

SENTENZE 1 FEBBRAIO

N. 00122/2016REG.PROV.COLL.

N. 04464/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 4464 del 2015, proposto da:

Securline Service s.r.l. in persona del legale rappresentante, in proprio e quale mandataria dell'associazione temporanea con Cosmopol s.p.a., mandante, rappresentate e difese dall'avvocato Donato Pennetta, con domicilio eletto presso l'avvocato Nicola Petracca in Roma, via Ennio Quirino Visconti n. 20;

contro

Regione Campania in persona del Presidente, rappresentata e difesa dall'avvocato Rosaria Palma, con domicilio eletto presso l'Ufficio di Rappresentanza della Regione Campania in Roma, via Poli n. 29;

nei confronti di

Security Service s.r.l. in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Abbamonte, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via degli Avignonesi n. 5;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo della Campania, sede di Napoli, Sezione III, n. 01712/2015, resa tra le parti, concernente affidamento servizi di vigilanza e sorveglianza armata tramite guardie giurate armate e di reception e custodia per alcune sedi della Giunta Regionale della Campania - lotto 1 – risarcimento .danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Campania e di Security Service s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 dicembre 2015 il consigliere Manfredi Atzeni e uditi per le parti gli avvocati Rossella Verderosa su delega dell'avvocato Donato Pennetta, Maria Vittoria de Gennaro in dichiarata sostituzione dell'avvocato Rosaria Palma e Andrea Abbamonte;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso al Tribunale Amministrativo della Campania, sede di Napoli, rubricato al n. 143/2015, Securline Service s.r.l., e Cosmopol s.p.a., mandataria e mandante dell'associazione temporanea costituita fra di loro, impugnavano:

a) l'aggiudicazione definitiva in favore di Security Service s.r.l. della gara per l'affidamento dei servizi di vigilanza e sorveglianza armata tramite guardie giurate armate e di reception e custodia per alcune sedi della Giunta regionale Campania – lotto 1”

2) i verbali di gara, in modo particolare di quelli di verifica della documentazione amministrativa della Security Service s.r.l. cui avevano avuto accesso.

Le ricorrenti chiedevano inoltre la declaratoria del loro diritto a ottenere l'aggiudicazione definitiva ed a sottoscrivere il relativo contratto.

Le ricorrenti riferivano di avere partecipato in raggruppamento fra di loro alla gara per l'affidamento triennale dei "Servizi di vigilanza e sorveglianza armata tramite guardie giurate armate e di reception e custodia per alcune sedi della Giunta Regionale Campania - Lotto 1", gara da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, ai sensi dell'art. 82 d. lgs n.163/2006.

Alla gara partecipavano nove concorrenti. Verificate le rispettive offerte economiche, risultava classificata al primo posto nella graduatoria provvisoria La Vigilante s.r.l. che, però, con nota prot. n. 587399 del 5 settembre 2014, veniva esclusa dalla gara per non aver giustificato l'anomalia dell'offerta economica.

La Vigilante s.r.l. impugnava l'esclusione dinanzi al Tribunale Amministrativo della Campania, sede di Napoli che, con sentenza n. 5781/2014, in accoglimento del ricorso, invitava la Stazione appaltante a rivalutare le giustificazioni presentate dalla ricorrente. Effettuato il riesame, La Vigilante s.r.l. era tuttavia di nuovo esclusa.

Di conseguenza la Regione Campania, in data 25 novembre 2014, aggiudicava in via definitiva l'appalto a Security s.r.l., seconda in graduatoria provvisoria.

A seguito di accesso agli atti, ammesso in data 4 dicembre 2014, le ricorrenti ravvisavano la presenza di vizi inerenti la documentazione amministrativa tali da inficiare l'aggiudicazione definitiva della gara in favore della Security s.r.l.; presentavano quindi il suddetto ricorso, deducendo le seguenti censure:

- 1) violazione e falsa applicazione delle disposizioni di cui all'art. 7, punto 1, lett. e) del Disciplinare di gara;
- 2) violazione e falsa applicazione della disposizione di cui all'art. 75, comma 7, del d. lgs. n. 163/2006;
- 3) violazione e falsa applicazione delle disposizioni di cui all'art. 49 del d. lgs. n. 163/2006.

Le ricorrenti formulavano quindi le conclusioni sopra riportate.

L'aggiudicataria proponeva ricorso incidentale deducendo che le ricorrenti dovevano essere escluse dalla gara

perché la mandante, nella domanda di partecipazione, aveva reso dichiarazione mendace – o quanto meno erronea - circa il possesso del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. f) d. lgs. 163/2006.

Più in particolare, la ricorrente incidentale rilevava che, all'8 maggio 2014, data di presentazione dell'offerta, la mandante era stata destinataria di ben due provvedimenti di risoluzione contrattuale in altrettanti appalti, nei quali le venivano contestate gravi negligenze o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante, chiedendo quindi l'esclusione del raggruppamento delle ricorrenti principali dalla gara e la conseguente inammissibilità del gravame da loro proposto.

Con la sentenza in epigrafe, n. 1712 in data 24 marzo 2015, il Tribunale Amministrativo della Campania, sede di Napoli, Sezione Terza, respingeva il ricorso principale e il ricorso incidentale.

2. Avverso la predetta sentenza Securline Service s.r.l., e Cosmopol s.p.a., mandataria e mandante dell'associazione temporanea costituita fra di loro, propongono il ricorso in appello in epigrafe, rubricato al n. 4464/2015, contestando gli argomenti che ne costituiscono il presupposto e chiedendo la sua riforma e l'accoglimento del ricorso principale di primo grado.

Si è costituita in giudizio Security Service s.r.l. chiedendo il rigetto principale e proponendo appello incidentale con il quale contesta il rigetto del ricorso incidentale di primo grado, formulando le conseguenti conclusioni.

Si è costituita in giudizio la Regione Campania, chiedendo il rigetto di entrambi gli appelli.

Le parti hanno scambiato memorie.

La causa è stata assunta in decisione alla pubblica udienza del 1 dicembre 2015.

3. Evidenti motivi di economia processuale impongono di esaminare preliminarmente l'appello incidentale che, se accolto, farebbe venire meno la legittimazione al ricorso delle ricorrenti in primo grado (C. di S., A.P., 7 aprile 2011, n. 4, e 30 gennaio 2014, n. 7).

L'appello incidentale contesta infatti il possesso, o la mancata dimostrazione, da parte delle appellanti principali dei requisiti professionali minimi, non avendo questi ultimi dichiarato di essere incorse in risoluzione per grave errore professionale nel corso dell'esecuzione di contratti con altre stazioni appaltanti, diverse dall'odierna appellata.

L'appello incidentale è fondato.

E' pacifico in fatto che l'impresa mandante fra le appellanti è incorsa in provvedimenti di risoluzione contrattuale da parte di due stazioni appaltanti.

Le appellanti, l'Amministrazione e il primo giudice sostengono che quanto verificatosi in quelle vicende non incide sulla qualificazione professionale della suddetta Società, ma tale osservazione è irrilevante.

In punto di fatto è pacifico che le appellanti in sede di gara nulla hanno dichiarato circa le suddette vicende.

C. di S., V, 11 dicembre 2014, n. 6105, ha affermato (massima) che "va esclusa da gara pubblica l'impresa che non ha dichiarato di essere stata destinataria, in passato, di un provvedimento di risoluzione contrattuale adottato nei suoi confronti da altra Pubblica amministrazione, atteso che l'art. 38 comma 1 lett. f), d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 impone di dichiarare la sussistenza di pregresse risoluzioni contrattuali a prescindere dal fatto che la stazione appaltante sia la stessa presso la quale si svolge il procedimento di scelta del contraente od altra, giacché tale dichiarazione attiene ai principi di lealtà e affidabilità contrattuale e professionale che presidono ai rapporti dei partecipanti con la stazione appaltante".

Il Collegio condivide tale impostazione.

Deve, infatti, essere rilevato che le stazioni appaltanti dispongono di una sfera di discrezionalità nel valutare quanto eventuali precedenti professionali negativi incidano sull'affidabilità di chi aspira a essere affidataria di suoi contratti.

E' agevole affermare, di conseguenza, che tale discrezionalità può essere esercitata solo se l'Amministrazione dispone di tutti gli elementi che consentono di formare compiutamente una volontà.

Deve poi essere ulteriormente rilevato come tale valutazione sia di stretta spettanza della stazione appaltante, per cui non è ammissibile che la relativa valutazione sia eseguita, a monte, dalla concorrente la quale autonomamente giudichi irrilevanti i propri precedenti negativi, omettendo di segnalarli con la prescritta dichiarazione.

La concorrente che adotti tale comportamento viola palesemente, ad avviso del Collegio, il principio di leale collaborazione con l'Amministrazione.

Quanto appena rilevato si attaglia con particolare evidenza al caso di specie nel quale le contestazioni mosse all'appellante riguardavano fatti palesemente meritevoli di attenta considerazione.

L'appellante incidentale ha riferito, senza contestazioni, che si tratta di vicende nelle quali la suddetta Società mandante ha ritardato nel riversare al committente somme di cui era entrata in possesso nell'esecuzione del servizio, ritenendo di essere a ciò legittimata sulla base di crediti vantati nei confronti della controparte.

L'omissione della dichiarazione di cui si tratta inficia quindi la partecipazione alla gara del raggruppamento formato dalle appellanti.

4. L'appello incidentale deve quindi essere accolto e, in riforma della sentenza gravata, dichiarato inammissibile il ricorso principale di primo grado.

Le spese del giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello n. 4464/2015, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello incidentale e, in riforma della sentenza gravata, dichiara inammissibile il ricorso di primo grado.

Condanna le appellanti, in solido, al pagamento di spese ed onorari del giudizio, che liquida in complessivi € 4.000,00 (quattromila/00) oltre agli accessori di legge in favore di ciascuna delle parti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente FF

Manfredo Atzeni, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 18/01/2016

IL SEGRETARIO

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

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 976 del 2015, proposto da Aurora S.r.l. e C.M.R. S.r.l., rappresentate e difese dagli avv.ti Fabio Francario ed Enrico Zampetti, con domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R. in Palermo, via Butera n. 6;

contro

Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, Istituto Comprensivo Scolastico "L. Sciascia" di Camporeale, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura dello Stato, presso i cui uffici distrettuali in Palermo, via A. De Gasperi n. 81, sono *ope legis* domiciliati;

nei confronti di

G.F.C. S.r.l.s., rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Ribaudo e Francesco Carità, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Palermo, via M. Stabile n. 241;

per l'annullamento

del provvedimento n. prot. 0000503/C43 del 6.2.2015 dell'Istituto Comprensivo "Leonardo Sciascia" di Camporeale, comunicato con nota n. 00005041C43 del 6.2.2015, recante l'aggiudicazione definitiva dell'appalto di lavori per il miglioramento ed adeguamento alla sicurezza del plesso scolastico sito in Camporeale in favore della G.F.C. S.r.l.s., nonché di ogni suo atto preparatorio, presupposto, connesso e/o consequenziale, con particolare riferimento, per quanto d'interesse, ai verbali di gara successivi alla riapertura della procedura a seguito della revoca in autotutela dell'aggiudicazione provvisoria originariamente disposta in favore della ditta C.M.R. s.r.l., ivi compreso il verbale n. 4 recante l'aggiudicazione provvisoria alla ditta G.F.C. S.r.l.s., nonché della nota dell'istituto Comprensivo Leonardo Sciascia n. 0000120/C43 del 15/01/2015 recante la revoca in autotutela dell'aggiudicazione provvisoria originariamente disposta in favore della ditta C.M.R. srl e della nota del medesimo Istituto n. 0000976/C43 del 9.3.2015 con la quale viene riscontrato il preavviso del ricorso confermando l'operato della stazione appaltante;

nonchè per l'accertamento

del diritto della ricorrente al conseguimento dell'aggiudicazione e del contratto della gara de qua, previa declaratoria d'inefficacia del contratto medio tempore eventualmente stipulato tra l'istituto Comprensivo "L. Sciascia" e la ditta aggiudicataria, ovvero, in subordine, del diritto della ricorrente al risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, dell'Istituto Comprensivo Scolastico "L. Sciascia" di Camporeale e di G.F.C. S.r.l.s.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 dicembre 2015 il dott. Luca Lamberti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso portato alla notifica in data 9 marzo 2015 e ritualmente depositato, le società ricorrenti (nella rispettiva qualità di conferitaria – Aurora S.r.l. – e conferente – C.M.R. S.r.l. – di ramo d'azienda operante nel settore edile) hanno impugnato l'aggiudicazione definitiva della gara bandita dal resistente Istituto scolastico in data 25 settembre 2014 per l'affidamento, con il criterio del prezzo più basso, dei lavori di "miglioramento ed

adeguamento alla sicurezza” dell’edificio ospitante il plesso scolastico.

Nel ricorso si premette che il disciplinare di gara prevedeva (art. 3) che *“la percentuale di ribasso sull’importo fissato a base d’asta potrà riportare sino ad un massimo di tre cifre decimali”*, con eventuale arrotondamento all’unità superiore ove la quarta cifra decimale fosse pari o superiore a cinque.

Aggiudicata provvisoriamente, in data 14 novembre 2014, la gara alla società C.M.R., tuttavia, l’odierna contro-interessata G.F.C., la cui offerta, in esito all’operazione di arrotondamento alla terza cifra decimale, era pari alla soglia di anomalia, insorgeva, sostenendo che, ai fini del giudizio di anomalia, dovessero essere prese in considerazione tutte le cifre decimali indicate in offerta, non solo le prime tre.

La stazione appaltante accoglieva tale impostazione, revocava (in data 15 gennaio 2015) l’aggiudicazione provvisoria ed assegnava la gara (dapprima in via provvisoria in data 27 gennaio 2015, quindi in via definitiva in data 6 febbraio 2015) alla contro-interessata (mentre la C.M.R. si classificava seconda), la cui offerta, secondo il calcolo esteso anche oltre la terza cifra decimale, non risultava più anomala. Frattanto, la C.M.R., nell’ambito di una più complessa operazione societaria, aveva conferito il proprio ramo di azienda attivo nel settore edile ad Aurora con atto stipulato in data 22 dicembre 2014 e comunicato alla stazione appaltante in data 14 febbraio 2015.

Contro l’aggiudicazione definitiva si formulano plurime censure di violazione di legge.

In particolare, si sostiene: che non si potrebbe, nel silenzio della *lex specialis*, utilizzare, ai fini del giudizio di anomalia, un criterio matematico (considerazione di tutte le cifre decimali) diverso da quello espressamente previsto per l’assegnazione della gara (troncamento alla terza cifra decimale con eventuale arrotondamento), poiché anche il calcolo dell’anomalia sarebbe un’operazione aritmetica strumentale all’aggiudicazione della gara; che oltretutto, così operando, la stazione appaltante avrebbe altresì violato il disposto dell’art. 38, comma II bis, D. Lgs. 163/2006, nella parte in cui prescrive che *“ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l’individuazione della soglia di anomalia delle offerte”*; che la contro-interessata non avrebbe prodotto le dichiarazioni relative al Protocollo di legalità ed il documento PassOE, entrambi richiesti dal bando a pena di esclusione.

L’Amministrazione si è costituita con atto di forma e produzioni documentali.

La contro-interessata si è costituita anche con memoria scritta e documenti.

In particolare, G.F.C. ha eccepito, in rito, l’inammissibilità del ricorso per mancata notifica al Comune di Camporeale, proprietario dell’edificio *de quo*, il difetto di legittimazione attiva della ricorrente Aurora, giacché la comunicazione alla stazione appaltante circa l’intervenuto conferimento a proprio favore del ramo d’azienda sarebbe stata perfezionata soltanto ad aggiudicazione già disposta, in asserito spregio del principio di invariabilità soggettiva del concorrente, nonché, specularmente, la carenza di interesse dell’altra ricorrente C.M.R., *“poiché, avendo ceduto il ramo aziendale edile relativo ai lavori pubblici e privati, questa non potrebbe più stipulare il contratto ed eseguire i lavori”*.

Nel merito, la contro-interessata ha sostenuto l’infondatezza del ricorso, poiché: a differenza di quanto previsto per il calcolo dell’offerta, per la verifica dell’anomalia il disciplinare non prevedeva il troncamento alla terza cifra decimale, per cui bene avrebbe fatto la stazione appaltante a considerare, a tali fini, l’offerta dei concorrenti senza alcun arrotondamento; non vi sarebbe stata alcuna violazione dell’art. 38 bis, comma II, D. Lgs. 163/2006, sia perché *“l’invariabilità della media presuppone l’avvenuto svolgimento del sub-procedimento ai sensi dell’art. 46 del Codice, che nella specie non vi è stato”*, sia, comunque, perché *“nel caso di specie si tratta di un errore proprio nel calcolo”* della soglia di anomalia, per cui, in definitiva, vi sarebbe stata una mera rettifica, non una modifica; la mancanza dei documenti *ex adverso* indicati costituirebbe una mera dimenticanza, in tesi non sanzionabile con l’espulsione e, peraltro, sanabile con la procedura del *“soccorso istruttorio”*.

In esito alla camera di consiglio del 2 aprile 2015, fissata per la deliberazione dell’istanza cautelare, il Tribunale, con coeva ordinanza collegiale n. 851, ha così disposto: *“Rilevato che non risulta, agli atti, che l’Amministrazione abbia attivato la procedura del cosiddetto “soccorso istruttorio” al fine di acquisire la documentazione a quanto consta mancante nell’offerta presentata dall’odierna contro-interessata (“Protocollo di legalità” e “Documento PassOE”, che l’Amministrazione riferisce presente solo per quanto attiene alla “impresa ausiliaria”);*

Osservato, di converso, che non risulta neppure con la necessaria evidenza se e quando la società contro-interessata abbia sua sponte prodotto all’Amministrazione la predetta documentazione;

Ritenuto, pertanto, necessario, in ossequio ad un doveroso scrupolo istruttorio, disporre che l’Amministrazione fornisca documentati chiarimenti sul punto, mediante deposito presso la Segreteria di questo T.A.R. di n. 4 copie in formato cartaceo e n.1 copia in formato digitale della relazione e dell’acclusa documentazione entro il termine perentorio del 30 aprile 2015”.

In data 21 aprile 2015 l'Amministrazione scolastica ha depositato, in ossequio all'ordinanza collegiale, varia documentazione. In particolare, trattasi di:

1) richiesta alla contro-interessata di PassOE (da produrre entro 7 giorni) formalizzata dal R.U.P. a mezzo p.e.c. in data 18 novembre 2014;

2) risposta via p.e.c. della contro-interessata in data 20 novembre 2014 con allegato PassOE;

3) sintetica relazione del R.U.P., in cui è, fra l'altro, precisato che: *"Il seggio di gara nella seduta del 28/10/2014 per la ditta G.F.C. ha rilevato la presenza del PassOE soltanto per la ditta ausiliaria e in data 18/11/2014 la stazione appaltante ne ha chiesto la regolarizzazione effettuata dalla Ditta in data 20/11/2014.*

Nell'ambito della stessa seduta il seggio di gara ha rilevato la presenza del protocollo di legalità sottoscritto dall'impresa ausiliaria ma non ha rilevato l'assenza dello stesso sottoscritto dalla ditta G.F.C.. Pertanto la stazione appaltante non ha attivato per la ditta G.F.C. la procedura del soccorso istruttorio per la regolarizzazione del Protocollo di legalità".

Alla successiva camera di consiglio del 21 maggio 2015, *"alla luce della complessità in fatto e diritto della presente controversia, specie per quanto attiene all'ampiezza della possibilità riconosciuta al concorrente di integrazione ex post della documentazione da produrre in allegato all'offerta"*, il Collegio, con ordinanza cautelare n. 679, ha ritenuto di *"fissare direttamente l'udienza per la trattazione del merito, senza sospensione nelle more degli atti impugnati e con compensazione delle spese di lite della fase"*.

In vista dell'udienza di trattazione sia la ricorrente sia la contro-interessata hanno depositato memorie scritte.

In esito all'udienza pubblica del 10 luglio 2015 il Collegio ha emanato nuova ordinanza istruttoria del seguente tenore: *"Ritenuto opportuno, a fini di completezza istruttoria, tanto più doverosa in considerazione della novità della questione, acquisire contezza in ordine al momento di perfezionamento, da parte dell'impresa odierna contro-interessata G.F.C. S.r.l.s., della registrazione al sistema "AVCPASS" propedeutica al rilascio del "PassOE", ai sensi della Deliberazione A.N.A.C. n. 111 del 20 dicembre 2012 e ss.mm.ii.;*

Ritenuto, pertanto, opportuno chiedere in proposito all'A.N.A.C. i necessari, documentati chiarimenti, da far pervenire, in n. 4 copie cartacee e n. 1 copia in formato digitale, presso la Segreteria di questo Tribunale entro e non oltre il 30 settembre 2015, con conseguente fissazione dell'udienza per la trattazione nel merito del ricorso al 20 novembre 2015, ore di rito".

L'A.N.A.C., in ottemperanza all'ordine istruttorio, ha fatto pervenire, in data 24 settembre 2015, breve nota in cui si precisa che la registrazione presso il sistema **"AVCpass"** da parte dell'odierna contro-interessata è avvenuta in data 13 novembre 2014 e, pertanto, *"l'impresa è abilitata da tale data alla produzione e rilascio del PassOE"*.

In vista dell'udienza di trattazione, quindi, la contro-interessata ha depositato il contratto di appalto stipulato con la stazione appaltante in data 5 ottobre 2015 e memoria difensiva in cui, fra l'altro, si sostiene che la mancanza del PassOE (e della previa registrazione al sistema informatico gestito dall'A.N.A.C.) non potrebbe comunque determinare l'esclusione dalla gara, giacché la stazione appaltante potrebbe verificare il possesso dei requisiti del singolo operatore, anche non previamente registrato presso la *"Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici – B.D.N.C.P."*, mediante una ricerca manuale: in altre parole, si assume, ciò che conta non sarebbe la modalità con cui viene verificato il possesso dei requisiti, ma l'effettiva disponibilità degli stessi in capo al concorrente.

Pure la ricorrente ha versato in atti memoria scritta in cui ha nuovamente illustrato le proprie difese.

Alla pubblica udienza del 18 dicembre 2015, infine, il procuratore della contro-interessata, con il consenso delle altre parti, ha prodotto copia del certificato di ultimazione lavori, redatto dalla stazione appaltante in data 14 dicembre 2015.

Ultimata la discussione, il ricorso è stato trattenuto in decisione su conforme richiesta dei difensori, presenti come da verbale.

DIRITTO

Il ricorso è fondato nei limiti che seguono.

Il Collegio prende le mosse dalle eccezioni in rito svolte dalla contro-interessata.

Non ricorre, anzitutto, alcuna ipotesi di inammissibilità del ricorso, correttamente notificato, nel rispetto dell'art. 41, comma II, c.p.a., alla *"pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato"* (l'Istituto scolastico) ed al soggetto *"beneficiario dell'atto illegittimo"* (la G.F.C.).

Né può sostenersi la carenza di legittimazione attiva in capo ad Aurora: l'art. 51 del D. Lgs. 163/2006 si riferisce, infatti, pure alla *"ammissione ... alla stipulazione"*, implicitamente consentendo il subentro di altro soggetto nella

posizione procedimentale dell'originario concorrente anche ad aggiudicazione avvenuta (conforme, da ultimo, C.d.S., V, 3 agosto 2015, n. 3819). Nel caso di specie, peraltro, il conferimento di ramo d'azienda a favore di Aurora (cui è corrisposta l'acquisizione, da parte di C.M.R., di una partecipazione sociale in Aurora di importo pari al valore periziato del ramo d'azienda conferito) si è verificato in un momento (rogito notarile del 22 dicembre 2014) anteriore all'aggiudicazione (disposta in data 6 febbraio 2015), benché sia poi stato comunicato alla stazione appaltante in epoca successiva all'assegnazione definitiva della gara. Tale subentro, ai sensi della norma in commento, è, come noto, subordinato all'accertamento dei requisiti di ordine generale e speciale del subentrante e degli altri requisiti eventualmente previsti dalla *lex specialis*, nella specie non operato con riguardo ad Aurora (che pure risulta avere inviato alla stazione appaltante la necessaria documentazione), dal momento che già la società conferente non era risultata aggiudicataria.

Non può neppure fondatamente eccepirsi la carenza di interesse in capo a C.M.R.: il riferito atto di conferimento d'azienda (e di connessa acquisizione, da parte di C.M.R., della qualità di socio di Aurora) è, infatti, sottoposto alla condizione risolutiva dello "*eventuale mancato riconoscimento dei requisiti tecnici ... previsti dal D.P.R. 207/2010 per la qualificazione S.O.A. inerente le categorie già riconosciute come proprie della società C.M.R.*". Quest'ultima, pertanto, alla luce della notoria valenza retroattiva della condizione (idonea a travolgere *funditus* ed *ex tunc* l'efficacia dell'atto condizionato), conserva un indiretto ed eventuale, ma pur sempre giuridicamente apprezzabile, interesse ad impugnare l'aggiudicazione di una procedura in cui aveva concorso in proprio prima della stipula del (condizionato) atto di conferimento di azienda.

Quanto al merito, non ha pregio la censura, svolta dalle ricorrenti, circa il metodo seguito per il calcolo dell'anomalia.

Il Collegio, sul punto, rileva che giurisprudenza consolidata, anche di secondo grado (da ultimo, C.G.A. 13 giugno 2013, n. 575 e 9 giugno 2014, n. 306; C.d.S., V, 12 novembre 2009, n. 7042 e 22 gennaio 2015, n. 268) precisa che, in assenza di puntuale e specifica disposizione del bando, per il calcolo della soglia di anomalia deve considerarsi tutta l'offerta, senza troncamenti, giacché "*ogni arrotondamento costituisce una deviazione dalle regole matematiche da applicare in via automatica; ciò premesso, deve ritenersi che gli arrotondamenti siano consentiti solo se espressamente previsti dalle norme speciali della gara*" (C.d.S., V, 12 novembre 2009, n. 7042). Nella specie, la *lex specialis* (cfr. disciplinare di gara, art. 3) prevedeva che l'offerta economica dovesse indicare "*l'importo complessivo finale offerto per l'esecuzione dei lavori ... ed il conseguente ribasso percentuale*" rispetto all'ammontare posto a base di gara; la *lex specialis*, peraltro, proseguiva precisando che "*la percentuale di ribasso potrà riportare fino ad un massimo di tre decimali. In caso di offerte con quattro o più decimali la terza cifra decimale sarà arrotondata all'unità superiore qualora la quarta cifra decimale sia pari o superiore a cinque*". Nessuna simile disposizione veniva dettata in relazione al giudizio di anomalia, per il quale il disciplinare (art. 4) si limitava a rimandare ai criteri previsti dall'art. 86 del D. Lgs. 163/2006, che, come noto, riferendosi alla "*media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse*", fa evidentemente riferimento all'offerta come predisposta dal singolo concorrente, senza alcun intervento manipolativo da parte del seggio di gara.

In assenza, dunque, di alcuna previsione, negli atti di gara, dell'adozione di criteri particolari (quali l'arrotondamento od il troncamento) per l'individuazione della soglia di anomalia, deve prendersi in considerazione l'offerta così come formulata dal concorrente, sia perché, altrimenti, sarebbe indebitamente manipolata la volontà negoziale espressa dai partecipanti e potenzialmente falsato l'esito della procedura, sia perché il giudizio di anomalia risponde ad esigenze (eliminazione di offerte che appaiano, in base ad un confronto comparativo con la media delle altre, economicamente ed imprenditorialmente insostenibili) ed è retto da criteri (individuazione, normativamente indirizzata, di una soglia di valore al di sotto della quale si apre l'area della potenziale anomalia economica) diversi da quelli che presiedono alla selezione comparativa dei concorrenti in base al (mero) confronto algebrico fra le rispettive offerte.

E', inoltre, destituita di fondamento l'argomentazione, svolta dalle ricorrenti, secondo la quale il disciplinare di gara, ove prescrive che "*la percentuale di ribasso potrà riportare fino ad un massimo di tre decimali*", limita e conferma per così dire a monte le modalità di formulazione dell'offerta ad ogni effetto, ivi incluso il calcolo di anomalia.

A ben vedere, infatti, l'offerta, a tenore del disciplinare, è costituita dall'indicazione dello "*importo complessivo finale offerto per l'esecuzione dei lavori*", cui deve essere affiancato pure "*il conseguente ribasso percentuale*", quale mera proiezione frazionaria dell'offerta rispetto all'importo a base d'asta; tale ribasso, pertanto, concreta una mera modalità di espressione (appunto relativa e frazionaria) dell'offerta, comunque rappresentata dall'ammontare dei lavori espresso in valore monetario assoluto.

La stazione appaltante ha, poi, ritenuto di limitare le cifre decimali di tale ribasso, con ogni evidenza per finalità di semplificazione di calcolo ed omogeneizzazione delle offerte, ma ciò non autorizza a ritenere che tale

manipolazione delle offerte possa valere anche ai (diversi) fini del giudizio di anomalia, per il quale deve prendersi in considerazione, ai sensi del richiamato art. 86 D. Lgs. 163/2006, l'offerta, qui rappresentata dal valore assoluto dei lavori e, ai fini *de quibus*, da una formula percentuale indicante il conseguente ribasso che, in assenza di puntuali e specifiche disposizioni derogatorie della *lex specialis*, non può subire interventi manipolativi da parte dell'Amministrazione.

E', altresì, infondata la censura relativa all'assunta violazione dell'art. 38, comma II bis, D. Lgs. 163/2006. Osserva, anzitutto, il Collegio che la disposizione in parola, introdotta dal D.L. 90/2014, collega la definitiva cristallizzazione del calcolo della soglia di anomalia al completamento della "*fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte*"; tale "*fase*", in considerazione delle novità normative contestualmente apportate dal D.L. 90 al testo del codice appalti, deve a sua volta essere riferita, con ogni verosimiglianza, all'effettiva attivazione del sub-procedimento del "*soccorso istruttorio*", del resto delineato dalla novella quale dovere procedimentale gravante sul seggio di gara (in termini, T.A.R. Palermo, I, 3 marzo 2015, n. 583, da ultimo confermata da C.G.A. 22 dicembre 2015, n. 740).

Ove si dovesse argomentare diversamente, peraltro, non avrebbe senso né il richiamo alla "*regolarizzazione*" (introdotta, quale principio generale, proprio dall'attuale disciplina dell'istituto in commento) né, prima ancora, l'utilizzo del termine "*fase*", giacché, ove si prescindia dal soccorso istruttorio, la "*ammissione ... o esclusione delle offerte*" si concentrano ed esauriscono in un'unica determinazione provvedimento.

Inoltre, ritiene il Collegio, la norma in parola deve comunque essere interpretata in maniera compatibile sia con il fondamentale valore della continuità del potere pubblico, precipitato tecnico del principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa, sia con basilari esigenze di logica e ragionevolezza: in particolare, pare illogico che, già prima dell'aggiudicazione definitiva, l'Amministrazione sia *tout court* privata del potere di emenda, la cui attivazione consenta alla stazione appaltante, in ipotesi quale quella in esame, di evitare di emanare un atto di aggiudicazione illegittimo, con conseguente prospettica esposizione ad istanze risarcitorie. Nel caso di specie, dunque, la revoca dell'aggiudicazione provvisoria ed il conseguente ricalcolo della soglia di anomalia non presentano i censurati profili di illegittimità, sia perché adottati prima della conclusione della "*fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte*", dunque in un momento in cui la soglia di anomalia non era ancora normativamente immodificabile, sia, comunque, perché derivanti dal riconoscimento, da parte del seggio di gara, di un previo errore proprio nelle modalità di computo di detta soglia, cui il detto ricalcolo è finalizzato, nel doveroso perseguimento dell'interesse pubblico, a porre rimedio.

Fondate, invece, le doglianze in punto di mancata produzione, da parte della contro-interessata, del protocollo di legalità e del PassOE.

Rileva il Collegio che, in base a quanto documentato dall'Amministrazione in adempimento all'incombente istruttorio disposto con ordinanza n. 851, la contro-interessata, debitamente richiesta dalla stazione appaltante con la procedura del soccorso istruttorio, ha prodotto il documento PassOE (in origine non allegato all'offerta) in data 20 novembre 2014.

Il Collegio osserva, in proposito, che "**AVCpass**" è un nuovo sistema di verifica dei requisiti di partecipazione alle gare pubbliche, in attuazione dell'art. 6 bis, comma I, del D. Lgs. 163/2006: in virtù di tale disposizione, come noto, le stazioni appaltanti sono obbligate ad acquisire, con modalità informatiche, la documentazione comprovante i requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario dichiarati dai concorrenti nelle domande di partecipazione a gare pubbliche esclusivamente attraverso la "*Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici – B.D.N.C.P.*", istituita presso l'attuale A.N.A.C..

A partire dal 1 luglio 2014 (a seguito di proroga da ultimo disposta con la L. 27 febbraio 2014, n. 15, di conversione, con modificazioni, del D.L. 30 dicembre 2013 n. 150, nel corpo del cui art. 9 ha inserito il comma 15-ter), qualunque operatore economico che intenda partecipare ad una gara pubblica è tenuto (ai sensi dell'art. 6 bis, D. Lgs. 163/2006, cui ha dato applicazione la Deliberazione A.N.A.C. n. 111 del 20 dicembre 2012) a registrarsi ai servizi informatici dell'A.N.A.C. seguendo i manuali dalla stessa messi a disposizione: la registrazione comporta la creazione di un fascicolo virtuale dell'operatore economico. A seguito dell'accesso al sistema con le credenziali ricevute dall'Autorità, l'operatore economico deve inserire, volta per volta, il Codice Identificativo della Gara (il "C.I.G.") cui intende partecipare per poter generare il relativo "PassOE", strumento necessario alle stazioni appaltanti per procedere alla verifica, tramite interfaccia web, dei menzionati requisiti e che, dunque, deve essere incluso nella documentazione amministrativa prodotta dal concorrente in uno con la domanda di partecipazione.

Mentre, dunque, la registrazione ai servizi informatici dell'A.N.A.C. è un atto unico, la generazione del PassOE deve essere ripetuta per ogni gara.

Ora, nella specie risulta che il PassOE (richiesto a pena di esclusione dal disciplinare di gara) è stato prodotto

dalla contro-interessata, in esito a soccorso istruttorio, in data (20 novembre 2014) successiva alla scadenza del termine di presentazione della domanda (27 ottobre 2014), giacché, a tale data, *“la procedura per l’ottenimento dello stesso non era stata completata”* (così la stazione appaltante si è espressa nell’atto di soccorso istruttorio). Peraltro, in esito all’ordinanza istruttorie disposta in esito all’udienza pubblica del 10 luglio 2015, l’A.N.A.C. ha reso noto che la registrazione presso il sistema da parte della contro-interessata è avvenuta in data 13 novembre 2014 e, pertanto, *“l’impresa è abilitata da tale data alla produzione e rilascio del PassOE”*.

Risulta, quindi, che, al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara, la contro-interessata non era ancora iscritta al sistema *“AVCpass”* e, quindi, non poteva presentare – né, prima ancora, ottenere – il PassOE.

Ritiene, in proposito, il Collegio che l’elemento dirimente, ai fini della legittima ammissione alla gara, è proprio la data di effettuazione della registrazione presso i servizi informatici dell’A.N.A.C.: se, alla scadenza del termine di presentazione della domanda, la registrazione sia già stata perfezionata, il PassOE può essere prodotto pure in seguito (in particolare, in esito alla procedura del soccorso istruttorio), giacché il prerequisite fondamentale (appunto, la registrazione) è stato perfezionato e, dunque, ai sensi e per gli effetti dell’art. 38, comma II bis, D. Lgs. 163/2006, il PassOE può essere qualificato come *“dichiarazione”*, in considerazione della sua natura di strumento necessario al seggio di gara per verificare il possesso, in capo al concorrente, dei requisiti di partecipazione e, come tale, funzionalmente analogo alle *“dichiarazioni sostitutive attestanti il possesso dei requisiti”* di cui al comma II dell’art. 38, cui rimanda il mentovato comma II bis.

In caso contrario, ossia di registrazione non completata prima della scadenza del termine per partecipare alla gara, non si ravvisano margini per procedere al soccorso istruttorio, perché non si tratta più di rendere *ex novo*, ovvero di integrare o regolarizzare *ex post*, una *“dichiarazione”*, ma, viceversa, di adempiere tardivamente ad un obbligo di legge (conforme T.A.R. Campania – Salerno, II, 23 marzo 2015, n. 663, emessa in un caso in cui era documentato che, alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, la società non si era ancora registrata ai servizi informatici dell’A.N.A.C.).

L’esposta conclusione non cambia se si pone mente al comma 1-ter dell’art. 46 del D. Lgs. 163/2006, che parla di *“ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti”*, mentre qui, alla data di scadenza del termine per proporre la domanda di partecipazione, non mancavano semplicemente *“elementi o dichiarazioni”*, bensì difettava *in rerum natura* la possibilità stessa di produrli (data dalla sola registrazione).

L’ammissione della contro-interessata alla gara (e, conseguentemente, l’aggiudicazione in suo favore) è, peraltro, illegittima anche sotto un ulteriore profilo.

Risulta, infatti, dai chiarimenti qui forniti dall’Amministrazione che non è stata attivata la procedura del soccorso istruttorio in relazione al protocollo di legalità, anch’esso richiesto dal disciplinare di gara a pena di esclusione e non prodotto dalla contro-interessata.

In proposito, il Collegio rileva che, ad aggiudicazione definitiva disposta, dunque a procedimento amministrativo concluso, non è evidentemente più possibile attivare il soccorso istruttorio, fase strutturalmente endo-procedimentale finalizzata proprio a consentire la legittima conclusione del procedimento di selezione del contraente e, dunque, ontologicamente non percorribile *“ora per allora”*.

Del resto, la suggestiva argomentazione per cui, così ragionando, si fa di fatto pagare al concorrente l’omissione di un adempimento doveroso da parte della stazione appaltante non vale ad elidere la circostanza per cui l’omissione di un adempimento doveroso ai fini di gara (appunto, la produzione del protocollo di legalità) è, comunque, prima di tutto stata del concorrente; in termini più generali, inoltre, l’aggiudicazione disposta senza la previa (doverosa) regolarizzazione della posizione dell’aggiudicatario è, oggettivamente e strutturalmente, illegittima.

L’aggiudicazione impugnata è, pertanto, illegittima e deve essere annullata.

Sussistono, inoltre, i presupposti per la configurazione della responsabilità aquiliana della stazione appaltante: l’illegittima ammissione (*recte*, la mancata esclusione) della contro-interessata ha, infatti, impedito alla ricorrente C.M.R. (seconda classificata), cui poi è subentrata la Aurora, l’ottenimento dell’appalto, mentre per condivisibile orientamento, non è necessario provare la colpa dell’Amministrazione (cfr., da ultimo, C.d.S., VI, 15 settembre 2015, n. 4283, punto 13.2; v. anche C.d.S., III, 10 aprile 2015, n. 1839: *“in materia di risarcimento da mancato affidamento di gare pubbliche di appalto, non è necessario provare la colpa dell’amministrazione aggiudicatrice, poiché il rimedio risarcitorio risponde al principio di effettività previsto dalla normativa comunitaria e le garanzie di trasparenza e di non discriminazione operanti in materia di aggiudicazione dei pubblici appalti fanno sì che qualsiasi violazione degli obblighi di matrice comunitaria consente alla impresa pregiudicata di ottenere un risarcimento dei danni, a prescindere da un accertamento in ordine alla colpevolezza*

dell'ente e alla imputabilità soggettiva della lamentata violazione").

La domanda di risarcimento in forma specifica, tuttavia, non può essere accolta, alla luce dell'intervenuta ultimazione dei lavori, attestata dalla documentazione prodotta dalla contro-interessata alla pubblica udienza del 18 dicembre 2015.

La ricorrente Aurora, dunque, quale soggetto che avrebbe beneficiato di una corretta condotta dell'Amministrazione, ha diritto al risarcimento per equivalente del danno "*subito e provato*" (cfr. art. 124 c.p.a.).

Rileva, in proposito, il Collegio che l'Amministrazione, nel corso del giudizio, non ha contestato, neppure in forma generica, che Aurora disponga effettivamente "*dei requisiti di ordine generale, di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 62*" (cfr. art. 51 D. Lgs. 163/2006), per la dimostrazione dei quali, oltretutto, consta che Aurora abbia prodotto alla stazione appaltante, in uno con la comunicazione del proprio subentro nella posizione procedimentale di C.M.R., la necessaria documentazione.

In ordine alle voci di danno concretamente riconoscibili, osserva il Collegio che niente spetta a titolo di danno emergente, non solo non provato né quantificato ma, prima ancora, neppure allegato (C.d.S., V, 8 agosto 2014, n. 4242).

Quanto al lucro cessante, può riconoscersi alla ricorrente Aurora, pur in difetto di una qualunque sua allegazione sul punto, un mancato guadagno pari presuntivamente (e prudenzialmente) al 5% del complessivo importo a suo tempo offerto da C.M.R. per l'esecuzione dei lavori: anche in assenza di una puntuale prova in merito, infatti, costituisce fatto notorio la circostanza che, dall'esecuzione di un appalto, un operatore economico trae, secondo *l'id quod plerumque accidit*, un utile. La (ragionevolmente sicura) affermazione della ricorrenza, nell'*an*, di un danno consente, pertanto, al Collegio il ricorso al meccanismo presuntivo di cui all'art. 1226 c.c..

Niente, invece, spetta (in ossequio alla natura soggettiva del giudizio amministrativo) a titolo di danno curriculari, non allegato e, prima ancora, non specificamente richiesto, quale voce autonoma di pregiudizio, dalle ricorrenti (C.d.S., V, 22 gennaio 2015, n. 285 e 1 agosto 2015, n. 3769).

La particolarità della vicenda e la novità delle questioni trattate suggerisce l'integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati;

condanna le Amministrazioni resistenti al risarcimento del danno, come precisato in parte motiva.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Caterina Criscenti, Presidente FF

Maria Cappellano, Primo Referendario

Luca Lamberti, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/01/2016

**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 7003 del 2015, proposto da:
Medtronic Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Piero Fianza,
con domicilio eletto presso lo Studio Grez in Roma, Corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

contro

Azienda Ospedaliera Brotzu, n.c.;

nei confronti di

Neuromed S.p.A. e Stryker Italia S.r.l., n.c.;

per la riforma:

della sentenza del T.A.R. per la Sardegna Sezione I, n. 937 del 10 luglio 2015, resa tra le parti, concernente la
fornitura di un service completo di trapani e frese per la struttura complessa di neurochirurgia dell'Azienda
Ospedaliera Brotzu.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, del c.p.a.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 dicembre 2015 il Cons. Dante D'Alessio e udito per la parte
appellante l'avvocati Antonio Sasso, su delega dell'avv. Piero Fianza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- L'appellante società Medtronic Italia, di seguito anche solo Medtronic, ha partecipato alla gara indetta
dall'Azienda Ospedaliera Brotzu di Cagliari, di seguito Azienda Ospedaliera, per la fornitura di un service
completo di trapani e frese per la struttura complessa di neurochirurgia, classificandosi al terzo posto della

graduatoria di merito, con complessivi punti 74,6391 (punti 60 per l'offerta tecnica e punti 14.6391 per l'offerta economica, con un ribasso del 12,41%), dietro alla società Neuromed, classificatasi seconda, con complessivi punti 77.4282 (punti 42 per l'offerta tecnica e punti 35,4282 per l'offerta economica, con un ribasso del 30,04%) e alla società Striker Italia, risultata aggiudicataria, con complessivi punti 78,00 (punti 38 per l'offerta tecnica e punti 40 per l'offerta economica, con ribasso del 49,12%).

La società Medtronic ha impugnato l'esito della gara e i relativi atti davanti al T.A.R. per la Sardegna sostenendone l'illegittimità per diversi profili.

2.- Il T.A.R. per la Sardegna, con sentenza n. 937 del 10 luglio 2015, ha respinto il ricorso.

La società Medtronic ha appellato l'indicata sentenza ritenendola erronea.

3.- Con il primo (e centrale) motivo l'appellante ha sostenuto che le due concorrenti che l'hanno preceduta nella graduatoria di merito (Striker Italia e Neuromed) dovevano essere escluse dalla gara per le carenze della loro offerta tecnica. Infatti l'apparato da loro proposto non rispettava le caratteristiche tecniche minime richieste dall'All. E al Capitolato di gara.

La società Medtronic ha sostenuto che erroneamente il T.A.R. ha ritenuto che la disposizione del Capitolato, secondo cui le apparecchiature e gli accessori dovevano rispondere alle "specifiche di massima" indicate nell'All. E, doveva ritenersi prevalente sulla disposizione (contenuta nell'All. E) secondo cui il service doveva avere «la dotazione e le caratteristiche minime di seguito indicate».

Peraltro, ha aggiunto l'appellante, l'art. 6 del Capitolato prevedeva l'esclusione dalla gara delle offerte con carenze nelle schede tecniche.

L'appellante ha anche aggiunto che il forte ribasso dell'offerta economica (per l'aggiudicataria di circa il 50%) doveva ritenersi correlato al fatto che le due offerte erano costituite da prodotti diversi ed inferiori rispetto a quelli (minimi) richiesti per la partecipazione alla gara.

4.- Al riguardo, si deve preliminarmente ricordare che, come questa Sezione ha più volte, anche di recente, affermato, l'accertata carenza di requisiti tecnici dell'offerta, ritenuti essenziali dalla stazione appaltante, può legittimamente determinare l'esclusione dalla gara dell'impresa che ha presentato l'offerta priva dei necessari requisiti (Consiglio di Stato Sezione III, n. 5477 del 3 dicembre 2015; n. 3275 del 1 luglio 2015).

4.1.- Nelle indicate decisioni si è anche chiarito che tale conclusione non si pone in contrasto con la disposizione dettata dall'art. 46, comma 1 bis, del Codice dei contratti, introdotta dall'art. 4 comma 2 del d.l. 13 maggio 2011 n. 70, convertito con modificazioni dalla legge 12 luglio 2011 n. 106, che prevede che i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione, oltre quelle indicate nello stesso comma 1 bis e riguardanti il mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

Lo scopo della disposizione dettata dall'art. 46, comma 1 bis, del Codice dei contratti è, infatti, principalmente quello di evitare la possibile esclusione da una gara non a causa della mancanza dei requisiti (soggettivi o oggettivi) di partecipazione ma a causa del mancato rispetto di adempimenti solo documentali o formali o privi, comunque, di una base normativa espressa, mentre l'esclusione da una gara è ben possibile a causa dell'accertata mancanza dei requisiti necessari dell'offerta che erano stati richiesti per la partecipazione alla gara.

5.- Nella fattispecie, il Capitolato di gara stabiliva, all'art. 2 punto a), che le apparecchiature oggetto della gara dovevano essere corredate di tutti gli «accessori necessari al suo buon funzionamento» e «rispondere alle specifiche di massima indicate nella scheda tecnica allegata (Allegato E) da considerare parte integrante» del

Capitolato.

L'art. 6 del Capitolato, al punto 1, stabiliva poi che l'analisi delle schede e del materiale illustrativo presentato dai concorrenti doveva essere effettuato articolo per articolo, «con la verifica della corrispondenza con le caratteristiche di capitolato della qualità del materiale (e) della idoneità rispetto alle esigenze del Reparto».

Sempre l'art. 6 precisava, infine che le carenze nelle schede tecniche costituivano causa di esclusione dalla gara.

5.1.- Nell'Allegato "E" del Capitolato, l'Azienda Ospedaliera ha quindi indicato le caratteristiche tecniche del service oggetto dell'appalto e, quindi, le caratteristiche del trapano elettrico richiesto (velocità, sistema di irrigazione regolabile, manopola del motore, attacchi) e la connessa strumentazione con «la seguente dotazione e le caratteristiche minime di seguito specificate».

L'Azienda Ospedaliera appaltante ha, in particolare, richiesto un apparato dotato, fra l'altro, di una console di comando, dotata di un monitor (preferibilmente touch screen), di un sistema di irrigazione integrato e regolabile, della possibilità di connessione di diversi manipoli, di un pedale multifunzione, di frese con irrigazione (per la chirurgia endonasale), ed inoltre di uno Shaver/debrider (con vari attacchi) per la chirurgia endoscopica nasale, di tre sistemi motorizzati pneumatici con determinate caratteristiche minime ed infine di vari attacchi.

6.- La società Medtronic ha insistito anche in appello nel sostenere che le due concorrenti che l'hanno preceduta nella graduatoria di merito (Striker Italia e Neuromed) dovevano essere escluse dalla gara perché la loro offerta tecnica non rispettava quelle caratteristiche tecniche che l'All. E al Capitolato di gara richiedeva come caratteristiche minime della fornitura.

6.1.- La censura, come correttamente ha ritenuto il T.A.R., non è fondata.

Risulta chiaramente dagli atti di gara che l'offerta dell'appellante Medtronic era risultata la migliore per il profilo tecnico e che le società Striker Italia e Neuromed erano risultate assegnatarie di un punteggio tecnico meno elevato in relazione alla minore complessiva qualità dei sistemi offerti.

Tuttavia l'apposita Commissione giudicatrice, che era composta da esperti del settore fra i quali il dott. Francesco Floris, all'epoca Direttore F.F. della Struttura Complessa di Neurochirurgia dell'Azienda Ospedaliera e quindi della Struttura che avrebbe dovuto utilizzare il sistema oggetto della gara, ha ritenuto comunque le offerte presentate dalle società Striker Italia e Neuromed pienamente rispondenti ai requisiti essenziali richiesti per la fornitura in oggetto.

Le offerte presentate dalle società Striker Italia e Neuromed non potevano, in conseguenza, essere escluse dalla gara per il mancato integrale rispetto di alcune delle caratteristiche tecniche della complessiva dotazione indicate nell'All.E, facendo applicazione dei principi generali che si sono prima ricordati e tenuto conto che, nella fattispecie, come pure si è ricordato, l'art. 2, punto a), del Capitolato di gara aveva stabilito che le apparecchiature oggetto della gara dovevano essere corredate di tutti gli «accessori necessari al suo buon funzionamento» e «rispondere alle specifiche di massima indicate nella scheda tecnica allegata (Allegato E) ».

6.2.- Non si può giungere, in particolare, a conclusione diversa per il fatto che l'All. "E" al Capitolato, aveva richiesto per una parte della dotazione oggetto della gara, dei requisiti "minimi", tenuto conto che la Commissione giudicatrice, in base a quanto disposto dall'art. 2, punto a), del Capitolato di gara, doveva verificare la presenza dei requisiti tecnici essenziali dell'apparato richiesto e quindi valutare se le offerte presentate, nel loro complesso, risultavano rispondenti alle funzioni per le quali il service doveva essere acquisito, nel rispetto di massima dei requisiti tecnici indicati nell'All. E.

Ed è del tutto evidente che, sulla base delle disposizioni del Capitolato che si sono ricordate, la Commissione giudicatrice, una volta accertata la generale idoneità tecnica dei sistemi offerti, nel rispetto delle "specifiche di massima" indicate nell'Allegato E, non avrebbe potuto procedere alla esclusione delle controinteressate società Striker Italia e Neuromed, a causa del mancato integrale rispetto di alcune delle caratteristiche tecniche (minime) indicate nell'All. E, se ritenute non rilevanti. Fermo restando la possibile migliore valutazione tecnica

delle offerte che, come quella presentata dall'appellante, risultavano più aderenti alle caratteristiche tecniche indicate nell'All. E.

7.- Non può essere, quindi, censurato l'operato della Commissione giudicatrice che avendo ritenuto, in applicazione della suddetta disposizione del Capitolato di gara, che gli apparati offerti dalle società Striker Italia e Neuromed erano idonei all'uso per il quale dovevano essere acquisiti, non ha escluso dalla gara le due società controinteressate a causa del mancato integrale rispetto delle caratteristiche tecniche indicate nell'All. E al Capitolato.

7.1.- Né, come ha sostenuto l'appellante nel quinto motivo, era necessaria una separata fase di verifica della conformità delle offerte alle caratteristiche minime richieste nel Capitolato ben potendo la Commissione di gara effettuare tale valutazione nel corso dell'esame delle offerte presentate.

8.- Con il secondo motivo la società Medtronic ha insistito nel sostenere che le controinteressate società Striker Italia e Neuromed dovevano essere escluse dalla gara anche perché risultavano prive di idonee referenze bancarie.

Infatti, Neuromed aveva presentato una sola referenza bancaria e Stryker Italia aveva presentato una sola referenza della Bank of America - Merrill Lynch, che era riferita tuttavia al gruppo "Stryker Corporation" di cui la "Stryker Italia" fa parte.

8.1.- Il motivo, come ha già ritenuto il T.A.R., non è fondato.

L'art. 41, del codice dei contratti consente la prova del requisito di solidità economica e finanziaria dell'impresa partecipante ad una gara pubblica anche attraverso la presentazione dei bilanci di impresa (comma 2) o, nel caso di giustificati motivi, di altra idonea documentazione (comma 3) e tale disposizione, anche se non richiamata espressamente nel bando, è stata ritenuta correttamente applicabile nella fattispecie.

8.2.- In ogni caso, contrariamente a quanto ritenuto dall'appellante, l'eventuale genericità delle referenze bancarie non avrebbe potuto condurre all'esclusione dalla gara ma semmai il ricorso al soccorso istruttorio, ai sensi dell'art. 46 comma 1 del Codice dei contratti, che è stato ritenuto applicabile sia ai documenti formati dal concorrente, sia nei confronti di quelli precostituiti provenienti da soggetti diversi (Consiglio di Stato Sez. III, n. 5704 del 17 dicembre 2015).

9.- Con il terzo motivo la società Medtronic ha sostenuto che Neuromed doveva essere esclusa anche per aver inserito nella busta amministrativa il valore commerciale delle apparecchiature offerte, in violazione del principio di commistione fra offerta tecnica ed economica.

9.1.- Il motivo, a prescindere da possibili profili di inammissibilità (riguardando solo una delle due imprese che precedono l'appellante nella graduatoria finale di merito) non è comunque fondato.

Il T.A.R. ha correttamente evidenziato, infatti, che il principio secondo cui è vietata la commistione tra l'offerta tecnica e quella economica, che ha il fine di prevenire il pericolo che gli elementi economici possono influire sulla previa autonoma valutazione dell'offerta tecnica, non può essere inteso in modo assoluto ben potendone nell'offerta tecnica essere inclusi anche alcuni elementi economici, resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché tali elementi economici non consentano di ricostruire la complessiva offerta economica.

Come poi ha ritenuto il T.A.R., nella specie, i dati erano comunque pubblici e facilmente reperibili aliunde e non costituivano un'anticipazione dell'offerta economica che doveva essere formulata con il ribasso sul prezzo indicato a base d'asta.

10.- Con il quarto motivo la società Medtronic ha sostenuto che Neuromed ha presentato una falsa dichiarazione, ai sensi dell'art. 38 del codice dei contratti, procedendo ad una doppia crociatura delle caselle predisposte (a pag. 3) nel modello di domanda di ammissione, in relazione alla situazione di controllo di cui

all'art. 2359 del codice civile.

Il motivo, a prescindere dai possibili suindicati profili di inammissibilità, è comunque manifestamente infondato e pretestuoso.

10.1.- Neoromed era, infatti, incorsa in un chiaro errore materiale, nel procedere ad una doppia crociatura per la stessa voce della domanda, e tale errore poteva essere comunque facilmente oggetto di successiva verifica e correzione.

La Commissione di gara ha quindi correttamente ritenuto di non poter escludere dalla gara la Neuromed. Risultava peraltro comunque dalla visura camerale che la società Neuromed era controllata dalla società Picard S.r.l. (che non ha partecipato alla gara) per il 79,5%.

In ogni caso l'appellante non ha fornito alcuna dimostrazione, nemmeno in giudizio, della possibile erroneità delle conclusioni alle quali sul punto è giunta l'Azienda Ospedaliera.

11.- Con il sesto e ultimo motivo la società Medtronic ha sostenuto, in via subordinata, l'illegittimità della lex specialis di gara per aver previsto l'inserimento nella busta amministrativa del "listino prezzi".

Ma, come ha correttamente ritenuto il T.A.R., l'inserimento nella busta amministrativa di elementi economici comunque conoscibili da parte della Commissione (perché resi pubblici), non costituisce elemento di individuazione dell'offerta economica che doveva essere formulata con l'applicazione di un ribasso rispetto alla base d'asta, né poteva determinare un illegittimo condizionamento nella autonoma valutazione dell'offerta tecnica.

12.- In conclusione, per tutti gli esposti motivi, l'appello deve essere respinto e l'appellata sentenza del T.A.R. per la Sardegna Sezione I, n. 937 del 10 luglio 2015 deve essere integralmente confermata.

13.- Nulla deve essere disposto per le spese considerata la mancata costituzione nel giudizio di appello delle parti intimare.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Nulla per le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Dante D'Alessio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/01/2016

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 3768 del 2015, proposto da:

Consorzio Stabile Europeo Multiservice, rappresentato e difeso dagli avv. Lorenzo Lentini e Feliciano Ferrentino, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giuseppe Placidi in Roma, Via Cosseria, n. 2;

contro

INPS - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale e Direzione Regionale Campania, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro-tempore, rappresentati e difesi per legge dagli avv. Gaetano De Ruvo, Daniela Anziano e Samuela Pischredda, domiciliati in Roma, Via Cesare Beccaria, n. 29;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, SEZIONE I, n. 5409/2014, resa tra le parti, concernente revisione prezzi in relazione all'appalto del servizio di pulizia svolto a favore dell'INPS.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'INPS - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale e della Direzione Regionale Campania;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 ottobre 2015 il Cons. Paola Alba Aurora Puliatti e udito per l'INPS l'avvocato Anziano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Il consorzio ricorrente, avendo svolto il servizio di pulizia presso gli stabili delle agenzie dell'INPS nella Regione Campania dall'1 ottobre 2004 al 28 febbraio 2011, chiedeva con ricorso al TAR Campania, sede di Napoli, l'accertamento del suo diritto alla revisione del prezzo di appalto, ai sensi dell'articolo 115 del decreto legislativo n. 163 del 2006 e della precedente norma di cui all'articolo 6 della legge n. 537 del 1993, congiuntamente all'annullamento della nota di diniego dell' INPS dell' 1 agosto 2012.

Il Consorzio chiedeva, quindi, la condanna dell'INPS al pagamento della somma di euro 638.613, oltre interessi e rivalutazione monetaria, anche a titolo di risarcimento del danno.

2.- Con la sentenza in epigrafe, il ricorso veniva rigettato per l'infondatezza della pretesa relativa al periodo successivo al mese di settembre 2007 e per prescrizione del diritto alla revisione prezzi riferito al precedente periodo, trattandosi di contratto di appalto stipulato il 1° ottobre 2004 e dovendosi applicare la prescrizione quinquennale, che nella fattispecie controversa è stata interrotta solo con la notificazione del ricorso introduttivo, il 30 agosto 2012, per cui sono prescritte tutte le pretese riferite a periodi precedenti il quinquennio antecedente tale data.

Ha ritenuto il primo giudice, inoltre, che dagli atti processuali risulta che la durata del contratto iniziale era prevista fino alla data del 30 settembre 2007; che, successivamente, il servizio è stato ancora svolto dal consorzio ricorrente per un trimestre, fino al 31 dicembre 2007 e, quindi, l'Istituto ha continuato a consentire che il servizio fosse svolto dallo stesso consorzio, con plurimi atti, adottati di mese in mese, fino al febbraio 2011. Tuttavia, dopo il mese di settembre 2007 non si è in presenza di mera proroga del servizio, con conseguente conservazione del contratto originario, ma si è dato luogo a vari nuovi affidamenti, disciplinati da autonomi rapporti contrattuali, ancorché aventi contenuto analogo a quello originario, considerato che vi è stata la rinegoziazione del complesso delle condizioni, risultante dallo scambio di lettere che ha preceduto ogni successivo affidamento provvisorio, nel corso del quale l'impresa ha sempre dichiarato la disponibilità a

perseguire l'esecuzione del servizio alle stesse condizioni e prezzi già praticati.

In tal caso, trattandosi di rinnovo contrattuale, per consolidata giurisprudenza, non trova applicazione la revisione dei prezzi.

Pertanto, il TAR ha concluso ritenendo non meritevole di accoglimento la domanda, considerato anche che l'impresa ha beneficiato di una speciale circostanza favorevole, la quale ha consentito il rinnovo del contratto senza gara a condizione di un prezzo concordato.

Inoltre, risulta esservi stata anche un'istruttoria da parte della Direzione regionale INPS diretta a verificare attualità e convenienza degli affidamenti temporanei del servizio alle condizioni proposte.

3. - Con l'appello in esame, il Consorzio lamenta l'erroneità della sentenza che ha ommesso di considerare quale atto interruttivo della prescrizione la prima richiesta revisionale del 13 marzo 2012, sicché spetterebbe la revisione anche per il periodo marzo 2007- settembre 2007.

Denuncia, inoltre, l'erroneità della qualificazione del rapporto negoziale dall'1.10.2007 fino al 28.12.2011, successivo alla scadenza del contratto originario, come rinnovo anziché proroga, non configurandosi alcun effetto novativo; né varrebbe, in contrario, la presunta istruttoria sull'attualità e convenienza degli affidamenti temporanei.

Infine, l'appellante sostiene che la pretesa revisionale sarebbe fondata anche se si trattasse di rinnovo contrattuale: il rapporto instauratosi con atti formalmente autonomi è in realtà unico, di durata poliennale, ed integrando un rapporto ad esecuzione continuata, sicuramente rientra nella disciplina dell'art. 115 D.Lgs. n. **163/2006**.

Il frazionamento di un rapporto non può essere artificialmente utilizzato per eludere l'applicazione di norme imperative.

Da ultimo, l'appellante afferma che sarebbe irrilevante che la durata del rapporto contrattuale sia ricollegabile a proroga o rinnovo, avendo il legislatore concepito il regime revisionale in relazione al carattere ultrannuale della prestazione, a prescindere dalla forma dell'affidamento.

4. - Resiste in giudizio l'INPS, assumendo l'inammissibilità e infondatezza dell'appello.

5. - All'udienza del 29 ottobre 2015, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- L'appello è fondato solo in parte.

2.- Va accolto, infatti, il primo motivo, con cui si lamenta che la sentenza appellata non ha tenuto conto dell'atto interruttivo rappresentato dalla richiesta di compenso revisionale avanzata dal Consorzio con raccomandata a/r in data 13.3.2012 (doc. 2 della produzione di parte di primo grado), come riconosce, peraltro, lo stesso Istituto-Direzione Regionale per la Campania, nella nota di riscontro del 24.7.2012, prot. 5581 (doc. 1).

Pertanto, sul punto, la sentenza va riformata, dichiarando il diritto del Consorzio appellante al compenso revisionale anche per il periodo 13.3.2007/30-9-2007, condividendo il Collegio le altre argomentazioni svolte dal giudice di primo grado in ordine all'applicazione nel caso concreto della disciplina dettata in materia di revisione prezzi negli appalti di servizi o forniture ad esecuzione continuata o periodica, di cui all'art. 115 del D.lgs. **163/2006**.

3. - Vanno respinti, invece, gli ulteriori motivi coi quali, sulla base di diversi argomenti si sostiene che troverebbe applicazione la disciplina della revisione prezzi per il periodo successivo allo scadere dell'originario contratto (30.9.2007).

3.1. - L'appellante afferma che gli atti dell'INPS di affidamento del servizio di mese in mese hanno natura di proroga tecnica, volta solo a consentire la prosecuzione del rapporto, senza riesercizio dell'autonomia negoziale e senza effetti novativi, nelle more della nuova procedura di gara (poi dell'adesione alla convenzione CONSIP). Il Collegio ritiene corretta la qualificazione operata dal TAR.

La revisione dei prezzi di cui all'art. 6, l. 24 dicembre 1993 n. 537 e all'art. 115 del codice dei contratti si applica solo alle proroghe contrattuali, come tali previste ab origine negli atti di gara ed oggetto di consenso "a monte" (proroghe, nella specie, non previste: cfr. art. 2 del capitolato), ma non anche agli atti successivi al contratto originario con cui, mediante specifiche manifestazioni di volontà, è stato dato corso tra le parti a distinti, nuovi ed autonomi rapporti giuridici, ancorché di contenuto identico a quello originario per quanto concerne la remunerazione del servizio, senza che sia stata avanzata alcuna proposta di modifica del corrispettivo, che pure la parte privata era libera di formulare (Consiglio di Stato, sez. III, 11/07/2014, n. 3585).

La proroga del termine finale di un appalto, infatti, comporta il solo differimento del termine di scadenza del rapporto (il quale resta regolato dalla sua fonte originaria), mentre il rinnovo del contratto costituisce una nuova

negoziato con la controparte, ossia un rinnovato esercizio dell'autonomia negoziale attraverso cui vengono liberamente pattuite le condizioni del rapporto.

Nel caso in esame, dal testo degli atti di temporaneo affidamento della Direzione Regionale dell'INPS si evince l'acquisizione, di volta in volta, della volontà negoziale del Consorzio a proseguire l'esecuzione delle prestazioni alle stesse condizioni e prezzi già praticati in precedenza.

Tale scambio di volontà negoziali e l'esplicito riferimento alle condizioni pattuite lasciano intendere la consapevolezza da parte del Consorzio dell'alea contrattuale di volta in volta assunta e la libera scelta di aderirvi, incompatibile col meccanismo della revisione prezzi.

3.2. - Non può condividersi neppure l'argomento secondo cui sarebbe "unica" la vicenda contrattuale, nonostante i numerosi atti formalmente autonomi di affidamento del servizio succedutisi dall' 1.10.2007 al 28.2.2011, con la conseguenza che andrebbe applicato il regime revisionale.

Per quante perplessità susciti la vicenda controversa, tuttavia la pluralità dei contratti non è solo apparente in quanto la breve durata dei periodi dell'affidamento non è frutto di simulazione, ovvero del frazionamento di un rapporto previsto a priori come di lunga durata.

Come emerge dalla motivazione degli atti, ogni affidamento risponde ad una effettiva necessità dell'amministrazione di provvedere senza indugi, in attesa dell'espletamento della gara (o dell'adesione alla Convenzione Consip) ad assicurare servizi indifferibili e la ratio della temporaneità e brevità degli affidamenti è proprio in funzione della previsione di addivenire rapidamente ad individuare la modalità stabile, conveniente e legittima di affidamento del servizio, senza che l'Amministrazione si vincoli, nelle more, a lungo termine.

3.3.- Infine, ad avviso dell'appellante la sola constatazione della durata ultrannuale del rapporto negoziale, a prescindere dalla sua riconducibilità a proroga o rinnovo, sarebbe sufficiente a ritenere applicabile la revisione. Come si è detto, non si è in presenza di un unico rapporto ultrannuale, a cui è connaturata l'alea propria dei contratti di durata e rispetto al quale, attraverso il meccanismo di revisione periodica del prezzo, si debba garantire a beneficio per entrambi i contraenti il mantenimento dell'equilibrio economico iniziale, a fronte della dinamica dei prezzi registrata in un dato arco temporale.

La pluralità dei rapporti e delle negoziazioni intervenuti tra le parti, in effetti, ha consentito ad entrambi i contraenti, di volta in volta, di valutare l'adeguatezza delle condizioni pattuite e del prezzo in particolare, escludendo la configurabilità dell'unico contratto di durata.

4. - In conclusione, l'appello va accolto in parte.

5. - Le spese di giudizio si compensano tra le parti, in considerazione delle peculiarità della vicenda.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 ottobre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Dante D'Alessio, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/01/2016

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 5759 del 2015, proposto da:

Orienta S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Alessandro Tozzi, con domicilio eletto presso lo studio legale Associato Quorum, in Roma, Via degli Scipioni, n. 281;
contro

Azienda Usl di Bologna, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Stefano Argnani, con domicilio eletto presso l'avv. Rosaria Russo Valentini in Roma, piazza Grazioli, n. 5;
nei confronti di

Obiettivo Lavoro S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Piazza, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Via Luigi Robecchi Bricchetti, n.10;
per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. EMILIA-ROMAGNA – BOLOGNA, SEZIONE I, n. 496/2015, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio di somministrazione di lavoro temporaneo per le aziende sanitarie - risarcimento danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell' Azienda Usl di Bologna e di Obiettivo Lavoro S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 novembre 2015 il Cons. Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli avvocati Russo Valentini su delega di Argnani e Di Bonito su delega di Piazza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con ricorso al TAR Emilia Romagna, sede di Bologna, Orienta S.p.A. impugnava l'aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata della procedura aperta n. 174/2013 per la conclusione di un accordo quadro con unico operatore per l'affidamento del servizio di somministrazione di lavoro temporaneo per le Aziende Sanitarie dell'area vasta Emilia Centrale, con durata quadriennale, nonché ogni altro atto connesso, con particolare riferimento al verbale della commissione Giudicatrice n. 15 del 14.10.14 relativo al sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria, chiedendo la dichiarazione di inefficacia del relativo contratto, ove stipulato, e la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno per la mancata aggiudicazione, in forma specifica mediante subentro nel contratto, ovvero, in via gradata, per equivalente economico.

2.- L'aggiudicazione ad Obiettivo Lavoro S.p.A. era avvenuta sulla base di un'offerta economica più favorevole, superato positivamente il giudizio sull'anomalia, avendo quest'ultima indicato un moltiplicatore unico del costo base dell'ora di lavoro del personale che sarebbe stato somministrato leggermente inferiore a quello della ricorrente (1,649 contro 1,669).

Le critiche della ricorrente si appuntavano sul mancato riscontro dell'anomalia dell'offerta economica.

2.1- Obiettivo Lavoro S.p.A. presentava, altresì, un ricorso incidentale volto a chiedere l'esclusione della ricorrente dalla gara per aver omesso di produrre una specifica dichiarazione ex art. 38 D.lgs. **163/2006** relativa a soggetti cessati, titolari di poteri di rappresentanza, in dipendenza dell'acquisto di ramo di azienda di altra società, in data 30.10.13.

3. - Con la sentenza in epigrafe, il ricorso è stato rigettato sulla scorta dell'esito della verifica disposta, che

ha ritenuto corretto il tipo di calcolo impostato nell'offerta dalla controinteressata per rapporti di breve durata, oppure laddove i dipendenti da somministrare fossero stati assunti a tempo indeterminato, in considerazione del minore onere contributivo previsto per tale tipologia di assunzioni.

Dai documenti presentati dall'amministrazione e dalla società controinteressata emergerebbe che quest'ultima si era impegnata nell'offerta a stabilizzare il personale somministrato, poi assunto a tempo indeterminato; pertanto, l'offerta correttamente non è stata ritenuta anomala.

4. - Propone appello Orienta S.p.A., che lamenta l'erroneità della sentenza.

La verifica si sarebbe svolta in violazione del contraddittorio e del diritto di difesa e avrebbe violato la regola "tempus regit actum".

In ogni caso, sostanzialmente, la verifica riconoscerebbe la correttezza dell'assunto attoreo, ovvero che l'offerta dell'aggiudicataria ha indicato un moltiplicatore che non tiene conto delle ore pagate non lavorate; inoltre, si spinge "ultra petita" a considerare due condizioni (non verificate nella specie) che renderebbero sostenibile detta offerta. Di queste, quella fatta propria dal TAR (ossia che i lavoratori somministrati siano assunti a tempo indeterminato) non avrebbe comportato alcun vantaggio sul versante contributivo all'epoca di presentazione delle offerte, in quanto il trattamento contributivo di favore è stato introdotto solo nel 2015 (c.d. Jobs act).

Inoltre, le assunzioni a tempo indeterminato non sono immediatamente realizzabili e i probabili alti costi di mancata ricollocazione di lavoratori assunti incide in modo determinante sul costo puro del lavoro.

L'appellante ribadisce, dunque, l'inaffidabilità dell'offerta aggiudicataria e ripropone i motivi disattesi in primo grado.

5. - Resistono in giudizio Obiettivo lavoro S.p.A. e l'Azienda USL di Bologna che chiedono il rigetto dell'appello perché inammissibile, improcedibile e infondato.

6. - All'udienza del 19 novembre 2015, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- L'appello non merita accoglimento.

2.- Quanto alla prima censura, concernente la violazione del principio del contraddittorio e la lesione del diritto di difesa nella fase istruttoria per la mancata comunicazione alla ricorrente della richiesta e ammissione della controinteressata alle operazioni di verifica, ritiene il Collegio che le parti abbiano avuto entrambe la possibilità di partecipare alla verifica (che non comportava, peraltro, sopralluoghi od operazioni che richiedessero la presenza fisica dei rappresentanti delle imprese) e che tale possibilità abbiano esercitato tramite la produzione di documentazione, come emerge dalla relazione del verificatore, che, in apertura, riferisce degli atti di causa esaminati e dell'"ulteriore documentazione prodotta da entrambe le parti".

Inoltre, il fatto che i tecnici della ricorrente non siano stati "sentiti" in fase di ulteriore approfondimento (come, invece, su loro richiesta, i tecnici di controparte) non ha impedito le opportune contestazioni relativamente alle considerazioni del verificatore ritenute "ultrapetita" e l'esercizio pieno del diritto di difesa in giudizio.

Il motivo va, dunque, respinto.

2.1. - Anche il profilo concernente l'erroneità della sentenza e della verifica per violazione del principio "tempus regit actum" non è determinante ai fini della decisione.

Tale profilo va approfondito considerando nel suo complesso la censura fondamentale, svolta in primo grado, con cui si afferma che il moltiplicatore a pareggio indicato da Obiettivo Lavoro S.p.A. è fuorviante e tale da rappresentare un costo del lavoro inferiore a quello effettivo e, quindi, inferiore ai minimi inderogabili, con la conseguenza che a fronte del costo effettivo del lavoro e degli oneri di gestione esposti in sede di verifica, l'utile reale di impresa sarebbe negativo e l'offerta economicamente insostenibile.

Innanzitutto, il Collegio osserva che sebbene al tempo della presentazione dell'offerta il trattamento contributivo applicabile fosse quello ordinario, non essendo entrato in vigore all'epoca il jobs act, come rilevato dall'appellante, tuttavia ciò non toglie che le valutazioni complessive svolte dal verificatore potessero giustificare un giudizio di non anomalia dell'offerta, nonostante l'erroneità dello specifico dato, in effetti non adeguatamente considerato nella verifica.

Difatti, le conclusioni cui è giunto il verificatore, tralasciando la prospettata alternativa delle assunzioni "a tempo indeterminato" con minore onere contributivo, sono chiare nell'affermare che, in assenza di una tabella ministeriale di settore, il moltiplicatore a pareggio indicato dall'aggiudicataria fosse in grado di "consentire di coprire tutti i costi certi che devono essere sostenuti per il personale assunto con rapporti di lavoro di breve durata, comunque inferiore all'anno, con pagamento finale di tutte le assenze retribuite maturate e non fruiti".

Aggiunge, ancora, il verificatore che per assunzioni a tempo determinato di durata superiore, il moltiplicatore a pareggio indicato da Obiettivo Lavoro S.p.A. “sottostima il costo del lavoro di circa 0,33 euro/ora per il livello BS (operatore socio sanitario OSS) e di 0,42 euro/ora per il livello D (infermieri), che quindi vanno ad erodere il margine operativo stimato dall’azienda e in particolare le voci imputate ad assenteismo (rispettivamente di 0,177 e 0,220 euro/ora) ed utile di impresa (rispettivamente di 0,342 e 0,430 euro/ora)”.

Tale affermazione individua le criticità dell’offerta aggiudicataria.

Non è dimostrato però che, neppure nell’ipotesi di contratti a tempo determinato che superano la durata annuale, l’offerta dell’aggiudicataria non sia in grado di coprire il costo del lavoro; non è dato sapere a priori, infatti, il fabbisogno, ovvero quali professionalità verranno concretamente assunte e per quanto tempo saranno impiegate le singole unità.

Pur evidenziando che in ipotesi di contratti di durata ultra annuale si riduce notevolmente il “margine operativo” stimato dall’azienda al di fuori della voce “costo orario”, per effetto dei costi per assenteismo (tuttavia aleatori e non determinabili) e con riduzione dell’utile di impresa, il verificatore, difatti, prudentemente, non si pronuncia sull’azzeramento o valore negativo dell’utile.

A tal proposito, occorre rammentare alcuni principi enunciati dalla giurisprudenza, che si attagliano al caso di specie.

Nella gara pubblica la valutazione di anomalia dell’offerta va fatta considerando tutte le circostanze del caso concreto, poiché un utile all’apparenza modesto può comportare un vantaggio significativo sia per la prosecuzione in sé dell’attività lavorativa (il mancato utilizzo dei propri fattori produttivi è comunque un costo), sia per la qualificazione, la pubblicità, il curriculum derivanti per l’impresa dall’essere aggiudicataria e dall’aver portato a termine un appalto pubblico, cosicché nelle gare pubbliche non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l’offerta deve essere considerata anomala, al di fuori dei casi in cui il margine positivo risulta pari a zero (Consiglio di Stato, sez. III, 10/11/2015, n. 5128).

Il giudizio sull’anomalia è un giudizio ampiamente discrezionale, espressione paradigmatica di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza; il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della Pubblica amministrazione sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell’istruttoria, ma non procedere ad una autonoma verifica della congruità dell’offerta e delle singole voci, che costituirebbe un’inammissibile invasione della sfera propria della Pubblica amministrazione e tale sindacato rimane limitato ai casi di macroscopiche illegittimità, quali errori di valutazione gravi ed evidenti oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto. (Consiglio di Stato, sez. V, 02/12/2015, n. 5450).

Il procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta non ha carattere sanzionatorio e non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell’offerta economica, mirando piuttosto ad accertare in concreto che l’offerta, nel suo complesso, sia attendibile ed affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell’appalto. Esso mira piuttosto a garantire e tutelare l’interesse pubblico concretamente perseguito dall’Amministrazione attraverso la procedura di gara per l’effettiva scelta del miglior contraente possibile ai fini dell’esecuzione dell’appalto, così che l’esclusione dalla gara dell’offerente per l’anomalia della sua offerta è l’effetto della valutazione (operata dall’Amministrazione appaltante) di complessiva inadeguatezza della stessa rispetto al fine da raggiungere. Un sindacato nel dettaglio sui singoli aspetti è, dunque, precluso al giudice amministrativo, cui non è consentito procedere ad una autonoma valutazione della congruità o meno di singole voci, non potendosi esso sostituire ad una attività valutativa rimessa, quanto alla sua intrinseca manifestazione, unicamente all’Amministrazione procedente (Consiglio di Stato, sez. VI, 14/08/2015, n. 3935; sez. V, 22/12/2014, n. 6231).

2.2 - Va, ulteriormente, considerato che il c.d. moltiplicatore, che nella disciplina di gara ha rappresentato l’elemento del confronto concorrenziale tra le offerte, sta ad indicare un valore nel quale si compendia la capacità competitiva delle concorrenti.

Si tratta di valore che moltiplicato per un costo fisso, rappresentato dal costo orario lordo del CCNL, genera la tariffa oraria da corrispondere quale prezzo del servizio di somministrazione.

Le voci che concorrono a formare il moltiplicatore sono individuate dalle singole imprese tenuto conto delle proprie caratteristiche e modelli organizzativi in modo da ricomprendere tutti i potenziali costi che consentono di svolgere il servizio e la verifica di anomalia è stata rivolta a chiarire come abbiano inciso le varie voci di costo nel determinare il coefficiente.

Ma non è in discussione che vengano rispettati i minimi inderogabili previsti dal CCNL.

3. - Pertanto, alla luce delle considerazioni svolte e delle complessive risultanze della verifica, anche a prescindere dalla circostanza favorevole sopravvenuta (le agevolazioni contributive per le assunzioni a tempo indeterminato, tenuto conto dell’impegno assunto da Obiettivo lavoro S.p.A. di assumere a tempo

indeterminato i lavoratori somministrati) è possibile rispondere affermativamente al quesito se sia legittimo e corretto il giudizio di non anomalia dell'offerta aggiudicataria compiuta dall'Amministrazione.

4. - In conclusione, l'appello va rigettato.

5. - Le spese di giudizio si compensano tra le parti, in considerazione delle questioni trattate.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/01/2016

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1857 del 2011, proposto da:

Setten Genesisio S.p.A. in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo RTI, Fiel Spa in proprio e quale mandante del costituendo RTI, Drusian Impianti Srl di Drusian Ernesto in proprio e quale mandante del costituendo RTI, Somec Marine & Architectural Envelopes Srl in proprio e quale mandante del costituendo RTI, rappresentati e difesi dagli avv. Francesco Maria Curato e Guido Francesco Romanelli, con domicilio eletto presso l'avv. Guido Francesco Romanelli in Roma, via Cosseria, 5;

contro

Ascopiave Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via del Mascherino, 72;

nei confronti di

Carron Cav. Angelo Spa in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo RTI, Vettiol Srl in proprio e quale mandante del costituendo RTI, Ialc Serramenti Srl in proprio e quale mandante del costituendo RTI;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE I n. 06335/2010, resa tra le parti, concernente il risarcimento dei danni a seguito di illegittima aggiudicazione di appalto lavori.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e l'appello incidentale di Ascopiave Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 novembre 2015 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Francesco Maria Curato e Maurizio Zoppolato;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, Sez. I, con la sentenza 3 dicembre 2010, n. 4335 ha respinto il ricorso incidentale ed accolto il ricorso principale di primo grado, respingendo invece la domanda di risarcimento e, per l'effetto, ha annullato gli atti di gara impugnati (procedura concorsuale e aggiudicazione

definitiva al costituendo RTI di cui è mandataria "Carron cav. Angelo spa", indetta da Ascopiave, relativa all'appalto dei lavori di ampliamento della propria sede).

Il TAR ha rilevato, sinteticamente, quanto al ricorso incidentale, che:

- Se le contestate carenze formali attengono alle offerte tecnica ed economica presentate dalle ricorrenti si deve aver riguardo non già alle norme genericamente contenute nel "disciplinare di prequalifica", ma unicamente all'art. 10 di esso ed alla lettera di invito; ma né l'art. 10 del predetto disciplinare, né il richiamato art. 3 della lettera d'invito pretendono la sottoscrizione di ogni pagina dell'offerta tecnica;

- Quanto alle asserite carenze di firma dell'offerta economica, è sufficiente rilevare che soltanto tre pagine di una relazione accessoria risultano non sottoscritte e, conseguentemente, anche ratione obiecti, la mancata sottoscrizione delle suindicate pagine non sembra incrinare realmente la certezza della provenienza della documentazione, e dunque non lede l'interesse dell'Amministrazione;

- L'allegato alla lettera di invito contenente i "criteri di valutazione delle offerte" dispone, in linea di massima, che soltanto la carenza del documento tecnico richiesto comporta l'invalidazione e, quindi, l'esclusione dell'offerta, mentre la sua incompletezza riverbera esclusivamente sotto il profilo dell'attribuzione di un minor punteggio e non legittima, dunque, l'esclusione del concorrente.

Secondo il TAR, il ricorso principale è, invece, fondato in relazione al primo assorbente motivo con cui viene denunciata la violazione di puntuali prescrizioni della lex specialis di gara in merito alla pubblicità delle sedute.

Nel caso di specie, infatti, ha rilevato il TAR, risultano essersi svolte in seduta riservata sia le operazioni di apertura dell'offerta tecnica (cfr. il verbale 9.2.2009, n. 2), sia le operazioni di attribuzione dei punteggi delle offerte economiche (cfr. il verbale 19.2.2009, n. 6), in evidente difformità dalle precise indicazioni contenute nell'art. 10 del disciplinare di prequalifica (riguardante le "informazioni di carattere generale relative alla seconda fase di gara") e nell'art. 4 della lettera di invito, ove si prevedeva espressamente la riservatezza delle sedute di gara in relazione soltanto "alla valutazione delle offerte tecniche ed all'assegnazione dei punteggi relativi alle stesse", mentre gli ulteriori incombeni della procedura concorsuale - verifica della correttezza formale dei plichi, accertamento che ciascun plico contenesse le tre buste idoneamente sigillate e firmate, verifica della completezza della documentazione contenuta nella busta A, apertura delle buste B relative all'offerta tecnica, esplicitazione dell'esito delle valutazioni dell'offerta tecnica, apertura delle buste C relative all'offerta economica - dovevano effettuarsi in seduta pubblica.

L'appellante contestava la sentenza del TAR limitatamente alla domanda risarcitoria, chiedendo l'accoglimento del ricorso di primo grado sul punto.

Si costituiva l'Amministrazione, chiedendo il rigetto dell'appello e proponendo appello incidentale con il quale si contestava l'accoglimento del ricorso demolitorio di primo grado da parte del TAR.

All'udienza pubblica del 24 novembre 2015 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio ritiene di dover esaminare prioritariamente l'appello incidentale, dalla cui fondatezza o meno dipende, all'evidenza, l'esame dell'appello principale, unicamente incentrato sulla sola domanda risarcitoria.

Nel caso di specie si sono svolte in seduta riservata - anziché pubblica - le operazioni sia di apertura dell'offerta tecnica (cfr. verbale 9.2.2009, n. 2), sia di attribuzione dei punteggi alle offerte economiche (cfr. verbale 19.2.2009, n. 6), nonché le operazioni di apertura delle buste contenenti l'offerta migliorativa tecnica ed economica e di attribuzione del punteggio all'offerta economica (cfr. verbale 10.3.2009, n. 8), in violazione della lex specialis.

Al riguardo occorre osservare che l'art. 12 del D.L. 7 maggio 2012, n. 52, convertito dalla l. 6 luglio 2012, n. 94, in

tema di aggiudicazione di appalti con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ed in coerenza con quanto statuito dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 28 luglio 2011, n. 13, ha stabilito che "la commissione apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti".

Il Consiglio di Stato, Ad. Plen., con sentenze 22 aprile 2013, n. 8 e 27 giugno 2013, n. 16 ha affermato che il citato art. 12, d.l. 7 maggio 2012, n. 52, non ha portata ricognitiva del principio affermato con la pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 13 del 28 luglio 2011 ma ha la specifica funzione transitoria di salvaguardare gli effetti delle procedure concluse o pendenti alla data del 9 maggio 2012, nelle quali si è proceduto all'apertura dei plichi in seduta riservata, recando in sostanza, per questo aspetto, una sanatoria di tali procedure; di conseguenza, nel caso di procedimento di gara conclusosi prima dell'entrata in vigore dell'art. 12, d.l. n. 52 del 2012, è legittima l'apertura delle buste delle offerte tecniche in seduta non pubblica, effettuata in conformità con la previsione del disciplinare di gara.

L'Adunanza Plenaria ha espressamente specificato in motivazione che l'art. 12 citato ha normato la regola di diritto definita dall'Adunanza plenaria ma ha al contempo precisato che l'obbligo della seduta pubblica decorre dal 9 maggio 2012, confermando per il passato l'inesistenza di una disposizione cogente di contenuto equivalente.

Tali considerazioni, e le conclusioni a cui sono pervenute le citate pronunce dell'Adunanza Plenaria, valgono pienamente nel caso di specie, ove la seduta di apertura delle buste tecniche risale al 2009, con la conseguenza che, a termini di legge, l'apertura in seduta riservata delle buste contenenti le offerte tecniche deve ritenersi perfettamente valida ed efficace.

La particolarità della vicenda muove dalla considerazione che l'art. 4 della lettera d'invito prevedeva la seduta pubblica per l'apertura delle buste tecniche, mentre la Commissione incaricata ha aperto le buste tecniche in seduta riservata.

Certamente tale vizio costituisce una violazione della *lex specialis* e, come tale, comporta l'illegittimità della relativa operazione procedimentale.

Occorre a questo punto interrogarsi se tale illegittimità per violazione di una norma procedimentale stabilita nella *lex specialis* in modo difforme dalla regola normativa, possa comportare, nel caso di specie, l'annullamento della gara ovvero possa implicare l'operatività del disposto di cui all'art. 21-octies, comma 2, della l. n. 241-90, facendo degradare il vizio della procedura ad un caso di illegittimità che non comporta l'annullabilità dell'atto (quindi, non di irregolarità, come si esprime, invece, in senso atecnico, la parte appellata).

Ritiene il Collegio che si sia di fronte proprio ad un caso tipico di applicazione del disposto di cui all'art. 21-octies, comma 2, prima parte, della l. n. 241-90, in quanto l'Amministrazione ha violato una regola procedimentale, previamente stabilita nella *lex specialis*, nel compimento di un atto vincolato (apertura delle buste), laddove è evidente, ad avviso del Collegio (sulla base naturalmente di quanto acquisito in giudizio e, quindi di tutti gli atti depositati ed i documenti prodotti), che il risultato finale (ammissione dei concorrenti con quella documentazione reperita nelle buste) non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto verificatosi.

Solo in presenza di oggettivi dubbi documentati circa la non rispondenza del contenuto delle buste con quanto originariamente inserito, dubbi che sarebbe stato onere del ricorrente di primo grado dedurre in specifico tramite l'indicazione di indizi significativi, il Collegio non avrebbe potuto esprimere con certezza alcun giudizio ai sensi dell'art. 21-octies, comma 2, prima parte, l. n. 241-90; ma tali indizi significativi non sono stati neppure dedotti, tenuto conto che nel caso di specie è pacifico che le offerte economiche siano state aperte in seduta pubblica così come è pacifico che sempre in seduta pubblica sia stata data lettura dei prezzi offerti, a riprova, in senso contrario, di un andamento invece legittimo della gara che non può essere compromesso da una mera inosservanza procedimentale che non avrebbe, come detto, intaccato l'effetto dell'atto compiuto (apertura della busta e ammissione delle offerte tecniche con quei documenti reperiti nelle buste in seduta segreta).

In questo senso, la soluzione qui accolta è coerente con quella formulata dalla recente sentenza di questa

Sezione proprio con riferimento alla violazione dell'obbligo di seduta pubblica (Consiglio di Stato, Sez. V, 11 luglio 2014, n. 3563), che ha ripreso la soluzione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 3 febbraio 2014, n. 8, secondo cui in sede di gara d'appalto la mancata e pedissequa indicazione in ciascun verbale delle operazioni finalizzate alla custodia dei plichi non può tradursi, con carattere di automatismo, in effetto viziante della procedura concorsuale.

La logica sottesa è identica: evitare che mere inosservanze procedurali possano riverberarsi in termini di illegittimità e, quindi, di annullabilità degli atti di gara (o degli atti amministrativi tout court) ogni qualvolta non vi siano ripercussioni sostanziali sulla decisione assunta dall'Amministrazione, evitando quindi, i meccanismi perversi dell'automatismo illegittimità-annullabilità che comporterebbero gravi danni per l'interesse pubblico in omaggio ad una mera esigenza di adeguamento burocratico fine a se stesso.

Logica che, nel caso di specie, si ribadisce, risponde ad una precisa norma applicabile, il citato art. 21-octies, comma 2, prima parte, l. n. 241-90.

Peraltro, sotto il profilo della mancata verbalizzazione, si deve invece convenire con la difesa dell'appellata secondo cui l'appellante non può proporre in sede di memoria conclusiva le censure, già presenti nel ricorso in primo grado ed assorbite dalla sentenza del TAR, relative all'apertura in seduta riservata delle buste contenenti le offerte tecniche ed economiche nella seconda fase di negoziazione della gara e alla mancanza di precise indicazioni, nei verbali di gara, circa le modalità di conservazione delle buste contenenti le offerte tra le varie sedute della Commissione di gara; questioni che l'appellante avrebbe dovuto riproporre nel proprio atto d'appello, ovvero con memoria ex art. 101 c.p.a. nel termine di costituzione successivo alla proposizione dell'appello incidentale dell'appellata Ascopiave.

Pertanto, l'appello incidentale deve essere accolto, con conseguente rigetto del ricorso di primo grado dell'attuale appellante.

2. Sulla base della premessa esposta (secondo cui dalla fondatezza dell'appello dipende l'esame dell'appello principale, unicamente incentrato sulla sola domanda risarcitoria), si deve concludere per la riezione dell'appello principale.

Per la verità, alla luce della tesi accolta con riguardo alla domanda demolitoria di primo grado, contestata con l'appello incidentale, occorre evidenziare che non vi è in astratto una meccanica ed univoca connessione tra rigetto della domanda di annullamento ex art. 21-octies l. n. 241-90 e rigetto della domanda risarcitoria, che agiscono su piani diversi, atteso che la domanda risarcitoria ha come suo necessario presupposto l'illegittimità del provvedimento e che il rigetto della domanda di annullamento ex art. 21-octies l. n. 241-90 si basa anch'essa sulla considerazione dell'illegittimità del provvedimento.

Nel caso di specie, come è già stato chiarito nel punto 1, per applicare detta disposizione (21-octies) si è avuto riguardo unicamente agli effetti della violazione procedimentale considerata, consistenti nell'ammissione dei concorrenti alla gara con la documentazione contenute in buste aperte in seduta segreta in luogo della seduta pubblica, ivi compresa la busta dell'attuale appellante, ritenendosi, si ripete, che tale effetto non abbia pregiudicato in alcun modo le fasi successive della gara, poiché anche aprendo dette buste in seduta pubblica non sarebbe stato in alcun modo modificato (o indiziariamente modificato, ovvero indiziariamente del tutto caducato) il procedimento di gara.

Se questa è la premessa del giudizio di rigetto della domanda demolitoria di primo grado, è evidente che uguale destino spetta alla domanda risarcitoria, poiché in nessun modo viene pregiudicato l'interesse sostanziale dell'appellante ad ottenere la vittoria di una gara (che non avrebbe ottenuto), ovvero ad ottenere la chance di aggiudicarsene una nuova (poiché non ci sarebbe stata alcuna altra gara).

3. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello incidentale deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso di primo grado e deve essere respinto l'appello principale.

Le spese di lite del doppio grado di giudizio possono essere compensate, sussistendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli principale ed incidentale come in epigrafe proposti, accoglie l'appello incidentale e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado, respingendo l'appello principale.

Compensa le spese di lite del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/01/2016

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3662 del 2015, proposto dal Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Enrico Di Ilenno, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale G. Mazzini n. 33;

contro

Comune di Todi, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Donato Antonucci e Alessandro Secondo Massari, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Umberto Segarelli in Roma, Via G. B. Morgagni n. 2/A;

nei confronti di

Gemos Soc.Coop., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesca Giuffrè, Alberto Mischi e Andrea Corinaldesi, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, Via dei Gracchi n. 39;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Umbria, Perugia, Sezione I, n. 00096/2015, resa tra le parti;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Todi e della Gemos Soc.Coop.;

Viste le memorie prodotte dalla parte appellante e dalla Gemos Soc. Coop. a sostegno delle rispettive difese;

Vista la propria ordinanza 26 maggio 2015 n. 2273;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 novembre 2015 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Enrico Di Ilenno, Mario Rampini, su delega dell'avvocato Donato Antonucci, e Francesca Giuffrè;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1.- Il Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa ha partecipato, unitamente ad altre quattro concorrenti, alla procedura aperta per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei servizi di ristorazione scolastica per le scuole statali dell'infanzia e primaria, che è stata indetta dal Comune di Todi per gli anni scolastici dal 2013 al 2017, con possibilità di proroga per altri due anni; all'esito della valutazione dell'offerta tecnica la Commissione ha attribuito alla Gemos Soc. Coop. il punteggio di 51,73, mentre al Consorzio suddetto è stato attribuito il punteggio di 50,913.

Nella seduta del 10 dicembre 2013, dopo che sono stati comunicati ai presenti i punteggi attribuiti alle offerte tecniche, sono state aperte le buste contenenti le offerte economiche, accertando che la Gemos Soc. Coop. aveva offerto il prezzo unitario per pasto di € 5,89, mentre il Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa aveva offerto il prezzo di € 5,64.

In seguito la commissione di gara ha proceduto alla riparametrazione del punteggio complessivo attribuito a ciascuna offerta tecnica ed ha proceduto all'assegnazione del punteggio alle offerte economiche sulla base del criterio proporzionale indicato nel disciplinare di gara; all'esito di tale operazione il Consorzio suddetto è risultato primo in graduatoria con il punteggio di 95,369 e la Gemos Soc. Coop. seconda con il punteggio di 95,365.

Successivamente, nella seduta del 25 marzo 2014, la commissione di gara ha evidenziato che, avendo rilevato che nel corso della procedura erano sorte questioni di natura giuridica, ha deciso, a seguito di consulenza legale, di effettuare una nuova riparametrazione, con riferimento ai punteggi dei singoli elementi dell'offerta tecnica e non al punteggio complessivamente ottenuto dalla stessa; nella seguente seduta del 7 aprile 2014 sono stati resi noti i punteggi assegnati a seguito della rinnovata riparametrazione ed è risultata prima in graduatoria la Gemos Soc. Coop. con punti 91,678 e secondo il Consorzio suddetto con punti 91,678.

L'appalto è stato quindi aggiudicato alla Gemos Soc. Coop..

2.- Il Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa ha allora proposto ricorso al T.A.R. per l'Umbria per l'annullamento degli atti di gara, per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni in forma specifica o per equivalente.

3.- Il T.A.R., con la sentenza in epigrafe indicata, ha respinto il ricorso.

4.- Con il ricorso in appello in esame il Consorzio sopra citato ha chiesto l'annullamento o la riforma di detta sentenza deducendo i seguenti motivi:

a) Erroneità per falsa applicazione di legge, per travisamento dei fatti e dei presupposti, per contraddittorietà ed illogicità manifesta. Errata motivazione riguardo al primo motivo di ricorso in merito alla violazione della Direttiva 2004/18 e degli artt. 2 e 27, del d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione e falsa applicazione dei principi di trasparenza, par condicio, buona fede, correttezza e legittimo affidamento che regolano le gare d'appalto. Violazione dell'art. 83 del d.lgs. 163 del 2006, del d.P.R. n. 207 del 2010 e della lex specialis per inserimento arbitrario postumo del criterio di riparametrazione da parte della commissione. Eccesso di potere per sviamento, travisamento ed erronea valutazione dei fatti, illogicità, contraddittorietà e ingiustizia manifesta. Violazione dell'art. 97 della Costituzione.

Il T.A.R. ha respinto le censure formulate dal Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa contro l'aggiudicazione della gara di cui trattasi alla Gemos Soc. Coop. a seguito di riparametrazione postuma dei punteggi tecnici da parte della commissione di gara, nell'assunto, che sarebbe erroneo, che, anche in assenza di esplicita previsione della lex specialis, fosse sufficiente a giustificare l'operato della commissione il rinvio contenuto nel disciplinare di gara all'art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006. b) Erroneità della sentenza impugnata per falsa applicazione di legge, per travisamento dei fatti e dei presupposti, per contraddittorietà e per illogicità manifesta. Errata motivazione riguardo al secondo motivo di ricorso in merito alla violazione della direttiva 2004/18 e degli artt. 2 e 27 del d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione dei principi di trasparenza, par condicio, buona fede, correttezza e legittimo affidamento che regolano le gare d'appalto. Violazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006, del d.P.R. n. 207 del 2010 e della lex specialis di gara per inserimento arbitrario di modalità di

valutazione. Eccesso di potere per sviamento, travisamento ed errato presupposto, illogicità e ingiustizia manifesta. Violazione dell'art. 97 della Costituzione.

Con il ricorso introduttivo del giudizio il Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa aveva dedotto l'illegittimità della determinazione assunta dalla commissione di procedere con la riparametrazione solo dopo la comunicazione agli astanti dei punteggi tecnici (risultanti della media dei punteggi assegnati da ciascun commissario, secondo criteri fissati nel disciplinare di gara, come da prospetto allegato "A" al verbale) e la apertura e presa cognizione delle offerte economiche.

Il T.A.R. avrebbe erroneamente al riguardo ammesso la applicabilità dell'allegato P al d.P.R. n. 207 del 2010, in quanto richiamato dall'art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006 e la possibilità per la commissione di intervenire, anche in epoca successiva alla conclusione delle operazioni di sua competenza, al fine di correggere in sede di aggiudicazione definitiva gli errori materiali e di calcolo riscontrati.

Ciò sia in quanto (premesse che la fattispecie rientrava nell'ambito dei servizi ricompresi nell'allegato IIB del d. lgs. n. 163 del 2006) in nessuna parte della lex specialis era menzionato il d.P.R. n. 207 del 2010 e nemmeno contenuto alcun riferimento all'allegato "P" a tale d.P.R., sia in quanto detto allegato prescrive che il calcolo dell'offerta economicamente più vantaggiosa "può" e non "deve" essere effettuato utilizzando a scelta della s.a. uno dei metodi indicati nel bando di gara o nella lettera di invito, sicché il primo giudice non avrebbe potuto, in assenza di esplicitazione negli atti di gara, indicare quale delle metodologie indicate in detto allegato fosse stata applicata, avendo la lex specialis disposto solo l'individuazione di fattori e sub criteri.

Pertanto la commissione, che non avrebbe potuto identificare nuove e diverse modalità valutative non previste nella lex specialis (pena la violazione della par condicio e della trasparenza), avrebbe illegittimamente dapprima valutato le offerte tecniche (assegnando i relativi punteggi riguardo agli otto parametri valutativi individuati e scomposti in ulteriori sottocriteri, corredando il tutto con diffuse motivazioni) e poi, dopo aver comunicato i punteggi costituiti dalla media dei punteggi assegnati da ciascun commissario, secondo i criteri fissati nel disciplinare, nonché dopo aver aperto le buste con le offerte economiche (prendendo cognizione dei relativi importi), avrebbe, in violazione dei criteri di trasparenza, imparzialità, buona fede, correttezza e legalità, determinato di procedere alla riparametrazione dei punteggi, e, solo dopo la seconda riparametrazione, avrebbe illustrato i coefficienti valutativi utilizzati dai commissari di gara, nei quali sono stati trasformati i punteggi in precedenza assegnati, snaturando la tempistica prevista dal d.P.R. n. 207 del 2010 e la naturale modalità di assegnazione dei punteggi (che di norma derivano dal prodotto tra il coefficiente moltiplicato al peso attribuito all'elemento).

c) Sul risarcimento del danno.

All'illegittimo comportamento della s.a. dovrebbe conseguire il risarcimento del danno in favore dell'appellante, in forma specifica, sussistendo il requisito della colpa (rilevabile in caso di violazione delle norme sul regolamento, ordini e discipline, ovvero di regole di condotta e prudenza che si identificano nell'imparzialità e buon andamento della Amministrazione) ed avendo creato l'operato della s.a. gravi nocuenti, consistenti nella mancata aggiudicazione del servizio e del conseguente danno curriculare, dei quali il Consorzio deducente si è riservata di indicare l'importo. In subordine è stata chiesta la corresponsione di un equo indennizzo.

d) Sull'inefficacia del contratto e sul risarcimento per equivalente.

E' stata chiesta la declaratoria dell'inefficacia del contratto stipulato, ex artt. 121, 122 e 123 del c.p.a, ed il risarcimento in forma specifica, o, in subordine, per equivalente, rapportabile al mancato utile derivante dall'esecuzione dell'appalto, cui dovrebbe essere aggiunto il danno curriculare a ristoro della mancata maturazione dell'esperienza e delle referenze spendibile in altre gare d'appalto, normalmente individuato tra l'1% ed il 5% dell'importo globale del servizio da aggiudicare (con riserva di meglio qualificare gli importi).

5.- Con atto depositato il 14 maggio 2015 si è costituito in giudizio il Comune di Todi, che, con riguardo al primo motivo d'appello, ha sostanzialmente sostenuto che la commissione, che aveva già effettuato la riparametrazione in occasione della aggiudicazione provvisoria della gara de qua al Consorzio ora appellante,

resasi conto di averla effettuata con un calcolo errato e non conforme alle previsioni normative ed alle precisazioni fornite dall'A.V.C.P. con determinazione n. 7 del 2011 (perché riferita alla sommatoria dei punteggi e non ai singoli elementi componenti l'offerta tecnica) ha rinnovato, prima della aggiudicazione definitiva, l'operazione di riparametrazione secondo la corretta metodologia, mediante mero ricalcolo matematico di elementi preesistenti; con riguardo al secondo motivo di gravame ha sostenuto che la commissione si era attenuta alle previsioni della lex specialis (punto 12 del bando e artt. 2 e 12 del disciplinare) dando applicazione all'art. 83, del d. lgs. n. 163 del 2006 ed alle metodologie di ponderazione dei punteggi indicate nell'allegato "P" al d.P.R. n. 207 del 2010, richiamato dal comma 5 dell'art. 83. Ha infine sostenuto il Comune l'inammissibilità e l'infondatezza della pretesa risarcitoria e, premesso che l'aggiudicazione provvisoria fa nascere solo una aspettativa ad una positiva conclusione del procedimento e non ingenera affidamento, ha evidenziato in primo luogo che comunque nel caso di specie non era stato ancora sottoscritto alcun contratto con la Gemos Soc. Coop., con impossibilità di valutazione della richiesta di declaratoria di inefficacia dello stesso e in secondo luogo che il servizio oggetto di gara veniva svolto in regime di prorogatio, disposta da ultimo con determinazione n. 272 del 30 marzo 2015.

6.- Con atto depositato il 21 maggio 2015 si è costituita in giudizio la Gemos Soc. Coop., che ha eccepito l'irricevibilità, l'inammissibilità dell'appello, nonché ne ha dedotto l'infondatezza; con contestuale memoria ha poi dedotto che, in base al disposto dell'allegato "P" al d.P.R. n. 207 del 2010, richiamato dall'art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006, in base al quale il disciplinare di gara stabiliva che avrebbe dovuto svolgersi il procedimento di aggiudicazione, la riparametrazione andrebbe effettuata sul valore di ogni singolo elemento di valutazione, sicché la riparametrazione posta in essere dalla commissione nella seduta del 25 marzo 2015 avrebbe costituito solo una operazione di correzione della riparametrazione effettuata in maniera errata, nella seduta del 10 dicembre 2013, calcolandola su punteggio totale attribuito a ciascun concorrente. Ha quindi, con riguardo al primo motivo di gravame, eccepito che la parte appellante non avrebbe specificato quali disposizioni dell'art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006 sarebbero state violate, con genericità del gravame e violazione del disposto dell'art. 40 del c.p.a., ed ha poi dedotto sia che il richiamo a detto art. 83 non valeva solo per identificare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma anche per identificare la riparametrazione, e sia che sarebbe inammissibile per genericità la censura di violazione della direttiva 2004/18 e del d.P.R. n. 207 del 2010. Con riguardo al secondo motivo d'appello ha sostenuto la legittimità del ricorso all'autotutela da parte dell'Amministrazione in caso di rilievo di errori compiuti prima della aggiudicazione definitiva e che, secondo l'allegato "P" di cui trattasi, la riparametrazione non sarebbe discrezionale ma obbligatoria. Ha infine evidenziato che stava svolgendo il servizio in base a contratto d'appalto del 12 marzo 2012, rep. n. 8717, la cui scadenza sarebbe stata ripetutamente prolungata per garantire la continuità del servizio in attesa della decisione definitiva sul giudizio in esame.

7.- Con ordinanza 26 maggio 2015 n. 2273 la Sezione ha accolto la istanza di sospensione della sentenza impugnata ed ha inibito, nelle more della trattazione nel merito dell'appello, la stipulazione del contratto con l'aggiudicataria.

8.- Con memoria depositata il 20 ottobre 2015 la parte appellante ha ribadito tesi e richieste, in particolare evidenziando che, al fine della configurabilità della risarcibilità dei danni per equivalente in materia di appalti pubblici, si può prescindere dall'accertamento della sussistenza della colpa a che negli atti di gara e nell'offerta economica aveva previsto e determinato un utile pari al 3% del valore dell'appalto, ossia pari a circa € 50.760,00, cui dovrebbe essere aggiunto il danno curriculare pragmaticamente da ritenere in re ipsa nel caso di non aggiudicazione in una gara di appalto, che potrebbe essere liquidato ricorrendo al parametro equitativo di cui all'art. 1226 Cod. civ. e determinato in una percentuale normalmente individuata tra l'1% e il 5% che nella fattispecie corrisponderebbe agli importi da € 16.920,00 a € 84.600,00.

9.- Con memoria depositata il 16 ottobre 2015 la Gemos Soc. Coop. ha replicato alle avverse difese, contestando in particolare che la riparametrazione sia applicabile solo in caso di ricorso al metodo aggregativo compensatore ed affermando che la lex specialis avrebbe richiamato l'articolo 83 del d.lgs. n. 163 del 2006 non per fare riferimento ad uno dei cinque metodi di valutazione delle offerte, ma per indicare che l'aggiudicazione sarebbe stata effettuata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e che si sarebbe operata la riparametrazione.

10.- Alla pubblica udienza del 5 novembre 2015 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti, come da verbale di causa agli atti del giudizio.

11.- L'appello è fondato.

12.- Ritiene la sezione di dover esaminare prioritariamente il primo motivo d'appello, con cui è stata censurata la sentenza in esame nella parte in cui sono state respinte le censure formulate dal Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa contro l'aggiudicazione della gara di cui trattasi alla Gemos Soc. Coop., a seguito di riparametrazione postuma dei punteggi tecnici da parte della commissione di gara, nell'assunto che sarebbe indivisibile che, anche in assenza di esplicita previsione della *lex specialis*, fosse sufficiente a giustificare l'operato della commissione il rinvio contenuto nel disciplinare di gara all'art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006, che prevede che il metodo di valutazione ed attribuzione del punteggio sia disciplinato dal Regolamento di attuazione, il cui allegato P disciplina le relative modalità di calcolo della riparametrazione.

Invero nel processo amministrativo la graduazione dei motivi vincola il giudice amministrativo sebbene la sua osservanza possa portare, in concreto, ad un risultato non in linea con la tutela piena dell'interesse pubblico e della legalità (Consiglio di Stato, sez. III, 8 settembre 2015, n. 4211) e la discrezionalità del giudice di organizzare le priorità nell'esame della materia del contendere secondo un determinato ordine logico resta pur sempre correlata all'interesse di cui la parte ricorrente chiede tutela (Consiglio di Stato, sez. V, 28 settembre 2015, n. 4513).

12.1.- Ciò posto, la Sezione ritiene infondata l'eccezione formulata al riguardo dalla Gemos Soc. Coop. di inammissibilità, per genericità, di detto motivo, per mancata specificazione di quali disposizioni dell'art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006 sarebbero state violate, e per violazione del disposto dell'art. 40 del c.p.a., nonché per genericità della censura di violazione della direttiva 2004/18 e del d.P.R. n. 207 del 2010.

Il motivo in esame non si limita infatti ad una generica prospettazione di asseriti vizi, ma contiene la puntuale ed esauriente indicazione di tutte le circostanze dalle quali può desumersi la loro effettiva sussistenza.

12.2.- Deduce l'appellante che la stazione appaltante aveva individuato con la *lex specialis* tutti i parametri ed i sub criteri che la commissione avrebbe dovuto utilizzare per la valutazione delle offerte tecniche, ex art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006 e che in nessuna parte del disciplinare, del bando e del capitolato era previsto che si sarebbe proceduto alla riparametrazione dei punteggi tecnici.

Poiché la riparametrazione non è oggetto di alcuna norma specifica impositiva, per poter essere applicata dovrebbe essere esplicitamente contemplata nella *lex specialis*, e sarebbe escluso ogni automatico inserimento integrativo di essa ex lege, sicché potrebbe farsi ad essa ricorso solo se prevista dal bando e non può tradursi in una modalità di apprezzamento delle offerte facoltativamente introducibile da parte della commissione.

Sarebbe quindi errato quanto sostenuto dal T.A.R. in merito alla doverosità dell'applicazione della riparametrazione nel caso di specie per il solo fatto che il disciplinare contenesse il richiamo all'art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006, in quanto in tutte le gare aggiudicate con il criterio dell'offerta più vantaggiosa sarebbe contenuto il richiamo a detto articolo al fine di identificare il criterio da utilizzare per l'affidamento.

12.3.- Osserva in primo luogo il collegio che nel sistema degli appalti pubblici nessuna norma di carattere generale impone, per le gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta più vantaggiosa, l'obbligo della stazione appaltante di attribuire alla migliore offerta tecnica in gara il punteggio massimo previsto dalla *lex specialis*, mediante il criterio della c.d. doppia riparametrazione.

Con sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 25 febbraio 2014 n. 899 è stato in proposito ribadito, "a precisazione di quanto affermato nella sentenza della VI Sezione di questo Consiglio di Stato n. 5754 del 14 dicembre 2012, ... che il ragguglio dei punteggi al valore massimo teorico dell'offerta tecnica migliore e conseguentemente delle altre, in cui si sostanzia in estrema sintesi la riparametrazione, non è oggetto di alcuna norma cogente".

Nelle gare da aggiudicarsi con detto criterio la riparametrazione ha quindi la funzione di ristabilire l'equilibrio fra

i diversi elementi qualitativi e quantitativi previsti per la valutazione dell'offerta solo se, e secondo quanto, voluto e disposto dalla stazione appaltante con il bando, con la conseguenza che l'operazione di parametrizzazione deve essere espressamente prevista dalla legge di gara per poter essere applicata (Consiglio di Stato, Sez. V, 13 gennaio 2014, n. 85) e non può tradursi in una modalità di apprezzamento delle offerte facoltativamente introdotta dalla commissione giudicatrice (Consiglio di Stato, Sez. IV, 20 febbraio 2014, n. 802).

Infatti la discrezionalità che pacificamente compete alla stazione appaltante nella scelta, alla luce delle esigenze del caso concreto, dei criteri da valorizzare ai fini della comparazione delle offerte, come pure nella determinazione della misura della loro valorizzazione, non può non rivestire un ruolo decisivo anche sul punto della c.d. riparametrizzazione che, avendo la funzione di preservare l'equilibrio fra i diversi elementi stabiliti nel caso concreto per la valutazione dell'offerta (e perciò di assicurare la completa attuazione della volontà espressa al riguardo dalla stazione appaltante), non può che dipendere dalla stessa volontà e rientrare quindi già per sua natura nel dominio del potere di disposizione ex ante della stessa Amministrazione.

È la *lex specialis* che deve, pertanto, fare stato al riguardo, stabilendo fino a che punto si imponga la tutela dell'equilibrio astratto corrispondente ai massimali di punteggio da essa stessa contemplati e non è scontato che la soglia massima di punteggio ivi prevista debba necessariamente essere conseguita, sì da doversi disporre, in difetto, una riparametrizzazione.

Facendo ricorso a detto criterio, un'offerta di qualità media, ma migliore di quelle concorrenti, si vede assegnato il punteggio massimo astrattamente previsto, con la conseguenza di venir apprezzata come lo sarebbe un'offerta qualitativamente eccellente pur non essendo intrinsecamente tale, a detrimento delle offerte dei concorrenti che hanno invece potenziato, rispetto alla qualità, il profilo della maggiore convenienza economica.

Quindi in astratto la decisione della s.a. di non richiamare l'istituto della riparametrizzazione può trovare giustificazione "nell'intento di ottenere offerte finalizzate al risparmio di spesa, ferma restando la necessità di miglioramenti tecnico funzionali; invece, applicando la riparametrizzazione, il rapporto prezzo/qualità si sarebbe invertito, perché modesti miglioramenti tecnici rispetto al progetto base avrebbero comportato l'aggiudicazione alla offerta che poteva comportare maggiori oneri a causa di minori ribassi circa il prezzo" (Consiglio di Stato, sezione V, 13 gennaio 2014, n. 85).

Il ricorso al criterio della riparametrizzazione è dunque in grado di esercitare forte influenza sulle sorti delle procedure di gara, modificando profondamente valutazioni e punteggi, e sulle condotte delle imprese all'atto della decisione delle loro strategie di gara, che possono essere ragionevolmente diverse a seconda che si sappia che il massimo punteggio sul versante qualitativo sarà riservato alla sola offerta davvero eccellente, o invece potrà essere ottenuto dall'offerta qualitativamente migliore, anche quando intrinsecamente modesta (Consiglio di Stato, sezione V, 27 agosto 2014, n. 4359).

Nel caso di specie l'art. 12 del bando di gara stabiliva "Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 del d. lgs. n. 163/06 secondo i criteri di seguito indicati: a) offerta economica max 30 punti; b) offerta tecnica max 70 punti, il tutto come meglio disciplinato nell'art. 12 del disciplinare di gara cui si rinvia".

Detto art. 12, rubricato "offerta e criteri di aggiudicazione" stabiliva che "L'appalto dei Servizi di Ristorazione Scolastica di cui al Capitolato Speciale d'Appalto verrà aggiudicato mediante procedura aperta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa secondo le disposizioni di cui all'art. 83 del D. Lgs. n. 163/2006 valutabile in base agli elementi contenuti nell'offerta tecnica ed economica presentate"; proseguiva l'articolo stesso stabilendo i punteggi massimi per l'offerta tecnica ed economica ed indicando i parametri da valutare con riguardo alla offerta tecnica, con i relativi punteggi, e gli elementi per l'assegnazione del punteggio per l'offerta economica sulla base dell'indicato criterio proporzionale. In particolare detto articolo 12 stabiliva che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta a favore del concorrente che avesse raggiunto il miglior punteggio risultante dalla somma dei punti attribuiti all'offerta tecnica e all'offerta economica.

Il T.A.R., con la sentenza in esame, ha ritenuto irrilevante la tesi che la stazione appaltante non avesse indicato negli atti di gara il criterio della riparametrizzazione cui la commissione, dopo l'aggiudicazione provvisoria della

gara alla attuale appellante, ha fatto ricorso, addivenendo a diverse conclusioni, nell'assunto che il rinvio incondizionato all'art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006 contenuto nelle sopra riportate disposizioni della lex specialis, con autovincolo al riguardo della s.a., postulasse un rinvio all'allegato "P" al regolamento di attuazione di cui al d.P.R. n. 207 del 2010, come confermato dall'operato della commissione che sin dall'aggiudicazione provvisoria aveva prefigurato la doverosità della riparametrazione in base alla lex specialis, sia pure con modalità di calcolo poi ritenute errate dalla commissione stessa.

12.4.- La Sezione, sulla base delle considerazioni in precedenza effettuate circa l'operatività in materia del principio per il quale l'operazione di parametrizzazione deve essere espressamente prevista dalla legge di gara per poter essere applicata, ritiene quindi fondate le censure formulate con il motivo d'appello in esame alla sentenza impugnata, perché la riparametrazione non poteva essere disposta nel caso che occupa dal momento che non era esplicitamente contemplata nella lex specialis ed è escluso ogni automatico inserimento integrativo di essa ex lege.

Invero il rinvio contenuto nel bando e nel disciplinare all'art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006, in assenza di ulteriori specificazioni, non poteva postulare il necessario rinvio all'allegato "P" del d.P.R. n. 207 del 2010 solo perché nel comma 5 di detto articolo è asserito che per consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa le stazioni appaltanti devono utilizzare metodologie stabilite con regolamento, e non poteva giustificare ex se la riparametrazione, ancorché non espressamente contemplata, non solo per le considerazioni sopra espresse, ma anche perché la lex specialis aveva individuato tutti i parametri ed i sub-criteri che la Commissione avrebbe dovuto utilizzare per la valutazione delle offerte tecniche, ed è normale che, vertendosi nell'ambito di una gara da aggiudicare all'offerta economicamente più vantaggiosa, fosse stato effettuato il richiamo all'art. 83 del d.lgs. 163 del 2006, che è l'unico che contempla tale metodo di aggiudicazione.

Non è quindi condivisibile il sillogismo che, poiché il disciplinare di gara cita l'art. 83 del d.lgs. 163 del 2006, che a sua volta richiama l'applicazione del regolamento, per la valutazione delle offerte tecniche, si applicasse nel caso che occupa necessariamente l'allegato P del regolamento attuativo e quindi il metodo aggregativo-compensatore (anche perché anche altri metodi sono ivi contemplati) e quindi la riparametrazione.

13.- La riconosciuta fondatezza dell'esaminato motivo, escludendo in radice la possibilità che la commissione di gara potesse legittimamente ricorrere al criterio della riparametrazione, comporta l'assorbimento del secondo motivo di gravame, con il quale è stata censurata la decisione della commissione di procedere alla riparametrazione stessa solo dopo la comunicazione agli astanti dei punteggi tecnici (che erano il risultato della media dei punteggi assegnati da ciascun commissario, secondo criteri fissati nel disciplinare di gara, come da prospetto allegato "A" al verbale) e la apertura e presa cognizione delle offerte economiche.

14.- L'accoglimento dell'appello comporta, per il principio devolutivo, l'accoglimento del ricorso introduttivo del giudizio e l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara de qua alla Gemos Soc. Coop..

15.- Devono quindi essere esaminate le ulteriori richieste, formulate dalla parte appellante, di declaratoria dell'inefficacia del contratto stipulato, ex artt. 121, 122 e 123 del c.p.a, e di risarcimento in forma specifica, o, in subordine, per equivalente.

15.1.- La domanda di declaratoria di inefficacia del contratto non può trovare assenso, atteso che è stato dedotto con memorie depositate prima della udienza camerale di trattazione della istanza di sospensione della sentenza gravata dal Comune resistente (senza che l'appellante abbia smentito la circostanza, che non era stato sottoscritto alcun contratto con la Gemos Soc. Coop., e che il servizio oggetto di gara veniva svolto in regime di prorogatio, disposta da ultimo con determinazione n. 272 del 30 marzo 2015), nonché dalla controinteressata Gemos Soc. Coop. (anche in questo caso senza smentita di controparte), che sta svolgendo il servizio in base a contratto d'appalto del 12 marzo 2012 rep. n. 8717, la cui scadenza è stata ripetutamente prolungata per garantire la continuità del servizio in attesa della decisione definitiva sul giudizio in esame.

Tenuto conto che con ordinanza 26 maggio 2015 n. 2273 la Sezione ha inibito, nelle more della trattazione nel

merito dell'appello, la stipulazione del contratto con l'aggiudicataria, non può che ritenersi che questo non sia stato ancora stipulato, e non può quindi essere dichiarato inefficace.

15.2.- Quanto alla richiesta di risarcimento del danno formulata dalla appellante va osservato che nelle gare pubbliche, nel caso di accoglimento del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione dell'appalto da parte della impresa seconda classificata, solo se sussista la certezza che essa avrebbe avuto titolo a conseguire l'aggiudicazione e il contratto in luogo della originaria aggiudicataria, può disporsi il risarcimento in forma specifica (Consiglio di Stato, sez. IV, 2 dicembre 2013, n. 5725).

Diversamente l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva rimette in gioco la ricorrente che avrà la possibilità di conseguire - all'esito delle valutazioni riservate all'amministrazione sulla congruità dell'offerta presentata - il bene della vita (aggiudicazione della gara e contratto di appalto che non risulta al momento ancora stipulato).

Si tratta di una reintegrazione in forma specifica nella posizione sostanziale lesa che deve considerarsi integralmente satisfattiva ed esclude, anche in prospettiva strumentale, ogni ipotesi di risarcimento alternativo, quando sia richiesta peraltro dalla parte solo in via subordinata.

Va infatti escluso il risarcimento pecuniario, ogni qual volta l'impresa ottenga il sostanziale risarcimento in forma specifica del bene della vita rivendicato (chance di riapertura del procedimento di gara secondo i criteri auspicati dal ricorrente), non potendo vantare, in relazione all'esito finale della gara, alcuna situazione allo stato suscettiva di determinare un oggettivo e certo affidamento circa la sua aggiudicazione in proprio favore, quando il criterio di aggiudicazione adottato è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, atteso il carattere non automatico della procedura.

Nel caso che occupa all'esito della valutazione dell'offerta tecnica, la Commissione ha attribuito alla Gemos Soc. Coop. il punteggio di 51,73, mentre al Consorzio suddetto è stato attribuito il punteggio di 50,913, mentre poi, nella seduta del 10 dicembre 2013 sono stati comunicati ai presenti i punteggi attribuiti alle offerte tecniche e sono state aperte le buste contenenti le offerte economiche appurando che la Gemos Soc. Coop. aveva offerto il prezzo unitario per pasto di € 5,89, mentre il Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa aveva offerto il prezzo di € 5,64.

L'attività successiva della commissione che ha effettuato una prima riparametrazione, a seguito della quale l'offerta del Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa è risultata meglio graduata, deve ritenersi travolta dall'accoglimento dei motivi di appello del Consorzio stesso.

Non può quindi essere disposto l'accoglimento in forma specifica del ricorso mediante aggiudicazione dell'appalto alla appellante, stante la circostanza che, nella gara de qua, svolta con il criterio della offerta più vantaggiosa, residuano in capo all'Amministrazione poteri discrezionali al riguardo.

L'accoglimento della domanda di risarcimento in forma specifica coincide quindi con il disposto annullamento dell'aggiudicazione definitiva, che rimette in gioco la ricorrente che avrà la possibilità di conseguire - all'esito delle valutazioni riservate all'amministrazione sulla congruità dell'offerta presentata - il bene della vita auspicato, mentre, per le considerazioni in precedenza svolte, non può essere accolta la domanda di risarcimento per equivalente.

16.- L'appello deve essere conclusivamente accolto e, in riforma della prima decisione, va accolto il ricorso introduttivo del giudizio e per l'effetto va annullato il provvedimento impugnato; la richiesta di risarcimento danni in forma specifica va accolta nei termini e nei sensi di cui in motivazione.

17.- Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e vanno liquidate come in dispositivo, tenuto conto dei parametri stabiliti dal regolamento 10 marzo 2014, n. 55.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, accoglie l'appello in esame e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso originario proposto dinanzi al T.A.R. ed annulla il provvedimento impugnato; accoglie la domanda di risarcimento in forma specifica nei sensi e nei termini di cui in motivazione.

Pone in solido a carico del Comune di Todi e della Gemos Soc. Coop., con ripartizione interna in parti uguali, le spese del doppio grado, liquidate a favore del Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa nella complessiva misura di € 5.000,00 (cinquemila/00), oltre ai dovuti accessori (I.V.A., C.P.A. e 15% a titolo di rimborso di spese generali).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/01/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)