**SENTENZE OGGIPA**

N. 00380/2018 REG.PROV.COLL.
N. 01929/2017 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA**
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
(Sezione Quarta)
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1929 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Consorzio Canturino Pompe Funebri di Zanfrini Ornella & C. S.n.c., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Bertacco, Antonio Donato Coscia e Roberto Rossi, con domicilio eletto presso lo studio degli avvocati Paolo Bertacco e Antonio Donato Coscia in Milano, via San Damiano, 9;
contro
Comune di Cantù, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Giacalone, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Visconti di Modrone, 11;
per l'annullamento
per quanto riguarda il ricorso introduttivo:
- della Determinazione dirigenziale n. 1117 del 26 luglio 2017 recante “annullamento d'ufficio ai sensi dell'art. 21-nonies della L. n. 241/1990 della procedura di affidamento del servizio di trasporti funebri del Comune di Cantù e della relativa aggiudicazione disposta con determinazione dirigenziale n. 490 del 29/03/2017. Caducazione automatica del consequenziale contratto rep. n. 18777 del 26/05/2017”;
- per quanto occorrer possa, della deliberazione del Consiglio comunale di Cantù del 17 luglio 2017
nonché per la condanna
- al risarcimento del danno;
per quanto riguarda i motivi aggiunti:
- dell'avviso di gara "per l'affidamento tramite procedura negoziata del servizio dei trasporti funebri a carico del Comune - periodo dal 01.03.2018 al 28.02.2021", nonché del relativo capitolato speciale d'appalto, dell'elenco degli invitati, del DGUE e del Modello di offerta economica, pubblicati sulla piattaforma SINTEL in data 14 dicembre 2017 (doc. 10 del Comune di Cantù);
- della Determinazione Dirigenziale (Registro n. 215 - Reg. generale n. 1960) datata 12 dicembre 2017 (doc. 18) mediante la quale il Dirigente delle Risorse Umane e Finanziarie del Comune di Cantù ha approvato ed indetto la procedura negoziata di cui ai precedenti provvedimenti;
nonché dei provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo e dunque
- della Determinazione dirigenziale n. 1117 del 26 luglio 2017 recante "annullamento d'ufficio ai sensi dell'art. 21-nonies della L. n. 241/1990 della procedura di affidamento del servizio di trasporti funebri del Comune di Cantù e della relativa aggiudicazione disposta con determinazione dirigenziale n. 490 del 29/03/2017. Caducazione automatica del consequenziale contratto rep. n. 18777 del 26/05/2017" (doc. 1);
- per quanto occorrer possa, della deliberazione del Consiglio comunale di Cantù del 17 luglio 2017 (doc. 2);
nonché
- per la condanna al risarcimento del danno.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Cantù;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 gennaio 2018 il dott. Giovanni Zucchini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Con determinazione dirigenziale n. 490 del 29.3.2017 il Comune di Cantù (CO) affidava, a seguito di procedura negoziata, alla società Consorzio Canturino Pompe Funebri di Zanfrini Ornella & C. Snc (di seguito, anche solo “Consorzio” oppure “società”), la gestione del servizio di trasporto funebre a carico del Comune dal 1.4.2017 al 31.3.2020.
Alla determinazione di affidamento faceva seguito la sottoscrizione del contratto di appalto il 26.5.2017.
Successivamente, però, il Comune avviava una procedura di autotutela e a conclusione della medesima, con determinazione dirigenziale n. 1117 del 2017, annullava d’ufficio tutti gli atti della procedura, compresa l’aggiudicazione e dichiarava la caducazione automatica dell’efficacia del contratto di appalto.
Contro la determinazione di annullamento succitata era proposto il ricorso principale, con domanda di sospensiva, affidato ad una pluralità di articolati motivi.
Si costituiva in giudizio il Comune intimato, concludendo per il rigetto del gravame.
In esito alla camera di consiglio del 21.9.2017, la Sezione IV del TAR Lombardia fissava l’udienza di discussione del ricorso con ordinanza n. 1853/2017, ai sensi degli articoli 119 e 120 del c.p.a., per la data del 25 gennaio 2018.
Nelle more di quest’ultima, l’amministrazione comunale resistente, con determinazione dirigenziale n. 1960/2017, indiceva una nuova procedura negoziata per l’affidamento del servizio di cui è causa per il periodo 1.3.2018-28.2.2021.
Contro la determinazione da ultimo indicata era proposto ricorso per motivi aggiunti, con una nuova domanda di sospensiva.
All’udienza cautelare dell’11.1.2018, l’istanza di sospensiva era rinunciata; contestualmente le parti rinunciavano anche ai termini a difesa sui motivi aggiunti, per consentire la loro trattazione all’udienza di merito già fissata dal Tribunale.
Alla pubblica udienza del 25.1.2018, la causa era discussa e trattenuta in decisione.

**DIRITTO**

1. Ai fini dell’esatta comprensione e trattazione del presente ricorso, occorre premettere che uno dei due soci amministratori e rappresentanti della società in nome collettivo ricorrente è il sig. Armando Arosio (cfr. la visura camerale, doc. 6 della ricorrente), che ha del resto sottoscritto il contratto di appalto con l’amministrazione comunale (cfr. il doc. 5 della ricorrente).
Il fratello del sig. Armando, vale a dire il sig. Edgardo Arosio, è stato eletto sindaco di Cantù in esito alle elezioni comunali del 2017.
Il sindaco eletto è quindi parente entro il secondo grado di un soggetto (socio amministratore e rappresentante di una società in nome collettivo), che al momento dell’elezione aveva un contratto in corso con il Comune, il che pone una questione di incompatibilità del sindaco stesso, ai sensi dell’art. 61, comma 1 *bis*, del D.Lgs. 267/2000 (Testo Unico degli enti locali).
Parimenti, la signora Zanfrini Ornella, anch’essa socio amministratore e rappresentante della società esponente, è cognata e quindi affine del sindaco (il comma 1 *bis* citato estende l’incompatibilità anche agli affini entro il secondo grado).
La questione sull’asserita incompatibilità non è contestata dalle parti processuali e risulta dalla documentazione versata in giudizio, in particolare dal verbale della seduta del consiglio comunale di Cantù del 17.7.2017 (avente all’ordine del giorno la convalida degli eletti), seduta nel corso della quale lo stesso sindaco effettuava un lungo intervento dedicato proprio al problema dell’incompatibilità (cfr. il doc. 2 della ricorrente).
La succitata vicenda del sindaco sig. Arosio aveva anche una vasta eco sulla stampa locale (cfr. il doc. 9 della ricorrente).
Ciò premesso, attraverso l’attuale ed articolato gravame principale, la società esponente lamenta l’illegittimità del provvedimento di annullamento in autotutela della gara ad essa aggiudicata, evidenziando non solo la radicale insussistenza dei presupposti di legge per l’autotutela amministrativa (art. 21 *nonies* della legge 241/1990), ma anche lo sviamento di potere in cui sarebbe incorso il Comune di Cantù, che avrebbe disposto l’atto di ritiro unicamente per risolvere la questione dell’incompatibilità del sindaco eletto, quindi esercitando il potere amministrativo di autotutela per una finalità non consentita dalla legge.
1.1 Il provvedimento di autotutela ivi impugnato individua tre vizi di illegittimità della pregressa procedura di gara, che aveva condotto all’aggiudicazione dell’appalto a favore del Consorzio (cfr. il provvedimento impugnato, doc. 1 della ricorrente).
La precedente procedura negoziata era stata indetta ai sensi dell’art. 36 del D.Lgs. 50/2016 (codice dei contratti pubblici o anche solo “codice”), ed il Comune aveva fissato al 13.1.2017 la data per la trasmissione delle manifestazioni di interesse alla partecipazione alla procedura di gara (cfr. il doc. 1 della resistente, vale a dire la determinazione dirigenziale n. 2908/2016).
Nelle more di quest’ultima, tuttavia, lo stesso Comune decideva di modificare, in senso meno restrittivo, uno dei requisiti di partecipazione, riguardante le capacità tecniche e professionali, rettificando di conseguenza tale requisito, allo scopo di consentire una maggiore partecipazione alla gara (in particolare, lo svolgimento di pregressi servizi identici era richiesto a favore di una sola pubblica amministrazione e non più a favore di cinque amministrazioni, cfr. il doc. 2 della resistente).
La determinazione di rettifica del citato requisito, n. 2/2017, era pubblicata all’albo pretorio per quindici giorni, dal 10 gennaio al 25 gennaio 2017, come attestato dal doc. 11 della ricorrente, vale a dire la copia della determinazione citata con allegato il certificato di avvenuta pubblicazione.
Tuttavia, se la determinazione di rettifica era ritualmente pubblicata, il termine per la trasmissione delle manifestazioni di interesse rimaneva formalmente fissato ancora al 13.1.2017, il che – secondo l’amministrazione – configurerebbe un vizio di illegittimità della originaria procedura di gara.
Tale tesi non può trovare accoglimento.
Innanzi tutto, il termine per la manifestazione di interesse a fronte di un avviso esplorativo, concretante una semplice indagine di mercato, non appare di per sé perentorio (in ogni caso non risulta una previsione di legge in tal senso), essendo il carattere della perentorietà riservato semmai al successivo termine per la presentazione delle offerte di gara.
Nel caso di specie, poi, a fronte dell’approvazione e della successiva rituale pubblicazione della determinazione di rettifica del requisito (si noti che sia la determina che approva l’avviso esplorativo sia quella successiva di rettifica provengono dallo stesso ufficio comunale e sono sottoscritte dallo stesso dirigente, cfr. i documenti 1 e 2 del resistente), il mantenimento del termine del 13.1.2017 per la trasmissione delle manifestazioni di interesse assurge tutt’al più a mera irregolarità, non sussistendo ostacoli per gli operatori alla presentazione di manifestazioni di interesse entro il termine di pubblicazione del provvedimento di rettifica (25.1.2017).
Non risulta, inoltre, che taluni operatori abbiano manifestato il loro interesse e siano stati esclusi dal Comune attraverso il richiamo al citato termine del 13.1.2017.
Il provvedimento di autotutela richiama sul punto l’art. 4.1.4 delle Linee Guida ANAC n. 4/2016, (<<*La stazione appaltante assicura l’opportuna pubblicità dell’attività di esplorazione del mercato, scegliendo gli strumenti più idonei in ragione della rilevanza del contratto per il settore merceologico di riferimento e della sua contendibilità, da valutare sulla base di parametri non solo economici. A tal fine la stazione appaltante pubblica un avviso sul profilo di committente, nella sezione “amministrazione trasparente” sotto la sezione “bandi e contratti”, o ricorre ad altre forme di pubblicità. La durata della pubblicazione è stabilita in ragione della rilevanza del contratto, per un periodo minimo identificabile in quindici giorni, salva la riduzione del suddetto termine per motivate ragioni di urgenza a non meno di cinque giorni*>>), ma tale prescrizione non appare violata, posto che la determinazione di rettifica è stata pubblicata per quindici giorni.
1.2 Il secondo presunto vizio di illegittimità della procedura di gara è rinvenuto dall’amministrazione nella violazione del principio di rotazione degli inviti di cui all’art. 36, comma 2, lettera b) del codice, come interpretato dall’art. 4.2.2 delle Linee Guida ANAC n. 4/2016.
Il Consorzio ricorrente era, infatti, gestore uscente del servizio, sicché l’invito a partecipare rivolto allo stesso è stato reputato illegittimo dal Comune in sede di autotutela.
Anche in tale caso però, non sembra ravvisarsi un vizio di legittimità dell’azione amministrativa o perlomeno un vizio di gravità tale da giustificare fondatamente un provvedimento di autotutela amministrativa a fronte di un contratto di appalto in corso di esecuzione.
Infatti, se è pur vero che l’art. 36, comma 2, lettera b), del codice, prevede il rispetto, fra gli altri criteri, di un criterio “di rotazione degli inviti”, parimenti non sussiste un divieto assoluto di invito del gestore uscente, non assurgendo il principio di rotazione a regola inderogabile.
In tal senso, si vedano TAR Toscana, sez. II, 12.6.2017, n. 816, per cui il principio di rotazione è servente e strumentale a quello di concorrenza, sicché non può disporsi l’estromissione del gestore uscente allorché ciò finisca per ridurre la concorrenza, e TAR Veneto, sez. I, 26.5.2017, n. 515, secondo cui: <<*…per unanime giurisprudenza proseguita anche sotto il vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, il principio di "rotazione" degli operatori economici da invitare nelle procedure negoziate svolte in base all'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, pur essendo funzionale ad assicurare un certo avvicendamento delle imprese affidatarie, non ha una valenza precettiva assoluta per le stazioni appaltanti, sì che, a fronte di una normativa che pone sullo stesso piano i principi di concorrenza e di rotazione, la prevalente giurisprudenza si è ripetutamente espressa nel senso di privilegiare i valori della concorrenzialità e della massima partecipazione, per cui in linea di massima non sussistono ostacoli ad invitare anche il gestore uscente del servizio a prendere parte al nuovo confronto concorrenziale (in questi termini: Consiglio di Stato, Sez. VI, 28.12.2011, n. 6906; TAR Napoli, II, 08.03.2017 n. 1336; TAR Lazio, Sez. II, 11.03.2016 n. 3119). Pertanto, "ove il procedimento per l'individuazione del contraente si sia svolto in maniera essenzialmente e realisticamente concorrenziale, con invito a partecipare alla gara rivolto a più imprese, ivi compresa l'affidataria uscente, e risultino rispettati sia il principio di trasparenza che quello di imparzialità nella valutazione delle offerte, può dirsi sostanzialmente attuato il principio di rotazione, che non ha una valenza precettiva assoluta, per le stazioni appaltanti, nel senso di vietare, sempre e comunque, l'aggiudicazione all'affidatario del servizio uscente. Se, infatti, questa fosse stata la volontà del legislatore, sarebbe stato espresso il divieto in tal senso in modo assoluto" (TAR Napoli, II, 27.10.2016 n. 4981)*>>.
Con riguardo poi all’art. 4.2.2 delle Linee Guida di ANAC, si rileva che si tratta di un atto avente natura amministrativa e meramente interpretativa della superiore norma di legge, tanto è vero che la stessa ANAC ha deliberato nella seduta del 20.12.2017 una modifica a tale norma, attualmente in attesa di approvazione definitiva.
1.3 Il terzo presunto motivo di illegittimità della procedura di gara annullata d’ufficio riguarda il requisito di partecipazione di carattere economico e finanziario; l’avviso esplorativo per la manifestazione di interesse prevedeva - quale requisito in tal senso - la presentazione di due “attestazioni bancarie” (cfr. ancora il doc. 1 del resistente), mentre la successiva lettera di inviato, all’art. 5.1.4 sostituiva alle referenze bancarie, quale prova del requisito, il “fatturato di almeno euro 50.000,00 nel triennio 2014/2016” (cfr. il doc. 10 della ricorrente, pag. 3).
La modifica del requisito effettuata dalla stazione appaltante sarebbe – a detta del Comune - illegittima, considerato che il Consorzio ha provato il requisito di carattere finanziario con la dichiarazione del fatturato e non con l’esibizione delle referenze bancarie.
Anche in tal caso, però, è dubbia la sussistenza di un vizio di legittimità idoneo a travolgere l’intera procedura di gara: la società ricorrente ha comunque dato la prova del requisito nel rispetto delle prescrizioni della lettera di invito (cfr. il doc. 15 della ricorrente), lo stesso provvedimento impugnato ammette che il Consorzio poteva essere ammesso al soccorso istruttorio “a pagamento” (il che preclude l’esclusione dalla gara), senza contare che nell’atto di autotutela non viene in ogni modo evidenziata la presunta mancanza in concreto della capacità e solidità finanziaria in capo all’appaltatore.
1.4 Se non appaiono quindi sussistere i vizi di legittimità della procedura di gara indicati nel provvedimento di autotutela, parimenti quest’ultimo appare illegittimo laddove espone le ragioni di pubblico interesse che, a norma dell’art. 21 *nonies* della legge 241/1990, dovrebbero giustificare l’autotutela, a fronte anche dell’interesse del destinatario che, nel caso di specie, è rappresentato da un’impresa che, al momento dell’atto di ritiro, stava già eseguendo le prestazioni oggetto dell’appalto.
Il Comune sostiene che l’annullamento dell’aggiudicazione e la conseguente inefficacia del contratto stipulato garantirebbero una maggiore promozione della concorrenza per effetto della nuova procedura, oltre ad una riduzione dei costi per il servizio a carico dell’amministrazione.
Tali affermazioni, tuttavia, risultano smentite dalla lettura degli atti del giudizio, oltre ad assumere un carattere apodittico, essendo il frutto di un’attività istruttoria superficiale e lacunosa.
Per quanto riguarda i costi del servizio, ad esempio, il Consorzio offriva, per il recupero delle salme, il prezzo unitario di euro 240,00 (cfr. il doc. 13 della ricorrente e l’art. 4 del contratto, doc. 5 della ricorrente).
Orbene, nei comuni vicini a quello di Cantù, i prezzi unitari appaiono più elevati: in particolare euro 352,00 a Lomazzo, euro 270,00 a Mariano Comense, euro 248,00 nel comune capoluogo di provincia (Como), euro 300,00 nel Comune di Carugo ed euro 352,00 nel Comune di Fino Mornasco (cfr. per tali prezzi, il doc. 14 della ricorrente).
Anche per altri servizi funebri come il trasporto e cassa per indigenti e trasposto salme esumate, i prezzi unitari offerti dal Consorzio (rispettivamente euro 260,00 ed euro 110,00, cfr. ancora il doc. 13), appaiono inferiori a quelli pagati da altri comuni lombardi, quali Lodi o Busto Arsizio (cfr. ancora il doc. 14 della ricorrente).
D’altronde, nel periodo successivo alla estromissione della società dal servizio, il Comune di Cantù, allorché ha fatto ricorso ad altri operatori per l’espletamento dei servizi funebri, ha corrisposto prezzi più elevati di quelli oggetto dell’appalto annullato.
Si vedano sul punto, i documenti 16 e 17 della ricorrente, vale a dire le determinazioni dirigenziali dell’amministrazione resistente n. 1299/2017 e n. 1313/2017 che, per il servizio di recupero salma, hanno liquidato a due distinte imprese del settore rispettivamente euro 550,00 ed euro 600,00.
L’affermazione contenuta nel provvedimento impugnato, secondo cui l’autotutela potrebbe evitare un “potenziale danno erariale”, non appare quindi minimamente provata, essendo legata alla sola apodittica asserzione secondo cui una nuova gara garantirebbe di per sé un significativo risparmio di spesa (fra l’altro, la nuova gara indetta dal Comune e contestata coi motivi aggiunti del presente ricorso, è nuovamente una procedura negoziata ai sensi dell’art. 36 del codice e non una procedura aperta).
A ciò si aggiunga un dato ulteriore: dal momento dell’avvio del servizio alla data del 17.7.2017 (seduta del consiglio comunale ove si è posta la questione dell’incompatibilità del sindaco), la spesa sostenuta dal Comune di Cantù è stata di euro 260,00 (cfr. il doc. 2 della ricorrente, pag. 5), e tale circostanza avrebbe dovuto indurre l’amministrazione, in sede di autotutela, ad una verifica più approfondita dei costi dell’appalto.
Non risultano, in conclusione, minimamente provate le enunciate ragioni di pubblico interesse, prevalenti su quella al mero ripristino della legalità asseritamente violata, che a norma dell’art. 21 *nonies* della legge 241/1990, potrebbero giustificare l’autotutela nei confronti di un appalto in fase di esecuzione.
1.5 Sono di conseguenza fondati i motivi del ricorso principali che denunciano l’illegittimo esercizio del potere di autotutela (numeri 1.2, 2 e 3); parimenti appaiono condivisibili, per le ragioni che si esporranno, le doglianze sullo sviamento di potere in cui è incorsa l’amministrazione e sulla palese violazione delle garanzie di partecipazione procedimentale (motivi 1.1 e 4).
In primo luogo, non può sottacersi l’evidente nesso fra l’avvio del procedimento di autotutela e l’insorgenza di una causa di incompatibilità del sindaco sig. Edgardo Arosio.
Quest’ultimo, nella citata seduta del 17.7.2017, evidenziava chiaramente che – a suo dire – sussistevano vizi nella procedura di gara, talmente gravi da imporre il ripristino della legalità attraverso la rimozione degli atti (cfr. il doc. 2 della ricorrente, pagine 5 e seguenti).
Dopo soli due giorni dalla citata seduta consiliare, era trasmesso al Consorzio l’avviso di avvio del procedimento di autotutela, con l’invito a presentare osservazioni entro il 24 luglio 2017, quindi entro il ristretto termine di cinque giorni, fra l’altro neppure lavorativi (cfr. il doc. 7 della ricorrente).
La comunicazione di avvio del procedimento si caratterizzava per l’assoluta genericità della stessa, giacché l’amministrazione si limitava ad evidenziare, quale vizio di legittimità della procedura, una (così testualmente), “ipotetica violazione delle norme inerenti le procedure d’appalto, tra le quali, con particolare riferimento, quella della par condicio” (cfr. ancora il citato doc. 7).
A fronte di tale laconicità, il Consorzio trasmetteva una nota di osservazioni in data 24.7.2017, nella quale evidenziava di non essere oggettivamente in grado di replicare all’avviso del Comune (cfr. il doc. 8 della ricorrente).
Il provvedimento di autotutela ivi gravato era adottato il successivo 26.7.2017, quindi dopo soli sette giorni dall’avvio del procedimento, ma prima della scadenza del termine di dieci giorni di cui all’art. 69, comma 2, del D.Lgs. 267/2000 (termine per presentare osservazioni o rimuovere le cause di incompatibilità), decorrente dalla seduta del consiglio del 17.7.2017.
Di fronte a tale scansione procedimentale e ad una violazione palese delle garanzie di partecipazione, appare arduo sostenere che la questione relativa alla figura del sindaco possa assurgere a mera occasione del procedimento di autotutela, trovando semmai quest’ultimo la propria vera causa nella necessità di rimuovere la situazione di incompatibilità.
Del resto, sia l’avviso di avvio sia il provvedimento finale del procedimento di autotutela richiamano la seduta consiliare, quale momento di rilevazione delle illegittimità sullo svolgimento della gara (cfr. il doc. 1 della ricorrente, pag. 1).
In definitiva, il presente gravame deve essere accolto, con conseguente integrale annullamento del provvedimento di autotutela impugnato.
L’annullamento, con effetto *ex tunc*, dell’atto amministrativo impugnato, impone all’amministrazione il ripristino della situazione giuridica anteriore all’annullamento, con conseguente efficacia del contratto d’appalto, di cui era stata dichiarata la caducazione nel provvedimento finale di autotutela.
Deve, al contrario, essere respinta la domanda di risarcimento dei danni, giacché degli stessi la ricorrente non ha offerto alcuna concreta prova, in violazione della regola di cui all’art. 64, comma 1, del c.p.a., limitandosi a riservarsi la loro quantificazione nel corso del giudizio, circostanza questa non avvenuta.
2. La fondatezza del ricorso principale implica l’accoglimento, per illegittimità derivata, anche di quello per motivi aggiunti, con conseguente annullamento degli atti con lo stesso impugnati e segnatamente della determinazione dirigenziale n. 1960/2017 di indizione di una nuova procedura negoziata per l’affidamento del servizio di trasporto funebre a carico del Comune.
3. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione.
Condanna il Comune di Cantù al pagamento a favore della società ricorrente delle spese di lite, che liquida in euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge (IVA, CPA e spese generali nella misura del 15%) e onere del contributo unificato ai sensi di legge (DPR 115/2002).
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 25 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:
Angelo Gabbricci, Presidente
Elena Quadri, Consigliere
Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

N. 00815/2018REG.PROV.COLL.
N. 06437/2017 REG.RIC.

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

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 6437 del 2017, proposto da:
Telespazio s.p.a., in persona del legale rappresentante*pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano Crisci, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza Giuseppe Verdi, 9
contro
Ministero della difesa, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;
Ministero della difesa – Segretariato Generale della Difesa e Direzione Nazionale degli Armamenti – Direzione informatica, Telematica e Tecnologie Avanzate
nei confronti di
Telecom Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Lattanzi, Francesco Cardarelli e Francesco Saverio Cantella, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Filippo Lattanzi in Roma, via G. P. Da Palestrina, 47
per la riforma della sentenza del T.A.R. del Lazio, Sezione II-bis, n. 7042/2017

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della difesa e della Telecom Italia s.p.a.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 gennaio 2018 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l’avvocato Crisci, l’avvocato dello Stato Garofoli, l’avvocato Cantella e l’avvocato Cardarelli;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

**FATTO**

Il Ministero della difesa – Segretariato Generale della Difesa e Direzione Nazionale degli Armamenti – Direzione Informativa, Telematica e Tecnologie Avanzate, con lettera di invito n. 311 del 29 settembre 2016, bandiva una gara informale ai sensi dell’articolo 162 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 sottoposta a procedura ALLA/NALLA (Cod. CIG: ZA01B100D) per l’affidamento della fornitura di servizi di connettività satellitare, da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso.
Detta lettera di invito disciplinava le modalità di formulazione dell’offerta richiedendo espressamente ai partecipanti di precisare i costi aziendali concernenti l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro (quarto trattino punto 3 lett. B) e di attenersi al modello per la presentazione dell’offerta allegato (secondo trattino punto 3 lett. B).
In data 27 ottobre 2016 la Commissione di gara esaminava le offerte economiche presentate dagli operatori economici partecipanti, rilevando che l’offerta economica più bassa risultasse quella formulata dalla Telecom Italia s.p.a. (di seguito solo Telecom), seguita da quella della Telespazio s.p.a. (Telespazio), odierna ricorrente.
Contestualmente, la Commissione di gara, rilevato che l’offerta economica della Telecom indicava i costi aziendali per l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro nella misura “*dell’1 % del margine dell’offerta*”, invitava la concorrente ad integrare tale dichiarazione attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui all’articolo 83, comma 9, del medesimo decreto legislativo n. 50 del 2016.
La Telecom provvedeva quindi a specificare il valore dei predetti costi nel termine concessole dalla Commissione di gara, che in data 8 novembre 2016 disponeva l’aggiudicazione della gara in suo favore, nonostante la richiesta di autotutela avanzata dalla Telespazio.
Quest’ultima impugnava quindi gli atti di gara con ricorso n. 14913/2016 proposto innanzi al Tribunale amministrativo per il Lazio, sostenendo che la Commissione di gara, anziché concedere il soccorso istruttorio alla Telecom, avrebbe dovuto escluderla dalla gara.
Il Tribunale amministrativo, con sentenza n. 7042/2017, respingeva il ricorso.
La Telespazio ha proposto appello avverso detta decisione (ricorso n. 6437/2017) e ne ha chiesto la riforma della stessa previa sospensione dell’efficacia, nonché la declaratoria di inefficacia/ annullabilità/nullità del contratto sottoscritto con la controinteressata e quindi il subentro nella sua esecuzione.
I motivi di censura proposti dalla ricorrente sono i seguenti:
*– Error in judicando – violazione e/o errata valutazione di un punto controverso della lite – illegittimità ed erroneità della sentenza nella parte in cui è stata ritenuta l’ammissibilità del ricorso al cd. “soccorso istruttorio” in caso di incompletezza della dichiarazione relativa ai costi di sicurezza – Violazione e falsa applicazione dell’art. 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016 – violazione e falsa applicazione dell’art. 3 della lettera d’invito – violazione e falsa applicazione dell’art.95, comma 10 del d.lgs. 50/2016;*
*- Error in judicando – violazione e/o errata valutazione di un punto controverso della lite – illegittimità ed erroneità della sentenza nella parte in cui è stata ritenuta l’ammissibilità del ricorso al cd. “soccorso istruttorio” in caso di imprecisa formulazione degli atti di gara – violazione e falsa applicazione dell’art. 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016 – violazione e falsa 13 applicazione dell’art. 3 della lettera d’invito – violazione e falsa applicazione dell’art.95, comma 10 del d.lgs. 50/2016;*
*– Error in judicando – violazione e/o errata valutazione di un punto controverso della lite – illegittimità ed erroneità della sentenza in merito alla valutazione sulla natura del servizio oggetto di affidamento – violazione e falsa applicazione dell’art. 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016 – violazione e falsa applicazione dell’art. 3 della lettera d’invito – violazione e falsa applicazione dell’art.95, comma 10 del d.lgs. 50/2016;*
*– Error in judicando – omessa pronuncia su un punto controverso della lite - violazione e falsa applicazione dell’art. 3 del d.lgs. 208/2011 - violazione e falsa applicazione dell’art. 4 del d.lgs. 50/2016 - eccesso di potere per violazione del principio trasparenza e par condicio;*
*– Error in judicando – omessa pronuncia su un punto controverso della lite - violazione e falsa applicazione dell’art. 83, comma 9 del d.lgs. 208/2011 - violazione e falsa applicazione dell’art. 95, comma 10 del d.lgs. 50/2016 - violazione e falsa applicazione dell’art. 3 della lettera di invito.*
Con detti motivi l’appellante, in sostanza, censura la sentenza di primo grado per aver il Tar ritenuto che nel caso di specie il soccorso istruttorio fosse esperibile.
Si sono costituiti in giudizio sia il Ministero della difesa che la controinteressata i quali hanno concluso nel senso dell’infondatezza del ricorso.
All’udienza del 18 gennaio 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

**DIRITTO**

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto da una società attiva nel settore dei servizi di connettività satellitare (la quale aveva partecipato alla gara di appalto indetta dal Ministero della Difesa per la fornitura di servizi di connettività satellitare sottoposta alla procedura ALLA/NALLA e si era classificata al secondo posto dopo Telecom Italia s.p.a.) avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio con cui è stato respinto il ricorso avverso gli atti conclusivi della gara.
2. Con l’appello in epigrafe la Telespazio s.p.a. contesta in primo luogo il mancato accoglimento del motivo con cui si era lamentato che illegittimamente la stazione appaltante avesse ammesso la concorrente Telecom Italia al beneficio del soccorso istruttorio in relazione all’indicazione dei costi per la sicurezza cc.dd. ‘aziendali’.
Secondo l’appellante, in particolare, il riconoscimento del beneficio in parola era avvenuto in assenza dei prescritti presupposti normativi.
2.1. Il motivo è fondato.
2.1.1. Va in primo luogo osservato che la gara per cui è causa è stata indetta nella vigenza del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (*Codice degli appalti pubblici*) in quanto la lettera di invito è stata inviata alle imprese potenzialmente interessate in data 29 settembre 2016.
La prima conseguenza è che, per ciò che riguarda l’istituto del soccorso istruttorio, trova applicazione l’articolo 83, comma 9, del nuovo *Codice*secondo cui “*le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85,*con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica*, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere*”.
La seconda conseguenza è che, per ciò che attiene l’obbligo di indicare puntualmente l’ammontare degli oneri per la sicurezza cc.dd. ‘interni o aziendali’, trova applicazione l’articolo 95, comma 10, secondo cui “*nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). […]*” (disposizione che, superando legislativamente le precedenti incertezze, ha definito che, per le gare indette nella vigenza del nuovo *Codice*, è necessaria per le imprese concorrenti l’indicazione dei detti oneri).
La terza conseguenza è che, per il caso in esame, non trovano applicazione i principi di diritto formulati dalla sentenza dell’Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, 27 luglio 2016, n. 19 in tema di ammissibilità del soccorso istruttorio per il caso di mancata indicazione degli oneri per la sicurezza cc.dd. ‘interni o aziendali’ (che ha espressamente limitato la valenza del principio alle sole gare indette nella vigenza del decreto legislativo n. 163 del 2006, escludendone le precedenti).
2.1.2. In base a quanto esposto, è ormai definitivo che
- per le gare indette all’indomani dell’entrata in vigore del nuovo *Codice* (come quella che qui viene in rilievo) non vi sono più i presupposti per ricorrere al soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione degli oneri di cui all’articolo 95, comma 10. Ciò, in quanto il *Codice* ha definitivamente rimosso ogni possibile residua incertezza sulla sussistenza di tale obbligo;
- più in generale, il nuovo *Codice* non ammette comunque che il soccorso istruttorio possa essere utilizzato nel caso di incompletezze e irregolarità relative all’offerta economica (in tal senso – e in modo espresso – l’articolo 95, comma 10, cit.). L’esclusione è anche intesa ad evitare che il rimedio del soccorso istruttorio - istituto che corrisponde al rilievo non determinante di violazioni meramente formali - possa contrastare il generale principio della *par condicio*concorrenziale, consentendo in pratica a un concorrente (cui è riferita l’omissione) di modificare *ex post*il contenuto della propria offerta economica.
3. Riconducendo quanto sopra alle peculiarità del caso di specie, emerge che effettivamente la Telecom Italia non avrebbe potuto essere ammessa al soccorso istruttorio a cagione dell’iniziale mancata indicazione degli oneri per la sicurezza cc.dd. ‘interni o aziendali’ e che avrebbe dovuto quindi essere esclusa dalla gara.
Si osserva al riguardo:
*i*) che l’obbligo di indicare in modo puntuale i richiamati oneri non solo emergeva dall’articolo 95, comma 10, ma – per di più – era stato espressamente ribadito in sede di lettera di invito. perciò, a parte che l’omissione riguardava il contenuto dell’offerta economica (e che ciò non poteva in principio consentire il ricorso al soccorso istruttorio), l’appellata non poteva comunque vantare un affidamento incolpevole o invocare l’incertezza del quadro normativo di riferimento al fine di giustificare l’inosservanza. Inoltre, quand’anche si ritenesse (con il primo giudice) che la lettera di invito non fosse sul punto del tutto chiara, è tuttavia indubitabile che l’obbligo emergesse con adeguata chiarezza dalla *litera legis* e che la Telecom Italia lo avesse in concreto disatteso;
*ii*) che, nella propria offerta, la Telecom Italia aveva inammissibilmente affermato che l’ammontare dei detti oneri era pari “*[all’]un per cento del margine dell’offerta*”. Ma in tal modo la concorrente aveva indebitamente ancorato la determinazione del*quantum* di tali oneri a un parametro incerto e fluttuante, rendendone così incerta la quantificazione. Non è del resto dato comprendere quale possa essere la razionale relazione fra l’ammontare degli oneri per la sicurezza e quello del margine dell’offerta. Laddove infatti si ammettesse una siffatta relazione, si dovrebbe concludere che l’impresa possa ridurre il livello delle spese destinate alla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro laddove le ricadute economiche della commessa presentino un andamento negativo;
*iii*) che non può essere condivisa la tesi della Telecom Italia secondo cui, anche dopo l’entrata in vigore del nuovo *Codice*, la mancata indicazione dei detti oneri non porterebbe senz’altro all’esclusione. Si osserva in contrario che, una volta accertato che tale obbligo di indicazione è chiaramente sancito dalla legge, la sua violazione determina conseguenze escludenti a prescindere dal dato che l’esclusione non sia stata testualmente enunciata dagli articoli 83 e 95 del *Codice*. E’ qui appena il caso di osservare che l’inadeguata indicazione degli oneri per la sicurezza cc.dd. ‘interni o aziendali’ non lede solo interessi di ordine dichiarativo o documentale, ma si pone *ex se* in contrasto con i doveri di salvaguardia dei diritti dei lavoratori cui presiedono le previsioni di legge, che impongono di approntare misure e risorse congrue per preservare la loro sicurezza e la loro salute.
3.1. Da quanto detto emerge che l’offerta formulata in gara dalla Telecom Italia fosse irrimediabilmente viziata e avrebbe dovuto comportarne l’esclusione dalla procedura.
3.2. Le ragioni sin qui esposte risultano di per sé idonee a determinare l’accoglimento dell’appello e la riforma della sentenza di primo grado che non ha rilevato l’obbligo di escludere la Telecom Italia dalla gara per cui è causa.
Esse esimono pertanto il Collegio dall’esame specifico dei motivi di appello con cui, reiterando argomenti già articolati in primo grado, l’appellante osserva che la Telecom Italia avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura anche per ulteriori e diverse ragioni.
4. Una volta disposto (per le ragioni appena esaminate) l’annullamento degli atti impugnati in primo grado – inclusa l’aggiudicazione in favore di Telecom Italia -, occorre domandarsi se possa essere accolta la domanda proposta dall’appellante, finalizzata alla declaratoria di inefficacia del contratto e al subentro nella gestione.
4.1. Alla domanda deve rispondersi in senso negativo.
Ai sensi dell’articolo 124, comma 2, Cod. proc. amm., infatti, l’accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121, comma 1, e 122. Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subìto e provato.
Ebbene, ad avviso del Collegio, nonostante l’illegittimità degli atti della serie di gara, l’amministrazione appellata ha persuasivamente eccepito che la continuità dei sistemi di connettività satellitare concerne il superiore interesse della sicurezza nazionale, ragione per cui non è possibile ammettere il rischio che una tale continuità, che concretizza un’esigenza imperativa di interesse generale, possa essere compromessa da un avvicendamento nella gestione.
Inoltre l’odierna appellante non ha allegato, né provato il danno che avrebbe patito in ragione degli atti impugnati in primo grado, ragione per cui tale danno non può essere considerato come accertato nei suoi elementi costitutivi e nel suo ammontare.
La domanda, nei termini di risarcimento in forma specifica (che è quanto domandato in questa sede) non può dunque *in parte qua* trovare accoglimento.
5. Per le ragioni esposte l’appello in epigrafe deve essere accolto e conseguentemente, in riforma della sentenza appellata, deve essere disposto l’annullamento degli atti impugnati in primo grado.
Deve essere invece respinta l’istanza di declaratoria di inefficacia del contratto e di subentro nella sua gestione.
Il Collegio ritiene che sussistano giusti ed eccezionali motivi per disporre l’integrale compensazione delle spese fra le parti.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione.
Spese compensate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:
Giuseppe Severini, Presidente
Claudio Contessa, Consigliere, Estensore
Fabio Franconiero, Consigliere
Valerio Perotti, Consigliere
Federico Di Matteo, Consigliere

**N. 00675/2018REG.PROV.COLL.**
**N. 06016/2016 REG.RIC.**

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

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 6016 del 2016, proposto da:
Eurorisk s.r.l., in proprio e quale capogruppo del R.T.I. con Aon s.p.a., Insurance & Reinsurance Brokers, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianfranco D'Angelo, Alessandro De Angelis, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Ilaria Cocco in Roma, via dei Gandolfi, 6;
***contro***
Agenzia Provinciale per gli Appalti e Contratti, Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari della Provincia Autonoma di Trento, non costituite in giudizio;
Provincia Autonoma di Trento, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Nicolo' Pedrazzoli, Luigi Manzi, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, 5;
***nei confronti di***
Marsh s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Soncini, Gabriele Di Paolo, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Gabriele Di Paolo in Roma, viale Liegi, 35/B;
***per la riforma***
della sentenza del T.R.G.A. DELLA PROVINCIA DI TRENTO n. 00219/2016, resa tra le parti, concernente l’appalto del servizio di brokeraggio assicurativo della Provincia Autonoma di Trento (lotto1) e dell'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari (lotto2).

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia Autonoma di Trento e della Marsh s.p.a.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 marzo 2017 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati De Angelis, Caruso per delega di Manzi, e Soncini;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1.- Il R.T.I. Eurorisk s.r.l. ha interposto appello avverso la sentenza 20 maggio 2016, n. 219 del Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento, con la quale è stato respinto il ricorso dallo stesso esperito avverso il verbale in data 18 gennaio 2016 di aggiudicazione in favore di Marsh s.p.a. della procedura aperta per l’affidamento dell’appalto, suddiviso in due lotti, avente ad oggetto il “servizio di brokeraggio assicurativo della Provincia Autonoma di Trento” ed il “servizio di brokeraggio assicurativo dell’Azienda provinciale per i servizi sanitari-A.P.S.S.”.
La procedura di gara è stata bandita il 4 marzo 2015 dalla Provincia Autonoma di Trento-Agenzia Provinciale per gli appalti e contratti (A.P.A.C.); il bando, tra l’altro, precisava che ogni concorrente doveva produrre, per ciascun lotto di interesse, un’offerta tecnica ed un’offerta economica, disponendo altresì che “*l’offerta tecnica non potrà contenere, a pena di esclusione, alcun riferimento di tipo economico*”.
All’esito delle operazioni di gara la Marsh s.p.a. ed il R.T.I. Eurorisk si sono collocate, rispettivamente, al primo ed al secondo posto delle graduatorie di gara relative ad entrambi i lotti; in particolare, con riguardo al lotto n. 1, Marsh ha conseguito un punteggio complessivo di 100 (di cui 4,50 punti per i servizi aggiuntivi offerti) ed Eurorisk di 97,14 (di cui 5 punti per i servizi aggiuntivi); con riferimento al lotto n. 2, Marsh ha conseguito 99,16 punti (di cui 13 per i servizi aggiuntivi) ed Eurorisk punti 96,51 (di cui 11,56 per i servizi aggiuntivi offerti).
Con il ricorso di primo grado l’appellante ha impugnato l’aggiudicazione in favore di Marsh, allegando che l’aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara relativa al lotto n. 2 avendo riportato nella propria offerta tecnica dei dati economici, e che i servizi aggiuntivi proposti da Marsh erano per lo più insuscettibili di essere valutati con attribuzione di punteggio in quanto riguardanti prestazioni già incluse tra quelle poste a base di gara, ovvero esorbitanti o comunque non pertinenti rispetto all’oggetto ed alla causa dell’appalto; la decurtazione di tale punteggio avrebbe consentito ad Eurorisk di divenire aggiudicataria di entrambi i lotti; è stata censurata anche la *lex specialis* di gara per avere previsto la valutazione dei “servizi aggiuntivi” senza peraltro prevedere sub-criteri e sub-pesi correlati.
2. - La sentenza qui appellata ha respinto il ricorso principale e dichiarato improcedibile il ricorso incidentale escludente proposto dalla Marsh s.p.a.; ha rilevato in particolare che la *lex specialis* non poneva un divieto assoluto di indicare qualsiasi elemento di natura economica nell’offerta tecnica e che la commissione giudicatrice ha attribuito ai servizi aggiuntivi non solo punteggi numerici, ma anche la motivazione a supporto dei medesimi.
3. - A sostegno dell’appello il R.T.I. Eurorisk s.r.l. deduce che l’elemento economico introdotto da Marsh nella propria offerta tecnica non è riconducibile al merito tecnico e che non poteva essere attribuito all’aggiudicataria il punteggio a titolo di servizi aggiuntivi, od almeno lo stesso doveva essere inferiore.
4. - Si sono costituite in resistenza la Provincia Autonoma di Trento e la Marsh s.p.a. eccependo l’irricevibilità ed inammissibilità, nonché l’infondatezza nel merito dell’appello; quest’ultima ha altresì esperito appello incidentale reiterando i motivi svolti nel ricorso incidentale di primo grado.
5.- All’udienza pubblica del 9 marzo 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

**DIRITTO**

1.- Il primo motivo dell’appello principale deduce l’erroneità della sentenza appellata per non avere accolto il primo motivo di ricorso finalizzato ad ottenere l’esclusione della Marsh dalla gara relativa al secondo lotto per violazione del principio di segretezza delle offerte, stabilito dall’art. 46, comma 1-*bis,* del d.lgs. n. 163 del 2006 e dal bando di gara a pagina 4, oltre che del principio di *par condicio,* avendo indicato nella propria offerta tecnica elementi di natura economica (consistenti nella cessione/retrocessione ad A.P.P.S. di quota parte delle provvigioni relative ai contratti assicurativi relativi al rischio RCT/O in corso di esecuzione alla data di aggiudicazione, con riduzione dell’aliquota provvigionale dall’8 al 5 per cento) e lo stralcio del punteggio conseguito dalla controinteressata in virtù dell’offerta di sconto sulle provvigioni.
Il motivo è infondato.
Come correttamente rilevato dalla completa ed analitica sentenza appellata, il bando di gara, letto alla luce dei “parametri e criteri di valutazione dell’offerta”, ove viene attribuito punteggio, tra l’altro, alle “proposte per il conseguimento di economie di spesa nel settore assicurativo realisticamente percorribili nella realtà aziendale”, non vieta l’assoluto inserimento di elementi economici nell’offerta tecnica, quanto piuttosto preclude la possibilità di introdurre elementi riconducibili all’offerta economica, rendendola conoscibile contestualmente a quella tecnica, eludendo il principio di separatezza delle due offerte. Tale impostazione è, del resto, conforme alla prevalente giurisprudenza, secondo cui è possibile che nell’offerta tecnica siano inclusi elementi economici che si rendano necessari in funzione degli elementi qualitativi da fornire, a condizione che non facciano parte dell’offerta economica (in termini Cons. Stato, V, 12 novembre 2015, n. 5181; V, 22 febbraio 2016, n. 703).
Nel caso di specie, la proposta di Marsh per conseguire economie di spesa non disvela il contenuto dell’offerta economica, ma si caratterizza per una riduzione della provvigione per i contratti in corso nella misura (5 per cento) corrispondente alla base d’asta del lotto n. 2, con l’importo differenziale attribuito ad A.P.S.S.; giova rilevare che l’offerta economica per i nuovi contratti assicurativi è stata pari allo 0,95 per cento.
Obietta l’appellante che tale meccanismo non descrive un’economia di spesa, quanto piuttosto un’erogazione liberale che non ha nulla a che vedere con gli elementi qualitativi dell’offerta (specifica attività professionale), in quanto è costituito da una devoluzione degli importi provenienti al broker dalle imprese assicuratrici in favore di A.P.S.S., che alcun onere corrisponde per l’attività di brokeraggio.
Sennonchè tale argomento non tiene conto della peculiarità di quanto indicato alla lettera *sub* c) dell’Elemento 1 del documento “parametri e criteri di valutazione dell’offerta”, che inevitabilmente guarda alla gestione in corso ai fini del conseguimento di economie di scala “percorribili nella realtà aziendale”, rispetto alla quale può essere funzionale anche uno sconto sull’aliquota provvigionale.
Nei descritti termini non è neppure ravvisabile la violazione del principio di concorrenzialità, in quanto bene avrebbe potuto anche il R.T.I. Eurorisk proporre lo sconto per le provvigioni in corso, dovendosi tenere conto che il chiarimento fornito (al quesito n. 6) dalla stazione appaltante in data 8 aprile 2015 concerne l’offerta economica, e comunque vale a chiarire l’intangibilità, per l’Amministrazione, dei contratti in corso, ma non certo a precludere una riduzione della provvigione proveniente dalla parte, e costituita dalla retrocessione in favore di A.P.S.S. di una quota della remunerazione conseguita dall’assicuratore.
Non esiste pertanto un problema di garanzia della *par condicio* dei partecipanti alla gara, che è condizione indispensabile anche al fine di attribuire un punteggio a titolo di erogazione liberale, secondo quanto affermato dall’ormai risalente sentenza di Cons. Stato, Ad. plen., 18 giugno 2002, n. 6. Ma nel caso di specie, come già osservato, non si verte al cospetto di un’erogazione liberale, costituendo la retrocessione della remunerazione la sola modalità attraverso la quale era possibile ridurre la percentuale della provvigione, dal momento che per l’Amministrazione l’attività di brokeraggio è gratuita.
2. - Con il secondo motivo di appello, concernente il secondo ed il terzo motivo del ricorso di primo grado, si censura la sentenza nella parte in cui ha ritenuto correttamente valutati, da parte della Commissione giudicatrice, i servizi aggiuntivi proposti da Marsh. In particolare, la sentenza ha affermato che il giudizio sintetico relativo al secondo lotto evidenzia la motivazione del punteggio (di 11,7) e consente di inferire quali siano stati i servizi valutati, mentre con riguardo al primo lotto il giudizio sintetico con l’attribuzione di un punteggio (pari a 4,5) permette di evincerne le ragioni, pur non essendo specificati i servizi che si sono intesi valorizzare.
Allega l’appellante l’erroneità della sentenza in quanto non ha stigmatizzato la mancata elencazione (nei verbali del 16 ottobre e del 4 novembre 2015), da parte della Commissione giudicatrice, dei servizi aggiuntivi offerti dalla Marsh che sono stati considerati ai fini dell’attribuzione del punteggio, specialmente con riferimento al primo lotto.
Il terzo motivo dell’appello principale, che può essere esaminato congiuntamente al secondo in ragione della loro connessione e complementarietà, contesta poi la sentenza impugnata che ha ritenuto valutabili favorevolmente la gran parte dei servizi aggiuntivi proposti da Marsh. Deduce che in alcuni casi si tratta di prestazioni non apprezzabili in quanto comprese nell’oggetto principale del contratto od al contrario esorbitanti dallo stesso (a titolo esemplificativo, per il lotto n. 1, il “programma di analisi e ottimizzazione dei costi afferenti la flotta veicolare”, i “programmi di assistenza socio-sanitaria” con la Mutualitas, il “progetto piccoli Comuni”; per il lotto n. 2, “la rivalsa del datore di lavoro per il costo relativo all’assenza di personale per causa terzi”, i “costi dell’aggiornamento annuale di valorizzazione del patrimonio aziendale” dell’A.P.S.S.).
I motivi sono infondati.
Il corredo motivazionale della sentenza appare condivisibile, fondandosi su giudizi della Commissione giudicatrice sufficientemente motivati ed idonei a dare conto della valutazione compiuta.
Con riguardo ai servizi aggiuntivi offerti a titolo gratuito (secondo le coordinate di cui alla lettera “F” del documento “Parametri e criteri di valutazione dell’offerta”) per il lotto n. 1, il giudizio contenuto nel verbale del 4 novembre 2015 per Marsh s.p.a. è quello di ottimo, con attribuzione di 4,5 punti, con la motivazione che «*le proposte risultano attuabili e di effettivo interesse per la Provincia, anche sotto il profilo dell’economicità»,*mentre il punteggio massimo di 5 ed il giudizio “eccellente” per il raggruppamento Eurorisk è motivato nel senso che*«le proposte risultano attuabili e di effettivo interesse per la Provincia e sono apprezzabili sia sotto il profilo dell’economicità che del miglioramento*».
La graduazione dei punteggi appare ragionevole e giustificata dal fatto che l’offerta di Eurorisk, oltre ad essere apprezzabile sotto il profilo dell’economicità, lo è anche nella prospettiva del miglioramento, elementi parametrici considerati dalla *lex specialis* (lett. “F” dei Parametri e criteri di valutazione dell’offerta).
Per quanto concerne poi il lotto n. 2, ove i servizi aggiuntivi sono contemplati dall’Elemento 5 dei “Parametri di valutazione dell’offerta”, dal verbale del 16 ottobre si evince che Marsh ha conseguito il giudizio di ottimo ed 11,7 punti (su di un massimo di 13) in quanto «*i servizi aggiuntivi proposti sono di sicuro interesse per l’Azienda; di particolare rilevanza la proposta di gestione per conto dell’Azienda dell’azione di rivalsa del datore di lavoro, nonché l’assunzione dei costi dell’aggiornamento annuale di valorizzazione del patrimonio aziendale. Ampia e completa l’offerta di coperture assicurative individuali a favore dei dipendenti*». Il R.T.I. Eurorisk ha invece conseguito il giudizio di distinto e punti 10,4 con la motivazione che «*i servizi aggiuntivi proposti sono apprezzabili; ampia e completa l’offerta di coperture assicurative individuali a favore dei dipendenti*». Anche in tale caso il discrimine tra i giudizi si fonda sui parametri generali fissati dalla *lex specialis*(Elemento 5 dei Parametri e valutazione dell’offerta).
La lettura dei verbali dimostra dunque che non sussiste il dedotto vizio motivazionale nei giudizi espressi dalla Commissione, dai quali può evincersi, seppure con diversa intensità di articolazione nei due lotti, ma in modo adeguato per entrambi, il fondamento di razionalità dei giudizi espressi, e conferma dunque la condivisibilità della sentenza appellata sia con riferimento all’art. 3 della legge n. 241 del 1990, sia ai criteri di valutazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, secondo il paradigma dell’art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006.
Per quanto concerne poi la contestazione, svolta con il terzo motivo di appello, della pertinenza dei servizi aggiuntivi offerti gratuitamente ed utilmente valutati, la stessa non appare, alla stregua di un parametro di ragionevolezza sensibile al profilo causale del contratto di brokeraggio assicurativo (approfonditamente esaminato dalla sentenza, sia in astratto, che con specifico riferimento a quanto richiesto dalla *lex specialis*), fondata.
A questo riguardo, osserva il Collegio che gli argomenti spesi dall’appellante non sono idonei a scalfire la articolate motivazioni contenute nella sentenza appellata, che prende in rassegna i singoli servizi aggiuntivi relativi al primo ed al secondo lotto, dimostrandone la tendenziale coerenza con il contratto di brokeraggio, la non riconducibilità alle prestazioni oggetto del contratto, ed al contempo l’inerenza allo stesso.
Può in questa sede essere sufficiente rilevare, secondo un sindacato che si ferma allo scrutinio della manifesta irragionevolezza delle valutazioni che impingono nel merito dell’Amministrazione, che il “programma di analisi e ottimizzazione dei costi afferenti alla flotta veicolare” può rientrare nell’ambito della consulenza gestionale dei broker, i “programmi di assistenza socio-sanitaria” per i dipendenti della Provincia Autonoma di Trento riguardano l’intermediazione di un prodotto specifico in ambito assicurativo (diverso rispetto alla prestazione di una più ampia attività di consulenza), il “progetto piccoli Comuni”, pur non riguardando la Provincia, si mantiene nell’ambito delle sue finalità istituzionali anche in termini di ricaduta sulla finanza locale, l’”uso di una piattaforma informatica per la contraenza di coperture assicurative individuali” è un’attività specifica non ricompresa nella generale “piattaforma informatica”. Analogamente è a dirsi con riguardo al lotto n. 2, rispetto al quale bene risulta spiegata la differenza, strutturale e contenutistica, tra i “programmi di assistenza individuale prestati attraverso società di mutuo soccorso” e la “consulenza ed assistenza in materia assicurativa a favore dei dipendenti dell’Azienda”, come pure può ritenersi espressione dell’attività di consulenza del broker la gestione dell’attività di rivalsa del datore di lavoro.
3. - Con il quarto ed ultimo motivo di appello il R.T.I. Eurorisk contesta il rigetto, da parte della sentenza appellata, del quarto motivo del ricorso introduttivo con cui era stata censurata la mancata definizione, da parte della *lex specialis* di gara, di sub-criteri, sub-pesi e sub-punteggi al criterio ponderale relativo ai servizi aggiuntivi, in asserita violazione dell’art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006.
Il motivo, seppure nella sua problematicità, deve essere respinto.
L’art. 83, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006 dispone che «*il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi*».
Ciò significa che tale articolazione dei criteri di valutazione è opportuna, ma non imposta. La scelta refluisce però sulla motivazione del giudizio, nel senso che, secondo il costante indirizzo giurisprudenziale, l’idoneità del voto numerico a rappresentare in modo adeguato l’*iter*logico seguito dalla Commissione nella sua espressione è direttamente proporzionale al grado di specificazione dei criteri allo stesso sottesi. Ne consegue che, tanto è più dettagliata l’articolazione dei criteri e sub-criteri di valutazione, tanto più risulta esaustiva l’espressione del punteggio in forma numerica (in termini, tra le tante, Cons. Stato, V, 20 settembre 2016, n. 3911; IV, 20 aprile 2016, n. 1556). Ove invece il giudizio della Commissione non sia delimitato nell’ambito di un minimo e di un massimo, occorre la motivazione (discorsiva, secondo l’espressione usata dal primo giudice) del giudizio, al fine di rendere comprensibile l’*iter* logico seguito in concreto nella valutazione delle offerte, ed in particolare di quella tecnica.
Nella fattispecie controversa la Commissione giudicatrice, come si evince dai più volte richiamati verbali del 16 ottobre e del 4 novembre 2015, ha motivato il giudizio espresso sulle offerte dei servizi aggiuntivi a titolo gratuito, anche alla luce dei criteri di massima contenuti nel documento “Parametri e criteri di valutazione dell’offerta”.
Non può, da ultimo, non condividersi quanto rilevato dalla sentenza appellata in ordine al fatto che «*proprio l’indeterminabilità a priori dei servizi aggiuntivi che i concorrenti avrebbero potuto proporre ha indotto la stazione appaltante a prevedere un criterio di valutazione “di tipo aperto”, seppure temperato dall’obbligo della commissione giudicatrice di illustrare con una motivazione discorsiva il punteggio attribuito per i servizi aggiuntivi proposti da ciascun concorrente*».
4. - La reiezione dell’appello principale (con l’unita domanda risarcitoria), oltre ad assorbire la disamina delle preliminari eccezioni di irricevibilità ed inammissibilità svolte dalle parti resistenti, rende improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse l’appello incidentale (condizionato) proposto da Marsh s.p.a.
Sussistono gli eccezionali motivi, connessi alla complessità della controversia, per compensare tra tutte le parti le spese di giudizio.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, respinge l’appello principale e dichiara improcedibile quello incidentale.
Compensa tra le parti le spese di giudizio.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:
Giuseppe Severini, Presidente
Paolo Troiano, Consigliere
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere
Raffaele Prosperi, Consigliere
Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

**N. 00264/2018 REG.PROV.COLL.**
**N. 00003/2018 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia**
**sezione staccata di Catania (Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 3 del 2018, proposto da:
Rochem Technical Services Italy S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Carlo Bilanci, con domicilio eletto presso la Segreteria del TAR Catania in via Istituto Sacro Cuore 22;

***contro***
Ministero della Difesa, Marina Militare - Comando Stazione Navale Maristanav - Augusta, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliataria in Catania, via Vecchia Ognina, 149;

***nei confronti di***
Rochem Marine S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Emiliano Fumagalli, Marco Ranalli, Alessandro Arcifa, con domicilio eletto presso lo studio dell’avv. Alessandro Arcifa in Catania, via Gabriele D'Annunzio N. 111;

***per l'annullamento***
dell'atto di aggiudicazione alla Rochem Marine S.r.l., comunicato con nota 20 novembre 2017 prot. 164430016443, della gara relativa al servizio di manutenzione ed alla fornitura di materiale per impianti di dissalazione ROCHEM delle Unità Navali – sedi di Augusta (SR) e Messina (ME) – CIG 72605012F7 – I.P.A. FQ98JU, di cui alla lettera di invito 2 novembre 2017 prot. RG17 0015325, per un importo massimo presunto di € 150.000, nonchè per l'annullamento
di tutti gli atti presupposti, preparatori, conseguenti e connessi, nessuno escluso ed in particolare di tutti gli atti di gara ivi espressamente compresi la lettera d'invito, il Disciplinare di gara, l'atto di ammissione (implicito) di Rochem Marine S.r.l. e il verbale di ricognizione dei preventivi con il quale la Commissione ha proposto l'aggiudicazione dell'appalto alla Soc. Rochem Marine S.r.l.,
e la declaratoria di inefficacia del contratto, ove sottoscritto, con conseguente subentro della Soc. Rochem Technical Services Italy S.r.l. nell'esecuzione dell'appalto, e per la condanna dell'Amministrazione intimata al risarcimento dei danni conseguenti agli atti impugnati, in forma specifica o per equivalente monetario.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa, della Marina Militare - Comando Stazione Navale Maristanav – Augusta e di Rochem Marine S.r.l. e di Rochem Marine S.r.l.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2018 la dott.ssa Agnese Anna Barone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

Con lettera di invito del 2 novembre 2017 prot. N. 15325, l'Arsenale Militare di Augusta ha avviato una procedura in economia (denominata indagine conoscitiva relativa all'economia a richiesta per servizi a quantità indeterminate) per la verifica preliminare del costo del servizio e della fornitura di materiali per gli impianti di dissalazione ROCHEM dettagliatamente indicati nell’allegata specifica tecnica (annesso 5); in particolare la lettera di invito precisava che:
- “*per il servizio in oggetto è stabilito un importo massimo di euro 150.000;*
*- l'importo è meramente indicativo e non comporta impegno e/obbligo per l’amministrazione di raggiungere l’importo massimo presunto;*
*- la stipula dell'atto negoziale o l’invio, in alternativa, di lettera di ordinativo potrà seguire una volta acquisita assicurazione della copertura finanziaria da parte degli Enti Programmatori”*.
Con verbale del 17 novembre 2017 la Commissione di gara ha proceduto all'apertura delle buste della documentazione amministrativa, e ha individuato quale migliore offerta quella proposta da Rochem Marine S.r.l.
Con il ricorso in esame la società Rochem Technical Service s.r.l. (d’ora in poi R.TS) ha chiesto l’annullamento dell’aggiudicazione disposta in favore dei R.M., per i seguenti motivi:
1) Violazione e falsa applicazione degli art. 95, comma 10, 80, comma 5, lett. c), e 83, comma 9, 18 aprile 2016 n. 50, per omessa indicazione, da parte dell’aggiudicataria, degli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e di sicurezza sui luoghi di lavoro;
2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 1 del Disciplinare di Gara, dell'art.
5 del Patto di Integrità allegato al Disciplinare e dell'art. 1, comma 17, legge n. 190/2012: l’aggiudicataria avrebbe sottoscritto il patto di integrità soltanto in calce e non in ogni sua pagina e quindi avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in conformità a quanto previsto dall’art. 5 del disciplinare (“*Il presente Patto deve essere obbligatoriamente sottoscritto in calce ad ogni sua pagina dal legale rappresentante della Ditta partecipante … e deve essere presentato unitamente all'offerta. La mancata consegna di tale Patto debitamente sottoscritto comporterà l'esclusione dalla gara”).*
3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 95 D.lgs. 50/2016 e dell'art. 8 del disciplinare di Gara: la controinteressata doveva comunque essere esclusa in ragione della mancata indicazione, nell'offerta economica, della quotazione relativa alla voce “spedizione materiale A/R” (che sarebbe stata illegittimamente “interpretata” come pari a “zero” dalla stazione appaltante) e della voce relativa all’attività di “Codifica Materiali”.
4) Violazione e falsa applicazione dell'art. 105, comma 4, D.lgs. 50/2016 anche in relazione all'art. 11 del disciplinare di Gara in relazione alla generica “possibilità di subappalto".
5) Violazione e falsa applicazione degli artt. 95 e 97 D.lgs. 50/21016; difetto di istruttoria e di motivazione in relazione al prezzo di alcuni prodotti offerti dalla controinteressata che ricorrente ritiene “sottocosto”, con conseguente inattendibilità dell’offerta.
In via subordinata, la ricorrente ha chiesto l’integrale annullamento della gara che ritiene illegittimamente bandita per seguenti motivi:
- la gara è stata bandita senza necessaria copertura finanziaria;
- l'importo della basa d’asta (€ 150.000) è meramente indicativo;
- la lettera-invito è stata trasmessa il 2 novembre 2017 e, a seguito di richiesta di modifica di errori ed inesattezze formulata dalla odierna ricorrente in data 9 novembre 2017, l'Amministrazione ha modificato gli atti di gara (nota 10 novembre 2017, omettendo, tuttavia, di riaprire il termine per la presentazione delle offerte;
- il bando non ha previsto che l’attività di “codifica materiali” fosse valutata ai fini della determinazione dell'offerta;
- il criterio di aggiudicazione non avrebbe dovuto essere quello del prezzo più basso, che è eccezionale, bensì quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dovendo venire in questione, con riferimento al servizio di manutenzione, anche la qualità dello stesso e non solo il prezzo dei beni oggetto della fornitura. Mancherebbe, inoltre, la necessaria motivazione in ordine alla scelta del criterio di aggiudicazione al prezzo più basso, prescritta dall'art. 95, comma 4, D.lgs. 50/2016.
L’amministrazione intimata e la controinteressata si sono costituite in giudizio e hanno chiesto il rigetto del ricorso controdeducendo alla censure formulate dalla ricorrente.
Alla camera di consiglio del 24 gennaio 2017, il ricorso è stato trattenuto in decisione, ai sensi degli artt. 60 e 120 c.p.a., previo avviso alle parti.
Il ricorso è infondato.
1) Mancata indicazione oneri di sicurezza aziendali.
Va premesso che né la lettera di invito, né il disciplinare prevedevano l’indicazione dei predetti oneri; al riguardo e a fronte di due orientamenti giurisprudenziali contrapposti, uno a favore della legittimità dell'automatismo espulsivo dell'offerta che non abbia rispettato l'obbligo dell’indicazione degli oneri di sicurezza c.d. 'interni o aziendali' prescritto dall'art. 95, comma 10, cit. ed uno contrario al meccanismo automaticamente espulsivo nel vigore del nuovo codice (cfr. T.A.R. Campania - Napoli Sez. VIII, 3 ottobre 2017, n. 4611; TAR Lazio - Roma, Sez. I Bis, 15 giugno 2017, n. 7042 alle quale si rinvia per i richiami ad entrambi gli orientamenti giurisprudenziali), il Collegio ritiene di aderire a tale secondo orientamento sulla base delle considerazioni svolte dall'Adunanza Plenaria nella decisione n. 19/2016, nonché della successiva sentenza della Corte di giustizia dell'UE 10 novembre 2016, C-140/16, C-697/15, C-162/16 ( che ha ribadito i principi già sanciti dalle sentenze richiamate dall'Adunanza Plenaria) e dell’ordinanza n. 525/2017 del TAR Basilicata che ha rimesso la rimessione alla Corte di giustizia dell'Unione Europea della questione pregiudiziale concernente l’applicazione degli artt. 95, comma 10, e 83, comma 9, del D.lgs. n. 50 del 2016.
Peraltro, nella gara in questione (finalizzata all’individuazione dell’operatore economico al quale affidare, sulla base di futuri ordinativi, la fornitura di materiali di ricambio degli impianti di dissalazione “a quantità indeterminata” e servizi manutentivi di vario genere, da determinare in base alle singole richieste di intervento), l’amministrazione correttamente non ha previsto alcun obbligo di preventiva indicazione dei costi di sicurezza aziendale. Tale circostanza trova, peraltro, conferma tra le disposizioni della lex specialis (non impugnata) ove alla voce “*oneri relativi alla sicurezza intrinseca delle prestazioni” si precisa che “… alla ditta non sarà riconosciuta alcuna maggiorazione poiché tali spese sono state calcolate nel novero del parametro do costo orario*” (pag. 35 specifica tecnica).
Il motivo è, quindi, infondato.
2) Sottoscrizione delle singole pagine del patto di integrità.
Va premesso che
- l’art. 1 del disciplinare di gara prevedeva che “*tutti i soggetti partecipanti alla procedura di gara ... devono accettare e presentare unitamente alla documentazione amministrativa, il patto di integrità sottoscritto in ogni sua parte (fac - simile allegato). Costituisce altresì causa di esclusione il mancato rispetto delle prescrizioni contenute nel suddetto patto di integrità (art. 1, comma 17, della legge n. 190/12)”*;
- l’art. 5.1 lett. c) della lettera di invito richiedeva l’allegazione del patto di integrità “*redatto preferibilmente in conformità al fac-simile in allegato”*;
- l’art. 11 del disciplinare (cause di esclusione dalla gara) non prevedeva alcuna sanzione in relazione alle modalità di sottoscrizione del patto;
- il fac - simile (il cui utilizzo era meramente facoltativo) a pag. 1 (riquadro in grassetto) richiedeva, a pena di esclusione, la sottoscrizione del patto di integrità, mentre solo all’art. 5 richiedeva la sottoscrizione (a pena di esclusione) del patto “in ogni sua pagina”.
Ebbene, a fronte di previsioni caratterizzate da una certa equivocità, non appare corretto ritenere che la sottoscrizione del patto di integrità “in ogni sua pagina” (la cui indicazione, a pena di esclusione, era presente solo sul fac – simile, il cui utilizzo era, tuttavia, facoltativo come chiaramente evincibile dall’avverbio “preferibilmente”) potesse essere richiesta a pena di esclusione e ciò tenuto anche conto che l’art. 1, comma 1° della legge n. 190/2012 è finalizzato a sanzionare con l’espulsione dalla gara, la sostanziale violazione delle “*clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità”.*
Nel caso di specie, invero, l’aggiudicataria ha allegato un documento, redatto su carta intestata, spillato, firmato in calce dal legale rappresentante nel quale è stato riportato fedelmente il testo del patto medesimo: si tratta, anche in ragione delle modalità di “confezionamento” del patto tramite spillatura dei fogli, di un documento idoneo a comprovare l’impegno negoziale in questione, mentre la mancata sottoscrizione “in ogni sua pagina” costituisce, nel caso di specie, un’irregolarità meramente estrinseca, sanabile con il soccorso istruttorio ( di fatto poi esercitato dalla stazione appaltante con nota del 18 gennaio 2018).
Solo per completezza va rilevato che non appare pertinente al caso in esame, il precedente di questa Sezione (sent. 1810/2017) concernente diversa fattispecie relativa ad un patto di integrità avente un periodo di validità inferiore a quello previsto dalla disciplina di gara a fronte di chiara e inequivoca disposizione che ne richiedeva l’aggiornamento.
Il secondo motivo è, quindi, infondato.
3) Omessa indicazione, nell’offerta economica, della quotazione relativa alla “spedizione materiale A/R”e della voce di costo relativa alla “codifica attività”.
Quanto alla prima (spedizione materiale A/R) va rilevato che l’offerta della controinteressata, in corrispondenza della predetta voce reca un trattino (-) in entrambe le colonne (cifre e lettere), circostanza, questa che ha determinato la commissione a non qualificare tale voce come mancata quotazione (posto che, in tal caso, lo spazio non sarebbe stato contrassegnato), ma da una quotazione espressa con un segno riconducibile a zero equivalente a zero.
A tale riguardo il Collegio rileva che tale segno grafico - sebbene non conforme alle modalità di indicazione dell’offerta mediante cifre e lettere - non lasciava, tuttavia, alcuna incertezza sulla quotazione della voce “spedizione materiale A/R”; la commissione, quindi, si è limitata ad individuare l’unico valore ictu oculi attribuibile al segno grafico, senza alcuna manipolazione dell’offerta (sui limiti dell’errore emendabile nell’offerta tecnica, cfr. Cons. Stato, sez. V. 11 gennaio 2018, n. 113).
La seconda voce di costo (attività codifica materiali) pur inserita nelle prestazioni da quotare (v. allegato specifica tecnica) non era prevista dall’art. 8 del disciplinare tra le voci da quotare ai fini dell’attribuzione del punteggio secondo il criterio di aggiudicazione “del punteggio più basso” previsto dal citato art.8; ne consegue che l’omessa quotazione della voce “attività codifica materiali” non incide sulla completezza dell’offerta economica.
4) Omessa indicazione dei servizi e delle forniture o parti di servizi e forniture che si intendono subappaltare.
Va innanzitutto rilevato che la presunta omessa indicazione delle prestazioni da subappaltare richiesta dall’art. 105, comma 4 del D.lgs. 50/2016 rileva, eventualmente, in fase di esecutiva, ma non costituisce causa di esclusione dalla gara; inoltre, la dichiarazione dell’aggiudicataria non appare qualificabile alla stregua di un inammissibile riserva poiché verosimilmente indotta dalla equivocità del bando che, da un parte, (art. 10 disciplinare) non ammette il ricorso al sub appalto delle prestazioni, dall’altra ( pag. 6 della specifica tecnica) richiama il subappalto limitatamente alle ipotesi di eventuale richiesta di noleggio di mezzi per il montaggio/smontaggio di ponteggi.
Il motivo è, pertanto, infondato.
5) Inattendibilità dell’offerta dell’aggiudicataria e omessa valutazione dell’anomalia.
Il motivo concernente la presunta inattendibilità dell’offerta è formulato in termini estremamente generici e si limita ad affermare la sottostima di costi e la presunta anomalia senza allegare alcun specifico e oggettivo dato in ordine alla complessiva incongruità dell’offerta delle controinteressata; il motivo, quindi, così come proposto è inammissibile.
Quanto, infine, alla presunta omessa indicazione del costo della manodopera, la censura è smentita dall’offerta economica dell’aggiudicataria (prodotta, peraltro, dalla stessa ricorrente, v. allegato n. 5 al ricorso introduttivo) dalla quale emerge l’indicazione dei costi della manodopera secondo lo schema richiesto dalla stazione appaltante.
6) Censure finalizzate alla riedizione della gara.
6.1 Copertura finanziaria:
come anticipato in punto di fatto, la gara in questione era espressamente finalizzata alla “*verifica preliminare del costo del servizio e forniture da appaltare”* e, quindi, all’individuazione dell’operatore al quale affidare le singole richieste di fornitura “*una volta acquisita assicurazione della copertura finanziaria”*; ne consegue che ogni eventuale profilo concernete la copertura finanziaria può rilevare in sede di singola richiesta di intervento e non in sede di partecipazione “all’indagine conoscitiva” alla quale, peraltro, la ricorrente ha partecipato essendo a conoscenza dell’espressa clausola contenuta nella lettera di invito in base alla quale “la stipula dell'atto negoziale o l’invio, in alternativa, di lettera di ordinativo potrà seguire una volta acquisita assicurazione della copertura finanziaria da parte degli Enti Programmatori"; pertanto, la ditta nulla potrà pretendere a titolo di legittima aspettativa dall’amministrazione difesa”.
6.2 Importo della gara:
la censura è infondata poiché la lettera di invito prevedeva espressamente l’importo massimo (€ 150.000), mentre la previsione di importo indicativo per le singole commesse è coerente con l’oggetto dell’appalto caratterizzato da forniture a quantità indeterminata e con prestazioni eterogenee e non predeterminate.
6.3 Mancato rispetto del termine per la presentazione delle offerte:
la generica censura è inammissibile per carenza di interesse poiché la società ricorrente ha presentato la propria offerta entro il termine previsto dalla lettera di invito; la stessa ricorrente aveva, peraltro, subordinato la proroga del termine per le presentazione delle offerte alla circostanza (non verificatasi) che i chiarimenti richiesti non fossero stati resi entro il giorno successivo (v. allegato n. 3 allegato alle controdeduzioni della difesa erariale).
6.4 Omessa valutazione “codifica materiali”:
la censura, così come proposta, è inammissibile poiché il criterio di aggiudicazione (non tempestivamente impugnato e sul quale infra) prevedeva una serie di variabili parametrate in percentuale, con attribuzione di punteggi, tra i quali non era annoverato il costo della codifica dei materiali.
6.5 Criterio di aggiudicazione:
il motivo concernete la presunta illegittimità del criterio di aggiudicazione è tardivo, essendo fondata l’eccezione di irricevibilità formulata controinteressata (non contestata dalla ricorrente).
A tale il riguardo il Collegio, pur consapevole dell’esistenza di rinnovati contrasti giurisprudenziali circa l’onere di immediata impugnazione del bando di gara, comprovati dalla rimessione della questione all’Adunanza Plenaria con ordinanza del Consiglio di Stato, sez. III, 7 novembre 2017, n. 5138, ritiene, tuttavia, che almeno per ciò riguarda il criterio di aggiudicazione (vale a dire la regola fondamentale della gara) ogni contestazione concernente la presunta illegittimità dei criteri fissati dall’art. 95 del D.lgs.50/2016 debba costituire oggetto di immediata impugnazione (cfr. sulla questione Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n.2014 alle cui motivazioni si rinvia) poiché incidente sulle regole della competizione concorrenziale.
Tale profilo è, peraltro, strettamente connesso a quello della legittimazione a ricorrere poiché la società ricorrente (che solo all’esito della procedura di gara contesta la presunta erroneità del criterio di aggiudicazione), ha comunque accettato “le regole della competizione”, presentando la propria offerta. Una tale condotta assume di conseguenza valore di atto dispositivo dell’interesse a che lo scrutinio dei concorrenti si svolga secondo un differente criterio di selezione, rendendo non meritevole di tutela il soggetto che sia stato danneggiato da una scelta - quella di non contestare le regole ritenute erroneamente poste dalla *lex specialis* - che egli deve necessariamente imputare a sé medesimo (cfr. T.A.R. Sicilia - Catania, sez. IV, 22 gennaio 2018, n. 168).
Per tutto quanto sopra esposto il ricorso è complessivamente infondato e va respinto.
Le spese possono essere integralmente compensate, tra le parti, tenuto anche conto delle variegate posizioni espresse dalla giurisprudenza su alcune questioni dedotte in giudizio.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Seconda), respinge il ricorso indicato in epigrafe.
Spese compensate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:
Francesco Brugaletta, Presidente
Agnese Anna Barone, Consigliere, Estensore
Francesco Elefante, Referendario

**N. 01113/2018 REG.PROV.COLL.
N. 07978/2017 REG.RIC**.

**REPUBBLICA ITALIANA**
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Terza Quater)
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 7978 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Trade Art 2000 s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Fabio Liparota, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Sardegna, 69
contro
Azienda Usl Roma 6, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano Merelli, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Vincenza Di Martino in Roma, via Pompeo Magno, 7
nei confronti di
Fujifilm Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Corrado Diaco, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Alberto Linguiti in Roma, viale Giuseppe Mazzini, 55
per l'annullamento
- del provvedimento di cui estremi ignoti, adottato nella seduta pubblica del 20 luglio 2017, in virtù del quale la Trade Art 2000 s.p.a. è stata esclusa dalla «*procedura negoziata per la fornitura di un mammografo digitale con tomosintesi per l'unità dipartimentale di senologia e screening per P.O. di Marino*» (CIG 677082016C);
- del provvedimento di aggiudicazione della predetta gara, che a quanto consta all'odierna ricorrente, risulta essere già stato adottato, seppur mai comunicato a Trade Art 2000 s.p.a. e di cui non si conoscono gli estremi;
- di ogni altro atto annesso, ovvero connesso, presupposto o consequenziale, ivi compresi
- il provvedimento della proposta di aggiudicazione della predetta gara;
- il disciplinare di gara, ove e limitatamente alla parte in cui vi si ritenga presente una clausola che impone a pena di esclusione l’indicazione degli oneri di sicurezza nell’offerta economica;
- i verbali di gara e le valutazioni poste in essere dalla stazione appaltante per disporre l’esclusione anzidetta;
- la nota prot. n. 43745 del 1° agosto 2017 con la quale il RUP della gara ha comunicato il differimento integrale dell’accesso agli atti, tempestivamente domandato dalla Trade Art 2000 s.p.a.;
e con motivi aggiunti del 10 novembre 2017:
- della deliberazione n. 754 del 5 ottobre 2017 con la quale il Direttore generale ha approvato la proposta di aggiudicazione nei confronti di Fujifilm Italia S.p.A. avente ad oggetto la «*Procedura negoziata art. 36 del D. Lgs. n. 50 del 18/4/2016, per la fornitura di un Mammografo Digitale con Tomosintesi per l’unità Dipartimentale di Senologia e Screening Mammografico del P.O. di Marino – CIG 677082016C*» e, quindi, della relativa aggiudicazione definitiva;
- della relativa proposta di aggiudicazione nei confronti di Fujifilm Italia s.p.a.;
- della nota prot. n. 55421 del 6/10/2017 con la quale è stata comunicata alla Trade Art 2000 s.p.a. in pari data l’aggiudicazione definitiva *ex* art. 76, comma 5, d.lgs. n. 50/2016 disposta nei confronti di Fujifilm Italia s.p.a.;
- del verbale della seduta di gara del 20 dicembre 2016 nel corso della quale la Commissione, riunitasi in seduta riservata, decideva di «*effettuare un approfondimento in relazione al vigente nuovo codice degli appalti*» e di «*richiedere parere legale in merito all’ipotesi di ammissione ovvero esclusione dalla gara della Ditta Trade Art 2000 S.p.A., stante l’accertata carenza nell’indicazione nell’offerta economica* […] *dei costi aziendali in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro, e se questa possa essere oggetto di sanatoria tramite l’istituto del soccorso istruttorio*»;
- del verbale della seduta di gara del 17 marzo 2017 nel corso della quale la Commissione «*prende atto che con nota Prot. n. 1830 del 30/01/2017 l’Avv. Stefano Merelli* […] *ha trasmesso parere legale PL/III/C20 che viene acquisito nel merito quale parte integrante e sostanziale del presente verbale*» e, quindi, del relativo parere legale prot. n. 1830 del 30/1/2017 (nonché di tutte le valutazioni ivi compiute) con il quale il coordinatore dell’Ufficio Legale ha concluso per l’impossibilità di procedere con il soccorso istruttorio in favore della Trade Art 2000 s.p.a. per la «*mancata specificazione analitica degli oneri per la sicurezza sui luoghi di lavoro* […] *con conseguente esclusione della stessa nella gara di cui trattasi*»;
- del verbale della seduta di gara riservata del 14 luglio 2017 nel corso della quale la Commissione ha deliberato «*l’esclusione dalla presente gara della ditta Trade Art 2000 s.p.a.*»;
- del provvedimento di annullamento in autotutela *ex* art. 21-*nonies* l. 241/1990 (di cui non si conoscono gli estremi) disposto dalla Commissione di gara di una serie di atti e provvedimenti e, nel dettaglio: delle procedure poste in essere dalla Commissione riferite agli atti relativi alla valutazione dell’offerta economica presentata da Trade Art 2000 s.p.a., nonché del verbale n. 7 del 29/11/2016 e del verbale n. 8 del 20/12/2016 e della graduatoria provvisoria ove Trade Art risultava essere al primo posto;
- della nuova graduatoria riportata nel verbale di gara del 20 luglio 2017 ove Fujifilm risultava classificata al primo posto in graduatoria e la GE Medical Systems Italia s.p.a. al secondo posto;
- del verbale della seduta pubblica del 20 luglio 2017 (già impugnato con ricorso principale, ma di cui si è ottenuta copia solo all’esito dell’accesso agli atti) nel corso della quale la Commissione ha comunicato «*1) di annullare la graduatoria provvisoria d’appalto determinata nel verbale n. 7 del 29/11/2016, relativa alle ditte Trade Art 2000 - Fujifilme Italia - GE Medical Sistems Italia* […]*; 2) di escludere la Ditta Trade Art 2000 S.p.A. di Roma*” […]; *3) di riaprire la procedura di aggiudicazione* […]; *4) di fare salvi, in forza del principio di salvaguardia degli atti amministrativi non viziati, gli atti relativi ai verbali della commissione di gara n. 1 del 22/9/2016 – n. 2 del 12/10/2016 – n. 3 del 14/10/2016 – n. 4 del 18/10/2016 – n. 5 del 19/10/2016 – n. 6 del 28/10/2016, n. 8 del 20.12.2016 e n. 9 del 17/03/2017;*» e quindi della relativa nuova graduatoria provvisoria redatta;
- del verbale di gara della seduta riservata del 4 agosto 2017 ove la Commissione ha preso atto del venir meno della necessità di richiedere ulteriori giustificazioni alla Trade Art 2000 s.p.a. (vista la sua esclusione) e, valutati gli atti relativi al procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta avviato nei confronti della Fujifilm Italia s.p.a., ha ritenuto la congruità dell’offerta presentata da quest’ultima confermando la graduatoria del 20/7/2017;
- della richiesta da parte della stazione appaltante a Fujifilm Italia s.p.a. dei documenti integrativi circa il subprocedimento di anomalia dell’offerta, richiesta avanzata con nota n. 41479 del 20/7/2017;
- del verbale di gara della seduta pubblica del 4 agosto 2017 nel corso della quale la Commissione ha confermato la graduatoria di cui al verbale n. 11 e, quindi, della relativa graduatoria, nonché dell’aggiudicazione provvisoria (e/o proposta di aggiudicazione) disposta in favore della Fujifilm Italia s.p.a.;
- di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, connesso e consequenziale, ancorché non conosciuto, con il quale è stata confermata/ribadita l’esclusione dalla procedura di gara della Trade Art 2000 s.p.a.;
- del contratto di appalto ove nelle more stipulato;
nonché
per la condanna di ASL Roma 6 al risarcimento dei danni subiti *ex* art. 30 c.p.a., tramite reintegrazione in forma specifica o, in subordine, per equivalente.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Azienda Usl Roma 6 e di Fujifilm Italia s.p.a.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2018 il dott. Alfredo Storto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. Col ricorso introduttivo la Trade Art 2000 s.p.a. (Trade) impugna la propria esclusione, non formalizzata *ex* art. 76, comma 4, lettera b), del d.lgs. n. 50/2016, dalla «*procedura negoziata per la fornitura di un mammografo digitale con tomosintesi per l'unità dipartimentale di senologia e screening per P.O. di Marino*» indetta il 1° agosto 2016 *ex*art. 36 del d.lgs. n. 50/2016 dalla Asl Roma 6, per non essere stati quantificati gli oneri per la sicurezza aziendale.
1.1. In particolare, la ricorrente lamenta:
1) violazione e falsa applicazione degli artt. 29, 76, 83, 94, 95 e 97 del d.lgs. n. 50/2016, degli artt. 1 e 3 del disciplinare di gara, carenza dei presupposti, contraddittorietà, manifeste irragionevolezza e ingiustizia, difetto di istruttoria e di motivazione, sviamento, in quanto: a) l’indicazione degli oneri di sicurezza non sarebbe contemplata dalla *lex specialis*se non nell’art. 3 della lettera di invito (che non ne fornisce una stima e) che, tuttavia, impone ai concorrenti di affrontare il tema nelle giustificazioni nel caso di anomalia dell’offerta («*Le giustificazioni devono dimostrare che l’offerta sia adeguata e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, che deve essere specificatamente indicato, nonché congrua rispetto alle caratteristiche del servizio da espletare*»), mentre di tale prescrizione non v’è traccia né nell’indicazione del contenuto del plico, né nella modulistica allegata, né altrimenti è comminata l’esclusione per la mancata indicazione; b) inoltre, la Trade 2000, avendo presentato la migliore offerta economica, aveva indicato in sede di giustificazioni (cui era stata ammessa anche la Fujifilm s.p.a., poi risultata aggiudicataria definitiva) i predetti oneri, già compresi nell’offerta economica con un importo congruo, venendo tuttavia inopinatamente esclusa dalla gara per non averli quantificati nell’offerta economica, con atto non comunicato né pubblicato sul sito web aziendale; c) ancora, avrebbe dovuto esser attivato il soccorso istruttorio, con attenuazione del rigore dei principi già a suo tempo declinati da Ad. plen. n. 9 del 2015 anche alla luce della successiva decisione n. 19 del 2016 e tenuto conto del principio di cui all’art. 89, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 e di quello di cui all’art. 83 del medesimo codice secondo cui solo le cause tassativamente indicate come escludenti nella *lex specialis*possono condurre all’estromissione dalla gara del concorrente; d) la previsione dell’art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016 (che richiede l’indicazione nell’offerta economica anche degli oneri della sicurezza) andrebbe interpretato secondo proporzionalità e ragionevolezza, nel mentre la congruità dell’offerta andrebbe accertata, ai sensi dell’art. 97 del codice dei contratti pubblici, attraverso le giustificazioni fornite dalla concorrente;
2) violazione e falsa applicazione degli artt. 29, 53 e 76 del d.lgs. n. 50/2016, degli artt. 24 e 25 della l. n. 241/1990, dell’art. 4 del disciplinare di gara, carenza dei presupposti, manifeste irragionevolezza e ingiustizia, difetto di istruttoria e di motivazione, sviamento, in quanto sarebbe illegittima la determinazione, assunta dalla Asl di differire l’accesso alla documentazione di gara ad un momento successivo all’aggiudicazione.
1.3. La ricorrente ha anche formulato un’istanza istruttoria ovvero *ex* art. 116, comma 2, c.p.a. per l’accesso a una serie di atti di gara.
1.4. Si sono difese la Asl Roma 6 e la Fujifilm deducendo l’infondatezza dell’impugnativa.
1.5. Con ordinanza n. 4724 del 14 settembre 2017, la Sezione ha respinto la domanda cautelare articolata in ricorso dalla Trade e ha fissato l’odierna udienza pubblica.
2. Nelle more, la Trade ha proposto motivi aggiunti avverso l’aggiudicazione in favore della Fujifilm e gli altri atti indicati in epigrafe ottenuti a seguito di accesso.
2.1. La ricorrente, oltre ad articolare una censura di illegittimità derivata da quella degli atti presupposti gravati col ricorso introduttivo, ha ulteriormente lamentato:
3) violazione e falsa applicazione degli artt. 83, comma 9, e 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, falso presupposto di fatto, contraddittorietà e vizio di motivazione, travisamento dei fatti, sviamento, illogicità, in quanto: a) il parere del Coordinatore dell’Ufficio legale dell’Asl, acquisito e fatto proprio dalla Commissione di gara, sarebbe errato laddove conclude che la mancata specificazione analitica degli oneri per la sicurezza aziendale integrerebbe una inosservanza sostanziale piuttosto che formale e anche affetto da contraddizione tra le premesse e le conclusioni; b) nessun dubbio esiste in ordine al fatto che il prezzo offerto dalla Trade fosse comprensivo degli oneri di sicurezza, cosicché la Commissione, a prescindere dalla mancata specificazione iniziale, avrebbe dovuto verificare in sede di giustificazioni la concreta allocazione nel prezzo delle risorse per la sicurezza;
4) ulteriore violazione e falsa applicazione degli artt. 83, comma 9, e 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, dell’art. 1 “Busta n. 3 parte economica” del disciplinare di gara, erroneo presupposto di fatto, in quanto, l’indicazione contenuta nelle difese dell’amministrazione in ordine ad una inequivocabile clausola contenuta nell’art. 5 de *lex specialis* (la quale prevederebbe che l’offerta economica doveva essere formulata «*nessun onere escluso (anche se non espressamente menzionato)*», con automatica applicazione dell’art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/16) sarebbe errata, non esistendo alcuna clausola del tenore riportato dalla difesa della Asl, come peraltro ammesso dalla stessa Commissione nel verbale di gara del 20 dicembre 2016 e, anzi, avendo l’equivoca formulazione recata dall’art. 3 del disciplinare di gara indotto in errore la Trade nel formulare la propria offerta.
2.1. Con gli stessi motivi aggiunti la Trade ha anche reiterato la propria istanza istruttoria (anche *ex*art. 116, comma 2, c.p.a.) per l’accesso alle giustificazioni fornite nell’ambito del subprocedimento di anomalia dell’offerta da Fujifilm.
2.2. L’Asl Roma 6, nel concludere nel merito per l’infondatezza anche dei motivi aggiunti, ne ha eccepito in via pregiudiziale l’inammissibilità per carenza di interesse a ricorrere, non essendo stata gravata in appello la decisione cautelare già resa dalla Sezione.
2.3. Anche la Fujifilm ha ribadito l’infondatezza complessiva dell’impugnativa.
Sia quest’ultima sia la Trade hanno ulteriormente interloquito con memorie, la seconda eccependo la tardività delle ultime difese della Asl.
3. All’esito dell’odierna udienza pubblica, nella quale il difensore della ricorrente ha dichiarato di non avere più interesse alla decisione dell’istanza istruttoria/di accesso, la causa è stata posta in decisione.
4. L’art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 (nel testo *ratione temporis*applicabile al caso di specie) così dispone: «*nell’offerta economica l’operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*».
Quanto alla *lex specialis*della gara, in essa non è rinvenibile (né all’art. 5, né altrove) la previsione espressa indicata dalla Asl nei termini per cui l’offerta doveva essere formulata «*nessun onere escluso (anche se non espressamente formulato)*».
Tuttavia, l’art. 3 della *lex specialis*prevedeva infine che «*le giustificazioni devono dimostrare che l’offerta sia adeguata e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, che deve essere specificatamente indicato, nonché congrua rispetto alle caratteristiche del servizio da espletare*».
Ciò posto, osserva in linea generale il Collegio che, anche in assenza di un’esplicita previsione di richiamo alla previsione imperativa e cogente dell’art. 95, comma 10, cit., opererebbe l'istituto della eterointegrazione del bando di gara in base alla normativa in materia, analogamente a quanto avviene nel diritto civile ai sensi degli artt. 1374 e 1339 c.c., colmandosi in via suppletiva le eventuali lacune del provvedimento adottato dalla pubblica amministrazione (cfr., da ultimo, C.d.S., III, 24 ottobre 2017, n. 4903).
Senonché, nella gara in esame, emerge direttamente la piena operatività della previsione appena richiamata del codice dei contratti pubblici, a cui nella specie corrisponde proprio il disposto dell’art. 3 della *lex specialis* nella parte in cui prescrive di indicare *specificatamente* il costo relativo alla sicurezza, da riferire pertanto alla fase di predisposizione dell’offerta, con l’effetto di poter ravvisare l’esistenza nella legge di gara una previsione *ad hoc*senz’altro idonea, nella necessaria sinergia con la chiara norma di legge, a rendere edotto il concorrente degli obblighi compilativi su di esso gravanti.
Infatti, le previsioni di gara, in particolare ove costituiscono l’attuazione di disposizioni di legge cogenti e imperative, non possono essere lette disgiuntamente dalle medesime norme presupposte, né tantomeno in contrasto con la lettera e le finalità di esse.
Ciò posto, quanto all’effettiva portata della norma di legge presupposta, occorre considerare che sotto la vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006 si era consolidata l’interpretazione recata da Ad. plen. n. 19 del 2016, la quale aveva chiarito che l'esclusione automatica dell'impresa che non abbia indicato gli oneri di sicurezza interni o aziendali nell'offerta economica può essere disposto solo se la *lex specialis* nulla dica in proposito e se dal punto di vista sostanziale l'offerta non rispetta i costi minimi. Questa pronuncia derivava le proprie ragioni dalla sentenza del 2 giugno 2016 (C-27/17) della Corte di Giustizia dell’Unione europea la quale aveva chiarito che i principi eurounitari ostano all'esclusione automatica di un'impresa quando un determinato obbligo non sia previsto dal bando o dal diritto vigente, ma solo da una particolare interpretazione giurisprudenziale o dei documenti della procedura di gara, sicché deve essere consentito all'operatore economico di sanare la propria posizione di adempiere a tale obbligo entro un termine.
Tale quadro normativo è stato dunque superato proprio dal nuovo codice dei contrati pubblici il quale, col valore di norma primaria, ha innovato il diritto vigente, prevedendo espressamente l’obbligo di indicare nell’offerta tecnica gli oneri di scurezza, al contempo precludendo, con l'art. 83, comma 9, il soccorso istruttorio con riguardo all'offerta economica e tecnica.
Proprio dalla giustapposizione tra la pratica giurisprudenziale vigente sotto l’abrogato codice dei contratti pubblici e la nuova espressa previsione di legge, emerge che ove la gara, come quella oggi in esame, sia assoggettata alle disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016, grava in capo all’offerente «un ineludibile obbligo legale da assolvere necessariamente già in sede di predisposizione dell'offerta economica, proprio al fine di garantire la massima trasparenza dell'offerta economica nelle sue varie componenti, evitando che la stessa possa essere modificata *ex post* nelle sue componenti di costo, in sede di verifica dell'anomalia, con possibile alterazione dei costi della sicurezza al fine di rendere sostenibili e quindi giustificabili le voci di costo riferite alla fornitura del servizio o del bene» (così, condivisibilmente, Tar Campania, Salerno, I, 25 ottobre 2017, n. 1527).
Per quanto detto, il tenore del bando determinato dall’interposizione di una norma espressa in ordine alle necessarie indicazioni da includere nell’offerta tecnica da leggere alla luce della disposizione di legge primaria richiamabile, in uno a un’altrettanto puntuale preclusione del soccorso istruttorio recato sempre per via di legge ordinaria, vale dunque a far ritenere corrette le univoche determinazioni escludenti assunte dalla Commissione di gara – senza la necessità di interrogarsi ulteriormente in ordine alla compatibilità della normativa nazionale con quella eurounitaria – le quali non risultano pertanto neppure affette da alcune delle contraddittorietà che, secondo la prospettazione della ricorrente, deriverebbero loro dal presupposto parere reso dall’Ufficio legale aziendale.
5. Da tanto discende – disattesa l’eccezione pregiudiziale inammissibilmente fondata su una presunta, ma inesistente, forza preclusiva della statuizione cautelare non appellata – la reiezione sia del ricorso introduttivo, sia dei motivi aggiunti, compresa la conseguenziale domanda risarcitoria.
6. Come già ritenuto in sede cautelare, l’esistenza di oscillazioni giurisprudenziali sui temi in esame consente di compensare le spese di lite tra tutte le parti costituite.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge e compensa le spese di giudizio.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:
Giuseppe Sapone, Presidente
Alfredo Storto, Consigliere, Estensore
Massimo Santini, Consigliere

**N. 00604/2018REG.PROV.COLL.**
**N. 02485/2017 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
**Il Consiglio di Stato**
**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2485 del 2017, proposto da:
Eco-Service s.r.l., in persona dell’amministratore unico e legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Valeria Zambardi e Davide Tagliaferri, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato di quest’ultimo, in Roma, via Calabria 56;
***contro***
Friuli Venezia Giulia Strade s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianni Zgagliardich, Luigi e Andrea Manzi, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Luigi Manzi in Roma, via Confalonieri 5;
***nei confronti di***
Ecogest s.p.a., in persona del presidente del consiglio di amministrazione e rappresentante legale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall’avvocato Antonio Barone, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di San Basilio 61;
Zanini Antonio, Sever s.r.l., Molaro Geom. Giordano Utilizzazioni Boschive, non costituiti in giudizio;
***per la riforma***
della sentenza del T.A.R. FRIULI VENEZIA GIULIA, SEZIONE I, n. 65/2017, resa tra le parti, concernente una procedura di affidamento in appalto del servizio di manutenzione ordinaria ricorrente delle opere a verde lungo la rete stradale gestita da Friuli Venezia Giulia Strade s.p.a. annualità 2016-2017

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio della Friuli Venezia Giulia Strade s.p.a. e di Ecogest s.p.a.;
Vista l’ordinanza cautelare della Sezione 15 giugno 2017, n. 2466;
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 18 gennaio 2018 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Curti, per delega di Zambardi, Andrea Manzi, e Di Pace, per delega di Barone;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1. La Eco-Service s.r.l. propone appello contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Friuli Venezia Giulia in epigrafe, che ha respinto il suo ricorso contro gli atti della procedura di affidamento in appalto del servizio di manutenzione ordinaria delle opere a verde lungo la rete stradale gestita da Friuli Venezia Giulia Strade s.p.a. per il periodo 2016-2017.
In virtù del ribasso del 48,568% sulla base d’asta, l’offerta dell’odierna appellante era risultata la migliore per il lotto 3, relativo al Centro di manutenzione di Trieste e Gorizia, rispetto alla soglia di anomalia del 51,577%, determinata automaticamente ex art. 86, comma 1, dell’allora vigente codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (seduta di gara del 12 maggio 2016), ma veniva nondimeno esclusa all’esito della verifica disposta dalla stazione appaltante ai sensi del comma 3 della medesima disposizione (esclusione comunicata con messaggio p.e.c. del 12 ottobre 2016, prot. n. 21032).
2. Con il proprio ricorso la Eco-Service contestava la scelta di quest’ultima di procedere a verifica di anomalia e le motivazioni sottostanti al provvedimento finale di esclusione per incongruità dell’offerta.
3. Le medesime censure sono quindi riproposte dall’originaria ricorrente nel presente appello, al quale resiste la Friuli Venezia Giulia Strade s.p.a. e la Ecogest s.p.a., dichiarata aggiudicataria in conseguenza dell’esclusione della prima.

**DIRITTO**

1. Con il primo motivo d’appello la Eco-Service ripropone la censura diretta a contestare la decisione della stazione appaltante di sottoporre a verifica di anomalia la sua offerta. Nell’evidenziare che per i lotti 1 e 2 della stessa procedura di gara Friuli Venezia Giulia Strade ha limitato le verifiche alle sole offerte recanti un ribasso superiore alla soglia di anomalia automaticamente determinata, l’originaria ricorrente evidenzia che ai sensi dell’art. 86, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006 la decisione di svolgere la verifica di congruità deve fondarsi su «*elementi specifici*» che possano far dubitare della congruità dell’offerta. A questo specifico riguardo, la Eco-Service contesta che possano ritenersi sufficienti i rilievi svolti dalla seduta della commissione di gara del 14 luglio 2016, come invece ritenuto dal giudice di primo grado, e cioè l’esiguo scarto percentuale tra soglia di anomalia e ribasso offerto e la consistenza in termini assoluti del medesimo ribasso. In primo luogo l’appellante sottolinea che la seduta di gara in questione è successiva all’avvio del sub-procedimento di verifica e in secondo luogo che la motivazione è intrinsecamente irragionevole, oltre che contraddittoria rispetto alle contrarie determinazioni assunte da Friuli Venezia Giulia Strade per gli altri due lotti di gara. L’appellante sottolinea a quest’ultimo riguardo che nella procedura di gara precedente per lo stesso servizio l’aggiudicazione era stata disposta sulla base di un ribasso del 56,23% e – soggiunge - ciò renderebbe «*manifestamente irragionevole*» la decisione della stazione appaltante.
2. Con il secondo motivo d’appello la Eco-Service ripropone la censura di eccesso di potere per macroscopica erroneità della valutazione finale di anomalia formulata dalla Friuli Venezia Giulia Strade, poiché fondata sull’inverosimile sbilanciamento negativo finale tra costi e ricavi di € 125.333,54, corrispondenti ad oltre il 50% dell’offerta in valori assoluti (quest’ultima pari a € 222.188,00).
Oltre a lamentare la mancanza di un contraddittorio effettivo nell’ambito del sub-procedimento di verifica, come evincibile dall’omessa valutazione delle giustificazioni e dei chiarimenti forniti, la Eco-Service critica la sentenza di primo grado per avere il Tribunale amministrativo posto a fondamento del rigetto della censura un’asserita difformità delle modalità di esecuzione del servizio offerte rispetto a quanto previsto dal capitolato speciale d’appalto con specifico riguardo allo smaltimento dei residui verdi dello sfalcio - ed in particolare per la mancata previsione dell’aspirazione dell’erba sfalciata e il suo successivo trasporto in discariche - che tuttavia non costituisce ragione addotta dall’amministrazione a fondamento del giudizio finale di anomalia. Quindi, a confutazione delle ragioni di rigetto espresse dal Tribunale amministrativo circa l’inattendibilità delle stime formulate della quantità di residui da smaltire e del conseguente costo complessivo inerente a tale attività, la Eco-Service oppone che tali stime si fondano in modo ragionevole sull’impiego del “*mulching*”, di cui sono dotate le proprie macchine, che consente di polverizzare l’erba tagliata, con conseguente abbattimento dei volumi da smaltire e dei relativi costi. L’appellante evidenzia inoltre che questa tecnica non è vietata dal capitolato speciale d’appalto e (in memoria conclusionale) che la stessa è addirittura consigliata dai criteri ambientali minimi per l’affidamento del servizio di gestione del verde pubblico di legge.
3. I motivi d’appello così sintetizzati sono infondati.
4. Il primo si infrange sull’orientamento giurisprudenziale consolidato che afferma che l’amministrazione dispone di una discrezionalità quanto mai ampia in ordine alla scelta se procedere a verifica facoltativa della congruità dell’offerta, il cui esercizio (o mancato esercizio) non necessita di una particolare motivazione e può essere sindacato solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto (da ultimo: Cons. Stato, V, 25 maggio 2017, n. 2460). L’indirizzo ora richiamato si giustifica sulla base della considerazione che la scelta qui censurata ha carattere prodromico rispetto al giudizio finale sulla congruità dell’offerta, ed inoltre sull’ampiezza (o sostanziale indeterminatezza) del relativo presupposto di legge (art. 86, comma 3, d.lgs. 163 del 2006): «in *base ad elementi specifici*»; a sua volta correlato ad una situazione di mero sospetto di anomalia dell’offerta (che «*appaia anormalmente bassa*»), tutto ancora da accertare a quel momento della procedura di affidamento.
5. Infatti, all’esito della selezione delle offerte la stazione appaltante non è in linea generale in grado di conoscere con precisione tutte le voci di costo di cui l’offerta e tanto meno se queste sono a sua volta coerenti con i valori di mercato. Se quindi in questa fase della gara le determinazioni assunte dalla stazione appaltante si fondano su valutazioni di carattere provvisorio e su un quadro probatorio incompleto, si deve poi evidenziare che nessuna illegittimità è ravvisabile nel fatto che le ragioni che hanno indotto la stazione appaltante a procedere alla verifica di anomalia siano esternate nel corso o anche alla fine del relativo sub-procedimento. L’impresa ad essa sottoposta è comunque in grado di formarsi un convincimento preciso sulle ragioni sottese alla scelta dell’amministrazione sin dall’origine, sulla base delle richieste di giustificativi, oltre che nel corso di tutto il sub-procedimento di verifica, attraverso tutti gli altri chiarimenti richiesti nell’ambito del contraddittorio che consegue all’apertura della verifica di congruità.
6. Sotto un diverso profilo va inoltre sottolineato che la lesione della sfera giuridica del concorrente sottoposto a verifica si determina in modo compiuto solo all’esito del sub-procedimento, allorché l’iniziale ipotesi viene confermata dall’esame dei giustificativi e di tutti gli elementi forniti dall’impresa nell’ambito del contraddittorio con la stazione appaltant
7. Applicate le considerazioni finora svolte al caso di specie, l’Eco-Service deve innanzitutto ritenersi priva di interesse a contestare la decisione di Friuli Venezia Giulia Strade di procedere alla verifica di anomalia nei propri confronti, a fronte di una iniziale richiesta della stazione appaltante di fornire giustificativi (nota del r.u.p. in data 17 maggio 2016, prot. n. 9815 e verbale di gara in pari data) su ben precise voci di costo e di un giudizio finale che ha confermato l’iniziale sospetto. L’interesse dell’odierna appellante si concentra invece su tale giudizio.
8. In ragione dell’esito del sub-procedimento è peraltro smentito l’assunto su cui il motivo in esame si incentra, e cioè che nel caso di specie la decisione di procedere alla verifica di congruità sarebbe sfornita degli elementi specifici necessari ai sensi dell’art. 86, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006. Casomai potrebbe rivelarsi privo di fondamento, e dunque illegittimo, il giudizio finale di anomalia, ma questa considerazione non fa che confermare quanto finora rilevato, ovvero che la lesione dell’odierna appellante si è concretizzata solo con tale determinazione conclusiva e che su di essa si concentra quindi l’interesse a formulare censure di legittimità in sede giurisdizionale.
9. Ciò precisato è nondimeno infondato anche il secondo motivo, specificamente rivolto al giudizio in questione.
10. Deve innanzitutto respingersi l’assunto della Eco-Service secondo cui il Tribunale amministrativo nel fondare il rigetto del motivo di impugnazione su una pretesa variazione essenziale delle condizioni di esecuzione del servizio di sfalcio avrebbe integrato le ragioni a base del giudizio di incongruità dell’offerta.
In contrario va sottolineato che la stazione appaltante ha ripetutamente contestato nel corso del sub-procedimento di verifica di anomalia che dalle giustificazioni fornite dall’odierna appellante per le voci nn. 317 e 318, relative rispettivamente allo sfalcio delle erbe in banchina e allo sfalcio dell’erba su scarpate, banchettoni e aiuole, l’analisi dei relativi costi «*è sostanzialmente variata, avendo valutato in un’unica voce di costo i relativi incombenti*» e che ciò si traduceva in un’«*evidente difformità rispetto alle previsioni capitolari*» (così nel verbale di gara del 6 luglio 2016).
Si tratta di rilievi iniziali svolti a fronte della previsione formulata dalla Eco-Service nei propri giustificativi di impiegare per lo svolgimento di tali attività macchine operatrici «*in “Combinata”*», tali da permettere «*di eseguire 2 lavorazioni contemporaneamente (sfalcio della banchina e sfalcio della scarpata)*», in grado così di ridurre tempi e costi e di giustificare le due corrispondenti voci «*sommando il prezzo unitario*». Nei medesimi giustificativi l’odierna appellante aveva anche precisato che i macchinari in questione sono dotati di frese in grado di praticare il *mulching*, e quindi di sminuzzare l’erba e di mutarla in una «*concimazione naturale*», in mododa evitarne «*la tendenza a seccarsi*».
11. Rispetto a queste giustificazioni gli iniziali rilievi della stazione appaltante venivano ribaditi nel corso della seduta conclusiva del sub-procedimento del 14 luglio 2016. Infatti, all’esito del contraddittorio con la società il r.u.p. confermava che attraverso le descritte modalità di esecuzione delle attività di sfalcio si sarebbe determinata una sostanziale variazione di quelle prefigurate nel capitolato speciale d’appalto ed una sottostima dei reali costi che il servizio avrebbe richiesto.
Nel verbale viene in particolare contestato all’odierna appellante di avere accorpato i costi in questione «*in un’unica attività lavorativa che li ricomprende, esponendo costi di manodopera e risorse che derivano dall’impiego delle stesse in misura ridotta rispetto ai disposti capitolari*».
A questo specifico riguardo il r.u.p. ricorda – in relazione ai giustificativi presentati dalla Eco-Service, secondo cui le quattro squadre operative richieste avrebbero impiegato ciascuna una macchina operatrice “combinata” - che in base all’art. 6 del capitolato d’appalto le squadre operative avrebbero dovuto essere composte da due trattori con barra falciante o piatto completi di operatori; due decespugliatori ed operatori e due movieri.
12. Nello stesso verbale il r.u.p. si dà carico di confutare le obiezioni svolte a quest’ultimo riguardo dal rappresentante della Eco-Service.
Ivi si legge che secondo quest’ultima le previsioni del capitolato speciale «*sono desuete*» e che le macchine operatrici “in combinata” offerta consentono «*lo sfalcio in un’unica soluzione*». Tuttavia, il r.u.p. replica sul punto in questione «*che non è possibile prescindere dalle prescrizioni capitolari*».
13. In ragione di ciò quest’ultimo procedere poi a quantificare lo sbilanciamento negativo relativo alla voce di costo in questione, nella misura di € 125.333,54.
14. Di seguito, nello fornire il dettaglio delle sottostime ingiustificate da cui sarebbero affette le giustificazioni della Eco-Service il r.u.p. si sofferma sui costi di smaltimento del verde in discarica. Questa voce viene ritenuta essere stata indicata in valori pari «*a ben oltre il 50% rispetto alla normalità*» ed inoltre «*in palese contraddizione*» con la documentazione presentata dalla società «*dalla quale si evince l’esposizione del suddetto onere di smaltimento*». Sul punto vi è un anche richiamo alla tecnica del *mulching*, di cui si afferma la non conformità ai «*disposti capitolari e nella fattispecie alle Norme Tecniche*».
15. Oltre a confutare la censura di ultrapetizione, le risultanze del sub-procedimento di verifica dell’anomalia finora esaminate consentono anche di escludere che nel caso di specie sia mancato un reale contraddittorio tra l’impresa ad esso sottoposta e la stazione appaltante. In contrario è evidente che la verifica si è concentrata proprie sulle modalità di esecuzione delle attività di sfalcio del verde, la cui difformità offerta dalla Eco-Service è stata ritenuta determinante per il Tribunale amministrativo, e sui costi ad esse inerenti.
16. Del pari, risulta confermato il giudizio reso dal Tribunale amministrativo in ordine alla variazione essenziale delle modalità di prestazione del servizio rispetto alle previsioni del capitolato speciale d’appalto in cui l’odierna appellante è incorsa nel giustificare il proprio ribasso.
17. Deve poi sottolinearsi che alle ragioni a base del giudizio di incongruità formulato da Friuli-Venezia-Giulia Strade e alla statuizione di rigetto del ricorso conseguentemente emessa dal giudice di primo grado la Eco-Service oppone considerazioni di carattere tecnico.
In linea con quanto già esposto nel contraddittorio svoltosi con il verbale del 14 luglio 2016, nel presente giudizio la società sostiene in particolare che la tecnica del *mulching*, in sé non vietata dal capitolato d’appalto,sarebbe addirittura consigliata in base ai criteri ambientali minimi per l’affidamento del servizio di gestione del verde pubblico, e tale da rendere inconfigurabile *in apicibus* l’obbligo di asporto della parte sfalciata pur richiesta dalle norme del medesimo capitolato, poiché ciò che residuerebbe dallo sfalcio del verde consisterebbe in polvere che potrebbe essere lasciata *in loco*anziché trasportata in discarica.
18. Tali assunti non possono essere condivisi.
Da un lato è la stessa appellante a riconoscere che il capitolato richiedeva in modo espresso l’asporto della parte sfalciata, dacché l’onere economico dell’obbligo contrattualmente previsto per l’appaltatore di provvedere al suo successivo smaltimento in discarica.
Dall’altro lato non giova alla società il richiamo ai criteri ambientali minimi per il servizio di gestione del verde pubblico e i risultati ottenibili dall’impiego della tecnica *mulching*. Come infatti controdedotto sul punto dalla controinteressata Ecogest, in memoria di replica, i criteri ambientali minimi relativi alla gestione del verde pubblico non sono applicabili al diverso servizio concernente lo sfalcio delle erbe poste ai lati delle strade. Ciò per la decisiva considerazione che in quest’ultimo «*la capacità di assorbimento del terreno e la vegetazione che vi cresce hanno natura eterogenea*», per cui si impone la necessità di evitare il rischio che il materiale risultante dallo sminuzzamento dell’erba possa ricadere sul manto stradale e rendere quest’ultimo scivoloso. Una simile evenienza può dunque essere evitata solo con il trasporto in discarica, che il capitolato richiedeva e che, per contro, l’odierna appellante ha preteso di computare in misura economicamente insostenibile nell’ambito dei costi stimati per la propria offerta.
19. Questo rilievo conferma l’inderogabile esigenza di rispettare l’obbligo derivante dal capitolato d’appalto di conferire il materiale in discarica e, dunque, la legittimità dell’esclusione della Eco-Service dalla procedura di gara in contestazione per le ragioni finora esposte.
20. L’appello deve quindi essere respinto.
Le spese del grado seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.
Condanna l’appellante Eco-Service s.r.l. a rifondere alle parti appellate Friuli Venezia Giulia Strade s.p.a. e di Ecogest s.p.a. le spese di causa, liquidate per ciascuna parte in € 5.000,00, oltre agli accessori di legge.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 gennaio 2018 con l’intervento dei magistrati:
Giuseppe Severini, Presidente
Claudio Contessa, Consigliere
Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore
Valerio Perotti, Consigliere
Federico Di Matteo, Consigliere