**SENTENZE OGGIPA**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)**

**ha pronunciato la presente**

**SENTENZA**

sul ricorso in appello iscritto nel registro generale al numero 16 di A.P. del 2017, proposto da:
Regione Calabria, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall’avvocato Giuseppe Naimo, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Graziano Pungì in Roma, via Sabotino, n. 12;
contro
La C. Global Service s.r.l., Cardamone Group s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentante pro tempore, entrambe rappresentate e difese dall’avvocato Michele Perrone, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Barnaba Tortolini, n.30;
nei confronti
Azienda sanitaria provinciale (A.S.P.) di Cosenza, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall’avvocato Angelo Gangi, domiciliata ai sensi dell’art. 25 Cod. proc. amm. presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;
S.I.A.R.C. s.p.a., non costituita in giudizio;

sul ricorso in appello iscritto nel registro generale al numero 17 di A.P. del 2017, proposto da:
La C. Global Service s.r.l. e Cardamone Group s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, entrambe rappresentate e difese dall’avvocato Michele Perrone, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Barnaba Tortolini, n. 30;
contro
Regione Calabria, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall’avvocato Giuseppe Naimo, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Graziano Pungì in Roma, via Sabotino, n. 12;
nei confronti
S.I.A.R.C. s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall’avvocato Francesco Izzo, domiciliata ai sensi dell’art. 25 Cod. proc. amm. presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;
Azienda sanitaria provinciale (A.S.P.) di Cosenza, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall’avvocato Angelo Gangi, domiciliato ai sensi dell’art. 25 Cod. proc. amm. presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;
per la riforma
quanto al ricorso n. 16 del 2017:
per la riforma
della sentenza del T.a.r. Calabria, sede di Catanzaro, Sezione I, n. 515/2017, resa tra le parti;
quanto al ricorso n. 17 del 2017:
della sentenza del T.a.r. Calabria, sede di Catanzaro, Sezione I, n. 515/2017, resa tra le parti;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di La C. Global Service S.r.l., di Cardamone Group S.r.l., di Azienda sanitaria provinciale di Cosenza, della Regione Calabria e di S.I.A.R.C. S.p.A.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell’udienza pubblica del giorno 14 marzo 2018 il Cons. Roberto Giovagnoli e uditi per le parti gli avvocati Giuseppe Naimo e Michele Perrone;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1. La Stazione Unica appaltante della Regione Calabria ha indetto una gara, suddivisa in sette lotti, per l’affidamento del servizio di ristorazione delle Aziende sanitarie e ospedaliere della Regione.

Il raggruppamento temporaneo di imprese “La C. Global Service s.r.l. - Cardamone Group s.r.l.” ha partecipato alla gara in relazione al lotto n. 4, riguardante l’Azienda sanitaria di Cosenza, avente un valore stimato di € 18.927.347,40, per la durata di 36 mesi.
2. Il R.T.I. menzionato, cui è stato attribuito il punteggio più alto a seguito dell’esame dell’offerte tecnica, è stata escluso dalla gara per aver presentato un’offerta in aumento rispetto all’importo annuale dell’appalto.

Il R.T.I. La C. - Cardamone Group (di seguito anche solo R.T.I. La C.) aveva presentato, infatti, un’offerta economica pari ad euro 4.885.136,10 annui, corrispondente ad una percentuale di ribasso del 22,23% rispetto al valore stimato annuo dell’appalto, pari ad euro 6.309.115,80, tenuto conto della durata dell’appalto desumibile dal bando di gara (3 anni) e dell’importo complessivo previsto dal bando (riferito all’intera durata del contratto) pari ad euro 18.927.347,40.
Ad avviso della stazione appaltante, invece, la durata dell’appalto era pari a 48 mesi, tenuto conto che nel disciplinare di gara era prevista la possibilità di proroga per 12 mesi: pertanto, la stazione appaltante ha ritenuto che l’offerta presentata dal raggruppamento La C. – pari ad € 4.885.136,10 annui – sarebbe stata superiore a quella posta a base di gara (pari ad € 4.731.836,85) e dunque sarebbe stata inammissibile.
È stata escluso, per ragione analoga, anche l’unico altro concorrente rimasto in gara R.T.I. Innova S.p.a. - Ladisa S.p.a. (l’altro concorrente S.I.AR.C. S.r.l., infatti, era stato già escluso in precedenza).
La gara è stata pertanto dichiarata deserta.
3. Con sentenza n. 1730 del 18 novembre 2015 il Tribunale amministrativo regionale della Calabria ha accolto il ricorso del R.T.I. La C. contro il provvedimento di esclusione. In sede di appello, il Consiglio di Stato, con sentenza n. 2497 del 10 giugno 2016, ha confermato l’accoglimento del ricorso, annullando definitivamente l’atto di esclusione.
4. La sentenza del Consiglio di Stato n. 2497 del 2016, in particolare, ha affermato quanto segue.

4.1. Dalla disamina degli atti costituenti la lex specialis di gara (bando, disciplinare, capitolato speciale di appalto), con riferimento specifico alla durata dell’appalto si evince in modo palese la contraddittorietà delle prescrizioni, atteso che:

a) il bando prevede l’importo di euro 18.927.347,40 e la durata di 36 mesi, il che comporta che il valore annuale dell’appalto è pari ad euro 6.309.115,80 (18.927.347,40 : 3);
b) il disciplinare di gara, dopo aver riportato il valore complessivo dell’appalto (pag. 5), a pagina 7 prevede che «la durata è di 36 mesi a decorrere dalla data di inizio del servizio, oltre 12 mesi opzionali di eventuale rinnovo, ai sensi dell’art. 29 del D.Lgs. 163/2006 e s.m.i.».
c) il capitolato speciale di appalto (art. 3, pag. 2) dispone, con riferimento alla durata contrattuale, che «Il contratto avrà la durata di 3 (tre) anni, decorrenti, dalla sua sottoscrizione. L’Azienda si riserva la facoltà, qualora ne ravvisi l’opportunità, di chiedere all’aggiudicatario la prosecuzione del servizio per i tempi necessari per l’indizione ed all’aggiudicazione di una nuova procedura di gara, e comunque non oltre un anno dalla data di scadenza del contratto».
d) i tre atti, quindi, contengono chiaramente precisazioni diverse tra loro: il bando non fa alcun cenno alla possibilità di proroga, il disciplinare la prevede in via eventuale e la fissa in un anno, il capitolato speciale la prevede come mera facoltà per la stazione appaltante per un periodo non tassativamente determinato, che può arrivare fino ad un anno.

4.2. In presenza di clausole del suddetto tenore, che contrastano l’una con le altre, non può condividersi la tesi della stazione appaltante secondo cui negli atti di gara non vi sarebbe stata né incertezza, né ambiguità in merito alla durata dell’appalto.
4.3. Sussiste in capo all’amministrazione che indice la gara l’obbligo di chiarezza (espressione del più generale principio di buona fede), la cui violazione comporta – in applicazione del principio di autoresponsabilità – che le conseguenze derivanti dalla presenza di clausole contraddittorie nella lex specialis di gara non possono ricadere sul concorrente che, in modo incolpevole, abbia fatto affidamento su di esse.
4.4. Il bando, il disciplinare di gara e il capitolato speciale d’appalto costituiscono, insieme, la lex specialis della gara ed hanno carattere vincolante non solo nei confronti dei concorrenti, ma anche dell’Amministrazione appaltante.
4.5. Gli atti della gara in questione – pur non essendo stati redatti in modo chiaro – vanno complessivamente interpretati nel loro senso letterale, attribuendo rilievo decisivo al fatto che il bando ha fissato il termine di «durata del contratto» in 36 mesi, pur prevedendo la «possibilità» della proroga per un anno.
4.6. Le partecipanti alla gara non avevano alcun onere di effettuare calcoli aritmetici per accertare se da altre previsioni del bando si sarebbe dovuta desumere una durata invece quadriennale del contratto: poiché grava sulla stazione appaltante il clare loqui, risulta del tutto ragionevole l’interpretazione del bando sulla durata triennale del contratto, rispetto alla quale l’Amministrazione avrebbe dovuto effettuare tutte le proprie valutazioni.
4.7. La richiamata previsione del bando, del resto, in ogni caso va considerata prevalente rispetto alle non univoche previsioni da esso richiamate, poiché – per la costante giurisprudenza – le disposizioni del capitolato speciale di appalto e quelle del disciplinare possono solo integrare, ma non modificare, quelle poste dal bando (cfr., tra le tante, Cons. Stato Sez. V 9 ottobre 2015 n. 4684; Cons. Stato Sez. IV, 3 maggio 2016, n. 1716; Cons. Stato Sez. V, 13 maggio 2014, n. 2248; Cons. Stato Sez. V, 24 gennaio 2013, n. 439).
4.8. Quanto alla non convenienza dell’offerta, in quanto superiore al prezzo pubblicato sull’Osservatorio, va rilevato che la non sostenibilità dell’impegno economico non poteva giustificare l’esclusione dalla gara della concorrente, potendo invece consentire l’adozione di altro genere di rimedi, quale, ad esempio, la revoca della gara (ovvero il suo annullamento, nel caso di rilevazione di un errore materiale in cui sia incorsa l’autorità nella predisposizione degli atti precedenti di indizione della gara).

5. La Stazione Unica appaltante, con provvedimento del 29 agosto 2016, anziché concludere la gara, ha disposto l’annullamento d’ufficio dei decreti n. 15575 del 15 novembre 2013 e n. 10959 del 13.10.2015, rispettivamente di indizione della gara e del decreto di approvazione degli atti di gara, entrambi nella parte relativa al Lotto n. 4, concernente il servizio di ristorazione dell’Azienda sanitaria provinciale di Cosenza.

Il provvedimento di autotutela ha richiamato, riportandone anche i passaggi motivazionali essenziali, le sentenze del T.a.r. Calabria (n. 1730/2015) e del Consiglio di Stato (n. 2497/2016), che avevano annullato il provvedimento di esclusione dalla gara, e ha dato atto della contraddittorietà (accertata dal giudicato) tra gli atti costituenti l’insieme della lex specialis. In particolare, l’annullamento d’ufficio è stato motivato sulla base delle seguenti considerazioni:
a) il “principio costituzionale del buon andamento […] impegna la pubblica amministrazione ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire”; b) è “in re ipsa l’interesse pubblico all’annullamento di un’aggiudicazione inficiata da errori materiali, ciò potendo impedire fra l’altro sia l’esborso di denaro pubblico in violazione di norme anche procedimentali e di evidenza pubblica, sia la violazione dei principi di legalità e buon andamento, cui deve essere improntata l’attività dell’Amministrazione ai sensi dell’art. 97 Cost.”.

6. La C. Global Service s.r.l. e Cardamone Group s.r.l. hanno impugnato tale provvedimento, deducendone l’illegittimità e chiedendo l’annullamento, oltre che la condanna dell’Amministrazione al risarcimento dei danni.
7. Il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, in primo grado, ha respinto la domanda demolitoria ed ha, invece, accolto (sia pure in parte) la domanda, formulata in via subordinata dalle ricorrenti, tesa ad ottenere il risarcimento dei danni a titolo di responsabilità precontrattuale per violazione degli obblighi di buona fede incombenti sulle parti nel corso delle trattative.
8. Avverso la sentenza hanno interposto separati appelli sia la Regione Calabria che la C. Global Service S.r.l. - Cardamone Group S.r.l.
9. Con sentenza non definitiva 24 novembre 2017, n. 5491, la Sezione Terza del Consiglio di Stato ha:

a) riunito, ex art. 96, comma 1, Cod. proc. amm., i due appelli, avendo gli stessi ad oggetto la medesima sentenza.
b) rigettato i motivi dell’appello di C. Global Service S.r.l. e Cardamone Group S.r.l. concernenti il capo della sentenza con la quale il Tribunale amministrativo regionale aveva respinto la domanda di annullamento dei provvedimenti impugnati a mezzo del ricorso introduttivo;
c) sospeso il giudizio in ordine ai rimanenti motivi concernenti l’an e il quantum del disposto risarcimento;
d) dato avviso che con separata ordinanza sarebbe stata richiesto l’intervento dell’Adunanza Plenaria, dirimente ai fini della decisione dell’intero gravame proposto dalla Regione Calabria, nonché di parte del gravame proposto C. Global Service S.r.l. e Cardamone Group S.r.l.

10. Con l’ordinanza collegiale 24 novembre 2017, n. 515, la Terza Sezione ha rimesso all’Adunanza plenaria i seguenti quesiti:

“1. Se la responsabilità precontrattuale sia o meno configurabile anteriormente alla scelta del contraente, vale a dire della sua individuazione, allorché gli aspiranti alla posizione di contraenti sono solo partecipanti ad una gara e possono vantare un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione;
2. Se, nel caso di risposta affermativa, la responsabilità precontrattuale debba riguardare esclusivamente il comportamento dell’amministrazione anteriore al bando, che ha fatto sì che quest’ultimo venisse comunque pubblicato nonostante fosse conosciuto, o dovesse essere conosciuto, che non ve ne erano i presupposti indefettibili, ovvero debba estendersi a qualsiasi comportamento successivo all’emanazione del bando e attinente alla procedura di evidenza pubblica, che ne ponga nel nulla gli effetti o ne ritardi l’eliminazione o la conclusione”.
11. La Sezione rimettente ha rilevato che sulla questione sussiste un contrasto giurisprudenziale che richiede un intervento nomofilattico dell’Adunanza Plenaria.
12. Ha ricordato che alcune pronunce del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. VI, 25 luglio 2012, n. 4236; Cons. Stato, sez. VI, 7 novembre 2012, n. 5638; Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831), hanno sostenuto la tesi (fatta propria anche dalla Corte di Cassazione: Cass. civ., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260) secondo cui la responsabilità precontrattuale è configurabile anche nella fase che precede la scelta del contraente, e, quindi, prima e a prescindere dall’aggiudicazione.
13. La Sezione ha, tuttavia, dato atto dell’esistenza di un orientamento giurisprudenziale successivo (Cons. Stato, sez. V, 21 agosto 2014 n. 4272; Cons. Stato, sez. III, 29 luglio 2015, n. 3748; Cons. Stato Sez. V, 21 aprile 2016, n. 1599; Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2017, n. 5146), secondo cui la responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione è connessa alla violazione delle regole di condotta tipiche della formazione del contratto e, quindi, non può che riguardare fatti svoltisi in tale fase; perciò la responsabilità precontrattuale non sarebbe configurabile anteriormente alla scelta del contraente, vale a dire della sua individuazione, allorché gli aspiranti alla posizione di contraenti sono solo partecipanti ad una gara e possono vantare solo un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della Pubblica amministrazione.
14. L’ordinanza di rimessione ha mostrato di aderire a tale secondo orientamento, di carattere più restrittivo.
15. A sostegno di tale conclusione, il giudice rimettente ha richiamato, in sintesi, i seguenti argomenti.

15.1. Innanzitutto, l’ordinanza di rimessione muove dalla qualificazione civilistica del bando di gara alla stregua di un’offerta al pubblico, rivolta ad una generalità indeterminata di destinatari (art. 1336 cod. civ.). Nel caso peculiare della gara, l’offerta di contratto è subordinata al superamento di una procedura di evidenza pubblica, all’esito della quale, non tutti, ma solo un soggetto potrà addivenire alla stipula del contratto, in guisa che sarebbe più appropriato qualificare la gara, nel suo esordio procedimentale, quale proposta di contratto in incertam personam.
15.2. Il giudice rimettente nega, inoltre, la possibilità di ravvisare una “trattativa” durante la fase pubblicistica dell’evidenza pubblica, essendo quest’ultima semplicemente una competizione intercorrente fra gli operatori economici sulla base di criteri preventivamente dettati dall’Amministrazione, finalizzata alla scelta del miglior offerente, unico soggetto ammesso a stipulare.
15.3. Pur riconoscendo l’instaurazione di un “contatto sociale” tra l’aspirante appaltatore e l’amministrazione procedente, la Sezione rimettente ritiene che esso sarebbe unicamente governato da regole di procedura pubblicistiche, imposte dalla la legge e dalla lex specialis di gara, non da trattative.

Durante tale fase pubblicistica, invero, l’unico atto che è dato rinvenire e sussumere nel concetto di “trattative” o di “formazione del contratto”, è l’iniziale proposta di contratto in incertam personam, veicolata attraverso il bando.
Per essa varrebbe, tuttavia, una disciplina affatto peculiare che, già sul piano civilistico, non darebbe rilievo alcuno alla buona fede dei destinatari, in assenza di concorrenti profili di illeceità nel comportamento del proponente. La proposta di contratto in incertam personam potrebbe, infatti, essere revocata (art. 1336, secondo comma, cod. civ.) senza soggiacere – proprio in ragione della indeterminatezza dei destinatari, e a differenza di quanto previsto per la proposta di contratto nei confronti di soggetti determinati (1328 cod. civ.) – alla regola per la quale “se l’accettante ne ha intrapreso l’esecuzione (ndr: del contratto) prima di avere notizia della revoca, il proponente è tenuto ad indennizzarlo delle spese e delle perdite subite per l’iniziata esecuzione del contratto”.
La proposta di contratto in incertam personam sarebbe, in altri termini, sempre revocabile, purché la revoca sia stata fatta nella “stessa forma o in forma equipollente” (1336, secondo comma, cod. civ.) senza che ciò possa dare luogo ad indennizzi.
La giustificazione di ciò sarebbe da rivenirsi, prosegue l’ordinanza di rimessione, nella circostanza che nell’offerta al pubblico, a differenza della proposta individualizzata di contratto, la collettività o la platea indeterminata di aspiranti contraenti non riveste una posizione equiparabile a quella dell’oblato. Dunque, se non c’è malafede o colpa del proponente nel disporre la revoca, la sola buona fede dell’aspirante contraente non può giustificare alcuna forma di ristoro economico.
15.4. Secondo il Collegio rimettente, quindi, in questo ambito assumerebbe un rilievo assorbente la fase pubblicistica della competizione, elemento peculiare che mal si coniugherebbe con i riferimenti di cui all’art. 1337 cod. civ. (“trattative” e “formazione del contratto”).

La fase pubblicistica della competizione, caratterizzante l’attività contrattuale dell’amministrazione, rimarrebbe estranea alla formazione del contratto, poiché essa sarebbe strumentale all’individuazione del soggetto che ne costituirà parte, in assenza del quale neanche sarebbe ipotizzabile discorrere di “formazione di un contratto” (o di “trattative”).
15.5. Né varrebbe obiettare che, attraverso la partecipazione alla procedura, gli aspiranti diventerebbero determinati e conoscibili. L’obiezione non sposterebbe i termini della questione, poiché in questo caso la previa conoscenza degli aspiranti da parte del proponente sarebbe soltanto finalizzata alla valutazione dei requisiti e della conformità e bontà di quanto prospettato in sede di domanda di partecipazione rispetto ai desiderata dell’Amministrazione, nel quadro di una competizione in cui gli aspiranti non sarebbero “oblati”, bensì gareggierebbero per diventarlo.
15.6. In assenza dell’aggiudicazione, la buona fede del proponente potrebbe al più essere vagliata e giudicata con esclusivo riguardo al momento della formulazione della proposta. Solo ove si dimostri che al momento del bando, l’Amministrazione era già consapevole di non poter portare avanti la proposta di contratto ad incertam personam (ad esempio, per insussistenza dei fondi, per impossibilità della prestazione, etc.), il comportamento, in quanto afferente ad un elemento prenegoziale qual è la proposta, e quindi in ultima analisi alle trattative, potrebbe sussumersi nel disposto dell’art. 1337 cod. civ. ed estendersi a tutti i soggetti (inutilmente) partecipanti alla procedura.

In questa logica, dalla responsabilità precontrattuale per violazione della buona fede nelle “trattative” nei confronti di tutti i partecipanti dovrebbero, però, escludersi tutti i casi di autoannullamento della procedura per vizi di legittimità, di revoca per sopravvenuti motivi o di ritardo nell’adozione di tali atti, oltre che, più in generale, tutti i casi errore nella conduzione della procedura, rilevanti esclusivamente nei confronti dell’aggiudicatario, in quanto – questi sì – ricadenti nel procedimento di “formazione” del contratto.
16. In vista dell’udienza di discussione dinnanzi all’Adunanza plenaria, le parti hanno depositato memorie difensive a sostegno delle rispettive posizioni.
17. Alla pubblica udienza del 14 marzo 2018 la causa è stata trattenuta la decisione.

**DIRITTO**

18. L’Adunanza plenaria ritiene che le questioni rimesse dalla Sezione Terza debbano essere risolte nel senso che: a) il dovere di correttezza e di buona fede oggettiva (e la conseguente responsabilità precontrattuale derivante dalla loro violazione) sia configurabile in capo all’Amministrazione anche prima e a prescindere dall’adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva; b) tale responsabilità sia configurabile senza che possa riconoscersi rilevanza alla circostanza che la scorrettezza maturi anteriormente alla pubblicazione del bando oppure intervenga nel corso della procedura di gara.
19. La contraria tesi, verso cui propende l’ordinanza di rimessione (e la giurisprudenza in essa richiamata), muove dalla premessa teorica che il dovere di correttezza e di buona fede trovi il suo presupposto in una “trattativa” già in stato avanzato, tale da far sorgere un ragionevole affidamento nella conclusione del contratto (la c.d. “trattativa affidante”). In questa prospettiva, invero, si giustifica la conclusione secondo cui, nelle procedure ad evidenza pubblica, è soltanto l’aggiudicazione (definitiva) il momento a partire dal quale il partecipante alla gara può fare un ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto e, dunque, può dolersi del “recesso” ingiustificato dalle trattative che la stazione appaltante abbia posto in essere attraverso l’esercizio dei poteri di autotutela pubblicistici sugli atti di gara.
20. Tale premessa teorica sembra, in effetti, trovare un supporto nella formulazione testuale dell’art. 1337 cod. civ., che pone il dovere di correttezza in capo alle “parti” della “trattativa” e del “procedimento di formazione del contratto”, a maggior ragione se tale norma viene letta alla luce dell’intenzione del legislatore storico, quale emergente dalla Relazione al Codice civile (paragrafo n. 612). Nell’intenzione originaria dei compilatori del codice civile del 1942, l’art. 1337 cod. civ. rappresentava un’espressione tipica della c.d. solidarietà corporativa, vale a dire di quel tipo di solidarietà che, come esplicitato nel citato paragrafo delle relazione illustrativa, unisce tutti i fattori di produzione verso la realizzazione della massima produzione nazionale.

L’originario legame che il legislatore storico aveva inteso instaurare tra il dovere di correttezza e i valori della c.d. solidarietà corporativa trovava una ancora più manifesta enfasi nell’art. 1175 c.c. che, nel prevedere il dovere di comportarsi secondo correttezza in capo ad entrambe le parti del rapporto obbligatorio, nella sua originaria formulazione (poi modificata dall’art. 3, secondo comma, del decreto legislativo luogotenenziale 14 settembre 1944, n. 287), richiamava testualmente “le regole della correttezza in relazione ai principi della solidarietà corporativa”.
21. Come è stato osservato in dottrina, rispetto al dovere di correttezza precontrattuale di cui all’art. 1337 cod. civ., la reazione negativa del legislatore nei confronti della attività prenegoziale di una delle parti trovava, dunque, la sua principale ragion d’essere nel fatto che quest’ultima, interrompendo la trattativa, impediva la nascita di quei valori meritevoli di tutela che il contratto (sfumato o invalidamente concluso) avrebbe perseguito.

Va richiamata, in questa prospettiva, anche l’originaria (e ormai anch’essa abbandonata) concezione della causa del contratto come funzione socio-economica, che postulava l’idea che l’autonomia negoziale dovesse necessariamente perseguire una funzione (non solo individualmente, ma) anche socialmente utile. Idea ulteriormente ribadita dall’art. 1322, secondo comma, cod. civ., che, nel riconoscere all’autonomia negoziale la possibilità di concludere contratti anche diversi dai tipi normativi, subordina(va), tuttavia, tale riconoscimento alla condizione, ulteriore rispetto alla mera liceità, che il contratto fosse comunque diretto a perseguire “interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico”.
L’originario significato di tale previsione è ben esplicitato, ancora un volta, dalla Relazione al Re in cui si legge (par. n. 603): “l’ordine giuridico, infatti, non può apprestare protezione al mero capriccio individuale, ma a funzioni utili, che abbiano una rilevanza sociale e, come tali, meritino di essere tutelate dal diritto”.
22. Nel contesto così descritto, i valori della dignità umana e della libertà, sia pur presenti, restavano, di fatto, assorbiti dal prius dell’interesse economico nazionale e dell’utilità sociale.

Queste considerazioni consentono di individuare la ratio “storica” degli articoli 1337 e 1338 cod. civ. L’ordinamento (codicistico), non essendosi attuato uno scambio economico meritevole di protezione, interveniva per ripristinare la situazione patrimoniale lesa. È manifesto, in tale impostazione, l’afflato economicistico e produttivistico: si apprestano strumenti risarcitori di fronte all’inutilizzazione (mancata conclusione del contratto) od allo sperpero (contratto invalido) di valori patrimoniali.
In questa ricostruzione storica, non è irrilevante sottolineare che la “positivizzazione” che gli articoli 1337 e 1338 cod. civ hanno dato alla c.d. responsabilità precontrattuale aveva rappresentato una novità rispetto al codice previgente, nel vigore del quale, la giurisprudenza e la dottrina prevalenti, influenzate dal “dogma volontaristico”, avevano per molto tempo ritenuto che il recesso dalle trattative fosse un diritto che non potesse essere sindacato e tanto meno dare vita all’obbligo di risarcire i danni all’altro contraente.
La specifica attenzione che il codice civile del 1942 volle, invece, dedicare al dovere di correttezza precontrattuale, e alla conseguente responsabilità derivante dalla sua trasgressione, si spiegava, quindi, proprio alla luce dello stretto rapporto esistente tra i dovere di correttezza precontrattuale e i valori della c.d. solidarietà corporativa.
23. È tuttavia noto come il superamento dell’ordinamento corporativo (e con esso del regime e della cornice ideologica nell’ambito del quale è maturato il codice civile del 1942), e il successivo avvento della Costituzione repubblicana abbiano determinato l’avvio di un processo (cui hanno contribuito tanto la dottrina quanto la giurisprudenza civilistica) di rilettura e rivisitazione, in un’ottica costituzionalmente orientata, di numerose disposizioni codicistiche, specie di quelle che, come l’art. 1337 cod. civ., utilizzano “clausole generali” (la buona fede appunto), destinate, per loro stessa natura, ad adeguarsi ai mutamenti che interessano l’ordinamento giuridico e la società civile.

Nel mutato quadro costituzionale, è affermazione largamente condivisa quella secondo cui il dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede rappresenta una manifestazione del più generale dovere di solidarietà sociale che trova il suo principale fondamento nell’articolo 2 della Costituzione (cfr., ex multis, Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188).
24. Il generale dovere di solidarietà che grava reciprocamente su tutti i membri della collettività, si intensifica e si rafforza, trasformandosi in dovere di correttezza e di protezione, quando tra i consociati si instaurano “momenti relazionali” socialmente o giuridicamente qualificati, tali da generare, unilateralmente o, talvolta, anche reciprocamente, ragionevoli affidamenti sull’altrui condotta corretta e protettiva.

La teoria del “contatto sociale qualificato” – in disparte, in questa sede, la questione ampiamente dibattuta, se ed a quale condizioni il contatto possa assurgere a fonte “atipica” di obbligazione – ha avuto il merito di avere messo bene in luce il legame esistente tra l’ambito e il contenuto dei doveri di protezione e correttezza, da un lato, e il grado di intensità del momento relazionale e del conseguente affidamento da questo ingenerato, dall’altro.
Un ricorrente elemento che contribuisce a qualificare il contatto sociale come fonte di doveri puntuali di correttezza a tutela dell’altrui affidamento è certamente rappresentato dal particolare status – professionale e, talvolta, pubblicistico – rivestito dai protagonisti della vicenda “relazionale”.
Da chi esercita, ad esempio, un’attività professionale “protetta” (ancor di più se essa costituisce anche un servizio pubblico o un servizio di pubblica necessità) e, a maggior ragione, da chi esercita una funzione amministrativa, costituzionalmente sottoposta ai principi di imparzialità e di buon andamento (art. 97 Cost.), il cittadino si aspetta uno sforzo maggiore, in termini di correttezza, lealtà, protezione e tutela dell’affidamento, rispetto a quello che si attenderebbe dal quisque de populo.
25. Nella moderna lettura costituzionalmente orientata, il dovere di correttezza ha così conquistato una funzione (ed un conseguente ambito applicativo) certamente più ampia rispetto a quella concepita dal codice civile del 1942.

La “funzione” del dovere di correttezza non è più tanto (o solo) quella di favorire la conclusione di un contratto (valido) e socialmente utile. Nel disegno costituzionale, che pone al centro l’individuo (art. 2 Cost.), l’attenzione si sposta dal perseguimento dell’utilità sociale alla tutela della persona e delle sue libertà.
In particolare, come la giurisprudenza civile ha in più occasioni avuto modo di evidenziare, il dovere di correttezza (nella sue proteiformi manifestazioni concrete) è, nella maggior parte dei casi, strumentale alla tutela della libertà di autodeterminazione negoziale, cioè di quel diritto (espressione a sua volta del principio costituzionale che tutela la libertà di iniziativa economica) di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte negoziali, senza subire interferenza illecite derivante da condotte di terzi connotate da slealtà e scorrettezza.
26. Il nuovo legame che così si instaura tra dovere di correttezza e libertà di autodeterminazione negoziale (che va a sostituire l’impostazione precedente che legava alla correttezza la tutela dell’interesse nazionale) impedisce allora di restringerne lo spazio applicativo alle sole situazioni in cui sia stato avviato un vero e proprio procedimento di formazione del contratto o, comunque, esista una trattativa che abbia raggiunto già una fase molto avanzata, tanto da far sorgere il ragionevole affidamento circa la conclusione del contratto.

Al contrario, la valenza costituzionale del dovere di correttezza impone di ritenerlo operante in un più vasto ambito di casi, in cui, pur eventualmente mancando una trattativa in senso tecnico-giuridico, venga, comunque, in rilievo una situazione “relazionale” qualificata, capace di generare ragionevoli affidamenti e fondate aspettative.
Si potrà discutere se, ed eventualmente in quali casi, a seconda dell’intensità e della pregnanza del momento relazionale e della forza dell’affidamento da esso ingenerato, la correttezza continui a rilevare come mera modalità comportamentale la cui violazione dà vita ad un illecito riconducibile al generale dovere del neminen laedere di cui all’art. 2043 cod. civ., o diventi l’oggetto di una vera e propria obbligazione nascente dal “contatto sociale” qualificato. La questione, non direttamente rilevante in questo giudizio (non essendo investita dai quesiti sollevati dall’ordinanza di rimessione), è oggetto di un dibattito giurisprudenziale e dottrinale dai risultati così controversi, da rendere inopportuno, in questa sede, ogni ulteriore approfondimento.
27. Quello che, invece, preme sottolineare è che, a giudizio di questa Adunanza Plenaria, l’attuale portata del dovere di correttezza è oggi tale da prescindere dall’esistenza di una formale “trattativa” e, a maggior ragione, dall’ulteriore requisito che tale trattativa abbia raggiunto un livello così avanzato da generare una fondata aspettativa in ordine alla conclusione del contratto.

Ciò che il dovere di correttezza mira a tutelare non è, infatti, la conclusione del contratto, ma la libertà di autodeterminazione negoziale: tant’è che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, il relativo danno risarcibile non è mai commisurato alle utilità che sarebbero derivate dal contratto sfumato, ma al c.d. interesse negativo (l’interesse appunto a non subire indebite interferenze nell’esercizio della libertà negoziale) o, eventualmente, in casi particolari, al c.d. interesse positivo virtuale (la differenza tra l’utilità economica ricavabile dal contratto effettivamente concluso e il diverso più e più vantaggioso contratto che sarebbe stato concluso in assenza dell’altrui scorrettezza).
28. A favore di questa nuova accezione del dovere di correttezza, prevalentemente legato alla tutela della libertà negoziale (o, comunque, di profili della sfera personale o patrimoniale dell’individuo), si possono richiamare numerosi formanti giurisprudenziali.
29. In primo luogo, la tesi che il dovere di correttezza non sia diretto solo a favorire l’utile conclusione della trattativa (con un contratto valido) trova conferma nell’orientamento accolto dalle Sezioni unite della Corte di cassazione con la sentenza 19 dicembre 2017, n. 26725, che ha ritenuto configurabile la c.d. responsabilità precontrattuale da contratto valido ma svantaggioso. È il caso in cui il comportamento sleale non ha reso la trattativa inutile (perché il contratto è stato validamente concluso), ma il contraente che ha subito la scorrettezza (ad es. una reticenza informativa antidoverosa), lamenta che a causa di tale slealtà ha concluso un contratto (valido ma) economicamente pregiudizievole.

La citata sentenza delle Sezioni unite, in particolare, ha espressamente affermato che l’art. 1337 cod. civ. non si riferisce alla sola ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative, ma ha valore di clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in modo preciso ed implica il dovere di trattate in modo leale, astenendosi da comportamento maliziosi o reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l’ordinaria diligenza ai fini della stipulazione del contratto. Ne consegue che la violazione dell’obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non solo in caso di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di un contratto invalido o inefficace, ma anche nel caso in cui il contratto concluso sia valido e, tuttavia, risulti pregiudizievole per la parte vittima dell’altrui comportamento scorretto; ed in siffatta ipotesi il risarcimento del danno deve essere commisurato al minor vantaggio ovvero al maggio aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell’obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l’esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente conseguenziale e diretto.
30. Ancora, la giurisprudenza civile ha individuato ipotesi in cui la c.d. responsabilità precontrattuale sussiste anche in capo al terzo, ravvisando, a certe condizioni – normalmente rappresentate dallo status professionale qualificato del terzo (intermediari finanziari, banche, professionisti, società di revisione) o, comunque, dal fatto che il terzo abbia un interesse qualificato alla positiva conclusione della trattativa – l’esistenza di un dovere di correttezza anche in capo a colui che non è “parte” rispetto ad una trattativa che si svolge inter alios.

30.1. Si fa riferimento, ad esempio, alla responsabilità da prospetto non veritiero, riconosciuta non solo (come accadeva in origine) in capo ai soggetti (società e amministratori in primo luogo) da cui promana il documento informativo rivelatosi falso o inattendibile, ma anche in capo agli intermediari finanziari (terzi rispetto alla trattativa e al futuro contratto di acquisto delle azioni) che sottoscrivano il prospetto accreditandolo presso gli investitori (cfr. Cass. Sez. Un. 8 aprile 2011, n. 8034).
30.2. Similmente, la responsabilità precontrattuale del terzo estraneo alla trattativa è stata ravvisata con riferimento alle c.d. lettere di patronage deboli, aventi contenuto meramente informativo (ad es. circa l’esistenza della posizione di influenza e circa le condizioni patrimoniali, economiche e finanziarie del patrocinato). Il patrocinante viene, infatti, ad inserirsi nello svolgimento di trattative avviate tra altri soggetti proprio al fine di agevolarne la positiva conclusione, creando così ragionevoli aspettative sul buon esito dell’operazione; la sua posizione è quindi ben diversa da quella di un terzo che “accidentalmente” venga ad interferire in una vicenda precontrattuale a lui estranea, e tale diversità è sufficiente a giustificare l’applicazione di quelle regole di diligenza, di correttezza e di buona fede, dettate proprio al fine di evitare che gli interessi di quanti partecipano alle trattative possano essere pregiudicati da comportamenti altrui scorretti (art. 1337 cod. civ.) o anche negligenti (art. 1338 cod. civ.) (in questi termini, ad esempio, Cass. civ., sez. I, 27 settembre 1995, n. 10235).
30.3. In questa prospettiva, merita di essere segnalata anche la giurisprudenza che ha riconosciuto la responsabilità civile della società di revisione per erronea certificazione dello stato patrimoniale di una società (compiuta su incarico di quest’ultima) nei confronti di acquirenti di quote societarie, che non avrebbero stipulato il contratto, ove avessero conosciuto il reale ed inferiore valore della società (cfr. Cass. civ., sez. III, 18 luglio 2012, n. 10403).

31. Non va, inoltre, dimenticato che da sempre la giurisprudenza individua doveri di correttezza precontrattuale che trascendono il recesso dalle trattative (o la mancata comunicazione di cause di invalidità di cui all’art. 1338 cod. civ.). Si pensi ad esempio alle ipotesi di responsabilità precontrattuale per violazione dei doveri di riservatezza (per aver rivelato informazioni riservate acquisite durante la trattativa, a prescindere dal suo livello di avanzamento) o di custodia (nei casi in cui, ad esempio, ad una parte della trattativa è data la possibilità di visionare e di usare il bene oggetto dell’eventuale contratto). Nell’uno e nell’altro caso, la scorrettezza precontrattuale non incide sulla conclusione del contratto, ma sulla tutela dei diritti patrimoniali e personali dell’altra “parte” della trattiva.
32. Questo progressivo ampliamento del dovere di correttezza (anche a prescindere dall’esistenza di una trattativa precontrattuale in senso stretto) ha trovato riscontro anche rispetto all’attività autoritativa della pubblica amministrazione sottoposta al regime del procedimento amministrativo, quando a dolersi della scorrettezza è proprio il privato che partecipa al procedimento.

La giurisprudenza, sia civile che amministrativa, ha, infatti, in più occasioni affermato che anche nello svolgimento dell’attività autoritativa, l’amministrazione è tenuta a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l’invalidità del provvedimento e l’eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell’interesse legittimo), ma anche le norme generali dell’ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull’interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell’altrui scorrettezza (cfr., fra le altre, Cons. Stato, sez. VI, 6 febbraio 2013, n. 633; Cons. Stato, sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142; Cons. Stato, ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6; Cass. civ., sez. un. 12 maggio 2008, n. 11656; Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636; Cass. civ., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15250).
Da qui l’ordinaria possibilità che una responsabilità da comportamento scorretto sussista nonostante la legittimità del provvedimento amministrativo che conclude il procedimento.
33. Come è stato efficacemente rilevato in dottrina, in questi casi il provvedimento amministrativo è un frammento legittimo di un mosaico connotato da una condotta complessivamente superficiale, violativa dei più elementari obblighi di trasparenza, di attenzione, di diligenza, al cospetto dei quali si stagliano i corrispondenti diritti soggettivi di stampo privatistico. Si tratta, in altri termini, di una responsabilità da comportamento illecito, che spesso non si traduce in provvedimenti illegittimi, ma, per molti versi, presuppone la legittimità dei provvedimenti che scandiscono la parabola procedurale.
34. Nell’ambito del procedimento amministrativo (e del procedimento di evidenza pubblica in particolare) regole pubblicistiche e regole privatistiche non operano, dunque, in sequenza temporale (prime le une e poi le altre o anche le altre). Operano, al contrario, in maniera contemporanea e sinergica, sia pure con diverso oggetto e con diverse conseguenze in caso di rispettiva violazione.

Le regole di diritto pubblico hanno ad oggetto il provvedimento (l’esercizio diretto ed immediato del potere) e la loro violazione determina, di regola, l’invalidità del provvedimento adottato. Al contrario, la regole di diritto privato hanno ad oggetto il comportamento (collegato in via indiretta e mediata all’esercizio del potere) complessivamente tenuto dalla stazione appaltante nel corso della gara. La loro violazione non dà vita ad invalidità provvedimentale, ma a responsabilità. Non diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati, anche per la P.A. le regole di correttezza e buona fede non sono regole di validità (del provvedimento), ma regole di responsabilità (per il comportamento complessivamente tenuto).
35. In tale direzione si inserisce il recente orientamento giurisprudenziale con il quale le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno ammesso, ad esempio, la configurabilità (anche al di fuori dall’ambito dei procedimenti amministrativi finalizzati alla conclusione di un contratto) di una responsabilità dell’amministrazione da provvedimento favorevole poi annullato in via giurisdizionale o per autotutela (cfr. Cass. civ., sez. un., ordinanze “gemelle” 23 maggio 2011, nn. 6594, 6595, 6596; Cass. civ., sez. un., 22 gennaio 2015, n. 1162 e Cass. civ., sez. un., 4 settembre 2015, n. 17586).

In tali pronunce si afferma chiaramente che nei casi in cui, successivamente alla rimozione del provvedimento favorevole, il privato beneficiario prospetti di aver subito un danno ingiusto per avere confidato nella legittimità del provvedimento ed aver regolato la sua azione in base ad esso, la relativa responsabilità dell’amministrazione si connota come responsabilità da comportamento da violazione del diritto soggettivo all’integrità patrimoniale (recte: alla libertà di autodeterminazione negoziale). Il privato, infatti, lamenta che l’agire scorretto dell’amministrazione ha ingenerato un affidamento incolpevole sulla legittimità del provvedimento attributivo del beneficio e, quindi, sulla legittimità della conseguente attività negoziale (onerosa per il patrimonio del privato) posta in essere in base al provvedimento. Attività che, invece, una volta venuto meno il provvedimento, si rivela, perché anch’essa travolta dalla sua illegittimità, come attività inutile e, quindi, fonte – in quanto onerosa – di perdite o mancati guadagni.
In questi casi, hanno precisato le Sezioni Unite, il provvedimento viene in considerazione come elemento di una più complessa fattispecie (di natura comportamentale) che è fonte di responsabilità solo se e nella misura in cui risulti oggettivamente idonea ad ingenerare un affidamento incolpevole, sì da indurlo a compiere attività e a sostenere costi incidenti sul suo patrimonio nel positivo convincimento della legittimità del provvedimento.
36. In questa prospettiva devono essere lette anche le sentenze con le quali la Corte di Cassazione, superando il precedente più restrittivo orientamento (espresso ad esempio da Cass. civ., sez. II, 10 gennaio 2013, n. 477; Cass. civ., sez. III, 10 giugno 2015, n. 12313; Cass. civ., sez. un. 26 maggio 1997, n. 4673), ha espressamente affermato che il dovere di correttezza e buona fede (e l’eventuale responsabilità precontrattuale in caso di sua violazione) sussiste, prima e a prescindere dell’aggiudicazione, nell’ambito in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica strumentale alla scelta del contraente, che si pone quale strumento di formazione progressiva del consenso contrattuale nell’ambito di un sistema di “trattative (c.d. multiple o parallele) che determinano la costituzione di un rapporto giuridico sin dal momento della presentazione delle offerte, secondo un’impostazione che risulta rafforzata dalla irrevocabilità delle stesse” (cfr. Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636; Cass. civ., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260; in termini, nella giurisprudenza amministrativa, cfr., fra le altre, Cons. Stato, sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142; Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831).

La giurisprudenza in esame ha condivisibilmente precisato che “la disciplina in materia di culpa in contrahendo non necessita, infatti, di un rapporto personalizzato tra p.a. e privato, che troverebbe la sua unica fonte nel provvedimento di aggiudicazione, ma è posta a tutela del legittimo affidamento nella correttezza della controparte, che sorge sin dall’inizio del procedimento. Diversamente argomentando, l’interprete sarebbe invece costretto a scindere un comportamento che si presenta unitario e che conseguentemente non può che essere valutato nella sua complessità” (così testualmente Cass. civ., sez. un. n. 15260/2014, cit.).
37. Merita, in tale contesto, di essere richiamata anche la recente sentenza di questo Consiglio di Stato (sez. VI, 6 marzo 2018, n. 1457) che ha espressamente evocato un modello di pubblica amministrazione, come si è andato evolvendo nel diritto vivente, permeato dai principi di correttezza e buona amministrazione, desumibili dall’art. 97 della Costituzione. Un modello in cui, “alla tradizionale ed imprescindibile funzione di garanzia di legalità nel perseguimento dell’interesse pubblico, la funzione amministrativa viene a rivestire anche un ruolo di preminente importanza per la creazione di un contesto idoneo a consentire l’intrapresa di iniziative private, anche al fine di accrescere la competitività del Paese nell’attuale contesto internazionale, secondo la logica del confronto e del dialogo tra P.A. e cittadino”. In altri termini, precisa la citata sentenza, “l’evoluzione del modello costituzionale impone di tener conto che l’attività amministrativa produce sempre un “impatto” sulla sfera dei cittadini e delle imprese (ne è conferma l’emersione del principio di accountability)”.
38. Anche il legislatore, del resto, ha mostrato un’aperta adesione alla tesi secondo cui i doveri di correttezza e di lealtà gravano sulla pubblica amministrazione anche quando essa esercita poteri autoritativi sottoposti al regime del procedimento amministrativo.
39. Innanzitutto, l’art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (nella versione risultante inseguito alla riforma introdotta dall’art. 1 della legge 11 febbraio 2015, n. 15) assoggetta l’attività amministrativa ai principi dell’ordinamento comunitario, tra i quali assume un rilievo primario la tutela dell’affidamento legittimo. È noto, infatti, come il principio della tutela dell’affidamento, sebbene non espressamente contemplato dai Trattati, sia stato più volte affermato dalla Corte di giustizia (a partire dalla sentenza Topfer del 3 maggio 1978, C-12/77), che lo ha elevato al rango di principio dell’ordinamento comunitario.
40. Sono, inoltre, emblematiche di tale tendenza tutte le riforme ispirate alla semplificazione e alla trasparenza dell’attività amministrativa, non ultima la l. n. 124 del 2015, intervenuta, tra le altre cose, sui presupposti del potere di autotutela, che deve sempre considerare l’affidamento del privato rispetto a un precedente provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica e sul quale basa una precisa strategia imprenditoriale (cfr. art. 21-nonies, comma 1, l. n. 241 del 1990, come modificato dall’art. 25, comma 1, lettera b-quater, l. n. 164 del 2014, e poi dall’art. 6, comma 1, l. n. 124 del 2015; nonché l’art. 21-quinquies, come modificato dall’art. 25, comma 1, lettera b-ter , l. n. 164 del 2014).
41. Un esplicito richiamo, sebbene settoriale, al “principio della collaborazione e della buona fede” si trova poi nell’art. 10 dello Statuto del contribuente approvato con la legge n. 212 del 2000.
42. In maniera ancora più significativa rispetto alla questione oggetto del presente giudizio, l’art. 2-bis, comma 1, della legge n. 241/1990 (introdotto dall’art. 28, comma 10, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazione dalla legge 9 agosto 2013, n. 98), ha espressamente previsto che “le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all’articolo 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell’inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento”.

Secondo l’interpretazione più accreditata, con tale norma il legislatore – superando per tabulas il diverso orientamento in passato espresso dalla sentenza dell’Adunanza plenaria 15 settembre 2005, n. 7 – ha introdotto la risarcibilità (anche) del c.d. danno da mero ritardo, che si configura a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione di interesse legittimo su cui incide il provvedimento adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento (ad esempio, il diniego di autorizzazione o di altro provvedimento ampliativo adottato legittimamente, ma violando i termini di conclusione del procedimento).
Il danno deriva dalla lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale: il ritardo nell’adozione del provvedimento genera, infatti, una situazione di incertezza in capo al privato e può, dunque, indurlo a scelte negoziali (a loro volta fonte di perdite patrimoniali o mancati guadagni) che non avrebbe compiuto se avesse tempestivamente ricevuto, con l’adozione del provvedimento nel termine previsto, la risposta dell’amministrazione.
Anche in questo caso viene, quindi, in rilievo un danno da comportamento, non da provvedimento: la violazione del termine di conclusione sul procedimento di per sé non determina, infatti, l’invalidità del provvedimento adottato in ritardo (tranne i casi eccezionali e tipici di termini “perentori”), ma rappresenta un comportamento scorretto dell’amministrazione, comportamento che genera incertezza e, dunque, interferisce illecitamente sulla libertà negoziale del privato, eventualmente arrecandogli ingiusti danni patrimoniali.
43. Non si tratta, a differenza, dell’indennizzo forfettario introdotto in via sperimentale dal comma 1-bis dello stesso articolo 2-bis (inserito dall’art. 28, comma 9, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 213, n. 98), di un ristoro automatico (collegato alla mera violazione del termine): è, infatti, onere del privato fornire la prova, oltre che del ritardo e dell’elemento soggettivo, del rapporto di causalità esistente tra la violazione del termine del procedimento e il compimento di scelte negoziali pregiudizievoli che non avrebbe altrimenti posto in essere.

La tesi secondo cui quello configurato dall’art. 2-bis, comma 1, rappresenti un’ipotesi tipica di danno da comportamento scorretto (il ritardo) lesivo di un diritto soggettivo (la libertà negoziale) trova, del resto, conferma nella previsione dell’art. 133, comma 1, lett. a), n. 1, Cod. proc. amm., che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di “risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell’inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento”.
Alla luce della concezione c.d. rimediale del risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo (abbracciata dalla Corte costituzionale nella storica sentenza n. 204 del 2004 e ripresa dall’art. 7 del Codice del processo amministrativo), la previsione per il danno da ritardo della giurisdizione esclusiva implica necessariamente la (e si giustifica alla luce della) qualificazione in termini di diritto soggettivo della situazione giuridica lesa dal ritardo dell’amministrazione.
La tesi trova ulteriore conferma nell’articolo 2 della legge n. 241 del 1990, che sottrae il tempo del procedimento alla disponibilità dell’amministrazione e, di conseguenza, riconosce che la pretesa al rispetto del termine assume la consistenza di un diritto soggettivo (un modo di essere della libertà di autodeterminazione negoziale) a fronte della quale l’amministrazione non dispone di un potere ma è gravata da un obbligo.
44. Da tale quadro giurisprudenziale e normativo emerge, quindi, che i doveri di correttezza, lealtà e buona fede hanno un ampio campo applicativo, anche rispetto all’attività procedimentalizzata dell’amministrazione, operando pure nei procedimenti non finalizzati alla conclusione di un contratto con un privato.

In tale contesto, pertanto, risulterebbe eccessivamente restrittiva e, per molti versi contraddittoria, la tesi secondo cui, nell’ambito dei procedimenti di evidenza pubblica, i doveri di correttezza (e la conseguente responsabilità precontrattuale dell’amministrazione in caso di loro violazione) nascono solo dopo l’adozione del provvedimento di aggiudicazione.
Aderendo a tale impostazione, si finirebbero, infatti, per creare a favore del soggetto pubblico “zone franche” di responsabilità, introducendo in via pretoria un regime “speciale” e “privilegiato”, che si porrebbe in significativo contrasto con i principi generali dell’ordinamento civile e con la chiara tendenza al progressivo ampliamento dei doveri di correttezza emergente dal percorso giurisprudenziale e normativo di cui si è dato atto.
45. Non sono decisivi, in senso contrario, nemmeno gli argomenti strettamente civilistici che l’ordinanza di rimessione desume dalla considerazione secondo cui il bando di gara andrebbe qualificato alla stregua di un’offerta al pubblico, alla quale non sarebbe applicabile l’art. 1328, primo comma, cod. civ., che prevede, solo in capo a colui che revoca la proposta individualizzata, l’obbligo di indennizzare l’accettante in buona fede “delle spese e delle perdite subite per l’iniziata esecuzione del contratto”.
46. Va, in primo luogo, evidenziato che l’obbligo di indennizzo previsto dall’art. 1328, primo comma, cod. civ., a carico del revocante la proposta contrattuale non costituisce un’ipotesi di responsabilità precontrattuale, ma una forma di responsabilità da atto lecito dannoso: l’obbligo indennitario prescinde, infatti, dalla violazione delle regole di correttezza e sussiste solo per l’affidamento suscitato dalla proposta revocata. Il quantum dell’indennizzo, infatti, non copre interamente il danno subito, ma è circoscritto solo alle spese e alle perdite riconducibili all’inizio di esecuzione.

La responsabilità precontrattuale presuppone, invece, la violazione del dovere di correttezza ed è configurabile sia nella fase che precede la proposta, sia dopo la proposta (ancorché non vi sia stato inizio di esecuzione). In tal caso il risarcimento (a differenza dell’indennizzo di cui all’art. 1328, primo comma, cod. civ.) copre interamente il danno subito, normalmente correlato al c.d. interesse negativo.
L’inapplicabilità dell’art. 1328, primo comma, cod. civ. non è, pertanto, argomento di per sé sufficiente per escludere la configurabilità della responsabilità precontrattuale in caso di offerta al pubblico, in quanto la citata disposizione non disciplina un caso di responsabilità precontrattuale in senso proprio.
47. In ogni caso, la questione dell’applicabilità dell’art. 1328, primo comma, cod. civ. all’offerta al pubblico è ancora aperta nel dibattito civilistico: la questione è stata raramente affrontata in giurisprudenza, ma la dottrina prevalente, muovendo dall’assimilazione, desumibile dall’art. 1336 cod. civ., tra proposta individualizzata e offerta al pubblico, sostiene l’applicabilità della stessa regola, seppure con la precisazione che, in sede applicativa, dovrà essere valorizzata la peculiarità della situazione di affidamento in relazione alla tipologia di offerta e di contratto, con la conseguenza che in caso di offerta al pubblico la verifica della buona fede non potrà esaurirsi nella considerazione dell’ignoranza della revoca, ma estendersi alla valutazione della ragionevolezza e prudenza nella scelta di avvio dell’esecuzione.
48. Per ragioni analoghe a quelle fino ad ora esposte, merita di essere risolto in termini negativi anche il secondo quesito che l’ordinanza di rimessione ha posto all’attenzione di questa Adunanza plenaria, ovvero se la responsabilità precontrattuale dell’amministrazione nella fase anteriore all’aggiudicazione debba riguardare esclusivamente il comportamento anteriore al bando, e, quindi, debba essere circoscritta alle ipotesi in cui l’amministrazione ha fatto sì che il bando venisse pubblicato nonostante fosse conosciuto o conoscibile che non vi erano i presupposti indefettibili.
49. La limitazione, prospettata (in via subordinata) dall’ordinanza di rimessione, della responsabilità dell’amministrazione ai soli comportamenti anteriori al bando è volta ad introdurre, aprioristicamente e in astratto, limitazioni di responsabilità che non trovano fondamento normativo e che contrastano con l’atipicità (delle modalità di condotta) che caratterizza l’illecito civile.

L’illecito civile si incentra sull’ingiusta lesione della situazione giuridica soggettiva (o, in caso di responsabilità contrattuale, sull’inadempimento dell’obbligazione), senza che assumano rilievo le specifiche modalità comportamentali che hanno determinato tale lesione (o l’inadempimento dell’obbligazione). È, dunque, mutuando una qualificazione penalistica, un illecito a forma libera e causalmente orientato.
Deve, pertanto, ritenersi che la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione possa configurarsi anche prima dell’aggiudicazione e possa derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all’esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai più volte richiamati doveri di correttezza e buona fede.
50. Le pur meritorie preoccupazioni (legate al timore di una estensione eccessiva e ingiustificata della responsabilità della p.a.), che hanno indotto la Sezione rimettente a sostenere la tesi restrittiva, non possono, quindi, essere affrontate introducendo aprioristiche e ingiustificate limitazioni di responsabilità, ma vanno superate attraverso una rigorosa verifica, da svolgersi necessariamente in concreto, circa l’effettiva sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie generatrice del diritto al risarcimento del danno.
51. A tal fine, è opportuno precisare che affinché nasca la responsabilità dell’amministrazione non è sufficiente che il privato dimostri la propria buona fede soggettiva (ovvero che egli abbia maturato un affidamento incolpevole circa l’esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose).

Oltre alla puntuale verifica dell’esistenza dell’affidamento incolpevole, occorrono gli ulteriori seguenti presupposti:
a) che l’affidamento incolpevole risulti leso da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall’indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà;
b) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all’amministrazione, in termini di colpa o dolo. Significativo, sotto tale profilo, lo spunto offerto, ai fini di una ricostruzione sistematica della responsabilità da comportamento scorretto, dal già richiamato art. 2-bis legge n. 241 del 1990, che, nel tipizzare uno specifico caso di scorrettezza procedimentale (il ritardo), ha espressamente previsto che l’inosservanza del termine (comportamento oggettivamente scorretto) è fonte di responsabilità solo se ne risulti il carattere doloso e colposo. È evidente, in tale previsione normativa, il richiamo all’art. 2043 c.c. e al relativo regime probatorio;
c) che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità rispetto alla condotta scorretta che si imputa all’amministrazione. Occorre, dunque, che dimostri che il comportamento scorretto dell’amministrazione ha rappresentato, secondo la logica civilistica del “più probabile che non”, la condicio sine qua non della scelta negoziale rivelatasi dannosa e, quindi, del pregiudizio economico di cui chiede il risarcimento. In altri termini, il privato deve fornire la prova che quelle scelte negoziali non sarebbero state compiute ove l’amministrazione si fosse comportata correttamente.

52. La necessità di definire e accertare con rigore tali elementi costitutivi trova riscontro nella considerazione che il confine che segna la nascita della responsabilità precontrattuale rappresenta un delicato punto di equilibrio tra opposti valori meritevoli di tutela. Si tratta, per certi versi, del momento di incontro tra due diverse manifestazioni della stessa libertà negoziale: da un lato, quella di chi subisce il recesso dalle trattative (o, comunque, la lesione dell’affidamento sulla serietà delle stesse), dall’altro, la libertà contrattuale di chi, prima dell’insorgenza del vincolo contrattuale, decide di interrompere il procedimento di formazione del contratto.

Nel caso di contratti stipulati all’esito delle procedure di evidenza pubblica, inoltre, è in gioco, oltre alla libertà contrattuale della stazione appaltante, anche l’interesse pubblico alla cui tutela è preordinato l’esercizio dei poteri di autotutela provvedimentale sugli atti di gara.
Il punto di partenza, pertanto, non può che essere quello per cui chi entra in una trattativa precontrattuale (specie se condotta nelle forme del procedimento di evidenza pubblica, soggetto anche ai poteri di autotutela pubblicistici preordinati alla cura dell’interesse pubblico), si assume un ineliminabile margine di rischio in ordine alla conclusione del contratto. In altri termini, ciascuna parte che intraprende una trattativa (o partecipa ad un procedimento di gara) sa che è esposta ad un margine di rischio, che, in linea di principio, deriva dall’esercizio della libertà contrattuale di entrambe le parti, e quindi anche dal legittimo esercizio alla libertà contrattuale dell’amministrazione.
La principale conseguenza derivante dalla responsabilità precontrattuale è di modificare questa naturale allocazione dei rischi economici: l’insorgenza della responsabilità precontrattuale determina il trasferimento dei costi sostenuti per partecipare alla trattativa (o alla gara) da un soggetto ad un altro, cui è imputabile la scorrettezza.
Nella ricerca di questo delicato punto di equilibrio tra la libertà contrattuale della stazione appaltante e la discrezionalità nell’esercizio delle sue prerogative pubblicistiche da una parte, rispetto del limite della correttezza e della buona fede, dall’altro, è opportuno, allora, rimarcare puntualmente i sopra elencati elementi costitutivi della fattispecie generatrice di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione.
53. Nella stessa prospettiva, va sottolineato che lo stesso affidamento incolpevole del privato, oltre ad essere soltanto uno degli elementi della complessa fattispecie che perfeziona l’illecito, deve, peraltro, essere valutato tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto e sempre considerando che nell’ambito del procedimento amministrativo (a maggior ragione in quello di evidenza pubblica cui partecipano operatori economici qualificati), il dovere di correttezza è un dovere reciproco, che grava, quindi, anche sul privato, a sua volta gravato da oneri di diligenza e di leale collaborazione verso l’Amministrazione.
54. Gli aspetti da considerare nel momento in cui si procede all’applicazione di tali principi (e si verifica, quindi, nel caso concreto, se effettivamente ricorrono gli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità) sono molteplici e non predeterminabili in astratto, perché dipendono dalla innumerevoli variabili che possono, di volta in volta, connotare la specifica situazione.

Solo a titolo esemplificativo, si può, tuttavia, evidenziare la necessità di valutare con particolare attenzione in sede applicativa i seguenti profili, che rappresentano significativi sintomi in grado di condizionare il giudizio sull’esistenza dei sopra richiamati presupposti della responsabilità: a) il tipo di procedimento di evidenza pubblica che viene in rilievo (anche tenendo conto dei diversi margini di discrezionalità di cui la stazione appaltante dispone a seconda del criterio di aggiudicazione previsto dal bando); b) lo stato di avanzamento del procedimento rispetto al momento in cui interviene il ritiro degli atti di gara; c) il fatto che il privato abbia partecipato al procedimento e abbia, dunque, quanto meno presentato l’offerta (in assenza della quale le perdite eventualmente subite saranno difficilmente riconducibili, già sotto il profilo causale, a comportamenti scorretti tenuti nell’ambito di un procedimento al quale egli è rimasto estraneo); d) la conoscenza o, comunque, la conoscibilità, secondo l’onere di ordinaria diligenza richiamato anche dall’art. 1227, comma 2, cod. civ., da parte del privato dei vizi (di legittimità o di merito) che hanno determinato l’esercizio del potere di autotutela (anche tenendo conto del tradizionale principio civilistico, secondo cui non può considerarsi incolpevole l’affidamento che deriva dalla mancata conoscenza della norma imperativa violata); e) la c.d. affidabilità soggettiva del privato partecipante al procedimento (ad esempio, non sarà irrilevante verificare se avesse o meno i requisiti per partecipare alla gara di cui lamenta la mancata conclusione o, a maggior ragione, l’esistenza a suo carico di informative antimafia che avrebbero comunque precluso l’aggiudicazione o l’esecuzione del contratto).
55. Alla luce delle considerazioni che precedono, l’Adunanza plenaria enuncia i seguenti principi di diritto:
1. Anche nello svolgimento dell’attività autoritativa, l’amministrazione è tenuta a rispettare oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l’invalidità del provvedimento e l’eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell’interesse legittimo), anche le norme generali dell’ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull’interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell’altrui scorrettezza.
2. Nell’ambito del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dell’aggiudicazione, nell’ambito in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento.
3. La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione può derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all’esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai doveri di correttezza e buona fede.
4. Affinché nasca la responsabilità dell’amministrazione non è sufficiente che il privato dimostri la propria buona fede soggettiva (ovvero che egli abbia maturato un affidamento incolpevole circa l’esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose), ma occorrono gli ulteriori seguenti presupposti: a) che l’affidamento incolpevole risulti leso da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall’indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà; b) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all’amministrazione, in termini di colpa o dolo; c) che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità fra tali danni e la condotta scorretta che si imputa all’amministrazione.
56. Il Collegio, enunciati i principi di diritto di cui ai punti che precedono, restituisce, anche per la statuizione sulle spese della presente fase, il giudizio alla Sezione remittente, ai sensi dell’articolo 99, comma 4, Cod. proc. amm.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti, come in epigrafe proposti, enuncia i principi di diritto di cui al paragrafo 55, punti 1, 2, 3, e 4, della motivazione e rimette per il resto il giudizio alla Sezione rimettente ai sensi dell’art. 99, comma 4, Cod. proc. amm.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.

Pubblicato il 03/05/2018
**N. 04930/2018 REG.PROV.COLL.**
**N. 13300/2017 REG.RIC.**

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

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 13300 del 2017, proposto da
Winner Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Alessandro Monaco, Davide De Lungo, con domicilio eletto presso lo studio Alessandro Monaco in Roma, viale XXI Aprile, 21;
***contro***
Federazione Italiana Canottaggio, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Lubrano ed Enrico Lubrano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Enrico Studio Legale Lubrano & Assoc. in Roma, via Flaminia, 79;
***nei confronti***
Premia S.r.l. A Socio Unico, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Riccardo Maoli, Andrea Rossi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Francesco Paoletti in Roma, viale Maresciallo Pilsudski n. 118;
***per l'annullamento***
- della delibera del Consiglio federale n. 175 del 25 novembre 2017;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente inerente la procedura di aggiudicazione per la fornitura di materiale per premiazioni per il periodo dal 1 gennaio 2018 al 31 dicembre 2019, ivi compreso il bando con riguardo al punto 4 e all'allegato E;
e, per la declaratoria
- d'inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more, nonché per il subentro della ricorrente nell'affidamento.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Federazione Italiana Canottaggio e di Premia S.r.l. A Socio Unico;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 aprile 2018 il dott. Alessandro Tomassetti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

In data 28 agosto 2017, la Federazione Italiana Canottaggio (FIC), in esecuzione della delibera del Consiglio Federale n. 79 del 22 aprile 2017, pubblicava un avviso esplorativo per la presentazione di manifestazione di interesse alla partecipazione alla procedura negoziata per l’affidamento della fornitura di materiale per premiazioni della federazione per il periodo 1 gennaio 2018 – 31 dicembre 2019, per un valore stimato pari ad euro 120.000,00.
Per l’aggiudicazione dell’appalto veniva prescelta la procedura ristretta, con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.
Per la presentazione, via pec, delle manifestazioni d’interesse, era stabilito il termine del 27 settembre 2017.
All’avviso davano riscontro 7 operatori, tra cui l’odierna società ricorrente, mentre veniva invitata anche la ditta fornitrice uscente.
Per la presentazione delle offerte, veniva fissato come termine il 30 ottobre 2017, ore 12,00, allo scadere del quale risultavano essere pervenute offerte da quattro degli otto operatori invitati.
Con delibera n. 98/2017, adottata il 30 ottobre 2017, veniva nominata la Commissione di gara, la quale si riuniva in prima seduta in data 31 ottobre 2017.
Nel verificare il contenuto della busta 1) “documenti”, la Commissione riscontrava nell’offerta della ricorrente la mancanza della dichiarazione prevista nel punto 3.1, comma b), ultimo capoverso, del disciplinare di gara, prevista per la presentazione della fidejussione ridotta al 50% e relativa al possesso del certificato di sistema di qualità conforme alle norme europee; per tale ragione, la ricorrente veniva esclusa dalla gara.
Nella stessa seduta, la Commissione procedeva all’apertura ed alla valutazione anche delle offerte qualitative ed economiche delle tre ditte rimaste in gara, procedendo poi ad approvare la graduatoria ed alla conseguente proposta di aggiudicazione della gara in favore della Premia s.r.l., proposta la quale veniva approvata dal Consiglio federale con delibera d’urgenza del Presidente federale n. 30 del 2017.
Ritenendo illegittima la propria esclusione, la ricorrente presentava istanza di riammissione alla gara.
La FIC, in accoglimento di tale istanza, con lettera prot. n. 4783 del 17 novembre 2017, comunicava alla ricorrente la riammissione alla gara e, con delibera del Presidente federale n. 32 del 2017, annullava in autotutela l’aggiudicazione precedentemente disposta in capo a Premia s.r.l., riconvocando la Commissione per la seduta del 22 novembre 2017, al fine di valutare l’offerta della ricorrente stessa.
In tale seduta, la Commissione assegnava alla ricorrente i seguenti punteggi: 31,16 punteggio qualitativo; 33,38 punteggio economico; 64,54 punteggio totale, cosicché, nella nuova graduatoria redatta, la ricorrente risultava classificata al secondo posto, dietro Premia s.r.l., la quale poteva vantare un punteggio totale pari 84,43.
Con delibera del Consiglio federale n. 175 del 25 novembre 2017, la gara in oggetto veniva aggiudicata a Premia s.r.l.
Deduce la ricorrente l’illegittimità dell’atto di aggiudicazione impugnato, così come di ogni atto presupposto, connesso e conseguente, ivi compreso il bando di gara, con riguardo al punto 4 ed all’allegato E, per violazione di legge ed eccesso di potere, sotto molteplici profili.
Si è costituita in giudizio la Federazione resistente, deducendo l’inammissibilità e l’infondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto.
Si è costituita in giudizio anche la controinteressata Premia s.r.l., deducendo anch’essa l’inammissibilità e l’infondatezza del ricorso, chiedendone pertanto la reiezione.
All’udienza del 10 aprile 2018 il ricorso è stato trattenuto in decisione dal Collegio.
Il ricorso è in parte inammissibile ed in parte infondato.
Con un primo motivo di ricorso, la ricorrente censura la legittimità dei criteri di aggiudicazione dell’offerta indicati nel punto 4 del disciplinare di gara e nell’allegato E allo stesso, in quanto caratterizzati da assoluta genericità, vaghezza e irragionevolezza, essendo “*radicalmente inidonei a consentire agli operatori economici di formulare una offerta consapevole*”.
Tale censura è infondata.
Al riguardo, il Collegio ritiene, alla luce della palese infondatezza di tale motivo di ricorso, di poter prescindere dall’esame dell’eccezione di inammissibilità per tardività dello stesso motivo, sollevata dalla Federazione e dalla controinteressata, per essere esso diretto a censurare clausole della *lex specialis*che stabiliscono i criteri di aggiudicazione e che, dunque, avrebbero dovuto essere immediatamente impugnate.
In particolare, la doglianza relativa all’eccessivo peso attribuito, dalla *lex specialis*, alla componente estetica rispetto alla componente tecnica, risulta evidentemente priva di pregio laddove si consideri l’oggetto particolare della fornitura messa a gara, ovvero materiale da premiazione, quali coppe, trofei e medaglie.
Con riferimento a tale tipologia di materiale, ben si giustifica una particolare attenzione posta all’aspetto estetico (cui sono attribuiti fino a 40 punti sui 60 totali inerenti il profilo qualitativo delle offerte) rispetto alla componente tecnica, che è comunque tenuta presente, seppur in misura percentuale minore (fino a 20 punti sui 60 totali di cui sopra).
D’altronde, i criteri di valutazione dell’offerta sono espressione di valutazioni discrezionali dell’Amministrazione, sui quali il sindacato di legittimità del giudice amministrativo può intervenire solo in casi di vizi manifesti di eccesso di potere, come nel caso di macroscopica irragionevolezza, arbitrarietà o illogicità.
In tale caso, la sussistenza di tali vizi manifesti è da escludere, dal momento che i criteri di valutazione predisposti dalla *lex specialis* rispondono chiaramente e coerentemente ad esigenze concrete della stazione appaltante, collegate al particolare oggetto della fornitura di cui necessita la Federazione.
Le stesse considerazioni valgono con riferimento alle doglianze relative alla mancata previsione di sub-criteri di valutazione da parte della stazione appaltante, dal momento che, come chiarito dalla giurisprudenza, anche tale aspetto è rimesso alla discrezionalità della stazione appaltante, la quale non è affatto obbligata a prevedere dei sub-criteri (cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 novembre 2017, n. 5245 “*La mancata previsione di sub-pesi e sub-punteggi per ciascun criterio di valutazione qualitativa dell'offerta non è indice di indeterminatezza dei criteri di valutazione: ciò in quanto la possibilità di individuare sub-criteri è, infatti, meramente eventuale, com'è palese dall'espressione «ove necessario» dell'art. 83, comma 4, del Codice dei contratti pubblici*”).
Con un secondo motivo di ricorso, la ricorrente censura l’operato della Commissione in sede di operazioni valutative, nelle quali essa avrebbe aggravato i vizi di vaghezza, genericità e irragionevolezza dei criteri di aggiudicazione dell’offerta, invece di fornire specificazioni e chiarimenti di essi.
Anche tale censura è infondata, essendo diretta nei confronti di operazioni che attengono tipicamente alla sfera di discrezionalità amministrativa e, pertanto, insindacabili in sede giurisdizionale se non per vizi manifesti di particolare gravità, quali la manifesta illogicità o contraddittorietà.
Nel caso in esame, non è configurabile alcuno di tali vizi manifesti nell’operato della Commissione di gara, la quale si è limitata a dare applicazione ai criteri prestabiliti nella *lex specialis*, senza che emerga alcuna disparità di trattamento o contraddittorietà dalla sua attività.
La Commissione, inoltre, ha provveduto ad esternare le motivazioni relative al giudizio reso sulle offerte tecniche dei concorrenti nella griglia allegata al verbale del 2 marzo 2018, dalla quale risultano chiaramente le singole valutazioni ed i singoli giudizi espressi da ciascuno dei commissari in riferimento a ciascun criterio di valutazione di ogni concorrente.
In ogni caso, la Commissione non ha alcun obbligo di provvedere a meglio specificare e chiarire i criteri di aggiudicazione previsti dalla *lex specialis*, trattandosi anzi di attività particolarmente delicata, nella misura in cui rischia di prestarsi ad abusi volti a modificare surrettiziamente le condizioni ed i criteri previsti a monte dal bando di gara; di conseguenza, la scelta della Commissione di non provvedere in tal senso, ritenendo i criteri previsti dalla *lex specialis* sufficientemente chiari, non può certo essere oggetto del sindacato di questo Collegio.
Con un terzo motivo di ricorso, la ricorrente lamenta l’illegittimità dell’operato della Commissione per non aver rilevato la mancata presentazione, da parte dei concorrenti, di campioni in metallo delle medaglie offerte, che a suo avviso erano richiesti a pena di esclusione dalla disciplina di gara.
Anche tale censura è infondata.
Rileva il Collegio che, dal momento che nessuna disposizione della *lex specialis* prevedeva espressamente la presentazione dei campioni a pena di esclusione dalla gara, la scelta della Commissione, alla luce del fatto che tale mancanza avesse connotato le offerte di tutti i concorrenti, compresa la ricorrente, si manifesta pienamente ragionevole.
Essa, infatti, guidata dai canoni di efficienza ed economicità dell’azione amministrativa nonché dal più elementare buon senso, ha ritenuto che tale mancanza, comune a tutti i concorrenti, non inficiasse la validità della procedura di affidamento e quindi la sua prosecuzione, evitando così di dover porre nel nulla la stessa procedura e ricominciarne una nuova dall’inizio, soluzione che avrebbe comportato uno spreco di risorse pubbliche ed un ritardo nella messa a disposizione della fornitura oggetto di gara, non giustificati da alcun apprezzabile interesse opposto.
Con un quarto motivo di ricorso, la ricorrente lamenta l’illegittimità dell’operato dell’amministrazione, nella parte in cui non avrebbe rilevato l’irregolarità del DURC presentato dalla Premia s.r.l., vincitrice della gara, in quanto relativo ad un periodo temporale non idoneo a coprire l’intero arco della procedura di gara.
In particolare, secondo tale prospettazione, a fronte della scadenza del termine di proposizione dell’offerta di gara in data 30 ottobre 2017, la Premia s.r.l. avrebbe presentato un DURC con efficacia decorrente dal successivo 24 novembre 2017.
Anche tale motivo di censura è infondato.
Rileva, infatti, il Collegio che la società Premia ha presentato due diversi DURC, temporalmente consecutivi, con i quali essa ha coperto l’intera durata della procedura di gara.
Più esattamente, il primo DURC presentato dalla ricorrente aveva validità che andava dal 24 luglio 2017 al 21 novembre 2017, coprendo dunque anche il momento dell’aggiudicazione avvenuta in data 31 ottobre 2017; successivamente, poiché la procedura di gara si era riaperta a seguito della riammissione della società ricorrente e la validità del primo DURC era ormai in scadenza, la Premia ha provveduto a richiedere e presentare un nuovo DURC, valido dal 24 novembre 2017 al 24 marzo 2018.
Con un quinto motivo di ricorso, viene lamentata la violazione dei principi di imparzialità, segretezza delle offerte e par condicio, in conseguenza del fatto che la valutazione dell’offerta tecnica della ricorrente sarebbe avvenuta allorché le offerte economiche degli altri concorrenti erano già state valutate.
Anche tale censura è infondata.
Innanzitutto, il Collegio osserva che la ricorrente non allega alcun elemento volto a dimostrare che tale valutazione successiva abbia determinato in concreto discriminazioni a suo danno, limitandosi ad un’apodittica contestazione in astratto dell’operato della stazione appaltante.
Inoltre, rileva il Collegio come nel caso concreto il rischio paventato dalla ricorrente non sussistesse.
Invero, il principio giurisprudenziale del mantenimento della segretezza dell’offerta “economica”, nelle gare in cui trova applicazione il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, è volto a presidiare una valutazione oggettiva delle offerte “tecniche” da parte della Commissione in caso di loro valutazioni non effettuate contestualmente, per evitare che la stessa possa essere distolta da una valutazione imparziale delle stesse, al fine di favorire in modo illegittimo l’offerta “economica” che consentirebbe un maggiore risparmio alla p.a. (cfr. Cons. di Stato, Ad .Plen., 26 luglio 2012, n. 30).
Infatti, l’offerta “economica” della ricorrente è risultata la migliore tra quelle di tutti i concorrenti alla gara, cosicché non poteva configurarsi nessun rischio di discriminazione a suo danno nella valutazione dell’offerta “tecnica”, giustificata da un maggior risparmio di spesa connesso ad offerte “economiche” più basse di altri concorrenti.
Con una sesta censura, la ricorrente contesta la regolarità dell’operato della stazione appaltante per avere essa illegittimamente invitato alla gara anche il fornitore uscente del materiale oggetto della commessa (Bosi Franco s.n.c.), in asserita violazione dell’art. 36, comma 2, lett. b) e comma 7, d.lgs. 50 del 2016, laddove è stabilito il principio della rotazione nelle gare ad inviti.
Tale ultima censura è inammissibile per difetto di interesse.
Rileva il Collegio che, dal momento che il fornitore uscente si è classificato in posizione deteriore rispetto alla ricorrente, la sua partecipazione non ha comportato alcuna conseguenza pregiudizievole per la ricorrente; parimenti, da un’eventuale accoglimento di siffatta censura, nessuna utilità potrebbe ricavarne la ricorrente, cosicché si rivela evidente il difetto d’interesse della società ricorrente in relazione alla censura in discorso.
Conseguentemente e per i motivi esposti, il ricorso è in parte inammissibile e, per la restante parte, infondato.
Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara in parte inammissibile e, per la restante parte, infondato.
Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese processuali liquidate, nei confronti della Federazione Italiana Canottaggio, in Euro 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre accessori di legge e, nei confronti della controinteressata Premia S.r.l., in Euro 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre accessori di legge.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 aprile 2018 con l'intervento dei magistrati:
Germana Panzironi, Presidente
Alessandro Tomassetti, Consigliere, Estensore
Francesca Romano, Referendario

Pubblicato il 11/05/2018
N. 02835/2018REG.PROV.COLL.
N. 08173/2017 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 numero di registro generale 8173 del 2017, proposto da
Consorzio Cooperative Kursana Coop. Soc. A R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo Martinez, Davide Moscuzza, con domicilio eletto presso lo studio Filippo Martinez in Roma, via Alessandria n. 130;

contro

Cooperativa Sociale Eurotrend Assistenza S.C. A R.L. non costituito in giudizio;

nei confronti

Comune di Sarezzo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Bezzi, con domicilio eletto presso lo studio Paolo Rolfo in Roma, via Appia Nuova N. 96;
Centrale Unica di Committenza della Valle Trompia non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA DI BRESCIA: SEZIONE II n. 01306/2017, resa tra le parti, concernente gara per l'affidamento di servizi assistenziali

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Sarezzo;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 marzo 2018 il Cons. Umberto Realfonzo e uditi per le parti gli avvocati Davide Moscuzza e Paolo Rolfo su delega di Domenico Bezzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Con il presente gravame il Consorzio di Cooperative appellante Kursana s.c.a.r.l. chiede la riforma della sentenza con cui il Tar:

a) ha rigettato le eccezioni preliminari di tardività dell’impugnazione dell’atto di nomina della commissione giudicatrice della gara aperta per € 5.737.421,82, diretto all’affidamento, con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, dei servizi presso la Residenza Sanitaria Assistita Madre Teresa di Calcutta per la durata di 33 mesi, con facoltà di rinnovo;

b) ha parzialmente accolto il primo motivo del ricorso di primo grado della Cooperativa Sociale Eurotrend Assistenza s.c.ar.l. relativamente alla incompatibilità di due commissari ed in particolare:

-- l’architetto Veronesi, Responsabile dell’Area Gestione del Territorio della Centrale Unica di Committenza della Val Trompia che aveva approvato la lex specialis di gara;

-- il dott. Ronchi, Responsabile dell’Area Servizi alla Persona del Comune di Sarezzo, in nome e per conto del quale era stata effettuata la procedura, era stato indicato come direttore dell’esecuzione del contratto ed aveva approvato l’aggiudicazione definitiva della gara al Consorzio Kursana;

c) ha respinto tutte le altre censure stabilendo che l’amministrazione avrebbe potuto “disporre la rinnovazione della procedura a decorrere dall’indicato segmento procedurale”.

Il Comune di Sarezzo, con l’atto di costituzione “ad adjuvandum” e con la memoria per l’udienza pubblica, ha sottolineato la correttezza delle argomentazioni di parte appellante e ha concluso per la riforma della sentenza.

Con decreto monocratico del 21 novembre 2017 del Presidente della Terza Sezione, confermata con ordinanza del 15 dicembre 2017, è stata accolta la misura cautelare della decisione impugnata.

Chiamata all’udienza pubblica di discussione, uditi i difensori delle parti la causa è stata ritenuta in decisione dal Collegio.

**DIRITTO**

I. Con il primo motivo l’appellante assume l’erroneità della sentenza nella parte in cui ha respinto l’eccezione di tardività del gravame di primo grado per la mancata tempestiva impugnazione del provvedimento di nomina della Commissione.

Il motivo è infondato.

Nelle gare pubbliche l'atto di nomina della Commissione giudicatrice, al pari degli atti da questa compiuti nel corso del procedimento, non produce di per sé un effetto lesivo immediato, e comunque tale da implicare l'onere dell'immediata impugnazione nel prescritto termine decadenziale.

Come è noto, la nomina deve invece essere effettuata dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte (art.77 comma 7).

La nomina dei componenti della Commissione può essere impugnata dal partecipante alla selezione, che la ritenga illegittima solo nel momento in cui, con l'approvazione delle operazioni concorsuali, si esaurisce il relativo procedimento amministrativo e diviene compiutamente riscontrabile la lesione della sfera giuridica dell'interessato (cfr. “infra multis” Consiglio di Stato sez. V 16 gennaio 2015 n. 92).

Di qui la piena ammissibilità del gravame di primo grado.

2.§. Per evidenti ragioni di economia processuale possono essere esaminati congiuntamente i restanti motivi di gravame con cui si lamenta l’erroneità della ritenuta incompatibilità del presidente della commissione architetto Veronesi.

2.§.1. Con il secondo motivo, l’appellante Kursana sottolinea come in primo grado la ricorrente aveva censurato l’incompatibilità del predetto funzionario, in quanto questo aveva proceduto all’approvazione del verbale di valutazione della busta amministrativa (determina n. 40 del 13/3/2017) e dei verbali di valutazione delle offerte tecniche ed economiche (determina n. 68 il 24/3/2017).

La pretesa incompatibilità del predetto arch. Veronesi per aver, in precedenza, approvato la determina a contrarre n. 2 del 17 gennaio 2017 in qualità di responsabile di area, sarebbe stata dedotta solamente con la memoria in vista dell’udienza.

Di conseguenza la censura avrebbe dovuto essere dichiarata inammissibile.

2.§.2. Con il terzo motivo si censura l’erronea applicazione degli artt. 77, comma 12 e dell’articolo 216, comma 12 del nuovo Codice dei Contratti di cui al d.lgs.18 aprile 2016 n.50. La sentenza avrebbe ignorato la disciplina transitoria, in base alla quale il nuovo sistema sarebbe andato a regime solamente quando sarà completato l’albo dei commissari di cui all’art. 78.

Ciò sarebbe confermato anche dal comunicato del Presidente dell’ANAC del 3 aprile 2017 secondo cui la nomina della commissione continua ad essere di esclusiva spettanza delle pubbliche amministrazioni secondo regole di organizzazione e di trasparenza preventivamente individuate.

Il divieto di nomina in questione non avrebbe dunque potuto riguardare il presidente, che era stato designato in relazione alla disciplina di cui all’articolo 84 comma 4 del d.lgs. n. 163/2006.

2.§.3. Con il quarto motivo si sottolinea l’erroneità della pronuncia rilevando che l’architetto Veronesi avrebbe solo formalmente approvato gli atti di gara, nella determina a contrarre della centrale di committenza. Il Comune di Sarezzo, destinatario della commessa, aveva provveduto a definire il capitolato speciale, l’elenco prezzi, il quadro economico, l’importo base d’asta, il periodo di svolgimento dell’appalto, il computo metrico, il DUVRI, il tipo di procedura, lo schema di determina contrarre e la bozza di contratto.

Tutti i predetti atti erano stati sottoscritti esclusivamente dalla rag. Elena Merli, responsabile del procedimento per il Comune, mentre l’architetto Veronesi non avrebbe partecipato alla redazione di atti di gara ma si sarebbe limitato alla loro “approvazione” solo ai fini della verifica formale di regolarità. L’arch. Veronesi non sarebbe mai entrato nel merito delle valutazioni per cui non avrebbe svolto alcuna sostanziale funzione, né alcun incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta, ai sensi di cui articolo 77 comma 4 del d.lgs. n. 50/2016.

Sarebbe mancato un suo contributo sostanziale a fissare i contenuti e le regole di gara in modo significativo così come specificato dall’Adunanza plenaria n. 13/2013.

Né, come affermato al Tar, l’articolo 77 comma 4 prevederebbe alcuna incompatibilità rispetto alla pretesa coincidenza tra soggetto controllato (presidente della commissione giudicatrice) e soggetto controllore (responsabile della gestione del territorio della comunità umana di Valle Trompia).

Infine se l’architetto Veronesi aveva nominato la commissione con la determina n. 33/2017, la “individuazione” dei commissari sarebbe stata fatta da RUP rag. Merli, come emerge dalle premessa al predetto atto.

2.§.4. Può prescindersi dall’esame del motivo di appello con cui si lamenta l’inammissibilità della censura di incompatibilità del Presidente della Commissione perché introdotta tardivamente con la memoria per l’udienza di primo grado, alla luce dell’infondatezza della predetta censura tardivamente dedotta in primo grado dall’odierna appellata Cooperativa Sociale Eurotrend Assistenza.

Nel merito, secondo consolidati orientamenti della Sezione (cfr. da ultimo n. 695 del 05/02/2018), la questione fondamentale dedotta con i vari motivi deve essere favorevolmente scrutinata alla luce del regime transitorio di applicazione del nuovo Codice.

Il comma 12 dell’art. 216 del d.lgs. n. 50/2016 (e prima del correttivo di cui al D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, il comma 12 dell’art. 77) stabilisce che “Fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo di cui all'articolo 78, la commissione giudicatrice continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante

Il rilevo della disciplina transitoria non è solo giuridico-formale, ma attiene alla struttura stessa del sub-procedimento di valutazione tecnica delle offerte di cui al comma 3 dell’art. 77 del d.lgs.18 aprile 2016 n.50, fondato su un meccanismo per il quale i commissari sono scelti:

-- “…fra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'ANAC…” ma solo …mediante pubblico sorteggio da una lista di candidati costituita da un numero di nominativi almeno doppio rispetto a quello dei componenti da nominare e comunque nel rispetto del principio di rotazione;

-- di norma “non appartenenti alla stessa stazione appaltante” e in via di eccezione “solo se non disponibili in numero sufficiente, anche tra gli esperti della sezione speciale che prestano servizio presso la stessa stazione appaltante “.

In questo quadro, il mancato completamento degli elenchi di esperti “terzi” era un presupposto assolutamente necessario per la nomina di un organo assolutamente separato dalla stazione appaltante, e ciò rendeva impossibile l’applicazione dell’intero impianto, ivi compreso il comma 4 del medesimo art. 77.

Nel periodo transitorio, si doveva fare pertanto riferimento al quarto comma del precedente art. 84 per cui "I commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta").

Nel caso di specie, considerando dunque che la disciplina transitoria doveva essere ricollegata anche al momento di approvazione del bando di gara esame avvenuto il 17.1.2017, legittimamente la centrale di committenza della Val Trompia, “ratio temporis”, aveva effettuato la nomina della commissione di gara facendo riferimento, ai sensi dell'art. 84 del (oggi abrogato) d.lgs. n.163/2006, per la valutazione della possibile incompatibilità del responsabile dell’area.

Per questo, in base alla ricordata disciplina transitoria la coincidenza delle funzioni di Dirigente dell’Area della Centrale di committenza con quelle di Presidente della Commissione non determinava alcuna astratto incompatibilità.

Una qualche ragione di incompatibilità non risulta peraltro sussistere neanche in concreto.

Infatti, come chiarito dall'Adunanza plenaria n. 13 del 7 maggio 2013, la norma del precedente codice rispondeva all'esigenza di una rigida separazione tra la fase di preparazione della documentazione di gara e quella di valutazione delle offerte in essa presentate, a garanzia della neutralità del giudizio ed in coerenza con la ratio generalmente sottesa alle cause di incompatibilità dei componenti degli organi amministrativi.

Il ricordato art. 84 era espressione di consolidati principi di trasparenza e di parità di trattamento (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 14.6.2013, n. 3316) e per tale ragione deve essere interpretato in senso sostanziale.

In tale scia, sempre a proposito dell'art. 84 del (oggi abrogato) Codice dei contratti pubblici è stato affermato che:

-- è fisiologico che il dirigente preposto al settore interessato, e quindi in qualche misura coinvolto per obbligo d'ufficio, svolga nello specifico lavoro, servizio o fornitura oggetto dell'appalto, le verifiche formali estranee alla determinazione del contenuto degli atti di gara (cfr. Cons. Stato, sez. III, 22.1.2015, n. 226);

-- la situazione di incompatibilità deve ricavarsi dal dato sostanziale della concreta partecipazione alla redazione degli atti di gara, al di là del profilo formale della sottoscrizione o della mancata sottoscrizione degli stessi e indipendentemente dal fatto che egli sia il funzionario responsabile dell'ufficio competente (Cons. Stato, sez. V, 28.4.2014, n. 2191);

-- la previsione del principio di cui all'art. 84 non vale a rendere incompatibili tutti i soggetti che, in quanto dipendenti della stazione appaltante, siano in qualche misura coinvolti nell'appalto dato che la predetta incompatibilità non può desumersi ex se dalla semplice appartenenza del funzionario, componente della Commissione, alla struttura organizzativa preposta (cfr. T.A.R. Lazio, sez. III, 6.5.2014, n. 4728; T.A.R. Lecce, sez. III, 7.1.2015, n. 32);

-- diversamente opinando, ne discenderebbe l'irragionevole impossibilità di espletamento delle gare nelle stazioni appaltanti di piccole dimensioni ed il contrasto, parimenti irragionevole, con le regole che impongono, nelle procedure per l'aggiudicazione di appalti, di valutare previamente l'esistenza di professionalità nella stessa Pubblica Amministrazione, prima di nominare componenti esterni delle Commissioni giudicatrici (cfr. Cons. Stato, 5 febbraio 2018 n. 695).

Alla luce dei principi esposti, come esattamente denunciato con la quarta rubrica, nessuna implicazione di incompatibilità si ritiene possa conseguire dalla mera sottoscrizione della delibera di indizione della gara e di aggiudicazione, trattandosi di atti estranei alla fase di definizione e predisposizione dei contenuti e delle regole della procedura.

Nel caso in esame, l’arch. Fabrizio Veronesi -- esclusivo Responsabile dell’Area Gestione Territorio della Comunità Montana di Valle Trompia quale Centrale Unica di Committenza -- aveva solo formalmente approvato “per debito d’ufficio” gli atti della gara in oggetto che erano stati redatti, ed approvati dal rag. Elena Merli RUP del Comune di Sarezzo, senza che risultasse alcun concreto e diretto intervento o contributo su di essi dell’arch. Veronesi.

Nella sostanza non è stato addotto dalla società ricorrente in primo grado alcun concreto elemento probatorio utile a dimostrare la sussistenza di elementi specifici atti a far ritenere che l’arch. Veronesi abbia concretamente partecipato alla fase preliminare della formazione degli atti di gara ed abbia comunque svolto un'attività idonea ad interferire con il giudizio di merito sull'affidamento dell'appalto.

In conclusione, negli esaminati profili e motivi, l’appello deve dunque essere accolto.

3.§. Con il quinto motivo si lamenta poi l’erroneità anche dell’affermazione dell’incompatibilità, ai sensi dell’articolo 77, comma 4, del D.lgs. n. 50/2016 della nomina, quale componente della Commissione giudicatrice, del dottor Ronchi che era stato indicato, nel bando di gara, quale futuro “Direttore dell’esecuzione del Contratto”. Per il Tar la successiva sostituzione con la dottoressa Cortesi quale “Direttore dell’esecuzione” non avrebbe fatto venir meno l’incompatibilità perché al momento delle valutazioni egli risultava a tutti gli effetti direttore dell’esecuzione del contratto.

La Società appellante sottolinea che il ricordato comma 4 dell’articolo 77 prevede che l’incompatibilità dei commissari è relativa agli incarichi svolti prima dell’ambito della procedura oggetto dell’affidamento ed altresì determina la successiva incompatibilità per coloro che abbiano fatto parte di una commissione valutatrice a ricoprire un ruolo tecnico amministrativo in sede di esecuzione del contratto (così come del resto specificato dall’Adunanza plenaria n. 13/2013). Per cui la partecipazione del dottor Ronchi alla commissione avrebbe eventualmente viziato solo l’attribuzione ed il futuro svolgimento delle funzioni di direttore dell’esecuzione.

Sulla scia del medesimo ordine di considerazioni che precedono, l’assunto merita piena adesione.

Nella procedura di gara in questione, non ricorreva alcuna incompatibilità tra le funzioni del responsabile unico del procedimento (RUP) e quella di componente della commissione (in tal senso anche: Consiglio di Stato, sez. V, 23.10.2012, n. 5408).

In virtù del regime transitorio, si doveva dar rilievo, al riguardo, all’articolo 10, comma 2, del (abrogato) d.lgs. n. 163 del 2006 per cui il RUP “svolge tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previste dal presente codice…che non siano specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti”, per cui ben può svolgere, nella medesima procedura di gara, anche funzioni di componente del seggio di gara.

Tale precetto del resto è stato confermato anche dal comma 4 dell’art. 77 del nuovo Codice, per cui “... La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura”.

Quindi a nomina del RUP nella Commissione giudicatrice non pone ex ante una preclusione assoluta e di principio.

La nomina nella Commissione giudicatrice ex art. 77 cit. determina solo una pregiudiziale incompatibilità di principio ad esercitare successivamente le funzioni di nomina del direttore dell’esecuzione.

In conseguenza del tutto correttamente il Comune aveva proceduto alla nomina di un’altra funzionaria, onde rimuovere l’incompatibilità del dottor Ronchi derivante dalla sua partecipazione alla Commissione.

Infine si deve osservare che, per contro, la parte ricorrente in primo grado non ha addotto validi argomenti a sostegno della esorbitanza o della devianza in concreta dell’attività del predetto RUP.

Il motivo merita dunque piena adesione.

4.§. In conseguenza delle affermazioni che precedono l’appellante non ha più interesse alla settima censura, con cui lamentava l’erroneità comunque della motivazione relativa alla dichiarazione di inefficacia del contratto sottoscritto con l’appellante per violazione dell’articolo 122 c.p.a.

Può dunque prescindersi dal suo esame per sopravvenuto difetto di interesse.

5. §. L’appello deve dunque essere accolto e per l’effetto in riforma della sentenza, il ricorso di primo grado deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza nei riguardi dell’appellata, mentre possono essere compensate con il Comune di Sarezzo.

**P.Q.M.**

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

1. Accoglie l'appello, come in epigrafe proposto, e per l’effetto annulla la sentenza impugnata.

2. Condanna l’appellata Cooperativa Sociale Eurotrend Assistenza S.C. A R.L. al pagamento delle spese del presente giudizio che vengono liquidate in € 3000,00 oltre agli accessori come per legge.

Spese compensate con il Comune di Sarezzo.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giorgio Calderoni, Consigliere

Pubblicato il 07/05/2018
N. 01223/2018 REG.PROV.COLL.
N. 02917/2017 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2917 del 2017, proposto da:
Avola Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Luciano Mastrovincenzo, Francesco Lilli, Fabio Massimo Pellicano, domiciliato ex art. 25 cpa presso la Segreteria del Tribunale in Milano, via Corridoni, 39;

contro

Comune di Assago, quale ente capo convenzione della Centrale Unica di Committenza – Comuni di Assago e Cisliano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Max Diego Benedetti, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Baracchini, 1;

nei confronti

Sibar S.r.l., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- della Determinazione n. 744 del 30 ottobre 2017, pubblicata sull'Albo Pretorio dell'Ente in data 7 novembre 2017, con la quale la CUC disponeva l'aggiudicazione provvisoria in favore della SIBAR S.r.l. e annullava e sostituiva la precedente Determinazione n. 687/17;

- della Determinazione n. 744 del 30 ottobre 2017, nella parte in cui ha approvato i verbali di gara relativi alla rivalutazione delle offerte economiche e, per l'effetto, disposto l'esclusione dalla gara della Avola Società Cooperativa;

- dei verbali di gara, nella parte in cui, recepiscono la rivalutazione delle offerte economiche e della nuova graduatoria di gara del 24 ottobre 2017;

- ove occorrendo del provvedimento di aggiudicazione provvisoria;

- ove ne sussistano i presupposti dell'intera procedura di gara;

- e di ogni altro atto o provvedimento presupposto, connesso o comunque correlato, ivi compresa l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto, ove nelle more intervenute;

nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato medio tempore;

nonché per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Assago, Quale Ente Capo Convenzione della Centrale Unica di Committenza – Comuni di Assago e Cisliano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 febbraio 2018 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Avola Società Cooperativa impugna i provvedimenti indicati in epigrafe, deducendone l’illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili e ne chiede l’annullamento.

Contestualmente chiede sia la dichiarazione di inefficacia del contratto medio tempore stipulato dalla stazione appaltante, sia la condanna di quest’ultima al risarcimento del danno.

Si costituisce in giudizio il Comune di Assago, eccependo l’inammissibilità e, comunque, l’infondatezza del ricorso avversario, di cui chiede il rigetto.

Nel corso della camera di consiglio del 7 febbraio 2018, la ricorrente ha rinunciato alla domanda cautelare.

Le parti depositano memorie e documenti.

All’udienza del 21 febbraio 2018, la causa viene trattenuta in decisione

**DIRITTO**

1) Dalle allegazioni delle parti e dalla documentazione prodotta in giudizio emerge che: a) C.U.C. Centrale Unica di Committenza – Comune di Assago e Cisliano indiceva una procedura aperta ai sensi dell’articolo 60, comma 3, d.lgs. 50/2016, per l’affidamento dei lavori di realizzazione di un campo da calcio in sintetico, da aggiudicare secondo il criterio del prezzo più basso sull’importo complessivo stimato in € 449.800,00 di cui € 2.300,00 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso; b) entro il termine del 03.08.2017, previsto dal bando di gara, pervenivano 42 offerte alla stazione appaltante, che le esaminava nel corso delle sedute di gara del 21.9.2017 - 3.10.2017, in esito alle quali veniva assunta la determinazione n. 687/2017 di approvazione dei rispettivi verbali recanti l’individuazione della società ricorrente quale aggiudicatario provvisorio; c) in data 20.10.2017, il concorrente Mastropasqua Costruzioni S.r.l. faceva pervenire a C.U.C. un’istanza di accesso agli atti finalizzata anche a verificare che tutti i concorrenti avessero esplicitato nella loro offerta economica i costi della manodopera come richiesto dall’articolo 95, comma 10, d.lgs. 50/2016; d) nel corso della seduta del 20.10.2017, preso atto che il modello di offerta economica non menzionava tale onere a carico dei concorrenti, ma ritenendo che lo stesso fosse imposto dall’articolo 95, comma 10, del codice degli appalti, la Commissione decideva di rinnovare d’ufficio la verifica di ammissibilità delle offerte pervenute scrutinando in successiva seduta pubblica l’esposizione dei costi della manodopera nelle diverse offerte; e) nella seduta del 24.10.2017 la Commissione dava corso al supplemento istruttorio, in esito al quale disponeva l’esclusione di tutte le ditte incorse nella indicata omissione, tra cui la ricorrente e, contestualmente, assumeva la nuova proposta di aggiudicazione in favore dell’odierna controinteressata Sibar S.r.l.; f) le risultanze delle operazioni di gara venivano approvate con la determinazione n. 744/2017 del 30.10.2017; g) a seguito della proposizione del ricorso la stazione appaltante sospendeva la determinazione sull’aggiudicazione definitiva nelle more di conoscere le statuizioni giurisdizionali.

2) Con l’unico motivo proposto, la ricorrente lamenta, in termini di violazione di legge e di eccesso di potere, l’illegittimità della sua esclusione dalla gara, indetta per l’affidamento dei lavori di realizzazione di un campo da calcio.

L’esclusione è stata disposta in ragione della mancata esplicitazione nell’offerta economica, in modo separato dal complesso dei valori esposti, del costo della manodopera, cui si riferisce l’art. 95, comma 10, del d.l.vo 2016 n. 50.

La ricorrente evidenzia, da un lato, che la lex specialis non contiene alcuna prescrizione circa l’obbligo di indicazione del costo del personale ex art. 95, comma 10, cit., tantomeno a pena di esclusione, dall’altro, che i moduli di offerta non prevedono l’inserimento della voce di costo in questione, sicché è maturato un legittimo affidamento in capo all’operatore circa la “non essenzialità” di tale esplicitazione in sede di formulazione dell’offerta economica.

Inoltre, si considera che l’art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici non sanziona l’inosservanza dell’onere di indicazione del costo del personale con l’automatica esclusione dalla gara; infine, si lamenta il mancato esercizio del soccorso istruttorio, ex art. 83, comma 9, del d.l.vo 2016 n. 50, che avrebbe consentito all’operatore di esplicitare la particolare voce di costo, comunque già compresa nell’offerta.

Le censure sono fondate.

L’art. 95, comma 10, del d.l.vo 2016 n. 50 dispone, nel testo vigente, che “nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)”.

La norma pone il problema interpretativo di stabilire se la mancata esplicitazione dei costi della manodopera integri di per sé una causa di esclusione, trattandosi di una lacuna relativa ad un elemento essenziale dell’offerta, a fronte della quale non è neppure attivabile il soccorso istruttorio, ovvero imponga alla stazione appaltante di procedere, in contraddittorio con l’operatore interessato, alla verifica della congruità dell’offerta, al fine di accertare se i costi della manodopera, pur non esplicitati, siano ab origine compresi nell’offerta economica presentata.

Il testo dell’art. 95 ora richiamato, rende palese che la questione giuridica generale concerne non solo l’esplicitazione del costo della manodopera, ma anche quello degli oneri della sicurezza aziendali.

Rispetto all’esplicitazione degli oneri della sicurezza, si sono formati due orientamenti giurisprudenziali contrapposti, uno a favore della legittimità dell’automatica esclusione in dipendenza del fatto in sé della mancata indicazione separata di detti oneri, l’altro contrario all’automatismo espulsivo (cfr. sui due orientamenti si considerino Tar Lazio Roma, Sezione I Bis, 15 giugno 2017, n. 7042; Tar Campania Napoli, sez. VIII, 03 ottobre 2017, n. 4611).

E’ evidente che si tratta di una tematica comune, relativa al significato che nell’offerta economica assume l’esplicitazione del costo della manodopera e degli oneri della sicurezza aziendale, poiché si tratta di chiarire se l’esposizione separata di tali voci sia di per sé un elemento essenziale dell’offerta o se, ferma restando la previsione dell’art. 95, comma 10, che testualmente non fa derivare l’esclusione dal solo fatto della mancata esposizione di tali costi, sia coerente ritenere che l’esclusione presupponga la mancata considerazione di una di queste voci di costo in sede di formulazione dell’offerta complessiva.

E’ evidente che, qualora si propenda per la prima soluzione ermeneutica, la stazione appaltante, una volta verificato, sul piano formale, che un’offerta non reca la separata indicazione di una di queste voci di costo, dovrà escluderla; viceversa, in base alla seconda opzione, la stazione appaltante, qualora riscontri l’omessa indicazione separata di uno di questi costi, dovrà verificare se i valori economici complessivamente esposti comprendono o meno i costi indicati, sulla base di una verifica di congruità, sicché l’esclusione può seguire solo all’esito negativo di tale verifica.

Il Tribunale ritiene che la seconda soluzione sia coerente con il quadro normativo interno e comunitario di riferimento, oltre che aderente ai più recenti approdi della giurisprudenza della Corte di Giustizia U.E..

Il riferimento va alle ordinanze della Corte di giustizia dell’UE, 10 novembre 2016, C-140/16, C-697/15, C-162/16 10 novembre 2016, C-140/16, C-697/15, C-162/16, che, seppure in relazione al solo tema degli oneri della sicurezza aziendali e richiamando i principi già espressi dalla Corte con sentenza 2 giugno 2016, C-27/15, hanno escluso ogni automatismo espulsivo, prediligendo una logica sostanzialistica, in coerenza, del resto, con il più recente orientamento della giurisprudenza amministrativa (si tratta di Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 19/2016 e n. 20/2016).

La Corte di Giustizia ha stabilito che:

- il principio della parità di trattamento impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica quindi che tali offerte siano soggette alle medesime condizioni per tutti gli offerenti. Dall'altro lato, l'obbligo di trasparenza, che ne costituisce il corollario, ha come scopo quello di eliminare i rischi di favoritismo e di arbitrio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice (cfr. sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 36 e giurisprudenza ivi citata).

- tale obbligo implica che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, così da permettere, in primo luogo, a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo e, in secondo luogo, all'amministrazione aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte degli offerenti rispondono ai criteri che disciplinano l'appalto in questione (cfr. sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 36 e giurisprudenza ivi citata);

- la Corte ha altresì precisato che i principi di trasparenza e della parità di trattamento richiedono che le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione a un appalto siano chiaramente definite in anticipo e rese pubbliche, in particolare gli obblighi a carico degli offerenti, affinché questi ultimi possano conoscere esattamente i vincoli procedurali ed essere assicurati del fatto che gli stessi vincoli valgano per tutti i concorrenti (sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 37 e giurisprudenza ivi citata);

- inoltre, occorre rilevare che la direttiva 2004/18, all'allegato VII A, relativo alle informazioni che devono figurare nei bandi e negli avvisi di appalti pubblici, nella sua parte relativa al «Bando di gara», punto 17, prevede che i «criteri di selezione riguardanti la situazione personale degli operatori che possono comportarne l'esclusione e le informazioni necessarie a dimostrare che non rientrano in casi che giustificano l'esclusione» dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione debbano essere menzionati nel bando di gara (v. sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 38);

- nelle controversie principali, il giudice del rinvio precisa che l'obbligo di indicare separatamente nell'offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro, pena l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, non era previsto né dal bando di gara né espressamente dalla legge.

- si deve rilevare che, in applicazione dell'articolo 27, paragrafo 1, della direttiva 2004/18, l'amministrazione aggiudicatrice può precisare o può essere obbligata da uno Stato membro a precisare nel capitolato d'oneri l'organismo o gli organismi dai quali i candidati o gli offerenti possono ottenere le pertinenti informazioni sugli obblighi relativi alla fiscalità, alla tutela dell'ambiente, alle disposizioni in materia di sicurezza e alle condizioni di lavoro che sono in vigore nello Stato membro. Tuttavia, dalle disposizioni di tale direttiva, in particolare dagli articoli da 49 a 51 della stessa, non emerge che la mancanza di indicazioni, da parte degli offerenti, del rispetto di tali obblighi determini automaticamente l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione (v., in tal senso, sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 43);

- una condizione, derivante dall'interpretazione del diritto nazionale e dalla prassi di un'autorità, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che subordini il diritto di partecipare a una procedura di aggiudicazione sarebbe particolarmente sfavorevole per gli offerenti stabiliti in altri Stati membri, il cui grado di conoscenza del diritto nazionale e della sua interpretazione nonché della prassi delle autorità nazionali non può essere comparato a quello degli offerenti nazionali (sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 46).

- nell'ipotesi in cui, come nelle controversie principali, una condizione per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione, pena l'esclusione da quest'ultima, non sia espressamente prevista dai documenti dell'appalto e possa essere identificata solo con un'interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale, l'amministrazione aggiudicatrice può accordare all'offerente escluso un termine sufficiente per regolarizzare la sua omissione (sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 50).

- come risulta dall'insieme delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alla questione posta dichiarando che il principio della parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza, come attuati dalla direttiva 2004/18, devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un offerente dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito dell'inosservanza, da parte di detto offerente, dell'obbligo di indicare separatamente nell'offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro, obbligo il cui mancato rispetto è sanzionato con l'esclusione dalla procedura e che non risulta espressamente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale, bensì emerge da un'interpretazione di tale normativa e dal meccanismo diretto a colmare, con l'intervento del giudice nazionale di ultima istanza, le lacune presenti in tali documenti. I principi della parità di trattamento e di proporzionalità devono inoltre essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di concedere a un tale offerente la possibilità di rimediare alla situazione e di adempiere detto obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice.

Si tratta di principi, che seppure riferiti alla disciplina degli oneri della sicurezza, si attagliano a quella, sostanzialmente coincidente, che l’art. 90, comma 5, del d.l.vo 2016 n. 50 dedica ai costi della manodopera, fermo restando che il giudice nazionale deve applicare il diritto interno interpretandolo in modo conforme al diritto comunitario (cfr. Corte di Giustizia, 13 novembre 1990, causa C 106/89; Corte di Giustizia, 23 aprile 2009, C-378/07 a C-380/07).

Nel caso di specie, tanto il dato normativo, quanto gli atti di gara, non esplicitano che l’esposizione dei costi della manodopera è pretesa a pena di esclusione, sicché l’applicazione dei principi fissati dalla Corte di Giustizia induce a ritenere che la ricorrente avrebbe dovuto essere posta in condizione di rimediare all’esclusione, palesando in sede procedimentale il valore dei costi della manodopera.

Si badi, la soluzione non si traduce nella generale ed indiscriminata possibilità per i concorrenti di integrare o modificare sostanzialmente l’offerta dopo la sua presentazione, perché a ciò ostano proprio i principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza valorizzati dalla giurisprudenza unitaria.

Né si tratta di svuotare di contenuto il principio della tassatività delle cause di esclusione, in forza del quale l’estromissione dalla gara è disposta sia nel caso in cui il codice, la legge statale o il regolamento attuativo la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui impongano adempimenti doverosi o introducano, comunque, norme di divieto pur senza prevedere espressamente l'esclusione, sicché una impresa può essere esclusa se non adempie un obbligo previsto da una norma imperativa, anche quando il bando non richiama tale obbligo e né il bando, né la norma imperativa violata prevedono espressamente la conseguenza dell'esclusione (così Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 25 febbraio 2014, n. 9; nonché 5 luglio 2012, n. 26 e 13 giugno 2012, n. 22; sentenze intervenute rispetto alla disciplina dettata dal d.l.vo 2006 n. 163, ma sulla base di principi riferibili anche alla disciplina introdotta dal d.l.vo 2016 n. 50).

Vero è, piuttosto, che, una volta consentito all’impresa di esplicitare il dato mancante – consistente nel caso in esame nella esposizione del costo della manodopera - occorre verificare se tale specificazione si sia tradotta in un’ammissibile integrazione sostanziale del contenuto dell’offerta, ovvero abbia solo determinato l’emersione di un dato economico compreso ab origine nell’offerta.

Si tratta di una soluzione del tutto coerente con i principi espressi dalla prevalente giurisprudenza nazionale in ordine al problema – del tutto simile a quello in esame – delle conseguenze della mancata esposizione dei costi della sicurezza aziendale.

Sul punto, la giurisprudenza, ormai prevalente, evidenzia la necessità di distinguere, sul piano delle conseguenze, l’ipotesi in cui si contesta al concorrente di avere formulato un'offerta economica senza considerare i costi derivanti dal doveroso adempimento dei obblighi di sicurezza a tutela dei lavoratori, da quella in cui tali costi sono stati considerati ma non esplicitati in modo separato.

Nel primo caso si produce un’incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta e la sua successiva “sanatoria”, in conseguenza di successive integrazioni, si risolverebbe in un’ammissibile modificazione del contenuto dell’offerta economica.

Viceversa, qualora non sia in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza, né il computo dei relativi oneri nella formulazione dell'offerta, ma si contesta soltanto che l'offerta non specifica la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri, la carenza, allora, non è sostanziale, ma solo formale.

In questo caso il soccorso istruttorio, è doveroso, perché esso non si traduce in una modifica sostanziale del contenuto dell'offerta, ma solo nella specificazione formale di una voce che, pur considerata nel prezzo finale, non è stata indicata dettagliatamente (così testualmente Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n.19 e n. 20 del 2016).

Ecco, allora, che nel caso in esame è illegittima l’esclusione disposta dalla stazione appaltante sulla base del mero riscontro formale della mancata esplicitazione nell’offerta della ricorrente del costo della manodopera.

Invero, l’amministrazione, a fronte di tale riscontro, doveva chiedere chiarimenti alla concorrente in esercizio del dovere di soccorso istruttorio, al fine di consentirle di sopperire alla lacuna presente nella formulazione dell’offerta e ciò non contrasta con i limiti che l’art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 pone all’esercizio del soccorso istruttorio, poiché nello stadio in cui si trova la procedura non è ancora possibile stabilire se l’omissione sottenda una carenza essenziale dell’offerta o una mera irregolarità formale.

Naturalmente, una volta che la concorrente abbia dettagliato il costo della manodopera, spetta alla stazione appaltante verificare la congruità dell’offerta economica originariamente presentata, al fine di accertare se la particolare voce di costo fosse già compresa nel valore economico complessivamente esposto, sicché la sua mancata esplicitazione si riduce ad una mera irregolarità, ovvero si tratti di valori che la concorrente ha omesso di prendere in considerazione nella formulazione dell’offerta, introducendoli ex novo solo a seguito dei chiarimenti richiesti dall’amministrazione e così palesando una carenza essenziale nell’offerta proposta.

Insomma, si tratta di fare applicazione, una volta esercitato il soccorso istruttorio, degli ordinari principi che governano la valutazione di congruità, il cui esito negativo conduce all’esclusione dell’offerta.

Va ribadito, che, in relazione al caso in esame, ossia all’ipotesi di omessa esplicitazione dei costi della manodopera, l’esclusione potrà essere disposta laddove, a seguito delle richieste di chiarimento della stazione appaltante, la concorrente integri sostanzialmente l’offerta, ovvero proceda ad una rimodulazione complessiva dell’offerta, superando i limitati aggiustamenti consentiti durante la verifica di congruità, al solo fine di ricondurre nell’offerta economica dei costi della manodopera che non erano stati in essa compresi, così da palesare una carenza essenziale nel contenuto dell’offerta stessa, che ne impone l’esclusione.

Tanto basta per evidenziare la fondatezza delle censure proposte.

3) In definitiva, il ricorso è fondato e deve essere accolto.

La parziale novità delle questioni trattate consente di compensare tra le parti le spese di lite.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando:

1) accoglie il ricorso e per l’effetto annulla il provvedimento di esclusione impugnato.

2) compensa tra le parti le spese di lite.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Angelo De Zotti, Presidente

Fabrizio Fornataro, Consigliere, Estensore

Silvia Cattaneo, Consigliere

Pubblicato il 02/05/2018
N. 04793/2018 REG.PROV.COLL.
N. 02305/2018 REG.RIC.

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

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2305 del 2018, proposto da Istituto di Vigilanza dell'Urbe S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Fabio Altamura, Valeria Falconi, Giancarlo Sorrentino, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Cicerone, n. 60;
contro
Inps, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Alessandro Di Meglio, Gaetano De Ruvo dell’Ufficio legale dell’istituto presso la cui sede in Roma, via Cesare Beccaria, n. 29 domicilia;
nei confronti
Italpol Vigilanza S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Giovan Candido Di Gioia, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza Mazzini n. 27;
Securitas Metronotte S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Tommaso Di Nitto, Claudio Cataldi, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Antonio Gramsci n. 24;
Sicuritalia S.p.A., Sevitalia Sicurezza S.r.l., New Master Police S.R.L, Mondialpol Security S.p.A., Metropol Servizi di Sicurezza S.r.l. non costituiti in giudizio;
per l'annullamento
previa sospensione e/o adozione di misure cautelari collegiali:
della determinazione n. 3 del 15/01/2018 (comunicata con pec 16.1.2018) di aggiudicazione al RTI Italpol S.r.l.,
della relativa graduatoria in parte qua, della relazione del RUP del 12 gennaio 2018.
di tutti i verbali di gara della Commissione, e più nello specifico, del verbale n. 10 del 23 ottobre 2017, del verbale n. 11 del 24 ottobre 2017, del verbale n. 12 del 26 ottobre 2017,
per quanto occorra, del disciplinare di gara in parte qua, ove possa essere interpretato nel senso di consentire che la commissione giudicatrice possa attribuire i punteggi tecnici senza fornire alcuna motivazione in ordine alle determinazioni assunte, nonché di ogni altro atto presupposto, successivo, connesso e conseguente quand’anche sconosciuto, ove lesivo;
per la declaratoria (ove occorra anche sub specie di risarcimento in forma specifica) del diritto della società ricorrente nella qualità come in atti a vedersi aggiudicata la gara per cui è causa, con ogni ulteriore statuizione in ordine all’inefficacia del correlato contratto, oltre che (tenuto conto degli sviluppi processuali e sostanziali) per il risarcimento del danno anche per equivalente, con espressa dichiarazione di voler subentrare nel contratto, ove nelle more stipulato;

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Inps e di Italpol Vigilanza S.r.l. e di Securitas Metronotte S.r.l.;
Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 13 marzo 2018 la dott.ssa Pierina Biancofiore e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

**FATTO**

1.Con ricorso notificato all’INPS in data 15 febbraio 2018 e depositato il successivo 28 febbraio, parte ricorrente espone che con bando pubblicato in data 18 maggio 2017, l’INPS ha indetto una “Procedura aperta di carattere comunitario volta all’affidamento del servizio di vigilanza presso gli Immobili Inps – Direzione regionale Lazio”, il cui termine per la presentazione delle offerte è scaduto il 26 giugno 2017. La gara prevede un importo di Euro 13.267.131,15 ed una durata contrattuale pari a 36 mesi.
Al termine della gara si collocava al primo posto il RTI Italpol aggiudicatario la cui mandante Sevitalia s.r.l. in corso di gara era raggiunta da un provvedimento del 04/12/2017 con cui la Procura della Repubblica di Roma disponeva il sequestro preventivo di tutte le quote del capitale sociale per reati tributari e di bancarotta fraudolenta.
Espone ancora la ricorrente che lei stessa e il raggruppamento Securitas chiedevano alla stazione appaltante di procedere al riesame della graduatoria – già formatasi a seguito dell’apertura delle buste economiche in data 7/11/2017 – ed in particolare chiedevano l’esclusione di Italpol per mancanza dei requisiti di cui all’art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016, ma il RUP, nella propria relazione alla Commissione del 12/01/2018 non riteneva sussistere la citata causa di esclusione, con conseguente aggiudicazione della gara ad Italpol.
Oltre a ciò, sempre in fatto, parte ricorrente espone pure che dai verbali contenenti l’attribuzione dei punteggi si evince che la Commissione giudicatrice, rispetto a tutti i 5 criteri previsti dal Disciplinare si è limitata a dare il corrispondente punteggio di cui alla relativa griglia, senza però fornire anche un solo indizio tale da far comprendere perché un’offerta sia stata ritenuta ottima e un’altra buona o solo discreta o anche sufficiente e così via. Non solo, sulla base della documentazione esaminata a seguito dell’accesso agli atti, e segnatamente le offerte tecniche degli RTI Italpol e RTI Securitas, si è potuto constatare che le relative valutazioni sono palesemente erronee, irragionevoli e tali da determinare una graduatoria finale erronea.
2. Tale modalità applicativa del Disciplinare ha comportato che la ricorrente, al termine della gara, fosse collocata al terzo posto, con la conseguenza che avverso l’aggiudicazione ha dedotto: 1) Violazione e falsa applicazione della lex specialis nella valutazione dell’offerta tecnica – carenza di istruttoria; difetto assoluto di motivazione (Art. 3 L. n. 241/1990 e s.m.i.); violazione dell’art. 95, commi 8 e 9, D.Lgs. 50/2016 e delle “Linee Guida n. 2 dell’ANAC “di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50 recanti offerta economicamente più vantaggiosa” del 21 settembre 2016 n. 1005”; eccesso di potere per violazione della par condicio, illogicità, irragionevolezza, ingiustizia manifesta; 2) Violazione e falsa applicazione dell’art. 80 d.lgs. 50/2016 s.m.i. (in particolare comma 5 lettera c) e comma 6); violazione delle linee guida Anac n. 6 del 16.11.2016, come integrate l’11.10.2017, violazione dei principi di imparzialità, buon andamento e par condicio – Carenza di istruttoria – Errore sui presupposti di fatto e di diritto; 3) Violazione e falsa applicazione dell’art. 97 del D.Lgs. n. 50/2016 – Violazione dei principi generali in materia di procedure ad evidenza pubblica – violazione e falsa applicazione dei principi di imparzialità, buon andamento e par condicio - carenza di istruttoria – errore sui presupposti di fatto e di diritto, travisamento e perplessità.
Ma l’operato della Commissione di gara appare inficiato da grave illegittimità anche in ordine alla posizione della seconda classificata che ha presentato un’offerta anomala con riferimento alla prima voce da indicare nell’offerta economica relativa alla vigilanza fissa, avendo il RTI Securitas dichiarato un prezzo pari ad € 18,19.
Orbene ai fini del calcolo di tale voce di costo e al fine di procedere alla redazione dell’offerta economica, gli operatori economici devono attenersi alle c.d. Tabelle Ministeriali relative al costo medio orario per il personale dipendente da istituti ed imprese di vigilanza privata e servizi fiduciari, che laddove prese in considerazione correttamente portano a considerare come anomala l’offerta tecnica delle controinteressate, nei confronti delle quali tuttavia non è stato effettuato alcun controllo.
Conclude dunque per l’accoglimento dell’istanza cautelare e del ricorso.
3. Si sono costituite in giudizio la Italpol s.r.l. e Securitas Metronotte s.r.l. entrambe con compiuta memoria, rassegnando conclusioni del tutto opposte a quelle di parte ricorrente.
4. Anche l’INPS si è costituito in giudizio, ha contestato tutte le doglianze proposte dalla ricorrente ed ha rassegnato conclusioni del tutto opposte a quelle dell’interessata.
5. Il ricorso è pervenuto per la trattazione dell’istanza cautelare alla Camera di consiglio del 13 marzo 2018 ed è stato trattenuto per la decisione ex art. 120 c.p.a. avvertitene all’uopo le parti costituite.

**DIRITTO**

1.Il ricorso è infondato e va pertanto respinto.
2. Il primo gruppo di doglianze è smentito in fatto.
Secondo le tesi di parte ricorrente, stante la mancata precisa corrispondenza tra punteggio numerico e criteri di giudizio, la motivazione dell’attribuzione del detto punteggio finisce per essere non esaustiva. Tanto è confermato sia dalle previsioni contenute all’art. 95, commi 8 e 9, D.Lgs. 50/2016, sia dalle “Linee Guida n. 2 dell’ANAC sull’Offerta Economicamente Più Vantaggiosa adottate con deliberazione del 21 settembre 2016 n. 1005”, secondo cui. qualora la Stazione Appaltante scelga come criterio quello dell’attribuzione discrezionale di un coefficiente variabile “ciascun commissario attribuisce un punteggio a ciascuna offerta. Le ragioni di tale attribuzione devono essere adeguatamente motivate e la motivazione deve essere collegata ai criteri presenti nel bando.”.
2.1 La tesi non può essere seguita.
Dal verbale n. 10 del 23 ottobre 2017 risulta che la Commissione di gara si è autodeterminata individuando e valorizzando i criteri stabiliti dall’art. 14 del Disciplinare di gara in maniera del tutto precisa e puntuale e circoscrivendo la propria discrezionalità:
“1. Modello organizzativo: seguiva la descrizione e il punteggio: massimo punti 7;
2. Procedure di coordinamento e controllo: seguiva la descrizione, massimo punti 7;
3. Procedure per la gestione delle emergenze: seguiva la descrizione, massimo punti 4;
4. Sistemi informativi di gestione e sistemi di comunicazione: seguiva la descrizione, massimo punti 8;
5. Proposte migliorative: seguiva la descrizione, massimo punti 4.”
Il verbale proseguiva con la motivazione del giudizio e del relativo punteggio per esempio: “Ottimo: il criterio è trattato in modo completamente esauriente e quanto proposto risponde in modo assolutamente soddisfacente alle attese: coefficiente 1”, fino ad arrivare all’”Insufficiente: il criterio è trattato in modo insufficiente e quanto proposto non risponde alle attese: coefficiente 0”.
Data tale completa individuazione dei criteri e delle relative motivazioni collegate ai giudizi ed al punteggio numerico cade la censura di difetto di motivazione effettuata da parte ricorrente nei confronti dell’offerta tecnica di Securitas per la quale sostiene che il criterio de “Procedure per la gestione delle emergenze” avrebbe indicato soltanto la gestione delle emergenze all’interno della propria Centrale Operativa e quindi non si spiega il punteggio ottenuto. Tanto risulta smentito dall’offerta tecnica della controinteressata dove al punto 3.5 era individuata la casistica delle emergenze che non riguardava assolutamente la sola emergenza “all’interno” della Centrale operativa, ma individuava anche l’ipotesi della impossibilità di erogazione del servizio per cause esterne alla Centrale Operativa e le relative soluzioni.
Non può essere seguito il profilo di censura con il quale l’interessata fa valere che avrebbe dovuto essere attribuito a Securitas un punteggio di gran lunga inferiore all’offerta tecnica, anche perché al paragrafo 5.15 relativo alle “Modalità di erogazione di eventuali servizi aggiuntivi” ha offerto “il servizio di gestione di chiavi” che non può essere oggetto di proposta migliorativa, in quanto obbligatorio come previsto dal Capitolato Tecnico al paragrafo 3.1. Infatti come è dato testualmente leggere al punto 5.15 dell’offerta tecnica di Securitas le migliorie sono state offerte “Fermo restando tutto quanto previsto nel CSA e nel rispetto di tutte le normative vigenti” Capitolato delle cui disposizioni dunque la controinteressata era consapevole quando ha proposto la propria offerta tecnica.
Anche l’ulteriore profilo col quale la ricorrente fa valere che pure nel criterio “Sistemi informativi di gestione e sistemi di comunicazione” la Commissione di gara ha attribuito l’immotivato punteggio di 5,33 all’offerta di Securitas uguale a quello dalla ricorrente ottenuto, laddove nell’offerta della prima mancano “il dettaglio delle specifiche tecniche di tali sistemi della marca, del modello, delle prestazioni, dell’anno di acquisizione e del grado di interoperatività rispetto ai sistemi informativi di gestione” e “l’indicazione dei sistemi di comunicazione che verranno utilizzati nello svolgimento del servizio sia all’interno dell’organizzazione del concorrente che verso l’esterno” è smentito testualmente dai punti 1.5 e 1.6 dell’offerta tecnica di Securitas, dove sono indicati sia i sistemi di Tele radio allarme e di pronto intervento del servizio di video sorveglianza e la loro interoperatività, sia il servizio di collegamento con la Centrale operativa e con il Contact Center.
2.2 Ma che anche il punteggio attribuito alla aggiudicataria Italpol fosse inficiato da difetto di motivazione non può essere condiviso.
Sempre in ordine al criterio “Sistemi informativi di gestione e sistemi di comunicazione” il punteggio massimo di 8 attribuito all’offerta di Italpol sarebbe immotivato ed irragionevole; anche in questo caso mancano completamente “il dettaglio delle specifiche tecniche di tali sistemi della marca, del modello, delle prestazioni, dell’anno di acquisizione e del grado di interoperatività rispetto ai sistemi informativi di gestione” e “l’indicazione dei sistemi di comunicazione che verranno utilizzati nello svolgimento del servizio sia all’interno dell’organizzazione del concorrente che verso l’esterno”. Ed invece anche in questo caso la contestazione è smentita in fatto dal punto 4 dell’offerta tecnica di Italpol che è articolato in cinque punti con illustrazioni grafici e quant’altro.
Ma pure la circostanza che il RTI aggiudicatario abbia offerto un numero minore di migliorie del raggruppamento ricorrente e che le migliorie offerte sarebbero in ogni caso operative soltanto in base a scelte successive della stazione appaltante non è dato comprendere sotto quale profilo dimostrerebbe la incoerenza e la illogicità rispetto al criterio enunciato dal Disciplinare di gara all’art. 14 punto 5 dei criteri, laddove non era assolutamente indicato un numero fisso di migliorie: “Proposte migliorative (eventuali proposte migliorative che il concorrente intende erogare in favore della Stazione appaltante, quali a titolo esemplificativo tecnologie, modalità operative, altri aspetti di innovazione) massimo punti 4”.
3. Ma anche la doglianza con cui parte ricorrente insorge, perché il raggruppamento aggiudicatario avrebbe dovuto essere proprio escluso dalla gara in quanto le quote sociali di Sevitalia Sicurezza s.r.l. mandante del raggruppamento Italpol erano state sottoposte già nelle more della procedura di gara in data 4 dicembre 2017 a sequestro preventivo con provvedimento della Procura convalidato in data 21 dicembre 2017 dal GIP, non può essere condivisa sulla base sia dell’art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 sia delle Linee Guida ANAC n. 6 del 16 novembre 2016, integrate l’11 ottobre 2017.
In ordine a queste ultime è bene rilevarne la natura non vincolante che comporta che la stazione appaltante possa anche discostarsene, ancorchè debba comunque motivare accuratamente lo scostamento. (cfr. TAR Campania Napoli, 12 gennaio 2018, n. 1076).
E l’operato del RUP, sollecitato da Securitas Metronotte e dallo stesso Istituto ricorrente in date 30 novembre 2017 e 2 gennaio 2018, va trovato esente dalle dedotte violazione della normativa in materia e difetto di istruttoria oltre che carenza dei presupposti.
Premette infatti la relazione del RUP in data 12 gennaio 2018 che “Alla luce dei controlli eseguiti su piattaforma AVCPASS non ricorre alcuno dei motivi di esclusione legati a condanne penali di cui all’art. 80 commi e 3, alcuno dei motivi di esclusione legati a irregolarità fiscali di cui all’art. 80, comma 4, né alcuna delle situazioni di cui all’art. 80 comma 5, in presenza dei quali motivi e delle quali situazioni la Stazione appaltante esclude un operatore economico “in qualsiasi momento della procedura” come previsto dal comma 6 del predetto articolo 80”.
E’ passato poi a valutare la ricorrenza dell’ipotesi disciplinata dall’art. 80, comma 5 lett. c del d.lgs. n. 50/2016 e cioè “gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia la sua integrità ed affidabilità” escludendo che l’esistenza di un provvedimento di sequestro penale delle quote integri alcuna delle fattispecie contemplate dalla predetta disposizione.
A tal riguardo è da rilevare che l’elencazione contenuta nel ridetto comma 5 lettera c) è da ritenersi tassativa e non integrabile al di fuori delle fattispecie in essa elencate come sviluppate dalle Linee Guida dell’ANAC: “la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;”.
Viene peraltro chiarito dalla giurisprudenza nelle more formatasi che: “La causa di esclusione da una gara per gravi illeciti professionali ex art. 80, comma 5, lett. c), D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, non può essere oggetto di interpretazioni estensive.” (T.A.R. Sardegna Cagliari Sez. I, 23 febbraio 2017, n. 124), con la conseguenza che la censura va respinta sotto tutti i profili dedotti.
4. Non può essere condivisa neppure l’ultima doglianza proposta con cui parte ricorrente fa valere che nei confronti della seconda classificata non è stata effettuata la verifica dell’anomalia.
Al riguardo occorre far riferimento all’art. 97 comma 6 del d.lgs. n. 50/2016 stante il cui ultimo periodo: “La stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa” in base al quale dunque non è stabilito un dovere per la stazione appaltante di valutare in modo particolare la posizione della seconda classificata a meno che la posizione di quest’ultima non rientri nelle ipotesi in cui “in base ad elementi specifici” essa non appaia anormalmente bassa.
E poiché, come correttamente opposto da INPS, per l’offerta presentata da Securitas non ricorrevano in particolare i due presupposti fissati dall’art. 97 comma 3: “Quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara” e per giurisprudenza costante sulla materia la scelta dell’amministrazione di attivare il procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta è ampiamente discrezionale (Consiglio di Stato, sezione III, 3 luglio 2015, n. 3329) anche detto motivo di doglianza va completamente respinto.
5. Per le superiori considerazioni il ricorso va respinto.
6. Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.
Condanna parte ricorrente al pagamento di euro 15.000,00 per spese di giudizio da ripartirsi in euro 5.000,00 per ciascuno dei tre soggetti costituiti.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:
Giuseppe Sapone, Presidente
Pierina Biancofiore, Consigliere, Estensore
Alfredo Storto, Consigliere

Pubblicato il 27/04/2018
N. 02579/2018REG.PROV.COLL.
N. 08718/2017 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 numero di registro generale 8718 del 2017, proposto da Euro & Promos Social Health Care Coop. Soc., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall’Avvocato Roberto Paviotti e dall’Avvocato Fabrizio Paviotti, con domicilio eletto presso lo studio Roberto Paviotti in Roma, via Canina, n. 6;
contro
Carpe Diem Coop. Soc., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall’Avvocato Vittorio Domenichelli, dall’Avvocato Paolo Neri e dall’Avvocato Andrea Manzi, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso Avvocato Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5;
nei confronti
Residenza “*Riviera del Brenta*”, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall’Avvocato Andrea Gandino, domiciliato ai sensi dell’art. 25 c.p.a. presso la Segreteria della III Sezione del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;
Polima Coop. Soc., non costituita in giudizio;
per la riforma
della sentenza breve n. 1078 del 27 novembre 2017 del T.A.R. per il Veneto, sede di Venezia, sezione III, resa tra le parti, concernente l’affidamento della gestione del servizio infermieristico, assistenziale e annessi delle due sedi della Residenza “*Riviera del Brenta*”;

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
visti gli atti di costituzione in giudizio di Carpe Diem Coop. Soc. e della Residenza “*Riviera del Brenta*”;
viste le memorie difensive;
visti tutti gli atti della causa;
relatore nell’udienza pubblica del giorno 15 marzo 2018 il Consigliere Massimiliano Noccelli e uditi per l’odierna appellante, Euro & Promos Social Health Care Coop. Soc., l’Avvocato Luca De Pauli su delega dell’Avvocato Roberto Paviotti, per l’odierna appellata, Carpe Diem Soc. Coop., l’Avvocato Andrea Reggio d’Aci, su delega dichiarata dell’Avvocato Andrea Manzi, e per la Residenza “*Riviera del Brenta*” l’Avvocato Aristide Police su delega dell’Avvocato Andrea Gandino;
ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. Con il decreto dirigenziale n. 57 del 4 aprile 2017, la Residenza “*Riviera del Brenta*” ha indetto una procedura aperta per «*l’affidamento del servizio infermieristico, assistenziale ed annessi da eseguirsi presso le due sedi della Residenza*» per l’ammontare triennale a base di gara pari ad € 3.515.763,00, oltre gli oneri di sicurezza, con facoltà di rinnovo per l’intero periodo.
1.1. All’esito dell’apertura dei plichi e alle verifiche effettuate, di cui ai verbali nn. 1 e 2 del 30 maggio 2017 e del 1° giugno 2017, con il decreto dirigenziale n. 114 del 13 luglio 2017 sono risultati ammessi sei operatori, tra cui anche Polima Cooperativa Sociale (di qui in avanti, per brevità, Polima).
1.2. Nella seduta pubblica del 21 luglio 2017, alla presenza anche del delegato della odierna appellata Carpe Diem Coop. Soc. (di qui in avanti, per brevità, Carpe Diem), è stata data lettura dei punteggi relativi all’offerta tecnica e, previa apertura e lettura delle offerte economiche, è stata predisposta la graduatoria finale, che ha visto al primo posto Polima, al secondo l’odierna appellante Euro & Promos Social Health Care Coop. Soc. (di qui in avanti, sempre per brevità, Euro & Promos) e, infine, al terzo posto Carpe Diem.
1.3. Nella stessa seduta, acclarato che Polima aveva presentato un’offerta in cui sia il punteggio relativo al prezzo che quello relativo alla qualità è risultato superiore ai 4/5 dei corrispondenti punti massimi previsti dal capitolato di gara, la stazione appaltante ha dichiarato la relativa offerta anomala, ai sensi e per gli effetti dell’art. 97, comma 3, del d. lgs. n. 50 del 2016.
1.4. A seguito del giudizio di anomalia, svolto anche in contraddittorio con Polima, la Residenza “*Riviera del Brenta*”, con il decreto dirigenziale n. 149 del 19 settembre 2017, ha escluso Polima per anomalia dell’offerta.
2. Con il ricorso notificato il 14 settembre 2017 e proposto avanti al Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, rubricato al R.G. n. 1006/2017, Carpe Diem ha impugnato ai sensi dell’art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., il decreto n. 114 del 13 luglio 2017 nella parte in cui Polima è stata ammessa alla procedura in questione, sostenendo che, invece, Polima sarebbe dovuta essere esclusa per la insussistenza del requisito della regolarità contributiva alla data del 22 maggio 2017, termine di scadenza per la presentazione delle offerte.
2.1. Con il distinto successivo ricorso proposto ai sensi dell’art. 120 c.p.a., rubricato al R.G. n. 1246 del 2017, Carpe Diem ha poi impugnato, sempre avanti al Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, anche il provvedimento di esclusione di Polima per anomalia dell’offerta, di cui al decreto dirigenziale n. 149 del 19 settembre 2017, per le medesime ragioni di cui al precedente ricorso.
2.2. In entrambi i giudizi si sono costituiti la Residenza “*Riviera del Brenta*” e la controinteressata Euro & Promos per resistere ad entrambi i ricorsi.
2.3. Il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, con la sentenza n. 1078 del 27 novembre 2017, dopo avere riunito i ricorsi per la loro indubbia connessione e avere svolto attività istruttoria sulla posizione contributiva di Polima, li ha accolti e ha annullato tutti i provvedimenti impugnati, rilevando che, una volta esclusa Polima, la quale era risultata avere infedelmente attestato la regolarità dei pagamenti dei contributi previdenziali, Carpe Diem, all’esito del ricalcolo dei punteggi sulla base delle valutazioni già espresse dai commissari, avrebbe ottenuto un punteggio superiore rispetto a quello di Euro & Promos.
3. Avverso tale sentenza ha proposto appello Euro & Promos, con un unico articolato motivo incentrato sulla violazione dell’art. 95, comma 15, del d. lgs. n. 50 del 2016, che di seguito sarà esaminato, e ne ha chiesto, previa sospensione dell’esecutività anche con provvedimento monocratico, la riforma, con la conseguente declaratoria di inammissibilità dei ricorsi proposti in primo grado da Carpe Diem.
3.1. Con il decreto n. 5333 del 7 dicembre 2017 il Presidente della III Sezione ha respinto l’istanza cautelare di tutela monocratica, proposta dall’appellante, e ha fissato, per la trattazione collegiale della domanda cautelare, la camera di consiglio del 21 dicembre 2017.
3.2. Si è costituita l’appellata Carpe Diem, per resistere al gravame di cui ha chiesto la reiezione, e si è altresì costituita la Residenza “*Riviera del Brenta*”, aderendo all’appello proposto da Euro & Promos e riproponendo nella memoria del 18 gennaio 2018, ai sensi dell’art. 101, comma 2, c.p.a., le domande e le eccezioni articolate in primo grado e asseritamente non esaminate dal primo giudice.
3.3. Con l’istanza proposta il 20 dicembre 2017 dall’appellante e sottoscritta da tutte le altre parti per adesione, le parti stesse hanno chiesto concordemente un rapido abbinamento della causa al merito.
3.4. Pertanto nella camera di consiglio del 21 dicembre 2017, fissata per l’esame collegiale della domanda cautelare, il Collegio, sull’accordo delle parti, ha rinviato la causa all’udienza pubblica per la rapida definizione del merito.
3.5. Infine, nella pubblica udienza del 15 marzo 2018, il Collegio, sentiti i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.
4. L’appello deve essere respinto.
5. La tesi dell’appellante, sostenuta anche dalla Residenza “*Riviera del Brenta*”, riposa sull’assunto secondo cui Carpe Diem non avrebbe potuto più impugnare l’ammissione di Polima alla gara, e tanto per il principio di cui all’art. 95, comma 15, del d. lgs. n. 50 del 2016, il quale stabilisce che «*ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l’individuazione della soglia di anomalia delle offerte*».
5.1. Come è noto, ampio è stato il dibattito giurisprudenziale, anche nel vigore del d. lgs. n. 163 del 2016 (che, come si dirà, conteneva analoga disposizione), sul momento in cui debba considerarsi conclusa la fase di ammissione, regolarizzazione od esclusione delle offerte.
5.2. Tale regola, secondo l’appellante, si sarebbe dovuta applicare anche al caso di specie, una volta “cristallizzatasi” la graduatoria nel corso della seduta del 21 luglio 2017, come sopra si è accennato in punto di fatto.
5.3. Il primo giudice ha ritenuto invece che, aderendo alla tesi sostenuta in primo grado dall’Amministrazione e da Euro & Promos, secondo cui la disposizione dell’art. 95, comma 15, del d. lgs. n. 50 del 2016 cristallizzerebbe sempre e comunque i punteggi già attribuiti e la graduatoria redatta sulla base di questi punteggi, si dovrebbe concludere che la disposizione dell’art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., introdotta per effetto delle nuove disposizioni sui contratti pubblici, «*è stata partorita morta, si dovrebbe assumere che la predetta norma ha una esclusivamente virtuale e nessun effetto reale*» (p. 9 della sentenza impugnata).
5.4. Se si vuole dare un senso al comma 2-*bis* dell’art. 120 c.p.a. ed eliminare l’apparente antinomia esistente tra la predetta disposizione e quella dell’art. 95, comma 15, del d. lgs. n. 50 del 2016, ritiene il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto nella sentenza qui avversata, si deve interpretare quest’ultima nel senso che l’irrilevanza, ai fini del calcolo delle medie e della soglia di anomalia, di ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione ed esclusione delle offerte, valga non già per la tempestiva impugnazione, ai sensi dell’art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., dell’ammissione dei concorrenti privi dei requisiti di partecipazione, ma esclusivamente per l’impugnazione dell’ammissione dei concorrenti privi dei requisiti effettuata – per l’omessa impugnazione dell’ammissione nei termini di cui al richiamato comma 2-*bis* – contestualmente con l’impugnazione del provvedimento di aggiudicazione della gara, quale provvedimento conclusivo della procedura concorsuale e, comunque, per qualsiasi ulteriore esclusione di un concorrente disposta – dalla stazione appaltante o a seguito di apposito giudizio – successivamente alla sua espressa ammissione.
6. La sentenza, seppure per le ragioni che seguono, merita conferma, condividendosi nella sostanza la conclusione, alla quale è pervenuto il primo giudice, secondo cui lo sbarramento dell’art. 95, comma 15, del d. lgs. n. 50 del 2016 (principio della c.d. *invarianza della soglia*) non si può applicare alla presente controversia.
6.1. Il coordinamento dell’art. 95, comma 15, del d. lgs. n. 50 del 2016 – che ha recepito l’analoga previsione dell’art. 38, comma 2-*bis*, del d. lgs. n. 163 del 2006 introdotta nel 2014 – con la disposizione dell’art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a. esige anzitutto che il concorrente, il quale intenda contestare l’ammissione (o l’esclusione) di un altro concorrente – laddove ovviamente, come nel caso di specie, tale interesse sia attuale, immediato e concreto, per essere stata la determinazione della soglia immediatamente successiva all’ammissione dei concorrenti – debba farlo immediatamente, a nulla rilevando la finalità per la quale intenda farlo, come, appunto, per l’ipotesi in cui egli persegua, così facendo, l’interesse – in sé del tutto legittimo – di potere incidere sul calcolo delle medie e della soglia di anomalia, erroneamente determinato sulla base di una ammissione – o di una esclusione – illegittima.
6.2. Anzi, proprio in questa ipotesi, l’immediata impugnativa dell’ammissione appare necessaria, perché l’art. 95, comma 15, del d. lgs. n. 50 del 2016 ha inteso evitare che, a soglia già cristallizzatasi (c.d. *blocco della graduatoria*), un concorrente possa insorgere contro l’ammissione di un altro non già*principaliter* per contestarne la legittima ammissione alla gara, in assenza di un valido requisito, ma solo per rimettere in discussione il calcolo delle medie e la soglia di anomalia effettuato sulla platea dei concorrenti, spesso molto ampia, ponendo i risultati della gara in una situazione di perenne incertezza e determinando, così, la caducazione, a distanza di molto tempo trascorso e in presenza di molte risorse impiegate, dell’aggiudicazione già intervenuta.
6.3. Proprio per questo l’art. 95, comma 15, del d. lgs. n. 50 del 2016, infatti, ha previsto l’immutabilità o invarianza della soglia, una volta cristallizzatasi, e cioè – al pari del suo diretto antecedente storico, l’art. 38, comma 2-*bis*, del d. lgs. n. 163 del 2006, di cui ricalca la formulazione – al fine di «*scoraggiare impugnazioni sui provvedimenti di ammissione o esclusione che avessero come obiettivo soltanto quello di modificare la media delle offerte*» (Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sez. giurisd., 26 giugno 2017, n. 316, ma. v. anche Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sez. giurisd., 22 dicembre 2015, n. 740 e Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sez. giurisd., 10 luglio 2015, n. 456).
6.4. La consapevole scelta effettuata dal legislatore nel 2014, allorché ha introdotto l’art. 38, comma 2-*bis*, del d. lgs. n. 163 del 2006, previsione poi recepita anche nel vigente codice dei contrati pubblici, è stata infatti quella di assicurare preminente interesse alla conservazione degli atti di gara, nonostante la successiva esclusione di taluno dei concorrenti e nonostante l’evidente rischio che, nelle more della partecipazione comunque avvenuta in punto di fatto, la permanenza in gara del concorrente in seguito escluso abbia sortito taluni effetti in punto di determinazione delle medie e delle soglie di anomalia (Cons. St., sez. V, 23 febbraio 2017, n. 847).
7. Questa *ratio legis* deve tenere conto, ora, dell’art. 29, comma 1, del vigente codice dei contratti pubblici e dell’art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., con la conseguenza che l’immediata impugnativa dell’atto di ammissione, in una fase della gara nella quale l’ammissione non si è ancora stabilizzata per essere ancora *sub iudice*, non può non retroagire, una volta accolta, al momento della illegittima ammissione, tempestivamente impugnata, in quanto, diversamente ritenendo, la stabilizzazione della soglia sarebbe “sterilizzata” da ogni eventuale illegittimità di una ammissione o esclusione tempestivamente contestata.
7.1. Il concorrente deve poter dunque impugnare immediatamente l’ammissione dell’altro, ove sia a conoscenza di una causa di illegittima ammissione alla stessa, senza attendere l’esito della gara e, in particolare, l’aggiudicazione (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 5 ottobre 2016, n. 4107, Cons. Giust. Amm. Sic., sez. giurisd., 19 febbraio 2018, n. 96), essendo il suo ricorso, in tale caso, inammissibile non solo per difetto di interesse secondo una valutazione già effettuata *ope legis* dal codice dei contratti pubblici, che vieta nell’art. 95, comma 15, la proposizione di azioni volte solo ad ottenere in modo strumentale, ed *ex post*, la modifica della soglia, ma anche per l’espressa previsione dell’art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., nella parte in cui stabilisce che «*l’omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l’illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale*».
7.2. Il principio della c.d. *invarianza della soglia* e la scelta del c.d. *blocco della graduatoria*, come si è accennato, sono stati recepiti consapevolmente anche nel nuovo codice dei contratti pubblici e, in particolare, nell’art. 95, comma 15, del d. lgs. n. 50 del 2016, che si applica al caso di specie.
8. Nella vicenda in esame, tuttavia, Carpe Diem si è attivata immediatamente per contestare l’illegittima ammissione della concorrente, nelle forme del rito superspeciale di cui all’art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., avendo impugnato con un primo ricorso tale ammissione il 14 settembre 2017, entro i trenta giorni decorrenti, considerata la sospensione feriale, dall’adozione dell’atto di ammissione di Polima, risalente al decreto dirigenziale n. 114 del 13 luglio 2017.
8.1. Né può sostenersi, come vorrebbe l’appellante, che la graduatoria si fosse “cristallizzata”, al momento in cui il ricorso fu proposto, non solo perché nessuna graduatoria era stata ancora “ufficializzata” dalla stazione appaltante, ma perché la fase di ammissione non poteva dirsi conclusa, in quel momento, anche per la rapida successione degli atti di gara, che avevano visto il 13 luglio l’ammissione delle concorrenti e, solo dopo 8 giorni, l’apertura delle offerte e la loro graduazione, nel verbale della seduta del 21 luglio 2017, atto endo-procedimentale, quest’ultimo, privo di immediata lesività, ai sensi dell’art. 120, comma 2-*bis*, ult. periodo, c.p.a. e non impugnabile autonomamente nelle forme del rito superspeciale.
8.2. La stessa Polima, prima graduata, era stata dalla stazione appaltante, con detto verbale del 21 luglio 2017, assoggettata alla verifica dell’anomalia, conclusasi di lì a poco con l’esclusione del 19 settembre 2017 e lo scorrimento della graduatoria, di cui al decreto dirigenziale n. 149 del 19 settembre 2017, ritualmente impugnato da Carpe Diem con successivo ricorso, connesso al primo e riunito a questo dalla sentenza impugnata.
8.3. Per parte sua, va qui notato, Carpe Diem, con l’istanza del 2 agosto 2017, ancora in pendenza del termine per impugnare l’ammissione di Polima aveva richiesto alla stazione appaltante di rideterminarsi in via di autotutela circa l’illegittima ammissione di Polima, proprio rappresentando la sua situazione di irregolarità contributiva che avrebbe dovuto determinarne, *in radice*e *ab origine*, l’esclusione dalla gara, come ha statuito correttamente sul punto il primo giudice, con motivazione, peraltro, che non è stata oggetto di specifica impugnazione e sulla quale, conseguentemente, si è formato il giudicato.
8.4. Ma il subprocedimento di verifica dell’anomalia, avviato dalla stazione appaltante il precedente 21 luglio 2017, era proseguito senza che di tale istanza essa avesse tenuto o dato alcun conto, concludendosi, appunto, con il menzionato decreto n. 149 del 19 settembre 2017, impugnato con successivo autonomo ricorso da Carpe Diem.
8.5. È evidente, dunque, che lo sbarramento, di cui all’art. 95, comma 15, del d. lgs. n. 50 del 2016, non può trovare applicazione ad un caso, come il presente, nel quale la concorrente ha tempestivamente impugnato l’atto di ammissione, nelle forme e nei termini di cui all’art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., in assenza, al momento, di qualsivoglia “cristallizzazione” della soglia per effetto di una graduatoria formata sulla base di ammissioni o esclusioni divenute inoppugnabili e immodificabili – per il rapidissimo susseguirsi degli atti di gara – e, anzi, in pendenza di un subprocedimento per la verifica dell’anomalia dell’offerta risultata prima graduata ancora aperto, subprocedimento nel corso del quale la concorrente Carpe Diem, terza graduata, pendendo comunque ancora il termine per impugnare l’ammissione di Polima, ha sollecitato la stazione appaltante ad escludere in via di autotutela, evidentemente ai sensi dell’art. 80, comma 6, del d. lgs. n. 50 del 2016, la prima graduata proprio per un vizio originario – l’irregolarità contributiva – di tale offerta.
8.6. Coerente con questa impostazione è, del resto, l’orientamento di Cons. St., sez. V, 13 febbraio 2017, n. 590 (e della consolidata giurisprudenza da essa richiamata: v., in particolare, Cons. St., sez. V, 16 marzo 2016, n. 1052), riguardante la determinazione della soglia direttamente conseguente all’illegittima ammissione disposta in danno dell’impresa partecipante che, prima dell’aggiudicazione, solleciti – come è anche avvenuto nel caso di specie – la stazione appaltante all’esercizio del potere di autotutela, al fine di assicurare e garantire, oltre la correttezza del procedura concorrenziale, il buon andamento dell’azione amministrativa disposto dall’art. 97 Cost.
8.7. Una diversa interpretazione, quale quella propugnata dall’appellante (e dalla Residenza “*Riviera del Brenta*”), si porrebbe in contrasto non solo con gli artt. 24 e 113 Cost, ma anche con l’appena richiamato art. 97 Cost., consentendo l’aggiudicazione di una gara sulla base di una determinazione della soglia ottenuta per l’effetto di una ammissione illegittima, tempestivamente impugnata dal concorrente interessato nelle forme e nei tempi dell’art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a. e altrettanto tempestivamente annullata dal primo giudice.
8.8. Inoltre tale diversa interpretazione, nel creare una riserva di amministrazione sottratta a qualsivoglia controllo di legalità, anche estrinseco, e nel precludere al giudice amministrativo la possibilità di “accedere” al fatto e di conoscere successive variazioni della soglia ancorché legittimamente contestate, in base al nuovo art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., con una rituale impugnazione dell’ammissione, si porrebbe in contrasto con il principio di *full jurisdiction*, costantemente affermato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo (v., in tal senso, la sentenza del 7 giugno 2012, *Segame SA c. France*), ma anche con la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, che ritiene in via generale non incompatibili con il diritto europeo criterî automatici di determinazione della soglia basati sulla media dell’insieme delle offerte ricevute, purché consentano di valutare in concreto l’anomalia dell’offerta (v., *ex plurimis*, Corte Giustizia delle Comunità europee, 15 maggio 2008, in C-147/06), ma al contempo precisa che debba trattarsi di offerte ricevute «*valide*».
8.9. Anche per questa ragione il Collegio, nel condividere l’orientamento seguito dalla citata giurisprudenza nel vigore del precedente codice dei contratti pubblici (v., *ex plurimis*, Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 22 dicembre 2015, n. 740), ritiene che la fase di ammissione e di esclusione delle offerte non possa sicuramente dirsi conclusa, anche nel vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, almeno finché non sia spirato il termine per impugnare le ammissioni e le esclusioni, in modo da consentire alle imprese partecipanti di potere contestare immediatamente dette ammissioni ed esclusioni, laddove esse immediatamente incidano sulla determinazione della soglia e siano, quindi, immediatamente lesive per il concorrente interessato (come è nel caso di specie per il brevissimo tempo intercorso tra la fase dell’ammissione e quella di determinazione della soglia), e comunque, laddove le ammissioni e le esclusioni di altri partecipanti non assumano immediata efficacia lesiva, ai fini della determinazione della soglia, con la conseguente impossibilità di impugnare un atto non immediatamente lesivo per il concorrente interessato (essendosi la soglia venuta a determinare, nel corso della gara, in un momento successivo a quello in cui è spirato il termine per impugnare le ammissioni e le esclusioni), finché la stessa stazione appaltante non possa esercitare il proprio potere di intervento di autotutela ed escludere «*un operatore economico in qualunque momento della procedura*» (art. 80, comma 6, del d. lgs. n. 50 del 2016) e, quindi, sino all’aggiudicazione (esclusa, quindi, l’ipotesi di risoluzione “pubblicistica” di cui all’art. 108, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016, successiva alla stipula del contratto).
8.10. Un diverso orientamento, che non considerasse tale potere di intervento in autotutela a procedura ancora aperta, da parte dell’amministrazione, e di esclusione dei concorrenti in qualunque momento della gara (art. 80, comma 6, del d. lgs. n. 50 del 2016), creerebbe un irrigidimento non conforme ai principî costituzionali ed europei, prima ancora che alle disposizioni del codice, determinando una cristallizzazione della soglia insensibile a qualsivoglia illegittimità riscontrata in corso di gara persino dalla stessa stazione appaltante, e, come ogni automatismo che non consenta alla stessa di valutare in concreto le offerte presentate, sarebbe «*contrario all’interesse stesso delle amministrazioni aggiudicatrici, in quanto queste ultime non sono in grado di valutare le offerte loro presentate in condizioni di concorrenza effettiva e quindi di assegnare l’appalto in applicazione dei criteri, anch’essi stabiliti nell’interesse pubblico, del prezzo più basso o dell’offerta economicamente più vantaggiosa*» (Corte di Giustizia delle Comunità europee, 15 maggio 2008, in C. 147/06, § 29).
9. La *ratio* dell’art. 95, comma 15, del d. lgs. n. 50 del 2016 mira, invece, ad evitare impugnative strumentali, tendenti a sovvertire il calcolo delle medie o la determinazione della soglia dell’anomalia, ad aggiudicazione ormai avvenuta, sulla base di una platea di concorrenti ormai cristallizzatasi per effetto di ammissioni o esclusioni definitive, non fosse altro perché non impugnate nei termini di cui all’art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a. o, comunque, perché ormai esauritasi la fase amministrativa di riesame dei precedenti atti di ammissione, all’interno della procedura (v. il già citato art. 80, comma 6, del d. lgs. n. 50 del 2016), con l’aggiudicazione, dopo un lungo *iter* e il dispendio di risorse ingenti da parte dell’amministrazione pubblica nel corso della gara.
9.1. Ma nel caso di specie, per le ragioni sin qui vedute, Carpe Diem ha impugnato tempestivamente in primo grado sia l’ammissione di Polima, per la stessa Carpe Diem immediatamente lesiva, sia la successiva esclusione di Polima per (la sola) anomalia dell’offerta.
10. Da quanto sin qui esposto deriva che l’appello di Euro & Promos, in quanto infondato, debba essere respinto, con la conseguente conferma, seppure per le ragioni esposte, della sentenza impugnata, che ha annullato correttamente tutti gli atti impugnati con i due ricorsi proposti in primo grado da Carpe Diem e ha disposto la rimodulazione dei punteggi attribuiti a ciascun concorrente, con la doverosa esclusione di Polima.
10.1. Tutte le ulteriori questioni sollevate dalla Residenza “*Riviera del Brenta*”, ai sensi dell’art. 101, comma 2, c.p.a., nella memoria del 18 gennaio 2018, al di là della loro ritualità, sono comunque irrilevanti e in ogni caso infondate, alla luce delle ragioni sin qui esposte, non solo perché è evidente – almeno nel caso di specie – l’interesse anche del terzo graduato ad impugnare, nelle forme di cui all’art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., l’ammissione del primo in una fase ancora aperta del procedimento, al fine di incidere sul calcolo delle medie e sulla soglia dell’anomalia, ma anche perché la invocata posticipazione delle verifiche sostanziali all’esito della gara, disposta dalla *lex specialis* con previsioni non impugnate da Carpe Diem, determinerebbe *ex se*l’impossibilità di contestare l’ammissione del concorrente se non una volta chiusasi la fase preliminare e formale di ammissione, definita con i provvedimenti di cui all’art. 29, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016, con la conseguenza, inaccettabile perché viziata da una evidente *petitio principii*, che una successiva impugnativa dell’ammissione, effetto necessitato di tale impostazione, integrerebbe proprio quella ipotesi di «*variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte*», vietata dall’art. 95, comma 15, del d. lgs. n. 50 del 2016, come sin qui si è detto.
10.2. Anche per queste ragioni, dunque, le statuizioni qui impugnate non possono che meritare conferma.
11. Le spese del presente grado del giudizio, considerata la complessità interpretativa della questione dibattuta, possono essere interamente compensate tra le parti.
11.1. Rimane definitivamente a carico dell’appellante, attesa la sua soccombenza, il contributo unificato richiesto per la proposizione del gravame.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull’appello, come proposto da Euro & Promos Social Health Care Coop. Soc., lo respinge e per l’effetto conferma, ai sensi di cui in motivazione, la sentenza impugnata.
Compensa interamente tra le parti le spese del presente grado del giudizio.
Pone definitivamente a carico di Euro & Promos Social Health Care Coop. Soc. il contributo unificato richiesto per la proposizione dell’appello.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.
Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 15 marzo 2018, con l’intervento dei magistrati:
Marco Lipari, Presidente
Giulio Veltri, Consigliere
Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore
Pierfrancesco Ungari, Consigliere
Giovanni Pescatore, Consigliere