**Pubblicato il 18/12/2018
N. 07129/2018REG.PROV.COLL.
N. 05723/2018 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 5723 del 2018, proposto da
Manutencoop Facility Managment S.p.A (ora Rekeep S.p.A.) in proprio e quale mandataria della costituenda A.T.I. con CFT Soc. Coop e COOB Soc. Coop., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Manzi, Francesco Rizzo, Stefano Baccolini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri n. 5;

contro

E.S.T.A.R. - Ente Supporto Tecnico Amministrativo Regionale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocato Francesco Vallini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell’Avv. Laura La Rocca in Roma, piazza della Marina, n. 1;
Cooplat Cooperativa Lavoratori Ausiliari del Traffico quale mandante dell’A.T.I. con Coopservice, non costituita in giudizio;

nei confronti

Coopservice Soc. Coop. p.a, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Pierpaolo Salvatore Pugliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, largo Messico, n. 7;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza) n. 659/2018, resa tra le parti, concernente l’aggiudicazione definitiva della gara per l’affidamento del servizio di logistica trasporto e consegna di farmaci, dispositivi medici e prodotti economali dai magazzini di ESTAR alle aziende sanitarie della Regione Toscana - determinazione di ESTAR n. 32 del 15.1.2018;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di E.S.T.A.R. - Ente Supporto Tecnico Amministrativo Regionale e di Coopservice Soc. Coop. p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 novembre 2018 il Cons. Stefania Santoleri e uditi per le parti gli avvocati Andrea Manzi, Claudia Molino su delega di Francesco Vallini e Pierpaolo Salvatore Pugliano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. - Con Bando di gara spedito per la pubblicazione sulla GUUE in data 11 agosto 2016, ESTAR ha indetto la procedura aperta per l’affidamento del “Servizio di Logistica, Trasporto e consegna di farmaci, dispositivi medici e prodotti economali dai Magazzini di ESTAR alle Aziende Sanitarie della Regione Toscana”.

L’appalto – della durata di cinque anni e da aggiudicarsi tramite il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa – aveva come base d’asta l’importo di euro 22.619.719,82, IVA esclusa.

Alla procedura hanno preso parte il RTI Coopservice (in seguito Coopservice) e il RTI Manutencoop Facility Management S.p.A. (in seguito MFM, ora Rekeep S.p.A.), gestore uscente del servizio.

Con Determinazione n. 936 del 12 giugno 2017, la Stazione appaltante ha aggiudicato la gara al RTI guidato da Coopservice; il raggruppamento MFM si è collocato al secondo posto.

2. - Il RTI MFM ha impugnato l’aggiudicazione dinanzi al TAR per la Toscana che,

con la sentenza del 20 novembre 2017, n. 1416, ha accolto parzialmente il gravame, ordinando all’Amministrazione di meglio approfondire alcuni aspetti relativi al giudizio di congruità dell’offerta con riferimento al costo del personale.

Il TAR ha quindi statuito che, all’esito del rinnovato subprocedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta, ESTAR avrebbe dovuto approfondire “l’analisi di anomalia acquisendo gli elementi che le consentissero di verificare se il minor costo dichiarato potesse trovare giustificazione concreta alla luce dell’organizzazione aziendale della aggiudicataria…”.

ESTAR ha dato esecuzione alla sentenza del TAR provvedendo a riaprire il sub procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta, chiedendo al RTI Coopservice di trasmettere, entro il 4 dicembre 2017 tutti gli elementi e le spiegazioni necessarie per la nuova verifica.

Tale società ha dato puntuale esecuzione a quanto richiesto dalla stazione appaltante; è seguito un incontro di approfondimento con il RUP (il 15 dicembre 2017); la società ha quindi trasmesso ulteriori spiegazioni a quest’ultimo, in data 19 dicembre 2017.

Sulla base della documentazione, ESTAR ha potuto verificare l’anomalia dell’offerta ritenendo che l’aggiudicataria avesse giustificato adeguatamente, in considerazione della propria organizzazione aziendale, lo scostamento tra il costo del lavoro offerto e quello desumibile dalle tabelle ministeriali (cfr. verbale del 21 dicembre 2017).

Con determinazione n. 32 del 15 gennaio 2018 ESTAR ha concluso il nuovo sub-procedimento di verifica della congruità dell’offerta, confermando l’aggiudicazione.

3. - Tale provvedimento è stato impugnato dinanzi allo stesso TAR per la Toscana che, con la sentenza impugnata, ha respinto il ricorso.

4. - Avverso tale decisione MFM ha proposto appello chiedendone la riforma.

Si sono costituite in giudizio sia ESTAR che Coopservice che hanno chiesto il rigetto dell’impugnativa.

Le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive tesi.

5. - All’udienza pubblica del 15 novembre 2018 l’appello è stato trattenuto in decisione.

6. - L’appello è infondato e va, dunque, respinto.

7. - Prima di procedere ad esaminare le doglianze è opportuno richiamare, in sintesi, quanto ha stabilito il primo giudice nella sentenza appellata.

Il TAR ha respinto il ricorso rilevando che:

- la propria precedente decisione si fondava sul rilievo che ESTAR non avrebbe tenuto conto del rilevante scostamento fra il costo del lavoro dichiarato dall’aggiudicataria e quello indicato nelle tabelle ministeriali: per questa ragione il Tribunale aveva ordinato la rinnovazione della verifica al fine di accertare se il minor costo potesse giustificarsi alla luce dell’organizzazione aziendale dell’aggiudicataria;

- la stazione appaltante ha provveduto a rinnovare la valutazione approfondendo, in particolare, i costi del personale e, dopo averli vagliati, ha provveduto alla nuova aggiudicazione sempre in favore di Coopservice;

- nella nuova impugnazione le censure di MFM si appuntano sul tasso di assenteismo della cooperativa vincitrice: la differenza tra il monte ore contrattuale indicato nell’offerta tecnica di Coopservice (pari ad 1.156.677,18 ore) e quello di cui all’offerta economica (908.155,52 ore) rappresenterebbe il totale delle ore non lavorate, la cui incidenza rispetto al monte ore complessivo, sarebbe pari al 21,49%, percentuale superiore a quella dichiarata nelle nuove giustificazioni, ritenute idonee dalla stazione appaltante;

- ESTAR, a differenza di MFM che ha effettuato valutazioni di tipo presuntivo, ha proceduto a riscontrare i dati giustificativi relativi al costo del lavoro tenendo conto dei concreti ed effettivi dati aziendali forniti dalla aggiudicataria;

- con riferimento al tasso di assenteismo ha fornito i dati reali dell’azienda dimostrando che il costo per tale voce è inferiore a quella desumibile dalle tabelle ministeriali;

- i dati indicati nelle tabelle sono stati supportati dalle buste paga dei dipendenti e dalla puntuale indicazione della copertura parziale dei costi delle assenze per malattia da parte dell’INPS.

- la censura diretta a sostituire la metodologia utilizzata dall’Amministrazione per il riscontro dell’anomalia senza prima dimostrare la sua irragionevolezza o inidoneità allo scopo sarebbe dunque inammissibile;

- in ogni caso, un calcolo presuntivo e forfetario del tasso di assenteismo non può superare un riscontro concreto, puntuale e documentato delle ore di assenza dei dipendenti di Coopservice.

8. - Con l’atto di appello MFM (ora Rekeep) deduce la censura di “error in iudicando per violazione dei principi relativi al sindacato giurisdizionale in tema di valutazione dell’anomalia dell’offerta. Error in iudicando per mancata e/o corretta considerazione e valutazione dei presupposti di diritto e di fatto. Travisamento. Omessa motivazione” rilevando che non era sua intenzione sostituire la metodologia seguita dalla stazione appaltante, ma semplicemente rilevare l’insostenibilità dell’offerta a fronte di un tasso di assenteismo diverso da quello dichiarato in sede di verifica dell’anomalia.

Sostiene, infatti, che l’aggiudicataria avrebbe modificato più volte i fattori tecnico-economici della propria offerta.

La stazione appaltante avrebbe consentito all’aggiudicataria di “aggiustare il tiro” al fine di far “quadrare” i conti finali: la società avrebbe quindi violato l’obbligo di applicare a tutti gli addetti dell’appalto il contratto “multiservizi”.

Per quanto concerne, invece, il tasso di assenteismo sostiene l’appellante che i dati da essa utilizzati non sarebbero presuntivi, ma dedotti da quelli forniti dalla stessa aggiudicataria: il numero di ore lavorate mediamente sarebbe nettamente inferiore a quello indicato nelle tre tabelle di calcolo del costo del lavoro prodotte con le giustificazioni del 4/12/2017.

Con il tasso di assenteismo del 21,49% le ore lavorate sarebbero in media 1.639,29 e non 1.666 ore, come indicato nella tabella riepilogativa dell’aggiudicataria

A dimostrazione di quanto affermato, ha quindi riportato talune tabelle da cui ha estrapolato i conteggi sui quali fonda la propria tesi.

9. - La doglianza è infondata.

9.1 - Occorre innanzitutto richiamare il costante orientamento della giurisprudenza in tema di sindacabilità del giudizio di congruità reso all’esito del subprocedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta.

Secondo tale orientamento, il giudizio favorevole di non anomalia dell'offerta in una gara d'appalto non richiede una motivazione puntuale ed analitica, essendo sufficiente anche una motivazione espressa per relationem alle giustificazioni rese dall'impresa offerente, sempre che queste ultime siano a loro volta congrue ed adeguate (Cons. Stato, sez. V, 17/05/2018, n. 2951); solo in caso di giudizio negativo sussiste, infatti, l’obbligo di una puntuale motivazione.

La stazione appaltante non è tenuta a chiedere chiarimenti su tutti gli elementi dell’offerta e su tutti i costi, ma può legittimamente limitarsi a verificare se, nel complesso, quest’ultima sia remunerativa e come tale assicuri il corretto svolgimento del servizio: può limitarsi, quindi, a chiedere le giustificazioni con riferimento alle sole di voci di costo più rilevanti, le quali – da sole – potrebbero incidere in modo determinante sull’attendibilità dell’offerta complessiva.

Occorre, infatti, ricordare che:

- la valutazione di congruità deve essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente ed in modo parcellizzato sulle singole voci, dal momento che l'obiettivo dell'indagine è l'accertamento dell'affidabilità dell’offerta nel suo complesso e non già delle singole voci che la compongono (Cons. Stato A.P. n. 36/2012 ; Cons. Stato, Sez. V, 14 giugno 2013, n. 3314; 1 ottobre 2010, n. 7262; 11 marzo 2010 n. 1414; IV, 22 marzo 2013, n. 1633; III, 14 febbraio 2012, n. 710);

- ciò che interessa al fine dello svolgimento del giudizio successivo alla valutazione dell’anomalia dell’offerta è rappresentato dall’accertamento della serietà dell’offerta desumibile dalle giustificazioni fornite dalla concorrente e dunque la sua complessiva attendibilità;

- l’esclusione dalla gara necessita la prova dell'inattendibilità complessiva dell’offerta (Cons. Stato A.P., 29 novembre 2012, n. 36; Sez. V, 26 settembre 2013, n. 4761; 18 agosto 2010, n. 5848; 23 novembre 2010, n. 8148) sicchè eventuali inesattezze su singole voci devono ritenersi irrilevanti: ciò che conta è l’attendibilità dell’offerta e la sua idoneità a fondare un serio affidamento per la corretta esecuzione dell'appalto (Cons. St., Sezione V, 29 gennaio 2018, n. 589).

Infine, è opportuno ribadire che la Commissione di gara dispone di ampia discrezionalità circa le modalità prescelte per il compimento del sub-procedimento di anomalia (in tal senso cfr. Cons. St., Sezione V, 21 dicembre 2017, n. 6003) e le sue valutazioni sono solo limitatamente sindacabili da parte del giudice.

9.2 - Nel caso di specie, l’appellante non ha provato le eventuali macroscopiche illogicità e/o erroneità cui sarebbe incorsa la Commissione di gara nella suddetta valutazione, né in cosa consista l’inaffidabilità dell’offerta di Coopservice, e, soprattutto, come tale asserita inaffidabilità possa incidere sul corretto svolgimento del servizio.

Occorre convenire con il primo giudice che l’appellante non ha censurato le modalità con le quali ESTAR ha eseguito la rinnovazione del subprocedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta, non ha fornito elementi dai quali desumere l’irragionevolezza, l’illogicità delle valutazioni, il difetto di istruttoria, il mancato approfondimento dei dati forniti dall’aggiudicataria, ma si è limitato a reiterare la propria personale ricostruzione dei dati al fine di dimostrare l’inattendibilità dell’offerta, non tenendo conto che le valutazioni ed criteri utilizzati per operare la verifica rientrano nella discrezionalità della stazione appaltante e che – come ha correttamente rilevato il TAR – la scelta di valutare i dati reali forniti in sede di giustificazioni non può certamente ritenersi irragionevole.

9.2 – Può, dunque, richiamarsi la giurisprudenza più recente di questa Sezione laddove ha chiaramente statuito che non può essere condivisa la critica disancorata dalle risultanze procedimentali: “piuttosto che concentrare la propria attenzione sull’istruttoria svolta dalla Commissione in merito alle giustificazioni rese dagli operatori verificati, l’appellante ne rifiuta a priori il giudizio, procedendo ad una ricostruzione alternativa rispetto a quella concretamente effettuata in tal modo sostituendosi radicalmente all’organo di valutazione ed immaginando un procedimento di verifica nuovo e diverso da quello effettivamente compiuto siccome autonomamente costruito su basi totalmente diverse. Ne discende la manifesta distonia del costrutto giuridico attoreo con il quadro regolatorio di riferimento, ciò rappresentando un'inammissibile invasione della sfera propria della Pubblica amministrazione. La descritta modalità di contestazione del potere amministrativo è, si ribadisce, inammissibile, poiché il giudice può sindacare le valutazioni di anomalia compiute dalla stazione appaltante sotto il profilo della loro logicità, può anche verificare (secondo l'insegnamento della citata Plenaria) la conclamata, macroscopica anomalia della offerta quale emergente ipso facto dagli atti, ma non può esercitare, al posto della Amministrazione, una valutazione disancorata da quella effettuata dalla stazione appaltante (Cons. Stato, V, 21 novembre 2017 n. 5387; id., 27 luglio 2017 n. 3702; id., 10 aprile 2017 n. 1676; id., 27 marzo 2017 n. 1370; Consiglio di Stato, sez. V, 05/03/2018, n. 1350)” (Cons. Stato, Sez. III, 9 ottobre 2018, n. 5798).

9.3 – In merito all’asserita modifica delle giustificazioni, è sufficiente richiamare il costante orientamento della giurisprudenza secondo cui non sono a priori inammissibili modifiche delle giustificazioni ovvero giustificazioni sopravvenute, come pure eventuali compensazioni tra sottostime e sovrastime, a condizione che – al momento dell’aggiudicazione – l’offerta risulti nel suo complesso affidabile, ossia dia garanzie di una seria esecuzione del contratto (ex multis, Cons. St., IV, 22 marzo 2013, n. 1633; IV, 23 luglio 2012, n. 4206; V, 20 febbraio 2012, n. 875; Cons. St., Sezione V, 10 ottobre 2017, n. 4680).

Ne deriva la non condivisibilità della prospettazione dell’appellante che si scontra con l’orientamento della giurisprudenza, dal quale il Collegio non ritiene di doversi discostare.

9.4 - Con riferimento al tasso di assenteismo e all’asserito mancato mantenimento del livello economico del personale è pienamente condivisibile quanto ritenuto dal TAR: la verifica è stata svolta sulla base di dati reali, acquisiti dalla stazione appaltante in sede di giustificazioni; i dati sull’assenteismo reali sono stati confrontati con i dati tabellari vigenti.

Nell’Allegato 2 alle spiegazioni fornite il 19/12/2017 (doc. n. 7 fascicolo ESTAR) è riportato, in calce ad ogni tabella, il numero delle ore annue teoriche lavorate secondo le tabelle ministeriali, pari a 2088 ore annue; da tale ammontare l’aggiudicataria ha sottratto le ore annue medie di assenza dal lavoro presso la propria azienda, suddivise per le relative voci componenti il dato dell’assenteismo (ferie, festività, malattia, ecc.) per un totale di n. 422 ore di assenza annue, da cui si ricava il numero di ore lavorate presso Coopservice di n. 1666, rispetto al numero tabellare di 2088.

Tale valore di 1666 rapportato al numero tabellare di 2088 denota un tasso effettivo di assenteismo presso la Coopservice del 20,21 %, che costituisce un dato reale e non meramente ipotetico.

Inoltre l’inattendibilità del criterio di calcolo operato dall’appellante risulta chiaramente dimostrato dalla difesa di ESTAR laddove utilizzando lo stesso criterio sui dati numeri forniti dalla stessa appellante si avrebbero dei tassi di assenteismo palesemente disancorati dai dati reali (cfr. memoria di costituzione di ESTAR pagg. 16 e ss. alle quali si fa rinvio per brevità).

9.5 - Con riferimento alla doglianza del mancato mantenimento per i lavoratori del livello contributivo/contrattuale in precedenza goduto è sufficiente rilevare che l’aggiudicataria ha correttamente conteggiato i costi del personale a seguito del riassorbimento nel CCNL “Multiservizi”; ha assicurato il mantenimento del livello retributivo nei confronti dell’87,2% e non del 100% (cfr. doc. n. 12); in ogni caso i conteggi effettuati dall’appellante risentono dell’errore relativo al computo del tasso di assenteismo stimato erroneamente dall’appellante nel 21,49%.

10. - In conclusione, per i suesposti motivi, l’appello va respinto e, per l’effetto in conferma della sentenza di primo grado, va respinto il ricorso di primo grado.

11. - Le spese del grado di appello possono compensarsi tra le parti in considerazione della particolarità della fattispecie.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l’effetto, in conferma della sentenza di primo grado, respinge il ricorso di primo grado.

Spese del grado di appello compensate tra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 novembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Giulia Ferrari, Consigliere

**Pubblicato il 31/12/2018
N. 01703/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00688/2018 REG.RIC.**

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

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 688 del 2018, proposto da
Martino Costruzioni s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Leonardo Limberti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, piazza Alberti 16;
contro
Comune di Follonica, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Stefania Sili, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
nei confronti
I.S.E. F.lli Massai s.r.l., in proprio e in qualità di capogruppo del R.T.I. costituendo con F.lli Barbini s.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Silvia Salsecci, Giuseppe Mazzone, Enrico Minelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
C.O.A.F. Cooperativa Operai Agricoli Forestali, Mc Appalti di Cristini Mattia, Esse.Ci. s.r.l., Centro Legno Ambiente Soc. Coop. A.F, Acme S.r.l., Bigalli S.r.l., Societa' Cooperativa Agricola Valliti Unite del Canavese, Dp Costruzioni S.R.L, Enea Appalti s.r.l., Serena Scavi s.r.l., Castorani Paolo, Consorzio Stabile Alta Val di Cecina S.r.l., Edilmassimo S.r.l., Nuova Edilmonte S.r.l., Ardeatina Appalti s.r.l., Società G. Boscaglia s.r.l., Professionisti del Paesaggio s.r.l.,, Vivai Barretta Garden s.r.l.,, D'Errico Costruzioni Sas del Geom. D'Errico Andrea & C., Isam s.r.l., Giustiniana s.r.l., Gosti s.r.l., Trovati s.r.l., Innocenti Costruzioni di Innocenti Geom. Mauro, Vi.Ma.Ra. s.r.l., Caromar s.r.l., Albiati s.r.l., Soter s.r.l., E.Co.Res s.r.l., Cadelago s.a.s., Lucas Ficulle s.a.s., Terra Uomini Ambiente s.r.l., Mediterranea s.r.l., Impredea s.r.l., La Versiliana Soc. Coop. Agr. A.R., Banini Ivano Impresa Individuale, Green Service di Faelli R. e Manni S. snc, Ifese s.r.l., La Fortuna s.r.l., Giardini del Sud s.r.l., Quaranta Costruzioni s.r.l., Campoverde di Carputo Ciro, non costituiti in giudizio;
per l'annullamento
della determinazione Dirigenziale n. 286 del 16.04.2018 comunicata via pec alla società ricorrente ai sensi dell'art. 76, comma 5, del D. Lgs. 50/2016 in data 18 aprile 2018 avente ad oggetto l'aggiudicazione, della procedura di gara "per l'affidamento di interventi per l'esecuzione di lavori di manutenzione ordinaria di riqualificazione e decoro parchi, viali e spazi pubblici del Comune di Follonica" CIG 72242507B0, all'ATI costituenda Ditta F.lli Massai S.r.l. in qualità di mandataria con sede legale in Grosseto, Via Birmania 148 con la ditta F.lli Barbini S.r.l. in qualità di mandante, con sede legale in Grosseto, Via Castiglionese n. 64.
Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Follonica e di I.S.E. F.lli Massai s.r.l.;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2018 il consigliere Luigi Viola e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

La ricorrente partecipava alla gara indetta dall'Amministrazione comunale di Follonica, con determina 10 ottobre 2017 n. 743 ed avente ad oggetto l'aggiudicazione, con il sistema della procedura aperta di cui all'art. 60 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 da svolgersi in modalità telematica, dell'accordo quadro per l'affidamento di lavori di manutenzione ordinaria, riqualificazione e decoro di parchi, viali e spazi pubblici del Comune (CIG 72242507B0); all'esito delle operazioni di controllo della documentazione amministrativa erano ammessi alla procedura 34 partecipanti.
Nella seduta pubblica del 12 dicembre 2017, il R.U.P., prima di procedere all'apertura delle offerte economiche, procedeva al sorteggio in seduta pubblica del metodo di valutazione della soglia di anomalia dell'offerta mediante estrazione di 5 biglietti appositamente predisposti (estrazione materialmente effettuata dal Sig. Stefano Caprio, rappresentante del R.T.I. con capofila la I.E.S. F.lli Massai s.r.l., unico delegato presente alle operazioni di gara); essendo stato sorteggiato il criterio di cui alla lett. e) dell'art. 97, 2° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, si procedeva all'ulteriore sorteggio del coefficiente correttivo da applicare allo scarto medio dei ribassi superiori alla media dei ribassi, tra cinque biglietti contenenti i diversi coefficienti di correzione.
Solo dopo il calcolo della soglia di anomalia e la chiusura delle operazioni di valutazione alle ore 17, il R.U.P. si accorgeva di aver commesso un errore nel predisporre cinque biglietti con i relativi coefficienti di correzione (così come previsto dal testo originario del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), piuttosto che quattro (come previsto dal testo della norma successivamente modificato dall'art. 62, 1° comma, lett. a), n. 6) del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56); veniva pertanto decisa una sospensione della procedura (regolarmente assunta a verbale) per poter riconvocare una nuova seduta pubblica <<in cui effettuare una nuova estrazione del coefficiente per il calcolo della soglia di anomalia e procedere con la graduatoria delle offerte>>.
La nuova seduta di gara si svolgeva il 19 dicembre 2017 (non più alla presenza del delegato del R.T.I. con capofila la I.E.S. F.lli Massai s.r.l., ma di due funzionari comunali cui erano devolute le operazioni di estrazione) e veniva estratto, tra i quattro biglietti con i coefficienti correttivi predisposti, il coefficiente di 0,6; veniva pertanto redatta la graduatoria finale della procedura che vedeva aggiudicatario il R.T.I. costituendo tra la I.E.S. F.lli Massai s.r.l. (mandataria) e la Barbini s.r.l. (mandante).
Con nota 15 febbraio 2018, prot. n. 5678, il R.U.P. respingeva alcune contestazioni mosse dalla ricorrente (in buona sostanza, quelle poi poste a base del ricorso); con determinazione 16 aprile 2018 n. n. 286 del Dirigente l'Ufficio lavori pubblici del Comune di Follonica, la procedura di gara era quindi aggiudicata al R.T.I. costituendo tra la I.E.S. F.lli Massai s.r.l. (mandataria) e la Barbini s.r.l. (mandante).
Tutti gli atti della procedura di gara erano impugnati dalla ricorrente che articolava censure di: 1) violazione delle regole in materia di verbalizzazione delle operazioni di gara, violazione del giusto procedimento, violazione dei principi di trasparenza e di imparzialità, violazione della par condicio dei concorrenti, violazione dell'art 10 del disciplinare di gara; 2) violazione del giusto procedimento, violazione dei principi di trasparenza e di imparzialità, violazione della par condicio dei concorrenti, sotto altro profilo, violazione dell'art. 6 del disciplinare di gara; 3) violazione giusto procedimento, violazione dei principi di trasparenza e di imparzialità, violazione della par condicio dei concorrenti, violazione dell'art 10 del disciplinare di gara.
Si costituivano in giudizio l'Amministrazione comunale di Follonica e l'Impresa Edile Stradale F.lli Massai s.r.l. (in proprio ed in qualità di mandataria del R.T.I. costituendo con la Barbini s.r.l.), controdeducendo sul merito del ricorso.
Con ordinanza 13 giugno 2018 n. 320, la Sezione respingeva l'istanza cautelare proposta con il ricorso e condannava la ricorrente al pagamento alle controparti delle spese della fase cautelare di giudizio.
Il ricorso è infondato e deve pertanto essere respinto.
Tutte le censure proposte da parte ricorrente ruotano intorno all'errore compiuto dal R.U.P. nel corso della seduta del 12 dicembre 2017 (in buona sostanza, aver predisposto cinque schede invece che quattro per il sorteggio del coefficiente di cui alla lett. e) dell'art. 97, 2° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in applicazione del testo originario della previsione normativa e non della versione modificata dall'art. 62, 1° comma, lett. a), n. 6) del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56); errore che sarebbe stato "gestito", secondo la prospettazione fornita in ricorso, in maniera tale da non rispettare le esigenze minime di segretezza ed imparzialità delle procedure di valutazione proprie della materia dei contratti pubblici.
Già in sede cautelare (T.A.R. Toscana, sez. I, ord. 13 giugno 2018 n. 320), la Sezione ha però esposto in forma sintetica le ragioni che portano a ritenere inaccoglibile la prospettazione di parte ricorrente, secondo un percorso argomentativo che merita di essere riproposto.
Indipendentemente dalla problematica relativa all'applicabilità alle gare in forma telematica dell'obbligo di apertura in seduta pubblica delle offerte (che in questa sede non rileva, visto che la previsione dell'art. 10.2 del disciplinare di gara prevede espressamente l'apertura delle offerte in seduta pubblica), la Sezione ha già rilevato in sede cautelare la sostanziale irrilevanza del fatto che le offerte siano state praticamente conosciute dal rappresentante del R.T.I. controinteressato sette giorni prima della seduta di formazione della graduatoria (precisamente, in data 12 dicembre 2017, mentre la formazione della graduatoria risulta essere intervenuta solo nella successiva seduta del 19 dicembre); trattandosi di gara svolta con modalità telematiche, deve, infatti, ritenersi senza possibilità di smentita (ed infatti, parte ricorrente non propone alcuna argomentazione in proposito) che <<l'integrità delle buste contenti le offerte, seppur aperte, era garantita dal sistema>> (T.A.R. Toscana, sez. I, ord. 13 giugno 2018 n. 320).
Completamente irrilevante, risulta quindi il riferimento a T.A.R. Toscana, sez. II, 27 gennaio 2015 n. 133 che si riferisce ad una gara non gestita in forma telematica e che quindi non assicurava in forma automatizzata l'integrità delle offerte; in buona sostanza si tratta pertanto di "vecchie" preoccupazioni che non hanno motivo di esistere in un contesto caratterizzato dall'utilizzazione dello strumento telematico (in questo caso, attraverso l'utilizzazione della piattaforma "START"), tanto più che, come già rilevato, parte ricorrente non prospetta neanche una possibile alterazione delle offerte nei sette giorni intercorsi tra le due sedute di gara o una qualche forma di irregolarità del secondo sorteggio (che, in astratto, avrebbe potuto alterare il risultato di gara ove fosse stato "pilotato"), ma si limita a sollevare una censura formale relativa al fatto che, nel detto spazio di tempo, le offerte fossero conosciute peraltro da parte del solo R.T.I. che aveva ritenuto di far partecipare un proprio rappresentante alle operazioni di gara.
Altrettanto formale risulta poi la censura relativa all'omessa verbalizzazione della prima (ed errata) graduatoria formata nella seduta del 12 dicembre; già in sede cautelare, la Sezione ha, infatti, rilevato come appaia <<ininfluente la circostanza che l'Amministrazione non abbia proceduto alla pubblicazione della graduatoria formata sulla base del riconosciuto errore di calcolo della soglia di anomalia>> (T.A.R. Toscana, sez. I, ord. 13 giugno 2018 n. 320), trattandosi di dato che non modifica sostanzialmente la legittimità del comportamento del R.U.P. (che ha semplicemente rettificato l'errore compiuto, prima di concludere la procedura di gara) e comunque di dati di facile elaborazione (come è testimoniato dal fatto che la ricorrente è stata agevolmente in grado di ricostruire la prima graduatoria, constatando di avervi ricoperto la prima posizione).
Del pari irrilevante risulta poi il fatto che, al momento del secondo sorteggio del coefficiente correttivo, le offerte fossero ormai conosciute; si tratta, infatti di un dato del tutto inconferente in un contesto in cui non risulta contestato l'esito del secondo sorteggio o l'integrità delle offerte ed in cui parte ricorrente si limita a sottolineare un dato che, in realtà, deriva "automaticamente" dall'errore compiuto in sede di operazioni di aggiudicazione, senza sostanzialmente dimostrarne la rilevanza ai fini della modificazione dell'esito di una gara che, come già rilevato, risulta essere stata aggiudicata sulla base di un criterio automatico di valutazione e di dati non contestati.
Ancora insuscettibile di accoglimento risulta poi la censura relativa alla mancata comunicazione <<mediante invio di comunicazioni personali alla casella di posta elettronica certificata di ciascuna impresa>> quando risulta evidente, come nella fattispecie, sia stata rispettata la previsione di cui all'art. 3.1. 2° comma del disciplinare che prevede l'inserimento delle <<comunicazioni aventi carattere generale>> sulla piattaforma "START" (come regolarmente avvenuto alle 17:38 del 14 dicembre 2017, mediante inserimento di un sintetico riassunto di quanto avvenuto il 12 dicembre e dell'indicazione di giorno, ora e luogo della successiva seduta del seggio di gara) risultando riservata la comunicazione via P.E.C. alle sole comunicazioni di cui all'art. 76, 5° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (in questo senso, si veda l'espressa previsione dell'art. 16 del disciplinare).
Con tutta evidenza, la previsione in materia di oneri di comunicazione riguarda poi le operazioni di valutazione in generale e non sussiste alcun onere di comunicare preventivamente ai partecipanti la seduta di apertura delle offerte (come prospettato dal ricorrente con il terzo motivo di ricorso che sostanzialmente lamenta il fatto che la prima apertura delle offerte sia avvenuta il 12 dicembre 2017, in prosecuzione di una seduta di gara inizialmente destinata al completamento della fase di valutazione della regolarità della documentazione amministrativa dei partecipanti alla procedura).
In definitiva, il ricorso deve pertanto essere respinto; le spese seguono la soccombenza e devono essere liquidate, come da dispositiv.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge, come da motivazione.
Condanna parte ricorrente alla corresponsione all'Amministrazione resistente, oltre a quanto già liquidato con riferimento alla fase cautelare, della somma di € 1.000,00 (mille/00), oltre ad IVA e CAP, a titolo di spese del giudizio.
Condanna parte ricorrente alla corresponsione alla controinteressata costituita, oltre a quanto già liquidato con riferimento alla fase cautelare, della somma di € 1.000,00 (mille/00), oltre ad IVA e CAP, a titolo di spese del giudizio.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:
Manfredo Atzeni, Presidente
Luigi Viola, Consigliere, Estensore
Raffaello Gisondi, Consigliere

**Pubblicato il 29/12/2018
N. 00829/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00470/2018 REG.RIC.**

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche
(Sezione Prima)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 470 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da
La Sorgente Società Cooperativa Sociale e Arcobaleno Società Cooperativa Sociale, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati Antonella Storoni, Sara Api, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
contro
Provincia di Pesaro e Urbino, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Beatrice Riminucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Comune di Fermignano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Alberto Clini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
nei confronti
Eurotrend Assistenza Cooperativa Sociale S.C.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Franco Enoch, Alessandra Blasi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
per l'annullamento
sia per quanto riguarda il ricorso introduttivo che per quanto riguarda i motivi aggiunti:
- della determinazione del direttore Generale della Provincia di Pesaro e Urbino n. 953 del 25/9/2018, comunicata il 26/9/2018, avente ad oggetto “SUA- Approvazione delle risultanze di gara a procedura aperta per l'affidamento della gestione del servizio sociale ed educativo e servizi ausiliari “Nido d'infanzia” del Comune di Fermignano (PU) per anni 3 (tre), con possibilità di rinnovo per ulteriori anni 2 (due), Numero gara: 7138275, CIG: 7553129F37, e aggiudicazione all'impresa Eurotrend Assistenza s.c.r.l.” con la relativa nota di comunicazione;
- di tutti gli atti di gara, ivi compresi:
- i verbali delle sedute pubbliche e riservate di ammissione dei concorrenti e valutazione delle offerte svoltesi tutte in data 28/8/2018, il verbale del 14/9/2018 sull'esito della procedura di verifica di anomalia;
- tutti gli atti della procedura di verifica di anomalia fra cui la valutazione espressa con nota prot. 12059 e nota prot. 28454/2018 del 3/9/2018 dal RUP e la preso atto del seggio di gara nella seduta del 14/9/2018;
- la determinazione del Direttore Generale della Provincia di Pesaro e Urbino n. 830/2018 di nomina della commissione aggiudicatrice;
- il regolamento della disciplina dei contratti approvato dal Consiglio provinciale di Pesaro e Urbino con atto n. 127/2003 non conosciuto, citato nella determina di aggiudicazione, il regolamento della stazione unica appaltante approvato con delibera di Giunta Provinciale 116 del 6/6/2013;
- la delibera di C.C. Fermignano n. 35 del 25/5/2017 di approvazione della convenzione con la Provincia di Pesaro e Urbino per il conferimento delle funzioni di SUA e la convenzione stessa stipulata tra le parti in data 21/9/2017;
- la delibera di G.C. del Comune di Fermignano n. 104/2018, la determina a contrarre del Comune di Fermignano n. 144/2018, il bando di gara, il capitolato speciale e il disciplinare di gara, anche laddove si prevede che la ditta aggiudicataria dovrà avviare l'esecuzione del servizio prima della stipula del contratto;
- qualora occorra della nota prot. n. 13500 del 27/9/2018 del Comune di Fermignano di riscontro alle deduzioni delle ricorrenti;
- di ogni altro atto precedente o conseguente comunque connesso o collegato;
nonché per la dichiarazione
ex artt. 121 ss. c.p.a., di inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulato;
e contestuale domanda ex art. 124 c.p.a. di conseguire l'aggiudicazione e il contratto, in toto, o in via subordinata, per la parte del servizio che risulti ancora da espletare ovvero, in ulteriore subordine, in caso di mancata dichiarazione di inefficacia, totale o parziale, del contratto, per la condanna al risarcimento del danno per equivalente;
nonché, qualora venga avviata, per l'annullamento della esecuzione anticipata del servizio, la cessazione della stessa e per il risarcimento dei danni per il periodo di servizio non gestito.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Pesaro e Urbino, del Comune di Fermignano e di Eurotrend Assistenza Cooperativa Sociale S.C.R.L.;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2018 il dott. Tommaso Capitanio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Le cooperative ricorrenti, in a.t.i. fra loro, hanno preso parte alla procedura ad evidenza pubblica indetta dalla Stazione Unica Appaltante (di seguito S.U.A.) istituita presso la Provincia di Pesaro e Urbino per conto del Comune di Fermignano ed avente ad oggetto la gestione del servizio sociale ed educativo e dei servizi ausiliari presso il “Nido d’infanzia” comunale per tre anni, con possibilità di rinnovo per ulteriori due anni (importo a base d’asta € 1.088.397,50, IVA esclusa; gara da aggiudicare con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, con 70 punti per il merito tecnico e 30 punti per l’offerta economica).
La delega alla S.U.A. per l’indizione della presente gara discende dalla convenzione a suo tempo stipulata con il Comune di Fermignano ai sensi dell’art. 37 del D.Lgs. n. 50/2016.
Alla procedura, oltre all’a.t.i. ricorrente, ha preso parte unicamente la controinteressata Eurotrend, che, all’esito della valutazione delle offerte tecniche ed economiche, è risultata aggiudicataria. L’offerta di Eurotrend, essendo risultata anomala, è stata sottoposta a verifica di congruità, ai sensi dell’art. 97 del D.Lgs. n. 50/2016. Le giustificazioni, presentate dalla cooperativa in data 31 agosto 2018, sono state ritenute esaustive dal RUP e dalla commissione di gara, di talché la S.U.A., con l’impugnata determinazione n. 953/2018, ha decretato l’aggiudicazione definitiva.
2. Le ricorrenti, con il mezzo introduttivo, hanno dedotto le seguenti doglianze (con riserva di motivi aggiunti all’esito della disamina della documentazione di gara, di cui la stazione appaltante ha concesso l’integrale ostensione in data 11 ottobre 2018):
a) avverso la decisione del Comune di procedere alla consegna d’urgenza del servizio:
- violazione e falsa applicazione dell’art. 32, commi 8 e 9, del Codice dei contratti pubblici, difetto di trasparenza, parziarietà.
In parte qua le ricorrenti deducono sia la violazione dell’art. 32, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016 (ed in particolare del c.d. termine di stand still), sia la violazione dell’art. 32, comma 8, del Codice dei contratti (contestando l’assenza dei presupposti di urgenza che giustificano la consegna dell’appalto prima della stipula del contratto);
b) avverso gli atti di nomina della commissione di gara:
- violazione e falsa applicazione degli artt. 77, 78 e 216, comma 12, del D.Lgs. n. 50/2016, della delibera ANAC n. 27/2017, della convenzione relativa al conferimento delle funzioni di S.U.A. stipulata tra Comune di Fermignano e Provincia di Pesaro e Urbino, illegittimità della individuazione e della nomina della commissione di gara, difetto di motivazione e trasparenza.
In parte qua le ricorrenti deducono l’illegittimità degli atti di nomina della commissione di gara per violazione dell’art. 10 della Convenzione stipulata fra Comune e S.U.A. per lo svolgimento delle funzioni di stazione appaltante, il quale art. 10 prevederebbe che i componenti della commissione di gara siano nominati tutti fra i dipendenti del Comune di volta in volta interessato e che solo in caso di documentata assenza, nei ranghi comunali, di adeguate professionalità siano individuabili funzionari dipendenti di altri Comuni aderenti alla Convenzione e/o della stessa S.U.A. Nella specie solo due membri sono stati designati dal Comune, ma uno solo è un suo dipendente, e non è stata fornita la dimostrazione dell’assenza di altre professionalità interne. Il terzo membro è invece lo stesso direttore della S.U.A., il quale si è illegittimamente autonominato a presidente della commissione di gara;
- violazione e falsa applicazione degli artt. 77, 78 e 216, comma 12, del D.Lgs. n. 50/2016, della delibera ANAC n. 27/2017, della convenzione relativa al conferimento delle funzioni di S.U.A. stipulata tra Comune di Fermignano e Provincia di Pesaro e Urbino, illegittimità della individuazione e della nomina della commissione di gara, difetto di motivazione e trasparenza, illogicità manifesta, irragionevolezza e difetto di istruttoria.
Le ricorrenti deducono poi che la S.U.A. e l’Ente comunale hanno nominato quali componenti della commissione di gara soggetti privi della necessaria esperienza e competenza nel settore (e questo anche volendo condividere il principio giurisprudenziale secondo cui nell’ambito di un organo collegiale la competenza può essere ripartita fra i vari componenti e può ammettersi, accanto a membri specificatamente competenti nello specifico settore, anche un soggetto con competenza trasversale). In particolare, il direttore della S.U.A., dott. Marco Domenicucci, ha competenze ed esperienza professionale in materia dei tributi, contabilità, edilizia, ma non di servizi sociali, la dott.ssa Franca Damasi è la responsabile del Servizio Demografico, Statistico e Ufficio relazioni con il Pubblico del Comune di Fermignano, mentre il dott. Piero Fraternale, dipendente del Comune di Urbino, al di là del ruolo indicato nella delibera di nomina di responsabile del Servizio Educativo, non ha nel proprio curriculum vitae alcuna competenza o esperienza in materia di servizi sociali ed educativi, fatta salva la mera partecipazione a convegni. Nessuno di questi funzionari ha, per qualifica professionale, né per esperienza aliunde conseguita, competenza tecnica ed esperienza in merito al servizio di riferimento “Nido d’infanzia” né ad alcun servizio educativo in genere.
Di qui l’inattendibilità delle valutazioni che gli stessi hanno svolto sulle offerte tecniche e sulle giustificazioni rese dall’aggiudicataria.
Sotto ulteriore profilo, le ricorrenti deducono l’illegittimità della auto designazione del dott. Domenicucci quale presidente della commissione, visto che lo stesso ha partecipato alla redazione degli atti di gara (in particolare ha redatto e sottoscritto il bando e il disciplinare di gara nonché tutti gli altri atti della procedura). Ciò si pone in violazione dell’art. 77, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016, nonché del principio evincibile dal successivo comma 7, a mente del quale la nomina dei commissari deve avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte. In effetti, consentire al soggetto che ha redatto gli atti di gara e ha indetto la procedura di rivestire anche il ruolo di commissario si pone in contrasto con i principi di imparzialità, trasparenza e buon andamento dell’azione amministrativa, essendo già noto il suo nominativo sin dall’indizione della gara e sin dalla pubblicazione del bando, oltre che conosciuto ex ante dallo stesso commissario con possibilità di palesarsi alle imprese concorrenti prima della formulazione delle offerte;
c) avverso le risultanze del sub-procedimento di verifica dell’anomalia:
- violazione e falsa applicazione degli artt. 97 e 23 del Codice dei contratti, illogicità manifesta, difetto di motivazione, irragionevolezza e difetto di istruttoria.
Le ricorrenti rilevano la palese anomalia dell’offerta di Eurotrend, in quanto il discostamento rispetto al costo del personale fissato nelle tabelle ministeriali che si rileva nelle giustificazioni è pari a oltre il 23% e quindi abnorme.
Le ricorrenti evidenziano inoltre che la verifica di congruità è stata eseguita da un RUP palesemente incompetente a valutare profili di natura contabile, tributaria e giuslavoristica (trattandosi di un funzionario comunale in possesso della qualifica di assistente sociale).
3. Con decreto cautelare monocratico ante causam n. 212/2018, il Presidente del TAR aveva accolto la domanda di sospensione dell’atto di consegna d’urgenza del servizio con decorrenza dal 1° ottobre 2018 (per cui le ricorrenti, quali appaltatrici uscenti, hanno continuato a gestire il servizio).
Sul ricorso introduttivo, regolarmente notificato alle controparti nel termine stabilito dall’art. 61 cod. proc. amm., si sono costituiti il Comune di Fermignano, la Provincia di Pesaro e Urbino e la controinteressata Eurotrend, chiedendo il rigetto di tutte le domande proposte.
4. In data 30 ottobre 2018 è stato depositato un atto di motivi aggiunti, con cui le cooperative “La Sorgente” e “Arcobaleno” deducono le seguenti ulteriori censure, questa volta avverso le risultanze del sub-procedimento di verifica di anomalia:
- violazione e falsa applicazione degli artt. 97, 23, 30 del D.Lgs. n. 50/2016, degli artt. 37, 86 e 51 del vigente c.c.n.l. cooperative sociali del 16/12/2011, dei decreti del Ministro del Lavoro 24 febbraio 2009 e 2 ottobre 2013, illogicità manifesta, difetto di motivazione, irragionevolezza difetto di istruttoria.
Queste censure riguardano, congiuntamente, le giustificazioni rese da Eurotrend e il giudizio di congruità dell’offerta a cui il RUP e la commissione di gara sono pervenute all’esito dell’esame delle stesse giustificazioni.
Queste le criticità evidenziate nell’atto di motivi aggiunti (che le ricorrenti hanno sviluppato anche con l’ausilio di una perizia di parte del consulente del lavoro dott.ssa Settimio - doc. allegato n. 20 ai motivi aggiunti):
- Eurotrend ha considerato nella propria offerta economica un costo orario del lavoro conteggiato secondo un metodo personale di stima non conforme alle regole dettate dal Ministero del Lavoro con il D.M. 24 febbraio 2009, come modificato dal vigente D.M. 2 ottobre 2013 (c.d. tabelle ministeriali). Come è noto, con tali decreti il Ministero pubblica periodicamente tabelle in cui viene determinato il costo medio orario del lavoro, stabilendosi così, nel contempo, anche il metodo di calcolo di detto costo, metodo che è da ritenere imprescindibile in quanto formulato tenendo in considerazione le indennità e gli elementi normativi di tutela dei lavoratori di natura inderogabile.
Tali decreti, come è altrettanto noto, non stabiliscono parametri inderogabili, essendo ben possibile per la singola impresa dimostrare la riduzione del costo medio del lavoro stimato, in ragione di eventuali sgravi contributivi o fiscali e/o benefici riconosciuti dalla legge;
- l’analisi delle giustificazioni prodotte da Eurotrend evidenzia come la stessa abbia impiegato un metodo proprio di calcolo del costo orario del lavoro, utilizzando un parametro (il “rateo orario”) che risulta del tutto difforme rispetto al criterio di calcolo previsto dal Ministero del lavoro nelle apposite tabelle ai fini del corretto conteggio ed applicazione delle indennità di legge spettanti ai lavoratori. L’utilizzo di tale metodo ha determinato un’applicazione distorta dei principi e dei criteri di calcolo delle varie voci di costo che confluiscono nel totale costo del lavoro, comportando evidenti e grossolani errori di quantificazione delle singole voci di costo. Inoltre Eurotrend ha omesso di considerare altre voci di costo del lavoro corrispondenti a trattamenti, indennità e istituti inderogabilmente previsti dalle norme di contrattazione collettiva;
- ciò premesso, e passando alle singole anomalie, le ricorrenti rilevano in primo luogo che per i lavoratori di categoria D1 – Educatori (che rappresentano la voce preponderante di costo del lavoro atteso l’elevato numero di ore previste in capitolato, ossia 25.350 ore, contro le 3.564 ore dei lavoratori B1 e le 3.618 ore dei lavoratori A1), Eurotrend ha formulato la propria offerta tenendo conto di tre scatti di anzianità. Tale conteggio è però errato, in quanto l’art. 37 del c.c.n.l. Cooperative Sociali e il disciplinare di gara prevedono il transito del personale già impiegato nel servizio al nuovo gestore. Tuttavia, tutti i lavoratori D1 impiegati nel servizio hanno maturato cinque scatti di anzianità e pertanto l’aggiudicataria avrebbe dovuto tenere conto, nella formulazione della propria offerta, di questo maggiore onere. Tale dato era stato peraltro reso noto ex ante alle ditte partecipanti;
- in secondo luogo, Eurotrend, come si evince dalla scomposizione del costo orario dalla stessa redatta in sede di verifica di anomalia, ha omesso di considerare il costo della previdenza complementare (e ciò in violazione dell’art. 86 del c.c.n.l., che prevede siffatto costo a carico dell’azienda qualora il lavoratore si iscriva al Fondo Pensione Cooperlavoro). Il relativo onere è pari allo 0,52% sull’imponibile dei contributi sociali;
- in terzo luogo, è errato anche il calcolo del costo del TFR. Tale onere è stato dapprima correttamente stimato da Eurotrend tenendo conto della retribuzione della tredicesima mensilità, ma il relativo importo è stato poi diviso per un divisore (ore lavorate) di 1980. Questo divisore, che si riferisce al numero delle ore annue mediamente lavorate, non trova riscontro nella tabella ministeriale, che individua un divisore pari a 1548 (ore annue effettivamente lavorate) ma neppure in un criterio di ragionevolezza, anche perché esso è addirittura superiore alle ore totali teoriche stabilite dal Ministero (1976, comprensive anche delle ore non lavorabili per permessi, ferie, etc.).
Queste censure troverebbero conferma nelle giustificazioni rese da Eurotrend, la quale, nella propria tabella di scomposizione del costo orario, ha indicato le ore non lavorate per malattia, gravidanza, formazione, festività, festività soppresse, permessi, etc., che devono dunque di necessità essere sottratte dal totale delle ore teoriche, producendo necessariamente un divisore minore rispetto a quello considerato.
L’applicazione di tale errato divisore al costo TFR, peraltro, non è stato neppure apertamente dichiarato da Eurotrend, risultando celato unitamente ad un insignificante riferimento al “rateo orario”.
Errato e fuorviante è il riferimento all’art. 51 del c.c.n.l. operato dall’aggiudicataria per suffragare il proprio divisore, atteso che detto articolo si riferisce alla paga oraria, concetto ben diverso dal costo orario. Eurotrend avrebbe invece dovuto quantificare il peso della voce TFR attraverso il divisore indicato nelle tabelle ministeriali (1548), o quantomeno tenendo conto della effettiva percentuale di assenze per malattie, permessi, etc., registrate nello storico aziendale;
- in quarto luogo, la medesima errata ed arbitraria impostazione del metodo di calcolo delle voci del costo del lavoro si rinviene anche nella stima dell’incidenza, sul costo orario, dell’assenteismo per malattia, maternità, gravidanza e infortunio, visto che anche in questo caso Eurotrend ha considerato il divisore 1980. Inoltre la controinteressata mostra di considerare tale costo a proprio carico solo per il 40% del relativo importo (senza peraltro indicare e comprovare la fruizione di specifici sgravi e benefici che ne permettono l’abbattimento al 40%);
- infine Eurotrend dichiara una minore aliquota IRAP (1,9%) rispetto a quella indicata nelle tabelle ministeriali (3,9%) in ragione del fatto che essa ha la propria sede legale nella Regione Piemonte. Non risulta tuttavia che sia stato chiarito dall’aggiudicataria né approfondito dal RUP e dalla commissione se tale indicazione sia conforme alla normativa sull’IRAP;
- la corretta rilevazione delle suesposte discrasie avrebbe dovuto condurre il RUP e la commissione a riscontrare una sottostima dei costi del personale pari a oltre 50.000,00 €/anno, cifra che assorbe sia l’utile di impresa che le altre cifre indicate a titolo di spese generali, con conseguente obbligo di esclusione dell’offerta;
- inoltre, dall’esame dell’offerta tecnica dell’aggiudicataria emergerebbero ulteriori costi del personale, che non si comprende se siano stati o meno considerati nell’offerta economica, visto che ad essi non si fa alcun accenno nelle giustificazioni. Le ricorrenti si riferiscono, in particolare, alle ore, proposte come miglioria, della figura del responsabile dell’appalto (di cui è prevista la presenza ed anche la reperibilità per 24 ore su 24, sette giorni su sette) e del coordinatore pedagogico (100 ore annue), i cui costi non sono stati in alcun modo rappresentati. Il coordinatore pedagogico dovrebbe essere una figura professionale inquadrata quantomeno al livello E1 con conseguente costo orario di € 22,62 e maggior costo per 100 ore di € 2.262,00, mentre il responsabile dell’appalto deve essere inquadrato almeno al livello F1, con costo orario di € 25,55. Da ciò discende un ulteriore profilo di anomalia dell’offerta non rilevato dal RUP e dalla commissione.
5. Le ricorrenti chiedono altresì la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato medio tempore e formulano espressamente la domanda di subentro ex art. 124 cod. proc. amm.
In via subordinata, chiedono la condanna delle amministrazioni intimate al risarcimento dei danni per equivalente monetario, sia con riguardo alla parte del servizio che non fosse eventualmente più eseguibile, sia per la parte del servizio che Eurotrend abbia eventualmente svolto sine titulo in forza della consegna anticipata disposta dal Comune.
6. Le controparti costituite hanno preso posizione anche sui motivi aggiunti, chiedendone il rigetto.
Con ordinanza n. 719/2018 il Tribunale ha fissato per il 5 dicembre 2018 l’udienza di trattazione del merito.

DIRITTO

7. Il ricorso e i motivi aggiunti meritano accoglimento, nei limiti di quanto si andrà a precisare.
8. Iniziando dal primo motivo del ricorso introduttivo, in corso di causa è venuto meno l’interesse al suo accoglimento, visto che, in esecuzione del decreto presidenziale n. 212/2018, le ricorrenti hanno proseguito nella gestione del servizio.
Nel merito, peraltro, il motivo sarebbe infondato, atteso che:
- le amministrazioni intimate non hanno violato il termine c.d. di stand still, non avendo stipulato il contratto con Eurotrend;
- la consegna d’urgenza del servizio non è stata disposta in violazione dell’art. 32, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016, non essendo revocabile in dubbio che il servizio de quo riveste particolare delicatezza in ragione della tipologia di utenza e che il Comune aveva comunque prorogato i precedenti gestori per il mese di settembre 2018. Naturalmente, la legittimità della consegna anticipata va valutata in sé e non già con riguardo alle censure che investono l’aggiudicazione (il discorso è ovviamente diverso se si guarda agli eventuali risvolti risarcitori, che però, come si dirà nella parte finale, nella specie sono anch’essi assenti).
9. Le censure inerenti la nomina della commissione e la competenza dei commissari sono infondate, per le seguenti ragioni.
9.1. Le ricorrenti muovono da una lettura parziale dell’art. 10 della Convenzione stipulata fra Comune e S.U.A. e, in generale, assumono l’esistenza di un obbligo di motivazione che non è previsto da alcuna norma di legge.
Quanto al primo profilo, va osservato che dalla complessiva lettura dell’art. 10 emerge che, in generale, al Comune di volta in volta interessato compete la designazione di due membri della commissione, mentre il terzo viene messo a disposizione dalla stessa S.U.A. L’avverbio “eventualmente” di cui al comma 1, secondo periodo, dell’art. 10 non sta però a significare che è imposto un particolare onere motivazionale preventivo laddove il terzo membro sia designato dalla S.U.A., visto che la disposizione ciò consente in via generale. Fra l’altro, visto che la maggior parte dei Comuni del circondario provinciale dispone di un apparato burocratico di ridotte dimensioni (e Fermignano rientra in questa casistica), la disposizione risponde ad esigenze operative del tutto comprensibili e condivisibili.
Quanto al secondo profilo, vanno condivise le difese che sul punto hanno svolto le amministrazioni resistenti, nel senso che:
- nei provvedimenti di nomina delle commissioni di gara non è necessario motivare in maniera dettagliata circa la scelta di un determinato soggetto piuttosto che di un altro, sempre che tale scelta ricada su un funzionario in possesso di adeguata qualifica e competenza professionale;
- solo se vengono mosse contestazioni, stragiudiziali o giudiziali, l’amministrazione è tenuta a giustificare le proprie scelte, onde non incorrere nell’annullamento dell’atto (o dell’intera procedura);
- nella specie, il Comune di Fermignano ha spiegato che, in considerazione delle dimensioni del suo apparato burocratico, non erano disponibili funzionari idonei all’incarico, con la sola eccezione della dott.ssa Damasi e della dott.ssa Bigonzi. Quest’ultima non poteva però essere scelta in quanto aveva redatto il capitolato, né (per le ragioni esposte da questo Tribunale nella sentenza n. 108/2017) potevano essere designati funzionari dipendenti dalla stessa dott.ssa Bigonzi.
9.2. In base a quanto precede va quindi ritenuta legittima, in relazione all’art. 10 della Convenzione, la presenza nella commissione del direttore della S.U.A.
Sempre con riguardo alla posizione del dott. Domenicucci, vanno poi respinte le doglianze che si fondano sulla possibile violazione della regola secondo cui i commissari vanno designati solo dopo che è scaduto il termine per la presentazione delle offerte. Premesso che tali doglianze appaiono gratuitamente ingenerose per la professionalità del dott. Domenicucci e che comunque la nomina della commissione è stata disposta ad offerte già presentate, va osservato che:
- a differenza di quanto opinano le ricorrenti, l’art. 77 del D.Lgs. n. 50/2016 va interpretato in continuità con l’orientamento giurisprudenziale formatosi sul previgente art. 84 del D.Lgs. n. 163/2006 (in tal senso si è espresso il Consiglio di Stato nel parere n. 1767/2016, che è stato poi recepito dall’ANAC nelle Linee guida del 26 ottobre 2016 - sul punto vedasi la citata sentenza n. 108/2017 di questo Tribunale);
- in questo senso, la situazione di incompatibilità dei componenti della commissione che abbiano in qualsiasi modo preso parte al procedimento di formazione degli atti della procedura va valutata tenendo presente il concreto contenuto degli atti medesimi (così, ex multis, Cons. Stato, n. 6082/2018 e altre decisioni ivi richiamate). Come è noto, particolare rilievo rivestono in tal senso il disciplinare di gara e il capitolato tecnico (nonché, negli appalti di lavori pubblici, i progetti preliminare, definitivo ed esecutivo), perché sono questi gli atti nei quali è trasfusa la volontà dell’amministrazione riguardo all’oggetto del futuro contratto. Per la verità, il disciplinare di gara viene in rilievo limitatamente ai criteri di valutazione delle offerte e ai criteri di ammissione dei concorrenti (ma, in questo secondo caso, solo se contiene disposizioni particolari che aggravino i requisiti di ammissione). Con riguardo a tali atti della procedura sussiste effettivamente il rischio che il funzionario che ha li formati possa, laddove sia chiamato anche a valutare le offerte, essere, seppur inconsciamente, condizionato dal proprio pregresso convincimento circa le caratteristiche che deve possedere un’offerta per essere favorevolmente valutata;
- ma nella specie, come emerge per tabulas, il Comune di Fermignano ha dettato i criteri e le direttive per lo svolgimento della gara (deliberazione di Giunta Comunale n. 104/2018), ha adottato la deliberazione a contrattare e approvato il capitolato tecnico e le direttive e i criteri per lo svolgimento della gara (determinazione del responsabile del Settore n. 144/2018, integrata dalla successiva determinazione n. 159/2018), mentre il dott. Domenicucci, oltre a nominare la commissione, ha solo redatto il bando di gara (doc. allegato n. 9 alla memoria di costituzione del Comune) e il disciplinare di gara (doc. allegato n. 10 alla memoria di costituzione del Comune), ma questo secondo atto si limita a ribadire, specie con riguardo ai criteri di valutazione, quanto approvato dal responsabile del Settore comunale (né contiene specifiche disposizioni relative ad altri profili che siano oggetto di contestazione nel presente giudizio).
Non vi era pertanto, a carico del dott. Domenicucci, alcuna situazione di incompatibilità rilevante ai sensi dell’art. 77 del Codice dei contratti pubblici.
9.3. Infondate sono anche le doglianze con cui si deduce l’incompetenza tecnica dei commissari, soprattutto per quanto attiene alla valutazione del merito tecnico delle offerte e all’esame delle giustificazioni rese da Eurotrend.
Premesso che le ricorrenti non indicano sotto quale profilo esse sono state danneggiate in sede di valutazione delle offerte tecniche in ragione della dedotta incompetenza dei commissari, va infatti osservato che:
- in linea generale, la competenza va verificata nei riguardi della commissione considerata nel suo complesso, visto che nelle procedure ad evidenza pubblica rilevano in ugual modo sia i profili tecnici che quelli giuridici (così, per tutte, Cons. Stato, III, n. 2241/2018);
- il segretario generale di un ente locale (a cui è equiparabile sotto questo profilo anche il direttore generale, carica ricoperta dal dott. Domenicucci unitamente a quella di direttore della S.U.A.) è da qualificare, con riguardo alle procedure ad evidenza pubblica, come un peritus peritorum, visto che egli è quotidianamente chiamato ad occuparsi di tutti i settori di attività dell’ente, se non altro per fornire una consulenza qualificata ai dirigenti e agli organi di direzione politico-amministrativa. Le ricorrenti, peraltro, evidenziano che il dott. Domenicucci vanta una consolidata pregressa esperienza in materia di tributi e bilanci, e dunque già solo per questo gli va riconosciuta un’adeguata professionalità in relazione alla valutazione della congruità dell’offerta di Eurotrend;
- la dott.ssa Damasi ha ricoperto in passato l’incarico di responsabile dell’Unità Organizzativa servizi sociali ed educativi nel comune di Auditore e dunque non può non essere ritenuta incompetente in materia;
- il dott. Fraternale è invece responsabile del Settore politiche educative nel Comune di Urbino con responsabilità di direzione e coordinamento del settore servizi educativi e scolastici (nidi, scuole infanzia, mensa e trasporto scolastico) ed ha altresì ricoperto per molti anni il ruolo di dirigente del Settore servizi sociali. E’ quindi evidente la specifica competenza nel settore del dott. Fraternale.
Naturalmente, la competenza dei commissari va valutata in via astratta ed ex ante, non valendo il sillogismo per cui l’eventuale erroneità delle valutazioni dagli stessi svolte indichi di per sé un inadeguato livello di competenza professionale.
10. Sono invece fondate in parte le doglianze afferenti la valutazione di congruità dell’offerta di Eurotrend.
10.1. Al riguardo va solo premesso che, seppure ai sensi dell’art. 133, let. e), n. 1), cod. proc. amm. si verte in una materia attribuita alla giurisdizione esclusiva, il sindacato che il giudice amministrativo può svolgere in casi del genere non ha ad oggetto la congruità in sé dell’offerta sottoposta a verifica di anomalia (salvo che non si sia in presenza di un’offerta che risulti palesemente incongrua, ad esempio per omessa considerazione di oneri previsti da norme imperative e/o per evidenti errori di conteggio che, in ipotesi, non siano stati rilevati dalla stazione appaltante), bensì il procedimento che la commissione di gara e la stazione appaltante hanno seguito per addivenire alla valutazione finale e le motivazioni poste a base del relativo giudizio.
Naturalmente, poiché nella gran parte dei casi in cui il sub-procedimento di verifica si conclude favorevolmente per l’aggiudicatario provvisorio la commissione di gara motiva il giudizio per relationem alle giustificazioni fornite dal concorrente primo graduato, nel giudizio promosso dai concorrenti non vittoriosi anche le giustificazioni entrano solitamente a far parte del materiale sottoposto all’esame del giudice (visto che le giustificazioni vengono a costituire in sostanza la motivazione del giudizio di congruità e, in quanto tali, ben possono essere oggetto di censura).
10.2. Ciò premesso, il Collegio ritiene che il provvedimento finale con cui il RUP e la commissione di gara hanno giudicato congrua l’offerta di Eurotrend sia illegittimo per non avere i predetti organi della procedura tenuto conto di alcune criticità dell’offerta puntualmente evidenziate nell’atto di motivi aggiunti e nella perizia di parte a firma della dott.ssa Settimio.
Tali criticità attengono in particolare al divisore utilizzato da Eurotrend per calcolare il costo orario della manodopera, il che si riflette poi anche su altre componenti dell’offerta economica, che non risultano adeguatamente chiarite con le giustificazioni.
10.3. Con riguardo alla questione del divisore, l’odierno Collegio ritiene sufficiente richiamare la sentenza n. 5/2018 con cui questo Tribunale, rifacendosi ad alcune decisioni del Consiglio di Stato (ed in particolare alla sentenza n. 2815/2017), ha statuito che, nella determinazione del costo orario della manodopera, vanno considerate le ore annue effettivamente lavorate e non quelle teoriche.
Pur non essendo questa la sede ideale per sceverare a fondo la questione, è noto che:
- le tabelle ministeriali indicano sia le ore annue teoriche complessive che il singolo dipendente, in virtù delle norme di legge e dei contratti collettivi vigenti, può svolgere, sia quelle che effettivamente e mediamente svolge;
- le prime si ottengono moltiplicando l’orario lavorativo settimanale previsto per la specifica categoria professionale per le 52 settimane di cui si compone l’anno (nella specie 38 h x 52 = 1976 h), le seconde si ottengono sottraendo dalle ore annue teoriche complessive quelle che corrispondono ad assenze del lavoratore derivanti o dalla fruizione di diritti incomprimibili riconosciuti ex lege (ferie, festività e festività soppresse) o dall’applicazione di istituti contrattuali (assemblee sindacali, formazione, studio, etc.) o, infine, da eventi imprevisti (malattia, gravidanza, infortunio, rispetto ai quali vi è poi una differenza rilevante circa la ripartizione dei relativi oneri fra il datore di lavoro e gli enti previdenziali. Per la gravidanza si deve poi tenere conto della normativa speciale sull’astensione obbligatoria e facoltativa);
- per la determinazione delle ore effettivamente lavorate, le tabelle ministeriali considerano sia dati previsti direttamente dalla legge o dal c.c.n.l. (e ci si riferisce soprattutto alle ferie, alle festività e alle festività soppresse) sia a valori medi desunti dalle statistiche (e questo riguarda soprattutto le assenze per malattia, gravidanza e infortunio, che sono le cause più frequenti di assenteismo).
E, come è altrettanto noto:
- il dato relativo alle ore annue effettivamente lavorate non è fisso ed inderogabile, se non con riguardo alle assenze legate alla fruizione di diritti incomprimibili. Infatti, in ciascuna specifica realtà aziendale ben possono esistere sensibili differenze, in aumento o in diminuzione, rispetto ai dati medi desumibili dalla tabelle ministeriali riguardo le percentuali di assenteismo legato alle malattie, alla gravidanza, ai permessi per motivi di studio, etc. Ad esempio, nelle aziende che impiegano personale di età media elevata sono molto più rare le assenze per motivi di studio;
- pertanto, in sede di giustificazioni, l’aggiudicatario provvisorio è ammesso a provare che le ore annue effettivamente lavorate dai propri dipendenti sono maggiori di quelle indicate nelle tabelle ministeriali, ma tale dimostrazione deve essere rigorosa e, comunque, il numero delle ore annue effettivamente lavorate non può mai essere pari a quello delle ore teoriche lavorate (dovendosi comunque scomputare quantomeno le ore corrispondenti ad assenze per ferie, festività e festività soppresse).
10.4. Per completezza va poi ricordato che altre voci sulle quali è possibile operare una riduzione rispetto ai dati medi indicati dalle tabelle ministeriali sono quelli relativi alla contribuzione INPS e INAIL, al costo della previdenza complementare e all’IRAP (anche in questi casi, però, l’impresa deve debitamente documentare i dati indicati nelle giustificazioni).
10.5. Tornando quindi alla questione del divisore, è evidente, prima di tutto dal punto di vista aritmetico, che se il costo orario viene determinato dividendo la retribuzione annua complessiva per un divisore più alto, il quoziente che ne risulta è artificialmente più basso.
Va infatti considerato che il lavoratore assente per un motivo previsto dalla legge o dal c.c.n.l. ha comunque diritto alla retribuzione, il che vuol dire che il datore di lavoro deve sopportare un onere aggiuntivo per la sua sostituzione.
E’ questa la ragione per la quale il divisore da utilizzare per la determinazione del costo orario è il numero delle ore annue effettivamente lavorate, perché in questo modo si ottiene un quoziente più alto che però include anche il costo per le sostituzioni.
Anche questo secondo quoziente, se si vuole, è artificiale (perché determinato sulla base di dati medi e comunque previsionali), ma, come detto, all’impresa è consentito fornire la prova della possibilità di considerare un divisore più alto.
10.6. Non è invece corretto utilizzare il divisore 165 di cui all’art. 51 del c.c.n.l., perché:
- anzitutto, anche tale coefficiente si riferisce alle ore mensili teoricamente lavorate (visto che esso si ottiene moltiplicando le ore settimanali - 38 - per le settimane che mediamente compongono un mese - 4,34), e quindi vale il discorso che si è tratteggiato nel precedente paragrafo, con l’aggravante che, eseguendo il conteggio secondo il criterio utilizzato da Eurotrend, il totale delle ore annue teoricamente lavorate risulta addirittura maggiore del dato desumibile dalla tabelle ministeriali (1980 contro 1976);
- in secondo luogo, perché l’art. 51 del c.c.n.l. in parte qua si riferisce al “rateo” orario (ossia alla paga oraria), che è concetto ben diverso dal “costo” orario (il costo è dato infatti dalla paga più gli oneri previdenziali, fiscali, etc. che sono posti a carico del datore di lavoro);
- la controinteressata, pur eccependo nei propri scritti difensivi che i calcoli indicati nelle giustificazioni sono comunque corretti perché al rateo orario sono stati poi aggiunti gli oneri indicati nelle tabelle (ma sempre utilizzando il divisore 165), non ha però dimostrato l’equivalenza dei risultati di tali calcoli con quelli che si ottengono applicando il divisore corretto.
10.7. L’utilizzo del divisore 1980 ha determinato anche una sottostima degli oneri relativi al TFR, come emerge dalla perizia di parte della dott.ssa Settimio.
Eurotrend, inoltre, pur avendo nelle giustificazioni accennato alla minore incidenza percentuale delle assenze per malattia dei propri dipendenti, non ha fornito alcuna dimostrazione circa la fondatezza di tale dichiarazione, né ha illustrato le ragioni per le quali gli oneri per le assenze del personale dovute a malattia, gravidanza e infortunio (i quali anche sono stati determinati utilizzando il divisore 1980) “pesano” solo per il 40% sul datore di lavoro.
10.8. Come risulta dalla perizia di parte a firma della dott.ssa Settimio, l’utilizzo di un divisore errato e le altre discrasie di cui si è detto producono una sensibile artificiale riduzione del costo orario delle varie figure professionali che Eurotrend ha dichiarato di voler impiegare nel presente appalto, mentre applicando i parametri corretti tale costo risulta maggiore, per tutta la durata dell’appalto, di circa € 58.000,00, con conseguente erosione di qualsiasi utile di impresa.
Il consulente delle ricorrenti evidenzia poi un’ulteriore anomalia, ossia che in realtà Eurotrend non ha utilizzato un unico divisore, visto che, eseguendo a ritroso i conteggi di cui alle giustificazioni, in alcuni casi risulta utilizzato il divisore 1980, in altri il divisore 1690 e in altri il divisore 1620 (anche questi ultimi due vengono però ritenuti inapplicabili, essendo troppo distanti dal divisore di 1548 indicato nelle tabelle ministeriali).
11. Non sono invece fondate le altre doglianze che si appuntano sulla sostenibilità dell’offerta, visto che:
- Eurotrend ha correttamente considerato, per i dipendenti inquadrati nella qualifica D1, tre scatti di anzianità, e ciò sia perché questo è il dato medio indicato nelle tabelle ministeriali, sia perché, in base ad una consolidata giurisprudenza, l’applicazione della c.d. clausola sociale non si traduce nell’obbligo dell’appaltatore subentrante di assumere tutti i dipendenti del gestore uscente e alle stesse condizioni retributive (fermo restando che anche gli stessi lavoratori potrebbero non essere interessati a passare alle dipendenze di un’altra impresa). E’ quindi corretto prendere a riferimento il dato medio di cui alla tabella ministeriale;
- anche con riguardo alla previdenza complementare valgono le medesime considerazioni di fondo (in quanto, se è vero che il datore di lavoro non può impedire al lavoratore di aderire al relativo Fondo, è anche vero che non è possibile stimare ex ante quanti lavoratori abbiano intenzione di manifestare tale adesione e in quale momento). In ogni caso, un onere aggiuntivo dello 0,52% “pesa” per circa 95 €/anno per ciascun lavoratore, ergo si tratta di onere in sé del tutto sostenibile;
- con riguardo all’IRAP, le censure dedotte in ricorso sono state formulate in tono dubitativo e dunque sono inammissibili. In ogni caso, la difesa di Eurotrend coglie nel segno nel momento in cui evidenzia che la cooperativa potrebbe al riguardo far valere economie di scala discendenti dal fatto che essa gestisce appalti anche in Regioni (come la Lombardia) dove l’IRAP di fatto è azzerata;
- per quanto attiene, infine, ai costi relativi al coordinatore pedagogico e al responsabile della commessa, Eurotrend, senza essere smentita sul punto, ha chiarito che entrambe tali figure professionali sono già alle sue dipendenze e che i costi per il loro impiego nel presente appalto sono stati inclusi fra le spese di gestione, migliorie, etc. (il che appare del tutto plausibile, tenuto anche conto del fatto che, ad esempio, l’onere relativo al coordinatore pedagogico ammonta a circa 2.000,00 €/anno).
12. Il ricorso e i motivi aggiunti vanno dunque accolti nei limiti di quanto detto ai precedenti paragrafi da 10. a 10.8., dal che discende l’obbligo per la stazione appaltante di ripetere il sub-procedimento di verifica di anomalia attenendosi ai suddetti principi, previa eventuale acquisizione di un contributo tecnico (ad esempio da parte dell’Ispettorato Territoriale del Lavoro).
E’ opportuno precisare che, in considerazione del fatto che la questione del divisore da utilizzare per il calcolo del costo orario della manodopera ha trovato in giurisprudenza una ormai stabile definizione e che la controinteressata non ha negato di aver utilizzato all’uopo il divisore 1980, la presente decisione può essere assunta senza ricorrere ad una verificazione o a una c.t.u. (come il Tribunale ha invece disposto in analoghe controversie - si vedano ad esempio, oltre alla citata sentenza n. 5/2018, le sentenze nn. 555/2017 e 699/2018 - in cui venivano però in rilievo più complesse problematiche di natura tecnico-contabile che richiedevano il supporto di un ausiliario del giudice).
13. Alla luce dei motivi che il Tribunale ha posto a fondamento dell’accoglimento della domanda impugnatoria e tenuto conto della vicenda cautelare definita con il decreto presidenziale n. 212/2018:
- non deve farsi luogo a pronuncia sulla domanda di declaratoria di inefficacia del contratto, visto che lo stesso non è stato stipulato;
- ugualmente, non deve farsi luogo a pronuncia sulla domanda di subentro e sulla domanda di risarcimento per equivalente monetario dei danni da mancata aggiudicazione, visto che dall’accoglimento del ricorso discende, allo stato, il solo obbligo della stazione appaltante di ripetere il sub-procedimento di verifica di anomalia e non già l’accertamento del diritto delle ricorrenti ad essere individuate quali aggiudicatarie;
- va invece respinta la domanda risarcitoria inerente i danni che le ricorrenti avrebbero subito per effetto della consegna anticipata del servizio a Eurotrend. Come si è detto, infatti, per effetto del decreto presidenziale n. 212/2018 le ricorrenti hanno proseguito nella gestione del servizio e dunque non hanno subito alcun danno patrimoniale (ma la domanda andrebbe rigettata in ogni caso perché il Collegio ritiene legittima, in sé, la consegna anticipata).
14. In ragione della parziale reciproca soccombenza, le spese del giudizio si possono compensare.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie in parte e compensa le spese del giudizio.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:
Maddalena Filippi, Presidente
Tommaso Capitanio, Consigliere, Estensore
Giovanni Ruiu, Consigliere

**Pubblicato il 28/12/2018
N. 07365/2018 REG.PROV.COLL.
N. 04638/2018 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania
(Sezione Prima)
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso n. 4638/18 R.G., proposto da
B5 S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Aldo Starace e Antonio Donnarumma, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo in Napoli, piazza G. Bovio, 22;
contro
Comune di Napoli, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Andreottola, Barbara Accattatis Chalons D'Oranges, Eleonora Carpentieri, Bruno Crimaldi, Annalisa Cuomo, Anna Ivana Furnari, Giacomo Pizza, Bruno Ricci, Gabriele Romano, Fabio Maria Ferrari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Napoli, piazza Municipio, Palazzo San Giacomo;
nei confronti
Studio Battista Associati, Mario Rosario Migliore Prof. Ing., Fabio De Vincentiis Dott., Dario De Angelis Arch., Arbolino Ingg. Associati, Alfonso Arbolino Ing., Diego Arbolino Ing. non costituiti in giudizio;
per l'annullamento
della determinazione dirigenziale del Servizio Programma UNESCO e valorizzazione della città storica del Comune di Napoli n. 27 del 24.9.2018.
Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Napoli;
Visti tutti gli atti della causa;
Data per letta nella camera di consiglio del 5 dicembre 2018 la relazione del consigliere Paolo Corciulo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Con determinazione dirigenziale n. 23 del 23 ottobre 2017, il Comune di Napoli aggiudicava al RTP B5 s.r.l. (capogruppo)/ Macchiaroli & Partners s.r.l., ing. Gianpiero Rasulo, RGGF Architetti associazione professionale e dott. Gianluca Minin, la procedura aperta indetta per l’affidamento del servizio di revisione e adeguamento della progettazione esecutiva e coordinamento della sicurezza in fase di progettazione per il Restauro di Villa Ebe alle rampe Lamont Young in Napoli.
Successivamente, con nota prot. 502268 del 1° giugno 2018, la stazione appaltante comunicava l’avvio del procedimento di revoca dell’aggiudicazione, sul presupposto dell’irregolarità fiscale della mandante, associazione professionale RGGF architetti, attestata dall’Agenzia delle Entrate in data 5 marzo 2018 per la cartella esattoriale n. 07120170024008383. All’esito del contraddittorio, con determinazione dirigenziale n. 27 del 24 settembre 2018, veniva revocata l’aggiudicazione e disposta nuova aggiudicazione in favore del concorrente secondo classificato RTP tra Studio Battista Associati (capogruppo), prof. ing. Mario Rosario Migliore, Arbolino ingg. Associati, dott. Fabio De Vincentiis e arch. Dario De Angelis; con nota prot. n. 906422 del 18.10.2018, la stazione appaltante chiedeva l’escussione della polizza fideiussoria.
Avverso tali provvedimenti ha proposto ricorso a questo Tribunale la B5 s.r.l., in proprio e quale capogruppo del RTP concorrente, chiedendone l’annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari.
Con il primo motivo di impugnazione parte ricorrente nega la sussistenza di una violazione tributaria definitivamente accertata ai sensi dell’art. 80 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, in quanto né la cartella esattoriale, né l’atto di accertamento presupposto sarebbero mai stati notificati al contribuente; infatti, la cartella sarebbe stata spedita al precedente indirizzo legale e domicilio fiscale della mandante associazione professionale RGGF architetti modificato dal 4 luglio 2014, come risulta dai dati anagrafici in possesso dell’Agenzia delle Entrate; inoltre, la associazione professionale RGGF architetti non avrebbe mai ricevuto la raccomandata prevista all’ultimo comma dell’art. 140 c.p.c., con conseguente mancato perfezionamento della notifica.
Con il secondo motivo parte ricorrente contesta l’affermazione contenuta nella determinazione dirigenziale impugnata secondo cui «nel caso di specie, la violazione tributaria è da considerarsi definitivamente accertata a prescindere dalla notifica della cartella di pagamento poiché il soggetto incorso nella violazione ha comunque conosciuto l’esistenza di tale violazione, cioè del debito sottostante la cartella esattoriale, tanto che ha fatto richiesta di definizione agevolata in data 21/04/2017. Nel momento in cui ha presentato tale richiesta ha quindi deciso di non voler contestare l’esistenza della violazione e non può quindi ora sostenere che, poiché la cartella non gli è stata notificata, non ci sarebbe la definitività della violazione. Una volta avutane conoscenza era infatti in grado di impugnarla».
In proposito, parte ricorrente rileva che la presentazione di un’istanza di definizione agevolata non avrebbe valore di riconoscimento del debito tributario, trattandosi di iniziativa che non preclude al contribuente la possibilità di contestare la fondatezza della pretesa. Ancora, non potrebbe sostenersi che la presentazione dell’istanza di agevolazione implichi piena conoscenza delle ragioni della pretesa tributaria, di questa essendo venuta a conoscenza la mandante solo per consultazione di un estratto del ruolo. Né pregio potrebbe avere l’ulteriore argomentazione contenuta nel provvedimento di revoca, secondo cui la RGGF, al momento della partecipazione alla gara non sarebbe stata in possesso del requisito di regolarità fiscale, in conseguenza del rigetto risalente al 1° giugno 2017 dell’istanza di definizione agevolata del 17 aprile 2017, poi riproposta ed accolta solo il 13 giugno 2018; invero, non sarebbe pertinente l’affermazione secondo cui l’agevolazione non opererebbe retroattivamente con salvezza di precedenti situazioni debitorie verso il fisco, così confermando l’ipotesi di una perdita medio tempore del requisito in parola, dal momento che in assenza di definitività dell’accertamento questo mai sarebbe stato perduto dal concorrente.
Con gli ultimi due motivi è stata innanzitutto dedotta l’illegittimità derivata del provvedimento di escussione della polizza, nonchè la sua illegittimità in proprio, in quanto la polizza n. DE0622714 del 14 febbraio 2018, a cui il Comune di Napoli pretende di dare esecuzione sarebbe stata prestata a titolo di cauzione definitiva, e a garanzia della sola sottoscrizione del contratto di appalto e non anche per vicende relative alla procedura di gara.
Si è costituito in giudizio il Comune di Napoli, concludendo per il rigetto del ricorso e della domanda cautelare.
Alla camera di consiglio del 5 dicembre 2018, fissata per la trattazione della domanda cautelare, il Tribunale ritenendo la sussistenza dei presupposti per una sentenza in forma semplificata, ha trattenuto la causa per la decisione.

**DIRITTO**

1. Procedendo innanzitutto ad una ricostruzione fattuale della vicenda, l’associazione professionale RGGF architetti sarebbe venuta a conoscenza per la prima volta dell’esistenza di un debito tributario attraverso la consultazione di un estratto di ruolo in data 10 aprile 2017, atto da cui si evinceva l’esistenza di un debito I.V.A., comprensivo di sanzioni ed accessori, per l’anno di imposta 2013 pari a €14.571,79; acquisita tale notizia, l’associazione professionale RGGF architetti in data 21 aprile 2017 aveva presentato un’istanza di definizione agevolata, poi respinta, come risulta da comunicazione di Equitalia del 1° giugno 2017. L’istanza sarebbe stata nuovamente presentata il 6 aprile 2018 e questa volta accolta il 13 giugno 2018.
Va precisato che il termine per la presentazione delle domanda di partecipazione alla gara scadeva in data 11 settembre 2017.
2. Dal punto di vista normativo, l’art. 80, quarto comma del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 stabilisce che «un operatore economico e' escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602.Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non piu' soggetti ad impugnazione (…) Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purche' il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande».
3. Osserva innanzitutto il Collegio che spetta al giudice adito, pur in presenza di documentazione contraria proveniente dagli enti competenti, verificare incidentalmente l’effettivo possesso del requisito di regolarità fiscale e contributiva, ove contestati in giudizio dalla parte (Consiglio di Stato Adunanza Plenaria 25 maggio 2016 , n. 10; per l’estensione di tale principio alle ipotesi regolarità fiscale: Consiglio di Stato, IV Sezione , 13 dicembre 2017, n. 5888 e, da ultimo, Consiglio di Stato V sezione 3 settembre 2018 n. 5139).
Ebbene, secondo condivisibile giurisprudenza, «la definitività dell’accertamento tributario decorre non dalla notifica della cartella esattoriale – in sé, semplice atto con cui l’agente della riscossione chiede il pagamento di una somma di denaro per conto di un ente creditore, dopo aver informato il debitore che il detto ente ha provveduto all’iscrizione a ruolo di quanto indicato in un precedente avviso di accertamento – bensì dalla comunicazione di quest’ultimo». (ex multis, Cons. St., Sez. V, 21 giugno 2012, n. 3663; Cons. St., Sez. V, 18 gennaio 2011, n. 789).
4. Va poi evidenziato che non ha rilievo il fatto che il rigetto della prima istanza di agevolazione, risalente ad un tempo anteriore rispetto alla scadenza del termine di partecipazione, avrebbe ab initio privato l’associazione professionale RGGF architetti del requisito di regolarità fiscale, dal momento che la questione centrale della controversia consiste piuttosto nel dover stabilire se possa assumersi come grave violazione tributaria definitivamente accertata quella relativa ad atti di accertamento o cartelle esattoriali mai notificate al contribuente, come accaduto nel caso di specie, e come tali rimaste necessariamente inoppugnate, indipendentemente dalle ulteriori circostanze in precedenza evidenziate.
Invero, la norma codicistica di cui all’art. 80 citato si riferisce tout court a sentenze ed ad atti amministrativi “non più soggetti ad impugnazione”; resta così sullo sfondo la questione dell’acquisizione della definitività della pretesa tributaria come effetto del consolidamento dell’avviso di accertamento – e non anche della cartella esattoriale - dal momento che nessuno di tali atti risulta essere stato notificato.
Occorre, a questo punto, chiedersi se un atto amministrativo a contenuto sfavorevole, o, nella specie, di imposizione tributaria, che non sia stato - o risulti - notificato al destinatario sia idoneo ad assumere connotazioni di definitività come corollario della sua inoppugnabilità, condizione di rimbalzo necessaria per integrare il mancato possesso del requisito di regolarità fiscale. Osserva il Collegio che tale problematica investe gli opposti principi, ambedue aventi rilievo costituzionale, di continuità e certezza dell’azione pubblica e di tutela dei diritti ed interessi del cittadino, in ambito giudiziale e non: sovente, a comporre tali esigenze di armonizzazione vi è una norma positiva che stabilisce specifiche forme di comunicazione individuale e sistemi di pubblicazione, tra loro complementari, onde assicurare al destinatario di un atto un’adeguata possibilità di conoscenza al fine di poter attivare di strumenti di tutela o, comunque di reazione, ma nel contempo ponendo un termine finale oltre il quale, comunque, ogni margine di difesa diviene recessiva rispetto all’esigenza di assicurare il consolidamento dell’azione pubblica.
Tale, ad esempio, è proprio la disciplina processuale delle impugnazioni, in cui il decorso di un determinato lasso di tempo oltre la data di pubblicazione del provvedimento impugnabile costituisce il margine estremo oltre il quale (salve ipotesi specifiche, quali, ad esempio, la revocazione straordinaria) occorre che a prevalere sia la stabilità della decisione.
Analogamente, può essere riscontrato nelle ipotesi di atti amministrativi generali soggetti a regime di pubblicazione, in cui tale adempimento funge da contraltare, in omaggio ad esigenze di accelerazione della qualità di atto inoppugnabile, una presunzione di piena conoscenza da parte dell’interessato.
In materia tributaria, sussistendo nei procedimenti di accertamento di ufficio o di riscossione un sistema di comunicazione individuale nei confronti del contribuente, l’omissione di tale adempimento impedisce la decorrenza del termine decadenziale di impugnazione e, quindi, l’acquisizione del carattere di definitività dell’atto impositivo, salvo il principio generale di piena conoscenza acquisita aliunde da parte del contribuente (Cassazione civile, sez. VI , 30 gennaio 2018 , n. 2203).
Nel caso di specie, non essendo stata l’associazione professionale RGGF architetti destinataria di notificazione degli atti afferenti al debito tributario oggetto di mancato pagamento, ossia né dell’avviso di accertamento, né della cartella esattoriale, e nemmeno essendo stata comprovata una condizione di piena conoscenza acquisita aliunde, alla violazione tributaria non può essere attribuito carattere di definitività. In proposito, deve convenirsi con quanto affermato da parte ricorrente circa l’inidoneità della conoscenza dell’estratto di ruolo ad integrare sia una condizione di piena conoscenza, sia una sostanziale acquiescenza rispetto all’azione di impugnazione degli atti impositivi.
Riguardo alla prima considerazione, la consultazione dell’estratto di ruolo avrebbe consentito alla associazione professionale RGGF architetti di apprendere soltanto dell’esistenza del debito fiscale, dell’anno di riferimento e del tributo evaso, con relativo importo, senza ulteriori pur necessari dettagli, come le concrete ragioni della contestazione; ciò impedisce, di conseguenza, di ritenere maturato nel caso di specie quella condizione soggettiva di piena consapevolezza del contribuente, valore, quest’ultimo, irrinunciabile ai fini dell’art. 24 della Costituzione e che può ritenersi cedevole solo in presenza di una certa e completa conoscenza dell’atto impugnabile avvenuta con modalità diverse, ma ugualmente, se non maggiormente, idonee a far decorrere, senza pregiudizio per il cittadino, il termine decadenziale di impugnazione.
D’altronde costituisce orientamento giurisprudenziale condivisibile (Cassazione III Sezione Civile, 10 novembre 2016 n.22946) quello che esclude l’«autonoma impugnabilità da parte del debitore dell’estratto di ruolo in difetto di una procedura esecutiva attivata dall’amministrazione per il recupero del credito ivi risultante (Cass. n. 20618 del 2016)»; nella predetta sentenza si evidenzia altresì che «per le Sezioni Unite si affermava la possibilità per il privato contribuente di far valere immediatamente le sue ragioni avverso la cartella esattoriale non notificata o invalidamente notificata, della cui esistenza fosse venuto a conoscenza solo attraverso un estratto di ruolo rilasciato su sua richiesta. E’ una tutela anticipatoria, rispetto alla possibilità da sempre riconosciuta di recuperare la possibilità di impugnare l’atto precedente allorchè sia notificato l’atto successivo (che ha fatto esprimere in dottrina il dubbio circa l’introduzione – e la sua eventuale opportunità – di azione di accertamento negativo nel processo tributario).Essa si giustifica allorchè, prendendo conoscenza del ruolo, il contribuente apprenda per la prima volta dell’esistenza di una cartella esattoriale a suo carico e quindi dell’avvenuta formazione di un titolo esecutivo nei suoi confronti, e gli consente di recuperare gli strumenti di impugnazione avverso la cartella esattoriale che non ha potuto in precedenza utilizzare a causa della invalidità della notifica di essa»; da tali principi discende che l’impugnazione dell’estratto di ruolo costituisce un’opzione aggiuntiva all’accesso alla tutela giurisdizionale, ma proprio tale facoltatività esclude ogni decadenza idonea a costituire il consolidamento di atti di imposizione tributaria (avviso di accertamento o cartelle) nei cui confronti siano possibili altre legittime possibilità di impugnazione; tanto a fortiori rispetto all’applicazione di una disciplina situata a valle, quale quella relativa ai requisiti di partecipazione ad una gara pubblica, la cui interpretazione deve ispirarsi al principio di favore partecipationis.
Quanto all’acquiescenza, da escludersi già per il solo fatto della mancata piena conoscenza degli elementi costitutivi del debito tributario, si osserva che una volontà abdicativa del diritto di azione non potrebbe inferirsi, come invece supposto dalla stazione appaltante, dalla richiesta di agevolazione di pagamento, dal momento che vanno collocati su piani distinti forme di alleggerimento della posizione debitoria ed il diritto a contestare giudizialmente funditus la relativa pretesa; tale considerazione trova conforto nel principio generale in materia tributaria del “solve et repete”, in cui se le esigenze di riscossione tendono a prevalere sull’acquisizione del requisito di definitività dell’accertamento, per esigenze di bilanciamento con le garanzie costituzionali di cui all’art. 24, rendono altresì compatibile e fisiologica la contestuale ammissione ad un regime agevolato di pagamento ed il diritto di contestare la relativa pretesa innanzi al giudice tributario; si specifica, invero, che secondo condivisibile giurisprudenza «il pagamento parziale, ove non accompagnato dalla precisazione della sua effettuazione in acconto, non può valere come riconoscimento, rimanendo comunque rimessa al giudice di merito la relativa valutazione di fatto, incensurabile in sede di legittimità se congruamente motivata» (Cassazione VI Sezione ordinanza 3 gennaio 2018, n. 18).
Analogamente, con riferimento specifico all’istituto della prescrizione, ma applicabile anche all’acquiescenza è stato rilevato che «il riconoscimento del diritto, idoneo ad interrompere il corso della prescrizione, non deve necessariamente concretarsi in uno strumento negoziale, cioè in una dichiarazione di volontà consapevolmente diretta all'intento pratico di riconoscere il credito, e può, quindi, anche essere tacito e concretarsi in un comportamento obiettivamente incompatibile con la volontà di disconoscere la pretesa del creditore. Pertanto, il pagamento parziale, ove non accompagnato dalla precisazione della sua effettuazione «in acconto», non può valere come riconoscimento, rimanendo comunque rimessa al giudice di merito la relativa valutazione di fatto, incensurabile in sede di legittimità se congruamente motivata (Cassazione IV Sezione civile, 27 marzo 2017 ordinanza n. 7820).
5. Le prime due ragioni di censura devono pertanto essere accolte, con annullamento della determinazione dirigenziale n. 27 del 24 settembre 2018 e degli atti di escussione della cauzione, in accoglimento del terzo motivo di impugnazione con cui ne è stata dedotta l’illegittimità derivata.
La stazione appaltante dovrà, pertanto, nuovamente procedere alla verifica del possesso del requisito di regolarità fiscale in capo a parte ricorrente alla luce dei principi contenuti nella presente sentenza ed all’esito concludere il procedimento di gara.
La particolarità e novità delle questioni esaminate inducono a compensare tra le parti le spese processuali, mentre il rimborso del contributo unificato, se corrisposto da parte ricorrente, che viene posto a carico del Comune di Napoli.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l’effetto annulla la determinazione dirigenziale n. 27 del 24 settembre 2018 e gli atti di escussione della cauzione. Spese compensate, mentre il rimborso del contributo unificato, se corrisposto da parte ricorrente, che viene posto a carico del Comune di Napoli.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:
Salvatore Veneziano, Presidente
Paolo Corciulo, Consigliere, Estensore
Gianluca Di Vita, Consigliere

**Pubblicato il 18/12/2018
N. 07234/2018 REG.PROV.COLL.
N. 03142/2018 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania
(Sezione Sesta)
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3142 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da
Società Acquatecno S.r.l., in proprio e quale mandataria di costituendo Raggruppamento Temporaneo di imprese, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Vosa, Giuliana Vosa, Andrea Vosa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Lacco Ameno, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Ferdinando Scotto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Francesco Caracciolo n. 15;

per l'annullamento

1) della determinazione della Commissione della gara indetta dal Comune di Lacco Ameno, nella qualità di Capofila dei Comuni dell'isola di Ischia – Stazione appaltante per l'affidamento dei servizi di “progettazione di fattibilità tecnico economica, definitiva ed esecutiva per il ripascimento e manutenzione pluriennale delle spiagge, nonché per la difesa dei litorali dell'isola di Ischia” CIG 70879476E5 di escludere il costituendo raggruppamento temporaneo con mandataria la ricorrente società Acquatecno S.r.l. dalla procedura di cui innanzi per “mancata ricezione della documentazione di cui alla richiesta del soccorso istruttorio, nei termini temporali previsti”;

2) della nota Pec del 20 luglio 2018 con la quale la predetta determinazione è stata comunicata alla ricorrente;

3) della determinazione con la quale la Commissione di gara ha ammesso con riserva il raggruppamento temporaneo alla procedura ed ha stabilito di effettuare il soccorso istruttorio fissando un termine di otto giorni per la trasmissione della documentazione;

4) della nota inviata a mezzo PEC del 21 giugno 2018 con la quale è stata trasmessa la comunicazione a firma del RUP dell'ammissione con riserva di cui innanzi e dell'avvio del soccorso istruttorio;

5) dei verbali delle riunioni della commissione di gara;

6) di ogni altro atto preordinato, presupposto, consequenziale e/o comunque connesso lesivo per la ricorrente.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Lacco Ameno;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2018 il dott. Davide Soricelli 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 29 dicembre 2017 il comune di Lacco Ameno ha indetto una gara per la progettazione di fattibilità economica definitiva e esecutiva per il ripascimento e manutenzione pluriennale delle spiagge e per la difesa del litorale dell’isola di Ischia.

Si tratta di una gara “telematica” e, per quanto qui interessa, il relativo bando prevedeva che la documentazione fosse “caricata” (mediante cd. upload) sul sistema informatico della s.a. entro le 12 del 23 aprile 2018.

La ricorrente - mandataria di un r.t.i. – presentava la domanda di partecipazione alla gara con la relativa documentazione alle ore 11,54 del 23 aprile 2018; dopo aver eseguito l’upload essa si rendeva conto di aver compiuto un errore (in pratica mancavano nella “busta amministrativa virtuale” le firme digitali di alcuni componenti del raggruppamento). Al fine di rimediare all’errore la stessa documentazione (munita questa volta delle firme “digitali”) era inviata via p.e.c. lo stesso giorno alle 12,43; era scelto come sistema di trasmissione la p.e.c. perché il sistema informatico della s.a. non permetteva di eseguire nuovi upload.

In occasione dell’apertura delle buste (avvenuta in data 8 giugno 2018), la s.a. si avvedeva dell’errore (che era altresì spiegato da un delegato della ricorrente presente alla seduta che consegnava copia cartacea di documentazione); con una nota del 20 giugno 2018 quindi era attivato il “soccorso istruttorio” e la ricorrente era invitata a una regolarizzazione nel termine di 8 giorni (cioè entro il 29 giugno).

In concreto, nel termine così stabilito, la ricorrente restava inerte e quindi veniva esclusa dalla gara.

Di qui il ricorso all’esame con cui essa denuncia l’illegittimità dell’esclusione sostenendo di aver sanato ogni difetto della documentazione presentata mediante l’invio eseguito alle ore 12,43 del 23 aprile 2018; di conseguenza l’attivazione del soccorso istruttorio ad opera della s.a. costituisce un atto illogico risolvendosi nella richiesta di documentazione già in suo possesso con conseguente violazione dei principi di celerità e non aggravamento del procedimento; in via subordinata – cioè nell’ipotesi in cui si ritenesse che essa non avesse sanato l’irregolarità con la pec inviata alle 12,43 del 23 aprile – la ricorrente lamenta che il termine concesso per la regolarizzazione (8 giorni) è inferiore a quello di 10 previsto dall’articolo 83 d.lg. 18 aprile 2016, n. 50. Essa sottolinea altresì che la stessa richiesta di regolarizzazione è stata formulata in modo oscuro.

Il comune di Lacco Ameno resiste al ricorso.

Con ordinanza n. 1230 del 12 settembre 2018, confermata dalla ordinanza n. 5094 del 19 ottobre 2018 della quinta sezione del Consiglio di Stato, è stata respinta l’istanza di tutela cautelare.

In data 27 settembre 2018 la ricorrente ha quindi depositato motivi aggiunti coi quali ha contestato il ritardo con cui il r.u.p. ha trasmesso la richiesta di regolarizzazione; in pratica la ricorrente osserva che l’apertura delle buste è avvenuta in data 8 giugno 2018 e che in tale data era stato deciso di far luogo al “soccorso” fissando il termine del 29 giugno 2018; in concreto la richiesta di integrazione è stata inviata solo il 21 giugno, sicchè a causa del colpevole ritardo del r.u.p. è stato fissato un termine minimo – e comunque violativo dell’articolo 83 d.lg. n. 50 del 2016 - per la regolarizzazione.

Le censure proposte dalla ricorrente sono infondate e la loro infondatezza permette di prescindere dall’esame della eccezione di inammissibilità del ricorso per omessa instaurazione del contraddittorio nei confronti di ASMEL consortile s.c.a.r.l.

Deve infatti escludersi che l’invio via p.e.c. della documentazione regolarmente sottoscritta implicasse una immediata e automatica regolarizzazione della documentazione; ciò per il duplice motivo che: a) il disciplinare di gara prescriveva che la documentazione dovesse essere presentata esclusivamente in via telematica e inserita mediante upload nel sistema telematico nello spazio relativo alla specifica procedura; è chiaro quindi che la regolarizzazione di un invio non corretto presupponeva necessariamente la collaborazione della stazione appaltante nel senso che il gestore della piattaforma avrebbe dovuto consentire al concorrente incorso in errore di ricaricare (cioè di eseguire un nuovo upload collegandosi alla propria “area riservata”) la documentazione regolarizzata; b) in ogni caso l’invio via p.e.c. era avvenuto oltre le ore 12 del 23 aprile 1018, cioè dopo la scadenza del termine ultimo per la presentazione della documentazione, sicchè la regolarizzazione diveniva possibile solo attraverso il meccanismo del soccorso istruttorio come previsto dal disciplinare di gara.

Premesso quindi che l’invio della documentazione emendata da errori via p.e.c. non implicava automatica regolarizzazione (e che a maggior ragione la regolarizzazione non potesse conseguire nemmeno alla consegna del materiale cartaceo – quale che fosse - avvenuta in data 8 giugno 2018), il Collegio ritiene infondate anche le ulteriori censure.

Va anzitutto osservato, in relazione alla circostanza che nei propri atti difensivi il comune ha anche sostenuto che nella fattispecie non sarebbe stato ammissibile il ricorso al soccorso istruttorio, venendo in rilievo l’integrazione tardiva di una documentazione che avrebbe dovuto essere presentata entro un termine previsto a pena di esclusione, che è lo stesso comune ad aver promosso la regolarizzazione sicchè esso – ove avesse ritenuto di aver compiuto un errore - sarebbe dovuto intervenire in via di autotutela, cosa che non ha fatto.

Ciò premesso, l’invito alla regolarizzazione trasmesso alla ricorrente il 21 giugno 2018, per quanto formulato in modo “involuto”, era chiaro nel richiedere alla ricorrente di eseguire entro le ore 12 del 29 giugno 2018 il caricamento della “documentazione amministrativa correttamente firmata” nella sezione “soccorso istruttorio” della piattaforma informatica. Ciò non è avvenuto e quindi legittimamente il R.T.I. della ricorrente è stato escluso. Al riguardo va solo osservato che il termine di 8 giorni fissato per la regolarizzazione appare più che congruo, tenuto conto della semplicità dell’adempimento richiesto, e comunque il termine di 10 giorni fissato dall’articolo 83 d.lg. n. 50 è un termine massimo sicchè sono ammissibili termini più brevi; quanto infine alla circostanza che la ricorrente ha sede in Roma sicchè il termine sarebbe venuto a scadere in giorno festivo (il 29 giugno a Roma è giorno festivo ricorrendo la festività del patrono della città) si tratta di circostanza ininfluente, dato che la stazione appaltante è il comune di Lacco Ameno, il termine fissato era congruo e comunque la ricorrente avrebbe, prima della scadenza, potuto anche chiedere un differimento del medesimo (cosa che non ha fatto). Parimenti la circostanza che tra la seduta di gara (8 giugno 2018) e l’invito alla regolarizzazione (21 giugno) siano trascorsi quindici giorni non implica illegittimità, dato che la previsione dell’articolo 83 risulta rispettata essendo stato fissato per la regolarizzazione un termine congruo.

Il ricorso va quindi respinto. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Tribunale amministrativo regionale della Campania, sede di Napoli, sezione VI, definitivamente pronunciandosi sul ricorso, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio che liquida in euro duemila, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Passoni, Presidente

Davide Soricelli, Consigliere, Estensore

Carlo Buonauro, Consigliere

**N. 07039/2018REG.PROV.COLL.**

**N. 03625/2018 REG.RIC.**

**N. 03560/2018 REG.RIC.**

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

1.
sul ricorso numero di registro generale 3625 del 2018, proposto da
Instrumentation Laboratory S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Piero Fidanza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

contro

Arca Lombardia - Azienda Regionale Centrale Acquisti S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Piera Pujatti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Emanuela Quici in Roma, via Nicolò Porpora, 16;

nei confronti

- Siemens Healthcare S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Bonatti, Lorella Fumarola, Raffaele Izzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Izzo in Roma, via Boezio, 2 – anche appellante incidentale;
- A. De Mori S.p.a. con socio unico, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuliano Sgobbi, Federico Bulfoni, Giovanni Corbyons, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone, 44 – anche appellante incidentale;

2.
sul ricorso numero di registro generale 3560 del 2018, proposto da
A. De Mori S.p.a. con socio unico, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuliano Sgobbi, Federico Bulfoni, Giovanni Corbyons, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone, 44;

contro

Arca Lombardia - Azienda Regionale Centrale Acquisti S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Piera Pujatti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Emanuela Quici in Roma, via Nicolò Porpora, 16;

nei confronti

- Siemens Healthcare S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Bonatti, Lorella Fumarola, Raffaele Izzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Izzo in Roma, via Boezio, 2 – anche appellante incidentale;
- Instrumentation Laboratory S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Piero Fidanza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (sezione Quarta) n. 00793/2018, resa tra le parti, concernente lex specialis ed aggiudicazione della gara espletata da Arca ai fini della stipula di una convenzione ai sensi dell’art. 1, comma 4, della l.r. Lombardia 33/2007, per la fornitura di un service di Emogasanalisi – lotto 1;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Arca Lombardia - Azienda Regionale Centrale Acquisti S.p.a., Siemens Healthcare S.r.l., A. De Mori S.p.a. con socio unico e Instrumentation Laboratory S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 ottobre 2018 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati Piero Fidanza, Emanuela Quici su delega di Piera Pujatti, Giuliano Sgobbi e Lorella Fumarola;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La controversia origina dalla procedura aperta, espletata da Arca s.p.a. (centrale di committenza della Regione Lombardia) per la fornitura di un servizio di emogasanalisi, ed in particolare dall’aggiudicazione a Siemens Healthcare s.r.l. (d’ora in poi, Siemens) del lotto 1, concernente la fornitura “in service” di strumenti monocontenitore per reagenti e reflui (a cartuccia) in favore degli enti del servizio sanitario regionale, disposta con determinazione prot. 2017.0017051 in data 28 novembre 2017.

2. La terza classificata, Instrumentation Laboratory s.p.a. (d’ora in poi, IL), ha impugnato dinanzi al TAR Lombardia la lex specialis della procedura e, con motivi aggiunti, l’aggiudicazione (RGN 2928/2016). Hanno proposto ricorso incidentale Siemens, nonché la A. De Mori s.p.a. con socio unico (seconda classificata; d’ora in poi, De Mori), quali controinteressate.

3. De Mori ha impugnato anch’essa l’aggiudicazione (RGN 72/2018), ed anche in questo caso Siemens ha proposto ricorso incidentale.

4. Il TAR Lombardia, con la sentenza appellata (IV, n. 793/2018), riuniti i suddetti gravami, ha in parte respinto ed in parte dichiarato improcedibile il ricorso principale di IL, ha respinto il ricorso principale di De Mori, ed ha dichiarato improcedibili i ricorsi incidentali.

5. La sentenza è stata appellata da De Mori (RGN 3560/2018), riproponendo le censure disattese (o assorbite) in primo grado, e corredandole di rilievi critici alle valutazioni operate dal TAR. Ha proposto appello incidentale Siemens, riproponendo censure escludenti nei confronti dell’appellante principale.

6. Analogo appello è stato proposto da IL (RGN 3625/2018). Siemens e De Mori hanno proposto in relazione ad esso appelli incidentali, riproponendo le censure volte ad ottenere l’esclusione di IL (e, nel caso di De Mori, anche censure subordinate volte ad ottenere la ripetizione della gara).

7. Tutte le parti hanno depositato memorie e repliche.

8. Gli appelli vanno riuniti, in applicazione dell’art. 96, comma 1, cod. proc. amm.

9. Il Collegio esamina distintamente le censure, iniziando dall’appello di IL (posto che il TAR ha prioritariamente esaminato il relativo gravame ed ha poi richiamato, in relazione a vizi omologhi dell’altro, le proprie argomentazioni).

Riprendendo le censure svolte con il primo motivo del ricorso principale, IL ribadisce che la lex specialis presenta numerosi profili di genericità, incompletezza ed indeterminatezza, tali da impedire la presentazione di un’offerta competitiva e consapevole.

9.1. In primo grado aveva lamentato, sotto un primo profilo, che il capitolato tecnico riporta una tabella contenente il numero totale degli strumenti e il numero totale di analisi cliniche, senza però dare indicazioni sulla distribuzione degli analizzatori fra i vari enti sanitari interessati e sui test per i singoli analizzatori.

Il TAR, per respingere la censura (con argomentazioni in seguito richiamate nella sentenza a proposito dell’omologa censura dedotta da De Mori nel proprio ricorso), ha sottolineato che:

- la procedura è finalizzata alla stipula di una convenzione-quadro con Arca per regolamentare i contratti di fornitura che saranno in seguito stipulati con i singoli enti del servizio sanitario regionale;

- l’entità della fornitura richiesta è stata determinata sulla base delle segnalazioni provenienti da taluni enti interessati ad aderire alla convenzione (come indicato nel capitolato, il fabbisogno di analisi cliniche è stato stimato in base alle informazioni provenienti da dieci aziende socio-sanitarie territoriali e da due IRCCS);

- la procedura presenta inevitabilmente taluni margini di difficoltà nell’esatta individuazione del contenuto della prestazione richiesta, quale inevitabile conseguenza della modalità di acquisto, che consente però l’aggregazione degli acquisti e il conseguimento di rilevanti economie di scala;

- tali circostanze non implicano di per sé l’indeterminatezza e la genericità della legge di gara, tale da impedire la presentazione di offerte consapevoli e concorrenziali, situazione questa che può configurarsi non in presenza di mere difficoltà , rientranti in un ordinario rischio di impresa, bensì laddove vi sia una assoluta impossibilità di presentare un’offerta adeguata e rientrante negli ordinari parametri di mercato; tanto più che servizi come quello di emogasanalisi sono caratterizzati da un’elevata specializzazione, alla quale corrisponde un numero limitato di operatori professionali, in genere ben consapevoli delle caratteristiche dei prodotti e del mercato; e che i dati relativi al servizio sono in ogni caso presuntivi, giacché non è possibile prevedere quanti esami saranno realizzati nel tempo, potendosi tutt’al più riferirsi a dati statistici.

Il TAR ha poi rilevato che hanno presentato offerta tre importanti operatori del settore, che nessuna offerta è stata esclusa per eventuale indeterminatezza o genericità e che le offerte economiche sono state tutte compiutamente valutate.

Ed ha aggiunto che IL, per supportare la censura, ha prospettato proprie personali previsioni sull’entità del servizio richiesto e sulla sua remunerazione, oppure ha portato ad esempio gare indette da altre Regioni (Liguria e Toscana), che non possono però assurgere a modello vincolante per Arca.

9.2. IL ribadisce la censura, sostenendo che il TAR (oltre ad aver qualificato la procedura come finalizzata alla stipula di una convenzione-quadro, tipologia inesistente nell’ordinamento) non ha centrato il problema.

Sottolinea che le forniture di emogasanalisi hanno costi fissi, relativi all’analizzatore ed ai consumabili (cartucce, nel lotto 1 in questione) necessari per il mantenimento dell’analizzatore in stato di pronto 24 ore su 24; poiché i consumabili hanno una durata a bordo degli analizzatori limitata nel tempo, che comporta un loro consumo indipendente dal numero di test che con essi viene effettivamente eseguito, e poiché ciascun operatore dispone di cartucce di diverse “pezzature” (numero massimo di test eseguibili con una singola cartuccia), in modo da poter adattare la fornitura selezionando il consumabile più idoneo per i diversi reparti (quelli che eseguono un numero esiguo di test e quelli di dimensioni maggiori), evitando sprechi, è evidente che gli investimenti da sostenere non sono legati al numero di test eseguiti globalmente ma al numero e alla tipologia di consumabili che debbono essere forniti per ciascun analizzatore. Arca possedeva i dati sul fabbisogno trasmessi da alcune strutture, ma si è rifiutata di fornirli.

9.3. Il Collegio osserva anzitutto che il bando riguarda dichiaratamente una gara finalizzata alla stipula di una convenzione con il fornitore selezionato, ai sensi dell’art. 1, comma 4, lettera a), della l.r. Lombardia 33/2007, sulla base della quale verranno disciplinati i contratti di fornitura attuativi, stipulati dai singoli enti del SSR mediante l’emissione degli ordinativi di fornitura.

D’altra parte, non sono state svolte censure relativamente agli effetti della qualificazione data dal TAR e sottoposta a critica, e la stessa appellante sottolinea che “la modalità prescelta di gara non era oggetto di diretta contestazione … nel ricorso originario”.

Ciò premesso, le considerazioni sulla struttura dei costi non inficiano le argomentazioni del TAR, poiché – per quanto possano incidere quelli legati alla scelta della “pezzatura” dei materiali consumabili, restano confermati i limiti intrinseci alla natura della procedura di gara e del servizio da appaltare, sotto il profilo della relativa non programmabilità dei fabbisogni e della parziale indisponibilità dei dati relativi, che possono giustificare la parzialità dei dati a disposizione dei concorrenti, nonché le caratteristiche del mercato e degli operatori, che concorrono a rendere tale parzialità non preclusiva dell’elaborazione di una offerta.

La difesa di Arca ha ulteriormente sottolineato che la mancata indicazione dei dati a livello aziendale è stata conseguenza della riorganizzazione in atto della distribuzione dei carichi di lavoro e conseguentemente delle apparecchiature tra i vari enti del SSR, che avrebbero reso inattendibili o addirittura fuorvianti i dati analitici.

Deve dunque convenirsi che i concorrenti fossero in grado di confezionare le offerte, in modo prudenziale ed indicando un prezzo che desse sufficienti garanzie di trarre dall’esecuzione dell’appalto una remunerazione.

Senza considerare che, di fatto, come altresì sottolineato dal TAR, sono pervenute tre offerte da importanti operatori del settore e sono state valutate ammissibili (numero che le parti appellate sottolineano in linea con la prassi del settore merceologico, nel quale la concorrenza, trattandosi di prodotti di alto contenuto tecnologico, è ridotta), e che l’appellante non precisa in che misura la propria offerta sarebbe stata diversa qualora fosse stato disponibile il dato analitico e disaggregato la cui mancanza sostiene debba inficiare la gara.

9.4. IL, sotto altro profilo, aveva lamentato l’incongruità della base d’asta, in quanto il canone annuo per apparecchiatura, fissato nella legge di gara, non sarebbe remunerativo, con conseguente impossibilità di formulazione di un’offerta coerente.

Il TAR, per ritenere non incongrua la base d’asta, ha sottolineato (oltre alla discrezionalità esercitata da Arca) che:

- la scelta del prezzo per il singolo test è il risultato di un confronto fra Arca e gli enti del servizio sanitario regionale, che ha portato all’individuazione di una forbice di prezzo per singolo referto fra un minimo di euro 1,47 ed un massimo di euro 3,28; la fissazione del prezzo a 1,50 euro è giustificata dalla circostanza che l’appalto è riferito a volumi maggiori di quelli ordinariamente necessari al singolo ente, con possibilità di conseguenza di fissare un prezzo di poco superiore al minimo di mercato;

- del resto, Arca ha evidenziato come prezzi simili sono praticati da aziende sanitarie lombarde di grandi dimensioni, mentre appaiono inconferenti i riferimenti alle aziende sanitarie liguri o toscane.

9.5. Nell’appello, IL ribadisce che l’importo a base d’asta dei canoni annui per apparecchiatura non appare minimamente remunerativo rispetto al valore di mercato dei beni (analizzatori) posti in gara. Ciò, trattandosi di una remunerazione a costo per test, e non avendo alcuna informazione circa il numero di test per analizzatore, ha reso pressoché impossibile per i partecipanti formulare un’offerta coerente.

Le considerazioni del TAR non sono convincenti, avendo Arca solo comunicato la forbice di prezzo rilevata tra i diversi prezzi per test presenti in alcune aziende sanitarie lombarde, ma senza specificare che tipo di fornitura avesse portato a calcolare tale prezzo per test. La scelta della soglia di euro 1,50 è viziata quindi dalla volontà di utilizzare come benchmark il “costo per test” tra diversi Enti, senza specificare che tipo di fornitura avesse portato a tanto, e senza considerare le condizioni che lo hanno determinato.

9.6. Al riguardo, il Collegio ribadisce che un margine di opinabilità, dati i presupposti di fatto e la tipologia della gara, era inevitabile e fisiologico, tale da costituire un’alea non esorbitante l’ordinario rischio d’impresa.

Anche la possibilità che il parametro di riferimento venisse individuato attraverso una comparazione delle caratteristiche della lex specialis delle diverse forniture da cui i dati erano stati tratti, non riesce a inficiare la procedura. L’argomento basato sulla dimensione della gara e sulle conseguenti possibilità di ottenere un prezzo più competitivo rispetto a quello praticato nelle singole aziende appare infatti dirimente, anche alla luce della considerazione di Arca che presso presidi di medio-grande dimensione e con numeri di refertazioni significativi si riscontrano già oggi valori appena superiori a quello a base di gara (Arca cita al riguardo l’ASST Sette Laghi, l’ASST Rhodense e l’ASST Garda, con valori rispettivamente di 1,62, 1,55 e 1,51 euro - anche se non in proporzione diretta al numero dei test effettuati presso ciascuna struttura) e la stessa appellante, operatore di settore che può presumersi sia a conoscenza dell’andamento delle gare, anche nelle regioni limitrofe, non prospetta elementi specifici di raffronto, utili a dimostrare la scarsa attendibilità dei dati presi a riferimento da Arca.

Va ribadito che sono state presentate tre offerte ritenute congrue, e che l’appellante non ha specificato i margini di incertezza che, per effetto del condizionamento di previsioni illegittime, caratterizzerebbero il contenuto dell’offerta presentata.

9.7. Un altro profilo di censura, incentrato sulla mancata indicazione del numero e della frequenza dei controlli richiesti, è stato rinunciato in appello da IL (a seguito della rettifica del bando con differimento del termine, operata da Arca in corso di giudizio).

9.8. Viene invece riproposta la censura incentrata sul fatto che l’art. 2.3 del capitolato non indica quanti sistemi informatici e quanti interfacciamenti devono essere forniti.

Il TAR ha respinto la censura, sottolineando che l’art. 3.1. indica le caratteristiche del Sistema Informatico Integrato, mentre ulteriori informazioni sull’argomento sono contenute nel chiarimento fornito da Arca in data 22 novembre 2016, e che le indicazioni devono così ritenersi sufficientemente determinate, tali in ogni modo da consentire la presentazione di un’offerta consapevole, avuto riguardo ad ogni modo alle caratteristiche dell’appalto, come sopra esposte.

9.9. IL ribadisce in appello che l’unico riferimento è presente nell’art. 3 del capitolato, in cui si elencano i Sistemi Gestionali di Laboratorio e i Middleware, senza tuttavia specificare dove si trovi ciascun sistema e quanti strumenti dovranno essere interfacciati ad ognuno: ciò causa una essenziale indeterminatezza sui costi dell’informatica per ciascun operatore economico. Né è stata fornita alcuna specificazione in ordine al tipo di sistema presente in ciascuno degli enti aderenti alla convenzione (cosicché, in presenza di sistema c.d. “proprietario” di uno dei concorrenti, questi godrebbe di un ingiusto vantaggio).

I chiarimenti resi da Arca non hanno consentito la riduzione del grado di indeterminatezza della richiesta, dato che la stazione appaltante si è infatti limitata ad enumerare i Sistemi Gestionali di Laboratorio e i Middleware già elencati nel capitolato.

9.10. Il Collegio osserva che le informazioni fornite delineano la struttura fondamentale del sistema informatico in relazione al quale sono state richieste le prestazioni in esame.

Le indicazioni fornite avrebbero potuto essere più dettagliate, ma, va nuovamente sottolineato, la tipologia di procedura e le relative variabili, non potendosi prevedere quali e quanti enti avrebbero aderito alla convenzione in tempi successivi, e dovendosi poi definire l’accordo con i fornitori di LIS e Middleware, giustificavano la mancanza degli ulteriori dati sui quali è incentrata la censura.

Anche in questo caso, peraltro, l’appellante non precisa sotto quali aspetti ed in che misura la propria offerta, qualora le informazioni fornite fossero state dettagliate come pretende, avrebbe avuto contenuti tecnici o economici diversi da quella presentata in gara.

La considerazione secondo la quale l’esistenza di sistemi c.d. proprietari (peraltro, allo stato soltanto ipotizzata) potrebbe recare un vantaggio ad alcuno dei concorrenti non denota alcuna anomalia, facendo parte degli elementi che possono incidere sulla competizione, derivanti dallo svolgimento (legittimo, deve supporsi) di attività pregresse e dalla continuità funzionale dei sistemi informativi.

10. Con un secondo motivo, IL aveva dedotto censure di genericità ed indeterminatezza nei confronti di tre dei criteri di valutazione dell’offerta tecnica - prova tecnica di laboratorio con presentazione della ditta fornitrice (6 punti); disegno dell’architettura e funzionalità del programma informatico (3 punti); e descrizione delle modalità di formazione e addestramento (2 punti) - ritenuti non sufficientemente determinati e rimessi così all’arbitrio della commissione di gara.

Il TAR ha ritenuto che i criteri fossero stati indicati nella lex specialis con sufficiente determinazione, tale da consentire alla commissione, quale organo tecnico, di esprime il proprio consapevole giudizio.

Inoltre, nello stesso motivo, IL aveva dedotto la contraddittorietà fra il requisito minimo (pag. 8 del capitolato) consistente nell’esistenza di procedure di manutenzione automatiche dello strumento offerto, ed il criterio di valutazione che premia invece la riduzione dei tempi di manutenzione, che non sarebbe quindi automatica (pag. 49 del disciplinare).

Il TAR ha ritenuto che la censura fosse travisata, perché ha confuso la manutenzione automatica eseguita ordinariamente e periodicamente dall’apparecchio con le misure straordinarie per rotture o sostituzione, che impongono invece l’intervento del personale dell’appaltatore.

10.1. Nell’appello (la censura in esame risulta approfondita anche con il terzo motivo), IL ribadisce che non è chiaro quali siano i “requisiti” cui l’offerta deve rispondere né quali siano gli “elementi migliorativi” ed il relativo interesse, che dovrebbero orientare i commissari nell’attribuzione dei coefficienti, che poi si traducono in punteggi. Lamenta che in sede di convocazione delle aziende per l’esecuzione della prova pratica, a posteriori rispetto alla pubblicazione della lex specialis e dunque in violazione dell’art. 95, comma 6, del d.lgs. 50/2016, la Commissione abbia deciso quali sarebbero stati i criteri di valutazione, così integrando illegittimamente il dettato del capitolato. Per di più, è stato predisposto un questionario diverso per ciascun concorrente.

Quanto al profilo di contraddittorietà denunciato, il TAR avrebbe errato nel ritenere la censura basata su un travisamento, posto che le misure straordinarie per rotture o sostituzione sono del tutto imprevedibili, diverse da caso a caso e quindi non potevano costituire oggetto di giudizio ex ante da parte della Commissione.

10.2. Il Collegio ritiene che la definizione della griglia dei criteri di valutazione e l’esternazione dell’apprezzamento concreto operato dai commissari si sottraggano alle censure dedotte.

Va premesso che, come sottolineato anche dal TAR, i giudizi tecnico discrezionali della commissione giudicatrice possono essere censurati davanti al giudice soltanto in caso di travisamento della realtà fattuale o di manifesta illogicità delle valutazioni (cfr., fra le tante, Cons. Stato, III, n. 476/2017 e n. 4901/2017).

Nel caso in esame, se è vero che i criteri oggetto di censura individuano in modo abbastanza ampio gli aspetti dell’offerta tecnica meritevoli di apprezzamento, va considerato che il disciplinare (pagg. 48-51), riguardo ai parametri per i quali l’attribuzione del punteggio è previsto avvenga in modo “ponderale” (vale a dire, mediando i coefficienti discrezionalmente attribuiti da ciascun commissario, senza ulteriori criteri prefissati - tra i quali rientrano i tre criteri oggetto di censura), ha corredato la griglia dei giudizi da attribuire – da “sufficiente” ad “ottimo”, con le valutazioni intermedie di “accettabile”, “discreto” e “buono” - e dei relativi coefficienti – fra zero ed uno, sui quali è poi stata calcolata la media, da moltiplicarsi per il punteggio massimo previsto per l’elemento qualitativo - con l’indicazione dei corrispondenti livelli qualitativi (“rispondente ai requisiti senza elementi migliorativi … con elementi migliorativi non di particolare interesse e rilievo … con elementi migliorativi interessanti … con elementi migliorativi di particolare rilievo” e “ampiamente superiore ai requisiti”). Inoltre, la Commissione ha redatto una tabella excel, contenente tutti i coefficienti attribuiti, le caratteristiche riscontrate nei prodotti e note esplicative delle valutazioni effettuate, e per la prova pratica ha analiticamente precisato i contenuti della illustrazione dei prodotti da parte dei concorrenti, i quesiti a ciascuno posti ed i relativi riscontri valutativi (cfr. verbale n. 15 e tabella allegata).

Su come siano stati attribuiti i punteggi, peraltro, IL non ha dedotto censure specifiche.

E’ vero che, per la prova tecnica di laboratorio (6 punti), la Commissione ha individuato uno schema di quesiti da porre ai concorrenti, decidendo “di approfondire gli aspetti legati alla maneggevolezza, ergonomicità e facilità d’uso degli strumenti offerti in gara, oltre alle eventuali interazioni degli stessi con i software/sistemi informativi offerti” (cfr. verbale n. 14); e che, a seguito dell’illustrazione dei prodotti, ha posto ai concorrenti quesiti non identici. Ciò, tuttavia, non costituisce integrazione ex post dei criteri, bensì sviluppo logico della previsione di una prova tecnica di laboratorio evidentemente finalizzata a verificare ed approfondire quanto indicato nelle dichiarazioni e nella documentazione tecnica, posto che maneggevolezza, ergonomicità e facilità d’uso, ancorché non espressamente menzionati nel capitolato, sono aspetti di qualità intrinseci all’apparecchio offerto, ed in tal modo la valutazione non è andata a sovrapporsi a quella delle caratteristiche strutturali e funzionali apprezzate in relazione agli altri criteri.

D’altra parte, l’appellante non precisa quali altri aspetti avrebbero potuto orientare l’attribuzione dei punteggi per la prova tecnica, e i quesiti posti appaiono in massima parte comuni (secondo uno schema prefissato) e solo in alcuni casi (opportunamente) distinti in ragione delle diverse caratteristiche dei prodotti.

In sostanza, il Collegio ritiene condivisibile la valutazione del TAR, nel senso che l’operato della Commissione si sia risolto nell’individuazione di una serie di criteri di dettaglio, comunque non lesivi della lex specialis, e necessari per consentire il migliore esercizio della discrezionalità comunque riconosciuta alla commissione nell’attribuzione del punteggio tecnico.

Quanto al dedotto profilo di contraddittorietà, le censure dell’appello non mettono in discussione la differenza tra gli adempimenti sottolineata dal TAR, e comunque l’imprevedibilità investe, semmai, il concreto verificarsi delle situazioni che richiedono misure straordinarie per rotture o sostituzione, non la possibilità di apprezzare ex ante l’esistenza di un’organizzazione idonea a farvi fronte nel rispetto di determinati tempi.

11. Con il terzo motivo, IL aveva censurato l’innovazione del contenuto della lex specialis che, senza adeguata ripubblicazione, sarebbe stata operata attraverso il chiarimento in data 22 novembre 2016.

Il TAR ha rigettato la censura, sottolineando che l’integrazione circa il numero dei controlli minimi richiesti per ciascun esame era stata pubblicata nelle stesse forme del bando, con differimento dei termini della gara.

11.1. IL nell’appello lamenta che altre parti del capitolato sarebbero state illegittimamente integrate da chiarimenti e/o interpretazioni della Commissione, senza che la ripubblicazione le abbia assorbite. E precisa che la censura ha rilievo perché altri concorrenti avrebbero dovuto essere esclusi per mancanza di requisiti, sulla base del capitolato (originario).

In questa prospettiva, ribadisce che:

(a) - in relazione alla caratteristica di minima “calibrazioni automatiche per tutti i parametri misurati”, è evidente la modifica del capitolato, laddove il chiarimento (alla domanda 11, punto 1) ha indebitamente circoscritto la suddetta caratteristica di minima esclusivamente alle calibrazioni quotidiane ed escludendo qualsiasi altro tipo di calibrazione con una differente periodicità (col risultato di rendere ammissibile l’offerta De Mori che prevede la calibrazione trimestrale manuale);

(b) – tra i requisiti di minima a pena di esclusione contenuti nel capitolato, è richiesto di offrire “reattivi pronti all’uso e caricabili a bordo del sistema disponibili in cartucce - di differenti pezzature - contenenti tutti i componenti necessari per l’esecuzione di tutti i parametri di una singola determinazione”; a fronte della richiesta (domanda n. 6, punto 2) di specificare se “come “componenti” necessari per l’esecuzione di tutti i parametri, si intendono tutti i sensori/moduli necessari alla misura di tutti i parametri richiesti incluso il percorso fluidico del campione dalla sua aspirazione”, la stazione appaltante ha confermato; tuttavia, la Commissione, in modo del tutto arbitrario ed in contrasto con la lex specialis, ha introdotto l’inedito concetto di “componenti core”, ovvero essenziali, così escludendo la sonda e la fluidica dai componenti che debbono essere contenuti in cartuccia ed ammettendo dunque l’offerta De Mori (in quanto nell’analizzatore ABL90 FLEX parte della fluidica, ivi compresa la sonda di campionamento, è parte dello strumento e non è quindi contenuta in una cartuccia);

(c) – rispetto ad una richiesta di “fornitura in service di strumenti monocontenitore per reagenti e reflui (a cartuccia)”. Siemens ha offerto in gara lo strumento RapidPoint 500 che contiene reagenti e reflui in due contenitori separati (denominati “cartuccia di misura” e “cartuccia di lavaggio/scarico”, e la Commissione (verbale n. 19) ha ritenuto l’offerta idonea in quanto le caratteristiche delle due cartucce risulterebbero “funzionalmente indifferenti per la finalità della strumentazione offerta”; tuttavia, il concetto di “funzionalmente indifferenti” non si rinviene in alcuna parte del capitolato, ed anzi è chiaramente modificativo del medesimo; e comunque, qualora Siemens avesse voluto dimostrare l’equivalenza funzionale della propria soluzione rispetto al capitolato, essa avrebbe dovuto, tramite apposita dichiarazione, far riferimento al “principio di equivalenza” di cui all’art. 68 del d.lgs. 50/2016, e la Commissione avrebbe potuto pronunciarsi accogliendo o rigettando la dichiarazione di equivalenza.

11.2. Il Collegio ritiene di posticipare l’esame dei primi due profili suddetti (a e b), che riguardano in sostanza l’offerta De Mori.

Riguardo al terzo profilo (c), che riguarda l’offerta di Siemens, la censura risulta approfondita da IL anche con il successivo quarto motivo dell’appello, concernente censure escludenti nei confronti dei concorrenti.

Il TAR ha esaminato e ritenuto infondata la censura, sottolineando che:

- il capitolato, per il lotto 1, dopo avere previsto la fornitura di strumenti monocontenitore, stabilisce, in dettaglio che deve trattarsi di apparecchiature funzionanti esclusivamente “con reattivi disponibili in cartucce contenenti tutti i componenti necessari per l’esecuzione di tutti i parametri…”, in contrapposizione invece al lotto n. 2, riguardante apparecchiature “tradizionali” (pag. 3); inoltre, nell’elenco dei requisiti minimi del lotto n. 1, vi è un ulteriore riferimento ai “reattivi … disponibili in cartucce ….” (pag. 8);

- l’apparecchio offerto da Siemens si presenta come un apparecchio innovativo, che utilizza cartucce “a perdere”, che possono essere cambiate facilmente e ciò lo distingue da apparecchi più tradizionali, che richiedono invece più lunghe e complesse operazioni di gestione, e la conformità e funzionalità dell’apparecchio sono state positivamente valutate dalla Commissione di gara nella seduta del 18 settembre 2017 (cfr. verbale n. 19).

11.3. Il Collegio osserva che la formulazione testuale complessiva della legge di gara rendeva possibile l’interpretazione data dal TAR, ma avrebbe anche potuto condurre ad un prodotto con cartuccia unica, posto che i riferimenti alle cartucce (al plurale) si spiegherebbero anche con il fatto che si tratta di materiali di consumo, rinnovabili nel tempo a fronte dell’unico apparecchio utilizzatore.

In ogni caso, la Commissione di gara ha esplicitato una valutazione in termini di equivalenza, in quanto, disattendendo il rilievo di IL circa l’utilizzazione da parte dell’apparecchio offerto da Siemens di due contenitori distinti, ha confermato il possesso del requisito sottolineando che “distingue le due componenti core in due cartucce … le cui caratteristiche operative risultano funzionalmente indifferenti per le finalità della strumentazione offerta”.

Detta indifferenza funzionale, vale a dire la constatazione che non vi fosse alcuna apprezzabile differenza tra un apparecchio con una ed uno con due cartucce, equivale a ritenere che, sotto questo aspetto, la diversità di formulazione nella descrizione dei prodotti dei due lotti non avesse alcuna giustificazione (cosicché, va esplicitato, avrebbe potuto determinare una immotivata restrizione della concorrenza).

L’art. 68 del d.lgs. 50/2016 (e, prima ancora, l’omologa disposizione del d.lgs. 163/2006), in attuazione del principio comunitario della massima concorrenza, è finalizzato a che la ponderata e fruttuosa scelta del miglior contraente non debba comportare ostacoli non giustificati da reali esigenze tecniche. Il precetto di equivalenza delle specifiche tecniche è un presidio del canone comunitario dell'effettiva concorrenza (come tale vincolante per l'Amministrazione e per il giudice) ed impone che i concorrenti possano sempre dimostrare che la loro proposta ottemperi in maniera equivalente allo standard prestazionale richiesto (cfr. Cons. Stato, III, n. 1316/2017).

Pertanto, se è vero che il concorrente che voglia avvalersi del principio di equivalenza, ha l'onere di dimostrare, appunto, l'equivalenza tra i prodotti, non potendo pretendere che di tale accertamento si faccia carico la Commissione di gara. Ma, una volta che l’Amministrazione abbia proceduto in tal senso, la scelta tecnico discrezionale può essere inficiata soltanto qualora se ne dimostri l’erroneità: ciò che nel caso in esame non è avvenuto.

Tanto più che l’art. 68 vigente, non prevede più che “L'operatore economico che propone soluzioni equivalenti ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche equivalenti lo segnala con separata dichiarazione che allega all'offerta” (art. 68, comma 6, d.lgs. 163/2006), mentre ha mantenuto la possibilità di dimostrare nell’offerta “con qualsiasi mezzo appropriato … che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche” (art. 68, commi 7 e 8, del d.lgs. 50/2016).

12. Con il quarto motivo di appello, IL, approfondendo profili di censura già esaminati, torna ad evidenziare aspetti di difformità delle offerte di De Mori e Siemens rispetto alle caratteristiche minime poste a pena di esclusione dalla lex specialis.

Il Collegio ritiene di posporre l’esame di quelli rivolti all’offerta De Mori (che sostanzialmente coincidono con quelli già indicati al punto 11.1., a) e b).

Per quanto concerne quelli rivolti all’offerta di Siemens, il primo (che coincide con quello indicato al punto 11.1., c), è già stato esaminato e ritenuto infondato.

Il secondo è incentrato sul rilievo secondo il quale lo strumento di Siemens (in quanto necessita di volumi di campione variabili in relazione al tipo di siringa, il cui volume di riempimento supera spesso la misura di 200 microlitri) non corrisponde al requisito minimo dal “ridotto volume campione (comunque non superiore a 200 µL)” (cfr. capitolato, pag. 8).

Secondo IL, il “volume campione” della legge di gara corrisponde al volume massimo di prelievo al paziente e deve essere indipendente dal mezzo di prelievo utilizzato, rappresentato dalla siringa, quest’ultima di varie dimensioni; la stazione appaltante, nel chiarimento n. 8 alla domanda n. 3, avrebbe confermato tale interpretazione.

12.1. Il TAR ha respinto la censura, sottolineando che:

- lo strumento offerto da Siemens esegue l’analisi del pannello analitico completo utilizzando 100 microlitri di campione, quindi una misura inferiore a quella massima del capitolato (cfr. Guida Utente di RapidPoint 500, che utilizza solo 100 microlitri di campione per analisi); ciò che varia, invece, è il volume di riempimento della siringa, che è talora inferiore (in caso ad esempio di tubo capillare) ma che può arrivare a 800 microlitri nei più grandi mezzi di prelievo:

- tuttavia la legge di gara (da interpretarsi con i criteri già sopra ricordati), indicando semplicemente il “volume campione” massimo, senza altro aggiungere e senza soprattutto fare riferimento agli strumenti di prelievo, deve essere interpretato nel senso dell’idoneità dello strumento di analisi (e non di quello di prelievo, non oggetto di gara), per cui il richiamo non può che essere al volume utilizzato dall’apparecchio e non a quello prelevato dal paziente;

- se è pur vero che Arca pare avere offerto un chiarimento di segno opposto (domanda n. 3 e relativo chiarimento n. 8), nondimeno la stessa stazione appaltante ha però fornito un chiarimento nel senso indicato da Siemens (domanda n. 6 e relativo chiarimento n. 3) e a fronte di due chiarimenti contraddittori, non può che prevalere quello conforme alla legge di gara.

Il TAR ha aggiunto – riguardo al rilievo secondo cui Siemens per lo stesso profilo sarebbe stata esclusa da una gara indetta dall’A.O.U. di Catania – che in quel caso il capitolato richiedeva un volume campione di 150 microlitri “indipendentemente dal dispositivo di prelievo utilizzato”, a differenza dell’appalto in questione, dove il riferimento è al volume campione ma non al mezzo di prelievo.

E che Siemens ha documentato che i maggiori produttori di siringhe per emogasanalisi richiedono volumi minimi all’interno delle siringhe ben maggiori di 200 microlitri, per cui sotto tale profilo l’interpretazione della legge di gara propugnata dalla ricorrente appare illogica, finendo di fatto per rendere illogico se non addirittura impossibile da rispettare, anche il requisito richiesto.

In conclusione, secondo il TAR, non ha errato la commissione di gara nel ritenere che il requisito si riferisca al volume necessario per l’esecuzione del pannello da parte dello strumento e non al volume di campione di prelievo sul paziente (cfr. verbale n. 19).

12.2. IL torna a prospettare la difformità rispetto al requisito, sottolineando che una limitazione relativa al volume di riempimento della siringa non è un’idoneità dello strumento di prelievo, bensì dell’analizzatore ad eseguire un’aspirazione efficace con tale dispositivo di prelievo; e ribadisce che la verificazione disposta dal CGA di Palermo (riguardo ad una gara indetta dall’A.O.U. Policlinico Vittorio Emanuele di Catania, in cui Siemens era stata esclusa) ha evidenziato la mancanza del requisito nel prodotto offerto da Siemens.

12.3. Il Collegio osserva che, in presenza di una formulazione letterale non univoca e di chiarimenti suscettibili di essere interpretati complessivamente anche nel senso opposto a quello propugnato dall’appellante, non può preferirsi l’interpretazione più restrittiva che conduca all’esclusione dell’offerta, ma deve preferirsi quella che, in ossequio al favor partecipationis, permetta un confronto concorrenziale più ampio.

Non conduce, infatti, a diversa conclusione quanto desumibile dalla verificazioni invocate da IL, posto che la valutazione viene qui operata sulla base del tenore della legge di gara e della portata applicativa che ad essa può essere attribuita, prima ancora di procedere ad una valutazione sotto il profilo tecnico-scientifico.

Peraltro (con riserva di approfondire, in relazione al gravame di De Mori, la rilevanza di altri accertamenti tecnici effettuati in diversi giudizi), va aggiunto che l’esito della verificazione suddetta appare condizionato dal diverso tenore della legge di gara, che accompagnava il parametro del volume con la indicazione “indipendentemente dal dispositivo di prelievo utilizzato”, tale da supportare una opposta soluzione interpretativa.

Poiché i requisiti minimi devono ritenersi di stretta interpretazione, in considerazione del fatto che incidono sulla par condicio dei partecipanti, e non possono ricavarsi requisiti di partecipazione impliciti, l’esclusione non può essere disposta se il significato della specifica tecnica non sia del tutto univoco.

Pertanto, le argomentazioni del TAR meritano di essere condivise.

12.4. Non è stata riproposta in appello la censura dedotta in primo grado riguardo alla pretesa anomalia dell’offerta di Siemens.

13. L’infondatezza delle censure esaminate fa venir meno l’interesse di IL ad una pronuncia sul merito delle censure rivolte all’ammissione dell’offerta di De Mori, non potendo comunque IL ottenere l’aggiudicazione a causa dell’intangibilità della posizione di Siemens.

Parimenti improcedibile risulta il relativo appello incidentale di Siemens, volto a far valere nei confronti di IL censure escludenti (per aver offerto analizzatori che presentano caratteristiche tecniche diverse e rispondono ad esigenze e carichi di lavoro diversi, e dunque un offerta duplice e condizionata, in violazione dell’art. 32, comma 4, del d.lgs. 50/2016; perché detti strumenti non sono in grado di produrre carte di controllo ed elaborazioni statistiche, come richiesto dal capitolato; perché anch’essi non operano con un solo contenitore cartuccia; perché non soddisfano i requisiti relativi a “reattivi pronti all’uso e caricabili a bordo del sistema disponibili in cartucce – di differenti pezzature – contenenti tutti i componenti necessari per l’esecuzione di tutti i parametri di una singola determinazione”, “calibrazioni automatiche per tutti i parametri misurati” e “procedure di manutenzione automatiche eseguite dall’analizzatore senza necessità di intervento dell’operatore”).

Come anche quello di De Mori, volto a far valere nei confronti di IL censure escludenti, in larga parte analoghe (per errata formulazione dell’offerta riguardo ai costi interferenziali della sicurezza; per violazione dei principi di imparzialità, buon andamento ed unicità dell’offerta, mediante offerta di due distinti modelli di analizzatore; per mancanza del requisito relativo alle cartucce contenenti tutti i componenti necessari per l’esecuzione di tutti i parametri di una singola determinazione; per mancanza del requisito relativo alle calibrazioni automatiche; per mancanza del requisito relativo alle procedure di manutenzione automatiche senza necessità di intervento dell’operatore), oltre a censure caducatorie dell’intera gara, peraltro coincidenti con quelle dedotte con il proprio appello principale ed appresso esaminate.

14. Passando ad esaminare l’appello di De Mori, la società aveva sostenuto che l’offerta di Siemens dovesse essere esclusa in quanto contenente un errore su un elemento essenziale (vale a dire il valore dei costi non soggetti a ribasso), errore che l’amministrazione avrebbe illegittimamente consentito di sanare attraverso il soccorso istruttorio.

Il TAR ha respinto la censura, sottolineando che si è trattato di errore materiale – consistente nell’aver indicato i costi da interferenza non soggetti a ribasso (anziché nella misura, pari a zero, prevista dai punti 1.7. e 4.2.3. del disciplinare) in euro 672.786,55 – posto che detta indicazione (corrispondente alla somma del costo della manodopera e dei costi aziendali della sicurezza, indicati nell’offerta) non inficiava il valore totale dell’offerta economica, quale risultante sia dalla dichiarazione di offerta sia dalla piattaforma Sintel, pari ad euro 4.853.155,392.

14.1. Con il primo motivo dell’appello, De Mori ripropone la censura, sostenendo che l’errore non era emendabile (non essendo frutto di un errore di calcolo o di un involontario refuso o di un lapsus calami, bensì di un errore di comprensione e d’applicazione di quanto era richiesto in modo univoco dal disciplinare), che la rettifica ha comportato variazione dell’offerta (perché tali oneri costituivano una voce del valore dell’offerta economica, che il concorrente doveva esplicitamente accettare e sottoscrivere digitalmente), che non vi sarebbe alcun atto di Siemens che esprima la precisa valorizzazione richiesta dal disciplinare, e che quindi, ai sensi dell’art. 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016, non vi erano nemmeno margini per il soccorso istruttorio.

14.2. Il Collegio osserva che l’errore compiuto da Siemens non si traduce in una modifica sostanziale del contenuto dell’offerta, ma solo nella specificazione formale di una voce erroneamente inserita a sistema in fase di compilazione e caricamento della stessa (che nulla ha a che vedere con i costi della sicurezza c.d. aziendali).

Le argomentazioni dell’appellante non colgono nel segno, in quanto la precostituzione e la mancanza di valorizzazione dei costi da interferenza privano di effetti sostanziali l’erronea indicazione, e relegano a mero formalismo la necessità di una esplicita tempestiva accettazione del valore corretto, così da rendere consentito (se non dovuto) il soccorso istruttorio disposto dalla Commissione e dalla stazione appaltante ai sensi dell’art. 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016.

Infatti, non essendo derivata, dall’errore e dalla rettifica, alcuna distorsione dell’offerta, qualora Arca avesse escluso Siemens per tale motivazione, un simile provvedimento avrebbe sollevato dubbi sotto il profilo del contrasto con il principio di proporzionalità.

La giurisprudenza, come ricorda Arca, ha più volte affermato che le offerte devono essere interpretate al fine di ricercare l’effettiva volontà dell’impresa partecipante alla gara, superando le eventuali ambiguità, a condizione di giungere ad esiti certi circa la portata dell’impegno negoziale assunto (cfr. Cons. Stato, V, n. 2082/2015; III, n. 5196/2014); che tale ricerca può quindi anche consistere nell’individuazione e nella rettifica di eventuali errori di scritturazione o di calcolo, a condizione, però, che alla rettifica si possa pervenire con ragionevole certezza e, comunque, senza attingere a fonti di conoscenza estranee all’offerta (cfr., Cons. Stato, III, n. 1487/2014 e n. 4592/2012; VI, n. 889/2013); e dunque risulta legittimo il potere di rettifica di errori materiali o refusi, purché circoscritto alle ipotesi in cui l’effettiva volontà negoziale sia stata comunque espressa nell’offerta e risulti palese che la dichiarazione discordante non è voluta, ma è frutto di un errore ostativo, da rettificare in applicazione dei principi civilistici contenuti negli artt. 1430-1433 del codice civile (cfr., nel solco di Cons. Stato, A.P., n. 9/2014, TAR Lazio Roma, II, n. 5060/2016; TAR Lombardia, IV, n. 1554/2016).

15. Con altra censura, anche De Mori aveva sostenuto che l’offerta di Siemens avrebbe dovuto essere esclusa per inosservanza del requisito minimo riguardante il “ridotto volume campione”.

Il TAR ha respinto la censura, richiamando le argomentazioni spese a proposito di quella omologa prospettata da IL.

Con l’appello, De Mori ribadisce la censura, prospettando argomentazioni in parte diverse da quelle proposte da IL nel suo appello.

In particolare, lamenta che il TAR avrebbe ignorato un accertamento istruttorio, pur prodotto agli atti del giudizio, consistente in una verificazione (disposta dal CGA in un contenzioso all’epoca in corso, relativo ad una gara di pari oggetto espletata dalla ASP di Ragusa) che, a fronte di specifiche tecniche del tutto analoghe, ha ritenuto l’apparecchio RAPID Point 500 di Siemens non conforme.

Sostiene poi che i chiarimenti sarebbero, effettivamente, contraddittori solo se si adottasse una nozione di “volume di campione” coincidente con la quantità di sangue aspirata dentro l’apparecchio (volume aspirato); mentre invece, se si assume che il volume di campione è “la quantità di campione di sangue che deve essere prelevato al paziente, necessaria per eseguire il profilo analitico richiesto”, questa definizione permette di armonizzare il contenuto dei chiarimenti e di leggerli in reciproca connessione (o comunque non in reciproco contrasto).

Contesta, poi, l’argomento del TAR secondo il quale i produttori di siringhe individuano un volume di riempimento assai maggiore di 200 microlitri, invocando l’esito di una ulteriore verificazione disposta dal CGA, successivamente all’emissione della sentenza appellata (anche in questo caso, relativamente ad una gara espletata dalla A.O.U. di Catania, concernente le attrezzature emogasanalitiche di Roche, Instrumentation Laboratory e De Mori), che dimostrerebbe che: (i) sul piano metodologico e clinico i quantitativi teorici raccomandati dai fabbricanti di siringhe recedono innanzi al dato reale (pur coincidente con ridottissime quantità), che prevale in emogasanalisi; (ii) gli strumenti di emogasanalisi presenti sul mercato non sono affatto vincolati al quantitativo di sangue raccomandato dai produttori di siringhe, tanto che sono idonei ad eseguire con successo il test; (iii) la capacità di aspirazione di un analizzatore dipende dalla sua efficienza tecnologica (in alcuni casi, non è richiesto un volume di riempimento minimo della siringa, come ad esempio per l’ABL90 di De Mori; mentre in altri casi tale volume è necessario per il funzionamento dell’analizzatore: e questo è il caso dichiarato del RAPID Point 500 di Siemens, che qui rileva).

15.1. Il Collegio non ritiene che le specifiche argomentazioni dedotte da De Mori siano idonee a condurre ad una conclusione diversa da quella raggiunta riguardo all’omologa censura dedotta da IL, sopra esaminata.

La valutazione operata dal TAR si basa, correttamente, sull’individuazione dei diversi significati che, alla luce di chiarimenti non del tutto univoci, poteva attribuirsi alla definizione del requisito minimo, e sulla considerazione che fosse legittimo ammettere l’offerta presentata, in quanto conforme al requisito secondo uno dei significati attribuibili al capitolato.

Giova sottolineare che, in data 5 dicembre 2016, nel chiarimento n. 8 alla domanda n. 3, Arca aveva confermato che “il volume campione necessario è relativo al volume minimo di prelievo al paziente necessario all’esecuzione del test”, mentre nel chiarimento n. 3 alla domanda n. 6, aveva confermato che “il requisito “si riferisce al volume necessario allo strumento analitico per l’esecuzione dell’intero pannello analitico”.

Va ricordato che nel requisito il volume minimo era testualmente riferito al campione, e non al prelievo di sangue, e come tale - non sussistendo nell’ambito della gara evidenze tali da condurre, attraverso la considerazione del significato logico della previsione e delle sue implicazioni funzionali, a sovvertire il dato testuale – poteva essere applicata. Le argomentazioni delle verificazioni invocate da De Mori, pongono in rilievo aspetti funzionali del requisito in questione, ma – almeno, per quanto esposto negli atti di De Mori – non permettono di superare la rilevanza delle suddette ambiguità testuali, che restano dunque dirimenti.

Quanto all’argomento concernente la rispondenza della performance assicurata dallo strumento offerto da Siemens allo standard previsto dai produttori di siringhe, si tratta di affermazione rafforzativa di una valutazione già sufficientemente fondata su considerazioni di diverso tenore. E comunque, l’affermazione in sé non risulta smentita dalle risultanze della verificazione – peraltro, relativa ad una causa in cui Siemens non era parte - dalla quale sembrano piuttosto trarsi argomenti per sminuire il valore delle raccomandazioni provenienti dai produttori di siringhe.

16. Restano da esaminare le censure, dedotte da De Mori in via subordinata, volte alla rinnovazione della gara.

De Mori aveva lamentato che nello svolgimento della procedura di gara sarebbe stato violato il principio di apertura in seduta pubblica delle offerte tecniche.

Tanto, in ragione del fatto che nella seduta pubblica del 1 marzo 2017 la Commissione aveva riscontrato la presentazione delle offerte e dei documenti ad esse relativi, senza però aprire i singoli documenti e senza verificarne il contenuto, attività queste ultime che erano svolte nelle successive sedute riservate.

Il TAR ha respinto la censura sottolineando che lo svolgimento della procedura elettronica, per le proprie caratteristiche, rende estremamente improbabile l’ipotetica manomissione o manipolazione dei documenti caricati a sistema, posto che essi sono identificati con un codice (hash) che garantisce l’identità e la paternità dei documenti stessi, e che le eventuali modifiche di detti codici sono segnalate dal sistema, per cui la commissione – ma anche gli operatori interessati, attraverso l’accesso agli atti del procedimento – possono facilmente individuare eventuali manipolazioni dei documenti.

Ha aggiunto che la visione integrale in seduta pubblica del contenuto di tutti i files trasmessi, renderebbe la procedura di gara estremamente lunga, in contrasto con esigenze di economicità, efficacia e tempestività dell’azione amministrativa.

16.1. Nell’appello, De Mori torna a sostenere che l’operato della Commissione di gara si pone in contrasto con il principio di pubblicità della seduta di apertura delle offerte tecniche, in quanto nel disciplinare era previsto che “Al termine della verifica dei documenti contenuti nella Documentazione amministrativa (...), la Commissione di gara procederà in seduta pubblica (...) relativamente a ciascun singolo Lotto alla apertura (sblocco) e visione delle Offerte Tecniche dei concorrenti ammessi a tale fase.

Siffatta “visione” non è la “visibilità” - o mera visualizzazione d’una cartella .zip non cliccata - bensì l’effettiva visione del contenuto di tale cartella compressa, che postulava il download e la verifica estrinseca d’esistenza/validità/regolarità dei files .pdf racchiusi nella cartella zippata.

16.2. Il Collegio osserva che l’evidenziazione della previsione del disciplinare non inficia le considerazioni svolte dal TAR a proposito della estrema improbabilità ed agevole riconoscibilità di eventuali manipolazioni dei documenti.

Anzitutto, la considerazione aggiuntiva svolta dal TAR è tutt’altro che peregrina, posto che, da un lato, l’esame in seduta pubblica del contenuto interno dei singoli documenti, presenti nei file elettronici, oltre a poter determinare delle potenziali violazioni della privacy e della riservatezza, in relazione alla conoscibilità di eventuali contenuti da non divulgare presenti nelle singole offerte, avrebbe comportato tempi assai lunghi. Dall’altro, l’apertura e lo scorrimento veloce anche di ogni documento incluso nella cartella (offerta tecnica), non avrebbero realisticamente sortito alcun effetto utile sia per i commissari di gara sia per gli stessi rappresentanti delle ditte concorrenti presenti in seduta.

Soprattutto, la stessa appellante conferma la fondatezza della valutazione operata dal TAR nel senso che la procedura elettronica rende estremamente improbabile l’ipotetica manomissione o manipolazione dei documenti caricati, allorché ribatte che “è pur vero che un pericolo siffatto non è scongiurato in maniera assoluta, essendo eventualmente imputabile ad un errore, pur sempre possibile, del sistema stesso”.

Va in ogni caso sottolineato, quanto ai rimedi per ovviare a tale improbabile evento, che nel disciplinare (pag. 43) è previsto che “le eventuali modifiche degli hash saranno segnalate dal Sistema e oggetto di valutazione da parte della commissione e, se ritenute essenziali, saranno oggetto di esclusione”; e, come sottolinea la difesa di Arca, nel caso in cui un concorrente volesse poter visionare nel dettaglio la documentazione tecnica potrebbe richiedere (come avvenuto nella gara) l’accesso agli atti o addirittura ai log del sistema di piattaforma Sintel, in aderenza ai principi di trasparenza e pubblicità.

Può aggiungersi, come pure rilevato dal TAR, che la giurisprudenza di questa Sezione ha, riguardo ad un’altra gara svolta attraverso la piattaforma telematica regionale Sintel, affermato che “la gestione telematica della gara offre il vantaggio di una maggiore sicurezza nella “conservazione” dell’integrità delle offerte in quanto permette automaticamente l’apertura delle buste in esito alla conclusione della fase precedente e garantisce l’immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta; inoltre, nessuno degli addetti alla gestione della gara potrà accedere ai documenti dei partecipanti, fino alla data ed all'ora di seduta della gara, specificata in fase di creazione della procedura. Le stesse caratteristiche della gara telematica escludono in radice ed oggettivamente la possibilità di modifica delle offerte (cfr. Cons. Stato, III, n. 4990/2016, che richiama id., n. 4050/2016 e V, n. 5377/2014).

17. Inoltre, anche De Mori, come IL, aveva lamentato la genericità della legge di gara, che avrebbe impedito la presentazione di un’offerta congrua.

Il TAR ha respinto la censura, richiamando le considerazioni sopra ricordate (a proposito dell’appello di IL).

17.1. La censura viene riproposta nell’appello.

Comune alla doglianza dedotta da IL, sopra esaminata, è il profilo relativo alla insufficienza della base d’asta, che l’appellante argomenta con riferimento alla omessa indicazione del quantum effettivo delle forniture, quale elemento che avrebbe potuto ricondurre a limiti fisiologici l’alea contrattuale derivante dalla previsione di un canone annuo strumentale di modesta entità (ribassabile, ma non superabile), di un costo per test basso (corrispondente alla soglia minima della forbice individuata da Arca) e dell’obbligo di fornire cartucce di materiale reattivo e diagnostico “di differenti pezzature”.

Una ulteriore argomentazione, della quale De Mori lamenta il mancato esame da parte del TAR, fa leva sulla sproporzione del sinallagma contrattuale a carico degli offerenti e a favore delle parti pubbliche, in quanto esse risultano non gravate da alcuna obbligazione, rimangono libere di ordinare quantitativi di prodotti, anche marginali, in ogni caso notevolmente inferiori al massimo previsto, che viceversa vincola il fornitore.

17.2. Il Collegio ribadisce quanto sopra esposto, riguardo all’omologa censura di IL, in ordine al carattere della procedura ed ai limiti fisiologici ed all’alea per gli operatori che ne derivano.

Ad impedire la condivisione della tesi in esame, si aggiunge il rilievo che sono state presentate tre offerte congrue, che nessuno degli appellanti dice di essere stato costretto, a causa delle previsioni della legge di gara, a presentare offerte antieconomiche, né tanto meno specifica quali componenti sarebbero cambiate se avesse potuto disporre dei dati di cui lamenta la mancanza.

Anche la asserita imparità delle facoltà contrattuali delle parti appare conseguenza, in qualche misura inevitabile, della procedura di evidenza pubblica utilizzata, la cui scelta non è stata specificamente censurata, posto che negli appelli viene soltanto affermato che l’indeterminatezza dei parametri avvantaggerebbe i grandi operatori che possono contare su economie di scala (più propriamente, su una maggiore elasticità aziendale e finanziaria, per sopportare ordinativi sotto o sopra le aspettative).

18. Con l’ultimo paragrafo dell’appello, De Mori censura in via autonoma ed indipendente, la condanna alle spese disposta dal TAR Lombardia, in quanto manifestamente eccessiva e sproporzionata alla luce dei contenuti della pronuncia.

18.1. Il Collegio osserva che, anche se il TAR non ha ravvisato nei motivi di gravame profili di inammissibilità o di palese infondatezza ed il rigetto (anche in questo grado di giudizio) è conseguenza della valutazione di correttezza delle interpretazioni date dalla Commissione di gara, non per questo ne risulta viziata la condanna alle spese (pari a 10.000 euro, oltre agli accessori di legge).

Infatti, nel giudizio amministrativo la sindacabilità in appello della condanna alle spese, in quanto espressiva della discrezionalità di cui dispone il giudice in ogni fase del processo, è limitata all'ipotesi in cui venga modificata la decisione principale, salvo la manifesta abnormità, che ricorre solo in situazioni eccezionali, identificate dalla giurisprudenza nell'erronea condanna alle spese della parte vittoriosa e nella manifesta e macroscopica eccessività o sproporzione della condanna (cfr. Cons. Stato, III, n. 3818/2018; n. 3352/2017).

L’importo stabilito non può ritenersi tale, e non conduce a diversa conclusione la sola circostanza che in altri giudizi, a fronte di controversie concernenti forniture di analogo oggetto e di maggior valore, siano state liquidate spese pari alla metà di quelle contestate, in quanto l’entità della condanna alle spese non può che valutarsi in relazione alle specifiche caratteristiche di ciascuna controversia ed all’attività difensiva ivi spiegata.

19. Alla luce del rigetto delle censure dell’appello di De Mori, risulta improcedibile, in quanto ormai privo di interesse, l’appello incidentale di Siemens (volto a far valere tre profili di difformità dell’offerta di De Mori, concernenti la mancanza, negli strumenti offerti, rispettivamente, della calibrazione automatica applicabile a tutti i parametri, di una procedura di manutenzione giornaliera e periodica automatizzata e del requisito di minima “reattivi pronti all’uso e caricabili a bordo del sistema disponibili in cartucce – di differenti pezzature – contenenti tutti i componenti necessari per l’esecuzione di tutti i parametri di una singola determinazione”).

20. In conclusione, l’appello di IL deve essere in parte respinto ed in parte dichiarato improcedibile, quello di De Mori deve essere respinto, mentre gli appelli incidentali di Siemens e De Mori devono essere dichiarati improcedibili.

21. Le spese del grado di giudizio, stante la complessità di alcune questioni trattate, possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, previa riunione, respinge in parte ed in parte dichiara improcedibile l’appello di Instrumentation Laboratory S.p.a., respinge l’appello di A. De Mori S.p.a. con socio unico, dichiara improcedibili i relativi appelli incidentali di Siemens Healthcare S.r.l. e di A. De Mori S.p.a. con socio unico.

Spese del grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere