

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 1890 del 2016, proposto da:
New Generation s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Izzo e Patrizia Logozzo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Marida Leonardo (studio Clarizia), in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

contro

Comune di Davoli, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Pitaro, con domicilio eletto presso lo studio Maurizio De Filippo, in Roma, via Ezio, n. 24;

nei confronti di

Ce.Ri.Sa. s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Calabria – Catanzaro, Sezione II, n. 01864/2015, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione definitiva del servizio di refezione scolastica per l'anno 2015/2016.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Davoli;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 maggio 2017 il Cons. Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati Marida Leonardo, su delega dell'avvocato Francesco Izzo, e Antonio Tisani Sava, su delega dell'avvocato Giuseppe Pitaro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Davoli ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di refezione scolastica per l'anno 2015/2016.

All'esito delle operazioni di gara l'appalto è stato affidato alla Ce.Ri.Sa. s.r.l., collocatasi al primo posto,

mentre la New Generation s.r.l. si è classificata seconda.

2. Quest'ultima ha quindi impugnato il provvedimento di aggiudicazione davanti al TAR Calabria – Catanzaro, il quale, con sentenza 10/12/2015, n. 1864, ha respinto il ricorso.

3. Ritenendo la sentenza erronea e ingiusta la New Generation l'ha appellata.

Per resistere al ricorso si è costituito in giudizio il Comune di Davoli.

Con successiva memoria l'appellante ha ulteriormente illustrato le proprie tesi difensive.

4. La Sezione, con ordinanza collegiale 8/8/2016, n. 3547, ha disposto istruttoria.

A seguito dell'espletamento dell'incombente istruttorio e della relativa documentazione depositata in giudizio, l'appellante ha prodotto nuovi scritti difensivi insistendo nelle conclusioni già rese.

5. Alla pubblica udienza del 18/5/2017, la causa è passata definitivamente in decisione.

6. Con un unico motivo di gravame l'appellante denuncia l'errore in cui sarebbe incorso il giudice di prime cure nel respingere la censura con cui era stata dedotta l'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria.

Difatti, nonostante quest'ultima avesse dichiarato un costo del lavoro notevolmente inferiore a quello indicato nelle apposite tabelle ministeriali, in relazione a quattro addetti al servizio e non avesse specificato alcuna spesa per altre cinque figure professionali da impiegare nell'appalto (direttore, segretaria amministrativa, biologa nutrizionista, ispettore mensa, responsabile aziendale), il TAR ha respinto il gravame rilevando che "il servizio richiesto sarà espletato per circa due ore al giorno, per complessivi 147 giorni lavorativi".

Senonché, in primo luogo sarebbe smentito per tabulas l'impiego di personale unicamente per due ore giornaliere; in secondo luogo, se anche così fosse, il costo orario risulterebbe, comunque, di molto inferiore a quello indicato nelle menzionate tabelle ministeriali.

7. La doglianza va, innanzitutto, dichiarata inammissibile nella parte in cui denuncia che in relazione a cinque lavoratori l'aggiudicataria non avrebbe indicato alcun costo.

Come correttamente eccepito dall'amministrazione appellata, trattasi infatti di censura nuova, non prospettata nel ricorso introduttivo del giudizio innanzi davanti al TAR e come tale inammissibilmente introdotta nel presente grado di appello in violazione dell'art. 104, comma 1, c.p.a.

8. Nella restante parte il mezzo di gravame è infondato.

8.1. In termini generali occorre premettere che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, da cui non vi è motivo di discostarsi:

a) nelle gare pubbliche il giudizio sulla anomalia o incongruità dell'offerta costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile dal giudice amministrativo solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale e, quindi, non può essere esteso ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci (Cons. Stato, Sez. V, 17/11/2016, n. 4755; Sez. III, 6/2/2017, n. 514);

b) il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta non mira ad individuare specifiche e singole inesattezze nella sua formulazione ma, piuttosto, ad accertare in concreto che la proposta economica risulti nel suo complesso attendibile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto;

c) al di fuori dei casi in cui il margine positivo risulti pari a zero, non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, poiché anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio significativo, sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa, sia per la qualificazione, la pubblicità, il curriculum derivanti per l'impresa dall'essere aggiudicataria e aver portato a termine un appalto pubblico (Cons. Stato, Sez. V, 13/2/2017, n. 607 e 25/1/2016, n. 242; Sez. III, 22/1/2016, n. 211 e 10/11/2015, n. 5128).

8.2. Dall'applicazione di tali principi discende che non è sufficiente a rendere incongrua un'offerta il solo fatto che alcuni dei suoi elementi costitutivi risultino anormalmente bassi, ma è necessario che la riscontrata sottostima dei costi sia tale da erodere completamente l'utile dichiarato.

Grava, pertanto, su colui che voglia denunciare l'anomalia dell'offerta l'onere di allegare, con specifico e dettagliato motivo, quale sia il maggior costo complessivamente da sostenere per l'esecuzione della commessa e quale la sua incidenza sull'utile prospettato (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12/5/2017, n. 2228).

8.3. Nel caso di specie, come si ricava dall'atto d'appello, la New Generation si è limitata a dedurre la sottostima dei costi del lavoro esposti dall'aggiudicataria così contravvenendo all'onere di specificità sopra cennato.

Il motivo non è, quindi, idoneo a scalfire il giudizio tecnico espresso dalla stazione appaltante e condiviso dall'adito TAR in ordine alla congruità dell'offerta della Ce.Ri.Sa.

8.4. Solo con la memoria depositata in data 28/12/2016 l'appellante ha meglio specificato la doglianza, evidenziando come il solo maggior costo del cuoco sarebbe sufficiente a far venir meno l'utile, ma l'allegazione, contenuta in un atto non notificato alla controparte, non vale a integrare il motivo d'appello.

9. In conclusione l'appello deve essere respinto.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che la Sezione ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

10. La peculiarità delle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione di spese e onorari del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

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

Dichiara interamente compensate tra 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 18 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

**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 9109 del 2016, proposto da:
-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Eugenio Dalli Cardillo, con domicilio eletto presso lo Studio Grez e Associati in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

contro

Azienda Ospedaliera Universitaria Senese, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Stolzi, con domicilio eletto presso lo studio Umberto Richiello in Roma, via Carlo Mirabello, 18;

nei confronti di

-OMISSIS-, -OMISSIS-, in persona dei legali rappresentanti p.t., rappresentate e difese dagli avvocati Leonardo Limberti, Annalisa Lauteri, con domicilio eletto presso lo studio Annalisa Lauteri in Roma, via Panama, 58;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. TOSCANA – FIRENZE, SEZIONE III, n. 01386/2016, resa tra le parti, concernente affidamento lavori di realizzazione della nuova Officina Trasfusionale a servizio dell'Area Vasta Toscana Sud Est - ris.danni;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Universitaria Senese e di -OMISSIS- e -OMISSIS-;

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 27 aprile 2017 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati Eugenio Dalli Cardillo, Paolo Stolzi ed Annalisa Lauteri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La controversia origina dalla revoca, disposta in autotutela dall'Azienda Ospedaliero-Universitaria Senese mediante provvedimento n. -OMISSIS-, dell'aggiudicazione definitiva, in favore del -OMISSIS-, odierna appellante, della procedura aperta per la progettazione ed esecuzione a corpo dei lavori di realizzazione della nuova Officina Trasfusionale a servizio dell'Area Vasta Toscana Sud-Est.

2. In esito alla verifica delle dichiarazioni rese in sede di gara, era infatti emerso che il sig. -OMISSIS-, socio, legale rappresentante e direttore tecnico della -OMISSIS-, indicata dal -OMISSIS- come esecutrice di parte dei lavori, aveva omesso di dichiarare una condanna alla multa sostitutiva di 90 giorni di reclusione, disposta nei suoi confronti nel 2000 con decreto penale per fatti commessi nel 1997, per i reati di cui agli artt. 195 del d.P.R. 156/1973 e 374 c.p., per aver installato e posto in esercizio due impianti radioelettrici senza concessione.

3. -OMISSIS- ha impugnato la revoca dinanzi al TAR Toscana, sostenendo in particolare che i modelli di gara non contenevano una indicazione chiara circa l'obbligo di dichiarare ogni condanna penale, che il reato di cui all'art. 195, comma 2, del d.P.R. 156/1973 è stato depenalizzato mentre quello di cui all'art. 374 c.p. può astrattamente rientrare nella previsione di speciale tenuità di cui al d.lgs. 28/2015, che comunque il reato doveva ritenersi estinto, che in ogni caso si trattava di reati non gravi e non incidenti sulla capacità professionale, e che quindi la dichiarazione contestata era stata resa in buona fede.

4. Giova fin d'ora sottolineare che il modulo di dichiarazione reso disponibile dalla stazione appaltante indicava l'obbligo di dichiarare di non aver subito sentenze di condanne "per reati gravi ... che incidono sulla moralità professionale ...", e quindi ostanti ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, "oppure" di dichiarare "tutte le sentenze di condanna" subite, e quindi, a dire del -OMISSIS-, era fuorviante, in quanto poteva essere inteso nel senso che "tutte le sentenze di condanna" da dichiarare fossero comunque solo quelle ricomprese nell'art. 38 cit..

5. Il TAR Toscana, con la sentenza appellata (III, n. 1386/2016), ha respinto l'appello, sottolineando in particolare che:

(a) – anche se "il modulo di gara avrebbe potuto essere formulato in termini più perspicui, ciò non conduce alla fondatezza della censura in esame", poiché l'art. 38, comma 2, del d.lgs. 163 del 2006, con norma imperativa che eterointegra le previsioni di gara, stabilisce che debbano essere dichiarate tutte le condanne riportate (e con esclusione dei reati depenalizzati, delle condanne estinte, delle condanne revocate o per le quali è intervenuta la riabilitazione);

(b) - se è vero che non sussisteva l'obbligo di dichiarazione in relazione al reato di cui all'art. 195, comma 2, del d.P.R. 156/1973, depenalizzato, non altrettanto può dirsi per quello di cui all'art. 374 c.p., a prescindere dalla sua maggiore o minore gravità o dalla sua incidenza sulla capacità professionale del concorrente, facendo carico a quest'ultimo di dichiarare ogni condanna subita (al netto delle esclusioni di legge) ed essendo invece rimessa alla stazione appaltante la valutazione conseguente;

(c) - l'obbligo dichiarativo non ricorre con riguardo alle condanne per reati oramai estinti, a condizione che l'estinzione sia formalizzata in una pronuncia espressa del giudice dell'esecuzione penale, unico soggetto competente a verificare la sussistenza dei presupposti per la relativa declaratoria; l'estinzione pronunciata dal Tribunale di Siena in data 11 agosto 2015 è successiva alla scadenza del termine di presentazione delle offerte (ed entro il quale dunque dovevano essere posseduti i requisiti partecipativi) stabilita al 24 febbraio 2015.

6. Nell'appello, -OMISSIS- prospetta cinque motivi appresso sintetizzati.

6.1. La dichiarazione in questione dovrebbe considerarsi scriminata per errore scusabile, al pari di quelle incomplete, e quindi integrabile ai sensi del § 4.4. del disciplinare di gara, in quanto:

(a) - il TAR ha riconosciuto che la norma di gara era equivoca ("il modulo di gara avrebbe potuto essere formulato in termini più perspicui"), e quindi è contraddittorio non aver accolto gli altri profili di censura, tenuto conto che al dichiarante non poteva imputarsi alcuna colpa essendo stato tratto in inganno dal modulo;

(b) – nelle norme di gara non era presente una univoca previsione dell'obbligo di dichiarare ogni condanna

penale; al contrario, il modello 3 – parte B, indicava l'alternativa tra la dichiarazione di assenza di condanne rilevanti ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. 163/2006, e ("oppure") la dichiarazione di tutte le sentenze di condanna definitive; così inducendo a ritenere che la seconda alternativa fosse una precisazione della prima e si riferisse soltanto ai reati enumerati dall'art. 38, in quanto condizionanti la moralità professionale del concorrente;

(c) – non convince il richiamo al principio di eterointegrazione della *lex specialis* con l'art. 38, in quanto se la previsione era ambigua viene meno la possibilità di un giudizio di riprovevolezza sanzionabile con l'esclusione dalla gara; l'appellante invoca sentenze di questa Sezione (n. 2006/2013, n. 507/2014, n. 925/2015 e n. 5240/2015) secondo le quali qualora in un modello di dichiarazione alla formulazione negativa che rinvia ai reati gravi incidenti sulla moralità professionale, segua una dichiarazione positiva circa l'esistenza di condanne, non può che ingenerarsi nel dichiarante la convinzione che anche quest'ultima debba limitarsi alle fattispecie di reato indicate nella prima;

(d) – il richiamo effettuato nella sentenza al precedente dello stesso TAR Toscana (n. 300/2015) è inconferente, in quanto riguardava l'obbligo di dichiarare o meno condanne penali per reati avvinti dal vincolo della continuazione nel caso che risultasse estinto solo uno di essi.

6.2. Il reato di frode processuale ex art. 374 c.p. non configura un reato autonomo, in quanto è configurabile in presenza di un precedente reato in relazione al quale il reo ha immutato artificialmente luoghi, cose o persone allo scopo di ingannare il giudice o il perito; pertanto, se il reato presupposto (installazione ed impianto abusivo di impianti radioelettrici) è stato depenalizzato, il delitto di frode processuale non può avere alcuna autonoma rilevanza; in ogni caso, la fattispecie rientra nella previsione di non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-bis c.p. introdotta dal d.lgs. 28/2015.

6.3. In ordine alla necessità di un formale provvedimento del giudice dell'esecuzione, affinché l'estinzione del reato produca i suoi effetti, è intervenuto un mutamento della giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, V, n. 5192/2015, che richiama Cass. pen. V, n. 20068/2015, e SS.UU., n. 2/2014), che ha affermato che l'effetto estintivo opera ex lege per effetto del decorso del tempo e non abbisogna di alcun provvedimento; di ciò il TAR non ha tenuto conto; nel caso in esame, peraltro, erano trascorsi quasi vent'anni, ed il provvedimento di estinzione è stato adottato pochi giorni dopo la prima richiesta di chiarimenti della stazione appaltante.

6.4. Non è stata considerata la giurisprudenza che in casi simili richiede una adeguata motivazione in ordine alla rilevanza preclusiva della condanna (cfr. TAR Milano, I, n. 1926/2010).

6.5. Il TAR non ha considerato la dedotta possibilità che il -OMISSIS- di imprese artigiane potesse estromettere l'impresa colpita dalla causa di esclusione, operando "in riduzione", ai sensi degli artt. 34, comma 1, lettera b), 35 e 37, comma 9, del d.lgs. 163/2006.

7. L'appellante ripropone la domanda di risarcimento dei danni per l'ipotesi di impossibilità di reintegrazione in forma specifica, quantificando il danno emergente in 5.417,00 euro, ed il lucro cessante in (51.425,00 per danno curriculare al 3%, calcolato sul valore lordo + 246.870,07 a titolo di margine di profitto al 15% =) 299.362,07 euro.

8. L'A.O.U. si è costituita in giudizio e controdeduce puntualmente.

9. Si sono costituiti in giudizio e controdeducono puntualmente anche i nuovi aggiudicatari, -OMISSIS- e -OMISSIS-

10. Tutte le parti hanno depositato memorie ulteriori e repliche.

In particolare, l'appellante sottolinea come l'escamotage dell'eterointegrazione del bando di gara non è idoneo a superare il problema dell'ambiguità della *lex specialis*, poiché essa deve essere interpretata secondo buona fede e cioè solo in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere.

11. L'appello è infondato.

11.1. Dall'art. 38, comma 1, lettera c), e comma 2, si ricava che nelle procedure ad evidenza pubblica preordinate all'affidamento di un appalto pubblico, l'omessa dichiarazione da parte del concorrente di tutte le

condanne penali eventualmente riportate, anche se attinenti a reati diversi da quelli contemplati nell'art. 38, comma 1, lett. c), ne comporta senz'altro l'esclusione dalla gara, essendo impedito alla stazione appaltante di valutarne la gravità (cfr., fra le tante, Cons. Stato, III, n. 4019/2016; IV, n. 834/2016; V, n. 4219/2016, n. 3402/2016 e n. 1641/2016).

11.2. Non c'è possibilità che l'omissione possa essere sanata attraverso il soccorso istruttorio, il quale non può essere utilizzato per sopperire a dichiarazioni (riguardanti elementi essenziali) radicalmente mancanti - pena la violazione della par condicio fra concorrenti - ma soltanto per chiarire o completare dichiarazioni o documenti già comunque acquisiti agli atti di gara (cfr. Cons. Stato, A. P. n. 9/2014; V, n. 4219/2016 e n. 927/2015).

11.3. Secondo un orientamento, invocato dall'appellante, costituisce eccezione l'ipotesi in cui la dichiarazione sia resa dal concorrente sulla base di modelli predisposti dalla stazione appaltante e questi sia indotto in errore dalla formulazione ambigua o equivoca del bando (cfr. Cons. Stato, III, n. 2006/2013, n. 507/2014, n. 925/2015 e n. 5240/2015).

11.4. Tuttavia, nel caso in esame una simile ambiguità deve escludersi, posto che il disciplinare, all'art. 10, punto 3, prevedeva, come contenuto della dichiarazione dell'assenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38, "dichiara che nei propri confronti non è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto di condanna divenuto irrevocabile, o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale; (oppure, se presenti) indica tutte le sentenze di condanna passate in giudicato, i decreti penali di condanna divenuti irrevocabili, le sentenze di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale emessi nei propri confronti ..." ad esclusione di quelle per reati depenalizzati o per le quali è intervenuta la riabilitazione o l'estinzione, senza limitazioni ulteriori.

11.5. A ben vedere, anche il TAR, nell'affermare che il modulo di dichiarazione "avrebbe potuto essere formulato in termini più perspicui", non giunge alla conclusione che la lex specialis fosse equivoca e tale da suscitare un legittimo affidamento nei concorrenti sulla non necessità di dichiarare le eventuali condanne di minor gravità, ma costituisce un mero antecedente logico del ragionamento volto ad accertare la doverosità della dichiarazione di tutte le condanne riportate.

11.6. Quanto all'estinzione del reato (che consente di non dichiarare l'emanazione del relativo provvedimento di condanna), secondo la giurisprudenza di questo Consiglio, essa sotto il profilo giuridico non è automatica per il mero decorso del tempo, ma deve essere formalizzata in una pronuncia espressa del giudice dell'esecuzione penale, che è l'unico soggetto al quale l'ordinamento attribuisce il compito di verificare la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la relativa declaratoria, con la conseguenza che, fino a quando non intervenga tale provvedimento giurisdizionale, non può legittimamente parlarsi di "reato estinto" (cfr., tra le altre, Cons. Stato, III, n. 4118/2016; V, n. 3105/2015, n. 3092/2014 e n. 4528/2014; contra, per quanto risulta, soltanto la sentenza invocata dall'appellante) e il concorrente non è esonerato dalla dichiarazione dell'intervenuta condanna.

11.7. Non può rilevare in contrario l'orientamento del giudice penale, affermato ai fini dell'individuazione della decorrenza anticipata degli effetti dell'estinzione a tutela del condannato, ma che prescinde dalla considerazione del contesto procedimentale nel quale, invece, l'estinzione rileva ai fini in questione. La stazione appaltante si trova a dover considerare, senza il dovere (e talvolta neanche la possibilità) di poter sospendere la propria valutazione, la rilevanza di una condanna, e non può che tener conto della sua esistenza, fino a che non sia intervenuta una valutazione dell'unico giudice competente, quello penale, in ordine al venir meno dei suoi effetti ed all'adozione del conseguente provvedimento dichiarativo.

E tanto è avvenuto anche nel caso in esame, con conseguente irrilevanza della sopravvenuta dichiarazione di estinzione da parte del Tribunale di Siena.

11.8. Il reato di frode processuale è tale da incidere sulla moralità, trattandosi di reato, a dolo specifico, commesso contro l'amministrazione della giustizia; la depenalizzazione del reato presupposto non rileva, in quanto, ai sensi dell'art. 170, primo comma, c.p., la causa di estinzione del reato presupposto non si estende all'altro reato.

11.9. Non si vede poi come si possa pretendere dalla stazione appaltante una motivazione sulla rilevanza

della condanna, se l'esclusione è determinata dalla omessa dichiarazione.

11.10. Infine, in ordine alla mancata valutazione della possibilità dell'appellante di operare "in riduzione", non risulta avanzata alla stazione appaltante alcuna richiesta in tal senso, e comunque una simile soluzione sarebbe stata praticabile qualora riconducibile ad esigenze organizzative delle imprese, non invece per sanare ex post una causa di esclusione riguardante il soggetto recedente, pena la violazione della par condicio. Al riguardo, va osservato che il precedente invocato dall'appellante (TAR Lazio, II, n. 9036/2016) è stato riformato in appello (da Cons. Stato, V, n. 849/2017, che, in relazione ad una esclusione determinata da irregolarità fiscale, ha affermato l'impossibilità di consentire ad un -OMISSIS- stabile di assumere l'esecuzione dell'appalto in proprio, sottolineando che rimuovere la causa ostativa che colpisce l'operatore designato per l'esecuzione dell'appalto comporterebbe una lesione ai principi di concorrenza e par condicio vigenti in ambito sovranazionale e interno; vedi anche IV, n. 1717/2016, ivi richiamata).

12. In conclusione, l'appello deve essere respinto, meritando conferma la sentenza di primo grado, con le precisazioni esposte.

13. Le spese del grado di giudizio, in ragione del carattere non perspicuo del modulo di dichiarazione in questione, possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

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

Spese del grado di giudizio compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1, del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le persone fisiche e giuridiche menzionate al punto 2 della sentenza.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Raffaele Greco, Consigliere

Massimiliano Nocelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

Sergio Fina, Consigliere

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6218 del 2016, proposto da:
Gestione Servizi Integrati s.p.a., in persona del presidente e legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Sanino, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale
Parioli 180;

contro

Ladisa s.p.a., in persona dell'amministratore unico e legale rappresentante pro tempore, rappresentata e
difesa dagli avvocati Aldo e Isabella Loiodice, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via
Ombrone 12/b;

nei confronti di

Guardia di Finanza – Comando generale; Guardia di Finanza – reparto logistico amministrativo Puglia – Bari;
Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore,
rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, con domicilio in Roma, via dei
Portoghesi 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA – BARI, SEZIONE I, n. 789/2016, resa tra le parti, concernente una
procedura di affidamento del servizio di preparazione e distribuzione vitto a mezzo catering nel triennio
2016-2018

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Ladisa s.p.a. e del Reparto tecnico logistico amministrativo della
Puglia della Guardia di finanza - ufficio amministrazione - sezione acquisti, del Comando generale della
Guardia di finanza e del Ministero dell'Economia e delle finanze;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 maggio 2017 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti
gli avvocati Mario Sanino, Isabella Loiodice e Pio G. Marrone per l'Avvocatura generale dello Stato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale della Puglia – sede di Bari, integrato da motivi aggiunti, la Ladisa s.p.a. impugnava gli atti della procedura di affidamento in appalto del servizio di preparazione e distribuzione del vitto per il triennio 2016-2018 al personale dei reparti della Guardia di finanza siti in Bari, indetta dal Reparto tecnico logistico amministrativo regionale del Corpo, e suddivisa in due lotti: catering completo presso la sede del comando provinciale di Bari (lotto 1) e catering veicolato presso il comando regionale (lotto 2). All'esito della selezione condotta sulla base del criterio del massimo ribasso la ricorrente si era collocata al secondo posto della graduatoria definitiva del lotto 1, oggetto del presente giudizio, immediatamente dietro la Gestione Servizi Integrati s.p.a., conseguentemente dichiarata aggiudicataria (determinazione n. 554 del 27 ottobre 2015).
2. Tuttavia, in accoglimento del ricorso della Ladisa il Tribunale amministrativo adito annullava gli atti della procedura.
3. Il giudice di primo grado affermava che l'avvalimento del centro cottura richiesto per l'espletamento del servizio da parte della Greedy Ristorazione di Marina Porcelli & C. s.a.s. in favore dell'aggiudicataria non era determinato. In particolare, per il Tribunale amministrativo il "prestito" si era limitato alla struttura adibita alla preparazione dei pasti, ma, in assenza di specificazioni contrattuali non era esteso al personale ivi operante, per il quale sarebbe stata comunque necessaria la d.i.a. sanitaria, di cui la Gestione Servizi Integrati non è in possesso. Inoltre, secondo il giudice di primo grado l'avvalimento era indeterminato in ordine al profilo della gestione del centro cottura.
4. Quest'ultima ha proposto appello nel quale contesta tali statuizioni.
5. Si è costituita in resistenza la Ladisa, che ha anche riproposto ex art. 101, comma 2, cod. proc. amm. le censure non esaminate dal Tribunale amministrativo.
6. Con comparsa di forma si sono costituiti anche la Guardia di finanza – Comando generale e reparto logistico amministrativo della Puglia, e il Ministero dell'economia e finanze.

DIRITTO

1. Nelle censure formulate nel proprio appello la Gestione Servizi Integrati oppone alla statuizione del giudice di primo grado, innanzitutto, il rilievo che il contratto di avvalimento non è limitato al centro cottura, ma comprende in modo espresso anche l'autorizzazione sanitaria della Greedy Ristorazione, allegata in copia al contratto medesimo. Nel dolersi del fatto che il Tribunale amministrativo non abbia tenuto conto di questa circostanza, l'appellante soggiunge che attraverso queste indicazioni il contratto era da ritenersi completo e rispondente ai requisiti di determinatezza richiesti dagli artt. 49 dell'(allora vigente) codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e 88 del regolamento di attuazione di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.
2. Con un ulteriore ordine di censure la Gestione Servizi Integrati osserva che in base alla normativa di settore l'attività di produzione e somministrazione pasti presso un centro cottura già autorizzato è immediatamente attivata con testualmente alla semplice notifica di una comunicazione di sub ingresso (d.i.a. resa nelle forme e ai sensi dell'art. 6 del regolamento C.E. n. 852 del 29 aprile 2004, sull'igiene dei prodotti alimentari) e che, contrariamente a quanto ritenuto dal Tribunale amministrativo, con il contratto di avvalimento in contestazione la Greedy Ristorazione si era impegnata a non frapporre ostacoli a che l'appellante utilizzasse il centro cottura e l'autorizzazione sanitaria per l'esecuzione dell'appalto indetto dal Reparto logistico amministrativo regionale della Guardia di Finanza
3. Le censure ora sintetizzate sono fondate.
4. Deve premettersi al riguardo che il requisito in contestazione consiste «nella disponibilità, a qualsiasi titolo, di un centro cottura ubicato entro una distanza stradale massimo di 50 km dalla sede della caserma oggetto del servizio di cui trattasi, con relative autorizzazioni sanitarie» (punto 10, lett. c), n. 2, del disciplinare).

Pertanto, come deduce l'appellante Gestione Servizi Integrati, e contrariamente a quanto affermato dal Tribunale amministrativo, la normativa di gara non imponeva ai concorrenti di dare dimostrazione delle

modalità di esecuzione del servizio all'interno del centro cottura, ma solo di documentare la disponibilità di questo indispensabile elemento organizzativo per la preparazione e il confezionamento dei pasti.

5. A questo scopo la Gestione Servizi Integrati ha fatto ricorso all'avvalimento ai sensi dell'art. 49 d.lgs. n. 163 del 2006, ottenendo così l'impegno dell'ausiliaria Greedy Ristorazione a fornire il proprio centro cottura, sito in Molfetta, via Cifariello 2, ad una distanza inferiore a quella massima consentita (il profilo non è per la verità in contestazione).

6. In relazione a tale contratto di avvalimento tra l'odierna appellante e l'ausiliaria, sono poi infondate tutte le censure della Ladisa volta a sostenerne la non conformità ai requisiti di determinatezza richiesti dalla normativa di legge (artt. 49 d.lgs. n. 163 del 2006 e 88 d.P.R. n. 207 del 2010, come interpretati dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato nella sentenza 4 novembre 2016, n. 23). Infatti, nel contratto la predetta ausiliaria ha assunto in modo espresso l'obbligo di mettere a disposizione della Gestione Servizi Integrati ai fini dell'esecuzione dell'appalto in contestazione il proprio centro cottura, a sua volta munito della relativa autorizzazione sanitaria, allegata in copia autentica al contratto.

L'impegno così assunto è sufficientemente determinato e conforme ai requisiti minimi previsti dal disciplinare di gara, poiché da un lato esso reca la chiara messa a disposizione della concorrente di un determinato centro cottura e, dall'altro lato, attesta che quest'ultimo è munito di titolo sanitario idoneo allo svolgimento dell'attività di preparazione dei pasti. In altri termini, il contratto di avvalimento su cui si controverte contiene l'indicazione del relativo oggetto, ai sensi dell'art. 1346 cod. civ., e la prova che lo stesso dispone delle qualità richieste dall'amministrazione.

7. Con riguardo all'ulteriore profilo di illegittimità rilevato dal giudice di primo grado, concernente l'assenza di prova che la Gestione Servizi Integrati utilizzerà effettivamente il centro cottura messogli a disposizione della Greedy Ristorazione, unitamente alla mancata previsione quale oggetto di avvalimento anche del personale di quest'ultima, deve ritenersi sufficiente ai fini della partecipazione alla procedura di gara in contestazione la possibilità della prima di comunicare il proprio subingresso all'ausiliaria a mezzo di denuncia di inizio attività, unitamente all'impegno di quest'ultima a non frapporre ostacoli alla gestione della struttura da parte dell'aggiudicataria.

Infatti, il subingresso è consentito sul piano amministrativo attraverso la «notifica all'opportuna autorità competente» nazionale prevista dal citato art. 6 del regolamento C.E. n. 852 del 29 aprile 2004 e, per quanto riguarda nello specifico la Regione Puglia n. 1924 del 21 ottobre 2008 (recante le Linee guida applicative del regolamento n. 852/2004/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio sull'igiene dei prodotti alimentari. Indicazioni operative e approvazione modulistica), parimenti richiamata dall'appellante a sostegno delle proprie tesi. In particolare, quest'ultima dispone, per quanto qui di interesse, che la variazione di titolarità o di attività sia comunicata a mezzo d.i.a. al Dipartimento di prevenzione della competente A.S.L., la quale dovrà limitarsi ad accertare che il subentrante sia in possesso dei requisiti morali e professionali di ordine soggettivo, oggetto di verifica anche in sede di procedura di affidamento, oltre che la permanenza di quelli di ordine oggettivo sulla cui base l'autorizzazione sanitaria è stata originariamente rilasciata.

Inoltre, l'impegno contrattuale assunto dall'ausiliaria a non impedire che l'aggiudicataria Gestione Servizi Integrati fruisca del centro cottura consente di ritenere che anche sul piano negoziale quest'ultima sia stata posta nelle condizioni di svolgere il servizio oggetto dell'appalto.

8. Sul punto deve sottolinearsi che la Ladisa non contesta questa possibilità di subentro, ma si limita a ribadire nelle proprie difese che l'autorizzazione sanitaria in favore della concorrente costituisce un requisito necessario ai fini della partecipazione alla procedura di gara.

Questo assunto, condiviso dal Tribunale amministrativo, è tuttavia in contrasto con il tenore della clausola del disciplinare sopra richiamato. Come infatti rilevato in precedenza, quest'ultima si limitava a richiedere che del titolo sanitario fosse munito il centro cottura. Pertanto, deve ritenersi che la titolarità di tale abilitazione in capo al concorrente – elemento certamente indispensabile per l'esecuzione dell'appalto – rileva in quest'ultima fase, mentre in assenza di una previsione puntuale di *lex specialis* lo stesso non può tradursi in un requisito di ammissione alla gara.

9. Una simile conclusione si porrebbe del resto in tensione con i principi di massima partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici e di proporzionalità, oltre a limitare di fatto un istituto avente

finalità di apertura alla concorrenza qual è l'avalimento.

Infatti, è indiscutibile che l'amministrazione debba potere confidare nell'esistenza di una struttura abilitata all'esercizio dell'attività oggetto dell'appalto, ed in particolare del centro cottura per la preparazione dei pasti, presso il quale l'aggiudicatario del servizio potrà operare. Nondimeno, nessun ostacolo alla selezione di un soggetto effettivamente idoneo è ravvisabile nel fatto che questa possibilità legale possa essere conseguita all'esito della procedura di gara, fermo restando la necessità di dimostrare comunque sin dal momento della partecipazione a quest'ultima la disponibilità di una struttura idonea a tal fine. Pertanto, richiedere sin dal momento iniziale che il titolo sanitario sia già stato volturato appare eccessivo rispetto agli interessi dell'amministrazione medesima, perché in questo modo viene posto a carico dell'operatore economico un onere che ben può essere assolto all'esito della procedura di gara sulla base di una mera comunicazione all'autorità competente.

10. Non è poi decisivo in contrario il richiamo che la Ladisa fa al precedente in materia costituito dalla sentenza di questa Sezione n. 6233 del 2012. In questa pronuncia la Sezione ha infatti affermato che l'autorizzazione sanitaria richiesta per la gestione di un centro di preparazione dei pasti deve essere necessariamente intestata a chi opera in questa struttura. Ebbene, questo condivisibile principio non viene negato nel caso di specie, alla luce di quanto poc'anzi esposto.

11. Secondo l'originaria ricorrente vi sarebbe un'ulteriore circostanza che osterebbe all'utilizzo del centro cottura della Greedy Ristorazione da parte della Gestione Servizi Integrati ed essa consisterebbe nel fatto che l'ausiliaria ha partecipato in proprio alla medesima procedura di gara oggetto del presente giudizio, per il lotto 2, indicando lo stesso centro cottura. Al medesimo riguardo, la Ladisa sottolinea che la stessa società ausiliaria ha in corso di svolgimento una commessa analoga presso la Guardia di finanza di Barletta (fino al 2019). Da ciò quest'ultima trae la conclusione che l'offerta della Gestione Servizi Integrati è condizionata all'esito del lotto poc'anzi citato, stante il divieto di utilizzo contemporaneo di uno stesso centro cottura da parte di due operatori economici.

12. Sennonché, le eventualità in questione non impediscono la partecipazione alla gara, poiché nessun divieto è previsto per l'utilizzo di uno stesso centro cottura dotato di capacità produttiva sufficiente per l'esecuzione di più servizi di ristorazione.

13. Accertata quindi l'infondatezza dei motivi di impugnazione accolti in primo grado, deve essere esaminato quello riproposto dalla Ladisa nel presente appello ai sensi dell'art. 101, comma 2, del codice del processo amministrativo.

L'originaria ricorrente ribadisce in particolare che l'autorizzazione sanitaria della Greedy Ristorazione non è idonea allo svolgimento del servizio di ristorazione, perché è stata rilasciata ai sensi dell'art. 6 del citato regolamento europeo n. 825 del 2004 per l'attività di catering, ovvero di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande rivolte ad un consumatore indifferenziato, mentre il servizio oggetto dell'appalto in contestazione rientra nella tipologia denominata "ristorazione collettiva – assistenziale", in quanto destinato ad essere svolto nei confronti di un ente determinato (attività contrassegnate rispettivamente dalle lettere d) ed e) in base alla modulistica approvata dalla Regione Puglia con la citata delibera di giunta regionale n. 1924 del 21 ottobre 2008).

14. In contrario è tuttavia sufficiente rilevare - in disparte il fatto che il disciplinare di gara e capitolato amministrativo utilizza proprio il termine catering (art. 1) - che l'ausiliaria ha notificato alla competente A.S.L. una d.i.a. per l'esercizio dell'attività di ristorazione con centro di cottura (d.i.a. ricevuta il 18 gennaio 2011), la quale è dunque riconducibile al settore richiesto per partecipare alla procedura di gara in contestazione secondo la classificazione ufficiale vigente.

15. In ragione di tutto quanto sopra l'appello deve essere accolto ed in riforma della sentenza di primo grado deve essere respinto il ricorso della Ladisa.

In applicazione del criterio della soccombenza quest'ultima va condannata a rifondere alla Gestione Servizi Integrati le spese del doppio grado di giudizio. Per la relativa liquidazione si rinvia al dispositivo. Nei rapporti tra quest'ultima e gli enti pubblici resistenti deve invece essere disposta la compensazione ex art. 92 cod. proc. civ., stante l'assenza di una posizione conflittuale tra queste due parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso e i motivi aggiunti della Ladisa s.p.a.

Condanna la Ladisa s.p.a. le spese del doppio grado di giudizio a favore dell'appellante Gestione Servizi Integrati s.r.l., liquidate in complessivi € 10.000,00, oltre agli accessori di legge, e le compensa nei rapporti tra l'originaria ricorrente e le amministrazioni resistenti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Daniele Ravenna, Consigliere

REPUBBLICA ITALIANA
Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 76 del 2017, proposto da:

Rillo Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Abbamonte e Lietta Calzoni, con domicilio eletto presso lo studio Lietta Calzoni in Perugia, via Bonazzi n. 9;

contro

Regione Umbria, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Natascia Marsala, con domicilio eletto presso il suo studio in Perugia, corso Vannucci 30;
Regione Umbria - Giunta Regionale Servizio Provveditorato Gare e Contratti e Gestione Partecipate;

nei confronti di

Marinelli Costruzioni s.r.l.;

per l'annullamento

previa sospensiva

- della determinazione dirigenziale n. 902 del 3/2/2017 della Regione Umbria Direzione Regionale Risorse Finanziarie e Strumentali Affari Generali e Rapporti con i Livelli di Governo - Servizio Provveditorato, gare e contratti e gestione partecipate recante l'aggiudicazione definitiva, alla soc. Marinelli Costruzioni srl, della gara per l'affidamento dei lavori di realizzazione dell'intervento Opere di urbanizzazione primaria per le soluzioni abitative di emergenza (SAE), ubicate in Norcia, area industriale A lotti 1-2 (Perugia) CIG: 6927795549;

- della determinazione dirigenziale n. 495 del 24/01/2017 della Regione Umbria Direzione Regionale Risorse Finanziarie e Strumentali Affari Generali e Rapporti con i Livelli di Governo - Servizio Provveditorato, gare e contratti e gestione partecipate recante la presa d'atto dei verbali di gara e della proposta di aggiudicazione definitiva della gara sub 1;

- se ed in quanto possa occorrere della nota della Regione Umbria Giunta regionale del 7/2/2017, a firma del RUP, con la quale la Stazione Appaltante rigetta l'istanza di autotutela presentata dalla ricorrente in data 7/2/2017 e conferma la soglia dell'anomalia dell'offerta come determinata nei verbali di gara;

- dei verbali di gara delle sedute pubbliche e private del 16/1/2017, 17/1/2017, 19/1/2017, 20/1/2017 e 23/1/2017;

- di ogni ulteriore atto presupposto, conseguente e consequenziale comunque lesivo per la ricorrente;

e per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto stipulato in attuazione dell'illegittimo

provvedimento di aggiudicazione della gara nonché per la declaratoria del diritto della ricorrente al subingresso in tale contratto ovvero, in subordine, del risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Umbria;

Viste le memorie difensive;

Visto l'art. 79, co. 1, cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 aprile 2017 il dott. Paolo Amovilli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

1.-Con il ricorso in epigrafe Rillo Costruzioni s.r.l. impugna gli atti inerenti la gara d'appalto indetta dalla Regione Umbria ai sensi dell'art. 60 del D.lgs. 50/2016 per l'affidamento delle opere di urbanizzazione primaria per le soluzioni abitative d'emergenza presso il Comune di Norcia in seguito agli eventi sismici che hanno recentemente colpito anche il territorio umbro.

Con ordinanza n. 394 del 19 settembre 2016 a firma del Capo Dipartimento della Protezione civile, la Regione Umbria è stata indicata quale soggetto attuatore delle attività preliminari all'insediamento delle soluzioni abitative d'emergenza, anche in parziale deroga alla vigente disciplina in materia di appalti pubblici (art. 5 cit. ordinanza).

Il bando è stato pubblicato sulla G.U.R.I. V Serie Speciale Contratti Pubblici n. 151 del 30 dicembre 2016 con importo a base d'asta di 3.222.326,55 euro e criterio di aggiudicazione del prezzo più basso ai sensi dell'art. 60 del D.lgs. 50 del 2016.

Alla procedura aperta hanno partecipato 265 concorrenti (tra cui l'impresa ricorrente) e il calcolo della soglia di anomalia sorteggiato dalla Commissione è risultato quello previsto dalla lett. e) dell'art. 97 comma 2, del D.lgs. 50/2016 (c.d. taglio delle ali).

Nell'individuare le offerte con minor ribasso da accantonare nella percentuale del 10 % la Commissione escludeva 28 offerte in luogo delle 27, ritenendo come unica offerta le pervenute due offerte identiche tra quelle con minor ribasso (13,2230 % proposte da Nicolaj s.r.l. e dall'a.t.i. Impresa Edile Magnino s.r.l.) entrambe dunque accantonate nel taglio delle ali, con conseguente determinazione della soglia di anomalia nel ribasso pari a 25,699 %.

Con determinazione dirigenziale n. 902 del 3 febbraio 2017 la gara è stata definitivamente aggiudicata in favore della Marinelli Costruzioni s.r.l. con un ribasso del 25,695 % e in data 27 febbraio 2017 è stato stipulato il contratto il quale allo stato attuale risulta in gran parte eseguito (in misura dell'85 % secondo quanto risultante dagli atti di causa e rappresentato dalla difesa regionale all'udienza pubblica).

La Rillo Costruzioni, impugna il suddetto provvedimento di aggiudicazione unitamente ai verbali di gara, deducendo il seguente unico motivo di diritto:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 comma 2, lett e) del D.lgs. 50/2016 e delle "direttive" ANAC del 5.10.2016; violazione del principio di selezione della miglior offerta in tema di gare pubbliche; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento e sviamento: lamenta la Rillo Costruzioni l'erroneità del calcolo della soglia di anomalia operato dalla stazione appaltante, poiché essa avrebbe dovuto escludere soltanto 27 delle offerte con il minor ribasso, ossia un numero di offerte pari al 10 % arrotondato all'unità superiore ($265 \times 10 \% = 26,5 = 27$) dovendo considerare le pervenute due offerte identiche "uti singulis" ovvero idonee ad essere considerate singolarmente ai fini della percentuale di offerte da inserire nel taglio delle ali. La Commissione e la stazione appaltante non avrebbero correttamente applicato l'art. 92 comma secondo lett e) del nuovo Codice degli appalti pubblici approvato con D.lgs. 50 del 2016, perpetrando nell'applicazione del criterio previsto dall'art. 121 del d.P.R. 207/2010 abrogato per effetto dell'art. 217 c. 1 lett u) del citato

D.lgs. 50/16. Pertanto nel caso di offerte di ugual valore, tutte dovrebbero essere considerate come offerte singole che vanno a formare il limite massimo del 10 %. La Rillo Costruzioni lamenta pertanto la lesione del proprio interesse legittimo al conseguimento dell'aggiudicazione, dal momento che laddove le imprese escluse fossero state 27 (anziché 28) la soglia di anomalia sarebbe stata pari a 25,6846, sì che la propria offerta diverrebbe con certezza quella con il minor ribasso percentuale tra le offerte non anomale. Cita a supporto della propria tesi anche il Comunicato del Presidente dell'ANAC del 5 ottobre 2016 secondo cui sotto la vigenza del D.lgs. 50/2016 l'art. 121 del d.P.R. 207 del 2010 non può più essere applicato con conseguente non applicabilità del criterio c.d. relativo ivi previsto, dovendosi fare esclusivo riferimento al dato numerico delle offerte e non al valore delle stesse.

Si è costituita la Regione Umbria eccependo l'infondatezza del gravame, poiché in sintesi:

- l'art. 121 del d.P.R. 207 del 2010 avrebbe carattere non già innovativo ma di norma interpretativa dell'art. 86 comma 1, del D.lgs. 163/2006, il cui testo coincide con l'art. 97 comma 2 del D.lgs. 50/2016;

- la lettura fornita dal Presidente dell'ANAC nel comunicato del 5 ottobre 2010 sarebbe del tutto errata;

- la stessa ANAC avrebbe in realtà avallato l'operato della Regione Umbria avendo ricevuto il 20 febbraio 2017 tutta la documentazione di gara nell'ambito del protocollo d'intesa siglato con la stessa Autorità di Vigilanza senza nulla eccepire in merito al calcolo della soglia di anomalia;

- la propria assoluta mancanza di colpa in riferimento alla domanda risarcitoria ex adverso formulata.

Non si è costituita in giudizio l'impresa controinteressata.

Alla camera di consiglio del 21 marzo 2017 con ordinanza n. 54/2017 il Collegio ha respinto la domanda incidentale cautelare, in considerazione sia dell'imminente fissazione dell'udienza pubblica per la discussione nel merito sia della prevalenza del preminente interesse pubblico al completamento dei lavori.

Con successiva memoria la difesa della ricorrente ha chiesto il rinvio dell'udienza pubblica, per ragioni di economia processuale, all'esito della decisione recentemente rimessa all'Adunanza Plenaria (Consiglio di Stato sez. III ord. 13 marzo 2017 n. 1151) di questione simile a quella oggetto di causa, rappresentando altresì come secondo la Sezione remittente l'interpretazione più corretta da attribuire alla norma controversa coinciderebbe con quella prospettata nel ricorso. Ha altresì denunciato la violazione da parte della stazione appaltante dell'obbligo di "stand still" di cui all'art. 32 del D.lgs. 50 del 2016 e depositato perizia esplicativa dei danni subiti per effetto dell'illegittima aggiudicazione, comprensivi di lucro cessante e danno curriculare, per un totale di 618.823,62 euro.

Con altro ricorso (RG 80/2017) passato in decisione all'odierna udienza pubblica la Tullio Edil Calcestruzzi s.r.l., classificatasi seconda alla gara di che trattasi, impugna ai sensi dell'art. 120 cod. proc. amm. anch'essa l'aggiudicazione definitiva unitamente ai verbali di gara, con particolare riferimento alla decisione di ammissione della Marinelli pubblicata il 26 gennaio 2017 lamentandone la mancata esclusione con conseguente asserita diretta lesione del proprio interesse al conseguimento dell'aggiudicazione ed alla stipulazione del contratto.

All'udienza pubblica del 4 aprile 2017, uditi i difensori, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

2.- Viene all'esame del Collegio la corretta interpretazione dell'art. 97 comma 2, lett. e) del D.lgs. 50/2016 ed in particolare la questione se nel caso di offerte recanti l'identico ribasso, ai fini del c.d. taglio delle ali, devono essere conteggiati o meno tutti i ribassi, con conseguente possibile esclusione di un numero di offerte superiore alla percentuale del 10 % delle offerte di maggiore o minor ribasso. Trattasi di questione invero ben nota in riferimento all'omologo disposto di cui all'art. 86 c. 1, del D.lgs. 163 del 2006 e relativa norma di attuazione contenuta nell'art. 121 del d.P.R. 207 del 2010, in passato oggetto di contrasti giurisprudenziali.

3. - Secondo un primo orientamento infatti, nel caso in cui siano state presentate due o più offerte aventi la medesima riduzione percentuale che si trovino nella fascia delle imprese rientranti nel 10 % ogni offerta deve essere considerata individualmente (c.d. criterio assoluto) poiché la soluzione opposta comporterebbe il superamento del limite fissato dal legislatore nel 10 % e si porrebbe in contrasto con il dato letterale dell'art.

86 c. 1, del D.lgs. 163 del 2006 in assenza di ragioni sostenibili o ispirate all'interesse pubblico (ex multis Consiglio di Stato sez. V, 28 agosto 2014, n. 4429).

Al contrario, secondo un diverso orientamento giurisprudenziale avvalorato anche dai pareri della Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici (cfr. parere Autorità vigilanza contratti pubblici n. 133 del 24 luglio 2013; parere A.n.a.c. n. 87 del 23 aprile 2014), nel caso vi siano offerte portanti lo stesso ribasso nella fascia delle ali, devono essere conteggiati tutti i ribassi con conseguente possibile esclusione di un numero di offerte superiore alla percentuale del 10% delle offerte di maggiore o minore ribasso (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 18 giugno 2001, n. 3216; id. sez. V, 6 luglio 2012, n. 3953; 15 ottobre 2009, n. 6323; id. sez. V, 15 marzo 2006, n. 1373; C.G.A.S., 26 luglio 2006, n. 439; id. 21 luglio 2008, n. 608; 15 ottobre 2009, n. 6323; T.A.R. Liguria, sez. II, 12 aprile 2006, n. 364; T.A.R. Umbria, 11 aprile 2013, n. 230).

Si è infatti osservato che con il taglio delle ali la norma persegue l'intento di eliminare in radice l'influenza che possono avere sulla media dei ribassi, offerte manifestamente distanti dai valori medi e il ribasso, così individuato, ha natura oggettiva, nel senso che riporta ad unica categoria anche più offerte quando, casualmente o meno, esse hanno la medesima misura; pertanto l'indicazione del 10% delle offerte da escludere dalla media non deve essere inteso in senso soltanto numerico, ma anche in senso logico, cosicché a determinare il valore medio in questione concorrono offerte che, per la loro oggettiva consistenza, siano identiche ad altra ritenuta per definizione ininfluenza o fuorviante, venendo altrimenti a mancare, nello scarto degli estremi, la funzione correttiva sostanziale sia del computo della media, sia del calcolo dello scarto aritmetico medio dei ribassi percentuali, cui l'articolo 86 del Codice fa riferimento.

I dubbi interpretativi - secondo la richiamata giurisprudenza - dovevano comunque ritenersi superati alla luce della norma regolamentare di cui all'articolo 121, primo comma, del d.P.R. n. 207 del 2010, a mente del quale "Qualora nell'effettuare il calcolo del dieci per cento di cui all'art. 86, comma 1, del codice, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia".

Una volta ammesso, infatti, che il tenore letterale dell'articolo 86, comma 1 del D. lgs. n. 163 del 2006 può essere superato per via interpretativa per le offerte 'a cavallo' delle ali, non vi sono ragioni per non applicare lo stesso criterio alle offerte uguali che si collocano all'interno delle ali (entro l'ala superiore o entro l'ala inferiore, ovvero nel 10% delle offerte con maggior ribasso o nel 10% delle offerte con minor ribasso), criterio del c.d. "blocco unitario".

Identificare ciascuna offerta con uno specifico ribasso (accorpendo le offerte con valori identici) consente, nella fase del taglio delle ali, di depurare la base di calcolo dai ribassi effettivamente marginali (definiti ex lege nel limite del 10% superiore e inferiore di oscillazione delle offerte). In questa prospettiva è irrilevante che i ribassi identici siano a cavallo o all'interno delle ali, perché si tratta comunque di valori che se considerati distintamente limitano l'utilità dell'accantonamento e ampliano eccessivamente la base di calcolo della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico, rendendo inaffidabili i risultati.

L'articolo 121, comma 1 del d.P.R. n. 207 del 2010 aveva dunque eliminato (secondo la prevalente giurisprudenza) ogni dubbio interpretativo, specificando che le offerte da accantonare sono quelle identiche, senza distinzione tra ribassi 'a cavallo' o all'interno delle ali. Il che equivale a dire che le offerte identiche devono essere considerate, in questa fase, come un'offerta unica, mentre nella fase successiva, calcolando la media aritmetica e lo scarto medio aritmetico, si utilizzano tutte le offerte, anche quelle con valori identici.

E, infatti, quando sia stato circoscritto in modo rigoroso l'intervallo dei ribassi attendibili ai fini del calcolo della soglia di anomalia, è ragionevole che alla definizione delle medie partecipino tutte le offerte non accantonate.

Tale interpretazione, tra l'altro, è stata correttamente ritenuta più garantista dell'interesse pubblico e previene manipolazioni della gara e del suo esito ostacolando condotte collusive in sede di formulazione delle percentuali di ribasso (ex plurimis Consiglio di Stato sez. V, 8 giugno 2015 n. 2813; id. sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 818).

3.1. - Tanto premesso va evidenziato - come correttamente prospettato dalla difesa della Rillo Costruzioni - che la descritta questione è stata recentemente nuovamente posta in discussione e rimessa, ai sensi dell'art. 99 cod. proc. amm., all'Adunanza Plenaria (Consiglio di Stato sez. III, ord. 13 marzo 2017, n. 1151).

Precisamente sono stati proposti i seguenti quesiti: a) se nel calcolo del 10% delle offerte aventi maggiore e/o minore ribasso, ai sensi dell'art. 86, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006, occorra computare tutte le offerte aventi medesimo valore (e, dunque, medesimo ribasso) singolarmente una ad una o, invece, quale unica offerta (c.d. blocco unitario), facendo detta disposizione riferimento, letteralmente, all'esclusione del 10% delle offerte aventi maggiore e minore ribasso e non dei singoli ribassi; b) se la disposizione regolamentare dell'art. 121, comma 1, secondo periodo, del d.P.R. n. 207 del 2010, nel prevedere che «qualora nell'effettuare il calcolo del dieci per cento di cui all'articolo 86, comma 1, del Codice siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia», intenda o, comunque, presupponga che le offerte aventi eguale valore rispetto a quelle da accantonare siano considerate, "accantonate" e accorpate come un'unica offerta o, invece, si limiti a prevedere solo che debbano essere escluse ("accantonate") dal calcolo della soglia di anomalia le offerte che, pur non rientrando nella quota algebrica del 10%, abbiano tuttavia eguale valore rispetto a quelle da accantonare e cioè, per logica necessità, a quelle situate al margine estremo delle ali (c.d. offerte a cavallo).

3.2. - Come evidenziato dalla difesa della ricorrente trattasi di questione inerente l'applicazione dell'art. 86 comma 1, del D.lgs. 163/2006 e non già dell'art. 97 comma 2 lett e) del nuovo Codice degli appalti pubblici approvato con Dlgs. 2016 n. 50 applicabile "ratione temporis" alla gara di che trattasi, ma nondimeno rilevante, in considerazione della sostanziale identità delle due norme.

Infatti a norma della prima "Nei contratti di cui al presente codice, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media".

Secondo il citato art. 97 comma 2 lett. e), del citato D.lgs. 50/2016 "Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata, al fine di non rendere predeterminabili dai candidati i parametri di riferimento per il calcolo della soglia, procedendo al sorteggio, in sede di gara, di uno dei seguenti metodi: ...omissis e) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media, moltiplicato per un coefficiente sorteggiato dalla commissione giudicatrice all'atto del suo insediamento tra i seguenti valori: 0,6; 0,8; 1; 1,2; 1,4;"

3.3. - Dovendosi dar atto della sostanziale identità di contenuto tra le due norme (fatta eccezione per l'applicazione del coefficiente sorteggiato dalla Commissione) ritiene la Rillo Costruzioni elemento decisivo l'intervenuta abrogazione (ad opera dell'art. 217 c. 1, lett. u) del D.lgs. 50 del 2016) dell'art. 121 del d.P.R. 207 del 2010, dal momento che il criterio c.d. relativo ai fini del calcolo delle ali traeva il proprio presupposto da tal innovativo disposto regolamentare.

Ritiene il Collegio la suindicata questione interpretativa particolarmente problematica.

3.4. - Infatti, da un lato potrebbe aderirsi alla motivata tesi della Regione che fa leva sul descritto orientamento pretorio formatosi prima dell'entrata in vigore del Regolamento attuativo del Codice dei Contratti pubblici del 2006, secondo cui sulla base del citato art. 86 (e ancor prima dell'art. 21 c. 1 bis della legge "Merloni" n. 109/94 e s.m.) va dato peso al valore delle offerte e non solo al relativo numero, considerando in modo unitario quelle aventi il medesimo ribasso, dando la stura alla possibile esclusione di un numero di offerte superiore alla percentuale del dieci per cento delle offerte di maggiore o minor ribasso.

La ragione di tale interpretazione era stata individuata - come visto - nella prevenzione di manipolazioni della gara frustrando altrimenti la ricerca voluta dal citato art. 86 di un indicatore ragionevole della soglia di anomalia, così vanificando in definitiva la ricerca del miglior contraente per la P.A.

Ne consegue, così opinando, la natura puramente interpretativa e non già innovativa della pur abrogata disposizione contenuta nell'art. 121 del d.P.R. 207/2010, limitandosi a chiarire il contenuto della disposizione

della norma primaria secondo un significato affermatosi nella prassi e ormai diventato regola di diritto vivente.

Ne sarebbe dimostrazione poi la stessa natura esecutiva ed attuativa del Regolamento approvato con d.P.R. 207 del 2010 (Consiglio di Stato sez. affari normativi, 17 settembre 2007, n. 3262/07) si da impedire in subjecta materia l'introduzione di disposizioni *praeter legem*.

3.5. - Al contempo anche la tesi prospettata dalla ricorrente non manca invero di elementi persuasivi, primo fra tutti l'intervenuta abrogazione dell'art. 121 del d.P.R. 207/2010, norma che anche a non volerne riconoscere il carattere innovativo aveva comunque assunto un indubbio valore sul piano ermeneutico.

Osserva poi il Collegio come la finalità di ostacolare condotte collusive in sede di formulazione delle percentuali di ribasso e prevenire manipolazioni della gara sia in realtà già a monte affrontata e disciplinata dal nuovo Codice degli appalti pubblici approvato con D.lgs. 50/2016, dal momento che il previsto (art. 97) innovativo meccanismo di sorteggio tra ben 5 diversi metodi per il calcolo della soglia di anomalia rende oltremodo difficoltosa tale manipolazione, a beneficio della effettività del confronto concorrenziale. Con la conseguenza che venendo meno le ragioni di interesse pubblico alla base di tale lettura logico sistematica, il criterio c.d. assoluto elaborato dalla giurisprudenza potrebbe in quanto in ipotesi maggiormente aderente al tenore letterale (art. 12 comma 1 disp. Prel. c.c.) riprendere corpo (vedi sul punto le analoghe argomentazioni del Consiglio di Stato nella citata ordinanza n. 1151 del 2017).

3.6. - D'altronde nessuna decisiva rilevanza può attribuirsi al comunicato del Presidente dell'ANAC del 5 ottobre 2016 pervicacemente invocato dalla difesa della Rillo Costruzioni.

Come noto, il Codice degli appalti pubblici approvato con D.lgs. 50 del 2016 ha previsto per la relativa attuazione, in completa rottura rispetto al sistema precedente, non più un'unica fonte regolamentare avente forma e sostanza di regolamento governativo bensì una pluralità di atti, di natura eterogenea, tra cui per quello che qui interessa, le linee guida approvate dall'ANAC.

Tali linee guida, costituendo una novità assoluta nella contrattualistica pubblica, si distinguono in vincolanti (vedi ad es. art. 31 comma 5, D.lgs. 50/2016) e non vincolanti, quest'ultime invero molto più frequenti e assimilabili - secondo una tesi - alla categoria di stampo internazionalistico della c.d. "soft law" (Consiglio di Stato parere n. 1767 del 2 agosto 2016) oppure - seconda altra opzione - alle circolari intersoggettive interpretative con rilevanza esterna, operando il Codice appalti un rinvio formale alle linee guida (es. art. 36 comma 7, D.lgs. 50/2016).

Senza dover affrontare tale tematica, per quel che qui rileva va invece senz'altro affermata la natura di meri pareri dei comunicati del Presidente dell'ANAC, privi di qualsivoglia efficacia vincolante per le stazioni appaltanti, trattandosi di meri opinamenti inerenti l'interpretazione della normativa in tema di appalti pubblici.

Infatti, per quanto a norma dell'art. 213 del D.lgs. 50 del 2016 il novero dei poteri e compiti di vigilanza affidati all'ANAC sia invero penetrante ed esteso, a presidio della più ampia legalità nell'attività contrattuale delle stazioni appaltanti e della prevenzione della corruzione, non può ammettersi nel vigente quadro costituzionale, in tal delicato settore, un generale vincolante potere interpretativo con effetto *erga omnes* affidato ad organo monocratico di Autorità Amministrativa Indipendente, i cui comunicati ermeneutici - per quanto autorevoli - possono senz'altro essere disattesi.

Diversamente dalle linee guida, per la cui formazione è previsto un percorso procedimentalizzato e partecipato (vedi art. 213 comma 2 D.lgs. 50 del 2016) - nel solco d'altronde degli stessi principi affermati dalla giurisprudenza in tema di esercizio di poteri di tipo normativo o regolatorio da parte di Autorità Indipendenti (Consiglio di Stato sez. atti normativi, 6 febbraio 2006; T.A.R. Lombardia Milano, 4 febbraio 2006, n. 246) - i comunicati del Presidente dell'ANAC sono dunque pareri atipici e privi di efficacia vincolante per la stazione appaltante e gli operatori economici.

3.7. - Alla stregua delle suesposte considerazioni nessuna rilevanza può dunque avere, ai fini del presente giudizio, il comunicato ANAC del 5 ottobre 2016 da cui la Regione Umbria poteva discostarsi senza dover fornire alcuna motivazione.

4. - Per i suesposti motivi ritiene il Collegio la sussistenza di peculiari ragioni di opportunità tali da sospendere il giudizio in attesa della decisione dell'Adunanza Plenaria, dal momento che in considerazione della particolare complessità della questione - nonché dello stesso interesse pubblico al completamento dei lavori e al contenimento della spesa pubblica stante la responsabilità oggettiva sussistente in subjecta materia (C.G.U.E. 30 settembre 2010 C - 314/09) - la sentenza resa dall'adito Tribunale rischierebbe di risultare "inutiliter data" ove in contrasto con le indicazioni dell'organo nomofilattico.

4.1. - E ciò anche nella pur consapevole mancanza sia di una previsione normativa (del tipo di quella recentemente introdotta in via sperimentale per il solo PAT) che autorizzi anche il Tribunale Amministrativo a deferire direttamente la questione alla Plenaria, riferendosi come noto l'art. 99 cod. proc. amm. al solo giudizio d'appello, sia invero di una norma che consenta nel caso di specie la sospensione del giudizio, non sussistendo i presupposti tipici indicati dagli artt. 295 e 296 c.p.c. (richiamati dall'art. 79 cod. proc. amm.) stante la stessa opposizione manifestata dalla difesa regionale al rinvio dell'udienza.

5. - Per tutti i suesposti motivi ritiene il Collegio di dover sospendere il giudizio sino alla pubblicazione della decisione dell'Adunanza Plenaria a seguito della rimessione operata dalla V Sezione del Consiglio di Stato.

Sospende ogni decisione sulle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima), sospende il giudizio, come da motivazione.

Così deciso in Perugia nelle camere di consiglio dei giorni 4 e 21 aprile 2017, con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Potenza, Presidente

Paolo Amovilli, Consigliere, Estensore

Enrico Mattei, Primo Referendario

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1529 del 2017, proposto da:

Teva Italia Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Rosaria Russo Valentini, Roberto Bonatti, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Notaro, in Napoli, c.so Umberto I, n. 34;

contro

So.Re.Sa. - Società Regionale per la Sanità Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Leopoldo Di Bonito, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, v.le A. Gramsci, n. 19;

Regione Campania, non costituita in giudizio;

nei confronti di

Merck Serono Spa, Gedeon Richter Italia Srl, non costituite in giudizio;

per l'annullamento

della lettera d'invito, del capitolato speciale e dell'elenco prodotti relativi al secondo appalto specifico nell'ambito del sistema dinamico di acquisizione per la fornitura di farmaci e/o emoderivati, istituito con determinazione del Direttore generale n. 93 del 30 giugno 2016 – lotti n. 697, n. 698, n. 699, n. 700, n. 701, n. 702.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della So.Re.Sa. Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 maggio 2017 il dott. Olindo Di Popolo 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:

- col ricorso in epigrafe, la Teva Italia s.r.l. (in appresso, Teva), impugnava, chiedendone l'annullamento, previa adozione di idonee misure cautelari, i seguenti atti, inerenti al secondo appalto specifico, indetto dalla So.Re.Sa. (Società Regionale per la Sanità) s.p.a. nell'ambito del sistema dinamico di acquisizione all'uopo istituito (col criterio di aggiudicazione del prezzo più basso), ai sensi dell'art. 55 del d.lgs. n. 50/2016, con determinazione del Direttore generale n. 93 del 30 giugno 2016, ed avente per oggetto la fornitura di farmaci ed emoderivati in favore delle aziende sanitarie ed ospedaliere regionali della Campania, in relazione ai lotti n. 697, n. 698, n. 699, n. 700, n. 701, n. 702 (follitropina alfa) nei dosaggi da 300UI/0,5ml, 450UI/0,75ml, 900UI/1,5ml: -- lettera d'invito (ricevuta via p.e.c. il 7 marzo 2017) e relativi allegati (tra cui, segnatamente, capitolato speciale ed elenco prodotti); -- chiarimenti resi in ordine ai quantitativi previsti; -- bando istitutivo del sistema dinamico di acquisizione e disciplinare di gara;

- a sostegno dell'esperito gravame, la ricorrente lamentava, in estrema sintesi, che la stazione appaltante: -- a fronte della differenziazione dei prodotti in commercio, non avrebbe adeguatamente motivato la scelta del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso in ordine alla circostanza che si tratterebbe di fornitura con caratteristiche standardizzate ovvero a condizioni predefinite dal mercato; -- in nome di inesplorate e irrilevanti esigenze di continuità terapeutica, e, quindi, immotivatamente e illogicamente, nonché in violazione dei principi di concorrenza e par condicio, avrebbe riservato, per ciascuno dei tre dosaggi previsti, un lotto al c.d. originator, ossia al farmaco biologico di riferimento, già coperto da brevetto scaduto, in

favore dei pazienti già in cura a base di follitropina alfa; -- in difetto di istruttoria, avrebbe stimato il fabbisogno di follitropina alfa in termini abnormemente superiori rispetto addirittura al consumo nazionale, con conseguente impossibilità, per i concorrenti, di formulare offerte serie e affidabili e lo avrebbe, inoltre, ripartito fra i vari lotti previsti in misura ingiustificatamente sproporzionata a vantaggio del farmaco originator ed a discapito dei farmaci biosimilari;

- costituitasi l'intimata So.Re.Sa., eccepiva l'inammissibilità e l'infondatezza dell'impugnazione proposta ex adverso, della quale richiedeva, quindi, il rigetto;

- il ricorso veniva chiamato all'udienza del 10 maggio 2017 per la trattazione dell'incidente cautelare;

- nell'udienza cautelare emergeva che la causa era matura per la decisione di merito, essendo integro il contraddittorio, completa l'istruttoria e sussistendo gli altri presupposti di legge;

- le parti venivano sentite, oltre che sulla domanda cautelare, sulla possibilità di definizione del ricorso nel merito e su tutte le questioni di fatto e di diritto che la definizione nel merito pone;

Rilevato che il Collegio può esimersi dallo scrutinio delle eccezioni in rito sollevate da parte resistente, in quanto il ricorso si rivela infondato nel merito per le ragioni illustrate in appresso;

Considerato, nel merito, che:

- entro il perimetro applicativo dell'art. 95, comma 4, lett. b, del d.lgs. n. 50/2016 (a norma del quale "può essere utilizzato il criterio del minor prezzo ... per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato"), la scelta del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso rimane espressione tipica della discrezionalità della stazione appaltante, che non è censurabile se non per evidente irrazionalità o per travisamento fattuale e non impone alla stazione appaltante alcun obbligo di esternare, in una specifica e puntuale motivazione, le ragioni di essa (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 3484/2014; sez. V, n. 3121/2015; n. 4040/2015; TAR Valle d'Aosta, Aosta, n. 48/2014; TAR Lazio, Roma, sez. II, n. 6027/2015; n. 3756/2016; TAR Sicilia, Catania, sez. III, n. 1904/2015);

- ciò posto, la motivazione della scelta del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, operata, nella specie, dalla So.Re.Sa., risiede, in re ipsa, nella tipologia di prodotti previsti in fornitura: ed invero, come condivisibilmente affermato da TAR Lazio, Roma, sez. III quater, n. 10391/2015 e ribadito da Cons. Stato, sez. III, n. 1306/2016, "tutti i farmaci" sono "prodotti tipizzati e standard rispetto ai quali non appare ipotizzabile che gli acquirenti possano fornire 'specifiche tecniche' per la loro realizzazione";

- quanto al profilo di censura incentrato sull'asserita illegittimità della determinazione di aver riservato, per ciascuno dei tre dosaggi previsti, un lotto al c.d. originator, ossia al farmaco biologico di riferimento, da somministrarsi ai pazienti già curati con esso, giova, in primis, rammentare che, sulla scorta delle definizioni fornite dall'EMA (European Medicines Agency) nel documento "Questions and Answers on biosimilar medicines", EMA/837805/2011 del 27 settembre 2012: a) "Un medicinale biologico è quello che contiene una o più sostanze attive derivate da una fonte biologica; alcune di queste sostanze attive possono essere già presenti nell'organismo umano ad esempio proteine come l'insulina, l'ormone della crescita e l'eritropoietina. I medicinali biologici sono molecole più grandi e più complesse rispetto ai medicinali non biologici. Soltanto gli organismi viventi sono in grado di riprodurre tale complessità"; b) "Per medicinale biosimilare si intende un medicinale sviluppato in modo da risultare simile a un medicinale biologico che è già stato autorizzato (il così detto 'medicinale di riferimento'). I medicinali biosimilari, dunque, differiscono dai farmaci generici che hanno strutture chimiche più semplici e che sono considerati identici ai loro medicinali di riferimento. Il principio attivo di un biosimilare e quello del suo medicinale di riferimento sono di fatto la stessa sostanza biologica, tuttavia possono essere presenti differenze minori dovute alla loro natura complessa e alle tecniche di produzione. Come il medicinale di riferimento, il biosimilare presenta un certo grado di variabilità naturale. Un biosimilare viene approvato quando è stato dimostrato che tale variabilità naturale ed eventuali differenze rispetto al medicinale di riferimento non influiscono sulla sicurezza o sull'efficacia";

- ora, premesse le superiori definizioni, si pone la questione – postulata da parte ricorrente – della sostituibilità del farmaco biologico originator di riferimento (nel caso in esame, Gonal F, commercializzato dal Merck Serono s.p.a.) con altro farmaco biosimilare a base di follitropina alfa nei confronti dei pazienti già trattati col primo;

- ebbene, al riguardo, l'AIFA (Agenzia Italiana del Farmaco), nel Position Paper del 28 maggio 2013, intitolato "I farmaci biosimilari", ha chiarito che "i medicinali biologici e biosimilari non possono essere considerati sic et simpliciter alla stregua dei prodotti equivalenti, escludendone quindi la vicendevole sostituibilità terapeutica automatica" e, quindi, "proprio perché i medicinali biologici di riferimento ed i biosimilari sono medicinali simili, ma non identici ... ha deciso di non includere i medicinali biosimilari nelle liste di trasparenza che consentono la sostituibilità automatica tra prodotti equivalenti";

- alla luce di tale chiarimento, trova adeguata giustificazione, nei sensi della richiamata "continuità terapeutica", la censurata determinazione di aver riservato, per ciascuno dei tre dosaggi previsti, un lotto al c.d. originator, ossia al farmaco biologico di riferimento, in favore dei pazienti già curati con esso;

- ed invero, la categoria di 'biosimilarità', intesa quale comparabilità tra un farmaco biosimilare ed il suo

prodotto di riferimento, non è totalmente omologa rispetto a quella di equivalenza tra farmaci non biologici: nel senso che, mentre i farmaci a sintesi chimica tra loro equivalenti si caratterizzano per la medesima composizione quali-quantitativa di principio attivo, nonché per un'efficacia clinica ed un profilo di effetti indesiderati pressoché sovrapponibili, un biosimilare e il suo prodotto di riferimento – alla stregua della menzionata definizione fornita dall'EMA – sono, bensì, essenzialmente simili in termini di qualità, sicurezza ed efficacia, ma non possono, comunque, considerarsi identici, essendo ottenuti mediante tecniche differenti;

- in considerazione di ciò, a differenza dei medicinali chimici di sintesi, la comunità scientifica e gli organismi preposti al settore (EMA ed AIFA) escludono la vicendevole sostituibilità terapeutica tra 'originator' e 'biosimilari', come talora rilevabile anche dalle concrete modalità di somministrazione;
- tale distinzione vale ad assecondare il principio della continuità terapeutica e della libertà prescrittiva, che impongono per la salute del paziente la continuità nell'assunzione del medesimo farmaco 'originator' e la non interscambiabilità con il 'biosimilare', ed è stata riconosciuta anche in ambito giurisprudenziale in relazione alla legittimità, per le stazioni appaltanti, di dare luogo a procedure negoziate, di indire gare per lotti separati o in unico lotto, ma con possibilità di richiedere la fornitura del 'biotech' al prezzo offerto in gara, riconoscendone, appunto, la diversità sostanziale (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 1297/2012; TAR Lazio, Roma, sez. III, n. 4600/2013);
- venendo, poi, alla denunciata sovrastima del fabbisogno di follitropina alfa, essa non trova sufficiente e concreto appiglio probatorio, ai sensi dell'art. 64, comma 1, cod. proc. amm., nelle deduzioni di parte ricorrente, a fronte dell'attestazione della stazione appaltante, secondo cui "i quantitativi posti a gara sono quelli comunicati dalle Aziende Campania";
- non senza aggiungere che ad un simile vizio istruttorio non risulta ricollegabile una diretta lesività per i soggetti concorrenti, tenuto conto che questi, in qualità di operatori specializzati sul mercato, ben avrebbero potuto formulare una prognosi attendibile circa l'effettiva richiesta dei prodotti contemplati in fornitura nell'ambito dei quantitativi indicati nei singoli lotti posti a gara e, quindi, sulla base di tale prognosi, offrire un prezzo congruo rispetto a detta richiesta (così come occorso proprio alla Teva, la quale – alla stregua delle allegazioni della resistente So.Re.Sa. – è risultata in condizioni di presentare un'offerta tale da precludere all'aggiudicazione dei lotti n. 697, n. 699, n. 701 in suo favore);
- del pari, esplorativo e privo di concreti riscontri probatori è l'assunto di ingiustificata sproporzione quantitativa tra i lotti di follitropina alfa riservati all'originator a discapito di quelli aperti ai biosimilari;
- peraltro, i fabbisogni indicati dalla stazione appaltante rivestono natura indicativa, cosicché nulla esclude che, in base al concreto andamento della pratica terapeutica, la denunciata sproporzione quantitativa tra i lotti anzidetti possa trovare (almeno parziale) riequilibrio nella misura dell'effettiva richiesta dei singoli prodotti contemplati in fornitura;

Ritenuto, in conclusione, che:

- stante l'acclarata infondatezza di tutte le censure proposte, così come dianzi scrutinate, il ricorso in epigrafe deve essere respinto;
- le spese di lite devono seguire la soccombenza e, quindi, essere poste a carico della parte ricorrente;
- dette spese vanno liquidate in complessivi € 2.000,00, da liquidarsi in favore della So.Re.Sa.;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso in epigrafe.

Condanna la Teva Italia s.r.l. al pagamento delle spese di lite, che si liquidano in complessivi € 2.000,00, in favore della So.Re.Sa. s.p.a.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 10 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Ida Raiola, Consigliere

Olindo Di Popolo, Consigliere, Estensore

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
II Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana
(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 228 del 2017, proposto da:

Supermatic s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Ivan Marrone, Dario Rigacci, con domicilio eletto presso lo studio Ivan Marrone in Firenze, via de' Rondinelli, 2;

contro

Liceo Scientifico Statale Salutati - Montecatini Terme, Ministero dell'Università, dell'Istruzione e della Ricerca Scientifica, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Firenze, domiciliata in Firenze, via degli Arazzieri, 4;

nel confronti di

Cda Vending s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Matteo Spatocco, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, viale S. Lavagnini n. 41;

per l'annullamento

del provvedimento prot. n. 550/D9 del 10 febbraio 2017 nonché del provvedimento prot. n. 182/D9 del 19 gennaio 2017 con i quali il Liceo Statale "Coluccio Salutati" di Montecatini Terme ha disposto l'annullamento in autotutela della procedura di gara per l'affidamento del servizio di ristoro interno tramite distributori automatici di Bevande e snack e di ogni altro atto presupposto o consequenziale incluso, ove occorrer possa, la lettera di invito prot. n. 4821/D9 del 16 dicembre 2016 nella parte in cui prevede la possibilità di annullamento in autotutela ad <<insindacabile giudizio>> dell'Istituto scolastico.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Liceo Scientifico Statale Salutati - Montecatini Terme, Cda Vending s.r.l. e Ministero dell'Università, dell'Istruzione e della Ricerca Scientifica;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 aprile 2017 il dott. Luigi Viola e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società ricorrente partecipava alla gara per l'affidamento con durata annuale del servizio di fornitura bevande calde, fredde e snack mediante distributori automatici indetta dal Liceo Statale "Coluccio Salutati" di Montecatini Terme, con lettera di invito 16 dicembre 2016 prot. n. 4821/D9; all'esito delle operazioni di gara conseguiva la prima posizione in graduatoria con complessivi 60 punti avanti alla CDA Vending s.r.l., che conseguiva la seconda posizione con punti 47,66.

Invece di procedere all'aggiudicazione, il Dirigente scolastico del Liceo Statale "Coluccio Salutati" di Montecatini Terme, con provvedimento 19 gennaio 2017 prot. n. 182/D9, disponeva l'annullamento in autotutela dell'intera procedura, sulla base della seguente motivazione: <<verificata la sussistenza nel procedimento selettivo di vizi procedurali tali da poter inficiare ab origine la procedura di gara>>.

A seguito delle contestazioni della Supermatic s.p.a., il Dirigente scolastico del Liceo Statale "Coluccio Salutati" di Montecatini Terme emanava il successivo provvedimento 10 febbraio 2017 prot. 550/D9 che sostituiva il precedente, disponendo l'annullamento della gara sulla base della seguente e diversa motivazione: <<verificata la sussistenza nel procedimento selettivo di vizi procedurali tali da poter inficiare ab origine la procedura di gara (mancata individuazione del RUP ex art. 31 del D.Lgs 50/2016); Sussistendo pertanto l'interesse pubblico ad annullare atti procedimentali viziati; In assenza di posizioni giuridiche consolidate>>.

Gli atti meglio specificati in epigrafe era impugnati dalla ricorrente per violazione e/o falsa applicazione artt. 21 octies e nonies l. 7 agosto 1990 n. 241 e art. 31 d.lgs. 19 aprile 2016 n. 50, difetto di motivazione,

eccesso di potere per sviamento.

Si costituivano in giudizio le Amministrazioni intime (controdeducendo sul merito del ricorso) e la CDA Vending s.r.l. (con comparsa di mera forma); le Amministrazioni statali costituite articolavano altresì eccezione preliminare di inammissibilità del ricorso.

In via preliminare, la Sezione deve rilevare come non possa trovare accoglimento l'eccezione preliminare di inammissibilità del ricorso proposta dall'Avvocatura dello Stato; le due decisioni richiamate a sostegno dell'eccezione (Cons. Stato, sez. III, 28 febbraio 2014, n. 942; sez. V, 20 agosto 2013, n. 4183) si limitano, infatti, ad escludere che il partecipante ad una procedura di evidenza pubblica possa maturare un particolare affidamento sull'esito della stessa anteriormente all'intervento del provvedimento di aggiudicazione definitiva, ma non escludono per nulla che lo stesso possa contestare la legittimità amministrativa della decisione di annullare la gara (diversamente opinando, si verrebbe a creare, infatti, una zona franca dal sindacato di difficile compatibilità costituzionale) e, nel caso di specie, la ricorrente, si è proprio limitata a prospettare vizi di legittimità dei provvedimenti di annullamento della gara.

Nel merito, il ricorso è poi fondato e deve pertanto essere accolto.

Tutti e due i provvedimenti di autotutela impugnati con il ricorso sono caratterizzati dall'evidente violazione dell'art. 21-nonies, 1° comma della l. 7 agosto 1990 n. 241, non contenendo una qualche motivazione in ordine alle <<ragioni di interesse pubblico>> legittimanti l'annullamento in sede di autotutela del provvedimento, ma solo l'indicazione del (presunto) vizio di legittimità riscontrato (di per sé insufficiente a legittimare l'annullamento, non potendo essere ravvisato l'interesse pubblico all'annullamento dell'atto nella mera esigenza di ripristino della legalità violata: T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 15 febbraio 2017, n. 127; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 25 novembre 2013, n. 614).

Per di più il provvedimento 19 gennaio 2017 prot. n. 182/D9 del Dirigente scolastico del Liceo Statale "Coluccio Salutati" di Montecatini Terme appare essere caratterizzato anche da evidente difetto di motivazione in ordine al vizio di legittimità legittimante l'annullamento in sede di autotutela non potendo ovviamente essere considerato sufficiente il generico riferimento a <<vizi procedurali tali da poter inficiare ab origine la procedura di gara>>, non accompagnato da una qualche specificazione del vizio riscontrato. Al contrario, il secondo provvedimento di autotutela (il provvedimento 10 febbraio 2017 prot. 550/D9 del Dirigente scolastico del Liceo Statale "Coluccio Salutati" di Montecatini Terme) deve ritenersi sufficientemente motivato per quello che riguarda il vizio di legittimità riscontrato (ma non per l'interesse pubblico all'annullamento, per quanto già rilevato), ma del tutto erroneo in diritto.

La mancata nomina del R.U.P. di cui all'art. 31 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 deve, infatti, essere inquadrata nel più generale orientamento giurisprudenziale che ha escluso che <<l'omessa indicazione ... del responsabile del procedimento ... (possa dare) luogo a vizio di legittimità, salvo che sia dimostrato un concreto pregiudizio (ciò che nella specie non è), applicandosi la norma suppletiva di cui all'art. 5 della citata legge nr. 241 del 1990, a tenore della quale nella prospettata ipotesi è considerato responsabile del singolo procedimento il funzionario preposto all'unità organizzativa competente>> (Cons. Stato, sez. IV, 22 marzo 2013, n. 1632; T.A.R. Toscana, sez. III, 30 gennaio 2012, n. 197; T.A.R. Campania, Napoli, VII, 14 gennaio 2011, n. 164; T.A.R. Lazio, Roma, III, 9 settembre 2010, n. 32207; Cons. Stato, sez. II, 16 maggio 2007, parere n. 866).

Del resto, l'applicabilità alla nuova previsione di cui all'art. 31 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 della giurisprudenza sopra richiamata non è certo esclusa dal riferimento all'atto formale di nomina del R.U.P. previsto dalla disposizione (la necessità dell'atto formale di nomina sarebbe, infatti, comunque desumibile dai principi generali, anche in mancanza di previsione espressa) o dalla mancanza, nella disposizione impugnata, dell'espresso richiamo della l. 7 agosto 1990, n. 241, apparendo di tutta evidenza come si tratti di una particolare articolazione (con aspetti di particolarità che, in questa sede, non rilevano) dell'istituto del responsabile del procedimento prevista dalla legge generale sul procedimento.

In definitiva, i due provvedimenti di autotutela devono essere annullati, senza che sussista una qualche necessità di procedere all'annullamento anche della clausola della lettera di invito 16 dicembre 2016 prot. n. 4821/D9 prevedente la possibilità dell'annullamento della gara ad <<insindacabile giudizio>> della Stazione appaltante; la detta clausola non può, infatti, assumere il valore di una preventiva rinuncia a chiedere il sindacato giudiziale dei provvedimenti di annullamento d'ufficio e pertanto non rileva nella presente vicenda. Le spese seguono la soccombenza e devono essere poste a carico delle Amministrazioni intime, mentre possono essere compensate nei confronti della controinteressata, che non ha svolto alcun ruolo nell'emanazione degli atti impugnati.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, come da motivazione e, per l'effetto, dispone l'annullamento dei provvedimenti 19 gennaio 2017 prot. n. 182/D9 e 10 febbraio 2017 prot. 550/D9 del Dirigente scolastico del Liceo Statale "Coluccio Salutati" di Montecatini Terme.

Condanna le Amministrazioni costituite alla corresponsione alla società ricorrente della somma di € 4.000,00 (quattromila/00), oltre ad IVA e CAP, a titolo di spese del giudizio.

Compensa le spese di giudizio nei confronti della controinteressata.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 26 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Romano, Presidente

Luigi Viola, Consigliere, Estensore

Alessandro Cacciari, Consigliere