti (primo motivo) e, per altro verso, che in ogni caso a tanto avrebbe irrualmente ed altrettanto inammissibilmente provveduto il Presidente della commissione di gara e non già il responsabile unico del procedimento, tanto più che la comunicazione di tale decisione sarebbe avvenuta ancor prima della

stessa riunione della commissione (secondo motivo).

Le censure sono prive di fondamento.

11.1.1. Come emerge dalla lettura degli atti di causa, in particolare dal verbale della commissione di gara n. 14 del 24 dicembre 2012, la decisione della commissione di gara di sottoporre alla verifica di anomalia l'offerta presentata dall'ATI è stata motivata, innanzitutto per l'elevato ribasso presentato (33,077%) e per la drastica compressione dei tempi di lavorazione (320 giorni); inoltre la commissione ha sottolineato che <...è altresì necessario che la stessa ATI chiarisca la fattibilità della soluzione progettuale proposta per la realizzazione della condotta in progetto, di un attraversamento in corrispondenza della Ferrovia Secondaria (ex FCS ora in capo alla ARST), vedi le voci di computo "E.01 - 099" (pag. 38), "74/74", che prevede la tecnica della "rimozione e rimontaggio binari e traversine nel tratto di attraversamento della Ferrovia, compresa la rimozione dello stato di ghiaia e il reintegro ed ogni altro onere per dare l'opera finita a regola d'arte" e la realizzazione e dello "scavo a sezione obbligata ristretta in terreno di qualsiasi natura e consistenza compresa la roccia dura da mina" per un'altezza media di circa ml. 3,50. Lavorazioni la cui realizzabilità non appare certa, ancorché l'offerente abbia dichiarato nella Relazione Generale, punto 9.1.2 (pag. 32) che "detta tecnica sia stata autorizzata in altre occasioni" e vieppiù non appaiono chiare le modalità della ricostruzione del corpo dell'armamento ferroviario, a seguito della manomissione per il passaggio della condotta in progetto, oltre al fatto che non vi è alcuna certezza sulla somma prevista dall'offerente e inserita nel computo estimativo a corredo dell'offerta economica, pari a €. 8826,93>.

11.1.2. Tale determinazione, diversamente da quanto sostenuto da Icostrade, lungi dall'essere generica ed equivoca, risulta al contrario essere sufficiente specifica e circostanziata e supportata da ampia ed adeguata motivazione, del tutto idonea a far risaltare le ragioni che hanno giustificato la scelta di procedere alla verifica di congruità malgrado non si fossero verificati i presupposti stabiliti dalla lex di gara per procedere obbligatoriamente alla predetta verifica (del resto nessuna contestazione è stata fatta da Icostrade circa la legittimità di tale scelta facoltativa).

Risultano effettivamente e chiaramente indicati gli elementi che avevano indotto la commissione a dubitare della congruità dell'offerta presentata (il notevolissimo ribasso percentuale ed i tempi di realizzazione dei lavori, oltre alla stessa fattibilità della soluzione progettuale proposta per la realizzazione della condotta di progetto mediante l'attraversamento in corrispondenza della Ferrovia Secondaria, anche sotto il profilo delle somme a tal fine previste) e, d'altra parte, dalla ricordata motivazione non emergono macroscopici profili di illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza o irrazionalità di quella scelta.

Le deduzioni di Icostrade al riguardo si esauriscono in una mera inammissibile opinione dissenziente rispetto alla determinazione dell'amministrazione e la stessa natura deve riconoscersi alle affermazioni circa la assoluta congruità della propria offerta, deduzioni e affermazioni che non sono idonee a far dubitare della legittimità dell'operato della commissione di gara.

11.1.3. Deve poi aggiungersi che il punto 7 del disciplinare di gara, peraltro puntualmente richiamato dal citato verbale n. 14 del 24 dicembre 2012 della commissione di gara, attribuiva espressamente a quest'ultima il compito di procedere alla verifica di anomalia delle offerte, così che nessun vizio di competenza in tal senso può configurarsi nell'operato del presidente della commissione di gara che ha convocato quella stessa commissione per esaminare se fosse necessario ovvero opportuno procedere alla predetta fase di verifica dell'anomalia delle offerte (nessun potere potendo dirsi consumato al riguardo per il solo fatto che l'offerta di Icostrade fosse risultata la migliore con conseguente declaratoria di aggiudicazione provvisoria).

11.1.4. Non inficia poi la legittimità dell'operato della commissione di gara il fatto che alla ricordata riunione del 24 dicembre 2012 fosse presente il responsabile unico del procedimento, trattandosi di una figura operativa che non solo, ex art. 10 del D. Lgs. n. 163 del 2006, ha la gestione integrale della procedura di gara, con il compito specifico di fornire alla stazione appaltante ogni elemento informativo idoneo alla corretta e consapevole formazione della volontà, per quanto in generale può anche procedere alla stessa verifica in luogo della commissione (Cons. Stato, sez. IV, 23 giugno 2015, n. 3137; 6 maggio 2015, n. 2274), secondo quanto previsto dall'art. 121 del D.P.R. n. 207 del 2010.

11.1.5. Infine con la nota prot. n. 109833 del 24 dicembre 2012 il Presidente della Commissione si è limitato a comunicare che il successivo 31 dicembre 2012 sarebbero state rese note in seduta pubblica le determinazioni della commissione in ordine all'aggiudicazione provvisoria: in tale nota non vi è alcuna anticipazione delle conclusioni raggiunte dalla commissione stessa nella riunione del 24 dicembre 2012 (cioè dell'intenzione di procedere alla verifica di anomalia dell'offerta di Icostrade), il che,

indipendentemente da ogni altra considerazione rende irrilevante, la circostanza suggestivamente rappresentata da Icostrade secondo cui quella convocazione delle imprese (per il 31 dicembre 2012) sarebbe stata inoltrata a mezzo di fax inviato alle ore 9,03, prima cioè della stessa riunione della commissione prevista per le ore 10:00.

11.2. Devono essere ora esaminati i motivi dell'appello principale proposto da Ser.lu., nonché il quarto motivo del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado proposto dall'ATI Icostrade ed il quinto motivo rescissorio del ricorso per revocazione, che tutti attengono sotto diversi profili alla legittimità della valutazione di anomalia dell'offerta dell'ATI Icostrada, con l'avvertimento che tale esame contiene anche le questioni prospettate dalla ricorrente con il secondo motivo di revocazione.

11.2.1. Deve premettersi al riguardo che per consolidato indirizzo giurisprudenziale le valutazioni della commissione di gara in ordine alla valutazione alla congruità delle offerte tecniche sono espressione di discrezionalità tecnica dell'amministrazione appaltante e, quindi, assoggettabili ad un sindacato limitato alle presenza di macroscopiche illogicità ed omissioni ovvero ad evidenti errori di fatto (ex plurimis Cons. St., sez. V, 15 giugno 2015, n. 2953; 4 novembre 2014, n. 5446; 11 novembre 2014, n. 5518; sez. VI, 5 giugno 2015, n. 2770; 18 novembre 2014, n. 5652), ferma restando l'impossibilità da parte del giudice di sostituire il proprio giudizio a quello dell'amministrazione e di procedere ad una autonoma verifica di congruità dell'offerta e delle singole voci, che costituirebbe un'inammissibile invasione della sfera della Pubblica Amministrazione (Cons. St., sez. III, 29 aprile 2015, n. 2186; sez. V, 29 aprile 2015, n. 2175; sez. VI, 14 agosto 2015, n. 3935) .

E' stato anche costantemente ribadito che la verifica delle offerte anomale non ha carattere sanzionatorio e non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando invece ad accertare se l'offerta nel suo complesso sia attendibile e, dunque, se dia o non serio affidamento circa la corretta esecuzione (Cons. St., sez. V, 22 settembre 2015, n. 4431; 5 marzo 2015, n. 1122; 23 marzo 2015, n. 1565; 29 aprile 2015, n. 2175; sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890).

11.2.2. Sulla scorta di tali principi l'appello principale di Ser.Lu. deve essere accolto, mentre non possono trovare favorevole considerazione le censure variamente formulate dall'ATI Icostrade.

11.2.2.1. Innanzitutto deve sottolinearsi che, come già rilevato al punto 11.1.2, dall'esame della documentazione versata in atti non trovano alcun adeguato supporto probatorio, neppure a livello indiziario, le più volte ribadite argomentazioni di Icostrade, secondo cui l'operato della commissione di gara in sede di verifica dell'anomalia della sua offerta sarebbe stato caratterizzato dall'intento di rintracciare possibili elementi di incongruità per escluderla dalla gara.

Invero il verbale n. 14 del 24.12.2012 e la richiesta di chiarimenti ed elementi integrativi del giudizio formulata con la nota prot. 109833 del 31 dicembre 2012 evidenziano in modo inequivoco gli elementi che hanno indotto la commissione di gara ad avviare il procedimento di verifica dell'anomalia e specifica puntualmente anche quali sono i punti critici di quell'offerta, in particolare il ribasso, di esecuzione e in generale la stessa fattibilità della soluzione progettuale proposta per la realizzazione della condotta in progetto con l'attraversamento in corrispondenza della soluzione ferroviaria e le relative complesse modalità di realizzazione, anche sotto il profilo delle somme indicate per tali lavorazioni.

Deve aggiungersi che, sebbene la commissione di gara abbia reiterato per due volte le richieste di precisazione su alcuni punti critici, esse non hanno mai riguardato punti ed elementi diversi da quelli individuati nel verbale della commissione del 24 dicembre, atteggiandosi piuttosto ad approfondimenti ulteriori di quei profili critici, ciò proprio al fine di svolgere una valutazione complessiva e globale dell'offerta verificata.

Tali richieste, che costituiscono espressione della discrezionalità di cui è titolare la commissione di gara nella valutazione dell'offerta, in ogni caso non risultano peraltro essere macroscopicamente illogiche, arbitrarie, irragionevoli ed irrazionali e pertanto si sottraggono al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, essendo appena il caso di sottolineare che anche la loro eventuale opinabilità non dà luogo ad alcun vizio di legittimità.

11.2.2.2. Ad analoghe conclusioni deve giungersi per quanto riguarda la valutazione da parte della commissione di gara delle giustificazioni fornite dall'ATI Icostrade.

Anch'esse, ed a maggior ragione, costituiscono espressione di discrezionalità e non sono passibili di sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo, non rinvenendosi profili di manifesta e macroscopica illogicità, irragionevole, arbitrarietà e irrazionalità.

Non può sottacersi al riguardo che il procedimento di verifica, per quanto inusualmente lungo, non risulta affatto caratterizzato macroscopicamente da superficialità e approssimazione, potendo al contrario sottolinearsi che la commissione di gara, pur giudicando le giustificazioni ed i chiarimenti

forniti la prima volta non idonei a superare i dubbi emersi sulla congruità dell'offerta, lungi dal procedere all'immediata esclusione di quest'ultima, ha chiesto ulteriori chiarimenti e ha poi anche provveduto a convocare il legale rappresentante dell'ATI per discutere delle criticità emerse malgrado i chiarimenti.

La circostanza che la commissione di gara sia ciò nonostante pervenuta ad un giudizio negativo sulla congruità della sua offerta non costituisce di per sé motivo di legittimità, neppure con riferimento al fatto che l'ATI Icostrade avrebbe prodotto alla commissione di gara, in occasione della convocazione del proprio legale rappresentante, un'ulteriore relazione di chiarimenti e precisazioni sui rilievi formulati dalla commissione.

Né è idonea a scalfire le quanto meno non irragionevoli conclusioni cui è pervenuta la commissione di gara la circostanza, su cui indugia ripetutamente Icostrade, secondo cui la propria offerta sarebbe stata in ogni caso congrua, essendo la migliore dal punto di vista economico, anche con riferimento alla peculiare questione dell'attraversamento della Ferrovia Secondaria: anche a voler prescindere dalla pur decisiva considerazione che, come rilevato in precedenza, le argomentazioni di Icostrade costituiscono mere petizioni di principio ovvero inammissibili opinioni dissenzienti rispetto alle valutazioni della commissione di gara, deve osservarsi che le ragioni che avevano indotto la predetta commissione ad avviare il procedimento di verifica non erano di natura esclusivamente economica, ma riguardavano più in generale la fattibilità della soluzione progettuale proposta per la realizzazione della condotta in progetto, anche per le particolari e complesse modalità di esecuzione e per la incertezza sulle somme a tal fine indicate nel computo metro estimativo.

Sotto tale profilo non può trovare favorevole considerazione la pur suggestiva tesi di Icostrade secondo cui nel caso di specie la commissione di gara non avrebbe svolto, come necessario, una valutazione complessiva dell'offerta verificata, essendosi invece limitata ad evidenziare alcune voci dell'offerta asseritamente critiche: al contrario deve ritenersi che quelle voci costituivano, secondo la valutazione discrezionale della commissione di gara, elementi sintomatici dell'incongruità dell'offerta complessivamente considerata ai fini della sua fattibilità; il che esclude qualsiasi rilievo anche al fatto che la soluzione progettuale (dell'attraversamento della Ferrovia Secondaria) fosse stata già condivisa dall'amministrazione appaltante in altre analoghe gare, giacché quello che è stato contestato ad Icostrade non è la astratta realizzabilità del progetto, ma la sua concreta fattibilità in relazione – si ripete – alla complessità delle modalità di realizzazione ed alla incertezza delle somme a tal fine previste.

Il che, sotto un ulteriore profilo, rende irrilevanti ed erronee le considerazioni dei giudici di prime cure sul fatto che il giudizio di incongruità dell'offerta dell'ATI Icostrade formulato dalla commissione di gara si sarebbe incentrato su solo 11 voci dell'offerta, corrispondenti a circa del 13,81% dell'offerta economica, giacché com'è evidenziato la verifica non riguardava in modo esclusivo o prevalente l'aspetto economico; ciò senza contare poi che una considerazione finisce per sostituirsi inammissibilmente alla valutazione propria dell'amministrazione.

12. In conclusione, alla stregua delle osservazioni svolte, in accoglimento del primo motivo di revocazione deve essere annullata la sentenza di questa Sezione del Consiglio di Stato n. 1369 del 17 marzo 2015; in via rescissoria, deve essere accolto l'appello principale proposto da Ser.Lu. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, sez. I, n. 735 del 22 settembre 2014, e, per l'effetto, in riforma di quest'ultima, deve essere respinto il ricorso proposto in primo grado dall'ATI Icostrade.

La complessità della vicenda giustifica la integrale compensazione tra le parti delle spese di tutti giudizi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso in revocazione segnato in epigrafe, così provvede:

- 1) accoglie il (primo motivo del) ricorso per revocazione e annulla la sentenza di questa Sezione del Consiglio di Stato n. 1369 del 17 marzo 2015;
- 2) in via rescissoria, giudicando sull'appello principale proposto da Ser.Lu. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, sez. I, n. 735 del 22 settembre 2014, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma di quest'ultima, respinge il ricorso proposto in primo grado dall'ATI Icostrade;

3) dichiara integralmente compensate tra le parte le spese di tutti i giudizi.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/04/2016

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9145 del 2015, proposto dai signori Pietro Cosmai, Sergio D'Arpe, Tonino Marcello Giuseppe De Luca, Maria Pia L'Erario, Giuseppe Lamanuzzi, Antonio Losapio, Beatrice Pedone, Arcangelo Rana, Pietro Santoro e Vincenzo Stella, rappresentati e difesi dall'avv. Giuseppe Mariani, con domicilio presso la Segreteria della III Sezione del Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;

contro

L'Azienda Sanitaria Locale di Lecce, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Fernando Caracuta, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Saverio Sticchi Damiani in Roma, piazza San Lorenzo in Lucina, n. 26;

e con l'intervento di

ad opponendum:

la s.r.l. Plurima e Omnia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Luigi D'Ambrosio, Francesco Paolo Bello ed Ermelinda Pastore, con domicilio eletto presso il signor A. Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Puglia, Sezione staccata di Lecce, Sez. II, n. 2160/2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di archiviazione, custodia e gestione della documentazione amministrativa e sanitaria della ASL di Lecce;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Azienda Sanitaria Locale di Lecce;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 febbraio 2016 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati Giuseppe Mariani, Fernando Caracuta ed Ermelinda Pastore;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Col ricorso n. 907 del 2015, alcuni dipendenti della s.r.l. Prodeo, impiegati nel servizio di archiviazione, custodia e gestione della documentazione amministrativa e sanitaria della ASL di Lecce, hanno impugnato dinanzi al TAR Puglia – Sezione di Lecce - il bando di gara per il nuovo affidamento quadriennale del predetto servizio (pubblicato sulla G.U.R.I. del 6 marzo 2015), nella parte in cui non è stata inserita la c.d. clausola sociale, viceversa prevista dall'art. 25 della l.r. 25/2007 (come sostituito dall'art. 30 della l.r. 4/2010), anche dopo la pronuncia della sua parziale incostituzionalità con la sentenza della Corte Costituzionale n. 68/2011.

2. Il TAR, con la sentenza appellata n. 2160/2015, ha dichiarato inammissibile il ricorso, rilevando la mancanza dell'interesse a ricorrere, poiché il servizio non è ancora stato affidato e pertanto non si è ancora concretizzata una lesione attuale della posizione dei ricorrenti.

Il TAR ha altresì rilevato che la norma regionale che impone la clausola sociale ha natura imperativa ed integra automaticamente le previsioni del bando, con la conseguente insussistenza della lesione paventata col ricorso.

3. Nell'appello, gli originari ricorrenti hanno dedotto:

(a) – la violazione ed erronea applicazione dell'art. 100 c.p.c. in relazione agli artt. 34 e 35 cod. proc. amm., in quanto i principi di buona fede ed affidamento di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. e quelli comunitari di effettività della tutela comportano per i concorrenti l'obbligo dell'attenta disamina del bando e della sua immediata impugnazione se recante cause di invalidità della procedura ivi predisposta – e lo stesso principio va applicato nei confronti dei terzi interessati;

(b) – la mancata previsione di una espressa previsione del bando sulla 'clausola sociale' finirebbe col comportare che i concorrenti formulino offerte che non tengano conto del costo storico consolidato connesso all'anzianità professionale ed all'inquadramento funzionale dei dipendenti aventi titolo ad essere utilizzati dal futuro appaltatore;

(c) – la natura imperativa della norma regionale non impedisce che l'eterointegrazione sia fonte di incertezza interpretativa, quanto meno fino a che non si sia formata una giurisprudenza consolidata e ove non siano state precisate le conseguenze della violazione della 'clausola sociale', e quindi permane l'interesse a che sia eliminato ogni dubbio sul diritto all'utilizzo da parte dell'appaltatore subentrante nello svolgimento del servizio;

(d) – vi era l'obbligo di introdurre la clausola sociale all'interno del bando di gara, poiché l'art. 25 della l.r. 25/2007 la prevede e la sentenza n. 68/2011 della Corte Costituzionale, pur affermando che non si possa vincolare l'appaltatore subentrante ad effettuare assunzioni a tempo indeterminato, ha tuttavia ritenuto costituzionalmente legittima la previsione per il caso in cui la garanzia dell'utilizzo dei lavoratori sia mantenuta entro i limiti temporali dell'affidamento del servizio.

4. La ASL di Lecce controdeduce in ordine alle deduzioni formulate, anche sottolineando che, nelle more, in esito alla verifica di congruità dell'offerta economica, il r.t.i. Plurima S.p.a./Omnia Service s.r.l., aggiudicatario provvisorio dell'appalto, ha confermato il proprio impegno «a rispettare la c.d. clausola sociale contenuta nell'art. 30 della Legge Regionale del 25.2.2010, n. 4» (cfr. nota prot. 1428/15 mb in data 3 dicembre 2015; vedi anche verbale n. 8 in data 12 novembre 2015).

Ciò confermerebbe la carenza di interesse al ricorso.

Peraltro, l'Amministrazione sottolinea che la portata applicativa della 'clausola sociale', alla luce del contemperamento le esigenze della tutela dei lavoratori e quelle sulla tutela della libertà di iniziativa

economica, si concretizza nel senso che l'appaltatore subentrante deve prioritariamente assumere gli stessi addetti che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione di impresa prescelta dall'aggiudicatario (cfr. Cons. Stato, n. 3900/2009).

5. Il r.t.i. aggiudicatario è intervenuto ad opponendum e deduce nel senso dell'inammissibilità o della improcedibilità del ricorso di primo grado ed anche dell'appello, in ragione dei chiarimenti sopraggiunti in corso di gara e comunque dell'impegno manifestato dall'aggiudicatario stesso, sottolineando anche che l'unico soggetto realmente interessato all'impugnazione, ai fini del mantenimento della situazione di fatto attuale, sarebbe stata l'impresa che gestisce il servizio in proroga da circa un anno, quarta classificata nella nuova gara.

6. Il Collegio osserva che la portata applicativa della c.d. clausola sociale prevista dall'art. 25, comma 1, della l.r. 25/2007 (sostituito dall'art. 30 della l.r. 10/2010 – il cui vigore è stato sospeso dall'art. 1 della l.r. 12/2010- e inciso in parte dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 68/2011, e per il quale nei bandi deve prevedersi «l'assunzione ... del personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria dell'appalto nonché la garanzia delle condizioni economiche e contrattuali già in essere, ove più favorevoli») è stata già chiarita dalla giurisprudenza di questo Consiglio.

In particolare, si è ritenuto che:

(a) – la c.d. clausola sociale deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando, altrimenti, essa 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 della Costituzione, che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto, sicché tale clausola deve essere interpretata in modo da non limitare la libertà di iniziativa economica e, comunque, evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente (cfr. Cons. Stato, VI, n. 5890/2014);

(b) – conseguentemente, l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente, nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante; i lavoratori, che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali (cfr. Cons. Stato, III, n. 5598/2015);

(c) – la clausola non comporta invece alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria. (cfr. Cons. Stato, III, n. 1896/2013).

7. Tenuto conto della sopra richiamata giurisprudenza (che il Collegio condivide e fa propria), si evince che – nella specie - l'applicabilità in concreto della previsione legislativa regionale nell'ambito della gara d'appalto in esame e le sue modalità applicative non sono in dubbio, almeno sin da quando la stazione appaltante ha fornito i chiarimenti sul punto ai concorrenti.

Infatti, mediante la risposta al quesito n. 1, in data 30 aprile 2015 è stato precisato che «L'ASL LE ottempera anche a quanto previsto dalla L.R. 4/2010, il cui art. 30 disciplina la c.d. "clausola sociale", così come successivamente precisata alla luce dell'intervento della Consulta. Detta norma, come ben noto, prevede che l'appaltatore subentrante debba prioritariamente assumere gli stessi addetti che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa prescelta dalla ditta aggiudicataria. Gli appaltatori cui è attualmente affidato il servizio di archiviazione dei documenti amministrativi e sanitari dell'ASL LE utilizzano complessivamente» (segue l'elencazione delle singole qualifiche e dei profili, con indicazione dei rispettivi tipi di contratto, e la precisazione del c.c.n.l. applicato).

Analoga risposta è stata sinteticamente ribadita in data 8 maggio 2015, di fronte ad un ulteriore quesito.

8. Da ciò si desume che l'interesse degli appellanti all'applicazione di clausole di (potenziale) tutela della loro posizione lavorativa – nei limiti dell'assunzione di personale in numero e con qualifiche armonizzabili con l'organizzazione d'impresa, coerentemente all'orientamento sopra ricordato – risultava già soddisfatto, anche ai fini della predisposizione e presentazione delle offerte da parte dei concorrenti, non solo sulla base delle argomentazioni poste dal TAR a base della propria sentenza (che ha ravvisato come le previsioni del bando dovessero essere integrate dalle disposizioni regionali), ma anche dalla stessa Amministrazione e anche dall'impresa interessata, già prima che venisse proposto l'appello (notificato in data 26 ottobre 2015 e depositato in data 5 novembre 2015).

Ne consegue che l'appello deve essere dichiarato inammissibile, in quanto già prima della sua proposizione i diretti interessati hanno concordato sulla soluzione sostanziale, posta a base della sentenza impugnata.

9. Considerata la natura della controversia, le spese del secondo grado possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Spese compensate del secondo grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 febbraio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/03/2016

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 172 del 2016, proposto da:

L'Agorà d'Italia Cooperativa Sociale Consortile Onlus, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli avv. Giuseppe Gitto, Andrea Mennini Righini, con domicilio eletto presso
Andrea Mennini Righini in Firenze, viale A. Gamsi n. 7;

contro

Azienda Pubblica di Servizi alla Persona Giuseppe Vegni, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Barchielli, presso cui ha eletto domicilio in Firenze, piazza
dell'Indipendenza, 10;

nei confronti di

Mediterranea Società Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dall'avv. Michele Perrone, con domicilio eletto presso Simone Nocentini in
Firenze, Via dei Rondinelli 2;

per l'annullamento

- del provvedimento prot. n. 1872 del 23.12.2015 dell'Azienda Pubblica di Servizi alla Persona Giuseppe
Vegni di aggiudicazione definitiva della procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento biennale di
servizi socio-sanitari, assistenziale e generali dalla ASP Giuseppe Vegni CIG 63742884DC;

- della nota prot. n. 1874 del 23.12.2015 dell'Azienda Pubblica di Servizi alla Persona Giuseppe Vegni
con cui e' stata comunicata l'aggiudicazione definitiva della procedura ad evidenza pubblica per
l'affidamento biennale di servizi socio-sanitari, assistenziali e generali della ASP Giuseppe Vegni CIG
63742884DC;

- di ogni atto e/o provvedimento della RUP della procedura o della Commissione di gara resi nel corso
del procedimento di verifica dell'offerta della Mediterranea Soc. Coop., ove esistenti, e costituenti il
presupposto della determinazione della Stazione appaltante di ritenere congrua ed affidabile l'offerta
della predetta concorrente;- e di ogni altro atto presupposto, consequenziale e connesso;
e per l'annullamento e/o la declaratoria di inefficacia dello sconosciuto contratto stipulato tra l'Azienda
Pubblica di Servizi alla Persona Giuseppe Vegni, in persona del legale rappresentante pro-tempore, e la
Mediterranea Società Cooperativa Sociale;

nonché per la condanna

dell'Azienda Pubblica di Servizi alla Persona Giuseppe Vegni, al risarcimento del danno in forma
specifica in favore della ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Pubblica di Servizi alla Persona Giuseppe Vegni e di
Mediterranea Società Cooperativa Sociale Onlus;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto da Mediterranea Soc.
Coop.Sociale Onlus;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2016 il dott. Bernardo Massari e uditi per le parti i
difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Premesso che:

- la società ricorrente presentava domanda per la partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica

per l'affidamento biennale di servizi socio-sanitari, assistenziali e generali indetta dall'Azienda Pubblica di Servizi alla Persona Giuseppe Vegni all'esito della quale la gara veniva aggiudicata alla Mediterranea Società Cooperativa Sociale;

- il bando di gara, da aggiudicarsi con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, stabiliva che l'offerta economica avrebbe dovuto indicare, ai fini della verifica di congruità, le voci prescritte dalla Tabella 2, precisando, con riferimento al costo del personale, che la soglia di anomalia biennale era fissata in € 1.564.624,00, avuto riguardo al costo del personale determinato ai sensi del d.m. 2 ottobre 2013;

- pertanto il capitolato d'appalto disponeva che *"saranno ritenute anomale le offerte che indicheranno un corrispettivo biennale per la manodopera o per oneri della sicurezza inferiori a quelli indicati nel Modello C di offerta allegato agli atti di gara"*;

- con la nota del 3 dicembre 2015 la stazione appaltante richiedeva giustificazioni relative al costo del personale alla coop. Mediterranea e alla ricorrente che, con riferimento a tali voci dell'offerta economica, avevano indicato rispettivamente gli importi di € 1.464.889,17 e € 1.545.440,84;

- con successiva nota del 23 dicembre 2015 l'Amministrazione intimata, comunicando alla ricorrente la determinazione di aggiudicare definitivamente la procedura alla controinteressata, precisava, quanto a quest'ultima, che *"dalle giustificazioni pervenute si evincono ampie motivazioni riguardo alla congruità dei corrispettivi offerti"*;

considerato che:

- la cooperativa ricorrente ha impugnato gli esiti della procedura di cui trattasi oltre agli atti presupposti, con particolare riguardo al provvedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta della controinteressata, deducendone la violazione del principio di imparzialità, la manifesta illogicità e irragionevolezza, oltre al difetto di motivazione e di istruttoria in relazione agli artt. 86 e segg. del d.lgs. n. **163/2006** e a quanto disposto dalla *lex specialis* di gara;

- si costituivano in giudizio Azienda Pubblica di Servizi alla Persona Giuseppe Vegni e la Cooperativa sociale Mediterranea instando per la reiezione del gravame e dispiegando, quest'ultima, anche ricorso incidentale;

- nella camera di consiglio del 9 marzo 2016, sussistendo i presupposti di cui all'art. 60 cod. proc. amm. il ricorso è stato trattenuto per la decisione di merito;

rilevato che:

- in particolare, la ricorrente lamenta che, a fronte del cospicuo ribasso offerto dalla controinteressata per il costo del lavoro (€ 99.784,83), la stazione appaltante, nel corso del procedimento di verifica dell'anomalia, abbia omesso di valutare la sostenibilità economica dell'offerta stessa, nonché la sua attendibilità con riferimento a talune voci di costo quali il TFR, il lavoro notturno e l'IRAP;

- per consolidata giurisprudenza, il giudizio della stazione appaltante sulla congruità di un'offerta anomala costituisce espressione di discrezionalità tecnica e tale valutazione si sostanzia in un giudizio globale e sintetico sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme seguendone, in considerazione della descritta natura di tale giudizio, che la motivazione, mentre deve essere rigorosa ed analitica nel caso di ritenuta anomalia dell'offerta, comportando questa l'esclusione dalla gara, mentre non deve essere altrettanto puntuale ed analitica nel caso di offerta ritenuta congrua, essendo sufficiente, in tale ipotesi, anche una motivazione sintetica ed espressa "per relationem" alle giustificazioni rese dall'impresa interessata (cfr. *ex multis*, Cons. Stato Sez. VI, 18 settembre 2015, n. 4361; Sez. V, 17 luglio 2014 n. 3800; TAR Lazio - Roma, sez. I, 23 settembre 2015, n. 11370 e sez. III, 22 luglio 2015, n. 10074; TAR Sicilia - Catania, Sez. III, 8 aprile 2015, n. 1137 e 21 novembre 2014, n. 3045).

- in ogni caso, l'esame della legittimità del giudizio di anomalia dell'offerta deve arrestarsi a un controllo estrinseco della ragionevolezza, della logicità delle valutazioni compiute dalla commissione giudicatrice, oltre che della completezza della presupposta istruttoria, ma non può estendersi fino a un sindacato penetrante del merito degli apprezzamenti sulla serietà e sulla remuneratività dell'offerta, derivandone che il giudice amministrativo non può procedere ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, costituendo ciò un'inammissibile invasione della sfera propria della Pubblica amministrazione, salvo che non vengano riscontrate macroscopiche illegittimità, quali errori di valutazione gravi ed evidenti oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto (Cons. Stato Sez. IV, 9 febbraio 2016, n. 520; id. Sez. III, 3 febbraio 2016, n. 438; id. sez. V, 2 dicembre 2015 n. 5450; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 12 gennaio 2016 n. 10);

- con riferimento specifico al costo del lavoro, in relazione al quale si appuntano le censure della ricorrente, è stato ripetutamente affermato che un'offerta non può ritenersi anomala, ed essere esclusa

da una gara, per il solo fatto che il costo del lavoro sia stato calcolato secondo valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi, occorrendo, perché possa dubitarsi della sua congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata (Cons. Stato sez. III, 9 dicembre 2015 n. 5597; id. sez. III, 13 ottobre 2015 n. 4699; T.A.R. Piemonte, sez. I, 4 febbraio 2015 n. 197);

- ciò in quanto i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali non costituiscono un limite inderogabile, ma semplicemente un parametro di valutazione della congruità dell'offerta, con la conseguenza che l'eventuale scostamento da tali parametri delle relative voci di costo non legittima di per sé un giudizio di anomalia, purché lo scostamento non sia eccessivo e vengano salvaguardate le retribuzioni dei lavoratori, così come stabilito in sede di contrattazione collettiva; inoltre non possono non essere considerati, in sede di valutazione delle offerte, aspetti particolari che riguardano le diverse imprese e tendo conto anche delle possibili economie che le diverse singole imprese possono conseguire (Cons. Stato, sez. III, 3 luglio 2015 n. 3329; TAR Piemonte, sez. I, 19 gennaio 2015, n. 23; T.A.R. Liguria, sez. II, 24 aprile 2015 n. 399);

ritenuto che:

- sulla scorta delle premesse di principio sopra rassegnate e tenuto conto che la legge di gara non prevedeva alcuna clausola di automatica esclusione conseguente allo scostamento dal valore del costo del lavoro indicato nel capitolato, deve ritenersi che la ditta aggiudicataria abbia fornito, nel corso del procedimento di verifica, adeguate giustificazioni in ordine alla possibile anomalia dell'offerta, immuni dai vizi (irragionevolezza, illogicità o errori di fatto) entro i quali, come si è visto, deve essere contenuto il sindacato estrinseco di legittimità;

- nel dettaglio, la coop. Mediterranea ha evidenziato che l'art. 11, co. 4 octies, d.lgs. n. 446/1997 (inserito dall'art. 1, co. 20, l. n. 190/2014) consente, a partire dal periodo d'imposta 2015, la deduzione, ai fini dell'IRAP, del costo complessivo per il personale dipendente con contratto a tempo indeterminato in relazione al quale si determina così un corrispondente abbattimento dell'onere sostenuto dall'azienda;

- quanto alla rivalutazione del TFR, avendo l'aggiudicataria provato di impiegare più di 50 dipendenti, con il conseguente obbligo di versamento dell'accantonamento al Fondo di tesoreria dell'INPS, la rivalutazione dell'importo non costituisce un costo per l'impresa (art. 1, co. 5, d.m. 30 gennaio 2007);

- in relazione al lavoro notturno, il capitolato d'appalto, allo scopo di ottenere un parametro uniforme di valutazione, faceva riferimento al d.m. 2 ottobre 2013, senza considerare la turnazione del personale addetto al servizio alla persona, cioè la mansione per la quale tale necessità può manifestarsi;

- conseguentemente il ricorso va rigettato giacché infondato;

- va dichiarata l'improcedibilità del ricorso incidentale proposto dalla coop. Mediterranea atteso che nessuna utilità potrebbe ad essa derivarne dal suo eventuale accoglimento;

- le spese del giudizio, come in dispositivo liquidate, seguono la soccombenza (art. 26 c.p.a.);

P.Q.M.

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

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio che si liquidano in € 2.000,00, oltre accessori di legge in favore di ciascuna delle controparti.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2016 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere, Estensore

Gianluca Bellucci, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/03/2016