SENTENZE

Pubblicato il 27/02/2019
**N. 01387/2019REG.PROV.COLL.**
**N. 02487/2018 REG.RIC.**

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

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2487 del 2018, proposto da:
OMISSIS, in proprio ed in qualità di mandataria del costituendo R.T.I. con la cooperativa sociale OMISSIS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato OMISSIS;
***contro***
Comune di Pesaro, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato OMISSIS;
***nei confronti***
OMISSIS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati OMISSIS;
***per la riforma***
della sentenza del T.A.R. MARCHE - ANCONA: SEZIONE I n. 00007/2018, resa tra le parti, concernente l’impugnativa :
a) della determina dirigenziale n. 2082 del 10 agosto 2017, con la quale il Comune di Pesaro ha approvato la proposta di aggiudicazione del “servizio di gestione dei servizi bibliotecari della biblioteca San Giovanni e delle Biblioteche di Quartiere del Comune di Pesaro per il periodo dal 1/07/2017 al 31/12/2018” alla Cooperativa sociale OMISSIS;
b) della nota del 22 agosto 2017, con la quale la Dirigente del Servizio Cultura e Promozione del Territorio del Comune di Pesaro ha comunicato al RTI ricorrente OMISSIS l'avvenuta aggiudicazione del servizio in favore de OMISSIS;
c) di tutti i verbali di gara (dal n. 1 al n. 5), anche nella parte in cui recepiscono il giudizio di congruità positivo sull'offerta presentata dalla OMISSIS, procedendosi alla proposta di aggiudicazione;
d) degli atti del procedimento di verifica di congruità a cura del Responsabile Unico del Procedimento;
e) *in parte qua*, del bando di gara, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale R.I. - V serie speciale n. 26 del 3 marzo 2017; del disciplinare di gara; del capitolato speciale di appalto;
f) del Regolamento contratti del Comune di Pesaro approvato con deliberazione di C. C. n.128 /2016; modificato con deliberazione di C.C. n. 60/2017, ed in particolare dell'art. 14 nella parte in cui regola le modalità di nomina della Commissione giudicatrice, nonché della determina dirigenziale del 4 aprile 2017, n. 775, con cui l'Amministrazione comunale ha nominato la commissione giudicatrice (richiamati in tutti i verbali di gara impugnati);
g) della determinazione n. 2715 del 13 ottobre 2017, pubblicata sull'Albo del Comune il 19 ottobre 2017, recante “ampliamento del servizio di gestione dei servizi bibliotecari ai sensi dell'art. 106, comma 12, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50” con la quale l'Amministrazione comunale ha approvato, in favore di OMISSIS, “un aumento dei servizi bibliotecari della Biblioteca di San Giovanni e delle biblioteche di quartiere, per far fronte fino al 31 dicembre 2017 alle varie iniziative natalizie che si andranno a programmare e che possono comportare un amento di aperture delle stesse, per una spesa complessiva di euro 19.876,00 = iva esente ai sensi dell'art. 10, c. 1, n. 22 del d.P.R. n. 633/2017”;
h) di ogni altro atto o provvedimento comunque connesso e/o presupposto e/o consequenziale ai precedenti, ancorché ignoto alle ricorrenti ed in particolare della determina di stipulazione del contratto (ignota alle appellanti), nonché del contratto di appalto, ove nelle more stipulato con Cooperativa OMISSIS.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Pesaro e de OMISSIS Soc. Coop. a r.l.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 luglio 2018 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati OMISSIS;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1.- Il R.T.I. con mandataria la OMISSIS ha interposto appello nei confronti della sentenza 2 gennaio 2018, n. 7 del Tribunale amministrativo regionale per le Marche, sez. I, che ha respinto il ricorso ed i motivi aggiunti, rispettivamente esperiti avverso la determina dirigenziale in data 10 agosto 2017 con la quale il Comune di Pesaro ha approvato la proposta di aggiudicazione del “servizio di gestione dei servizi bibliotecari della biblioteca San Giovanni e delle biblioteche di quartiere del Comune di Pesaro per il periodo dall’1/07/2017 al 31/12/2018” alla cooperativa sociale OMISSIS, la successiva aggiudicazione comunicata con nota del 22 agosto, il bando di gara, il regolamento contratti del Comune di Pesaro (di cui alla deliberazione consiliare n. 128 del 2016) con particolare riguardo all’art. 14 relativo alle modalità di nomina della Commissione giudicatrice, la determina dirigenziale n. 775 del 4 aprile 2017, di nomina della Commissione stessa, ed avverso la determinazione del 13 ottobre 2017 di “ampliamento dei servizi di gestione” (successivamente revocata).
Si tratta della procedura aperta per l’affidamento dei servizi bibliotecari, con importo a base di gara di euro 690.000,00, regolata dal criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ove settanta punti sono attribuiti all’offerta tecnica.
Alla procedura hanno partecipato il raggruppamento appellante, secondo graduato con punti 81,495, e la società OMISSIS, la cui offerta ha conseguito, all’esito della riparametrazione, cento punti su cento, e, dopo la verifica di anomalia, è risultata aggiudicataria.
Con il ricorso in primo grado il R.T.I. OMISSIS ha dedotto l’illegittimità dell’aggiudicazione per anomalie procedurali, in particolare afferenti la composizione della Commissione giudicatrice, anche nella prospettiva del cumulo di funzioni, anche quella di presidente della Commissione giudicatrice, tra loro asseritamente incompatibili, in capo ad un unico funzionario della stazione appaltante (la dott.ssa OMISSIS), ed all’anomalia dell’offerta aggiudicataria indicante un costo del lavoro inferiore ai minimi tabellari del Ministero del Lavoro.
2. - La sentenza appellata ha respinto il ricorso sia con riguardo alle doglianze sulla composizione della Commissione giudicatrice (esaminando tanto la posizione del presidente, che quella degli altri due componenti), sia con riferimento alla pretesa anomalia dell’offerta, dando poi atto della sopravvenuta carenza di interesse in ordine ai motivi aggiunti rivolti avverso la determinazione n. 2715 in data 13 ottobre 2017, revocata con successiva determinazione n. 3395 del 30 novembre 2017.
3.- Con il ricorso in appello il raggruppamento OMISSIS ha dedotto l’erroneità della sentenza reiterando, alla stregua di critica della sentenza del primo giudice, i motivi del ricorso introduttivo svolti nei confronti della composizione della Commissione giudicatrice e dell’anomalia dell’offerta.
4. - Si è costituito in resistenza il Comune di Pesaro eccependo l’inammissibilità per carenza di interesse e comunque l’infondatezza nel merito dell’appello.
5. - Si è altresì costituita in resistenza la società cooperativa a r.l. OMISSIS puntualmente controdeducendo ai motivi di appello e chiedendone la reiezione.
6.- All’udienza pubblica del 19 luglio 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

**DIRITTO**

1.- Deve essere anzitutto disattesa l’eccezione di inammissibilità del ricorso in appello per carenza di interesse, svolta dall’Amministrazione appellata nella considerazione che l’interesse strumentale alla rinnovazione della gara deve essere qualificato dalla dimostrazione di ragionevoli e concrete possibilità di conseguire l’utilità richiesta, e cioè di risultare primo graduato.
Ed infatti l’interesse all’appello, anche a prescindere da ogni altro profilo, appare evidente in considerazione del fatto che alla procedura hanno partecipato solo due concorrenti, con la conseguenza che l’accoglimento del motivo sull’anomalia comporterebbe l’aggiudicazione in favore del raggruppamento OMISSIS.
2. - Procedendo alla disamina del merito, con il primo motivo di appello viene criticata la sentenza deducendosi la illegittima commistione, *melius* concentrazione di tutti i ruoli procedurali in capo alla medesima persona, in violazione dell’art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, e poi anche l’incompatibilità di un altro componente della Commissione. In particolare; sotto il primo profilo, si deduce l’incompatibilità assoluta del presidente della Commissione, in quanto è lo stesso soggetto che ha approvato gli atti di gara, presieduto la Commissione, svolto la verifica di anomalia dell’offerta, che ha la qualifica di R.U.P., di dirigente del Servizio Cultura (ed in tale veste ha stipulato il contratto), e dunque anche superiore gerarchico degli altri due componenti della Commissione, appartenenti alla stessa Unità operativa (la dott.ssa Ena quale responsabile dell’U.O. Servizi Culturali, la dott.ssa Melini quale referente delle iniziative culturali); sotto il secondo profilo, è stata contestata l’incompatibilità (anche in questo caso in violazione dell’art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016) della dott.ssa Ena ad essere designata quale responsabile per la fase esecutiva, avendo ricoperto la funzione di membro della Commissione di gara.
Il complesso motivo, nonostante la sua problematicità, va respinto.
Dibattuta è stata la questione interpretativa dell’art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 (nel testo anteriore alla novella), inerente il quesito se possa svolgere le funzioni di presidente della Commissione (come avveniva nel vigore del previgente art. 84 del d.lgs. n. 163 del 2006) anche il R.U.P.
Nella fattispecie in esame, nella quale il R.U.P. non ha anche predisposto gli atti di gara, redatti da altra unità organizzativa dell’Amministrazione, e peraltro riproduttivi della *lex specialis*delle precedenti procedure per l’affidamento del medesimo servizio, la soluzione del quesito appare al Collegio che possa essere prudentemente positiva.
La norma contenuta nell’art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 può infatti essere interpretata, come ha fatto il primo giudice, nel senso che l’eventuale incompatibilità debba essere comprovata, sul piano concreto e di volta in volta, sotto il profilo dell’interferenza sulle rispettive funzioni assegnate al R.U.P. ed alla Commissione. Ha condivisibilmente sottolineato la sentenza che «*sarebbe stato onere della ricorrente fornire precisi elementi di prova sull’esistenza di possibili e concreti condizionamenti, del componente in questione, in relazione all’attività di RUP*»; al contrario, nessuna contestazione è stata svolta, se non marginalmente, e comunque tardivamente, con la memoria depositata in data 5 luglio 2018, ai punteggi attribuiti dalla Commissione alle offerte tecniche, in base al coefficiente ponderale previsto per ciascun criterio.
Del resto, il fondamento ultimo di razionalità della disposizione dell’art. 77, comma 4, è quello per cui chi ha redatto la *lex specialis* non può essere componente della Commissione, costituendo il principio della separazione tra chi predisponga il regolamento di gara e chi è chiamato a concretamente applicarlo una regola generale posta a tutela della trasparenza della procedura, e dunque a garanzia del diritto delle parti ad una decisione adottata da un organo terzo ed imparziale mediante valutazioni il più possibile oggettive, e cioè non influenzate dalle scelte che l’hanno preceduta. Il che conferma l’assunto secondo cui il ruolo di R.U.P. con le funzioni di presidente o componente della Commissione è precluso allorchè sussista la concreta dimostrazione che i due ruoli siano incompatibili, per motivi di interferenza e di condizionamento tra gli stessi (Cons. Stato, III, 26 ottobre 2018, n. 6082).
Quanto al rapporto tra il presidente della Commissione ed i due membri, non può parlarsi certamente di una dipendenza giuridica, non essendo ravvisabile un rapporto di gerarchia all’interno degli uffici pubblici e comunque risultando le dott.sse Melini ed Ena titolari di un incarico di posizione organizzativa, caratterizzato da maggiore autonomia.
2.1. - Infondato è anche il sub-motivo sull’incompatibilità della dott.ssa Ena, chiamata a svolgere le funzioni di responsabile del procedimento per la fase esecutiva.
Ed infatti non è possibile riferire le ragioni di incompatibilità ad un incarico anteriore nel tempo alle preclusioni che deriveranno solamente dall’assunzione di un incarico posteriore; si intende dire che, anche a seguire un’interpretazione rigorosa dell’art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, potrebbe al più determinarsi la preclusione al conferimento dell’incarico di responsabile dell’esecuzione in capo a chi ha fatto parte della Commissione di gara, ma non certo la preclusione ad assumere le funzioni di commissario da parte di chi svolgerà solamente in una fase successiva le funzioni di responsabile dell’esecuzione (in termini Cons. Stato, V, 4 febbraio 2019, n. 819).
3. - Il secondo motivo di appello critica poi la sentenza di prime cure per la inadeguatezza/contraddittorietà del corredo motivazionale in ordine alla denunciata anomalia dell’offerta de OMISSIS, con specifico riguardo alla mancata previsione degli scatti biennali di anzianità lavorativa, alla riduzione dei costi relativi agli oneri aggiuntivi, previdenziali ed assistenziali, elementi, tutti, refluenti sui trattamenti salariali minimi per i lavoratori impiegati nell’esecuzione del servizio, come emerge dallo scostamento dell’offerta dai valori tabellari ministeriali (per un importo complessivo di euro 47.740,00).
Anche tale motivo è infondato.
Come condivisibilmente ritenuto dalla sentenza appellata, le giustificazioni rese dalla società OMISSIS possono ritenersi adeguate, in considerazione della durata inferiore al biennio del servizio ed anche del fatto che l’inquadramento del personale è stato condiviso dalle organizzazioni sindacali ed ha portato all’inquadramento del personale nel quinto livello del C.C.N.L. multiservizi.
Secondo la costante giurisprudenza, il giudizio finalizzato alla verifica dell’attendibilità e della serietà dell’offerta ha natura globale e sintetica, dovendo risultare da un’analisi di carattere tecnico delle singole componenti dell’offerta, al fine di valutare se l’anomalia delle diverse comporta l’inaffidabilità complessiva dell’offerta (Cons. Stato, VI, 3 dicembre 2018, n. 6838). Il giudizio sull’anomalia dell’offerta costituisce espressione di una valutazione tecnica riservata all’Amministrazione ed è dunque insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità od irragionevolezza, non ravvisabili nel caso concreto.
A conferma di quanto esposto, giova aggiungere che nelle gare pubbliche i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali costituiscono un semplice parametro di valutazione della congruità dell’offerta, con la conseguenza che l’eventuale scostamento delle voci di costo da quelle riassunte nelle tabelle ministeriali non legittima di per sé un giudizio di anomalia o di incongruità, occorrendo, perché possa dubitarsi della sua congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata (Cons. Stato, V, 26 novembre 2018, n. 6689).
4. - Le ragioni ora esposte inducono a disattendere anche il terzo motivo di appello, con il quale si deduce un ulteriore profilo di incongruità dell’offerta, ravvisato nella previsione, da parte dell’offerta aggiudicataria, di un significativo numero di ore supplementari, con costo inferiore alle ore ordinarie, ma caratterizzate da un certo indice di aleatorietà, essendo rimesse in parte alla scelta del lavoratore, incidente sull’erogazione dei servizi richiesti dall’Amministrazione.
Le ore supplementari attengono infatti alle migliorie proposte nell’offerta tecnica, così che l’eventuale loro incongruità non sarebbe idonea a privare di attendibilità complessiva l’offerta aggiudicataria.
In ogni caso, le migliorie (nel cui ambito sono incluse le ore aggiuntive) hanno una incidenza di soli cinque sui settanta previsti per l’offerta tecnica, sì da risultare ininfluenti anche nella prospettiva dell’eventuale riparametrazione dei punteggi.
5. - Alla stregua di quanto esposto, l’appello va respinto.
Sussistono tuttavia le ragioni previste dalla legge, in ragione della natura delle questioni trattate, per compensare tra le parti le spese di giudizio.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.
Compensa tra le parti le spese di giudizio.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:
Roberto Giovagnoli, Presidente FF
Valerio Perotti, Consigliere
Federico Di Matteo, Consigliere
Angela Rotondano, Consigliere
Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Pubblicato il 26/02/2019
N. 01335/2019REG.PROV.COLL.
N. 08807/2018 REG.RIC.

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

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8807 del 2018, proposto da
Air Liquide Sanità Service S.p.A., in persona dell’Amministratore Delegato e legale rappresentante pro tempore Dott. Brice Fontana, in proprio e nella qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese costituito con Impianti 2000 di Pezzotta e Maccalli S.n.c., rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dagli avvocati Filippo Brunetti ed Alfredo Vitale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso gli stessi in Roma, via XXIV Maggio n. 43;
contro
Azienda Usl Ferrara, in persona del Direttore generale legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Rosaria Russo Valentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza Grazioli 5;
nei confronti
Cer Medical S.r.l., in persona dell’Amministratore Delegato e legale rappresentante Sig. Alberto Eros Paleari, in proprio e nella sua qualità di capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento di imprese con SAPIO LIFE s.r.l. e Linde Medicale s.r.l., rappresentata e difesa, anche disgiuntamente tra loro, dagli avvocati Maria Rosaria Ambrosini, Emanuela Persichetti e Stefano Vinti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Vinti & Associati in Roma, via Emilia n. 88;
per la riforma
della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) n. 00735/2018, resa tra le parti, concernente l’impugnazione:
- del provvedimento del Responsabile del Servizio Comune Economato e Gestione Contratti n. 1661 del 20 dicembre 2017, comunicato con nota prot.PG0069056/2017 del 20 dicembre 2017, di esclusione dell'offerta presentata dal raggruppamento temporaneo di imprese Air Liquide Sanità Service S.p.A. –Impianti 2000 di Pezzotta e Maccalli S.n.c. dalla procedura aperta per la fornitura di gas medicinali, gas dispositivi medici, gas tecnici e relativi servizi nonché del servizio di manutenzione degli impianti per le Aziende Sanitarie dell'Area Vasta Emilia Centrale (CIG 66666559BC);
- dei verbali della commissione giudicatrice ed in particolare dei verbali del 16 ottobre 2017, 26 ottobre 2017, 9 novembre 2017 e 27 novembre 2017 (non conosciuti) e del verbale della Commissione del 19 dicembre 2017, nella parte in cui ha escluso l'offerta del RTI Air Liquide Sanità Service S.p.A. e Impianti 2000 S.n.c. e proposto l'aggiudicazione della gara al RTI Cer Medical S.r.l. – Sapio Life S.r.l. – Linde Medicale S.r.l.;
- ove occorra, della “nota con le osservazioni dei colleghi dott.ssa Gloria Pigozzi farmacista responsabile Modulo dipartimentale dispositivi medici e dell'ing. Pirini responsabile Servizio Comune Ingegneria Clinica conservata in atti” citata nel verbale del 19.12.2017 e non conosciuta;
- ove occorra, del bando di gara per la “fornitura di gas medicinali, gas dispositivi medici, gas tecnici e relativi servizi (trasporto, consegna e messa a disposizione contenitori e accessori, controlli di qualità) nonché del servizio di manutenzione degli impianti per le Aziende Sanitarie dell'Area Vasta Emilia Centrale in unione d'acquisto” pubblicato su GURI del 22.4.2016 – 5a serie speciale n. 46, nonché dei relativi atti di gara pubblicati sul sito aziendale USL di Ferrara ed, in particolare, del capitolato speciale, dell'Allegato 1) e della scheda offerta OE) se da interpretare ed applicare nel senso escludente fatto proprio dalla Commissione;
- ove occorra, dell'avviso di rettifica pubblicato su GURI del 24.6.2016 – 5a serie speciale n. 72, del provvedimento del Responsabile del Servizio Comune Economato e Gestione Contratti n. 602 del 27 giugno 2016, nonché del disciplinare e capitolato speciale e relativi allegati (ivi inclusi l'Allegato 1) e la scheda offerta OE)) come modificati, se da interpretare ed applicare nel senso escludente fatto proprio dalla Commissione;
- di ogni altro atto o provvedimento preordinato, conseguente e/o comunque connesso ai predetti provvedimenti, anche ove, eventualmente, allo stato non conosciuti;
nonché per l'annullamento e/o declaratoria di inefficacia, - del contratto, eventualmente sottoscritto dalla AUSL Ferrara e dal soggetto aggiudicatario nelle more della definizione del giudizio, ex art. 122 c.p.a., oltre che per l'eventuale violazione del termine dilatorio di cui all'art. 32, co. 9, d.lgs. n. 50/2016,
e per la condanna
- dell'Amministrazione resistente al risarcimento del danno ingiusto subito dalla ricorrente per effetto degli impugnati provvedimenti, da risarcirsi, in via principale, in forma specifica mediante subentro nel contratto eventualmente medio tempore stipulato, ovvero, solo in subordine, per equivalente mediante il pagamento di una cifra a ristoro dei danni subiti e subendi da quantificarsi in corso di causa anche in via equitativa, unitamente ad interessi e rivalutazione monetaria.
Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio della Azienda Usl Ferrara e della Cer Medical S.r.l.;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 gennaio 2019 il Cons. Francesco Guarracino e uditi per le parti gli avvocati Filippo Brunetti, Maria Rosaria Russo Valentini e Dario Capotorto su delega di Stefano Vinti;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Con ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale per l’Emilia Romagna, sede di Bologna, la Air Liquide Sanità Service S.p.A. (d’ora innanzi “Air Liquide”) ha impugnato, in proprio e in qualità di capogruppo del RTI con la società Impianti 2000 s.n.c., il provvedimento con cui il suo raggruppamento è stato escluso dalla procedura di gara per la “Fornitura di gas medicinali, gas dispositivi medici, gas tecnici e relativi servizi (trasporto, consegna e messa a disposizione contenitori e accessori, controlli di qualità) nonché servizio di manutenzione degli impianti per le Aziende Sanitarie dell' Area Vasta Emilia Centrale (Azienda USL di Bologna, Azienda Ospedaliera di Bologna, Azienda Ospedaliera di Ferrara, Azienda USL di Ferrara, Azienda USL di Imola, IOR - Istituti Ortopedici Rizzoli, MRI- Montecatone Rehabiliation Institute)” bandita dalla Azienda USL di Ferrara (CIG 66666559BC).
Con sentenza n. 735 del 5 ottobre 2018 il T.A.R. ha dichiarato irricevibile il ricorso, poiché spedito per la notifica in data 19 gennaio 2018, cioè il trentunesimo giorno dopo che, nel corso della seduta di gara del 19 dicembre 2017, il provvedimento di esclusione sarebbe stato reso noto alla ricorrente mediante la lettura della decisione, assunta dalla commissione di gara, alla presenza di un rappresentante dell’impresa stessa, appositamente munito di deleghe e all’esito di una precedente fase di verifica in contraddittorio dei profili di inammissibilità dell’offerta. In motivazione, la sentenza contiene l’esposizione, ad ogni buon conto*,* delle ragioni per cui l’impugnazione sarebbe stata, comunque, da respingere nel merito.
Air Liquide appella la sentenza del T.A.R. contestando, con un primo motivo, la statuizione di tardività del ricorso in primo grado e riproponendo, con i successivi motivi da 2 a 6, le censure mosse in origine contro le ragioni della sua esclusione dalla gara. Con un ultimo motivo di appello si duole della condanna alle spese ad essa inflitta in primo grado per una somma complessiva di € 16.000,00 oltre accessori, che deduce essere ingiustificatamente ed irragionevolmente alta in relazione all’andamento della controversia ed al valore della stessa.
Si sono costituiti in giudizio l’Azienda USL di Ferrara e la Cer Medical S.r.l. per resistere all’appello.
Le parti hanno prodotto memorie a sostegno delle rispettive ragioni.
All’udienza pubblica del 31 gennaio 2019 la causa è stata trattenuta in decisione e su richiesta dell’appellante è stato pubblicato il dispositivo di sentenza, n. 780 del 1° febbraio 2019.

**DIRITTO**

1. - Il primo motivo di appello, con il quale l’appellante denuncia l’erroneità della statuizione d’irricevibilità del ricorso di primo grado resa dal T.A.R., risulta fondato con riferimento assorbente al profilo con cui Air Liquide lamenta che il Giudice di primo grado non ha tenuto conto che il formale provvedimento di esclusione è stato adottato (e comunicato) dalla stazione appaltante in data 20 dicembre 2017, con determinazione dirigenziale n. 1661, recependo la proposta all’uopo formulata dal RUP.
E’ vero che nella seduta pubblica di gara del 19 dicembre 2017 è stata data lettura ai presenti (tra cui il dott. Corradi, munito di mandato sottoscritto dal legale rappresentante di Air Liquide proprio per “presenziare e verbalizzare alle operazioni di gara relative a quanto in oggetto che si terranno il giorno 19 dicembre 2017”) delle conclusioni alle quali era pervenuta la commissione giudicatrice nella seduta riservata di pari data, nel cui verbale si legge, in chiusura, che «*visto l'art. 8 del disciplinare di gara e per i motivi sopra esposti, la Commissione collegialmente conclude la verifica della conformità dell'offerta economica alle prescrizioni di gara con esclusione delle offerte dei concorrenti Rivoira spa e ATI Air Liquide-Impianti 2000 in quanto non conformi alle prescrizioni del capitolato speciale e relativi allegati e propone l'aggiudicazione della gara all’ATI Cer Medical - SapioLife e Linde Medicale, confermando e mantenendo il punteggio prezzo già attribuito nella seduta del 9.10.2017. La Commissione comunicherà le proprie decisioni ai Concorrenti in seduta pubblica*».
Tuttavia, l’operato della commissione deve essere correttamente inquadrato nella cornice del richiamato art. 8 del disciplinare di gara, il quale, nel dettare i criteri di valutazione delle offerte ai quali la commissione si doveva attenere, stabilisce anche che «*non verranno valutate le offerte relative a prodotti non conformi alle prescrizioni del capitolato*», e del suo successivo art. 9, che definisce le funzioni della commissione in seno alla procedura di gara attribuendole semplicemente l’esame della documentazione tecnica e l’attribuzione dei punteggi tecnici.
Pertanto, l’espressione riportata nel verbale di gara, non scevra da profili di ambiguità, con la quale si riporta che la commissione «*conclude la verifica della conformità dell'offerta economica alle prescrizioni di gara con esclusione delle offerte dei concorrenti Rivoira spa e ATI Air Liquide-Impianti 2000 in quanto non conformi alle prescrizioni*» deve essere interpretata come la formulazione di un giudizio conclusivo di esclusione della conformità dell’offerta rispetto alle prescrizioni del capitolato, con conseguente non valutabilità della stessa ai sensi dell’art. 8 cit.
Riportato l’accaduto nei corretti termini dell’espressione di un mero giudizio conclusivo di non rispondenza dell’offerta alle prescrizioni del capitolato (nei termini di cui appresso si dirà), meglio si comprende anche il fatto che, il giorno seguente, su proposta del responsabile di struttura che rivestiva le funzioni di responsabile unico del procedimento, sia stata adottata un’apposita determinazione dirigenziale (n.1661 del 20 dicembre 2017) per disporre l’esclusione dell’ATI Air Liquide Sanità Service s.p.a. - Impianti 2000 s.n.c. (oltre che di altra concorrente: Rivoira Pharma s.r.l.) «*per le motivazioni di cui al verbale della Commissione Tecnica del 19.12.2017 in premessa richiamato e allegato al presente atto per farne parte integrante e sostanziale*».
Il provvedimento, espressamente destinato alla pubblicazione sul profilo del committente dell’Azienda USL di Ferrara ai sensi dell’art. 29 del D.lgs. 50/2016, oltre che sull’albo pretorio online della stessa Azienda, è stato altrettanto espressamente comunicato all’Air Liquide ai sensi dell’art. 76, comma 5, del D.lgs. 50/2016, che prescrive l’immediata comunicazione di ufficio dell'esclusione agli offerenti esclusi.
La semplice motivazione *per relationem* al verbale della commissione non basta a conferire a quest’ultimo valore provvedimentale e a declassare la determinazione dirigenziale di esclusione a sua mera conferma.
Ne consegue l’accoglimento del motivo di appello e la conseguente riforma della pronuncia di irricevibilità del ricorso di primo grado.
2. – Riformata la sentenza impugnata a motivo dell’erronea definizione in rito del processo per intempestività dell’azione occorre decidere la causa nel merito.
3. - Le ragioni dell’esclusione dalla gara dell’ATI Air Liquide Sanità Service - Impianti 2000 riposano sul fatto che l’ATI avrebbe offerto la fornitura di un gas non conforme alle prescrizioni del capitolato e, segnatamente, di argon tecnico, anziché dell’argon con destinazione d’uso in campo medico (dispositivo medico) richiesto dalla *lex specialis* per essere adoperato con l’elettrobisturi.
Difatti, nel verbale della seduta riservata del 19 dicembre 2018 (richiamato nel provvedimento di esclusione) la commissione tecnica – sulla premessa che l'elettrobisturi ad argon è un dispositivo medico dotato di un sistema incorporato per la fornitura di gas (argon), utilizzato per realizzare la tecnica chirurgica denominata Argon Plasma Coagulation, e che «*l’Argon, gas inerte, ove utilizzato in campo medico secondo questa modalità chirurgica congiuntamente ad un generatore a radiofrequenza (elettrobisturi), ai fini di una corretta gestione del rischio e di una garanzia di requisiti di sicurezza per il paziente* […] *deve essere anch'esso un dispositivo medico con classe di rischio IIa o II b, secondo quanto previsto dall'attuale quadro regolatorio* […]» - ha osservato che «*l’allegato 1) al capitolato speciale e il facsimile di offerta economica allegato OE) prevedevano la fornitura di: ARGON dispositivo medico in bombole da It.14 e It.5 - destinazione d'uso: per elettrobisturi e quindi era chiaramente specificata la destinazione d'uso in campo medico e la necessità che il gas Argon fosse necessariamente un dispositivo medico*» e che, invece, «*l'ATI Air Liquide- Impianti 2000 ha proposto in offerta ARGON tecnico quindi non DM*».
Allo stesso tempo la commissione ha ritenuto «*non accettabile la proposta dell'ATI Air Liquide- Impianti 2000 di fornire l'Argon DM registrato in Francia ma privo di registrazione al repertorio italiano, in quanto modificherebbe i contenuti dell'offerta presentata in sede di gara e già esaminata*».
4. - Le motivazioni dell’esclusione sono contestate da Air Liquide con i motivi di appello da 2 a 6, con cui ripropone le censure proposte col ricorso introduttivo e non esaminate se non incidentalmente dal T.A.R., sostenendo, in sintesi, che (la numerazione è quella del ricorso di primo grado):
(i) il capitolato tecnico e la disciplina di gara non richiedevano in modo tassativo ed inequivoco, tantomeno a pena di esclusione, quale condizione di partecipazione o requisito minimo dell’offerta tecnica la fornitura di gas argon classificato e registrato come “dispositivo medico”, peraltro con specifica destinazione d’uso; solo il *facsimile* di offerta economica predisposto dalla stazione appaltante richiedeva espressamente ai concorrenti di dichiarare se l’argon fosse o meno un “dispositivo medico”, senza, tuttavia, indicare in alcun modo che non sarebbe stata ammissibile l’offerta di argon “tecnico”, così ingenerando il legittimo affidamento sulla possibilità di fornire anche argon non classificato come dispositivo medico; il provvedimento di esclusione non si basa sul contenuto letterale della disciplina di gara e su un’interpretazione conforme al principio di massima concorrenzialità, bensì su una valutazione della Commissione erronea e viziata da errore di fatto, essendo, peraltro, erronea ed immotivata la sua affermazione per cui l’argon offerto dalla ricorrente, in quanto “tecnico”, sarebbe inidoneo all’uso al quale la stazione appaltante avrebbe inteso destinarlo; l’avversata interpretazione escludente della disciplina di gara si pone in contrasto anche con il principio di proporzionalità di matrice europea, vertendosi di una voce di offerta del valore di € 1600,00 su una base d’asta di € 16.400.000,00;
(ii) per l’utilizzo dell’elettrobisturi, che è dispositivo medico autonomo, non è tecnicamente richiesto che il gas argon utilizzato per il suo funzionamento sia esso stesso classificato e registrato come dispositivo medico, dato che l’azione di cauterizzazione o di taglio è generata dalla corrente elettrica e non dall’argon (tanto è vero che l’utilizzo come gas di processo per il funzionamento dell’elettrobisturi APC di gas argon non registrato come dispositivo medico è diffuso presso oltre quaranta soggetti pubblici operanti nel settore sanitario), e l’interpretazione “escludente” della disciplina di gara fatta propria dalla Commissione sul presupposto che detta disciplina sarebbe stata al riguardo chiara ed univoca è smentita dal silenzio assoluto serbato dalla *lex specialis* sul punto, nonché dal fatto che in sede istruttoria era stato ritenuto necessario acquisire una nota di osservazioni di altri funzionari dell’Azienda USL per dirimere la problematica interpretativa; pertanto, a fronte di una disciplina di gara per nulla chiara ed univoca, la Commissione si è prodotta in una sua lettura illegittimamente eterointegrativa della disciplina di gara;
(iii) l’ATI Air Liquide ha offerto argon non registrato come dispositivo medico, ma dotato di tutte le caratteristiche necessarie per l’utilizzo previsto, versando nel legittimo affidamento che ciò fosse consentito dalla disciplina di gara per le ragioni innanzi esposte; allorché, nel rispondere alla richiesta di chiarimenti formulata dal RUP, si è resa disponibile a fornire argon classificato come dispositivo medico con specifica destinazione d’uso per l’elettrobisturi (atteso che il gruppo Air Liquide ha effettuato tale registrazione in Francia), non ha inteso modificare l’offerta originaria, quanto piuttosto operare un’integrazione postuma dell’offerta che è stata resa necessaria da previsioni della disciplina di gara del tutto fuorvianti, le quali hanno indotto vari concorrenti (salvo la sola ATI RTI Cer Medical, attuale prestatore del servizio) a ritenere che non costituisse condizione di partecipazione l’offerta di gas argon registrato come dispositivo medico specificamente destinato all’uso nella tecnica chirurgica APC; sotto altro profilo, gli atti impugnati sono altresì viziati perché la Commissione, in applicazione della disciplina di gara, che prevede l’inserimento di dati tecnici nell’offerta economica, ha illegittimamente invertito la sequenza procedimentale tra valutazione dell’offerta tecnica ed economica e valutazione delle ammissioni e qualificazioni, sicché l’ATI Air Liquide è stata esclusa per ragioni tecniche dopo aver conseguito il miglior punteggio tecnico e, all’esito dell’apertura delle offerte economiche, aver conseguito il primo posto in graduatoria;
(iv) in via subordinata, i provvedimenti della Commissione e, se del caso, la disciplina di gara in parte qua, sono illegittimi ove la loro interpretazione ed applicazione conducesse alla conclusione che nel caso di specie avrebbero potuto presentare offerta solo i concorrenti che hanno concluso un accordo commerciale con Sol S.p.A., in quanto unico fabbricante in Italia di Argon registrato come dispositivo medico specificamente dedicato alla tecnica chirurgica APC; qualora avesse voluto acquistare esclusivamente Argon dispositivo medico specifico per APC, di cui l’unico fabbricante in Italia è Sol s.p.a., la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere ad acquisire tale gas in lotto autonomo, ex art. 51 D.lgs. 50/2016, e ciò depone ulteriormente a favore di un’interpretazione non restrittiva della *lex specialis*, diversamente da quanto fatto dalla Commissione;
(v) in via subordinata, il provvedimento di esclusione impugnato si rivela viziato, in via derivata, per illegittimità della disciplina di gara ove letta nel senso fatto proprio dalla Commissione, nella parte in cui non ha suddiviso in lotti funzionali la fornitura di gas ed, in particolare, non ha distinto in autonomo lotto l’approvvigionamento del gas “Argon – Dispositivo Medico” con destinazione d’uso “per elettrobisturi”: tale circostanza avrebbe consentito, in violazione del principio di concorrenza, di partecipare alla gara esclusivamente all’unico concorrente che afferma di avere conseguito, prima della gara, il diritto a ricevere la sub-fornitura dell’Argon dispositivo medico da parte di Sol s.p.a., che, come detto, è l’unico soggetto in Italia che ha la disponibilità del gas “Argon Dispositivo Medico” con destinazione d’uso “per elettrobisturi”; infine, la Commissione avrebbe dovuto escludere anche il RTI CER - mandando deserta la gara - per non avere lo stesso comprovato documentalmente l’effettiva disponibilità dell’argon dispositivo medico prodotto da Sol spa, per non avere comprovato l’assenza in capo al subfornitore/subappaltatore Sol l’assenza dei motivi di esclusione ex art. 80 del D.lgs 50/2016 e/o per non avere dichiarato in offerta il sub-appalto della fornitura dell’argon dispositivo medico in violazione dell’art. 105, comma 4, lett. c) e d), del D.lgs 50/2016 (il quale, peraltro, precludeva il subappalto della fornitura dell’argon in questione, avendo Sol s.p.a. partecipato alla medesima procedura di gara, ancorché venendone esclusa per altre ragioni).
5. – I primi due motivi sopra riassunti, che per la loro stretta connessione possono essere congiuntamente esaminati, sono infondati.
Non risponde al vero che il provvedimento di esclusione dell’ATI Air Liquide s.p.a. – Impianti 2000 s.n.c. abbia fatto seguito ad una lettura illegittimamente eterointegrativa della disciplina di gara, che in nessuna parte avrebbe richiesto ai concorrenti la fornitura di gas argon classificato e registrato come dispositivo medico per uso elettrobisturi, tanto meno a pena di esclusione.
Nell’articolo 1 del capitolato speciale l’oggetto dell’affidamento è chiaramente identificato nella fornitura di tre tipologie distinte di gas e, precisamente, «*di gas medicinali, gas dispositivi medici, gas tecnici*».
Il successivo articolo 4, in apertura della “SEZIONE 1 - GAS MEDICINALI E TECNICI” del medesimo capitolato, dopo aver specificato nel primo comma che «*L’appaltatore dovrà fornire alle Aziende in unione d’acquisto i gas nelle quantità necessarie ed indispensabili per garantire in continuità le attività di competenza*», rimanda, nel secondo comma, all’*Allegato 1-Fabbisogni* l’indicazione delle tipologie e dei quantitativi dei gas occorrenti annualmente ad ogni singola Azienda.
In tal modo viene ad essere definito l’oggetto della commessa che, per quanto interessa, contempla in modo specifico ed esclusivo la fornitura, per uso elettrobisturi, di gas (argon classificato come) dispositivo medico.
L’allegato, infatti, per la destinazione d’uso elettrobisturi richiede la fornitura di “argon dispositivo medico in bombole”, raggruppando sotto tale voce il fabbisogno di gas per elettrobisturi, indicato ai punti 47 e 48 della tabella ed in entrambi i casi relativo ad “Argon DM” (dove, per le definizioni fornite dall’art. 3 del capitolato speciale, l’acronimo DM indica un dispositivo medico ai sensi del D.lgs. n. 46/97 e s.m.i.).
Di converso, per la diversa destinazione d’uso “laboratorio” il medesimo allegato richiede la fornitura di argon di tipo tecnico e non DM (cfr. punti 50 e 51 della tabella, raggruppati sotto la voce “gas di laboratorio e tecnici in bombole”).
A sua volta, l’art. 8 del disciplinare di gara esclude dalla valutazione le offerte relative a prodotti non conformi alle prescrizioni del capitolato.
Come rilevato correttamente, ancorché solo incidentalmente, dal T.A.R., nessun dubbio può sussistere allora circa le caratteristiche che, ai fini di gara, doveva avere l’argon offerto per essere utilizzato con l’elettrobisturi e la sua essenzialità nell’ambito della procedura, così come sul fatto che la presenza nel*facsimile* di offerta economica di una colonna nella quale l’offerente avrebbe dovuto chiarire se ogni prodotto offerto fosse o meno un dispositivo medico (la colonna intestata con “DM sì/no”) avrebbe dovuto, piuttosto, indurre i concorrenti a prestare una particolare attenzione alla conformità di ciascun prodotto offerto alla specifica caratteristica richiesta dalla legge di gara.
Deve aggiungersi che l’appellante, pur sostenendo che tecnicamente non è richiesto che il gas argon utilizzato per il funzionamento dell’elettrobisturi sia anch’esso classificato e registrato come dispositivo medico, non ha concretamente contrastato, in alcun modo, le ragioni che, secondo quanto osservato dalla Commissione, sono alla base della scelta operata dal capitolato, vale a dire che una corretta gestione del rischio e la garanzia di requisiti di sicurezza per il paziente richiedono che anche l’argon adoperato per quell’uso sia un dispositivo medico con classe di rischio IIa o II b, non potendo a ciò bastare il dato statistico che in altre strutture sanitarie sia comunque adoperato gas argon “tecnico”.
6. – Parimenti infondato è il terzo motivo di censura (quarto secondo la numerazione dell’appello).
La tesi secondo cui, rendendosi disponibile in sede di chiarimenti a fornire argon classificato come dispositivo medico con specifica destinazione d’uso per elettrobisturi, l’ATI Air Liquide non avrebbe inteso modificare l’offerta originaria, bensì procedere alla sua integrazione postuma, costituisce un mero espediente verbale che non muta la sostanza dell’operazione proposta, che si sarebbe risolta nella non consentita sostituzione di un elemento essenziale dell’offerta originaria, in violazione del principio di immodificabilità posto a garanzia della *par condicio* tra i concorrenti.
Per il resto, il principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica è erroneamente invocato dalla società appellante.
La giurisprudenza di questo Consiglio ha ripetutamente chiarito che, nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le offerte economiche devono restare segrete per tutta la fase procedimentale in cui la commissione compie le sue valutazioni sugli aspetti tecnici delle offerte in quanto occorre evitare che gli elementi di valutazione di carattere automatico possano influenzare la valutazione degli elementi discrezionali (cfr. C.d.S., sez. VI, 17 febbraio 2017, n. 731; sez. III, 11 marzo 2011, n. 1582; sez. VI, 12 dicembre 2002, n. 6795), più volte precisando che la peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica impone che la tutela si estenda a coprire, non solo l’effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio al medesimo, perché anche la sola possibilità di conoscenza dell'entità dell'offerta economica, prima di quella tecnica, è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità dell'operato dell'organo valutativo (cfr. ex multis, C.d.S., sez. V, 20 luglio 2016, n. 3287).
Nel caso di specie, tuttavia, la questione della conformità del gas argon è sorta soltanto dopo l’assegnazione dei punteggi per l’offerta tecnica e quella economica, che aveva visto l’ATI Air Liquide collocarsi in testa alla graduatoria, e, alla luce di tutto quanto si è detto in precedenza, la commissione giudicatrice non disponeva di alcun margine di discrezionalità nella verifica della rispondenza dell’offerta di gas argon per elettrobisturi rispetto a quanto chiesto dal capitolato, al fine di stabilire se essa fosse ammissibile o meno.
Ne resta esclusa la stessa possibilità che la conoscenza dei punteggi finali compromettesse, nel caso concreto, l’imparzialità del seggio di gara.
7. – Sono da respingere anche le restanti censure, proposte in via subordinata col quarto ed il quinto motivo della numerazione originaria, i quali, parimenti, si prestano ad essere esaminati insieme.
Non vi è ragione, infatti, perché alla gara potessero partecipare soltanto imprese che avessero concluso un accordo commerciale con Sol S.p.A., potendovi concorrere fabbricanti esteri ed imprese approvvigionatesi di argon DM, richiesto in quantitativi che la stessa appellante rimarca essere molto limitati, anche da fornitori stranieri: tanto è vero che, seppur tardivamente, Air Liquide non ha incontrato difficoltà ad offrire la fornitura del gas richiesto.
Essendo fallace il loro presupposto, cadono tutte le censure incentrate sulla pretesa necessità di subfornitura dall’unico fabbricante in Italia di gas Argon registrato come dispositivo medico dedicato alla tecnica chirurgica APC.
Infine, nessuna disposizione della disciplina di gara imponeva ai concorrenti di fornire una preventiva prova documentale dell’effettiva disponibilità dell’argon dispositivo medico, restando perciò smentita anche la tesi per cui la Commissione avrebbe dovuto escludere, per questa ragione, l’ATI Cer Medical, mandando deserta la gara.
8. – L’ultimo motivo di appello, con il quale è censurata la misura della condanna alle spese inflitta in primo grado, resta assorbito dalla statuizione, nella presente decisione, sulle spese del doppio grado di giudizio.
9. – L’appellante ha riproposto anche la domanda risarcitoria formulata in primo grado.
La stessa va respinta per l’insussistenza del presupposto dell’ingiustizia del danno, avendo il provvedimento di esclusione resistito alle censure innanzi esaminate.
10. - In conclusione, l’appello è fondato nella parte volta a contestare la pronuncia di irricevibilità del ricorso, ma infondato nella parte volta a riproporre le censure non esaminate dal Giudice di primo grado.
11. - Ne deriva, in riforma della sentenza appellata, il rigetto nel merito del ricorso introduttivo.
12. Le spese del doppio grado di giudizio, considerato lo sviluppo della controversia, possono essere integralmente compensate tra le parti.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie limitatamente alla dichiarazione d’irricevibilità pronunciata in primo grado e per l’effetto, in riforma della decisione impugnata, respinge il ricorso proposto in primo grado.
Compensa le spese 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 31 gennaio 2019 con l'intervento dei magistrati:
Marco Lipari, Presidente
Pierfrancesco Ungari, Consigliere
Giovanni Pescatore, Consigliere
Raffaello Sestini, Consigliere
Francesco Guarracino, Consigliere, Estensore

Pubblicato il 22/02/2019
N. 02405/2019 REG.PROV.COLL.
N. 10116/2018 REG.RIC.

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

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 10116 del 2018, proposto da
Banco BPM s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Pera, Silvio Rizzini Bisinelli, Carlo Spampinato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
contro
Cassa Nazionale di Previdenza ed Assistenza Forense, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Bagnoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
nei confronti
Banca Popolare di Sondrio s.c.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giancarlo Tanzarella, Carlo Maria Tanzarella, Maria Alessandra Sandulli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell’avv.to Maria Alessandra Sandulli in Roma, corso Vittorio Emanuele II n. 349;
per l'annullamento
a) della deliberazione del consiglio di amministrazione della Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense n. 543 del 05/07/2018 con la quale è stata aggiudicata la gara europea per l’affidamento del servizio di tesoreria – CIG 74216825BB in favore della Banca Popolare di Sondrio s.c.p.a.;
b) di tutti gli atti connessi, precedenti e conseguenti, ivi compresi, per quanto possa occorrere:
- il disciplinare di gara;
- i verbali della Commissione per l’esame delle offerte tecniche ed economiche del 26/06/2018 e del 28/06/2018;
- la nota prot. 114263 del 05/07/2018 con la quale la Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense ha comunicato l’aggiudicazione della suddetta gara,
- ove stipulato nelle more, il contratto tra la stazione appaltante e l’aggiudicataria;
Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio della Banca Popolare di Sondrio s.c.p.a. e della Cassa Nazionale di Previdenza ed Assistenza Forense;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 gennaio 2019 il dott. Paolo Marotta e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

La società ricorrente ha partecipato ad una gara indetta dalla Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense per l’affidamento del servizio di tesoreria, a far data dal 01/01/2019 e per i successivi 60 mesi, con un valore stimato di Euro 7.500.000,00, oltre IVA, classificandosi in esito alle operazioni di gara al secondo posto con punteggio di 67,777 punti, di cui 16 punti per l’offerta tecnica e 51,777 per l’offerta economica; la prima graduata, Banca Popolare di Sondrio s.c.p.a., ha invece conseguito un punteggio complessivo di 75,108 punti, di cui 30 punti per l’offerta tecnica e 45,108 punti per l’offerta economica.
Con il ricorso in esame la parte ricorrente ha impugnato gli atti indicati in epigrafe, contestandone la legittimità con tre articolati motivi. Ha chiesto quindi l’annullamento degli atti impugnati e la declaratoria della inefficacia del contratto (eventualmente) stipulato con l’aggiudicataria nonché la condanna della stazione appaltante alle sanzioni alternative di cui all’art. 123 c.p.a.
In via subordinata, la ricorrente ha chiesto la condanna della Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense al risarcimento per equivalente dei danni subiti dalla ricorrente, quantificabili nell’utile che sarebbe derivato alla ricorrente dalla esecuzione del contratto, oltre accessori.
Si è costituita in giudizio la Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense, contestando la fondatezza delle dedotte censure e chiedendo conseguentemente la reiezione della proposta impugnativa.
Con ordinanza n. 6132/2018 è stata accolta l’istanza cautelare presentata in via incidentale dalla parte ricorrente.
Si è costituita in giudizio la controinteressata, Banca Popolare di Sondrio s.c.p.a., eccependo in via preliminare l’inammissibilità del ricorso per omessa impugnazione del sopravvenuto provvedimento di rigetto dell’istanza di annullamento in autotutela avanzata da BPM s.p.a.; nel merito, ha contestato la fondatezza del gravame e ha chiesto conseguentemente il rigetto delle domande azionate.
Con memorie depositate nel corso del giudizio, le parti costituite hanno avuto modo di rappresentare compiutamente le rispettive tesi difensive.
All’udienza pubblica del 15 gennaio 2019, su richiesta delle parti, come da verbale, il ricorso è stato trattenuto in decisione.
Preliminarmente, il Collegio è chiamato ad esaminare l’eccezione, sollevata dalla controinteressata, di inammissibilità (rectius, improcedibilità) del ricorso per omessa impugnazione del sopravvenuto provvedimento di rigetto dell’istanza di annullamento in autotutela avanzata da BPM s.p.a.
Sostiene la controinteressata che il ricorso sarebbe inammissibile, non avendo la ricorrente impugnato la comunicazione dirigenziale 17 settembre 2018, prot. n. 153195, trasmessa a mezzo PEC, con la quale la stazione appaltante ha comunicato la reiezione dell’istanza di annullamento in autotutela degli atti impugnati, formulata da Banco BPM s.p.a. in data 9 agosto 2018.
L’eccezione non è meritevole di favorevole apprezzamento.
Nella seduta del 13 settembre 2018, il Consiglio di Amministrazione della Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense ha respinto la domanda di annullamento in autotutela, formulata dalla società ricorrente, contestando la fondatezza delle censure formulate dalla parte ricorrente nel ricorso e confermando la legittimità degli atti di gara impugnati. La relativa deliberazione, essendo meramente confermativa della legittimità degli atti di gara, è priva di carattere innovativo e di autonoma rilevanza lesiva per la posizione sostanziale della ricorrente, con la conseguenza che quest’ultima non aveva l’onere di impugnarla.
Con il primo motivo, la ricorrente deduce: violazione dell’art. 95 del Codice dei Contratti Pubblici; omessa determinazione del metodo di valutazione delle offerte; illegittima determinazione del metodo di valutazione delle offerte da parte della commissione giudicatrice; violazione del principio della par condicio dei concorrenti.
La ricorrente censura la genericità e la inintelligibilità dei criteri di aggiudicazione previsti dalla lex specialis di gara, con particolare riferimento ai due criteri discrezionali di valutazione dell’offerta tecnica (Progetto e Collegamento Telematico), la mancata definizione dei criteri motivazionali di valutazione degli stessi, la conseguente carenza delle valutazioni in concreto formulate, sotto l’aspetto motivazionale dell’attribuzione dei punteggi, da parte della commissione giudicatrice, nonché la violazione del principio di par condicio tra gli operatori economici partecipanti alla gara.
La ricorrente evidenzia inoltre che la gravità dei vizi denunciati è ulteriormente accentuata dal fatto che da tali due criteri discrezionali (Progetto e Collegamento Telematico) dipendeva l’attribuzione di 23 dei 30 punti disponibili per la valutazione dell’offerta tecnica.
A ciò la ricorrente aggiunge l’ulteriore considerazione secondo la quale la genericità dei predetti criteri ha rappresentato un vantaggio per l’aggiudicataria, Banca Popolare di Sondrio s.c.p.a., che, essendo l’attuale esercente il servizio di tesoreria della Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense ed essendo in possesso di maggiori informazioni in ordine alle modalità di svolgimento del servizio, ha avuto la possibilità di formulare un’offerta tecnica dettagliata.
Con il secondo motivo di gravame, la ricorrente deduce: violazione degli artt. 15 e 17 del disciplinare di gara; violazione dell’art. 95 del Codice dei Contratti Pubblici; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento, illogicità manifesta, ingiustizia manifesta.
Anzitutto, la parte ricorrente lamenta la mancata applicazione della riparametrazione prevista dall’art.17.2 del disciplinare di gara, in quanto i giudizi espressi dalla commissione sono riferiti all’effettiva valutazione delle offerte, senza alcuna attribuzione ex post del punteggio massimo al concorrente che ha ottenuto il punteggio più alto e l’attribuzione di un punteggio proporzionale decrescente all’offerta dell’altro concorrente.
Oltre a ciò, lamenta che:
a) con riferimento al criterio discrezionale “Progetto”, la commissione giudicatrice ha motivato il proprio giudizio “insufficiente” dell’offerta di Banco BPM in quanto quest’ultima si sarebbe limitata ad una sommaria descrizione dell’ordinativo informatico (OIL), rinviando ad un manuale operativo non allegato, in violazione dell’art. 15 del disciplinare di gara dove era espressamente previsto che “la Commissione di Cassa Forense potrà richiedere alle banche concorrenti chiarimenti in merito (ma non modifiche) per completare la sua valutazione”;
b) la commissione giudicatrice ha posto a base della valutazione delle offerte tecniche delle concorrenti un elemento totalmente estraneo all’oggetto della gara, ossia l’espletamento dei servizi di banca depositaria, in violazione dell’art. 95, comma 6 del Codice dei Contratti Pubblici a norma del quale “i documenti di gara stabiliscono i criteri per l’aggiudicazione dell’offerta, pertinenti alla natura, all’oggetto e alle caratteristiche del contratto”;
c) sarebbe illogica la valutazione di “ottimo” attribuito alla offerta della controinteressata, sia con riguardo al criterio “Progetto” che con riguardo al criterio “Collegamento telematico”, a fronte del giudizio di “insufficiente” attribuito alla offerta della ricorrente, tenendo conto del fatto che manca completamente nella offerta tecnica della aggiudicataria la indicazione delle modalità di scambio dei dati attraverso il collegamento telematico.
Preliminarmente, deve essere respinta l’eccezione di inammissibilità delle censure per omessa tempestiva impugnazione degli atti di gara e segnatamente del disciplinare.
Secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato l’onere di impugnazione tempestiva del bando è riconducibile alla presenza di clausole escludenti o all'impossibilità assoluta ed oggettiva di formulare un'offerta. Qualora si versi in una fattispecie in cui è contestata l’eccessiva genericità ed indeterminatezza dei criteri di valutazione, ovvero di clausole dotate solo di astratta e potenziale lesività, che sono idonee a produrre un'effettiva ed attuale lesione solo all'esito della procedura selettiva, con la conseguenza che l'interesse a contestarle, e la decorrenza del relativo termine di decadenza, sorge solo dal momento dell'aggiudicazione dell'appalto a terzi (T.a.r. Veneto, Venezia, sez. II, 2 gennaio 2019 n. 11).
Nel merito, le censure sono fondate nei termini di seguito indicati; esse vengono trattate congiuntamente, attenendo a profili connessi.
Occorre premettere che l’art. 95, comma 6, secondo periodo del d.lgs. n. 50/2016 dispone: “In particolare, l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto”.
Nel caso di specie, il disciplinare di gara stabiliva che il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa sarebbe stato applicato tramite l’attribuzione, a ciascun operatore economico ammesso alla gara, di due distinti punteggi da assegnare alle rispettive offerte tecniche (fino a 30 punti) ed economiche (fino a 70 punti) per un massimo complessivo di 100 punti.
In particolare, il punto 17 del disciplinare di gara prevedeva che la valutazione della offerta tecnica sarebbe avvenuta secondo i seguenti quattro criteri:
a. Progetto (criterio discrezionale): sulla base dell’organizzazione che si intende porre in essere ed integrato dalle prospettive di sviluppo delle singole realtà bancarie partecipanti in merito al servizio di Tesoreria con la precisazione dei tempi di attuazione delle fasi componenti il progetto stesso (fino a 13 punti attribuiti sulla base della valutazione discrezionale della commissione giudicatrice);
b. Collegamento telematico (criterio discrezionale): sulla base della proposta del collegamento telematico e scambio dati da/e verso la Cassa per tutta la durata del servizio con l’ERP SAP della Cassa Forense (in particolare il servizio “Contabilità e Patrimonio” e “Informatico”) e l’ufficio della banca che eseguirà il servizio medesimo con l’indicazione dei tempi di attivazione (fino a 10 punti attribuiti sulla base della valutazione discrezionale della commissione giudicatrice);
c. Ritiro documenti (criterio tabellare): sulla base della disponibilità della Banca a garantire il ritiro quotidiano e gratuito di tutta la documentazione relativa al servizio (es. mandati e/o reversali) presso la sede di Cassa Forense (2 punti attribuiti per intero in ragione della sussistenza nell’offerta di quanto richiesto)
d. Disaster recovery (criterio quantitativo): sulla base dei tempi di attuazione per la continuità operativa nel caso di attivazione delle procedure di Disaster Recovery (fino a 5 punti attribuiti sulla base di una formula matematica).
Il disciplinare di gara qualificava così i due criteri discrezionali:
“1 Progetto: sulla base dell’organizzazione che si intende porre in essere ed integrato dalle prospettive di sviluppo delle singole realtà bancarie partecipanti in merito al servizio di Tesoreria con la precisazione dei tempi di attuazione delle fasi componenti il progetto stesso. Nella presentazione del progetto è possibile indicare anche eventuali sviluppi che la banca tesoriera ipotizza nel caso in cui sia resa obbligatoria l’uso della Banca depositaria per le Casse di Previdenza di cui al D.Lgs 501/94, ovvero nel caso che la Cassa Forense scelga facoltativamente di affiancare al ruolo della Banca tesoriera anche la banca depositaria per la detenzione dei propri valori mobiliari Per informazioni circa l’organizzazione della Cassa Forense è possibile consultare il sito internet www.cassaforense.it dove è disponibile anche l’ultimo Bilancio Consuntivo 2016. Sarà oggetto di valutazione sia il progetto più aderente all’attuale organizzazione della Cassa Forense e/o il progetto che consenta comunque un buon grado di flessibilità e adattamento verso la struttura attuale sia il progetto in merito alle prospettive future che possano apportare adeguamenti in linea con i massimi sistemi di sicurezza e tempestività nell’esecuzione del servizio secondo il giudizio insindacabile formulato dalla Commissione di Cassa Forense la quale esprimerà la propria valutazione in ossequio all’attuale organizzazione interna dell’Ente e degli sviluppi previsti compatibili con le prospettive future indicate nei vari progetti. La Commissione di Cassa Forense potrà richiedere alle banche concorrenti chiarimenti in merito (ma non modifiche) per completare la sua valutazione;
2 Collegamento telematico: sulla base della proposta del collegamento telematico e scambio dati da/e verso la Cassa per tutta la durata del servizio con l’ERP SAP della Cassa Forense (inparticolare il servizio “Contabilità e Patrimonio” e “Informatico”) e l’ufficio della banca che eseguirà il servizio medesimo con l’indicazione dei tempi di attivazione. Saranno oggetto di valutazione tutte le informazioni fornibili sia nei tracciati CBI che in altri tracciati descrittivi in uso presso la Banca che l’Ente potrebbe utilizzare per implementare il sistema SAP interno sia per l’emissione che per la rendicontazione standard di tutti i flussi inerenti le modalità di incasso (in particolare MAV-incassi SDD e incassi dei vari contributi) e di pagamento. Saranno altresì oggetto di valutazione le informazioni che potrebbero alimentare l’ERP in uso della Cassa (SAP) inerenti i mandati di pagamento, le reversali di incasso e la gestione dei provvisori bancari (intendendo per provvisori bancari qualsiasi somma sul conto corrente intestato alla Cassa in attesa di regolarizzazione da effettuarsi tramite reversale di incasso o mandato di pagamento), per rendere maggiormente esaustivo il controllo sulle entrate e sulle uscite. Ogni proposta dovrà essere corredata dall’indicazione dei tempi di attivazione per rendere operativi lo scambio dei dati così come proposti. La proposta del collegamento telematico la si considera senza costi aggiuntivi per l’Ente”.
Orbene, a fronte della manifesta genericità e indeterminatezza dei criteri discrezionali sopra richiamati (Progetto; Collegamento telematico), dai quali dipendeva l’attribuzione di punti 23/30, il Collegio deve rilevare la mancata determinazione di sub-criteri e di sub-punteggi; la Commissione di gara infatti si è limitata a valutare l’offerta tecnica delle due società concorrenti, attribuendo (in relazione ai criteri discrezionali Progetto e Collegamento telematico) alla ricorrente il punteggio di “insufficiente” e alla controinteressata quello di “ottimo”.
La mancata predeterminazione di sub-criteri e sub-punteggi rende arbitraria, in relazione ai predetti criteri, l’attribuzione alla ricorrente del punteggio di 11.50/30 e alla controinteressata del punteggio massimo di 23/30. Né tale carenza può essere sopperita per effetto della stringata motivazione contenuta nel verbale del 26 giugno 2018, in quanto le società partecipanti alla gara avrebbero dovuto essere rese edotte preventivamente degli elementi specifici che sarebbero stati oggetto di valutazione e del peso attribuito ad ognuno di essi.
L’arbitrarietà nella valutazione delle offerte tecniche è resa ancora più evidente dal fatto che la Commissione di gara ha enfatizzato le carenze della offerta tecnica della ricorrente (la mancata allegazione del manuale operativo con riguardo all’ordinativo informatico), mentre non ha attribuito alcuna rilevanza alle carenze della offerta tecnica dell’aggiudicataria (la mancata descrizione delle modalità di scambio dei dati nel caso di collegamento telematico) nonché del fatto che ha attribuito rilevanza, ai fini della valutazione delle offerte, ad elementi non espressamente indicati negli atti di gara (espletamento del servizio di banca depositaria).
Con l’ultimo motivo di gravame, la ricorrente deduce: violazione dell’art. 77 del Codice dei Contratti Pubblici; violazione dei principi di imparzialità e trasparenza, nonché del principio di par condicio dei concorrenti sotto altro profilo.
In particolare, la ricorrente si duole del fatto che la stazione appaltante abbia nominato quali membri della commissione: la dott.ssa Laura Negri quale presidente, il dott. Claudio De Benedetto quale componente.
A tale riguardo, la ricorrente fa rilevare che sia la dott.ssa Laura Negri che il dott. De Benedetto, fanno parte rispettivamente del Settore di Tesoreria e dell’unità organizzativa “Sistemi informativi e tecnologie” che operano a stretto contatto con l’attuale fornitore dei servizi di tesoreria (risultato poi aggiudicatario della gara) e che, in particolare, la dott.ssa Negri è intervenuta nella procedura di gara nella triplice veste di team leader del settore tesoreria, RUP della procedura di gara per cui è causa, nonché presidente della commissione giudicatrice.
La censura è reputata dal Collegio meritevole di accoglimento.
L’art. 77, comma 4, del Codice dei Contratti Pubblici dispone: “I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura”.
Il Collegio non ignora che, secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, la predetta norma deve essere interpretata in senso restrittivo e che la prova della incompatibilità, per conflitto di interessi, deve essere fornita dalla parte che deduce la condizione di incompatibilità e tuttavia ritiene che nel caso di specie gli elementi di fatto allegati dalla parte ricorrente integrino in maniera sufficiente tale prova.
Occorre premettere che la incompatibilità dei componenti della Commissione, per conflitto (sia pure potenziale) di interesse tra la posizione istituzionale del commissario e le imprese partecipanti alla gara, deve essere valutata in concreto e non in astratto, tenendo conto delle specificità del caso; per tale motivo, l’art. 77, comma 7, del Codice del Contratti Pubblici dispone: “La nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte”.
Orbene, tenendo conto che alla gara de qua hanno partecipato due soli concorrenti e che uno di essi è l’attuale gestore del servizio di tesoreria dell’Ente, ritiene il Collegio che, nel caso di specie, il fatto che due componenti della Commissione giudicatrice abbiano svolto funzioni di amministrazione attiva nel Settore della Tesoreria della Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense e che quindi abbiano avuto necessariamente, in ragione del loro ruolo istituzionale, dei rapporti con l’attuale gestore del servizio di Tesoreria, costituiscano elementi idonei a compromettere il ruolo di garante della imparzialità delle valutazioni affidato alle Commissioni di gara e quindi determinino la illegittimità degli atti impugnati (anche) per violazione dell’art. 77, comma 4, del Codice dei Contratti Pubblici.
In conclusione, il ricorso va accolto, con il conseguente annullamento degli atti impugnati.
Le spese di giudizio, liquidate nel dispositivo, seguono la soccombenza; sono compensate nei confronti della controinteressata.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l’effetto, annulla gli atti impugnati.
Condanna la Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense al pagamento in favore della ricorrente delle spese di giudizio, liquidate complessivamente (comprese quelle della fase cautelare) in € 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori, nonché alla rifusione del contributo unificato; spese compensate nei confronti della controinteressata.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 gennaio 2019 con l'intervento dei magistrati:
Giuseppe Sapone, Presidente
Pierina Biancofiore, Consigliere
Paolo Marotta, Consigliere, Estensore

Pubblicato il 18/02/2019
N. 01099/2019REG.PROV.COLL.
N. 02984/2018 REG.RIC.

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

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 2984 del 2018, proposto da:
Consorzio Parts & Services, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni, n. 26/B;

contro

Ministero della Difesa e Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri – Centro Unico Contrattuale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi, 12 sono ope legis domiciliati;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana – Firenze, Sezione II, n. 00028/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa e del Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 novembre 2018 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Massimiliano Brugnoletti e Verdiana Fedeli per l'Avvocatura Generale dello Stato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1.Il Comando Generale dell’Arma dei Carabinieri – Centro Unico Contrattuale (di seguito “il Comando Generale” o “Stazione appaltante”) ha indetto, con bando pubblicato sulla G.U.R.I. in data 15 settembre 2017, una procedura ristretta per l’affidamento del “servizio di riparazione veicoli gestiti dal Comando Legione Carabinieri della Toscana per l’anno 2018”, suddiviso in otto lotti, per un importo complessivo di euro 460.000,00, da aggiudicarsi al criterio del minor prezzo ai sensi dell’art. 95, comma 4, lett. c) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Il Bando di gara prevedeva che il costo della manodopera fosse fisso e stabiliva la retribuzione oraria in euro 16,54, non soggetto a ribasso, mentre la lettera di invito specificava che l’offerta economica sarebbe consistita in tanti sconti in percentuale sui prezzi di listino degli altrettanti pezzi di ricambio e che il prezzo complessivo offerto sarebbe stato comprensivo dei costi della sicurezza specifici e del costo della manodopera.

2. Con ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana Consorzio Parts & Services (di seguito “Consorzio”), il quale aveva presentato domanda di partecipazione alla gara previo invio di una lettera di contestazione alla Stazione appaltante, ha impugnato il bando e gli atti presupposti e conseguenti, articolando plurime censure di violazione di legge (in particolare degli articoli 95, commi 3, 4 e 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, 51 e 45 del medesimo decreto e 60 del d.lgs. n. 56 del 2017), eccesso di potere per erronea presupposizione, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, contraddittorietà, disparità di trattamento, irragionevolezza manifesta, violazione del principio di tassatività delle clausole immediatamente escludenti e del principio di non discriminazione, domandando, oltre all’annullamento degli atti impugnati, la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente sottoscritto tra la Stazione appaltante e l’aggiudicataria.

In dettaglio, la ricorrente contestava (con i primi due motivi di diritto) la scelta del criterio di aggiudicazione del minor prezzo e le motivazioni poste dalla Stazione appaltante a fondamento della sua adozione, giustificata nel bando a ragione del fatto che, da un lato, i pezzi di ricambio “presentassero caratteristiche fisse e standard e prezzi conosciuti e fissati da tariffari presenti sul mercato” e, dall’altro, che detto costo fosse “superiore e prevalente sul costo della manodopera occorrente”. Inoltre, il Consorzio lamentava l’incapienza dell’importo indicato per la manodopera (terzo motivo), allegando anche una relazione che illustrava le varie voci di costo influenti sul calcolo finito della manodopera, nonché la suddivisione in lotti con presenza dell’officina in loco (quarto motivo).

Si costituivano in giudizio il Ministero della Difesa (di seguito “il Ministero”) e il Comando Generale dell’Arma dei Carabinieri, chiedendo la reiezione del ricorso a ragione della sua infondatezza.

3. Con la sentenza in epigrafe, il Tribunale amministrativo ha ritenuto infondati i motivi di censura dedotti, rilevando come, per un verso, non fosse illegittimo nella fattispecie in esame il ricorso al criterio di aggiudicazione del minor prezzo (previsto dal punto IV.2.1. del bando) stante “il carattere ormai standardizzato” del servizio oggetto di affidamento (risultando altresì adeguata e coerente la motivazione resa nella lex specialis a riguardo della scelta di detto criterio), per altro verso che le previsioni del bando sul costo orario della manodopera (pari ad euro 16,54, importo non soggetto a ribasso) non presentassero i profili di anomalia lamentati, e ha respinto, pertanto, il ricorso del Consorzio.

4. Per la riforma della sentenza il Consorzio ha proposto appello, deducendone l’erroneità e l’ingiustizia per i seguenti motivi di diritto: “1) Errores in iudicando. Violazione dell’articolo 95, comma 3, 4 e 5 d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere per erronea presupposizione, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, contraddittorietà, disparità di trattamento, irragionevolezza manifesta; 2) Errores in iudicando. Violazione dell’articolo 95, commi 4 e 5, d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere per erronea presupposizione, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, contraddittorietà, disparità di trattamento, irragionevolezza manifesta. Violazione e falsa applicazione delle Linee Guida Anac, n.2; 3) Errores in iudicando. Violazione del principio di tassatività delle clausole immediatamente escludenti e violazione del principio di non discriminazione. Eccesso di potere per erronea presupposizione, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, contraddittorietà, disparità di trattamento, irragionevolezza manifesta. Anomalia costo manodopera”.

4.1. Si sono costituite le Amministrazioni appellate, illustrando le proprie tesi difensive nelle memorie depositate con cui hanno eccepito l’inammissibilità del gravame per difetto di interesse (per avere il Consorzio impugnato clausole del bando non immediatamente escludenti né lesive del suo interesse a partecipare alla gara) e l’improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse (non avendo l’appellante impugnato tempestivamente con motivi aggiunti il provvedimento di aggiudicazione) e hanno chiesto, comunque, il rigetto dell’appello proposto in quanto infondato.

4.2. Nelle more del giudizio è intervenuta l’aggiudicazione definitiva (disposta con provvedimento del 14 marzo 2018), impugnata autonomamente dal Consorzio dinanzi al T.a.r Toscana.

4.3. Alla Camera di Consiglio del 17 maggio 2018, l’appellante ha rinunziato alla domanda cautelare incidentalmente proposta e all’udienza pubblica del 22 novembre 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

**DIRITTO**

5. Vanno preliminarmente esaminate le eccezioni di inammissibilità e di improcedibilità del ricorso sollevate dalle Amministrazioni appellate (eccezioni non scrutinate dal primo giudice stante la ritenuta infondatezza nel merito nel ricorso introduttivo e per le quali non si rendeva perciò necessaria la proposizione di un’impugnazione incidentale, difettando ogni statuizione sul punto nella sentenza di prime cure).

5.1. Le eccezioni in rito sono infondate.

5.2. La Sezione rileva come il Consorzio abbia impugnato le clausole del bando inerenti il criterio di aggiudicazione della gara (il minor prezzo in luogo di quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa) e il costo della manodopera (sul presupposto che esso fosse gravemente sottostimato e potenzialmente violativo dei minimi di legge), assumendone la lesività in relazione alla par condicio competitorum e in quanto asseritamente prescrittive, nella prospettazione di parte appellante, di oneri ragionevoli e impeditivi della partecipazione alla gara (poiché influenti sulla possibilità di formulare un’offerta economica seria, consapevole e affidabile).

5.3. Parimenti infondata risulta l’eccezione di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse avendo il Consorzio impugnato autonomamente il provvedimento di aggiudicazione della gara (senza che fosse necessaria gravare l’aggiudicazione mediante proposizione di motivi aggiunti in appello) e permanendo perciò l’interesse dell’appellante ad ottenere una pronuncia sulla illegittimità e sulla ragionevolezza delle previsioni del bando concernenti il criterio di aggiudicazione scelto dalla Stazione appaltante.

6. Può dunque procedersi all’esame nel merito dei motivi di appello.

7. Il Consorzio appellante torna qui a contestare le previsioni della lex specialis in relazione al criterio di aggiudicazione adottato dalla Stazione appaltante e l’adeguatezza delle ragioni esternate a fondamento di tale scelta, nonché in ordine al costo della manodopera posto a base di gara (in quanto gravemente sottostimato) censurando le statuizioni della sentenza di prime cure che avrebbero malamente interpretato i motivi di ricorso dedotti in ordine a entrambi i profili.

7.1. Quanto al criterio di aggiudicazione prescelto ovvero quello del prezzo più basso, il Consorzio appellante censura nuovamente la violazione dell’art. 95, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 ad opera della Stazione appaltante per non avere questa previsto il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, erroneamente ritenendo che l’appalto in questione avrebbe ad oggetto l’esecuzione di prestazioni standardizzate e non aventi natura tecnica e intellettuale.

8. L’appello è infondato.

9. In primo luogo, non sono meritevoli di positivo apprezzamento il primo e il secondo motivo di appello, non ravvisandosi, in relazione ai profili ivi dedotti, alcuna erroneità delle motivazioni recate dalla sentenza impugnata che, correttamente, ha ritenuto non censurabile la scelta del criterio del minor prezzo ai fini della valutazione delle offerte, sulla base della considerazione per cui il servizio oggetto di affidamento (costituito dalla “rimessa in efficienza di veicoli comuni e loro complessivi, resisi inefficienti per avaria e sinistro”) sia riconducibile a “servizi e forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato”, per le quali l’art. 95, comma 4, del Codice dei Contratti pubblici consente il ricorso al criterio del prezzo più basso: ciò in quanto, come bene rilevato dal primo giudice, per un verso, le prestazioni oggetto di affidamento sarebbero prive di carattere altamente specialistico (non potendosi perciò condividere gli assunti contenuti negli elaborati tecnici di parte, depositati in atti, in merito all’alta qualificazione di detta attività), dall’altro esse non potrebbero essere assimilate, tanto più a ragione del sempre più massiccio ricorso a sistemi informatici di diagnostica dei guasti, a servizi di natura tecnica e intellettuale, soggetti all’applicazione esclusiva del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell’art. 95, comma 3, lett. b) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

9.1. La Sezione si è occupata della questione in una recente sentenza (Cons. di Stato, V, 24 gennaio 2019, n. 605) resa in un giudizio su un caso analogo, in cui parte appellante era lo stesso Consorzio, relativo alla gara bandita da un Comune per l’affidamento del servizio di riparazione, manutenzione e revisione dei mezzi comunali, da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo.

In tale precedente, la Sezione ha dato atto dell’esistenza di oscillazioni giurisprudenziali sulla questione in oggetto, che è stata diversamente risolta dai Tribunali amministrativi, registrandosi al riguardo due contrapposti orientamenti.

9.2. Secondo una prima tesi (cfr. T.a.r. Lombardia Brescia, Sezione I, 18 dicembre 2017, n. 1449), le prestazioni in oggetto rientrerebbero tra i servizi di natura tecnica e intellettuale che l’art. 95, comma 3, lett. b) del Codice dei Contratti Pubblici impone di aggiudicare con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, non potendo ciò escludersi solo in considerazione dell’utilizzo sempre più massiccio, negli interventi di manutenzione periodica e revisione degli automezzi, di sofisticati sistemi informatici di diagnostica dei guasti, richiedendo, anzi, proprio tale impiego un grado di specializzazione sempre più accurato ed approfondito e una professionalità tecnica più elevata, in assenza di standardizzazione e ripetitività dei suddetti interventi: ciò, peraltro, in linea anche con quanto disposto dal legislatore comunitario circa l’uso di tale criterio di aggiudicazione quale obbligatorio e inderogabile per i servizi di natura tecnica e intellettuale per gli appalti con importo superiore a 40.000,00 euro.

Inoltre, le sentenze che si conformano a tale esegesi evidenziano pure come non si potrebbe evincere dall’esame degli atti di gara l’esistenza di un grado di dettaglio delle prestazioni tale da annullare in radice la possibilità di opzioni differenti rispetto alle soluzioni dei problemi, risultando perciò astrattamente ammissibile la possibilità di miglioramenti e aggiunte, così come la facoltà delle imprese partecipanti di introdurre una diversificazione delle modalità di svolgimento del servizio e del contenuto e delle caratteristiche degli interventi (come affermato da T.a.r. Toscana, Sez. I, 8 marzo 2018, n. 356), il che porterebbe, dunque, ad escludere la standardizzazione del servizio del quale manca una piena e previa definizione nella legge di gara. Si sarebbe dunque in presenza di un’attività “complessa” dove il personale è chiamato a svolgere “apprezzamenti che, a fronte di guasti e/o malfunzionamenti e/o usura delle autovetture (o di componenti delle stesse), ne individuino la causa genetica e, conseguentemente, le tipologie di intervento suscettibili nel caso concreto di essere adottate. Il notevole range di discrezionalità …attribuito ai singoli offerenti circa le modalità di organizzazione per l’esecuzione del servizio rende le offerte ontologicamente eterogenee e, quindi, logicamente insuscettibili di essere graduate attraverso il mero criterio del prezzo più basso” (T.a.r. Lombardia Brescia, Sezione I, 18 dicembre 2017, n. 1449).

La previa definizione delle prestazioni non sarebbe dunque specifica né puntuale né esaustiva, difettando perciò il presupposto in base al quale la giurisprudenza ritiene si possa aggiudicare la gara con il criterio del prezzo più basso, vale a dire la predeterminazione in toto delle condizioni tecniche al momento dell’offerta, senza alcuna rilevanza dei contenuti delle offerte formulate dalle concorrenti.

9.4. Secondo altro orientamento, verrebbe invece in rilievo un servizio non ad alta intensità di manodopera nel cui ambito, a prescindere dall’impiego di strumenti di diagnostica e dalle connesse abilitazioni e specializzazioni dei meccanici e degli altri tecnici addetti alle officine, è prevalente il prezzo dei ricambi sulla componente della manodopera, assumendo valenza significativa la predefinizione delle condizioni da parte della Stazione appaltante (con puntuale determinazione nel capitolato d’oneri delle caratteristiche della prestazione) e la circostanza che non sia perciò possibile individuare un elemento diverso dal prezzo dei detti ricambi, come indicato nei listini, e dal costo orario della manodopera, determinato dalle associazioni di categoria (si veda, per tutte, T.a.r. per la Toscana, 9 gennaio 2018, n. 1347). La giurisprudenza amministrativa ha, infatti, chiarito che il servizio è standardizzato quando la lex specialis descrive puntualmente tutti gli elementi, individuando in modo preciso sia le prestazioni sia la concreta organizzazione del lavoro, senza lasciare margini di definizione dei contenuti dell’appalto in capo all’iniziativa dell’impresa (Consiglio di Stato, III, 13 marzo 2018, n. 1609).

9.5. Nel precedente sopra richiamato la Sezione, nel conformarsi alla seconda esegesi, ha evidenziato che assume rilevanza dirimente, ai fini della soluzione della questione, non tanto ed esclusivamente il carattere ripetitivo e standardizzato delle prestazioni oggetto dell’appalto (certamente riscontrabile nella fattispecie, essendo tutti i lotti caratterizzati da elevata ripetitività perché volti a soddisfare, mediante interventi routinari di riparazione dei veicoli, esigenze generiche e ricorrenti, connesse alla normale operatività della Stazione appaltante, con approvvigionamenti frequenti e continuativi), quanto piuttosto la ricorrenza di un servizio ad alta intensità di manodopera (ipotesi non configurabile nel caso di specie), evenienza quest’ultima che consente certamente di escludere la possibilità del ricorso al criterio del prezzo più basso, imponendo invece quello della offerta economicamente più vantaggiosa.

A tali conclusioni, si perveniva richiamandosi ai principi in materia di scelta del criterio di aggiudicazione da parte della Stazione appaltante affermati dalla giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento a quanto statuito da Cons. Stato, III, n. 2014 del 2 maggio 2017 che, benché attinente ad un appalto con oggetto diverso dal presente, trattandosi nella specie di procedura aperta per l’individuazione di una Agenzia per il Lavoro cui affidare, per due anni, la somministrazione di personale infermieristico e tecnico-sanitario, ha affermato principi integralmente recepibili anche nella fattispecie qui al vaglio, avendo in quel caso l’Amministrazione adottato il criterio del massimo ribasso proprio sul presupposto, ritenuto assorbente, della ricorrenza di un servizio caratterizzato da “elevata ripetitività” o qualificabile come “servizio con caratteristiche standardizzate il cui costo è assorbito per la quasi totalità dalle retribuzioni del personale”): questo Consiglio ha infatti già avuto modo di chiarire come il rapporto, nell’ambito dell’art. 95, tra il comma 3 (che disciplina i casi di esclusivo utilizzo del generale criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, tra i quali v’è quello dei servizi ad alta intensità di manodopera) ed il comma 4 (casi di possibile utilizzo del residuale criterio del minor prezzo, tra i quali v’è quello dei servizi ripetitivi e non aventi natura tecnica), è di specie a genere. Pertanto, ove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3 (servizi ad alta intensità di manodopera) sussiste un obbligo speciale di adozione del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa che, a differenza della ordinaria preferenza per tale criterio fatta in via generale dal codice, non ammette deroghe, nemmeno al ricorrere delle fattispecie di cui al comma 4, a prescindere dall’entità dello sforzo motivazionale dell’amministrazione.

9.6. Alla luce delle considerazioni che precedono, nel caso di specie non risulta censurabile l’adozione del criterio del prezzo più basso ai fini dell’aggiudicazione della gara, non ravvisandosi alcuna violazione a riguardo delle disposizioni di cui all’art. 95, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 non solo perché (come correttamente già ritenuto dal tribunale) le prestazioni oggetto di appalto hanno natura standardizzata e ripetitiva, essendo connotate dalla routinarietà degli interventi e prive di carattere altamente specialistico (sì da non poter essere qualificate come servizi di natura tecnica o intellettuale), ma anche perché, da un lato, la Stazione appaltante ha provveduto ad una totale predefinizione nella lex specialis delle condizioni che le imprese concorrenti possono proporre (ovvero lo sconto in percentuale sui prezzi di listino dei pezzi di ricambio, conosciuti e fissati dai tariffari presenti sul mercato, predeterminando in misura fissa anche il costo orario della manodopera), senza riconoscere significativi margini qualitativi del sevizio appaltato, e dall’altro non ricorre nella specie l’affidamento di un servizio ad alta intensità di manodopera tale da imporre l’obbligatorio ricorso al criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

In conclusione, per le considerazioni svolte, non può condividersi la tesi del Consorzio appellante in ordine all’elevato grado di specializzazione che sarebbe connesso al servizio di assistenza tecnica erogato dalle officine per la riparazione dei veicoli, tale da necessitare di un intenso e costante aggiornamento, specie in alcuni settori, anche a ragione dell’applicazione sempre più spinta dell’elettronica veicolare (e del conseguente aumento delle informazioni che possono essere fornite dagli strumenti di diagnosi mediante l’utilizzo, da parte di personale altamente qualificato, di sofisticate attrezzature e strumentazioni) e del contenuto tecnologico presente sui mezzi di nuova generazione, tali da richiedere competenze specifiche in rapporto ai diversi requisiti imposti dalle stesse case costruttrici.

9.7. Né è meritevole di positivo apprezzamento il secondo motivo di appello con cui il Consorzio censura l’assenza di una motivazione adeguata a sorreggere il criterio prescelto, tenuto conto del carattere eccezionale di detto criterio che impone un onere motivazionale ancor più stringente poiché le Stazioni appaltanti “oltre ad argomentare sul ricorrere degli elementi alla base della deroga, devono dimostrare che attraverso il ricorso al minor prezzo non sia stato avvantaggiato un particolare fornitore”.

9.8. Anche tale assunto è infondato.

In disparte, quanto alla prova dell’assenza di vantaggio per un determinato operatore economico, la mancanza di allegazione dei fatti su cui la Stazione appaltante avrebbe dovuto fornire detta prova posto che non sono dedotti in ricorso elementi specifici da cui desumere che, attraverso il criterio del minor prezzo, il Comune abbia inteso avvantaggiare un determinato concorrente, deve ritenersi nel caso concreto soddisfatto, anche alla luce delle argomentazioni esposte circa la legittimità nel caso di specie dell’utilizzo del criterio di aggiudicazione del minor prezzo, l’obbligo motivazionale in ordine alle ragioni sottese alla scelta di detto criterio di valutazione delle offerte, avendo la Stazione appaltante ben chiarito nel bando che esso era riconducibile alla ritenuta natura standardizzata dei servizi da affidarsi, in quanto i pezzi di ricambio, oggetto dello sconto in percentuale nell’offerta economica formulata dalle imprese, presentano “caratteristiche fisse e standard e prezzi conosciuti e fissati da tariffari presenti sul mercato”, precisando altresì che detto costo fosse “superiore e prevalente sul costo della manodopera occorrente”.

Pertanto, non risulta censurabile la sentenza di primo grado nella parte in cui ha evidenziato come la motivazione che assiste la previsione del bando relativa al ricorso al criterio di aggiudicazione del minor prezzo sia perfettamente in linea con le Linee guida n. 2 adottate dall’A.N.A.C. (con la deliberazione del 21 settembre 2016, n. 1005) che, da un lato ,prevedono il ricorso esclusivo al criterio qualità prezzo con riguardo ai “servizi di natura tecnica e intellettuale” (ipotesi non ricorrente nella fattispecie per le ragioni esposte), dall’altro impongono di dare adeguata motivazione della scelta effettuata, esplicitando nel bando il criterio utilizzato per la selezione della migliore offerta, e di tenere conto in tale definizione “della struttura del settore merceologico cui afferisce l’oggetto del contratto, delle caratteristiche tecniche dei lavori, beni e servizi rispondenti alle esigenze della stazione appaltante e di quelle che il mercato di riferimento è in grado di esprimere”.

9.9. Non persuadono, infine, le censure formulate con il terzo motivo di appello, con cui il Consorzio ha contestato nuovamente l’anomalia del costo della manodopera posto a base di gara, pari ad una retribuzione oraria di 16,54 euro, non soggetto a ribasso: nella prospettazione dell’appellante, tale importo sarebbe gravemente sottostimato in quanto si discosterebbe sensibilmente dai costi medi della manodopera in violazione dell’articolo 23, comma 16, del d.lgs. n. 50 del 2016 che ancora il costo del lavoro alle tabelle annuali del Ministero del lavoro e delle politiche sociali (nelle quali tale determinazione è operata sulla base dei valori economici definiti dal contratto collettivo nazionale stipulato tra le organizzazioni sindacali e quelle dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative applicabile, delle norme in materia previdenziale e assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali) e sarebbe, pertanto, di gran lunga inferiore ai livelli economici minimi per i lavoratori del settore di riferimento (ovvero quelli del settore metalmeccanico).

In tesi, l’assunto del giudice di prime cure sarebbe del tutto erroneo in quanto fondato sul mero richiamo alle tabelle di cui al d.m. 4 marzo 2015 del Ministro del lavoro e sul presupposto che la retribuzione oraria prevista dal bando rientrasse nei valori previsti dal detto decreto e ricomprendesse anche le voci indicate dal Consorzio ricorrente.

Il motivo è infondato.

La Sezione condivide e intende conformarsi all’orientamento giurisprudenziale, consolidatosi in materia già per le gare bandite nella vigenza del precedente Codice degli appalti, secondo il quale nelle gare pubbliche i valori del costo del lavoro indicati nelle tabelle ministeriali costituiscono un semplice parametro di valutazione della congruità dell’offerta, con la conseguenza che l’eventuale scostamento delle voci di costo da detti valori non legittima di per sé un giudizio di anomalia dell’offerta. In applicazione di tali principi, questa Sezione ha di recente affermato (con riguardo ad una procedura disciplinata dal d.lgs. n. 163 del 2006) che “in relazione all’esatta quantificazione del costo orario del personale, deve rilevarsi come nelle pubbliche gare un’offerta non può ritenersi anomala per il solo fatto che il costo del lavoro sia stato calcolato secondo valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi, occorrendo invece che sussistano discordanze considerevoli e ingiustificate rispetto a tali valori” (Cons. Stato, V, 5332 del 12 settembre 2018). In sostanza, i costi medi della manodopera, indicati nelle tabelle ministeriali, non assumono valore di parametro assoluto e inderogabile, ma svolgono una funzione indicativa, ben potendo l’impresa concorrente evidenziare una particolare organizzazione imprenditoriale idonea a dimostrare la sostenibilità degli scostamenti (e di eventuali costi inferiori) in relazione a valutazioni statistiche ed analisi aziendali (Cons. Stato, V, 13 marzo 2014, n. 1176).

Se, dunque, è consentito all’impresa concorrente indicare nella sua offerta un costo della manodopera inferiore a quello individuato nelle Tabelle Ministeriali, rappresentative di una media articolata dei costi del lavoro a livello territoriale, fermo restando il rispetto dei minimi salariali retributivi (costituenti variabili esogene alla struttura aziendale, inglobati nei costi medi indicati nelle tabelle e dovuti al lavoratore nell’entità fissata dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative), senza che per questo la sua offerta sia di per sé considerata anomala (ben potendo l’impresa giustificare nell’eventuale richiesta di spiegazioni da parte della Stazione appaltante le ragioni di tali scostamenti), a fortiori non può ritenersi neppure gravemente sottostimato il costo della manodopera posto a base di gara da parte della Stazione appaltante sol perché asseritamente inferiore ai valori economici indicati nelle citate tabelle.

In concreto poi, il costo della manodopera determinato dall’Ente nella fattispecie qui al vaglio è in linea con i costi medi della manodopera nel settore dell’industria metalmeccanica privata e dell’installazione degli impianti di cui al d.m. del 4 marzo 2015 (che prevedono per gli operai una retribuzione oraria ricompresa tra euro16,54 ed euro 24,22), senza che possano assumere rilievo le diverse previsioni assunte dalle Amministrazioni aggiudicatrici in altre gare che, benché afferenti al medesimo servizio, sono autonome e distinte dalla presente procedura anche con riguardo al luogo di esecuzione del servizio oggetto di affidamento.

Si rivelano poi inconsistenti e comunque superabili le preoccupazioni dell’appellante circa la presunta anomalia del costo della manodopera, in quanto dette valutazioni non potranno che essere compiute in concreto, all’esito dell’espletamento della gara e della valutazione dell’offerta, soccorrendo, se e quando la Stazione appaltante dovesse intravedere profili che inducano a ritenere un’offerta incongrua, non seria, insostenibile e irrealizzabile, le previsioni di cui agli articoli 95, comma 10, e 97, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, mediante attivazione dei sub-procedimenti ivi indicati e richiesta di puntuali giustificazioni all’operatore economico (fatta salva l’inammissibilità di giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge, come disposto dall’art. 97, comma 6, del Codice dei Contratti pubblici).

10. All’infondatezza dei motivi dedotti consegue il rigetto dell’appello proposto dal Consorzio e l’integrale conferma della sentenza di prime cure.

11. Sussistono giusti motivi, per la novità e complessità delle questioni trattate e per l’esistenza di contrasti giurisprudenziali sulle medesime, per compensare integralmente le spese di giudizio.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Dispone compensarsi integralmente tra le parti le spese di giudizio.

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

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

Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Pubblicato il 19/02/2019
N. 01141/2019REG.PROV.COLL.
N. 02520/2018 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 2520 del 2018, proposto da:
CO.GE.PA. Costruzioni Generali Passarelli s.p.a., PA.CO. - Pacifico Costruzioni s.p.a., in persona dei legali rappresentanti pro tempore, in proprio e nella qualità, rispettivamente, di mandataria e mandante di costituenda ATI, rappresentati e difesi dagli avvocati Enrico Soprano, Giangiacomo Allodi, Arturo Massimo, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via degli Avignonesi, 5;
contro
Consorzio Integra Società Cooperativa, Consorzio Cooperative Costruzioni CCC Società Cooperativa, Credendino Costruzioni s.p.a., in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall’avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso lo studio Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, 30;
Comune di Napoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Fabio Maria Ferrari, Antonio Andreottola, Eleonora Carpentieri, con domicilio eletto presso lo studio dell’avv. Luca Leone in Roma, via Appennini, 46;
Cassa Edile Provincia di Napoli, non costituita in giudizio;
per la riforma
della sentenza breve del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 01002/2018, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;
Visto l’atto di costituzione in giudizio di Consorzio Integra Società Cooperativa, Consorzio Cooperative Costruzioni CCC Società Cooperativa, Credendino Costruzioni s.p.a.;
Visto l’atto di costituzione in giudizio del Comune di Napoli;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell’udienza pubblica dell’8 novembre 2018 il Cons. Anna Bottiglieri e uditi per le parti gli avvocati Enrico Soprano, Lorenzo Lentini e Sergio Coccia, quest’ultimo su delega dell’avv. Eleonora Carpentieri;
Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Napoli bandiva il 22 ottobre 2014 una gara ai sensi dell’art. 53 comma 2 lett. b) e 55 comma 5 del d.lgs. 12 aprile 2018, n. 163, per l’affidamento, con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, della progettazione esecutiva e dell’esecuzione dei lavori di “riqualificazione urbanistica e ambientale asse costiero: tratta corso San Giovanni. Rifunzionalizzazione sistema fognario San Giovanni compreso nel Grande Progetto Riqualificazione urbana area portuale Napoli Est”.
Alla gara partecipavano l’ATI tra CO.GE.PA. Costruzioni Generali Passarelli s.p.a. e PA.CO. - Pacifico Costruzioni s.p.a. (di seguito ATI COGEPA), che veniva esclusa per non aver evidenziato nella propria offerta gli oneri per la sicurezza aziendale, e l’ATI tra Consorzio Cooperative Costruzioni CCC Società Cooperativa - cui succedeva, per affitto di ramo di azienda, il Consorzio Integra Società Cooperativa - e Credendino Costruzioni s.p.a. (di seguito ATI INTEGRA), che risultava aggiudicataria provvisoria. L’ATI COGEPA impugnava ambedue i provvedimenti. La prima sezione del Tribunale amministrativo regionale per la Campania respingeva il relativo ricorso con sentenza n. 5568/2015, che veniva riformata dalla decisione n. 4414 del 2016 di questa Sezione del Consiglio di Stato, che, in accoglimento dell’appello proposto da ATI COGEPA, annullava gli atti gravati.
L’ATI COGEPA veniva indi riammessa alla gara e, previa regolarizzazione dell’offerta, con indicazione, in sede di soccorso istruttorio, degli oneri di sicurezza aziendali, si aggiudicava la procedura.
Nelle more, l’ATI INTEGRA, divenuta seconda classificata nella nuova graduatoria, aveva rappresentato alla stazione appaltante di aver ricevuto una segnalazione anonima secondo cui la COGEPA, in forza di due DURC negativi della Cassa edile di Napoli, aveva perso il requisito della regolarità contributiva nel corso dello svolgimento della procedura. Sulla questione la stazione appaltante, previo esperimento di una istruttoria, nell’ambito della quale era intervenuto anche un parere dell’Avvocatura municipale, si era determinata nel senso della sussistenza del requisito della regolarità contributiva in capo all’impresa.
L’ATI INTEGRA impugnava allora per tale motivo l’aggiudicazione in favore di ATI COGEPA innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Campania. L’adito Tribunale, con sentenza n. 1002 del 2018 della sezione prima, nella resistenza del Comune di Napoli e dell’ATI COGEPA, respingeva il ricorso incidentale proposto da quest’ultima e accoglieva il ricorso principale di ATI INTEGRA.
In particolare, il primo giudice:
- riteneva infondati i quattro motivi del ricorso incidentale escludente di ATI COGEPA, accertando, in relazione alla partecipazione alla gara di ATI INTEGRA: che non vi era incertezza sul contenuto dell’offerta, risultando in fatto che anche la mandante Credendino aveva effettuato il sopralluogo prescritto dalla disciplina di gara, con irrilevanza della mancata produzione della relativa dichiarazione, non prevista dalla lex specialis come causa di esclusione; che l’offerta tecnica e tutti i relativi elaborati, non consistendo nella redazione di un progetto esecutivo, adempimento successivo alla procedura di gara, erano stati correttamente sottoscritti, non essendo rinvenibile né a livello normativo né nella legge di gara l’obbligo, evidenziato dalla ricorrente incidentale, di sottoscrizione di questi ultimi atti da parte di tutti i componenti dell’indicato team di progettisti; che, per gli stessi motivi di cui sopra, in sede di partecipazione, non era necessaria la presentazione della relazione geologica; che anche il direttore tecnico del Consorzio C.C.C. aveva reso le dichiarazioni previste dall’art. 38, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006 prescritte, a pena di esclusione, dal disciplinare di gara;
- riteneva tempestivo il ricorso principale di ATI INTEGRA, e respingeva, di contro, l’eccezione di tardività formulata da ATI COGEPA, escludendo, ai sensi della norma transitoria di cui all’art. 216, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nuovo Codice dei contratti pubblici, che nella procedura di gara, retta dal Codice previgente, potesse trovare applicazione la normativa sopravvenuta in tema di onere di immediata impugnazione degli atti di ammissione alle gare pubbliche;
- riteneva fondata la censura di ATI INTEGRA in ordine alla perdita da parte dell’aggiudicataria, nel more dello svolgimento del procedimento, del requisito generale di regolarità contributiva. Al riguardo, il primo giudice richiamava consolidati principi giurisprudenziali (sulla necessità del possesso del requisito dalla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento sino all’esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità; sulla necessità di dimostrazione il possesso del requisito solo a mezzo delle attestazioni del documento unico di regolarità contributiva - DURC rilasciato dagli istituti di previdenza, esclusa qualsiasi possibilità di interpretarne il contenuto da parte delle stazioni appaltanti; sulla impossibilità di una regolarizzazione contributiva postuma di sanare la illegittimità della partecipazione di un concorrente a una procedura a evidenza pubblica). In applicazione di tali principi, riteneva che quanto attestato da uno dei due DURC della Cassa Edile di Napoli prodotti dalla ATI INTEGRA potesse ritenersi superato (in quanto abrogato o comunque rivalutato in fatto) dalla nota n. 264 del 5 giugno 2017 della medesima Cassa, contenente una ricostruzione storicizzata della situazione dell’impresa, mentre la stessa conclusione non poteva essere raggiunta in relazione all’altro DURC negativo, n. 35451398 del 16 luglio 2015. Rilevava, pertanto, l’irregolarità della posizione contributiva della COGEPA alla data del 13 maggio 2015, attestante l’omesso tempestivo versamento contributivo relativamente alla posizione di un operaio, assunto il 6 ottobre 2014 con scadenza contratto al 28 febbraio 2015, ritenendo ininfluente sia la circostanza che l’impresa aveva successivamente sanato la predetta irregolarità, sia tutti gli elementi sui quali la stazione appaltante aveva fondato la propria contraria determinazione, e, tra essi, in particolare, la ridetta nota n. 264/2017 della Cassa Edile di Napoli, che riteneva non contrastante con quanto già risultante dal DURC n. 35451398 del 16 luglio 2015. Concludeva quindi per l’illegittimità del provvedimento di aggiudicazione alla gara all’ATI COGEPA, che, per l’effetto, annullava.
Con l’odierno ricorso l’ATI COGEPA ha proposto appello avverso la predetta sentenza, deducendo, I) errores in iudicando in relazione alla violazione e falsa applicazione degli artt. 38, 46 ,comma 1-bis e 74 d.lgs. n. 163 del 2006, violazione e falsa applicazione degli artt. 35 e 106 d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, violazione della disciplina di gara, violazione dei principi generali in materia di pubbliche gare, violazione dell’art. 3 della l. n. 241 del 1990, eccesso di potere per erroneità e falsità dei presupposti, illogicità, ingiustizia manifesta, difetto di istruttoria e di motivazione: sarebbero erronee tutte le argomentazioni con cui il primo giudice ha respinto il primo motivo del ricorso incidentale proposto da ATI COGEPA avverso l’ammissione alla gara di ATI INTEGRA;
II) errores in iudicando in relazione alla ulteriore violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 46, comma 1-bis e 74 d.lgs. n. 163 del 2006, violazione e falsa applicazione degli artt. 15, comma 12, 35 e 106 d.P.R. n. 207 del 2010, violazione della disciplina di gara, violazione dei principi generali in materia di pubbliche gare, violazione dell’art. 3 della l. n. 241 del 1990, eccesso di potere per erroneità e falsità dei presupposti, illogicità, ingiustizia manifesta, difetto di istruttoria e di motivazione: sarebbero erronee tutte le argomentazioni con cui il primo giudice ha respinto il secondo motivo del ricorso incidentale proposto da ATI COGEPA avverso l’ammissione alla gara di ATI INTEGRA;
III) errores in iudicando in relazione alla ulteriore violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 46 comma 1-bis e 74 del d.lgs. n. 163/2006, violazione e falsa applicazione degli artt. 15 comma 12, 35 e 106 del d.P.R. n. 207 del 2010, violazione della disciplina di gara, violazione dei principi generali in materia di pubbliche gare, violazione dell’art. 3 della l. 241/90, eccesso di potere per erroneità e falsità dei presupposti, illogicità, ingiustizia manifesta, difetto di istruttoria e di motivazione: sarebbero erronee tutte le argomentazioni con cui il primo giudice ha respinto il terzo motivo del ricorso incidentale proposto da ATI COGEPA avverso l’ammissione alla gara di ATI INTEGRA;
IV) errores in iudicando in relazione alla ulteriore violazione e falsa applicazione degli artt. 38, 46 comma 1-bis del d.lgs. n. 163/2006, violazione dei principi generali in materia di pubbliche gare anche di derivazione comunitaria, violazione dell’art. 3 della l. n. 241 del 90, eccesso di potere per erroneità e falsità dei presupposti, illogicità, contraddittorietà, ingiustizia manifesta, difetto di istruttoria e di motivazione: sarebbero erronee e contraddittorie tutte le argomentazioni con cui il primo giudice ha ritenuto parzialmente fondato il primo motivo del ricorso proposto da ATI INTEGRA relativo alla perdita da parte di ATI COGEPA del requisito della regolarità contributiva in corso di gara, sia perché tale irregolarità sarebbe insussistente, come acclarato da quanto risultante dalla citata nota n. 264/2017 della Cassa Edile Napoli, assimilabile a un DURC, tant’è che la stessa sentenza appellata l’ha parzialmente considerata a favore di COGEPA, sia in quanto l’irregolarità, al più, riguarderebbe un momento (il 13 maggio 2015) in cui la società non rivestiva la qualifica di concorrente, essendo stata esclusa dalla gara fino al 29 novembre 2016, per effetto del provvedimento adottato dalla stazione appaltante l’8 maggio 2015, poi annullato dalla citata sentenza di questo Consiglio di Stato n. 4414 del 2016. L’irregolarità riguarderebbe poi il pagamento tardivo di un importo (circa € 1.900,00), che, rapportato ai pagamenti contributivi mensilmente e tempestivamente effettuati dall’impresa (circa € 30.000,00), sarebbe irrisorio.
L’appellante ha indi concluso per l’accoglimento dell’appello, e, per l’effetto, per l’accoglimento del ricorso incidentale da essa proposto in primo grado, per la declaratoria di improcedibilità dell’avverso ricorso principale, per l’annullamento e la riforma della sentenza appellata.
Si è costituito in giudizio il Comune di Napoli, che ha dato atto di tutti i passaggi del procedimento posto in essere per verificare il possesso in capo alla COGEPA del requisito per cui è causa, concludendo per la non ravvisabilità di alcuna colpa in capo all’Amministrazione, che si sarebbe attenuta a quanto risultante dalla ridetta nota della Cassa Edile di Napoli n.264/2017.
Si è costituita in giudizio anche ATI INTEGRA, riproponendo i motivi assorbiti dalla sentenza appellata e tutti i rilievi svolti avverso il ricorso incidentale proposto da ATI COGEPA in primo grado, non integralmente recepiti dalla sentenza appellata, e concludendo per la reiezione dell’appello.
Le parti private hanno affidato a memorie e repliche lo sviluppo delle proprie argomentazioni difensive.
In tale ambito, l’ATI INTEGRA ha eccepito l’improcedibilità dell’appello per sopravvenuta carenza di interesse, essendo intervenuta nelle more del giudizio, con atto n. 24/2018, l’aggiudicazione della gara in favore di ATI Integra, asseritamente rimasta inoppugnata.
A sua volta, l’ATI COGEPA ha fatto constare, con deposito del 7 novembre 2018, di aver gravato la predetta aggiudicazione con ricorso incardinato innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Campania con il n.r.g. 4322/2018.
La causa è stata trattenuta per la decisione alla pubblica udienza dell’8 novembre 2018.

DIRITTO

1. In via pregiudiziale, va respinta l’eccezione di improcedibilità dell’appello per carenza di interesse spiegata da ATI INTEGRA sul presupposto della mancata impugnazione da parte di ATI COGEPA del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara per cui è causa in favore della stessa ATI INTEGRA, adottato dalla stazione appaltante nelle more del giudizio.
ATI COGEPA ha infatti dimostrato di aver proposto l’impugnativa in parola, che risulta pendente presso il Tribunale amministrativo regionale per la Campania con il n.r.g. 4322/2018.
2. Nel merito, l’appello è infondato.
3. Con il primo motivo di appello ATI COGEPA torna a sostenere, come già nel primo motivo del ricorso incidentale proposto in primo grado, che ATI INTEGRA avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto la mandante Credendino s.p.a. non aveva eseguito il sopralluogo del sito oggetto dell’appalto, effettuato dalla mandataria esclusivamente in nome e per conto proprio. Entrambe le imprese non avrebbero poi reso la relativa dichiarazione, la mandataria limitandosi a rinviare all’allegato attestato di sopralluogo, la mandante rinviando alla documentazione presentata dalla mandante.
3.1. Tutti i profili di cui si compone la censura non meritano accoglimento.
3.2. Il d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, recante Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, previgente Codice dei contratti pubblici, entrambi applicabili alla fattispecie ratione temporis, stabilisce all’art. 106, comma 2, che l’offerta da presentare per l’affidamento degli appalti e delle concessioni di lavori pubblici è accompagnata dalla dichiarazione con la quale i concorrenti attestano, tra altro, di essersi recati sul luogo di esecuzione dei lavori.
La disposizione si è tradotta, nel disciplinare della gara in esame, in due prescrizioni, la prima contenuta nel punto XI, secondo cui “Ai fini della partecipazione alla gara il concorrente è tenuto a eseguire obbligatoriamente, a pena di esclusione, un sopralluogo sulle aree interessate dai lavori. Il sopralluogo deve essere effettuato dal direttore tecnico o da un legale rappresentante del concorrente, come risultanti dal certificato CCIA o dall’attestazione SOA, oppure da un soggetto appositamente delegato, purché dipendente del concorrente…”, la seconda contenuta nel punto A. 17), concernente la “Dichiarazione di avvenuto sopralluogo obbligatorio con le modalità di cui al paragrafo XI del presente Disciplinare”.
Alla luce di tali prescrizioni, deve convenirsi con la sentenza appellata quando afferma che “la lex specialis prevedeva come causa di esclusione … esclusivamente il mancato compimento del sopralluogo…” e non la mancata produzione della relativa attestazione.
Ciò posto, correttamente il primo giudice ha escluso che la causa di esclusione invocata dall’odierna appellante potesse ritenersi integrata, avendo sia ATI INTEGRA che il Comune di Napoli depositato agli atti di giudizio l’attestato di sopralluogo effettuato dal legale rappresentante della Credendino il 27 ottobre 2014, firmato dall’impresa e dal funzionario incaricato e rilasciato in pari data dal Comune di Napoli.
La sentenza ha altresì rilevato come era indubbio che la stazione appaltante fosse da tempo in possesso di tale attestato, atteso che lo stesso era stato citato in una nota dirigenziale datata 9 dicembre 2015.
Nell’escludere, pertanto, la fondatezza in fatto del primo profilo della censura in esame, ovvero che la mandante Credendino s.p.a. non avesse a suo tempo eseguito il sopralluogo del sito oggetto dell’appalto, ipotesi inesistente per tabulas, può solo aggiungersi che con la appena citata nota dirigenziale la competente struttura della stazione appaltante, nel riscontrare la nota del 23 novembre 2015 con cui la COGEPA aveva diffidato l’Amministrazione dal disporre l’aggiudicazione in favore di ATI INTEGRA, anche stante la mancata effettuazione del sopralluogo da parte della Credendino, aveva rappresentando proprio la presenza agli atti d’ufficio del predetto attestato di sopralluogo del 27 ottobre 2014.
A fronte di tale stato di fatto, emergente da elementi obiettivi e concludenti, risultanti da atti formati anche dall’Amministrazione e dalla medesima detenuti, resta senza rilievo la circostanza che in sede di accesso agli atti l’appellante non abbia rinvenuto l’attestazione di sopralluogo di cui trattasi: circostanza che ai fini del presente vaglio giudiziale di legittimità, in difetto di contestazioni della veridicità del documento sollevate nella diversa sede competente, non spiega effetti; ne segue l’infondatezza della pretesa a che tale attestato sia considerato estraneo alla procedura di gara, cui invece evidentemente pertiene.
Tanto chiarito, deve osservarsi che l’appellante non può essere seguita neanche quando afferma che, in ogni caso, ATI INTEGRA avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto sia la mandataria che la mandante, nei termini sopra esposti, non avevano reso la formale dichiarazione attestante l’avvenuta effettuazione del sopralluogo prevista dalla lex specialis.
Come visto, infatti, e come bene rilevato dalla sentenza appellata, la legge di gara non prevedeva l’esclusione per eventuali irregolarità nelle dichiarazioni in parola.
Resta, pertanto, senza effetti quanto segnalato dall’appellante in ordine alla circostanza che la Credendino nella domanda di partecipazione abbia fatto riferimento, anziché all’avvenuta effettuazione del sopralluogo in proprio, alla “documentazione” presentata dalla mandante, che, a sua volta, aveva effettuato il sopralluogo solo in nome e per conto proprio.
In particolare, tale riferimento non si traduce, come assume l’appellante, in una falsa dichiarazione, in quanto nessun elemento di tale rimando permette di attribuire alla mandante la volontà di rappresentare alla stazione appaltante, contrariamente alla realtà, che la mandataria avesse effettuato il sopralluogo anche in suo nome, con ulteriore valenza confessoria del mancato adempimento autonomo: la stessa appellante, infatti, sottolinea la genericità di tale riferimento. Ne consegue che esso si profila inidoneo sia a rivelare una siffatta volontà che a sortire gli effetti che l’appellante vi riconnette, che avrebbero presupposto una dichiarazione di contenuto positivo e più ampio, qui non ravvisabile.
Deve pertanto concludersi che alla mandante è imputabile la sola omessa dichiarazione dell’avvenuta effettuazione del sopralluogo (pure risultante effettuato), che non trovava, come detto, sanzioni nella legge di gara.
3.3. Il primo motivo di appello va, pertanto, respinto.
4. Con il secondo motivo l’appellante afferma che la sentenza appellata è erronea non avendo convenuto con quanto denunziato dall’esponente nel secondo motivo del ricorso incidentale, in ordine alla doverosità dell’esclusione dalla gara di ATI INTEGRA, in quanto la sua offerta tecnica e i relativi elaborati non erano stati firmati dai progettisti incaricati della esecuzione e progettazione e dagli indicati componenti professionisti del team di progettazione, nonché dal progettista responsabile dell’integrazione tra le varie prestazioni specialistiche e di quelli responsabili delle prestazioni specialistiche, ivi compreso il geologo.
Si assume al riguardo la violazione di quanto disposto dalla normativa vigente in materia e segnatamente dell’art. 74 d.lgs. n. 163 del 2006, dell’art. 15, comma 12, d.P.R. n. 207 del 2010, dei punti XV e XVII del disciplinare di gara.
4.1. Va premesso che è pacifico che, come rileva la sentenza appellata, la documentazione tecnica di offerta di ATI INTEGRA è stata sottoscritta “dall’ingegnere Nicola Salzano de Luna e dall’ingegnere Arrigo La Tessa, rispettivamente, quest’ultimo, legale rappresentante della Italiana Sistemi s.r.l., mandante del RTP di progettisti indicato dalla ricorrente principale, il primo, legale rappresentante della capogruppo Servizi Integrati s.r.l., nonché deputato all’integrazione delle varie discipline specialistiche”, mentre “il team di progettisti era composto anche da altri professionisti, esperti nei settori indicati dal disciplinare di gara”.
Tanto rilevato, la sentenza ha escluso che l’art. 15, comma 2 e l’art. 26 d.P.R. n. 207 del 2010, potessero assumere rilevanza decisiva ai fini della disamina della questione posta dall’ATI COGEPA, in quanto riferiti ai tre livelli in cui può articolarsi la progettazione, compresa quella svolta direttamente dalle amministrazioni committenti. Invece nell’appalto integrato di cui trattasi la progettazione esecutiva, quale prestazione contrattuale, avrebbe seguito, e non preceduto, la conclusione del procedimento di gara. Sicché la sentenza ha ritenuto che la disciplina di riferimento della gara, sia di livello normativo che quanto alla lex specialis, non comportasse l’obbligo invocato da ATI COGEPA di sottoscrizione dell’offerta tecnica da parte di tutti i componenti del team di progettisti, richiedendo la sottoscrizione del solo concorrente.
La conclusione va condivisa.
L’offerta tecnica di cui trattasi non è, invero, un progetto esecutivo, essendo costituita, come chiarito dal punto XVII dello stesso disciplinare, Contenuto della busta B - offerta tecnica, da: una relazione descrittiva su organizzazione e metodologia proposta per la progettazione esecutiva; una relazione sull’organizzazione e sulle metodologie costruttive specifiche proposte per l’esecuzione delle opere in appalto e sull’allestimento del cantiere; la documentazione esplicativa delle eventuali soluzioni migliorative e integrazioni tecniche al progetto definitivo posto a base di gara eventualmente proposta dal concorrente.
Ciò posto, premesso che la il punto XV del disciplinare, che solo richiama la doverosità della sottoscrizione della domanda di partecipazione alla gara, delle dichiarazioni rese dai concorrenti, dell’offerta in ogni sua componente e di ogni altro documento o elaborato presentato, non contiene prescrizioni di interesse specifico della questione, non può essere intesa nei sensi voluti dall’appellante la previsione del successivo punto XVII del disciplinare, che stabilisce che “Ferma restando, ai sensi dell’art. 15, comma 2, del D.P.R. 207/2010 [la norma che definisce i tre progressivi livelli di definizione della progettazione, preliminare, definitivo ed esecutivo] la sottoscrizione di tutti gli elaborati tecnici da parte del progettista o dei progettisti responsabili degli stessi nonché del progettista responsabile dell’integrazione fra le varie prestazioni specialistiche, l'Offerta tecnica dovrà essere sottoscritta in ciascuna pagina, a pena di esclusione, dal legale rappresentante del concorrente o da suo procuratore munito di valida procura da allegarsi in originale o copia autentica, nonché dal progettista qualificato associato/indicato”.
Essa fa infatti emergere che ciò che la lex specialis ha inteso sanzionare a pena di esclusione non è la mancata sottoscrizione della offerta tecnica da parte di ogni componente del team di progettisti e del progettista responsabile dell’integrazione tra le varie prestazioni specialistiche, bensì la mancata sottoscrizione dell’offerta tecnica da parte del concorrente e del progettista qualificato/associato indicato: ma questa ipotesi, come emerge da quanto sopra rilevato, non ricorre nella fattispecie.
Alla stessa conclusione si perverrebbe anche volendo considerare, come fa l’appellante, che la predetta disposizione della legge di gara possa essere frutto di un errore materiale, dovendo ritenersi richiamato dal punto XVII del disciplinare di gara non il comma 2 dell’art. 15 del d.P.R n. 207 del 2010 bensì il comma 12 dello stesso articolo (“Tutti gli elaborati devono essere sottoscritti dal progettista o dai progettisti responsabili degli stessi nonché dal progettista responsabile dell’integrazione fra le varie prestazioni specialistiche”), di cui riproduce il contenuto.
Invero, in primo luogo, l’errore materiale in cui, in tesi, sarebbe incorsa la previsione militerebbe in senso contrario a quello auspicato dall’appellante, inficiando l’intrinseca dinamica della previsione espulsiva, rientrante nel novero di quelle prescrizioni che non tollerano ambiguità.
Inoltre, la sentenza appare essersi attenuta a una lettura sostanzialistica della lex specialis, che prescinde dall’accertamento della sussistenza o meno dell’errore materiale in parola.
La sentenza appellata ha infatti rilevato come il punto XVII del disciplinare di gara avesse attenuato gli obblighi formali di partecipazione in coerenza con l’oggetto della procedura: e che non pretendeva, a pena di estromissione, un adempimento consono alla redazione della progettazione esecutiva, che non era oggetto di gara, essendone previsto il compimento futuro da parte del solo aggiudicatario, e come il punto XVI del disciplinare richiedesse la dichiarazione della composizione del team di progettisti ai soli fini conoscitivi delle specifiche professionalità eventualmente incaricate dell’esecuzione della prestazione di progetto.
In altre parole, la sentenza ha ritenuto che l’indicazione dei professionisti componenti il team di progettazione non fosse finalizzata alla individuazione dei soggetti tenuti alla sottoscrizione dell’offerta.
Tale ricostruzione è condivisibile in quanto: non contrasta con la prescrizione della sottoscrizione dell’offerta di cui all’art. 74 del d.lgs. n. 163 del 2006, volta a garantire la sua effettiva riferibilità al proponente, la serietà del formalizzato impegno e l’assunzione della relativa responsabilità (di recente, Cons. Stato, V, 5 marzo 2018, n.1344): questi aspetti, nella specie, non risultano compromessi dalle modalità con cui l’aggiudicataria ha presentato la propria offerta tecnica, una volta chiarito che non atteneva alla redazione di un progetto esecutivo; non contrasta con la correlata previsione dell’art. 46, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006, che prevede l’esclusione per il difetto di sottoscrizione dell’offerta, ipotesi che, per quanto appena rilevato, è qui inesistente; risponde alla lettera del punto XVI del disciplinare di gara, che richiedeva l’indicazione dei nominativi dei componenti del team di progettazione “che redigerà la progettazione esecutiva”, con previsione evidentemente rivolta al futuro; accerta l’inesistenza nella legge di gara di una previsione di esclusione nel caso indicato dall’appellante; non contrasta con il punto XVII del disciplinare, che, nel prevedere la possibilità per i concorrenti di presentare soluzioni migliorative e integrazioni tecniche (di cui l’ATI INTEGRA si è avvalsa), non richiede che queste assumano una veste progettuale, di talché i relativi elaborati tecnici non sono assimilabili a quelli, facenti parte della progettazione, per i quali l’art. 15, comma 12 del d.P.R. n. 207 del 2010 richiede la sottoscrizione dei progettisti.
4.2. La conclusione raggiunta assorbe ogni questione, pure dibattuta tra le parti, sul se l’ATI INTEGRA abbia ritualmente impugnato in primo grado la disposizione di cui al punto XVII della lex specialis, per contrasto con l’art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006.
4.3. Anche il secondo motivo di appello va pertanto respinto.
5. Con il terzo motivo di appello l’ATI COGEPA, muovendo dal presupposto di cui al secondo motivo, ovvero dell’avvenuta presentazione in gara di documentazione concretizzante un “progetto”, sostiene che la sentenza è erronea non avendo rilevato che l’aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa non avendo presentato la relazione geologica prescritta dal d.P.R. n. 207 del 2010 e non avendo indicato un geologo nel team di progettisti.
Sul tema è sufficiente, ritiene il Collegio nel respingere il motivo, richiamare le considerazioni dianzi svolte al riguardo dell’erroneità del presupposto.
6. Per tutto quanto precede, la sentenza appellata va confermata laddove ha respinto il ricorso incidentale escludente proposto dall’ATI COGEPA.
7. E’ necessario ora passare all’esame dei rilievi svolti dall’appellante nel quarto motivo dell’odierno ricorso avverso il capo della sentenza che, in accoglimento parziale del primo motivo del ricorso principale proposto dall’ATI INTEGRA, ha annullato l’aggiudicazione della gara all’appellante ATI COGEPA, accertando che questa andava esclusa avendo perduto, nel corso della gara, il requisito della regolarità contributiva.
7.1. Come rilevato in fatto, la questione posta dal motivo - che la stazione appaltante ha a suo tempo affrontato in relazione a due DURC negativi rilasciati dalla Cassa Edile di Napoli - attiene qui a uno solo di quei DURC (quanto all’apprezzamento della stazione appaltante dell’altro DURC, la sentenza non ha rinvenuto illegittimità), vale a dire al DURC n. 35451398 del 16 luglio 2015. Questo DURC attestava l’irregolarità della posizione contributiva della COGEPA al 13 maggio 2015, quando non si era ancora conclusa la gara per cui è causa (bandita il 22 ottobre 2014, con termine per presentazione delle offerte al 9 dicembre 2014, definita prima con l’aggiudicazione a ATI INTEGRA, annullata dalla sentenza n. 4414 del 2016 di questa V Sezione del Consiglio di Stato, poi con l’aggiudicazione all’ATI COGEPA oggetto del presente appello, e ancora sub iudice).
Tale DURC ha in particolare attestato in capo alla COGEPA l’omesso tempestivo versamento contributivo relativamente alla posizione di un operaio, assunto il 6 ottobre 2014 con scadenza contratto al 28 febbraio 2015.
La sentenza appellata ha ritenuto che il contenuto valutativo di detto DURC non potesse ritenersi superato, come per l’altro DURC, dalla nota n. 264 del 5 giugno 2017 della medesima Cassa, contenente una ricostruzione storicizzata della situazione dell’impresa.
L’appellante, con il motivo in esame, avanza la pretesa che la predetta nota n. 264 del 5 giugno 2017 comporti il superamento anche del DURC n. 35451398/2015.
La pretesa è infondata.
7.2. Il Collegio rileva che non può essere attribuita rilevanza ai dati materiali delle circostanze - pure segnalate dall’appellante - che la fonte originaria della segnalazione dell’irregolarità contributiva sia stata indicata come anonima; e che questo DURC fosse stato rilasciato su richiesta (asseritamente errata) formulata in un diverso procedimento di gara. Tali elementi, infatti, meramente fattuali, non prevalgono sulla necessità di valutare l’eventuale sussistenza della causa oggettiva che, accertatane la ricorrenza, imporrebbe l’esclusione della concorrente per perdita del requisito generale, ai sensi dell’art. 38, comma 1, lett. i) e comma 2 del d.lgs. n. 16 del 2006.
7.3. Ciò posto, la giurisprudenza, anche di recente richiamata dalla sentenza della IV Sezione di questo Consiglio di Stato 24 ottobre 2018, n. 6059, afferma che:
- la mancanza di un DURC regolare comporta una presunzione legale, iuris et de iure, di gravità delle violazioni previdenziali, essendo la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni si impongono alle stazioni appaltanti (Cons. Stato, Ad. plen,, 8 maggio 2012 n. 8; Cons. Stato, V, 18 luglio 2017, n. 3551);
- per l’effetto, la mera presenza di un DURC negativo, al momento della partecipazione alla gara, obbliga l’amministrazione appaltante a escludere dalla procedura l’impresa interessata, senza che essa possa sindacarne il contenuto ed effettuare apprezzamenti in ordine alla gravità degli inadempimenti e alla definitività dell’accertamento previdenziale (Cons. Stato, V, 5 febbraio 2018 n. 716; 17 maggio 2013, n. 2682; V, 26 giugno 2012, n. 3738, VI, 15 settembre 2017 n. 4349);
- la sussistenza del requisito della regolarità contributiva (il cui difetto non può, pertanto, che comportare l’automatica esclusione del concorrente: Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 2016, n. 6) va verificata con riferimento al momento ultimo previsto per la presentazione delle offerte (Cons. Stato, V, 26 settembre 2017 n. 4506; VI, 15 settembre 2017, n. 4349; 1° settembre 2017, n. 4158), non avendo rilevanza la regolarizzazione postuma della posizione (Cons. Stato, V, 12 giugno 2017, n. 2803), che, al più, varrebbe a evitare il contenzioso tra l’impresa e l’ente previdenziale, ma non a ripristinare retroattivamente le condizioni soggettive per partecipare alla procedura già esperita.
La citata sentenza Cons. Stato, Ad. plen., n. 6/2016 ha confermato l’indirizzo per cui non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, perché l’impresa dev’essere in regola con l’assolvimento degli obblighi previdenziali e assistenziali fin dalla presentazione dell’offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell’obbligazione contributiva: principio già espresso da Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8, non superato dall’art. 31, comma 8, d.-l. 21 giugno 2013, n. 69, Disposizioni urgenti per il rilancio dell’economia, convertito dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, relativa al c.d. “preavviso di DURC negativo”.
Infine, “nelle gare di appalto per l’aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all’aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell’esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità” (Cons. Stato, Adunanza Plenaria 20 luglio 2015 n. 8).
7.4. Tanto chiarito in generale, si deve osservare che la sentenza appellata, nel respingere le difese svolte dall’ATI COGEPA sul punto, ha fatto buon governo dei predetti principi giurisprudenziali, in quanto, innanzitutto, non rileva che l’irregolarità attestata dal DURC n. 35451398 del 16 luglio 2015 era stata sanata con adempimenti intervenuti tra il 15 maggio e il 21 maggio 2015 (richiesta di sanatoria spontanea del 15 maggio; denunzia integrativa del 19 maggio; pagamento del relativo importo del 21 maggio 2015), essendo esclusa una postuma regolarizzazione contributiva a effetto sanante della partecipazione di un concorrente a una procedura a evidenza pubblica.
Non rileva neanche la nota della Cassa Edile n. 264 del 5 giugno 2017, posta dalla stazione appaltante a fondamento dell’impugnata aggiudicazione: tale nota, dato conto degli appena cennati adempimenti sananti, e effettuata una ricostruzione storicizzata della situazione della impresa alle date del 5 dicembre 2014 (data della dichiarazione dell’impresa di non trovarsi nella condizione di irregolarità di cui al precitato art. 38), 9 dicembre 2014 (data di presentazione delle offerte), 16 marzo e 13 maggio 2015 (date dei due DURC di cui sopra), ha affermato che tale ricostruzione “implica valutazione di regolarità” soggiungendo poi che “Detta situazione contabile ovviamente prescinde dagli esiti di eventuali DURC”.
Bene, al riguardo, la sentenza ha rilevato sia che si trattava di una attestazione di regolarità “implicita”, ovvero giustificata tout court dagli avvenuti adempimenti agli obblighi previdenziali e contributivi, senza tenere conto anche della loro tempestività, ovvero di un elemento decisivo ai fini della regolarità, sia che la stessa attestazione, facendo salvo, o meglio, prescindendo, “dagli esiti di eventuali DURC”, confermava trattarsi di un’affermazione di regolarità solo ipotetica.
Si tratta di conclusioni condivisibili alla luce degli atti in esame, come dimostra anche che le stesse difese del Comune di Napoli affermano che tale nota “presenta margini di ambiguità e si presta, dunque, a diverse chiavi di lettura, potendo essere oggetto di diverse interpretazioni, una delle quali è quella operata dal TAR”.
Non persuadono perciò le affermazioni dell’appellante che l’attestazione di irregolarità contributiva non aveva ragione di esistere (in quanto il DURC, comunque emesso a fini diversi da quelli attestativi dell’irregolarità contributiva, perché richiesto da diversa amministrazione al fine del pagamento di fatture, avrebbe dovuto essere annullato dal medesimo Istituto emittente, peraltro a tanto materialmente impossibilitato a causa di un impedimento tecnico informatico, dovuto alla disattivazione della “piattaforma DURC” per effetto della sopravvenuta normativa), in quanto contrastanti con gli elementi obiettivi emergenti dalla nota, relativi alla regolarizzazione a sanatoria della posizione contributiva.
7.5. Nemmeno le conclusioni della sentenza appellata appaiono inficiate dalla contraddittorietà denunziata dall’appellante, in relazione alla valenza favorevole all’impresa che pure la sentenza ha ascritto alla stessa nota n. 264/2017 rispetto all’altro DURC n. 35432799 del 30 marzo 2015, riferito alla mancata denuncia di un cantiere alla data del 5 marzo 2015.
Tale diversità di valutazione risulta ampiamente giustificata dalla circostanza che, in relazione a siffatto altro DURC, la sentenza riconosceva alla nota un contenuto a effetto “abrogativo”, o quanto meno “soprassessorio”, dal momento che essa aveva rivalutato la situazione di fatto che aveva fatto ivi dubitare della regolarità contributiva della società (in pratica, si trattava di un cantiere che al 5 marzo 2015 non era ancora stato aperto).
7.6. Anche le residue difese dell’appellante non risultano persuasive.
Quanto alla circostanza che il principio della violazione della continuità del possesso dei requisiti non potrebbe dirsi violato, in quanto l’irregolarità di cui sopra è stata accertata in relazione a una data (13 maggio 2015) in cui la società non rivestiva la qualifica di concorrente, essendo stata esclusa dalla gara fino al 29 novembre 2016, per effetto del provvedimento adottato dalla stazione appaltante l’8 maggio 2015, poi annullato dalla citata sentenza di questo Consiglio di Stato n. 4414 del 2016, rileva che l’ATI COGEPA ha contestato l’esclusione, azionando in giudizio l’interesse all’ottenimento del bene della vita costituito dalla riammissione in gara, interesse che non poteva che radicarsi anche mediante la conservazione del possesso dei prescritti requisiti.
Sotto altro profilo, deve ritenersi - per non trasmodare il diritto di difesa in giudizio in un travolgimento dei principi sulla partecipazione alle gare pubbliche - che in pendenza del giudizio avverso l’esclusione da una gara pubblica, sia l’arresto, per l’impresa esclusa, della procedura, che il venir meno del suo rapporto con l’amministrazione entrano in una qualche quiescenza, per cui in caso di esito favorevole dell’azione, la riapertura del procedimento e la reviviscenza del rapporto devono considerarsi avvenuti senza soluzioni di continuità, specie quanto al rispetto degli obblighi gravanti sull’impresa compatibili con quello stato, nel cui novero può farsi rientrare la regolarità contributiva, che è obbligo preesistente alla gara e del quale la normativa di settore impone solo di accertare l’effettivo e tempestivo adempimento.
Del resto, ogni dubbio è fugato dalla circostanza che è vero che il DURC di cui trattasi ha attestato in capo alla COGEPA l’omesso tempestivo versamento contributivo al 13 maggio 2015, quando l’impresa era stata già esclusa dalla gara per effetto di un atto dell’8 maggio 2015, poi giudizialmente annullato. Tuttavia l’irregolarità è relativa alla posizione di un operaio, assunto il 6 ottobre 2014 con scadenza del contratto al 28 febbraio 2015, e si era già verificata sia al 5 dicembre 2014 (di dichiarazione dell’impresa di non trovarsi nella condizione di irregolarità di cui al precitato art. 38), che al 9 dicembre 2014 (data della presentazione delle offerte).
Quanto all’affermazione che l’irregolarità riguarderebbe il tardivo pagamento di un importo irrisorio rapportato ai pagamenti contributivi mensilmente e tempestivamente effettuati dall’impresa, vale rammentare la richiamata giurisprudenza per cui, al cospetto di un DURC negativo, l’amministrazione appaltante deve escludere l’impresa dalla procedura, senza poter effettuare apprezzamenti in ordine alla gravità degli inadempimenti.
Infine, è irrilevante che un DURC rilasciato il 10 giugno 2015 attestasse la regolarità dell’impresa alla data del 19 maggio 2015, atteso - oltre a quanto sin qui rilevato - che il DURC n. 35451398 del 16 luglio 2015 di cui trattasi attestava l’irregolarità della posizione contributiva della COGEPA a una diversa data (13 maggio 2015), e che, come ammette la stessa appellante (pag. 33 dell’appello), tale DURC 10 giugno 2015 faceva seguito al pagamento (spontaneo) da parte dell’impresa dell’importo dovuto alla Cassa Edile.
8. La sentenza appellata merita, pertanto, conferma anche laddove ha accolto, nei sensi dianzi precisati, il ricorso proposto in primo grado dall’ATI INTEGRA.
9. Alle rassegnate conclusioni consegue, assorbita ogni altra difesa pure svolta dall’ATI INTEGRA, la reiezione dell’appello.
Le spese di lite, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull’appello di cui in epigrafe, lo respinge.
Condanna la parte appellante alla refusione in favore delle parti resistenti delle spese di lite, che liquida in misura pari a € 3.000,00 (euro tremila/00), oltre oneri di legge, per ciascuna di esse.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio dell’8 novembre 2018 con l'intervento dei magistrati:
Giuseppe Severini, Presidente
Claudio Contessa, Consigliere
Alessandro Maggio, Consigliere
Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere
Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

Pubblicato il 20/02/2019
**N. 00269/2019 REG.PROV.COLL.**
**N. 00159/2019 REG.RIC.**

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

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 159 del 2019, proposto da
OMISSIS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati OMISSIS;
***contro***
OMISSIS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati OMISSIS;
***nei confronti***
OMISSIS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati OMISSIS;
OMISSIS, non costituite in giudizio;
***per l'annullamento***
della determina dell'Amministratore Delegato dell'OMISSIS del 4.1.2019, comunicata a OMISSIS il 7.1.2019, con cui è stata disposta l'aggiudicazione in favore della OMISSIS nella procedura negoziata per “lavori di manutenzione ordinaria degli impianti e delle infrastrutture di OMISSIS utilizzate per la gestione del SII nell'AATO n. 6 Ombrone – Appalto n. 2100001183 – Zona Montagna Ovest – CIG 77209148BC8”;
- della determina dell'Amministratore Delegato dell'OMISSIS prot. n. 4450 del 16.1.2019, recante l'aggiudicazione definitiva in favore della Caldani Irrigazioni s.r.l. e l'approvazione degli atti di gara;
- della nota del Responsabile del Procedimento già Responsabile Acquisti prot. n. 8258 del 24.1.2019, trasmessa via pec, con la quale è stata rigettata l'istanza di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione presentata dalla OMISSIS;
- nonché di ogni altro atto o provvedimento, anche di estremi non conosciuti, comunque connesso o conseguente a quello di cui sopra, ivi compresi, per quanto di interesse e nei limiti esposti nel ricorso, i verbali della commissione giudicatrice n. 1 del 21.12.2018 e n. 2 del 3.1.2019, la nota prot. 2235 del 7.1.2019, con cui veniva disposta l'esclusione del concorrente Lombardini Giuseppe s.r.l. e la lettera di invito n. 2100001183;
con conseguente accertamento
- in via principale, del diritto all'aggiudicazione dell'appalto in oggetto alla OMISSIS ed alla stipula del relativo contratto, nonché con declaratoria dell'inefficacia del contratto medio tempore eventualmente stipulato con il controinteressato e subentro della OMISSIS nel contratto dichiarato inefficace (ove stipulato) nella parte non ancora eseguita;
- in via di subordine e nei limiti esposti nel ricorso, dell'interesse della OMISSIS alla riedizione della procedura;
nonché per la condanna dell'Amministrazione,
in caso di parziale inefficacia del contratto, al risarcimento per equivalente del danno che potrà emergere in corso di causa per la sola eventuale parte residua, ovvero qualora il Collegio si determini al mantenimento in vita del contratto eventualmente stipulato, per la condanna dell'amministrazione resistente all'integrale risarcimento del danno che potrà emergere in corso di causa a titolo di lucro cessante, danno emergente e danno curriculare, con riserva di quantificazione nel corso del giudizio.
Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di OMISSIS e di OMISSIS;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 febbraio 2019 il consigliere Luigi Viola e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

Tutte le censure proposte dalla ricorrente avverso i provvedimenti di aggiudicazione meglio specificati in epigrafe ruotano intorno alle vicende relative alla OMISSIS , ammessa con riserva alla procedura nel corso della seduta della Commissione di gara del 21 dicembre 2018 (in attesa della conclusione del procedimento di soccorso istruttorio determinato dalla presentazione di una cauzione manifestamente non riferita alla procedura di gara *de qua*) e successivamente esclusa alla seduta del 3 gennaio 2019; in particolare, secondo la prospettazione di parte ricorrente, un simile procedere avrebbe fortemente inciso sulla legittimità del procedimento di aggiudicazione, visto anche il criterio di aggiudicazione/valutazione dell’anomalia derivato dal sorteggio (quello di cui all’art. 97, 2° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) e l’apertura delle buste relative all’offerta economica in un momento (seduta del 21 dicembre 2018) in cui non era ancora definito il novero dei partecipanti alla procedura.
Il ricorso è parzialmente fondato e deve pertanto essere accolto, nei limiti indicati in motivazione; con riferimento alle censure proposte da parte ricorrente appare, infatti, sufficiente rilevare:
a) come non risulti essere intervenuto nei confronti della OMISSIS un provvedimento formale di ammissione alla procedura (apparendo anzi indubbio, dall’esame del verbale della seduta della Commissione del 21 dicembre 2018, come la stessa sia stata ammessa con riserva alla procedura in attesa dell’esito del soccorso istruttorio disposto nei suoi confronti con riferimento alla problematica della prestazione della garanzia fideiussoria); a prescindere da ogni considerazione relativa alla problematica più generale dell’applicabilità della detta previsione alla procedura di gara che ci occupa, risulta pertanto infondata già in punto di fatto la censura di violazione della previsione dell’art. 95, 15° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 sollevata da parte ricorrente con il primo motivo di ricorso;
b) come, avendo la OMISSIS esibito alla Stazione appaltante una polizza fideiussoria rilasciata solo il 24 dicembre 2018, appaia del tutto indubbio come la detta garanzia non possa assolutamente soddisfare il requisito della copertura per almeno 180 giorni <<dalla data di presentazione dell'offerta>> (in questo caso, il 21 dicembre 2018) previsto dall’art. 93, 5° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, con conseguenti piena legittimità dell’esclusione della stessa dalla procedura e completa infondatezza del secondo motivo di ricorso;
c) come appaia altresì del tutto indubbio come l’apertura delle offerte economiche ed il sorteggio del criterio di individuazione della soglia di anomalia *ex* art. 97, 2° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 in un momento in cui non era ancora definito l’ambito dei soggetti ammessi alla procedura abbia determinato un’inammissibile compenetrazione di due diverse fasi della procedura di gara suscettibile di determinare (vista anche la presenza di una sola impresa ammessa con riserva) una potenziale alterazione del meccanismo di aggiudicazione i cui possibili e diversi esiti risultavano rimessi, in buona sostanza, all’impresa ammessa con riserva, in grado di determinare, con il proprio comportamento nel procedimento di soccorso istruttorio, l’aggiudicazione alla gara alla controinteressata (come in effetti avvenuto, per effetto dell’insufficienza della documentazione esibita all’esito del soccorso istruttorio) o alla ricorrente (come, in ipotesi, avrebbe potuto essere, ove il procedimento di soccorso istruttorio si fosse concluso in senso favorevole alla OMISSIS);
d) come quanto sopra rilevato appaia ancora più vero alla luce della nuova sistematica derivante dalla particolare disciplina processuale prevista dagli artt. 29, 1° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e 120, comma 2-*bis* del c.p.a. che evidenzia la necessità di una netta separazione funzionale e temporale tra la fase dell’ammissione dei concorrenti alla procedura di gara e le successive operazioni di aggiudicazione (comprendenti anche la fase dell’apertura delle buste contenenti le offerte e della conoscenza delle offerte da parte degli altri concorrenti);
e) come, trattandosi della violazione, in buona sostanza, di un principio generale della materia si tratti di una disciplina pienamente applicabile ai cd. “settori speciali”, anche ai sensi della previsione dell’art. 133 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 citata dalla difesa della controinteressata;
f) come si tratti di violazione di tale importanza da importare la necessità di procedere all’annullamento di tutti gli atti di gara, con conseguenziale integrale rinnovazione dell’intera procedura di gara; la necessità di rinnovare l’intera procedura determina poi ovviamente l’impossibilità di accoglimento delle ulteriori domande di aggiudicazione del contratto e risarcimento del danno articolate da parte ricorrente.
In definitiva, il ricorso deve pertanto essere accolto nei limiti indicati in motivazione e deve essere disposto l’annullamento degli atti impugnati; le spese di giudizio seguono la soccombenza e devono essere poste a carico della Stazione appaltante e liquidate, come da dispositivo.
Sussistono ragioni per procedere alla compensazione delle spese di giudizio nei confronti della controinteressata.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, come da motivazione e, per l’effetto dispone l’annullamento degli atti impugnati.
Condanna OMISSIS, alla corresponsione a parte ricorrente della somma di € 3.000,00 (tremila/00), oltre ad IVA e CAP, a titolo di spese del giudizio.
Compensa le spese di giudizio nei confronti della controinteressata.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 20 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:
Manfredo Atzeni, Presidente
Luigi Viola, Consigliere, Estensore
Raffaello Gisondi, Consigliere