**SENTENZE CONTRIBUTO 15.02**

Pubblicato il 06/02/2017
N. 00501/2017REG.PROV.COLL.
N. 04639/2016 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 iscritto in appello al numero di registro generale 4639 del 2016, proposto da:
Aurora Domus cooperativa sociale, Cooperativa sociale Società Dolce, Pro.ges. società cooperativa sociale a responsabilità limitata – Servizi integrati alla persona, in persona dei rispettivi presidenti e legali rappresentanti pro tempore, nelle rispettive qualità di capogruppo mandataria la prima e mandanti le seconde del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese, rappresentate e difese dall’avvocato Paolo Michiara, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Gian Marco Grez, in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

contro

Comune di Parma, in persona del dirigente dell’avvocatura comunale pro tempore, rappresentato e difeso dall’avvocato Giuseppe Manfredi, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Maria Grazia Picciano, in Roma, via Ippolito Nievo, n. 61;

nei confronti di

Società cooperativa sociale Ancora Servizi e Aldia cooperativa sociale società cooperativa sociale, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati Enrico Giuseppe Vallania e Nicola Laurenti, con domicilio eletto presso lo studio di quest’ultimo, in Roma, via Denza, n. 50/a;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. EMILIA-ROMAGNA, SEZ. STACCATA DI PARMA, n. 94/2016, resa tra le parti, concernente una procedura di affidamento del servizio di integrazione scolastica per alunni e studenti con disabilità e per le attività di supporto nel periodo estivo;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Parma e delle cooperative sociali Ancora Servizi società cooperativa sociale e Aldia;

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 12 gennaio 2017 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Paolo Michiara, Maria Grazia Picciano, su delega dell’avvocato Manfredi, e Nicola Laurenti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale dell’Emilia-Romagna, sezione staccata di Parma, integrato da motivi aggiunti le cooperative sociali Aurora Domus onlus, Società Dolce e Pro.ges. società cooperativa – Servizi integrati alla persona impugnavano gli atti della procedura di affidamento in appalto del servizio di integrazione scolastica per alunni e studenti con disabilità nelle scuole del Comune di Parma e relative attività di supporto nel periodo estivo per il periodo (presunto) dal settembre 2015 al settembre 2016, (bando approvato con determinazione n. 1851 del 25 agosto 2015), alla quale avevano partecipato in raggruppamento temporaneo di imprese collocatosi, all’esito della selezione mediante il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa sulla base d’asta di € 2.148.600,00, al secondo posto della graduatoria finale, immediatamente dietro il raggruppamento temporaneo con capogruppo l’Ancora Servizi società cooperativa sociale, conseguentemente dichiarato aggiudicatario definitivo (determinazione n. 1851 del 25 agosto 2015).

2. Con la sentenza in epigrafe il Tribunale amministrativo adito respingeva l’impugnazione, con cui si era censurata in via principale la mancata esclusione del raggruppamento aggiudicatario per l’anomalia dell’offerta e inidoneità del suo progetto tecnico – di cui veniva dedotta in subordine la sopravvalutazione in sede di attribuzione dei punteggi – e in via gradata l’illegittimità dell’intera procedura per inadeguatezza della base d’asta e del sistema di valutazione delle offerte tecniche.

3. Le cooperative sociali originarie ricorrenti hanno quindi riproposto le loro censure con il presente appello, al quale resistono il Comune di Parma e le cooperative facenti parte del raggruppamento di imprese aggiudicatario, Ancora Servizi e Aldia società cooperativa sociale.

**DIRITTO**

1. Con il primo motivo d’appello le cooperative Aurora Domus, Società Dolce e Pro.ges. ripropongono la censura diretta a sostenere l’anomalia dell’offerta economica del raggruppamento aggiudicatario a causa di un costo orario del personale impiegato nel servizio, quantificato in € 18,72, inferiore a quello previsto nella pertinente tabella ministeriale, pari ad € 20,06/ora (€ 20,08 è invece la base d’asta). Le appellanti sostengono che attraverso questo ribasso l’offerta del raggruppamento controinteressato sarebbe in perdita e non consentirebbe allo stesso di assicurare le migliorie proposte in sede di progetto tecnico. Nella censura in esame le cooperative appellanti contestano inoltre l’assunto del giudice di primo grado secondo cui le tabelle ministeriali e i minimi salariali della contrattazione collettiva nazionale di settore sarebbero derogabili in peius.

2. Il motivo è infondato.

3. Al di là dell’asserita derogabilità dei minimi contrattuali (per il quale si rinvia più sotto), la censura non può essere accolta per il decisivo rilievo che le tabelle ministeriali esprimono un costo del lavoro medio, ricostruito su basi statistiche, per cui esse non rappresentano un limite inderogabile per gli operatori economici partecipanti a procedure di affidamento di contratti pubblici, ma solo un parametro di valutazione della congruità dell’offerta, con la conseguenza che lo scostamento da esse, specie se di lieve entità, non legittima di per sé un giudizio di anomalia (giurisprudenza assolutamente consolidata di questo Consiglio di Stato, da ultimo ribadita da: III, 25 novembre 2016, n. 4989, 2 marzo 2015, n. 1020; IV, 29 febbraio 2016, n. 854; V, 24 luglio 2014, n. 3937). Nell’ambito di questo indirizzo giurisprudenziale si afferma quindi che gli scostamenti del costo del lavoro rispetto ai valori medi delle tabelle ministeriali possono essere ritenuti anomali se eccessivi e tali da compromettere l’affidabilità dell’offerta (da ultimo: Cons. Stato, III, 17 giugno 2016, n. 2685).

Ciò premesso, nel caso di specie le censure riproposte nel presente appello si incentrano in via esclusiva sullo scostamento del ribasso offerto dalle aggiudicatarie rispetto alle tabelle ministeriali. In particolare, su questo raffronto si diffonde la consulenza di parte allegata al ricorso di primo grado, mentre la violazione dei minimi contrattuali è meramente affermata.

Così ricostruito il tenore della censura, la stessa si pone dunque in una prospettiva non idonea a fare emergere alcuna illegittimità nell’operato del Comune di Parma – che puntualmente ne rileva l’impostazione metodologica errata. Infatti, quand’anche si vogliano condividere i rilievi del consulente di parte, non emerge e comunque non è dedotto e dimostrato che lo scostamento registratosi nell’offerta del raggruppamento aggiudicatario, a fronte di un ribasso non eccessivo, pari al 10%, sia tale da pregiudicare la sostenibilità economica dell’offerta.

4. Con il secondo motivo d’appello si deduce la violazione dell’art. 86, commi 2 e 3, dell’allora vigente codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163), a causa del fatto che il Comune di Parma non ha effettuato la verifica di congruità dell’offerta dell’aggiudicataria, malgrado questa avesse superato i quattro quinti del punteggio massimo. Le appellanti contestano che, come ritenuto dall’amministrazione, tali disposizioni non siano applicabili, sul rilievo che il servizio rientra in quelli previsti dall’allegato II B del citato codice. Le stesse evidenziano in contrario che, data la delicatezza del servizio posto a gara, la verifica è in realtà doverosa.

5. Anche questo motivo è infondato.

6. In base all’art. 20 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (codice dei contratti pubblici allora vigente), l’aggiudicazione degli appalti avente ad oggetto i servizi indicati nell’elenco allegato II B, tra cui quello in contestazione, è disciplinato solo dai successivi artt. 68, 65 e 225 (in questo senso, cfr. Cons. Stato, III, 13 maggio 2015, n. 2388; sez. IV, 14 giugno 2014, n. 2853), oltre che, ai sensi dell’art. 27 del medesimo d.lgs. n. 163 del 2006, dai principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità. Nell’ambito di questi principi rientrano quindi le questioni relative all’adeguatezza ed alla congruità dell’offerta presentata dai concorrenti (su questo punto: Cons. Stato, V, 7 novembre 2016, n. 4646).

In conseguenza dei principi ora espressi, da un lato, per i servizi in questione non è consentito estendere le disposizioni puntuali del previgente codice dei contratti pubblici, se non quando richiamate della normativa di gara, mentre per gli stessi contratti si pone certamente l’esigenza di assicurare l’affidabilità dell’offerta sul piano economico.

Dall’altro lato, se per i servizi di cui all’allegato II B non è configurabile un obbligo di procedere alla verifica dell’anomalia dell’offerta, quand’anche si siano verificati in astratto i presupposti di cui ai commi 1 e 2 dell’art. 86 del previgente codice dei contratti pubblici, ne consegue che la scelta in questione integra una facoltà discrezionale della stazione appaltante, la cui determinazione è sindacabile in sede giurisdizionale solo se manifestamente irragionevole, ovvero irrazionale, illogica ovvero viziata da travisamento di fatti (in questo senso: Cons. Stato, V, 1 ottobre 2015, n. 4586).

Per contro, nel formulare la loro censura ancora una volta le cooperative sociali appellanti muovono da una premessa interpretativa errata, laddove deducono a sostegno dell’illegittimità prospettata il solo verificarsi del presupposto di cui al citato art. 86, comma 2, e cioè l’avere il raggruppamento temporaneo aggiudicatario conseguito un punteggio superiore ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.

7. Con il terzo motivo d’appello, svolto in via subordinata rispetto ai precedenti, le cooperative sociali lamentano che il bando di gara sia stato predisposto in violazione della circolare della Provincia di Parma del 2003 relativa ai servizi alla persona e della normativa di settore. In forza di questa – si soggiunge - la base d’asta di procedure di affidamento di questa categoria di contratti deve essere proporzionata ai costi del servizio e consentire un’adeguata remunerazione dell’appaltatrice; inoltre, la valutazione in sede di gara dei ribassi deve avvenire secondo il sistema della proporzionalità inversa e ai fini dell’attribuzione dei punteggi deve tenersi conto della formazione, del radicamento territoriale, del numero degli operatori già dedicati, dei mezzi e materiali a disposizione, dell’applicazione dei contratti collettivi di settore, dei criteri di reclutamento e formazione del personale, del rapporto con l’associazionismo e il volontariato presente nel territorio di riferimento. Tutto ciò – si conclude nel motivo in esame – non sarebbe avvenuto.

8. Il motivo è formulato in modo generico e dunque inammissibile ed in ogni caso è infondato.

9. Non è innanzitutto necessario richiamare la normativa di settore relativa ai servizi alla persona per esigere il rispetto del principio generale di economicità dei contratti pubblici, che come poc’anzi rilevato si applica anche alle tipologie contrattuali previste dal più volte citato allegato II B al d.lgs. n. 163 del 2006.

Nondimeno, la pretesa antieconomicità della base d’asta (da ultimo ribadita in sede di discussione finale all’udienza del 12 gennaio 2017) è meramente affermata e non dimostrata, ed anzi è smentita dal fatto che le stesse cooperative sociali qui appellanti hanno partecipato alla procedura di gara e formulato un’offerta.

Al rilievo della difesa dell’appellante secondo cui la partecipazione alla gara non equivale ad accettazione della normativa speciale per essa predisposta dall’amministrazione è agevole replicare che l’antieconomicità della base preclude ex ante la partecipazione, per ragioni di convenienza economica, le quali dovrebbero indurre il singolo operatore a soprassedere dal formulare un’offerta, e non già ad invocare a posteriori ed in modo strumentale tale impossibilità di ottenere dall’esecuzione del servizio una remunerazione ancorché minima, dopo avere concorso per la sua aggiudicazione.

Quanto alla mancata previsione del sistema della proporzionalità inversa per valutare i ribassi (richiesto per i servizi alla persona dalla circolare della Regione Emilia-Romagna n. 1851 del 1997), non si deduce se ed in quale misura ciò abbia inciso in modo determinante sull’esito della gara. Le stesse considerazioni devono essere svolte anche con riguardo agli altri criteri di valutazione di tipo qualitativo dell’offerta, nei quali ha peraltro prevalso proprio il raggruppamento temporaneo formato dalle odierne appellanti. Del pari, non si specifica sotto quale profilo questi ultimi criteri non sarebbero conformi alla circolare regionale.

10. Con il quarto motivo d’appello si ripropone il motivo aggiunto proposto davanti al Tribunale amministrativo, nel quale le cooperative sociali originarie ricorrenti avevano dedotto che il costo orario di € 18,72 offerto dal raggruppamento aggiudicatario non è economicamente sostenibile. La censura si fonda su una analisi del costo per che porta a quantificare questa voce di spesa in € 18,90, elevato a € 19,00 in ragione degli oneri interni per la sicurezza, e suscettibile di ulteriori aumenti in ragione di «altri elementi (…)obbligatori da capitolato».

11. Il motivo è infondato, se non addirittura inammissibile.

L’inammissibilità discende dalla sua formulazione ipotetica ed indeterminata. Si prospetta infatti in modo vago una insostenibilità di costi per effetto di oneri economici richiesti per l’esecuzione del servizio di cui non è certa né determinata l’incidenza.

Per il resto, l’asserito scostamento rispetto al ribasso offerto dal raggruppamento aggiudicatario si attesterebbe su valori minimi (19,00 euro contro i 18,72 offerti da quest’ultimo) e tali da non denotare ex ante una manifesta inattendibilità dell’offerta e della decisione dell’amministrazione di non sottoporla a verifica di congruità, apprezzabile in sede di giurisdizione di legittimità, ma solo una diversa ricostruzione di parte, opinabile al pari di quello della stazione appaltante, nell’ambito di un range minimo e inevitabile, tenuto anche conto che si tratta di valutazioni proiettate nella futura esecuzione del servizio.

12. Con il quinto motivo d’appello è riproposto il motivo aggiunto diretto a censurare il progetto tecnico del raggruppamento aggiudicatario. Secondo le cooperative sociali appellanti quest’ultimo non è adeguatamente calibrato al contesto di riferimento e dunque non è in grado di tradursi «in operatività immediata». Per questa ragione – si sostiene – l’aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso o, in subordine, avrebbe dovuto ricevere 0 punti per la propria offerta.

In subordine, le appellanti censurano in modo analitico i punteggi attribuiti a proprio favore e quelli invece riconosciuti al raggruppamento aggiudicatario, esponendo in apposita tabella, suddivisa per singolo elemento di valutazione, i punteggi che l’uno e l’altro concorrente avrebbe dovuto ottenere.

13. Nella sua prima parte la censura è inammissibile per genericità.

Non è infatti chiaro sotto quale profilo l’offerta tecnica del raggruppamento aggiudicatario non sarebbe adeguata al contesto di riferimento.

14. Per il resto la censura è manifestamente infondata, perché sollecita un sindacato di tipo sostitutivo rispetto alle valutazioni tecniche della commissione giudicatrice, unica preposta all’attribuzione dei punteggi in base ai parametri di valutazione predisposti dall’amministrazione, ovvero un sindacato di merito che esorbita dai limiti cognitivi di questo giudice. Di ciò si ha evidenza leggendo la tabella da pag. 25 a 30 dell’appello, nel quale le cooperative ricorrenti ripercorrono l’operato dell’organo di gara sottoponendolo a critica attraverso la riformulazione dei punteggi per l’offerta tecnica e delle sottostanti motivazioni, giungendo ad un esito conforme alle loro aspettative al quale le medesime cooperative pretendono venga dato il “suggello” del giudice amministrativo nell’ambito della sua giurisdizione di legittimità.

15. Infine, le cooperative sociali appellanti formulano specifiche censure nei confronti della sentenza di primo grado, per avere il Tribunale amministrativo:

- supposto che il Comune di Parma abbia valutato in modo adeguato la congruità dell’offerta dell’aggiudicatario, laddove invece questa verifica non ha avuto luogo;

- affermato inoltre che il costo del lavoro possa derogare ai minimi salariali della contrattazione collettiva;

- affermato inoltre che il codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163 del 2006 si applica in via esclusiva nei confronti di contratti d’appalto di servizi alla persona, escludendo qualsiasi spazio di applicazione della normativa regionale di settore.

16. Al di là di ogni questione sulla tecnica di redazione dell’atto di impugnazione – in cui parte delle critiche alla pronuncia di primo grado sono scisse dalle censure di legittimità precedentemente riproposte – si rileva che eventuali errori in cui il Tribunale amministrativo possa essere incorso nell’esporre il proprio convincimento a sostegno della decisione di rigetto del ricorso non danno luogo ad una riforma della sentenza appellata, se questi errori non siano risultati determinanti nella decisione finale. Gli stessi sono infatti suscettibili di correzione da parte del giudice dell’impugnazione, nell’ambito di un giudizio di secondo grado a carattere devolutivo e non già cassatorio quale l’appello al Consiglio di Stato nei confronti delle sentenze dei Tribunali amministrativi regionali.

Tanto premesso – anche al fine di tacitare le critiche a livello locale alla pronuncia di primo grado su cui è posta l’enfasi da parte delle cooperative sociali appellanti - costituisce certamente affermazione errata quella secondo cui i minimi salariali della contrattazione collettiva nazionale possono essere derogati in peius, come del pari non sono condivisibili le altre ulteriori affermazioni qui contestate. Ma esse costituiscono altrettanti errori di motivazione che non hanno inciso sulla corretta decisione finale di rigetto dell’impugnazione e che in questa sede deve essere confermata, all’esito dell’esame dei motivi di censura riproposti in secondo grado.

17. L’appello deve quindi essere respinto.

Le spese del presente grado di giudizio 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 le appellanti Aurora Domus cooperativa sociale, Cooperativa sociale Società Dolce, Pro.ges. società cooperativa sociale a responsabilità limitata – Servizi integrati alla persona a rifondere alle parti appellate Comune di Parma e controinteressate le spese del presente grado di giudizio, liquidate in € 3.500,00, oltre agli accessori di legge, per ciascuna parte.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2017 con l’intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere

L'ESTENSORE  IL PRESIDENTE
Fabio Franconiero  Carlo Saltelli

Pubblicato il 13/02/2017
N. 00592/2017REG.PROV.COLL.
N. 06624/2016 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 in appello iscritto al numero di registro generale 6624 del 2016, proposto dalla Sodexo Italia Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Maurizio Boifava e Francesco Vagnucci, con domicilio eletto presso Francesco Vagnucci in Roma, piazza San Bernardo, n.101;

contro

Comune di Rivoli, non costituito in giudizio;
Euroristorazione S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Mazzeo, Giovanni Ferasin, Fabio Sebastiano e Federico Casa, con domicilio eletto presso Federica Scafarelli in Roma, via G. Borsi, n. 4

per la riforma della sentenza del T.A.R. del Piemonte, Sezione I, n. 1100/2016;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Euroristorazione S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2017 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti gli avvocati Maurizio Boifava e Luca Mazzeo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue;

**FATTO**

Con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. del Piemonte, recante il n. 196/2016, la Euroristorazione s.r.l., premesso di aver partecipato alla gara indetta dal Comune di Rivoli (TO) per l’affidamento del servizio di refezione scolastica per il periodo dal 7 gennaio 2016 all’11 settembre 2010 e di essersi classificata al secondo posto, chiedeva l’annullamento degli atti conclusivi della procedura (ivi compresa l’aggiudicazione in favore dell’odierna appellante Sodexo Italia s.p.a.).

Nel giudizio di primo grado si costituiva in giudizio la Sodexo Italia s.p.a., la quale articolava ricorso incidentale di carattere escludente nei confronti della ricorrente principale.

Con la sentenza in epigrafe il Tribunale amministrativo adito ha respinto il ricorso incidentale della Sodexo e ha accolto il ricorso principale della Euroristorazione s.r.l., annullando gli atti impugnati (ivi compresa l’aggiudicazione in favore dell’odierna appellante).

La sentenza in questione è stata impugnata in appello dalla Sodexo Italia s.p.a., la quale ne ha chiesto la riforma articolando i seguenti motivi:

1) Error in iudicando in relazione al rigetto dell’eccezione di irricevibilità;

2) Error in iudicando in relazione all’accoglimento del primo motivo del ricorso principale;

3) Error in iudicando in relazione al mancato accoglimento del primo motivo del ricorso incidentale.

Si è costituita in giudizio la Euroristorazione s.r.l., la quale ha concluso nel senso della reiezione dell’appello.

Alla pubblica udienza del 12 gennaio 2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

**DIRITTO**

1. Giunge in decisione il ricorso in appello proposto da una società attiva nella refezione scolastica (la quale aveva partecipato alla gara di appalto indetta dal Comune di Rivoli (TO) per i servizi di refezione scolastica ed era risultata aggiudicataria) avverso la sentenza del T.A.R. del Piemonte con cui è stato accolto il ricorso proposto dalla seconda classificata e, per l’effetto, è stata annullata l’aggiudicazione disposta in suo favore.

2. Con il primo motivo di appello la Sodexo chiede la riforma della sentenza in epigrafe per la parte in cui il T.A.R. ha respinto l’eccezione di tardività del primo ricorso sollevata in primo grado dalla stessa Sodexo.

In particolare, i primi giudici avrebbero omesso di considerare:

- che, se (per un verso) l’avviso di aggiudicazione in data 3 febbraio 2016 non forniva dettagli in ordine all’offerta tecnica e all’offerta economica dell’aggiudicataria, per altro verso l’atto di aggiudicazione in data 21 dicembre 2015 era certamente stato conosciuto dalla Euroristorazione in data molto anteriore rispetto a quella dalla stessa rappresentata;

- che, ai sensi del punto 23 del disciplinare (disposizione conosciuta e accettata da tutte le concorrenti), l’atto di aggiudicazione sarebbe stato pubblicato sul sito Internet del Comune e che l’atto in questione recava in effetti – in appositi allegati – l’offerta tecnica e l’offerta economica dell’aggiudicataria;

- che la stessa ricorrente in primo grado aveva di fatto confessato di conoscere l’atto di aggiudicazione in data 21 dicembre 2015, esercitando richiesta di accesso il successivo 15 gennaio 2016 e richiamando in modo espresso l’atto di aggiudicazione. Secondo l’appellante, infatti, se la Euroristorazione era in grado di richiamare gli estremi dell’atto di aggiudicazione ben prima che dello stesso fosse dato formale avviso (3 febbraio 2016), ciò dimostrerebbe anche che la stessa Euroristorazione conoscesse il contenuto dell’atto richiamato e che affermasse di non conoscerne il contenuto al fine (surrettizio) di non palesare l’intervenuta decadenza dall’impugnativa.

2.1. Il motivo nel suo complesso non può trovare accoglimento.

2.2. Si osserva in primo luogo che, ai sensi del combinato disposto dei commi 5 e 5-bis dell’articolo 79 del decreto legislativo n. 163 del 2006, il termine per l’impugnativa avverso l’aggiudicazione non decorre dalla comunicazione dell’avvenuta aggiudicazione di cui al comma 5, lettera a), bensì dal momento in cui (ai sensi del successivo comma 5-bis) la stazione appaltante comunica in modo pieno la motivazione dell’aggiudicazione e, in particolare, gli elementi di cui al comma 2, lettera c).

E’ noto al riguardo che la disposizione da ultimo richiamata impone alla stazione appaltante di comunicare “ad ogni offerente che abbia presentato un’offerta selezionabile, le caratteristiche e i vantaggi dell’offerta selezionata e il nome dell’offerente cui è stato aggiudicato il contratto (…)”.

Si osserva che il combinato operare delle disposizioni dinanzi richiamate è espressivo di un orientamento normativo secondo cui:

- per un verso le concorrenti lese dall’aggiudicazione vengono onerate del compito di proporre impugnativa entro un termine particolarmente breve (pari ad appena trenta giorni), mentre

- per altro verso il termine a quo per l’impugnativa viene fatto decorrere dal momento in cui le stesse dispongono di informazioni adeguatamente dettagliate in ordine alle caratteristiche dell’offerta dell’aggiudicataria (e ciò, all’evidente fine di evitare che le imprese lese dall’aggiudicazione si trovino in condizione di dover impugnare un provvedimento di aggiudicazione del quale non conoscano le caratteristiche effettive e in relazione al quale non siano in grado di articolare difese compiute)

Non sfugge alla Sezione l’esistenza di un orientamento che connette il decorso del termine per l’impugnativa avverso l’atto di aggiudicazione alla semplice comunicazione dell’avvenuta aggiudicazione, in quanto contenente gli elementi essenziali dell’atto e, pertanto, idonea a porre il concorrente leso in condizione di apprezzarne la lesività e l’illegittimità.

Si ritiene tuttavia (anche alla luce della giurisprudenza eurounitaria) che, nel particolare sub-sistema normativo degli appalti pubblici, la sola conoscenza dell’avvenuta aggiudicazione non fornisca al concorrente leso il quid minimum conoscitivo necessario per supportare la consapevole proposizione di un ricorso. Al contrario, affinché nei confronti del concorrente leso possa operare il richiamato termine decadenziale, è necessario che il termine a quo del decorso del termine dell’impugnativa coincida con quello in cui il concorrente è in grado di apprezzare l’illegittimità commessa in proprio danno, e non anche la sola lesività dell’intervenuta aggiudicazione (in tal senso: CGUE, sentenza 8 maggio 2014 in causa C-161/13 –Idrodinamica -).

La conclusione che se ne trae è quindi quella secondo cui la sola comunicazione di aggiudicazione di cui al comma 5 dell’articolo 79, cit., non è idonea a determinare il decorso del termine per l’impugnativa, atteso che tale effetto potrà essere sortito solo dalla diversa comunicazione con la quale (ai sensi dei commi 2, lettera c) e 5-bis) la stazione appaltante abbia altresì reso note le motivazioni dell’aggiudicazione, e quindi gli specifici vantaggi dell’offerta selezionata.

2.3. Quanto appena rappresentato non esclude tuttavia che, alla luce di principi generali, sia comunque possibile dimostrare che il ricorrente abbia aliunde avuto piena conoscenza del contenuto sostanziale ed effettivo dell’offerta risultata vittoriosa ben prima che la stazione appaltante abbia comunicato l’intervenuta aggiudicazione.

In tali ipotesi il richiamato termine a quo coinciderà con il momento in cui il ricorrente abbia comunque avuto piena conoscenza delle caratteristiche intrinseche dell’offerta risultata vittoriosa

Ma il punto è che, nel caso in esame, non sussistono elementi idonei a ritenere che la ricorrente in primo grado Euroristorazione avesse avuto piena conoscenza del contenuto dell’offerta tecnica e dell’offerta economica della Sodexo prima di aver ottenuto accesso ai relativi atti.

Si osserva al riguardo:

- che non depone nel senso indicato il fatto che la Euroristorazione avesse indicato in data 15 gennaio 2016 (i.e.: in sede di istanza di accesso) gli estremi del provvedimento di aggiudicazione (il quale recava in appositi allegati l’offerta tecnica e quella economica): la tesi dell’appellante (secondo cui, di fatto, l’aver richiamato gli estremi esatti dell’atto di aggiudicazione dimostrasse la conoscenza anche del relativo contenuto, nonostante la richiedente lo negasse) si basa su un argomento logico del tutto indimostrato;

- che è ben possibile che la Euroristorazione conoscesse gli estremi dell’atto di aggiudicazione prima che gli stessi fossero richiamati nella comunicazione di cui all’articolo 79, cit., ma tale circostanza non dimostra affatto – e in senso opposto a quanto ritenuto dall’appellante – che la Euroristorazione abbia avuto conoscenza del contenuto dell’offerta dell’appellante prima dell’accesso in data 19 gennaio 2016;

- che non depone in senso contrario a quanto sin qui affermato il contenuto dell’articolo 23 del disciplinare di gara (il quale avvertiva i concorrenti del fatto che gli esiti della gara sarebbero stati resi noti sul sito Internet del Comune): l’applicazione della richiamata clausola della lex specialis – di là da ogni questione sulla sua legittimità – non depone affatto nel senso che la ricorrente in primo grado avesse avuto conoscenza del contenuto dell’offerta tecnica ed economica sin dalla data di pubblicazione dell’atto di aggiudicazione;

- che, ai sensi del comma 2 dell’articolo 41 cod. proc. amm., il termine per la notifica del ricorso decorre “dalla notificazione comunicazione o piena conoscenza, ovvero, per gli atti di cui non sia richiesta la notificazione individuale, dal giorno in cui sia scaduto il termine della pubblicazione se questa sia prevista dalla legge o in base alla legge”. Ora, sulla base di quanto sin qui osservato, emerge: i) che il provvedimento aggiudicazione (contenente i dettagli dell’offerta tecnica e dell’offerta economica) non era stato notificato o comunicato individualmente alle parti; ii) che non sussiste una prova adeguata del fatto che la ricorrente in primo grado ne avesse avuto piena conoscenza prima del 19 gennaio 2016; iii) che la pubblicazione sul sito internet del Comune, pur se prevista dalla lex specialis di gara, non era idonea a determinare il decorso del termine per l’impugnativa, non essendo tale forma di pubblicità contemplata da alcuna disposizione di legge.

2.4. Deve conclusivamente essere respinto il motivo di appello basato sulla eccepita tardività del primo ricorso.

3. Con il secondo motivo di appello la Sodexo lamenta che erroneamente i primi giudici avrebbero operato un sindacato di tipo intrinseco sulla natura e sulla portata del disciplinare di gara e del capitolato prestazionale, operando una sostanziale sostituzione rispetto alla stazione appaltante:

- sia in sede di qualificazione come requisito di qualificazione di quello che, invece, era un semplice criterio di valutazione;

- sia in sede di attribuzione al richiamato requisito di una valenza escludente in alcun modo rinvenibile dalla litera e dalla ratio della legge speciale di gara.

In definitiva l’appellante lamenta che i primi giudici avrebbero operato un’indebita commistione fra (da un lato) le prescrizioni contenute nel disciplinare di gara e (dall’altro) quelle contenute nel capitolato.

3.1. Il motivo non può essere condiviso.

Si osserva in particolare che la sentenza in epigrafe è meritevole di puntuale conferma laddove ha statuito che l’appellante avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per cui è causa per violazione dell’articolo 5.4 del disciplinare di gara (i.e.: del documento che, come correttamente ammesso dalla stessa appellante, è deputato a fissare i termini essenziali della disciplina concorsuale).

La disposizione appena richiamata stabiliva infatti che “i concorrenti, a pena di esclusione, devono essere in possesso dei seguenti requisiti (…) disponibilità di una sede produttiva in un Comune distante non oltre 20 km dal centro di Rivoli, che permetta la consegna dei pasti ai punti di distribuzione più lontani del territorio di Rivoli entro il tempo massimo di 30 minuti dal loro prelievo al centro di cottura (…)”.

Come condivisibilmente rilevato dai primi giudici, la disposizione appena richiamata imponeva ai concorrenti – e in modo cumulativo – di possedere due caratteristiche/requisiti prestazionali di carattere indefettibile, ambedue finalizzate all’evidente scopo di consentire ai fruitori del servizio di ottenere la consegna dei pasti in tempi limitati:

i) la prima caratteristica/requisito consisteva nel disporre di una sede produttiva che distasse non oltre 20 km dal centro di Rivoli;

ii) la seconda consisteva nell’idoneità a consegnare i pasti entro massimo trenta minuti dal prelievo.

Ebbene, come è stato correttamente rilevato nell’ambito della sentenza impugnata, dall’esame dell’offerta dell’appellante emerge che la stessa, laddove dichiarata aggiudicataria del servizio, non avrebbe rispettato il richiamato requisito prestazionale.

Sebbene la sentenza impugnata non risulti del tutto persuasiva laddove stabilisce che il combinato disposto dell’articolo 3.1. e dell’articolo 5.4. del disciplinare sarebbero da intendere nel senso che

- la consegna dei pasti entro 30 minuti rappresentava un limite massimo inderogabile, mentre

- ogni miglioramento temporale rispetto al richiamato limite poteva essere considerato ai fini della valutazione del progetto (così che proprio la richiamata impostazione concettuale ha consentito all’appellante di contestare la commistione operata fra la funzione riconosciuta ai fini della gara alle valutazioni inerenti il centro di cottura e quelle inerenti l’articolazione del piano dei trasporti), essa ha tuttavia correttamente individuato un insormontabile ostacolo all’ammissione alla gara dell’offerta dell’appellante, la quale aveva offerto una tempistica prestazionale pianamente incompatibile con il requisito prestazionale di cui all’articolo 5.4 del Capitolato, offrendo tempi di consegna talvolta di molto superiori a quelli (pari a 30 minuti) il cui superamento era individuato come ragione di esclusione dalla legge di gara.

3.2 Né può giungersi a conclusioni diverse rispetto a quelle appena delineate alla luce dei principi enunciati dalla Sezione con la sentenza 15 marzo 2016, n. 1024.

A tacer d’altro, nel caso deciso con la sentenza da ultimo richiamata poteva porsi un problema interpretativo in ordine alla possibile valenza esclusiva di una determinata clausola della lex specialis, mentre invece – nel caso che qui ricorre – un siffatto dubbio non può dirsi sussistente dal momento che l’offerta formulata dall’appellante si poneva in evidente contrasto con una clausola la quale in modo altrettanto evidente connetteva valenza escludente alla violazione di un determinato requisito prestazionale.

3.3. Ed ancora, non può essere condiviso l’argomento profuso dall’appellante alle pagine 21 e seguenti dell’appello.

Al riguardo l’appellante osserva che in sede di offerta la stessa avrebbe bensì assicurato il rispetto del richiamato limite temporale di 30 minuti.

Ma il punto è che le tempistiche riportate dall’appellante a pagina 22 dell’appello si riferiscono al tempo totale di consegna dei pasti e non al momento in cui ciascun pasto sarebbe stato consegnato anche nell’ultimo dei plessi destinatari. Laddove, infatti, l’indagine si fosse soffermata su tale secondo aspetto, ne sarebbe rimasta confermata una tempistica di gran lunga superiore a quella imposta (a pena di esclusione) dal richiamato punto 5.4, con tempi di consegna che giungevano in alcuni casi sino a 89 minuti.

Correttamente dunque la sentenza impugnato ha concluso nel senso che l’attuale appellante avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

4. Ne consegue che l’appellante non ha interesse a riproporre il secondo motivo del ricorso incidentale di primo grado (dichiarato assorbito dal T.A.R.), atteso che la stessa non avrebbe neppure dovuto prendere parte alla procedura per cui è causa.

5. Neppure può trovare accoglimento il motivo di ricorso (già proposto dalla Sodexo con il ricorso incidentale di primo grado e ritenuto infondato dal T.A.R.) con il quale si è lamentata la mancata esclusione della Euroristorazione nonostante il superamento del limite di 20 pagine nell’articolazione del progetto fissato dal punto 3.1 del Disciplinare di gara.

5.1. Al riguardo ci si limita ad osservare:

- che la disposizione in parola non connetteva valenza escludente al richiamato superamento, ma si limitava a stabilirne le conseguenze (le pagine successive alla ventesima sarebbero state prese in considerazione “esclusivamente per la loro reale coerenza con il progetto organizzativo”);

- che laddove il citato articolo 3.1 avesse fissato una siffatta clausola escludente (il che comunque non è), si sarebbe posto in contrasto con il principio della tipicità delle cause di esclusione di cui al comma 1-bis dell’articolo 46 del decreto legislativo n. 163 del 2006 (difettando nella normativa di settore una disposizione che annetta valenza escludente al superamento dimensionale del progetto).

6. Ed ancora, non può trovare accoglimento l’ulteriore motivo di ricorso (anch’esso già articolato in primo grado e dichiarato infondato dal T.A.R.) con cui la Sodexo lamentava la mancata esclusione dalla gara della Euroristorazioni nonostante la stessa avesse fornito in modo del tutto generico le indicazioni richieste in relazione alle voci “Incremento fornitura di prodotti bio e altre tipologie” e “Restrizione filiera”.

6.1. Infatti (contrariamente a quanto affermato sul punto dall’appellante) dall’esame dell’offerta di Euroristorazioni emerge che la stessa non si era limitata a mere petizioni di principio, ma aveva reso indicazioni piuttosto dettagliate: i) indicando in sede di progetto tecnico il numero dei prodotti biologici offerti; ii) indicando in apposito allegato le caratteristiche di ciascuno dei prodotti offerti. Si tratta di indicazioni che risultavano nel complesso sufficienti in relazione a una clausola della lex specialis – quale quella di cui si lamenta la violazione – che si limitava a ben vedere a richiedere unicamente la fornitura di un certo numero di prodotti aventi determinate caratteristiche (senza imporre ulteriori particolari oneri motivazionali o descrittivi) e ad affermare che sarebbe stata premiata “la fornitura del maggior numero di prodotti”.

7. Non può essere condiviso il quarto profilo del ricorso incidentale di primo grado (respinto dal T.A.R. e qui riproposto) con cui la Sodexo lamentava la mancata esclusione dalla gara della Euroristorazioni per la mancata, puntuale indicazione, nell’ambito del progetto tecnico, dei requisiti di formazione e di esperienza del responsabile del servizio.

7.1. Al riguardo i primi giudici hanno condivisibilmente osservato: i) che la Euroristorazioni si era limitata (e in senso conforme alla disciplina di gara) ad indicare il possesso da parte del responsabile del servizio indicato dei necessari requisiti di formazione e di esperienza per come espressamente indicati nell’articolo 19 del Capitolato di gara; ii) che, in ogni caso, dal curriculum vitae del soggetto indicato fosse comunque evincibile il concreto possesso dei richiamati requisiti.

8. Per le ragioni sin qui esposte l’appello in epigrafe deve essere respinto.

In ragione della peculiarità della controversia si ritine 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 respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Pubblicato il 01/02/2017
N. 00438/2017REG.PROV.COLL.
N. 07467/2016 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello n. 7467 del 2016, proposto da Vitalaire Italia spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Brunetti e Francesco Scanzano, con domicilio eletto presso lo studio Studio Legale Chiomenti Brunetti Filippo in Roma, via XIV Maggio, 43;

contro

Azienda Unità Locale Socio Sanitaria N. 9 di Treviso, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Diego Signor, con domicilio eletto presso lo studio Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri 5;

nei confronti di

Sico - Società Italiana Carburo Ossigeno spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giancarlo Turri e Guido Francesco Romanelli, con domicilio eletto presso lo studio di quest’ultimo in Roma, via Crosseria n. 5;

per la riforma della sentenza del TAR Veneto n. 1028/2016

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Unità Locale Socio Sanitaria n. 9 di Treviso e di Sico Società Italiana Carburo Ossigeno Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2017 il Cons. Francesco Bellomo e uditi per le parti gli avvocati Filippo Brunetti, Paolo Caruso su delega di Diego Signor e Guido Francesco Romanelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1. Con ricorso proposto dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto Vitalaire Italia spa domandava l’annullamento:

- della deliberazione del direttore generale Azienda ULSS 9 di Treviso n. 603 del 30.06.2016 di aggiudicazione definitiva a SICO Spa della gara per l’affidamento dell’appalto relativo alla fornitura domiciliare a pazienti affetti da insufficienza respiratoria cronica di Ossigeno, di Apparecchiature e dei relativi servizi di assistenza - Cig. 633040604B e della relativa comunicazione prot. 0074312 dell’1.07.2016;

- della nota ULSS 9 prot. 56780 del 18.05.2016 nella parte in cui limita la richiesta di giustificativi a SICO all’utile d’impresa e alle spese generali;

- della comunicazione Azienda ULSS 9 di Treviso n. 59638 del 25.05.2016 e della mancata esclusione della ditta SICO ad esito del subprocedimento di verifica avviato con provvedimento Azienda ULSS 9 di Treviso n. 49251 del 3.05.2016;

- di tutti i verbali della Commissione di gara e tutti i verbali della Commissione giudicatrice, con i relativi allegati ed in particolare il verbale della commissione di gara n. 7 del 21.04.2016 con cui è stata rigettata l’istanza presentata dalla ricorrente con nota prot. 155/Ug-Dom/mf del 22.04.2016 e non si è adottata l’esclusione di SICO dalla gara;

- della nota ULSS n. 9 prot. 7160 del 22.06.2016 di conferma della nota prot. 59638 del 25.05.2016;

- del Bando di gara, del Disciplinare di gara, con relativi modelli allegati, e del Capitolato Speciale d’Appalto, se ed in quanto lesivi degli interessi della ricorrente.

La ricorrente domandava altresì la declaratoria del diritto all’aggiudicazione della gara e alla stipula del contratto di appalto, ovvero la declaratoria dell’inefficacia del contratto stipulata dalla controinteressata e del diritto al subentro nel medesimo qualora medio tempore stipulato.

A fondamento del ricorso deduceva plurime censure di violazione di legge ed eccesso di potere.

Si costituivano in giudizio per resistere al ricorso l’Azienda Ulss n. 9 di Treviso e della Società Italiana Carburo Ossigeno Spa (SICO Spa).

Con sentenza n. 1028/2016, emessa in forma semplificata, il TAR rigettava il ricorso.

2. La sentenza è stata appellata da Vitalaire Italia spa, che contrasta le argomentazioni del giudice di primo grado.

Si sono costituiti per resistere all’appello l’Azienda Ulss n. 9 di Treviso e SICO Spa.

All’udienza camerale del 3.11.2016 il Collegio, su richiesta delle parti, ha disposto l’abbinamento della domanda cautelare al merito.

La causa è passata in decisione alla pubblica udienza del 26 gennaio 2017.

**DIRITTO**

1. La Vitalaire Italia s.p.a. ha partecipato alla gara, indetta dalla Azienda Ulss n. 9 di Treviso, per l’affidamento dell’appalto, della durata di 60 mesi, relativo alla fornitura domiciliare, in favore di pazienti affetti da insufficienza respiratoria cronica, di ossigeno, di apparecchiature e dei relativi servizi di assistenza.

L’appalto è stato aggiudicato sulla base del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, alla SICO s.p.a., dopo averla sottoposta a un sub-procedimento per la verifica della congruità dell’offerta economica, attivato su segnalazione della Vitalaire.

Con il ricorso di primo grado la Vitalaire Italia s.p.a. ha dedotto tre motivi di censura.

Con il primo motivo di ricorso viene lamentata violazione del divieto di offerte in aumento, violazione degli artt. 2, 11, 12 e 46 D.Lgs n.163/2006, violazione del D.P.R. n.207/2010, eccesso di potere per erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, irragionevolezza, difetto di motivazione, disapplicazione della disciplina di gara e del “bando tipo” Anac, per non aver la Stazione Appaltante escluso dalla gara la SICO s.p.a. a fronte del fatto che l’offerta economica presentata da quest’ultima si porrebbe in contrasto col divieto di offerte in aumento.

Con il secondo motivo di ricorso si denuncia, sotto un diverso profilo, la violazione del divieto di offerte in aumento, la violazione degli artt. 2 e 46 del D.Lgs n. 163/2006, la violazione del D.P.R. n.207/2010, eccesso di potere per erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, irragionevolezza, difetto di motivazione, disapplicazione della disciplina di gara, per non avere la Stazione Appaltante escluso dalla gara la SICO s.p.a. per indeterminatezza dell’offerta, avendo quest’ultima, nel modulo dell’offerta economica, espresso due distinti ribassi percentuali con riferimento al prezzo ex factory per l’ossigeno gassoso.

Con il terzo motivo di ricorso viene lamentata omessa e/o erronea motivazione su un punto decisivo della controversia, oggettiva sottostima dei costi di manodopera, oggettiva mancanza di utile d’impresa, violazione degli artt. 86, 87 e 88 D.Lgs n.163/2006, violazione dell’art. 32 D.P.R. n.207/2010, eccesso di potere per erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, contraddittorietà ed illogicità, difetto di motivazione e di istruttoria, sviamento, violazione dei trattamenti salariali minimi inderogabili, per non aver la Stazione Appaltante escluso dalla gara la SICO s.p.a. per incongruità ed anomalia dell’offerta economica, in quanto l’importo offerto in sede di gara non sarebbe idoneo, sotto molteplici voci, a coprire i costi dell’appalto e condurrebbe ad una attività imprenditoriale in perdita.

Il Tar ha ritenuto manifestamente infondati tutti i motivi del ricorso, soffermandosi sull’ultimo, per il quale, premesso che il procedimento di valutazione della congruità dell’offerta economica non era una verifica dell’anomalia, ma costituiva un supplemento istruttorio sulla scorta delle contestazioni della Vitalaire, ricordati i limiti al sindacato giurisdizionale sulle valutazioni compiute in tale sede, siccome espressione di discrezionalità tecnica, anche per quanto riguarda ampiezza e modalità dell’istruttoria, ha confutato i diversi profili di perplessità indicati dalla ricorrente in ordine a detta offerta, esaminando in particolare:

- adeguatezza del valore economico dell’offerta rispetto al costo del lavoro, ai sensi dell’art. 86, comma 3, d.lgs. n. 163/2006;

- inapplicabilità alla valutazione delle spese generali della previsione dell’art. 32, comma 2, del DPR 207/2010;

- congruità dell’importo stimato per gli oneri aziendali di sicurezza;

- congruità del prezzo annuo offerto per la fornitura dell’ossigeno;

- congruenza dell’offerta economica con le proposte migliorative dell’appalto formulate nel capitolo VI, allegato 1, dell’offerta tecnica della SICO.

Il Tar, inoltre, ha respinto la censura relativa alla mancata richiesta da parte della Stazione appaltante di contratti e fatture inerenti l’acquisizione delle apparecchiature e materiale di consumo dalle ditte produttrici, non decisiva e, pertanto, rimessa alla scelta dell’Amministrazione, viepiù considerando che gli acquisti possono essere successivi all’aggiudicazione.

1.1 Con il primo motivo dell’appello – che riprende il terzo motivo del ricorso di primo grado – si aggredisce subito la motivazione relativa alla valutazione dell’offerta economica, deducendo: omessa e/o erronea motivazione su un punto decisivo della controversia; oggettiva mancanza di utile dell’impresa; violazione e falsa applicazione degli artt. 115 e 116 Cpc e 63 e 64 Cpa, nonché del d.lgs. n. 163/2006 in particolare artt. 86, 87 e 88; violazione e falsa applicazione del DPR 207/2010, in particolare art. 32; eccesso di potere per erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, contraddittorietà e/o illogicità; difetto di motivazione e di istruttori, sviamento; violazione dei trattamenti salariali minimi.

In primo luogo l’appellante mette in luce la contraddizione in cui è incorsa la sentenza di primo grado, da un lato riconoscendo che la stazione appaltante ha avviato un sub-procedimento di verifica della congruità dell’offerta economica, dall’altro derubricandolo a mero supplemento istruttorio. Aderendo, come è giusto, alla prima opzione, ne discende che l’Amministrazione ha svolto un’attività incompleta e illogica, essendosi limitata (a fronte di specifici e dettagliati rilievi della ricorrente sui quali la stessa ULSS aveva richiesto a SICO uno specifico apporto partecipativo) a chiedere a SICO d’indicare solo il margine di utile presunto e l’importo delle spese generali, senza illustrare il dettaglio delle varie voci di costo dell’offerta, in particolare in riferimento al costo della manodopera e degli oneri della sicurezza.

In secondo luogo, l’appellante “ritorna” sui singoli aspetti di incongruità dell’offerta economica, di seguito indicati.

- Violazione del costo orario minimo della manodopera, con particolare riferimento alla sottostima del prezzo complessivo per la voce “servizio” offerto da SICO in misura pari ad euro 65.444. Irragionevoli sono gli argomenti utilizzati dal Tar per superare le censure, tra cui spicca in negativo quello comparativo, secondo cui l’offerta SICO non sarebbe anomala perché, diversamente, anche la ricorrente (che ha indicato per la specifica voce un prezzo di curo 83.913,5 l’anno) sarebbe incorsa in una sottostima di detta voce di costo. Dimenticando che l’offerta complessiva di SICO è pari ad euro 477.126,98 mentre quella di Vitalaire è pari a curo 833.903,23 e che la valutazione di congruità deve essere globale e sintetica.

- Sottostima dell’incidenza delle spese generali, indicata da SICO in misura pari al 10% in relazione, soprattutto, alla previsione dell’art. 32, comma 2, del DPR 207/2010, che individua l’incidenza delle spese generali in una misura compresa tra il 13% ed il 17%. Il Tar si è limitato a rilevare che l’art. 32 in questione si applicherebbe solo agli appalti di lavori, omettendo di considerare che esso costituisce un parametro di carattere generale, che può fungere da criterio per il sindacato sulla discrezionalità tecnica.

- Svalutazione dei costi per la consegna/assistenza tecnica delle bombole di ossigeno e delle ulteriori prestazioni di manodopera necessarie al funzionamento del “Centro operativo SICO di Camposampiero” (di cui all’offerta tecnica SICO). Le prescrizioni del capitolato e, soprattutto, l’offerta di SICO prevedono un servizio di consegna ed assistenza tecnica bombole h24 per 365 giorni l’anno (oltre varie altre prestazioni ad alto consumo di manodopera). L’offerta SICO prevede anche una forma di assistenza perpetua “da remoto” operata tramite il Centro Operativo di Camposampiero. Queste voci di costo non sono state computate Sul punto il Tar si limita a ripetere che l’offerta SICO inerente al servizio di consegna ed assistenza tecnica bombole pari a euro 65.444,00 non si discosta di molto dall’offerta Vitalaire per la medesima voce di prezzo (euro 83.913,50). In realtà la semplice differenza (euro 18.469), unita ai costi della sicurezza aziendale indicati da SICO (euro 14.000) fuori dalle spese generali, elidono integralmente il margine di utile fittizio di 29.000 euro circa indicato da SICO, mostrando una perdita.

- Omessa considerazione della sottostima degli oneri di sicurezza aziendali, su cui il Tar ha invocato il principio dell’onere della prova, dimenticando che nel processo vige il c.d. metodo acquisitivo e che era innanzitutto onere dell’Amministrazione verificare questo profilo.

- Eccessivo ribasso sulla fornitura dell’ossigeno, che ha offerto il prezzo annuo di curo 59.432,48 oltre iva, a fronte di un prezzo offerto da Vitalaire (che appartiene al gruppo multinazionale AIR Liquide, leader mondiale nella produzione di gas medicali e non, con conseguenti economie di scala ben diverse da quelle di SICO) pari ad curo 197.992,48 ed a fronte di una media delle offerte presentate in gara pari ad euro 216.436 (le offerte delle altre due concorrenti sono state rispettivamente pari ad curo 330.246 e 278.077). Sussistono elementi specifici dai quali emerge che la voce fornitura ossigeno non copre i costi di produzione ed è ampiamente sottostimata, generando una perdita ulteriore non inferiore ad euro 90.000.

- Sottostima del prezzo offerto da SICO per il noleggio apparecchiature, esposto come pari ad euro 269.370,00. Tale stima doveva essere verificata acquisendo idonea documentazione, onde accertare l’attendibilità di condizioni di noleggio che risultano eccezionalmente favorevoli. Ciò tanto più considerato che capitolo V (“ossigeno, apparecchiature e materiale”) dell’offerta tecnica si afferma che “Sico si impegna a fornire qualsiasi tipologia, marca e modello di materiale monouso richiesto dal medico prescrittore e dalla vostra spettle ulss”, essendo inverosimile che SICO riesca ad ottenere condizioni estremamente vantaggiose da tutti i produttori operanti sul mercato.

- Omessa considerazione dei costi legati alle “proposte migliorative dell’appalto” di cui al capitolo VI dell’offerta tecnica SICO, quali, in particolare, mettere a disposizione di ciascuna farmacia dislocata sul territorio della ULSS 9 un contenitore criogenico carico di ossigeno per consentire ai pazienti assistiti di potere agevolmente ricaricare le proprie unità portatili anche quando sono in mobilità esterna o, in occasione di manifestazioni pubbliche sul territorio della ULSS 9, mettere a disposizione delle ambulanze che stazionano sul posto per consentire, analogamente per quanto avverrebbe per le farmacie, la ricarica delle unità portatili dei pazienti che si trovino sul luogo.

1.2 Con il secondo motivo dell’appello – che riprende il primo motivo del ricorso di primo grado – si deduce: omessa e/o erronea motivazione su un punto decisivo della controversia; violazione e falsa applicazione del divieto di offerte in aumento; violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 11, 12 e 46 d.lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione del D.P.R. n.207/2010; eccesso di potere per erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, irragionevolezza, difetto di motivazione, disapplicazione della disciplina di gara e del “bando tipo” ANAC.

L’appellante ribadisce che la SICO doveva essere esclusa dalla gara per aver violato il Disciplinare di Gara, nella parte in cui prevede, con riguardo alla Busta C “Offerta economica”, che: “il prezzo del noleggio dei ventilatori e degli aspiratori di backup dovrà essere pari al 50% del costo giornaliero per il noleggio delle apparecchiature principali”.

Il Tar è incorso in un duplice errore al riguardo.

In primo luogo ha ignorato il tenore letterale della previsione, che pone una condizione inderogabile, la cui violazione non può che essere sanzionata con l’esclusione dell’offerta stessa.

In secondo luogo ha semplicisticamente ritenuto che la violazione del divieto di offerte in aumento non operi anche sulla singola voce di prezzo. Viceversa, nel parere n. 116 del 22/11/2007, 1’ANAC aveva rilevato, con riferimento ad una gara da aggiudicarsi in base al criterio di cui all’art. 83 del d.lgs. 163/06, che “Non è conforme alla normativa di settore riconoscere agli operatori economici la possibilità di formulare offerte in aumento sul costo di esecuzione dell’opera o su elementi (quale il tempo di esecuzione, nella fattispecie 720 giorni) il cui valore massimo è stato previsto nel bando”. Inoltre, nella Determinazione ANAC n. 4 del 10 ottobre 2012 recante “Bando tipo. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici”, è sancito che “il divieto deve ritenersi sussistente qualunque sia il criterio di aggiudicazione della gara e, pertanto, sia nel caso di appalti da aggiudicare al prezzo più basso (cfr. parere A VCP 12 fèbbraio 2009) che nel caso di appalti da aggiudicare con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa”.

1.3 Con il terzo motivo dell’appello – che riprende il secondo motivo del ricorso di primo grado – si deduce: omessa e/o erronea motivazione su un punto decisivo della controversia; violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 46 e 74 d.lgs. n. 163/2006; indeterminatezza dell’offerta economica; violazione e falsa applicazione del D.P.R. n.207/2010; eccesso di potere per erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, irragionevolezza, difetto di motivazione, disapplicazione della disciplina di gara.

L’appellante ribadisce che la SICO s.p.a. doveva essere esclusa per avere espresso, nel modulo dell’offerta economica, due distinti ribassi percentuali con riferimento al prezzo ex factory per l’ossigeno gassoso, contrariamente a quanto richiesto dal Modello 5 (in allegato al Disciplinare di Gara), il quale appunto stabiliva che l’offerta economica dovesse indicare lo sconto su prezzo ex factory per ossigeno liquido e quello su prezzo ex factory per ossigeno gassoso, concependo ciascuno come unitario.

2. Si esaminano i motivi di appello nell’ordine illustrato.

2.1 Preliminarmente, occorre chiarire che tipo di procedimento abbia seguito la stazione appaltante per valutare la congruità dell’offerta economica della SICO Spa, sia perché il punto è stato fatto oggetto di appello, sia perché da detto inquadramento dipende l’ambito dei poteri-doveri dell’Amministrazione e il tipo di sindacato che può esercitare il giudice amministrativo.

L’art. 86 d.lgs. n. 163/2006, nei suoi primi tre commi, stabilisce quanto segue.

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

2. Nei contratti di cui al presente codice, quando il criterio di aggiudicazione è quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte in relazione alle quali sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.

3. In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa”.

Nel caso in esame è pacifico che non sia stata fatta applicazione del comma 2, ma, al più, del comma 3.

Con nota prot. 49260 del 3.05.2016 è stato aperto un sub-procedimento “finalizzato a verificare quanto comunicato, nonché ad effettuare gli opportuni approfondimenti, per permettere a questa Amministrazione di adottare i provvedimenti conseguenti”, sollecitando SICO a presentare entro dieci giorni una memoria sul contenuto dell’esposto di Vitalaire, che è stato allegato alla comunicazione di avviso di avvio del procedimento.

In effetti il Tar in più punti della sentenza ha fatto riferimento a un sub-procedimento per la verifica della congruità dell’offerta economica o direttamente all’art. 83, comma 3 d.lgs. 163/2006, anche se in un altro passaggio ha parlato genericamente di un «supplemento istruttorio sulla scorta delle contestazioni della Vitalaire, in un’ottica di diligenza, buona fede e fattiva collaborazione tra parte pubblica e operatore privato».

Il Collegio ritiene che, al di là delle formule utilizzate, il giudice di primo grado abbia voluto sottolineare la differenza che esiste tra la fattispecie di cui al comma 2 e quella di cui al comma 3 dell’art. 86 d.lgs. 163/2006.

La prima introduce un vero e proprio procedimento – obbligatorio – di valutazione dell’anomalia, legato a criteri matematici.

La seconda lascia alla discrezionalità della stazione appaltante la possibilità di aprire un procedimento di valutazione della congruità “di ogni altra offerta” che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.

È un corollario del principio logico di identità che le due situazioni non sono assimilabili e che la stazione appaltante abbia, nella seconda ipotesi, maggiori margini di scelta, sia per quanto attiene all’istruttoria, che per quanto attiene alla valutazione.

Ne consegue che non può ravvisarsi un’illegittimità nella mera circostanza che la stazione appaltante non abbia richiesto a SICO il dettaglio delle voci di costo, ed in particolare il dettaglio del costo della manodopera e degli oneri della sicurezza, bensì l’indicazione in termini percentuali del margine di utile e delle spese generali.

Ragionando a fortiori: se la valutazione tipica di anomalia deve essere compiuta in modo globale e sintetico, riferendola all’intera offerta e non alle singole voci di costo ritenute incongrue, avulse dall’incidenza che potrebbero avere sull’offerta economica nel suo insieme, allorquando sia stata attivata una verifica di anomalia atipica non è obbligatorio analizzare ogni singola voce.

Ciò tanto più ove si consideri che, per costante giurisprudenza, la determinazione dell’amministrazione di non sottoporre a verifica facoltativa di anomalia l’offerta risultata vincitrice della gara è insindacabile, se non sotto il profilo della logicità e ragionevolezza della scelta (in particolare Cons. Stato, sez. IV 3862/11).

Il primo profilo del primo motivo di appello, attinente al metodo della valutazione di congruità, è dunque infondato.

Può passarsi all’esame del secondo profilo, attinente al merito della valutazione di congruità, che, come visto, si articola in una pluralità di aspetti.

L’appellante, per censurare la scarsa penetrazione del sindacato svolto giudice di primo grado, evoca Cons. Stato ad. pl. n. 8 del 2014.

È opportuno, allora, ricordare il principio di diritto ivi fissato su tale questione: «La sfera di valutazione della congruità dell’offerta è espressione di discrezionalità c.d. tecnica della stazione appaltante, che è sempre suscettibile di sindacato esterno nei profili dell’eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, erronea valutazione dei presupposti, contraddittorietà. Il concorrente può, quindi, introdurre in giudizio elementi che sul piano sintomatico, in modo pregnante, evidente, e decisivo rendano significativo il vizio di eccesso di potere in cui possa essere incorso l’organo deputato all’esame dell’anomalia. È consentito il sindacato esterno del giudice amministrativo sull’operato dell’organo deputato all’esame delle offerte, in presenza di elementi che il ricorrente elevi a vizio di eccesso di potere in cui la stazione appaltante si assume sia incorsa per una non corretta disanima di elementi contenutistici tali da evidenziare una palese incongruità dell’offerta».

La pronuncia riguarda il procedimento di cui all’art. 86, comma 2 del d.lgs. 163/2006, ma il principio vale a maggior ragione per le ipotesi di verifica della congruità dell’offerta economica che non vi ricadono, dove il tasso di discrezionalità tecnica è superiore, dunque meno intenso potrà essere il sindacato giurisdizionale.

Orbene, diversamente da quanto ritiene l’appellante, la pronuncia pone una chiara limitazione ai poteri del giudice amministrativo, circoscrivendoli al sindacato estrinseco, o di ragionevolezza, che è ben inferiore al c.d. sindacato intrinseco debole, o di attendibilità, che la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha codificato per diverse materie, come nel diritto pubblico dell’economia, nei giudizi medico-legali, nei giudizi su prove concorsuali.

Non solo, dunque, il giudice amministrativo non può sostituirsi alla stazione appaltante, nelle valutazioni di sua competenza, istruttorie o decisorie che siano, ma neppure può verificare direttamente l’attendibilità delle scelte operate, sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo.

Manifesta irragionevolezza, erronea valutazione dei presupposti, contraddittorietà sono figure sintomatiche di eccesso di potere caratterizzate dalla macroscopica inadeguatezza della scelta tecnica, affetta da vizi logici evidenti o veri e propri errori di fatto. Al ricorrente è fatto onere di introdurre in giudizio elementi che sul piano sintomatico, in modo pregnante, evidente, e decisivo rendano significativo il vizio di eccesso di potere in cui possa essere incorso l’organo deputato all’esame dell’anomalia. Gli elementi (malamente) esaminati dalla stazione appaltante devono essere tali da evidenziare una palese incongruità dell’offerta.

L’appellante si è spinta oltre questi limiti, sollecitando un riesame integrale dell’operato dalla stazione appaltante, alle cui scelte il Tar avrebbe prestato supina adesione.

In verità il Tar ha motivato sinteticamente l’assenza proprio di quei vizi individuati dalla citata pronuncia della Plenaria, che i più recenti arresti giurisprudenziali hanno interpretato nel senso appena descritto, chiarendo da subito, a maggior ragione quando non si verte in una ipotesi tipizzata di offerta anomala, che: «Nelle gare pubbliche il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni compiute in sede di verifica di anomalia delle offerte è circoscritto ai soli casi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza, in considerazione della discrezionalità che connota dette valutazioni, come tali riservate alla stazione appaltante cui compete il più ampio margine di apprezzamento» (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 3372/2016).

Da ultimo, in termini generali, ai fini del giudizio di verosimiglianza sulla verifica di congruità dell’offerta economica non è irrilevante considerare in astratto l’organizzazione dell’impresa. La SICO è un’azienda primaria nel settore di riferimento, fornisce i prodotti e le prestazioni oggetto di gara in favore di numerosissimi enti del SSN e del SSR su tutto il territorio nazionale, per questo dotata di economie organizzative, tra cui un centro di produzione primaria del gas ossigeno medicinale F.U. ubicato a Cesano Maderno e un centro di produzione secondaria dei gas medicinali regolarmente autorizzato da AIFA ubicato a Camposampiero (PD).

Tanto premesso, si possono esaminare le diverse censure per le parti che, effettivamente, rimangono nei limiti del sindacato di legittimità.

Con riguardo al costo orario minimo della manodopera, non è irragionevole la stima di congruità del prezzo di euro 65.444 per il servizio di consegna dell’ossigeno offerto da SICO e l’argomento comparativo con le altre offerte è del tutto appropriato, costituendo applicazione del parametri tipico dei giudizi di ragionevolezza, che impiegano i tertia comparationis. Non si veda come questo argomento possa essere inficiato dalla circostanza che l’offerta complessiva di Vitalaire è ben più alta di quella di Sico, la quale piuttosto conferma che proprio su questa voce non ci sono margini di scostamento rilevanti. Le ulteriori prestazioni di manodopera necessarie al funzionamento del Centro operativo SICO di Camposampiero hanno un costo modesto, non tale da compromettere tale valutazione.

In riferimento alla stima dell’incidenza delle spese generali, vi è semplicemente da osservare che, correttamente esclusa la diretta utilizzabilità dell’art. 32, comma 2, del DPR 207/2010, non spettava al Tar acquisire elementi di chiarimento, facendo uso dei poteri istruttori, ma al ricorrente indicare specifici elementi, non meramente presuntivi, che facessero dubitare della verosimiglianza della valutazione di congruità operata dall’Amministrazione.

Con riguardo alla stima degli oneri di sicurezza aziendali vale lo stesso discorso, non essendo stati allegati specifici elementi in ordine alla asserita incongruità dell’importo (€ 14.000 annui) offerto dalla SICO.

In ordine all’eccessivo ribasso sulla fornitura dell’ossigeno, il Tar ha fatto leva sull’estrema fluidità del mercato (pur nella fissazione del prezzo ex factory dell’ossigeno liquido e gassoso con determina AIFA), confermata da un dato empirico emerso proprio nel procedimento in esame. Risulta, infatti, che il prezzo annuo offerto dalla SICO per la fornitura dell’ossigeno (€ 59.432,48) si discosta, in termini assoluti, dal prezzo offerto dalla ricorrente (€ 197.992,48) per una differenza (di circa € 138.000) che è quasi identica alla differenza di prezzo intercorrente tra il prezzo offerto dalla ricorrente (€ 197.992,48) e quello offerto da una ulteriore Ditta partecipante alla gara (€ 330.246,00), dato che, anche in tal caso, la differenza di prezzo per la fornitura dell’ossigeno si attesta in circa € 132.000. Ricordato che la SICO ha propri centri di produzione, l’argomento usato dal Tar non ha minor pregio di quello portato dall’appellante, che ha operato il raffronto tra il prezzo medio offerto dagli altri concorrenti (216.436) e quello offerto dalla SICO. Il Collegio non nasconde, peraltro, che su questa voce esistono delle perplessità, atteso che anche la differenza tra le offerte presentate da SICO e da Vitalaire è elevata. Tuttavia, il mancato approfondimento di questo punto – tanto da parte dell’Amministrazione, quanto del Tar – non è decisivo ai fini della valutazione sintetica di congruità.

Con riguardo alla stima del prezzo offerto da SICO per il noleggio apparecchiature, la censura dell’appellante si infrange sulla considerazione già svolta in ordine alla discrezionalità istruttoria dell’Amministrazione, cui non può sostituirsi il Tar. Per il resto le doglianze formulate sono generiche e ampiamente presuntive.

In riferimento ai costi legati alle “proposte migliorative dell’appalto” di cui al capitolo VI dell’offerta tecnica SICO, la motivazione del Tar appare corretta, fondandosi su tre plausibili considerazioni:

- la possibilità che la SICO (impresa operante nel settore dell’ossigeno) possa già disporre di un certo stock di contenitori criogenici;

- la circostanza che la fornitura del contenitore criogenico è subordinata alla richiesta di ogni singola farmacia, che ben potrebbe mancare;

- l’improbabilità del calcolo operato dalla ricorrente, secondo cui ogni anno ciascuno dei 100 contenitori (ipoteticamente richiesto da ciascuna delle 100 farmacie) debba essere ricaricato (in quanto utilizzato).

Conclusivamente, anche il secondo gruppo di censure, relativo alla valutazione di congruità, è infondato.

2.2 Il motivo concernente la violazione della prescrizione fissata dalla Busta C e, più in generale, del divieto di offerte in aumento è manifestamente infondato.

Vero che la previsione secondo cui “il prezzo del noleggio dei ventilatori e degli aspiratori di backup dovrà essere pari al 50% del costo giornaliero per il noleggio delle apparecchiature principali” è espressa in termini cogenti, ma la regola della tassatività delle cause di esclusione è insuperabile. Diversamente opinando si finirebbe per compromettere l’esigenza di certezza e par condicio che ispira l’intero sistema degli appalti pubblici e, in particolare, la disciplina degli obblighi fissati a pena d’esclusione. Il verbo dovere individua una regola, ma una regola senza sanzione ha funzione di orientamento, o, comunque, la sua violazione non può condurre all’esclusione. Tanto più in ragione di quanto disposto dall’art. 46 comma 1-bis d.lgs. 163/2006.

Quanto alla violazione del divieto di offerte in aumento, l’argomento che l’appellante trae da pareri e bandi tipo dell’ANAC non è decisivo, atteso che, in disparte qualunque considerazione sull’effettivo significato di tali atti, il giudice amministrativo è tenuto ad applicare la legge, che non si presta ad equivoci di sorta. Il principio relativo alla necessità che le offerte economiche siano pari o inferiori all’importo posto a base d’asta non è direttamente esplicitato, ma si evince dagli articoli 82 e 83 d.lgs. n. 163/2006, nonché dall’art. 283, comma 3, D.P.R. 207/2010. Ne discende che la sua portata deve essere ricostruita alla luce della ratio, legata ai principi generali di correttezza, trasparenza e, soprattutto, economicità. Irragionevole sarebbe, in tale prospettiva, riferire il divieto alle singole voci di costo, piuttosto che all’offerta economica finale, intesa nella sua globalità. Nel caso in esame, poi, tale tesi porterebbe al paradossale esito che la SICO dovrebbe essere esclusa per una singola offerta in aumento quando ciò che le viene contestato è l’offerta globale anormalmente bassa.

2.3 Anche il motivo concernente l’indeterminatezza dell’offerta economica è manifestamente infondato.

Premesso che l’utilizzazione del Modello 5 non era obbligatoria, quindi non si capisce come la sua eventuale violazione possa dar luogo ad esclusione, comunque dalla sua formulazione testuale non si può desumere il divieto di parcellizzare lo sconto su prezzo ex factory per ossigeno liquido. La prescrizione, infatti, si limita a prevedere lo sconto sul prezzo ex factory per ossigeno liquido e quello sul prezzo ex factory per ossigeno gassoso, senza specificare come essi dovessero venire indicati. Né la suddivisione dello sconto praticato per l’ossigeno gassoso (con riferimento sia all’ossigeno gassoso tout court, sia all’ossigeno gassoso-bombole di riserva dei concentratori) di per sé può generare incertezza o confusione sull’offerta economica. Tant’è che la stessa appellante è costretta a fare riferimento ad elementi esterni per sostenere la propria tesi.

3. L’appello è respinto.

La complessità della controversia giustifica la compensazione delle spese del presente giudizio.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Terza, respinge l’appello.

Spese compensate.

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

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

Franco Frattini, Presidente

Francesco Bellomo, Consigliere, Estensore

Manfredo Atzeni, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

L'ESTENSORE  IL PRESIDENTE
Francesco Bellomo  Franco Frattini

Pubblicato il 24/01/2017
N. 00290/2017REG.PROV.COLL.
N. 06687/2016 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 6687 del 2016, proposto da:
Ministero dell'Istruzione dell'Universita' e della Ricerca, in persona del Ministro pro tempore, Istituto Superiore V.F. Pareto di Milano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Ge-Bar s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Angelo Romano , con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Paolo Emilio, 71;

nei confronti di

Phil Bar s.n.c. di Meazza P. & Angelillo V, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza 20 maggio 2016, n. 999 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Milano, Sezione IV.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio di Ge-Bar s.r.l.;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 novembre 2016 il Cons. Vincenzo Lopilato e uditi per le parti gli avvocati Carla Colelli dell'Avvocatura Generale dello Stato e Angelo Romano.

**FATTO e DIRITTO**

1.– L’Istituto scolastico V. P. Pareto ha pubblicato un bando di gara di appalto avente ad oggetto l’affidamento del servizio ristoro all’interno dell’Istituto stesso.

L’appalto è stato aggiudicato alla società Phil Bar s.n.c.

La società Ge Bar s.r.l. ha impugnato la predetta aggiudicazione innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia che, con sentenza 20 maggio 2016, n. 999, ha accolto il ricorso ritenendo che l’offerta economica dovesse essere considerata, ai sensi dell’art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, applicabile ratione temporis, nulla. In particolare, si è accertato che la mancata indicazione, tra l’altro, delle marche di alcuni prodotti determina l’assenza di un elemento essenziale dell’offerta stessa.

2.– L’amministrazione ha proposto appello.

2.1.– Si è costituita in giudizio la ricorrente in primo grado, chiedendo il rigetto dell’appello e riproponendo i motivi dichiarati assorbiti.

3.– La causa è stata decisa all’esito dell’udienza pubblica del 24 novembre 2016.

4.– Con unico motivo l’appellante ha dedotto l’erroneità della sentenza, rilevando che, in particolare, la mancanza della marca non potrebbe costituire elemento essenziale dell’offerta, la cui mancanza determina nullità della stessa.

Il motivo è fondato.

L’art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. 163 del 2006 ha previsto il principio di tassatività della cause di esclusione, stabilendo che «la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione».

L’assenza della marca di singoli prodotti non può comportare esclusione dalla gara per mancanza di un elemento essenziale. Tale aspetto, come si dirà tra breve, può incidere sulla qualità del prodotto ma non sulla identificazione strutturale dell’offerta.

5.– Con il secondo motivo proposto dalla parte resistente nel giudizio di primo grado e riproposto in sede di appello, si assume che l’assenza di marca comporta comunque l’illegittimità dell’aggiudicazione, per erronea assegnazione all’aggiudicatario di un punteggio massimo, pari a 40 punti, per la qualità dei prodotti.

Il motivo è fondato.

Il bando di gara prevede che occorre assegnare «40 punti alla ditta con maggior numero di prodotti e marche più rappresentative» e «0 punti alla ditta con minor numero di prodotti e marche non conosciute».

Nel caso in esame all’aggiudicataria sono stati assegnati 40 punti nonostante la stessa non avesse indicato, per molti prodotti, la marca. Ne consegue che, decurtando tale punteggio, l’odierna società resistente sarebbe comunque risultata aggiudicataria. Su tali aspetti, è bene aggiungere, l’amministrazione appellante non ha svolto puntuali contestazioni. La società controinteressata nel processo di primo grado ha messo in rilievo come anche la Ge.Bar s.r.l. non avrebbe indicato la marca di alcuni prodotti e pertanto avrebbe dovuto subire analoga decurtazione di punteggio ma, su tali aspetti, non essendosi costituita nel processo di appello mediante atti idonei a riproporre tale questione, non è possibile entrare nel merito.

5.1.– L’accoglimento del suddetto motivo, esime il Collegio dall’esaminare gli altri motivi riproposti dalla ricorrente in primo grado.

6.– Alla luce di quanto sin qui esposto, il ricorso di primo grado risulta ugualmente fondato sia pure per una motivazione diversa da quella indicata dal primo giudice.

7.– L’esito della controversia giustifica l’integrale compensazione tra le parti delle spese del presente grado di giudizio.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta:

a) accoglie il motivo riproposto dalla parte resistente e, per l’effetto, rigetta l’appello proposto con il ricorso indicato in epigrafe e ritiene fondato il ricorso di primo grado per una motivazione diversa da quella contenuta nella sentenza impugnata;

b) dichiara integralmente compensate tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 novembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere, Estensore

Italo Volpe, Consigliere

L'ESTENSORE  IL PRESIDENTE
Vincenzo Lopilato  Sergio Santoro

Pubblicato il 23/01/2017
**N. 01194/2017 REG.PROV.COLL.**
**N. 14328/2016 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**
**(Sezione Prima Bis)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso R.G. n. 14328 del 2016, proposto da “Protos Srl”, con sede in Taranto (Ta), in Corso Italia n. 304, in persona del legale rappresentante pro-tempore, sig. Luigi Cassone, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Dimito C.F. DMTGPP68D17L049M, con domicilio eletto presso lo studio dell’avv. Barbara Cataldi, in Roma, corso Rinascimento, n. 11;
***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, n. 12;
***nei confronti di***
“Mirafan srl”, con sede in Roma, in viale Asia, n. 3, in persona del legale rappresentante pro-tempore, dott. Raffaele Medico, rappresentata e difesa dagli avv.ti Massimiliano Passi C.F. PSSMSM76H02H501E, Sabrina Petrino C.F. PTRSRN75L69E335T, con domicilio eletto presso lo studio dell’avv. Massimiliano Passi, in Roma, corso D'Italia, n. 92;
***per l'annullamento***
- del provvedimento 10.11.2016 Cod. prat. 013/15/0145 comunicato in data 11.11.2016, con il quale il Ministero della Difesa - Segretariato Generale della Difesa e Direzione Nazionale degli Armamenti Terrestri ha decretato:
- di non approvare la proposta di aggiudicazione nei confronti della ditta Protos srl e di escluderla dalla gara;
- di aggiudicare in via definitiva l'appalto alla ditta MIRAFAN srl.;
- di ogni altro atto presupposto connesso e/o consequenziale ed in particolare della nota 08.11.2016 prot. n. 0025984, con la quale la Stazione Appaltante ha avviato il procedimento amministrativo di esclusione della “Protos srl” dalla procedura di gara, nonché ove occorra e nei limiti esposti nel ricorso, del Bando, del Disciplinare di gara e del Capitolato, nonché di tutti gli atti della procedura di gara.
nonché
per la conseguente declaratoria dell'obbligo dell'amministrazione appaltante di riammettere la ”PROTOS srl” alla procedura di gara con conseguente aggiudicazione definitiva in favore della stessa e per la declaratoria di inefficacia del contratto ove nelle more sottoscritto e per il subentro di “PROTOS srl” nel contratto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero della Difesa e di Soc Mirafan Srl;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore, alla camera di consiglio del giorno 18 gennaio 2017, il cons. Concetta Anastasi 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**

1.Con atto notificato il 14.12 .2016 e depositato il 15.12 .2016, la ricorrente società premetteva di aver partecipato alla gara, a procedura ristretta accelerata, indetta con bando del Ministero della Difesa - Direzione degli Armamenti Terrestri, pubblicato nella GU/S S/121 del 25/06/2016, per la fornitura di "*2726 KIT di protezione individuale composto da: un paio di ginocchiere, un paio di gomitiere, un paio di guanti antiustione e un paio di guanti per climi rigidi*", finalizzata all'ammodernamento dei materiali di armamento ed equipaggiamento individuale del singolo combattente, per la durata di 390 (trecentonovanta) giorni, decorrenti dall'aggiudicazione, per un importo stimato Iva esclusa di € 351.654, a seguito dell’invito prot. n. 0018087 del 28.07.2016, reso previo accertamento di idoneità emerso “*dalla documentazione presentata in sede di preselezione*".
Esponeva che, all’esito della procedura ristretta, tenuta il giorno 14.09.2016 - cui partecipavano altri due concorrenti: la MIRAFAN srl e la PETZ-CO, poiché la ST PROTECT aveva rinunciato- otteneva la migliore classificazione e, quindi, assumeva la posizione di aggiudicataria in via provvisoria.
Evidenziava che, successivamente, con nota prot. M\_D GTER REG2016 0025984 del 8.11.2016, riceveva la comunicazione di avvio del procedimento, finalizzata alla sua esclusione, in quanto, a seguito ad istanza di annullamento in autotutela, presentata dalla seconda classificata MIRAFAN, Ministero della Difesa - Direzione degli Armamenti Terrestri, la sua offerta tecnica sarebbe risultata carente della relazione tecnica di rispondenza a tutti i requisiti tecnici riportati nelle condizioni particolari tecniche, prevista a pena di esclusione.
Lamentava che, nei due giorni successivi alla suddetta comunicazione, con provvedimento 10.11.2016, comunicato in data 11.11.2016, veniva disposta la sua esclusione dalla procedura di gara e la contestuale aggiudicazione in favore di MIRAFAN srl,, con violazione dei termini di partecipazione procedimentale.
Avverso l’operato della P.A., deduceva:
1)*violazione e falsa applicazione dell'art. 7 e 10 della legge 241/90. Violazione dei principi in materia di partecipazione procedimentale. Violazione artt. 32 e 33 D. Lgs 50/2016;*
Dopo circa due mesi dall’aggiudicazione, la P.A. avrebbe comunicare l'avvio del procedimento di esclusione in danno della ricorrente, senza consentire alcuna partecipazione procedimentale.
*2) incompetenza. Violazione e falsa applicazione della lettera di invito. Violazione e falsa applicazione della regola del contrarius actus;*
Il provvedimento di esclusione della ricorrente - già ammessa alla procedura di gara- non sarebbe potuto essere assunto dal Direttore della Direzione ma, in base al principio del *contrarius actus*, dalla Commissione di gara o dalla Commissione Tecnica, come previsto dal disciplinare di gara (la lettera di invito).
*3) violazione e falsa applicazione del punto 4 della lettera di invito e del Capitolato. Violazione art. 83 D. Lgs. 50/2016;*
La documentazione tecnica prodotta dalla ricorrente società, nel certificare quanto richiesto, assolverebbe, sotto l'aspetto sostanziale, a tutto quanto richiesto dall'Invito a Gara, poiché comproverebbe che i campioni presentati risponderebbero totalmente ai requisiti tecnici richiesti al punto 2a e 2b delle Condizioni particolari Tecniche (CPT).
*4) in via subordinata: violazione da parte dell'aggiudicataria Mirafan srl dell'art. 1 delle CPT (Condizioni particolari tecniche);*
Come emergerebbe dall'elenco allegati estratto dall'Offerta Tecnica di Mirafan, per nessuno dei prodotti oggetto di gara, la Mirafan (contrariamente a quanto effettuato da PROTOS) avrebbe presentato ed allegato in sede di Offerta Tecnica i Certificati di Conformità CE.
Concludeva per l’accoglimento del ricorso, con vittoria di spese.
Con atto formale depositato in data 21.12.2016, si costituiva la controinteressata intimata, che, con memoria depositata in data 16.1.2017, svolgeva le proprie deduzioni difensive.
Con atto depositato in data 17.1.2017, si costituiva la difesa erariale e, contestualmente, produceva documentazione.
2.Con il primo mezzo, parte ricorrente deduce violazione delle garanzie procedimentali.
L'atto di aggiudicazione provvisoria non è individuabile come provvedimento conclusivo della procedura di evidenza pubblica, tanto che la sua omessa impugnazione non preclude l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva.
Infatti, non sussiste un onere di immediata impugnazione dell’aggiudicazione provvisoria dell’appalto, essendo una simile impugnativa rivolta contro un atto di natura endoprocedimentale e, quindi, non immediatamente lesivo (*ex plurimis*: Cons. Stato, Sez. IV: 19.3.2015, n. 1512 e 7.11.2014, n. 5497; TAR Calabria, Reggio Calabria, 26.2.2015, n. 188).
Tale ordine di valutazione appare ancora più rafforzato nella vigenza dell’art. 204 del D. Lgs. 18.4.2016 n. 50 (“*Codice dei contratti pubblici*”), che ha introdotto il comma 2-bis dell’art. 120 del c.p.a. sul *rito speciale* degli appalti, in forza del quale è “*inammissibile l’impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività*” (ultimo periodo).
Ed invero, la “*proposta di aggiudicazione*”, ai sensi del combinato disposto degli articoli 32 e 33 comma 1, del D.Lgs. 50/2016, equivale all’aggiudicazione provvisoria, contemplata nel pregresso sistema di cui al D. Lgs. n. 163 del 2006.
Conseguentemente, ai fini della revoca o dell’annullamento della “*proposta di aggiudicazione*”, non sussiste un obbligo di avviso di avvio del procedimento, trattandosi di una *pre-decisione(ex plurimis*: Cons. Stato, Sez. III, 05/10/2016, n. 4107) .
Quanto alla dedotta circostanza, secondo cui, nel caso di specie, sarebbero decorsi i 30 giorni dalla comunicazione della stessa, basta osservare che l’aggiudicazione non era ancora divenuta efficace ed erano ancora in corso di verifica i requisiti in capo all’aggiudicatario.
Pertanto, la censura non merita adesione.
Con il secondo mezzo, parte ricorrente deduce che il provvedimento di esclusione della Protos non sarebbe potuto essere assunto dal Direttore della Direzione ma, per la regola del *contrarius actus*, dalla Commissione di gara o dalla Commissione Tecnica, come previsto dal disciplinare di gara (la lettera di invito).
In punto di fatto, la censura non appare fondata solo se si considera che il Direttore della Direzione ha sottoscritto gli atti del procedimento unitamente al Responsabile del Servizio.
Sotto altro aspetto, si osserva che, vertendosi in materia di sussistenza o meno di un documento tecnico, non occorreva certo il coinvolgimento di alcuna attività di carattere tecnico e discrezionale.
Quanto, poi, alla circostanza che il procedimento di autotutela sia stato condotto senza il coinvolgimento della commissione deputata alla valutazione delle offerte, giova osservare che la regola del *contrarius actus* -sulla cui valorizzazione si fonda, in buona sostanza, la articolata censura- va acquisita in termini né assoluti, né rigidi, soprattutto quando, come nel caso di specie, si verte in relazione ad un meccanico e consequenziale adeguamento della valutazione in ordine alla documentazione (come si vedrà meglio in prosieguo), che ben poteva essere effettuato dall’organo amministrativo.
Pertanto, la doglianza non merita adesione.
Con il motivo di carattere sostanziale, parte ricorrente deduce l’illegittimità della sua esclusione, poiché la documentazione tecnica dalla medesima prodotta, nel certificare quanto richiesto, consentirebbe di comprovare che i campioni presentati risponderebbero totalmente ai requisiti tecnici richiesti al punto 2a e 2b delle Condizioni particolari Tecniche (CPT).
Il punto 4 della lettera di invito o Capitolato, così precisa:
“4. BUSTA "B" - OFFERTA TECNICA La busta "B" dovrà, *a pena esclusione*, contenere:
4.1 II campione integro residuo, sigillato e vidimato dal Laboratorio;
4.2 La documentazione tecnica (report delle prove effettuate rilasciati dal Laboratorio, *relazione tecnica di rispondenza a tutti i requisiti tecnici riportati nelle condizioni particolari tecniche*);
4.2 La scheda "Annesso 1" in Allegato "I" compilata (e filmata dal Responsabile della Ditta) con i dati dichiarati e verificati presso il laboratorio;
Nella documentazione tecnica dovrà essere facilmente individuata la data nella documentazione e la data e luogo di esecuzione per le prove effettuate. Tale documentazione dovrà contenere la firma del responsabile della qualità della ditta, o eventualmente di quello della ditta subfornitrice del componente, purché esplicitamente dichiarato. I campioni e la documentazione tecnica presentati, in caso di aggiudicazione e per quanto non espressamente previsto dal Condizioni particolari Tecniche costituiranno campione di riferimento per la conseguente fornitura.
La suddetta documentazione dovrà essere datata e filmata dal legale rappresentante ovvero da un rappresentante munito di procura speciale (tale procura dovrà essere inserita nella busta A)
La mancata presentazione o l'incompletezza dei documenti sopra citati comporterà l'ESCLUSIONE dalla gara”.
Dal chiaro tenore testuale della normativa prevista dalla *lex specialis* di gara, emerge in modo preciso ed inequivocabile che la *relazione tecnica di rispondenza a tutti i requisiti tecnici riportati nelle condizioni particolari tecniche*è indicata al punto 4.2. fra la documentazione necessaria da produrre nella BUSTA "B", la cui carenza è sanzionata indicata dal punto 4 *a pena esclusione.*
A fronte del chiaro dato testuale e sistematico - peraltro non oggetto di specifica contestazione- nessun apprezzabile margine di valutazione poteva residuare in capo alla P.A., alla quale rimaneva l’obbligo di provvedere nel senso conforme alla clausola inderogabile della *lex specialis* di gara, le cui previsioni, peraltro, non sono caratterizzate da elementi di macroscopica irrazionalità od incongruenza.
Né, al riguardo, potrebbe essere invocabile il principio del cosiddetto "*soccorso istruttorio*", che, seppure ampiamente riconosciuto nel settore dei contratti pubblici in seguito alle novità introdotte con il D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, rimane pure sempre circoscritto alle dichiarazioni e attestazioni su fatti, stati e qualità che compongono la documentazione amministrativa che i partecipanti a gare pubbliche sono tenuti a presentare, senza estendersi agli elementi attinenti alle offerte, pena altrimenti la vanificazione del canone generale della parità di trattamento e l'essenza stessa della procedura selettiva, il cui fondamento volontaristico, finalizzato alla conclusione del contratto posto a gara, rende le stesse immodificabili una volta che siano state presentate nei termini previsti dalla *lex specialis* (*ex plurimis*: Cons. Stato, Sez. V, 2 agosto 2016 n. 3481).
Invero, l'istituto del “*soccorso istruttorio*” si riferisce al completamento e chiarimento del contenuto di certificati, documenti e dichiarazioni prodotti dalle imprese concorrenti per dimostrare il possesso dei requisiti di ammissione e non è estensibile ad altri atti richiesti per la partecipazione alla gara comportanti un impegno negoziale, come l'offerta tecnica o quella economica, pena la violazione del principio della “*par condicio competitorum*" (ex plurimis: Cons. Stato, Ad Plen. n.9 del 2014; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 4 maggio 2016 n. 2213).
Per le suesposte ragioni, la censura non merita adesione.
Con l’ultimo mezzo, svolto in via subordinata, parte ricorrente deduce che, per nessuno dei prodotti oggetto di gara la controinteressata Mirafan avrebbe presentato ed allegato, in sede di Offerta Tecnica, i Certificati di Conformità CE.
A prescindere da ogni considerazione circa la conferenza della suddetta censura rispetto al contesto dell’impugnativa, va evidenziato che la controinteressata, ha prodotto, in allegato alla propria memoria, la relazione tecnica nella quale viene attestata la conformità dei prodotti offerti alla normativa CE, riservandosi, come richiesto , il deposito del certificato in sede di esecuzione del contratto.
Pertanto, la doglianza non merita adesione.
In conclusione, il ricorso si appalesa infondato e va rigettato.
Nondimeno, la circostanza che la Commissione di Gara non abbia tempestivamente escluso la ricorrente dalla procedura selettiva nonché il quadro fattuale e giuridico complessivo inducono a disporre l’integrale compensazione delle spese del presente giudizio.

**P.Q.M.**

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.
Spese compensate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:
Concetta Anastasi, Presidente, Estensore
Floriana Rizzetto, Consigliere
Paola Patatini, Referendario

Pubblicato il 27/01/2017
N. 00212/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00837/2016 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 837 del 2016, proposto da:
Tesi - Tecnologia e Sicurezza S.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Erica Bianco, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Via Enrico Noe;

contro

Azienda Socio-Sanitaria Territoriale di Lecco – Asst, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Piana, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Corso di Porta Romana, 54;

nei confronti di

Tecnologie Sanitarie S.p.a., rappresentata e difeso dall'avvocato Valentino Vulpetti, con domicilio eletto presso lo studio dell’Avv. Marco Napoli in Milano, Corso Venezia, 10;
Philips S.p.a., Asst - Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Franciacorta; non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

della deliberazione dell'ASST di Lecco n. 106 del 10.3.2016, con cui il Direttore Generale ha disposto, in relazione al servizio di gestione e manutenzione delle apparecchiature biomediche, di laboratorio, radiologiche e grandi apparecchiature sanitarie, l’estensione del contratto aggiudicato in esito alla procedura di gara espletata dalla ASST di Franciacorta, ex A.O. Mellino Mellini di Chiari, alla ditta Tecnologie Sanitarie S.p.a. (mandataria) in ATI con Philips S.p.a. (mandante), della deliberazione dell'A.O. della Provincia di Lecco n. 429 del 7.8.2015, a firma del Commissario Straordinario, e della nota prot. n. 19386 dell'8.5.2015 del Direttore della S.C. Provveditorato Economato dell'A.O. della Provincia di Lecco, ivi menzionata ma non altrimenti nota alla ricorrente, nella parte in cui esprimono l'interesse dell'Azienda ad aderire alla gara relativa al servizio di manutenzione e gestione delle apparecchiature elettromedicali e di laboratorio, avviata dall'A.O. Mellino Mellini di Chiari, se ed in quanto atti presupposti, e di ogni altro atto preordinato, presupposto, consequenziale e/o comunque connesso ed, in particolare, dell'art. 48 - Forme collettive di acquisto, del Capitolato Speciale afferente alla procedura indetta dall'A.O. Mellino Mellini di Chiari (oggi ASST Franciacorta) per l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione delle apparecchiature elettromedicali e di laboratorio, da questa aggiudicata all'ATI Tecnologie Sanitarie S.p.a. - Philips S.p.a., per un periodo di 6 anni, con possibilità di ripetizione per ulteriori 3 anni con deliberazione n. 402 del 22.9.2015, del contratto eventualmente nelle more stipulate dall'ASST di Lecco con l'ATI Tecnologie Sanitarie S.p.a. - Philips S.p.a., ad oggi non conosciuto dalla ricorrente e di cui si chiede 1'acquisizione in via istruttoria, con ulteriore riserva di interporre motivi aggiunti, per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulate dall'ASST di Lecco con l'ATI Tecnologie Sanitarie S.p.a.- Philips S.p.a. ex artt. 245-bis e 245-ter., D.Lgs. 163/2006, ed artt. 121 e 122 c.p.a., nonché, infine, per l'accertamento del diritto della società ricorrente ai risarcimento del danno ingiusto subito ex art. 245-quinquies, D.Lgs.163/2006, ed art. 124 c.p.a., in via principale in forma specifica, mediante l'annullamento dei provvedimenti impugnati e l'indizione della procedura di gara, mai svoltasi, per l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione delle apparecchiature elettromedicali e di laboratorio presso l'ASST di Lecco, ovvero la proroga del contratto in essere, e solo in subordine per equivalente, con pagamento delle relative somme, da quantificarsi in corso di causa, unitamente ad interessi ed a rivalutazione monetaria, e di conseguenza, per la condanna dell'Amministrazione resistente in primis al risarcimento in forma specifica, con annullamento dei provvedimenti impugnati ed indizione di procedura di gara ovvero proroga del contratto in essere, e solo in subordine al risarcimento per equivalente, con pagamento delle relative somme, da quantificarsi in corso di causa, unitamente ad interessi e a rivalutazione monetaria.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Asst di Lecco e di Tecnologie Sanitarie S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2017 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Con determinazione n. 402 del 22.9.2015 l’Azienda ospedaliera Mellino Mellini di Chiari, successivamente divenuta ASST della Franciacorta, ha aggiudicato il servizio di gestione e manutenzione delle apparecchiature biomediche, di laboratorio, radiologiche, e grandi apparecchiature sanitarie, per un periodo di sei anni, dal 1.11.2015 al 31.10.2021 all’a.t.i. costituita da Tecnologie Sanitarie S.p.a. e Philips S.p.a.

L’art. 48 del c.s.a. prevedeva che, una volta stipulato il contratto, durante il periodo di vigenza del medesimo, le Aziende Sanitarie firmatarie di uno specifico accordo, tra cui l’Azienda Ospedaliera della Provincia di Lecco, avrebbero potuto chiedere l’estensione del contratto di appalto, “alle medesime condizioni”, fino ad un massimo del 500% dell’importo aggiudicato, aggiungendo che “il fornitore non è obbligato ad accettare la richiesta di estensione.”

Con deliberazione n. 429 del 7.8.2015, impugnata nel presente giudizio, l’A.O. della Provincia di Lecco prorogava il servizio di manutenzione e gestione delle apparecchiature elettromedicali e di laboratorio in favore dell’attuale ricorrente, in attesa di poter procedere all’adesione alla citata gara, in corso di svolgimento, indetta dall’A.O. Mellino Mellini.

Con deliberazione n. 106 del 10.3.2016, parimenti impugnata nel presente giudizio, l’ASST di Lecco, subentrata all’A.O. della Provincia di Lecco, preso atto della delibera n. 402/2015 dell’AO Mellino Mellini, ha ritenuto di avvalersi della citata clausola di estensione di cui all’art. 48 c.s.a.

ASST di Lecco ed il raggruppamento controinteressato si sono costituiti in giudizio, insistendo per il rigetto del ricorso, in rito e nel merito.

Con ordinanza n. 517/2016, confermata in sede di appello, il Tribunale ha respinto la domanda cautelare.

All’udienza pubblica del 12.1.2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

**DIRITTO**

I) In via preliminare, il Collegio deve pronunciarsi sull’eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla difesa di ASST di Lecco, che va tuttavia respinta.

Contrariamente a quanto infatti dalla stessa sostenuto, mediante i provvedimenti di adesione al contratto aggiudicato dall’A.O. Mellino Mellini, l’ASST di Lecco non ha manifestata una volontà negoziale di tipo privatistico, quanto invece, ha affidato un contratto rientrante nell’ambito di quelli oggi disciplinati dal D.Lgs. n. 50/2016, esercitando conseguentemente un potere pubblicistico, del cui cattivo uso la ricorrente si duole. In altre parole, sostanzialmente, con i provvedimenti impugnati, la ASST di Lecco ha ritenuto di non indire alcuna procedura di selezione del contraente per affidare l’appalto oggetto del presente giudizio, ciò che radica inevitabilmente la giurisdizione del g.a.

Per giurisprudenza pacifica, ex art. 133 c. 1 lett. c) ed e) n. 1, c.p.a., detta giurisdizione sussiste infatti anche quando, come nel caso di specie, si lamenti che da parte dell'Amministrazione è mancata una procedura di affidamento, ossia vi sia stato un affidamento a trattativa privata fuori dai casi consentiti, trattandosi della legittimità dell'esercizio del potere pubblico, che degrada la posizione del privato, in termini di interesse legittimo (C.S., Sez. V, 9.7.2015 n. 3460).

II.1) Il Collegio può prescindere dallo scrutinio delle ulteriori eccezioni di inammissibilità del, ricorso, essendo il medesimo infondato nel merito.

Con il presente gravame, sostanzialmente, l’istante deduce l’illegittimità dell’adesione postuma ad un contratto stipulato da altra Azienda Sanitaria, in virtù di una clausola contenuta nella lex specialis della gara aggiudicata.

In particolare, la ricorrente evidenzia la mancanza di un supporto normativo che legittimi tale facoltà (primo motivo), l’aleatorietà dei quantitativi oggetto di affidamento, e la lesione dei principi di leale competitività ed imparzialità (secondo motivo).

II.2) Il ricorso va tuttavia respinto, come recentemente statuito dalla Sezione in fattispecie analoghe a quella per cui è causa, essendo legittimo l’affidamento diretto di un servizio, avvalendosi di una clausola di adesione contenuta in una procedura bandita da altra stazione appaltante (n. 1460 del 20.7.2016, n. 303 del 12.2.2016, richiamandosi peraltro i principi affermati da C.S., Sez. III, 4.2.2016 n. 445), senza che ciò si ponga in contrasto con la normativa europea ed interna in tema di libera concorrenza.

Come del resto affermato anche in una pronuncia della Sezione staccata di Brescia di questo Tribunale (Sez. I, 12.1.2016, n. 34), premesso che la gara con clausola di adesione è una forma di contrattazione ad aggregazione successiva che presenta elementi di similitudine con la centrale di committenza (ex art. 3 c. 34 del D.Lgs. 12.4.2006 n. 163), non è in particolare ostativo al suo impiego la mancanza di una precisa codificazione, quando sia dimostrabile un collegamento con l’interesse pubblico (v. anche T.A.R. Lombardia, Sez. I, 6.7.2011, n. 1819, che ha in particolare ritenuto compatibile una clausola di adesione con i principi di trasparenza, concorrenza e par condicio).

In base alla citata sentenza n. 445/2016 del Consiglio di Stato “l'estensione del contratto aggiudicato all'esito di regolare gara pubblica è un fenomeno che non contraddice, in sé ed automaticamente, le regole della concorrenza”, aggiungendo che “la concentrazione delle gare non è un fenomeno estraneo né eccentrico rispetto all’ordinamento interno, come a quello europeo, poiché entrambi conoscono ipotesi di concentrazione o unificazione delle gare sia sul piano soggettivo, ad esempio, perché bandite da una centrale di committenza, figura in generale prevista dall’art. 33 del D.Lgs. n. 163/2006, alla quale le singole stazioni appaltanti fanno capo e riferimento per l'approvvigionamento di beni, lavori o servizi, sia sul piano oggettivo, con la stipula di contratti per adesione, accordi-quadro, o appunto, clausole di estensione di contratti, stipulati da soggetti aggregatori”.

La stessa ratio sottesa agli affidamenti delle Amministrazioni sanitarie tramite centrale di committenza, consistente nel contenimento e nella razionalizzazione della spesa per i servizi sanitari, si rinviene infatti nella successiva adesione di altre Amministrazioni sanitarie all'affidamento effettuato dall'Amministrazione aggregatrice che ha indetto la gara richiamando nella lex specialis la clausola di adesione, e menzionando espressamente i soggetti che avrebbero potuto avvalersene, ciò che, come detto, nella fattispecie per cui è causa ha avuto luogo per relationem, mediante il rinvio alle Aziende che hanno sottoscritto uno specifico accordo.

Quanto ai profili comunitari, C.S. n. 445/16 cit. ha evidenziato che la Direttiva n. 2014/24/UE, nei considerando nn. 59 e 60, ha previsto che nei mercati degli appalti pubblici dell’Unione si registra una forte tendenza all’aggregazione della domanda da parte dei committenti pubblici, al fine di ottenere economie di scala, ad esempio prezzi e costi delle transazioni più bassi, nonché un miglioramento ed una maggior professionalità nella gestione degli appalti, e che l'individuazione della committenza pubblica può avvenire, ad esempio, con un riferimento ad una determinata categoria di amministrazioni aggiudicatrici nell’ambito di un’area geografica chiaramente delimitata, in modo che le stesse possano essere facilmente e chiaramente individuate.

Nella fattispecie all’esame del Collegio, sostanzialmente identica a quella decisa da C.S. n. 445/16, la clausola di estensione individua, in modo sufficientemente chiaro, determinato ed omogeneo, anche in riferimento all'ambito territoriale, quali siano le Amministrazioni aggiudicatrici che potranno aderire, ed entro quali limiti, senza modifica di patti, condizioni e prezzi stabiliti dagli atti di gara, risultando pertanto la piena legittimità della stessa.

In conclusione, l’appalto in esame, come quello oggetto della fattispecie decisa da C.S. n. 445/16, non viene sottratto al confronto concorrenziale, a valle, ma costituisce l’oggetto, a monte, del confronto tra le imprese partecipanti alla gara, poiché queste, nel prendere parte alla stessa, accettano la c.d. clausola di estensione, potendo così essere loro richiesto di approntare forniture ulteriori, rispetto a quelle espressamente richieste dalla lex specialis, purché determinate o determinabili a priori, al momento dell'offerta, secondo requisiti né irragionevoli né arbitrari, tanto sul piano soggettivo, per caratteristiche e numero delle Amministrazioni eventualmente richiedenti, che su quello oggettivo, per natura, tipologia e quantità dei beni o delle prestazioni aggiuntive eventualmente richieste entro un limite massimo.

Conseguentemente, il timore che, attraverso il meccanismo dell'estensione, venga aggirato il confronto concorrenziale e, più in generale, il principio della concorrenza, architrave dell'intera disciplina dei contratti pubblici, è del tutto infondato, poiché le imprese concorrono ad aggiudicarsi un appalto avente un oggetto eventualmente multiplo, senza la necessità di dover concorrere ogni volta, e per servizi sostanzialmente identici o analoghi, a tante gare quante sono le Amministrazioni richiedenti (C.S., Sez. III, n. 445/16 cit.).

III) Secondo la ricorrente, la fattispecie per cui è causa presenterebbe tuttavia talune peculiarità, tali da non rendere applicabili i citati orientamenti giurisprudenziali, i quali, nel ritenere legittima una clausola di estensione, hanno tuttavia subordinato ciò al rispetto di taluni limiti, che risulterebbero violati nel caso di specie.

III.1) In primo luogo, osserva il Collegio che, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, nella fattispecie per cui è causa non vi è alcuna indeterminatezza circa il termine finale degli eventuali contratti in adesione, che come peraltro riconosciuto dalla stessa, potranno infatti essere stipulati nel corso di validità di quello aggiudicato in esito alla procedura di evidenza pubblica (1.11.2015-31.10.2021), e per la sua stessa durata (sei anni).

La circostanza che il contratto di adesione abbia una diversa decorrenza e scadenza rispetto a quello stipulato in esito alla gara, lungi dal configurare infatti un indice di illegittimità del medesimo, è al contrario connaturato all’istituto di che trattasi, che come detto, presuppone a monte l’affidamento di una commessa pubblica, ed una adesione postuma al relativo accordo, inevitabilmente successiva.

III.2) Sotto altro profilo, la ricorrente evidenzia che, nel caso di specie, alle Aziende aderenti sarebbe illegittimamente consentito negoziare con l’aggiudicataria condizioni diverse da quelle fissate in sede di gara.

Anche tale profilo è tuttavia infondato in fatto, atteso che, in base al citato art. del 48 c.s.a., espressamente, l’estensione del contratto aggiudicato ad altre Aziende può avere luogo solo “alle medesime condizioni”.

In contrario non rileva che il medesimo articolo menzioni altresì, genericamente, eventuali “patti e condizioni che si stabiliranno tra fornitore ed Azienda Sanitaria cui viene esteso l’accordo”. Tale espressione, lungi dal derogare all’obbligo di adesione “alle medesime condizioni”, come detto espressamente previsto, è stata infatti introdotta unicamente con la finalità di escludere qualsivoglia coinvolgimento della stazione appaltante nei rapporti contrattuali instaurati dalle Aziende aderenti, precisandosi infatti che l’Azienda Mellino Mellini “resterà estranea” agli stessi, e pertanto da tutti i “patti e condizioni”, che daranno infatti origine ad un rapporto contrattuale autonomo rispetto a quello instaurato a seguito di gara.

III.3) Né infine assume rilievo il richiamo a C.S., Sez. III, 20.10.2016 n. 4387, invocata dalla ricorrente nella propria memoria finale, avendo detta sentenza ritenuto illegittima una clausola di adesione, in conseguenza della sua indeterminatezza, “per la mancata previsione di un tetto massimo dei quantitativi e dell'importo massimo del servizio appaltato”, ciò che, come detto, non ha invece avuto luogo nel caso di specie.

IV.1) La società esponente rileva infine che l’indirizzo giurisprudenziale suindicato sarebbe stato in ogni caso superato dalla successiva evoluzione legislativa, e segnatamente, dalle novità conseguenti all’approvazione della L. n. 208 del 28.12.2015 (legge di stabilità 2016), ex art. 1, commi da 548 a 550, che imporrebbe agli enti del servizio sanitario nazionale di approvvigionarsi avvalendosi in via esclusiva di Consip S.p.a. oppure delle centrali regionali di committenza (in Lombardia, Arca Spa, come già evidenziato).

Sul punto, la ricorrente richiama anche la Circolare del 19.2.2016 del Ministero dell’economia e delle finanze e del Ministero della salute, che avrebbe ribadito il suddetto obbligo di approvvigionamento esclusivo

IV.2) Detta tesi non convince il Collegio, come già evidenziato nella sentenza n. 77 del 13.1.2016, resa nel giudizio R.G. n. 1063/2016, intentato dall’odierna ricorrente.

Premesso che non appare in discussione in fatto la circostanza che al momento dell’affidamento di cui è causa, nessuna attività di acquisto per il servizio in oggetto era in corso da parte di Consip o di Arca, la condotta della stazione appaltante non appare certamente illegittima per violazione della Circolare ministeriale di cui sopra, atteso che la stessa, per i casi di assenza di iniziative di acquisto da parte del soggetto aggregatore, indica alle stazioni appaltanti una serie di soluzioni, sostanzialmente riconducibili all’affidamento attraverso procedura negoziata ai sensi dell’art. 57 del D.Lgs. 163/2016, od alla proroga dei contratti in essere.

Ciò premesso, se ai sensi della citata Circolare devono reputarsi ammissibili sia la procedura negoziata senza previo bando di gara, ex art. 57 cit., sia la proroga, a maggior ragione non può essere censurata la scelta dell’amministrazione di adesione ad un contratto comunque aggiudicato all’esito di una regolare procedura concorrenziale, come nel caso di specie.

In conclusione, il ricorso va pertanto respinto.

Le spese, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

**P.Q.M.**

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

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali in favore di Asst di Lecco e di Tecnologie Sanitarie S.p.a., equitativamente e complessivamente liquidate in Euro 4.000,00, oltre agli oneri di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Mauro Gatti, Consigliere, Estensore

Concetta Plantamura, Consigliere