**SENTENZE PROSSIMO NUMERO OGGIPA**

Pubblicato il 20/03/2018
N. 01765/2018REG.PROV.COLL.
N. 07104/2017 REG.RIC.

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

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 7104 del 2017, proposto da:
Parsifal Consorzio di Cooperative Sociali -Società Cooperativa Sociale Onuls, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Scalia, con domicilio eletto presso lo studio Tonucci & Partners Tonucci & Partners in Roma, via Principessa Clotilde 7;

contro

Aipes, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Armenante, con domicilio eletto presso lo studio Annalisa Di Giovanni in Roma, via di San Basilio 61;

nei confronti di

Consorzio Intesa Società Cooperativa Sociale Onlus A R.L., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Alfredo Zaza D'Aulisio, con domicilio eletto presso lo studio Francesco Cardarelli in Roma, via G.P. Da Palestrina 47;
Consorzio Valcomino Soc. Coop. Sociale A R.L., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Lio Sambucci, domiciliato ex art. 25 cpa presso Segreteria Iii Sezione Consiglio Di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro 13;
Sostegno Cooperativa Sociale A R.L., Agathè Cooperativa Sociale A R.L., Cooperativa Sociale Giulia, Sc.At. Società Cooperativa A R.L., Leonardo Società Cooperativa Sociale non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LAZIO - SEZ. STACCATA DI LATINA: SEZIONE I n. 00465/2017, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Aipes e di Consorzio Intesa Società Cooperativa Sociale Onlus A R.L. e di Consorzio Valcomino Soc. Coop. Sociale A R.L.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 febbraio 2018 il Cons. Umberto Realfonzo e uditi per le parti gli avvocati Francesco Scalia, Annalisa Di Giovanni su delega di Francesco Armenante, Lio Sambucci e Alfredo Zaza D'Aulisio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Con il presente gravame il Consorzio di Cooperative sociali “Parsifal” chiede l’annullamento della sentenza della Tar Lazio, sezione di Latina con la quale:

A.) è stato dichiarato irricevibile per tardività il ricorso (N.R.G. 549/2017) concernente la propria esclusione dalla gara, indetta dall’Associazione Intercomunale per l’Esercizio Sociale Consorzio per i Servizi alla Persona (AIPES), per l’affidamento del servizio integrato di assistenza familiare domiciliare in favore di anziani disabili, disagiati psichici, famiglie molto problematiche con minori a rischio e non autosufficienti residenti nel distretto socio sanitario FR/C di Sora;

B.) in conseguenza è stato dichiarato improcedibile, e non esaminato, il ricorso (N.R.G. 415/2017)

con il quale il Consorzio Parsifal aveva lamentato l’illegittimità dell’ammissione dell’aggiudicataria costituenda ATI tra i Consorzi Intesa e Valcomino alla fase successiva, per:

B.1. Violazione del disciplinare di gara per difetto del requisito d’idoneità professionale: per aver il Consorzio Valcomino indicato come esecutrice del servizio un’impresa iscritta nel registro presso la C.C.I.A.A. per una tipologia di attività radicalmente diversa da quella che costituisce oggetto dell’affidamento;

B.2. Falsa applicazione delle norme in materia di consorzi stabili ai consorzi di cooperative sociali (art. 45, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 50/2016), e conseguentemente difetto del requisito di capacità tecnico professionale: l’altro controinteressato Consorzio Intesa avrebbe utilizzato, in parte essenziale, il fatturato di due imprese consorziate;

B.3. Violazione dell’art. 45, comma 2, lett. b), per il difetto del requisito di capacità tecnico-professionale sotto diversi profili. Il Consorzio Intesa-Valcomino in particolare:

-- non avrebbe dichiarato il possesso dei requisiti di carattere generale delle imprese consorziate di cui pure avrebbe utilizzato il fatturato; -- avrebbe utilizzato i requisiti di imprese che però non aveva indicato come esecutrici del servizio ex art. 47, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 (nel testo vigente al momento della pubblicazione del bando); -- avrebbe violato l’art. 13.4 del disciplinare di gara nella parte in cui prescrive che il requisito della capacità tecnico professionale sia posseduto in misura maggioritaria dall’impresa mandataria, mentre nel caso di specie sarebbe posseduto in misura maggioritaria dalla impresa mandante.

B.4. Violazione dell’art. 15 e dell’art. 16 del disciplinare di gara, per non aver il Consorzio Intesa prodotto con la domanda l’atto costitutivo, richiesto a pena di esclusione.

Con atto in data 24 ottobre 2017 si è formalmente costituita l’AIPES la quale, con memoria per la camera di consiglio e con ulteriore replica per l’udienza di discussione, ha eccepito in linea preliminare l’inammissibilità del gravame e, nel merito ha insistito per la infondatezza del ricorso principale.

Il Consorzio Intesa - Società cooperativa sociale ONLUS, costituitasi formalmente in giudizio con memoria in data 22 gennaio 2018, ha insistito per la tardività del gravame principale di primo grado ed ha contestato tutti motivi di ricorso.

A sua volta il Consorzio Intesa-Valcomino, con l’atto di costituzione e con la successiva memoria per l’udienza, ha sottolineato l’irricevibilità, l’inammissibilità e l’infondatezza del ricorso; in punto di fatto ha ricordato come, dal 1 ottobre 2017, i servizi oggetto della procedura di gara sono stati affidati all’RTI aggiudicatario composto dal Consorzio Intesa-Valcomino.

Con ordinanza cautelare n. 4660/2017 la Sezione, nel respingere l’istanza di sospensione cautelare della decisione, ha affermato che la seduta, svoltasi il 15 giugno 2017, non avrebbe potuto tenersi essendo in quel momento comunque ancora efficace il decreto monocratico di sospensione della procedura del Presidente del Tar Latina del 13 giugno 2017, poi revocato il successivo 22 giugno 2017 seppure con efficacia solamente ex nunc.

A sua volta l’appellante principale, con la memoria di costituzione ed ulteriori brevi note, ha sottolineato l’erroneità della sentenza e, con memoria per l’udienza pubblica, ha altresì sottolineato la fondatezza nel merito dei motivi del secondo gravame non esaminati dal Tar.

All’udienza pubblica di discussione, uditi i difensori delle parti l’appello è stato ritenuto in decisione dal collegio.

**DIRITTO**

1.§. I primi quattro motivi di ricorso possono essere esaminati unitariamente in quanto concernono un medesimo nucleo problematico.

1.§.1. Con il primo motivo Parsifal deduce l’erroneità della sentenza gravata nella parte in cui non ha rilevato la nullità delle operazioni di gara di cui al verbale n. 5 del 15.6.2017, dalla cui data non poteva farsi decorrere il termine decadenziale, stante la validità dell’intervenuta sospensione della procedura disposta con decreto presidenziale n. 142/2017 del 13.6.2017.

La comunicazione dei punteggi assegnati alle offerte tecniche, avvenuta in una seduta pubblica illegittimamente tenuta, sarebbe stata un’operazione invalida, e giuridicamente non poteva avere alcun valore.

L’unico atto impugnabile, ai sensi dell’articolo 120, comma 2-bis del c.p.a., sarebbe stato il successivo verbale del 30 giugno 2017 con il quale l’Aipes ha comunicato in seduta pubblica i punteggi attribuiti alle offerte tecniche; ha proceduto all’apertura delle buste contenenti l’offerta economica ed ha deciso l’esclusione del consorzio appellante.

1.§.2. Con il secondo motivo il consorzio Parsifal contesta la ritenuta rilevanza della presenza di una sua rappresentante nella predetta seduta del 15.6. 2017, avendovi quest’ultima preso parte solo nella fase iniziale ed al solo fine di far constatare e verbalizzare l’intervenuta sospensione delle operazioni di gara.

1.§.3. Con il terzo motivo l’appellante Parsifal rileva, in ogni caso, l’inidoneità delle comunicazioni rese nella seduta del 15.6.2017 ai fini della piena conoscenza del provvedimento lesivo, posto che non sono state rese note le singole motivazioni dei punteggi attribuiti, e quindi le ragioni dell’esclusione.

1.§.4. Con il quarto motivo si censura l’omessa pronuncia in ordine alla richiesta, svolta in via subordinata, di rimessione in termini per errore scusabile.

In linea preliminare deve essere esclusa la sussistenza dei presupposti per accordare la rimessione in termini per errore scusabile di cui all’art. 37 c.p.a. oggetto del quarto motivo.

E’ evidente che, a prescindere da ogni ulteriore considerazione, nel caso in esame, difetta il necessario carattere di eccezionalità che connota tipicamente l’istituto (cfr. Consiglio Stato, Ad. Plen. 9 agosto 2012, n. 32).

Nel merito l’assunto può essere condiviso nei sensi e nei limiti che seguono.

Infatti ha ragione l’appellante Parsifal quando afferma che erano comunque inidonee a far decorrere il termine decadenziale:

a) la presenza di una sua incaricata alle operazioni del 15.6.2017;

b) l’illegittimità della medesima seduta di gara.

Quanto al primo punto, si osserva che l'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. espressamente collega il decorso del termine per impugnare i provvedimenti di ammissione e di esclusione alle procedure di gara, alla pubblicazione dei relativi verbali sul profilo del committente, ai sensi dell'art. 29, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50.

Come la dottrina ha avuto modo di precisare, il predetto art. 120, comma 2 bis, c.p.a.: -- è derogatorio dei principi tradizionali e prevede un meccanismo oneroso per i potenziali ricorrenti, per cui deve ritenersi di stretta interpretazione; -- è una previsione di carattere speciale, e come tale prevalente su ogni altra previsione o applicazione di tipo giurisprudenziale; --è diretto ad assicurare la celerità del procedimento di gara ed ad assicurare l’effettività della tutela, in quanto pone un termine certo ed uguale per tutti gli atti di impugnazione delle ammissioni e delle esclusioni.

Ciò premesso, ricordato che storicamente, l’irricevibilità del gravame per tardività è stata posta dall’ordinamento a tutela della certezza dei rapporti giuridici, per sanzionare processualmente i comportamenti obiettivamente negligenti, e comunque dilatori, delle parti, deve osservarsi che la mancata pubblicazione delle ammissioni sul profilo del committente della Stazione Appaltante prescritta dall'art. 29, comma 1, Codice dei contratti pubblici non può risolversi in un indebito favore alle amministrazioni inadempienti ed in un ingiusto svantaggio per i potenziali ricorrenti.

Laddove detta forma di pubblicità non abbia avuto corso, deve dunque ritenersi che la presenza di un delegato di un concorrente alla seduta di gara in cui si sono deliberate le ammissioni non è, di per sé, idonea alla decorrenza del termine decadenziale nei riguardi dell’impresa interessata.

Si deve ritenere che, in linea di principio, la decorrenza del termine decadenziale deve essere computata solo dalla data di pubblicazione dei verbali di ammissione e esclusione sul profilo del committente.

Nella fattispecie in esame, nulla le parti hanno riferito a proposito dell’avvenuta, o meno, pubblicazione dei verbali per cui, in difetto di tale adempimento, la decorrenza del termine decadenziale poteva esser computata solo successivamente alla revoca del decreto monocratico del 22 giugno 2017.

Come è noto, qualora l'efficacia di un provvedimento sia stata cautelarmente sospesa, l'amministrazione non perde il potere di provvedere sulla materia oggetto di contestazione in sede giurisdizionale, ben potendo essa persino ribadire, con nuova motivazione, il provvedimento oggetto di sospensione. Ciò non toglie che, sul piano giuridico, i provvedimenti interinali -- essendo strumentalmente diretti ad assicurare l’effettività della tutela giurisdizionale -- hanno un effetto temporaneamente preclusivo dell’attività amministrativa che permane fino alla pubblicazione della decisione della controversia ovvero fino al momento della loro revoca.

Se così non fosse, si finirebbe per vanificare del tutto la stessa tutela ante causam.

Nel caso in esame, la seduta di gara non si sarebbe potuta tenere per effetto del decreto presidenziale di sospensione della procedura.

In presenza di tale arresto procedimentale, tutte le operazioni della commissione di gara avvenute il 15.6.2017 devono dunque esser ritenute tamquan non esset.

Di contro deve escludersi che la successiva revoca della misura monocratica potesse comportare il venir meno ex tunc dell’effetto sospensivo precedente, anche solo al limitato fine di computare da tale data il termine di decadenza dall’impugnazione, come vorrebbe il Consorzio Valcomino nella sua memoria del 23 gennaio 2018. Come già rilevato in sede cautelare da questa Sezione, la revoca del 22 giugno 2017 aveva efficacia ex nunc, motivo per cuilaseduta del 15.6.2017 restava comunque giuridicamente irrilevante.

In definitiva sul punto, la seduta del 15.6.2017 non era comunque idonea ai fini della decorrenza dei termini per l’impugnazione in quanto tale riunione era avvenuta, in spregio del decreto presidenziale predetto di sospensione della procedura, nelle more della decisione collegiale.

La “piena conoscenza” ai fini dell’impugnativa era dunque intervenuta solo a far tempo dal 30 giugno 2017, data nella quale l’Aipes aveva comunicato in seduta pubblica rispettivamente: i punteggi attribuiti alle offerte tecniche; la conseguente esclusione del Consorzio Parsifal per mancato raggiungimento del punteggio tecnico minimo necessario; l’apertura delle buste contenenti l’offerta economica delle altre partecipanti.

Ciò premesso, ed in assenza di altri elementi sull’eventuale pubblicazione dell’esclusione, deve dunque concludersi che, in base al criterio suppletorio dell’effettiva conoscenza, il termine per la impugnazione dell’esclusione del Consorzio Parsifal decorreva solamente dal momento in cui lo stesso aveva avuto completa contezza dei punteggi riportati.

Si deve dunque concludere la tempestività del gravame diretto avverso l’esclusione del consorzio la cui notifica era pertanto pienamene in termini.

Nei predetti assorbenti profili la sentenza che ha dichiarato irricevibile per tardività il ricorso deve essere integralmente riformata.

2.§. Nell’ordine logico delle questioni, devono conseguentemente essere confutati i restanti motivi, non esaminati dal TAR, del ricorso di primo grado n. 549/2017, diretti avverso il giudizio di non raggiungimento del minimo punteggio tecnico da parte del Consorzio Parsifal.

2.§.1. Deve essere respinto il primo motivo, con cui si lamenta il difetto di motivazione e la violazione delle linee guida ANAC n. 2 del 21.9.2016, per non aver la Commissione di gara motivato i giudizi sulle offerte tecniche ed i relativi punteggi assegnati ai concorrenti come invece richiesto dalla giurisprudenza qualora nel bando di gara non siano preventivamente prefissati in modo sufficientemente dettagliato i criteri per la determinazione del punteggio minimo e massimo delle singole voci (cfr. Consiglio di Stato sezione III 24 aprile 2015 n. 2050; idem, sezione IV 20 aprile 2016 n 1556). L'attribuzione dei punteggi in forma numerica sarebbe accettabile in presenza di parametri di valutazione, con sottovoci e relativi punteggi sufficientemente analitici, tali da ridurre gli spazi di discrezionalità.

Al contrario si deve notare che il paragrafo 18.4 del disciplinare di gara (cfr. pag. 18 e ss.) ripartiva i vari item di valutazione dell’offerta in sottocriteri, indicando puntualmente ed analiticamente le finalità perseguite dai parametri ed i criteri motivazionali. In tale quadro, anche in relazione alle considerazioni sui singoli profili che seguono, è evidente come in concreto l’indicazione del semplice voto numerico non si sia risolta nell’indiscriminata attribuzione di arbitrari punteggi.

In ogni caso, la doglianza non appare, sul piano sintomatico dell’eccesso di potere, realmente in grado di scalfire la sostanza dei giudizi riportati dal Consorzio appellante sul piano formale e sostanziale.

2.§.2. Né sussiste l’illogicità della motivazione delle valutazioni della commissione sull’offerta tecnica presentata dalla Parsifal. I giudizi dei singoli commissari, in ordine al medesimo profilo dell’offerta tecnica del ricorrente, sarebbero in radicale contraddizione tra di loro.

Per l’appellante, ad esempio, il profilo di cui al criterio 1a) era stato giudicato “insufficiente” o “non valutabile” da alcuni commissari e “discreto” (es. commissario “e” e “d”) ed “ottimo” da altri.

Altra discrasia si sarebbe riscontrata per il criterio sub 1b in cui il giudizio attribuito era andato da 0,30 «insufficiente» a 0,75 «buono», passando per 0,70 «discreto» e 0,60 «più che sufficiente»; per il criterio sub 2b in cui il giudizio era andato da 0,10 «non valutabile» a 0,50 «sufficiente»; per i criteri sub 3b e 3c in cui i giudizi erano andati da 0,50 «sufficiente» a 0,90 «ottimo».

Di conseguenza il giudizio complessivo della commissione risulterebbe palesemente illogico e dunque non fondato sui criteri oggettivi richiesti dall’articolo 95 comma 6, del nuovo codice dei contratti. Inoltre due commissari, rispettivamente il responsabile dell’area amministrativa del Comune di Broccostella ed un commercialista, sarebbero stati del tutto privi della professionalità richiesta per la valutazione delle offerte.

L’assunto è infondato.

La divergenza delle valutazioni dei singoli commissari in ordine alle singole voci dell'offerta tecnica è immanente alla dialettica propria di un organo collegiale chiamato a scrutinare le offerte di una gara d'appalto ed è espressione delle preferenze soggettive dei commissari (cfr. Consiglio di Stato sez. VI 10 giugno 2013 n. 3203). Pertanto, il medesimo elemento può legittimamente essere remunerato con un punteggio elevato da parte di alcuni componenti e con retribuzione più bassa da parte di altri in conseguenza del ritenuto maggiore o minore pregio tecnico - qualitativo della proposta sulla base di elementi di preferenza, necessariamente soggettivi e opinabili, circa le soluzioni offerte.

Anzi, tali differenze di attribuzione dei punteggi sono fisiologiche e costituiscono un’indiretta testimonianza di autonomia di giudizio del singolo componente della commissione.

In ogni caso, gli apprezzamenti dei singoli commissari sono destinati ad essere assorbiti nella decisione collegiale finale, costituente momento di sintesi della comparazione e composizione dei giudizi individuali.

Del resto, né l’art. 77 né l’art. 95 del d.lgs. n. 50/2016 contengono elementi che possano far ritenere sussistente l’obbligo di ciascun commissario di verbalizzare una specifica motivazione dei singoli punteggi attribuiti.

La separata enunciazione dei punteggi attribuiti dai singoli Commissari è quindi destinata ad assumere valore di formalità interna relativa ai lavori della Commissione esaminatrice – i cui giudizi, ai fini della verbalizzazione e della pubblicità esterna, sono sufficientemente documentati con la sola attribuzione del voto complessivo finale (cfr. Consiglio di Stato sez. III 13 ottobre 2017 n. 4772; ed in precedenza Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2015, n. 4209 e sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 810 ).

In definitiva sul punto, le valutazioni operate dai singoli componenti del seggio durante i lavori della commissione aggiudicatrice, risultanti dalla verbalizzazione, devono ritenersi irrilevanti dovendosi avere riguardo esclusivamente al voto complessivo finale.

Per quanto concerne poi la pretesa estraneità di due componenti alle attività oggetto dell’appalto, si ricorda che per giurisprudenza del tutto consolidata (formatasi in relazione all'art. 84 dell’abrogato d.lgs n. 163/2006 ed oggi tranquillamente estensibile al precetto di cui all’art.77 comma 1 del nuovo codice dei contratti) la competenza tecnica della commissione di gara deve essere riferita alla commissione nel suo complesso, e non è necessario che l'esperienza professionale di ciascun componente copra tutti i possibili ambiti oggetto di gara.

Nel caso in esame, non sono state opposte reali ragioni per ritenere che il responsabile dell’area amministrativa del Comune di Broccostella ed il commercialista designato non fossero idonei a sedere nella Commissione giudicatrice dell’appalto per l’assistenza familiare domiciliare in favore di anziani disabili, disagiati psichici, famiglie, minori a rischio e non autosufficienti, specie considerando l’ampio ventaglio di servizi comprendenti non solo prestazioni di carattere assistenziale, ma anche ulteriori servizi di consulenza amministrativa, legale e fiscale, di didattica, ed iniziative turistiche e ludiche.

Il motivo va dunque complessivamente disatteso.

2.§.3. Con la terza censura, articolata in più doglianze si lamenta che la valutazione delle offerte tecniche operata nei confronti della ricorrente e delle controinteressate sarebbe evidentemente viziata dalla manifesta illogicità della motivazione e dall’erroneità dei presupposti.

Per l’appellante – anche con una stima assolutamente prudente e per difetto -- il confronto tra le offerte tecniche, sulla base dei sub criteri e dei criteri motivazionali porterebbe a ritenere sottostimato il punteggio di soli 25,95 punti, che la Commissione ha assegnato alla proposta di Parsifal.

Una corretta valutazione avrebbe consentito al ricorrente di superare lo sbarramento dei 48 punti previsto per l’offerta tecnica, e con ogni probabilità anche di collocarsi al vertice della graduatoria o comunque sicuramente davanti al concorrente Leonardo.

L’assunto è complessivamente infondato.

In linea generale, sul gruppo di doglianze, si deve ricordare che, nelle gare di appalto, le valutazioni, i giudizi espressi e l'attribuzione di un punteggio numerico all’offerta della commissione giudicatrice in sede di applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sono esplicazione di un’attività di merito riservata alla sfera tecnica altamente discrezionale dell'amministrazione, in quanto tale insindacabile in sede giurisdizionale, fatta salva la presenza di macroscopici errori di fatto ovvero di illogicità ed irragionevolezza manifesta. Al riguardo, deve perciò escludersi che, di norma, il giudice possa far luogo ad un proprio ed autonomo giudizio finalizzato ad una diversa valutazione del progetto presentato (cfr. da ultimo Consiglio di Stato sez. III 07 marzo 2014 n. 1072).

Per poter desumere che la commissione sia effettivamente incorsa in macroscopici vizi logici e di irragionevolezza deve infatti sussistere un evidente contrasto su specifiche circostanze emergenti sulla base di elementi di fatto non opinabili (cfr. Consiglio di Stato sez. III 14 novembre 2017 n. 5258).

In ogni caso, l’esame dei singoli profili deve essere partitamente effettuato.

2.§.3.1. La Commissione avrebbe illegittimamente attribuito per il sub criterio 1a) «Progetto organizzativo e di gestione»: 0,52 (punti 9,9) a Parsifal, 0,77 (punti 14,55) a Leonardo e 1,00 (punti 19) a Intesa-Valcomino. Queste ultime due offerte avrebbero violato il CCNL di categoria per la presenza di un altissimo turnover (Leonardo) e per la discontinuità del rapporto operatori/utenza (Intesa-Valcomino).

Ancorché nell’appalto precedente, il personale fosse stato impiegato per un monte ore di 46.970 per otto mesi, nella nuova gara le ore totali del servizio sarebbero scese ad un totale di ore 38.570 per dieci mesi (pari a di 890 ore settimanali), Parsifal avrebbe comunque proposto un’organizzazione del servizio articolata su 1 Responsabile e 41 operatori con le qualifiche richieste dalle specifiche tecniche organizzative, prevedendo così un impiego medio di 21,71 ore per operatore.

Leonardo invece avrebbe riportato un «tasso di turn over negativo» occupazionale pari a 39,10%, per cui nell’ultimo anno 4 lavoratori su 10 si sarebbero dimessi o sarebbero stati licenziati; mentre la Cooperativa Domino, esecutrice dell’appalto per Parsifal, avrebbe un tasso di turn over negativo pari a 4,55%. La Leonardo avrebbe un valore altissimo all’indicatore tra assunti/licenziati, pari a 94,06, mostrando una scarsa capacità di organizzazione aziendale, di valorizzazione del personale e del fondamentale aspetto della continuità del rapporto operatori/utenza.

La proposta di Parsifal avrebbe dovuto ottenere il punteggio maggiore ed una corretta ponderazione di tale sub criterio le avrebbe consentito di ottenere almeno 9,1 punti in più di quelli assegnati.

L’assunto non convince.

La censura di violazione del CCNL appare inammissibile per genericità, in quanto difetta di ogni circostanziato riferimento alle singole norme che si assumono violate, ed alla loro ineluttabile rilevanza per la censura qui in esame. Nel merito esattamente l’amministrazione ricorda che l’articolo 26 del CCNL prevede per le cooperative la possibilità di scendere al di sotto delle 12 ore per un numero massimo del 10% dell’organico della ditta appaltatrice.

In ogni caso poi la valutazione del presente progetto di servizio non è affidata alla automatica considerazione di elementi meramente numerici, ma presuppone la valorizzazione dei diversi aspetti della complessiva proposta negoziale.

La valutazione della funzionalità qui riguarda non solo il dato numerico degli operatori e delle ore impiegate ma la loro disponibilità e reperibilità nell’arco della giornata, la loro distribuzione concreta nei comuni maggiori ed in quelli minori, ecc. ecc. .

Si tratta di valutazioni quindi che attengono ad un profilo di merito amministrativo come tale estraneo al sindacato di questo giudice.

Le valutazioni sulla percentuale degli indicatori di turn over degli altri concorrenti, denunciati da Parsifal, appaiono avere un carattere meramente insinuatorio, e di per sé in realtà non provano nulla.

Per contro, l’appellante non avrebbe a sua volta tenuto conto della “clausola sociale” concernente l’obbligo di riassunzione previsto dal CCNL, di cui alla memoria del 24 ottobre 2017 della controinteressata Intesa-Valcomino.

Anche questo profilo va dunque respinto.

2.§.3.2 Considerazioni analoghe a quelle effettuate in precedenza devono svolgersi per quanto concerne la valutazione del sub criterio 1b) «Risorse strumentali messe a disposizione “. In esito ad un quesito la S.A. aveva confermato che il criterio motivazionale delle “migliori risorse strumentali” sia in termini qualitativi che quantitativi faceva esclusivamente riferimento a strumenti e attrezzature musicali e informatiche» (cfr. punto 16 delle FAQ). La Commissione avrebbe discrezionalmente valutato che il mero elenco degli strumenti musicali, senza alcuna specifica della loro qualità e senza un’indicazione sul loro utilizzo nell’ambito del progetto, dovesse meritare un punteggio deteriore.

Mentre Parsifal aveva offerto ben n. 93 strumenti musicali di 58 differenti tipologie ottenendo 4,45 punti, Leonardo aveva indicato 19 strumenti di 5 tipologie e ottenendo 5,374 punti; Intesa-Valcomino, invece, che aveva previsto solo 5 chitarre e 4 “scatole di strumenti misti” aveva avuto il punteggio massimo di 7 punti, che sarebbe dovuto andare al Consorzio odierno appellante.

La censura è priva di pregio.

Le “risorse strumentali” non riguardavano infatti i soli strumenti musicali, ma tutta una ben maggiore serie di attrezzature. Per limitarsi alla sola offerta aggiudicataria si ricorda ad es. che l’offerta Intesa-Valcomino aveva previsto: tre sedi operative, n. 5 pulmini, n. 5 kit per telemedicina, n. 30 kit per teleassistenza, n. 5 notebook, n. 4 tablet, una licenza multipla per ingranditori, n. 20 radio e stereo ed inoltre CD educativi e di inglese, fotocamere sollevatori per disabili, sistema rilevamento presenze operatori e pazienti, apparecchiature per radiografie a domicilio, ecc. (cfr. pagg. 32-34). In base alla comune esperienza si tratta, dunque, di tutti ausili specificamente connessi con il servizio, per cui il punteggio attribuito all’aggiudicataria è tutt’altro che illogico.

Per contro, nulla dice l’appellante sulle altre sue attrezzature, in relazione alle quali il consistente numero di strumenti musicali, nella specie, risultava del tutto irrilevante in quanto non si trattava di gestire una “scuola di musica”.

6.§.3.3. Per il sub criterio 1.c) «Servizi aggiuntivi e migliorativi», Parsifal assume che avrebbe avuto diritto quanto meno allo stesso punteggio di Leonardo: cioè 5,15 contro i 3,39 attribuitigli.

L’offerta di 24 servizi aggiunti del ricorrente sarebbe stata equivalente a quella di Leonardo che aveva proposti 28 servizi aggiunti, includendone quattro già previsti dal capitolato.

Inoltre il ricorrente avrebbe offerto 6141 ore aggiuntive, contro le 1080 offerte da Leonardo.

La doglianza è inconferente, oltreché generica ed infondata.

E’ inconferente perché il suo accoglimento non farebbe comunque conseguire, il superamento del punteggio ottenuto dal Consorzio controinteressato.

E’ generica perché la mera indicazione numerica dei servizi, da sola, non ha alcun rilievo in quanto le prestazioni ulteriori “non si contano” ma “si valutano” secondo la loro diretta e maggiore utilità. Come già osservato in precedenza, sebbene questo giudice non possa entrare nel merito delle valutazioni, in base alla comune esperienza, gli apprezzamenti in materia della Commissione non appaiono complessivamente irragionevoli rispetto al ventaglio di servizi aggiuntivi offerti dalle altre parti (es.: reperibilità, call center consulenza amministrativa, legale e fiscale, di didattica informatica, musicale, teatrale, fotografica, ecc., di iniziativa turistica e ludica, ecc. ecc.).

2.§.3.4. Per il sub criterio 1.d) «Sistemi di gestione per la qualità del servizio» la Commissione illogicamente avrebbe assegnato a Leonardo 2,322 punti ed al ricorrente solo 1,40 punti in quanto mentre Leonardo avrebbe previsto strumenti di valutazione della qualità soltanto nella fase ex ante, Parsifal avrebbe indicato strumenti per il monitoraggio continuo dei casi.

Inoltre, Leonardo avrebbe indicato alcuni test e strumenti che potrebbero essere somministrati solo da professionalità non comprese nell’equipe stabile del servizio né nelle figure di supporto (ad es. Test di autostima Basic Self Esteem Scale, pag. 37 dell’offerta), mentre Parsifal ne avrebbe indicati altri, che possono essere somministrati esclusivamente da psicologi, professionisti non presenti nella proposta tecnica di Leonardo.

Infine, mentre Parsifal avrebbe proposto la somministrazione di questionari customer satisfaction in 2 momenti: all’avvio ed alla conclusione del servizio; Leonardo avrebbe proposto tale somministrazione con cadenza semestrale, cosa che per un appalto di soli 10 mesi potrebbe voler dire una sola somministrazione.

A tutto voler concedere, assegnando a Parsifal lo stesso punteggio assegnato all’offerta di Leonardo (nonostante si sia dimostrato come la stessa sia oggettivamente peggiore), il ricorrente recupererebbe altri 0,92 punti nella valutazione complessiva finale.

L’amministrazione oppone, per contro, che l’offerta del Consorzio farebbe riferimento a strumenti di valutazione non in linea con le disposizioni regionali (cfr. Valgraf pagina 32 dell’offerta) e comunque indicherebbe un percorso non adeguato alla brevità di un appalto di soli 10 mesi, che non permetterebbe l’utilizzo dei risultati del questionario al fine del miglioramento del servizio.

Anche qui, la censura implica evidenti valutazioni sul merito delle offerte ed è quindi comunque inammissibile.

2.§.3.5. Appare poi esente dalle dedotte mende anche l’attribuzione dei punteggi per il sub-criterio 2.a) «Analisi del contesto locale, del valore sociale di ritorno sul territorio e iniziative di comunicazione e partecipazione». Il ricorrente al riguardo assume di aver presentato un’offerta articolata e dettagliata perfettamente rispondente a tutti i criteri indicati nel paragrafo avendo indicato le modalità di raccordo con tutti gli stakeholder principali (cittadini, persone e famiglie interessate al servizio, famiglie degli utenti, Comuni, partner strategici, ASL, terzo settore, etc), mentre Leonardo si sarebbe limitato ad affermare che la valutazione degli impatti sociali sarebbe avvenuta a mezzo di procedure standard descritte nel “Manuale per la Qualità” senza neanche dettagliare le esternalità positive previste per il territorio.

Anche a tale proposito deve rilevarsi che la valutazione in punto di fatto circa la carenza o meno dell’offerta di Leonardo esula dalla sfera della giurisdizione del giudice amministrativo.

Sotto il profilo dell’eccesso di potere non sembra peraltro siano state introdotte reali ragioni per dubitare delle valutazioni di tale profilo sul piano qualitativo.

2.§.3.6. Per il sub criterio 2b) «Lavoro di rete» Parsifal avrebbe presentato n.5 progetti di partenariato, di cui 3, con il coinvolgimento di 36 partner, e n. 2 con il coinvolgimento di 12 partner, e sarebbe anche presente al tavolo tematico per il Coordinamento Regionale del Lazio per il Servizio Civile Nazionale della Regione Lazio, mentre Leonardo avrebbe presentato una rete di soli 11 partners, senza specifici progetti di partenariato, e 5 convenzioni con Università per tirocini inseriti in progetti formativi, estranei quindi all’oggetto del sub criterio in questione. La Commissione ha però assegnato 3,85 punti a Leonardo e solo 2,95 punti all’offerta del ricorrente, che sarebbe stata nettamente migliore sotto il profilo qualitativo che quantitativo.

Anche tale profilo è infondato.

Come visto, anche a tale proposito il numero dei progetti ed il numero dei partner di per sé da solo non ha alcun rilievo e la valutazione delle qualità attiene al merito amministrativo.

Ciò premesso non appare manifestamente irragionevole:

-- la valutazione della proposta del Parsifal, sull’evidente presupposto che essendo l’AIPES già un ente di 1° classe del Servizio Civile non si era ritenuto che tale profilo non potesse arrecare alcun concreto miglioramento di una rete di rapporti già pre-esistente;

-- la più favorevole valutazione del Consorzio Leonardo che avrebbe proposto un lavoro di rete su tutto il territorio del distretto “C” anche relativamente all’offerta formativa dei giovani.

-- la minore valutazione dell’offerta Parsifal, che avrebbe allegato solo 22 lettere dei partner (non i 71 dichiarati in ricorso), ed avrebbe identificato interlocutori solo su 5 comuni in luogo dei 27 facenti parte dell’associazione appaltante,

--la miglior valutazione del Consorzio Intesa-Valcomino perché aveva proposto intese che interessavano 15 Comuni sui 27 dell’AIPES.

2.§.3.7 Per il sub-criterio 2c) «Collaborazione con il territorio», con un giudizio manifestamente illogico la Commissione ha assegnato 7 punti a Intesa-Valcomino, 2,06 punti a Leonardo e 2,88 punti a Parsifal. Quest’ultima avrebbe presentato 23 accordi di partenariato nel territorio del distretto FR/C di competenza AIPES, mentre

--Leonardo avrebbe presentato soltanto un elenco di categorie di servizi territoriali senza lettere di partenariato e senza alcun riferimento al territorio;

--Intesa-Valcomino avrebbe riproposto gli stessi partenariati presentati al paragrafo relativo al sub criterio 2.b).

L’A.T.I. risultata provvisoriamente aggiudicataria per il profilo in esame non avrebbe presentato alcuna novità per cui il punteggio massimo doveva essere assegnato al ricorrente.

Anche tale doglianza non convince.

Non vi infatti è alcuna contraddizione nella valutazione degli stessi partenariati, perché la coincidenza dei partner indicati anche al punto che precede non significa necessariamente che le reti già esistenti non diano luogo a nuove forme di collaborazione con il territorio e alla realizzazione di collaborazione in ulteriori campi.

Inoltre non appare illogica la valorizzazione dell’offerta del Consorzio Intesa-Valcomino effettuata dalla commissione in quanto la medesima aveva dettagliato le modalità e gli strumenti di azione ivi previsti (pagine 78-79-80-81 della relativa offerta tecnica).

Comunque, a tutto voler concedere, tale aspetto non potrebbe sovvertire l’esito della valutazione dell’offerta Parsifal.

2.§.3.8. Per il sub criterio 3.a) «Valutazione del personale» Parsifal assume che il suo personale avrebbe avuto tutta l’esperienza ed i titoli richiesti dal capitolato e che, se confrontati con i C.V. presentati dagli altri concorrenti, tale profilo avrebbe dovuto essere valutato quanto meno allo stesso livello. Inoltre, in base ai CV dell’ATI Intesa-Valcomino, n.13 degli operatori indicati non avrebbero avuto i 2 anni di servizio minimo richiesti dall’art. 5 dell’allegato al capitolato, n. 2 non avrebbero avuto la qualifica richiesta, n.1 avrebbe presentato un c.v. illeggibile, n. 7 avrebbero titoli di studio estranei all’oggetto del servizio e non previsti nell’elenco da a) a e) dell’art. 5 dell’allegato n. 1 al capitolato.

L’assunto va respinto.

In primo luogo è forse plausibile che la commissione possa aver valutato il suo personale sulla base di una capacità operativa sperimentata nella precedente gestione del servizio da parte del Consorzio Parsifal.

Per contro, l’appellante descrive in termini negativi un aspetto che la Commissione ha anzi ritenuto essere elemento preferenziale dell’offerta della Intesa-Valcomino, che aveva arricchito la sua struttura con ulteriori professionalità, non oggetto di gara, di supporto tecnico organizzativo e comunque migliorativo (ad es.: tecnico della riabilitazione psichica come operatore specializzato all’assistenza dei disagiati psichici multi problematici).

Del tutto logicamente, dunque la Commissione ha assegnato il punteggio massimo di 7 p.ti a Intesa-Valcomino, e p.ti 3,28 al Consorzio ricorrente.

2.§.3.9. Per il sub criterio 3.b) «Programmi di formazione» Parsifal avrebbe proposto un piano formativo del personale addetto allo svolgimento del servizio di 180 ore totali, differenziato per Responsabile del Servizio e Operatori domiciliari, mentre Intesa-Valcomino avrebbe proposto un piano formativo di 96 ore totali, differenziato per Responsabile del Servizio e Operatori domiciliari comprensivo anche delle 16 ore di formazione relativa alla sicurezza sui luoghi di lavoro che ogni operatore ha l’obbligo di svolgere e che non poteva essere valutabile.

Avverso a tale ricostruzione si osserva che, sulla base della comune esperienza, non è irragionevole che l’amministrazione possa aver giudicato il piano formativo di Parsifal non molto credibile perché prevedeva un monte ore troppo elevato rispetto alla durata di un appalto di soli 10 mesi.

La Commissione logicamente ha dunque assegnato al ricorrente p.ti 2,45 ed il punteggio di 3,24 alla proposta di Intesa-Valcomino che, con contenuti tra l’altro molto simili, prevedeva un numero di ore del tutto ragionevoli rispetto alla durata del servizio.

2.§.3.10. Per il sub criterio 3.c) «Processo di selezione, sostituzione e coordinamento del personale», Parsifal assume di aver presentato una modalità di ricerca, selezione e inserimento del personale completa in tutte le fasi; mentre Intesa-Valcomino avrebbe, invece, presentato una procedura di selezione carente per la fase di ricerca e selezione senza indicare né gli strumenti né i tempi di realizzazione; inoltre, a differenza di Parsifal, non avrebbe esplicitato le funzioni del coordinatore e della supervisione. Ciò nonostante, la Commissione ha assegnato a Intesa-Valcomino il punteggio di 5,50 ed al ricorrente il minor punteggio di 4,88.

Al riguardo, al di là del merito della questione, deve invece rilevarsi che l’eccessiva complicazione dei processi di selezione del personale appare del tutto recessivo in un appalto di soli 10 mesi, che prevedeva altresì la “clausola sociale” per il riassorbimento del precedente personale.

2.§.4. La complessa ed articolata censura non appare complessivamente in grado di sovvertire il risultato finale della valutazione perché i singoli aspetti delle offerte appaiono esser stati comunque correttamente valutati nell’ambito della proposta tecnica complessiva.

In definitiva, si deve osservare che, nel caso in esame, nelle valutazioni della commissione non si rinvengono gli elementi realmente sintomatici sotto il profilo dell’eccesso di potere.

3.§. In conseguenza del rigetto dei motivi che precedono e della riconosciuta legittimità della sua espulsione dalla gara, il Consorzio Parsifal non ha più interesse, per difetto dei requisiti, ai tre motivi dedotti sub B), di cui amplius supra -- con cui si censurava in via derivata la dichiarazione di improcedibilità del ricorso ex art. 120, commi 2-bis e 6-bis e si riproponevano le censure dirette avverso l’ammissione del consorzio Intesa-Valcomino -- che devono dunque essere dichiarati improcedibili.

4.§. In accoglimento dei primi quattro motivi dell’appello del Consorzio Parsifal deve dunque essere riformata la sentenza oggetto di gravame nella parte in cui ha dichiarato irricevibile per tardività il ricorso di primo grado.

Nel merito, l’appello stesso deve esser dichiarato in parte infondato ed in parte improcedibile.

Le spese del presente giudizio tuttavia, in relazione alla soccombenza parziale reciproca, devono tuttavia esser compensata tra tutte le parti.

**P.Q.M.**

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

1. accoglie in parte l’appello di cui in epigrafe e per l’effetto annulla la sentenza di primo grado limitatamente alla pronuncia di tardività;

2. respinge per la restante parte l’appello stesso, perché in parte infondato ed in parte improcedibile, nei sensi di cui in motivazione.

3. Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giorgio Calderoni, Consigliere

L'ESTENSORE  IL PRESIDENTE
Umberto Realfonzo  Lanfranco Balucani

Pubblicato il 12/03/2018
**N. 01543/2018REG.PROV.COLL.**
**N. 08385/2017 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 8385 del 2017, proposto dal Consorzio Integra Societa' Cooperativa in proprio e in qualità di Capogruppo mandataria di un R.T.I. con la RCM Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Principessa Clotilde, 2
***contro***
Argo Costruzioni Infrastrutture Societa' Consortile Per Azioni – Consorzio Stabile (A.C.I. S.C.P.A.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Giuffre' e Enrico Gai, con domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Giuffré in Roma, via degli Scipioni, 288;
Autorità di Sistema Portuale del Mare Ionio - Porto di Taranto, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12
***nei confronti di***
Taranto Logistica S.p.A., Vinella S.r.l., Castelli S.r.l., Sgromo Costruzioni S.r.l., Semat S.p.A., Impresa Ottomano Ing. Carmine S.r.l., Operà S.r.l. non costituiti in giudizio;
C.B.Mc. Conglomerato Bituminosi - Manufatti - Cementizi Srl, Verdidea Srl, Basento Scavi Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Pietro Quinto, Luigi Quinto, con domicilio eletto presso lo studio Dott. Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini 30
***per la riforma della sentenza del T.A.R. della Puglia – Sezione staccata di Lecce, Sezione I, n. 1858/2017***

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio della Argo Costruzioni Infrastrutture Societa' Consortile per Azioni – Consorzio Stabile (A.C.I. S.C.P.A.), dell’Autorità di Sistema Portuale del Mare Ionio - Porto di Taranto, della C.B.Mc. Conglomerato Bituminosi - Manufatti - Cementizi Srl, della Verdidea Srl e della Basento Scavi S.r.l.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 febbraio 2018 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l’avvocato Clarizia, l’avvocato Gai e l’avvocato Notarnicola su delega degli avvocati Luigi Quinto e Pietro Quinto

**FATTO**

Con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. della Puglia – Sezione staccata di Lecce la Consorzio Integra soc. coop. ha impugnato, chiedendone l’annullamento, gli atti e i provvedimenti con cui la dalla Argo Costruzioni Infrastrutture - ACI S.C.P.A. (*General Contractor* per la realizzazione di interventi nel Porto di Taranto) ha aggiudicato all’appellato Consorzio Integra la gara di appalto a procedura ristretta per la realizzazione di alcuni lavori sul IV Sporgente della Darsena Ovest del Porto di Taranto (gara indetta con bando pubblicato sulla GUCE – IV s.sp. in data 12 agosto 2015).
Con la sentenza in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale adito ha respinto il ricorso principale e ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale proposto dall’aggiudicataria C.B.M.C.
La sentenza in questione è stata impugnata in appello dalla soc. coop. Consorzio Integra la quale ne ha chiesto la riforma articolando i seguenti motivi:
*1) Error in iudicando – Difetto di istruttoria – Illogicità – Violazione dei punti III.2.1., III.2.2, III.II.2 e VI.2.1 n. 4 del Bando di gara – Violazione degli artt. 49, 55, 62 e 67 del decreto legislativo n. 163 del 2006 e dell’articolo 88 dle d.P.R. 207 del 2010;*
*2) Error in iudicando – Difetto di istruttoria – Illogicità – Violazione dei punti III.2.1., III.2.2, III.II.2 e VI.2.1 n. 4 del Bando di gara – Violazione dell’articolo 37 del decreto legislativo n. 163 del 2006 e degli articoli 61 e 92 del d.P.R. 207 del 2010;*
*3) Error in iudicando – Difetto di istruttoria – Illogicità – Violazione dei punti III.2.1., III.2.2, III.II.2 e VI.2.1 n. 4 del Bando di gara e II.1 della Lettera di invito – Violazione degli articoli 49, 55, 62 67 del decreto legislativo n. 163 del 2006 e dell’articolo 88 del d.P.R. 207 del 2010 – Violazione della sentenza della Corte di giustizia dell’UE in causa C-223/16;*
*4) Error in iudicando – Difetto di istruttoria – Illogicità – Violazione dei punti III.2.1., III.2.2, III.II.2 e VI.2.1 n. 4 del Bando di gara e II.1 della Lettera di invito – Violazione dell’articolo 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006 e dell’articolo 88 del d.P.R. 207 del 2010;*
*5) Error in iudicando – Difetto di istruttoria – Illogicità – Violazione dei punti III.2.1., III.2.2, III.II.2 e VI.2.1 n. 4 del Bando di gara e II.1 della Lettera di invito – Violazione degli articoli 92 e 61 del d.P.R. 207 del 2010 – Violazione dell’articolo 49 del decreto legislativo 163 del 2006 e dell’articolo 88 del d.P.R. 207 del 2010;*
*6) Error in iudicando – Difetto di istruttoria – Illogicità – Violazione dei punti III.2.1., III.2.2, III.II.2 e VI.2.1 n. 4 del Bando di gara e II.1 della Lettera di invito – Violazione dell’articolo 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006 – Violazione dell’articolo 97 della Costituzione*
*7) Error in iudicando – Difetto di istruttoria – Illogicità – Violazione dei punti III.2.1., III.2.2, III.II.2 e VI.2.1 n. 4 del Bando di gara – Violazione dell’articolo 49 del decreto legislativo n. 163 del 2006 e dell’articolo 88 del d.P.R. 207 del 2010.*
Si è costituita in giudizio la Argo Costruzioni Infrastrutture s.c.p.a. la quale ha concluso nel senso dell’infondatezza dell’appello.
Si è altresì costituita in giudizio l’Autorità di Sistema Portuale del Mare Ionio – Porto di Taranto la quale ha concluso nel senso della reiezione dell’appello.
Si sono infine costituite in giudizio la C.B.M.C. s.r.l., la Verdidea s.r.l., e la Basento Scavi s.r.l. le quali hanno concluso nel senso dell’infondatezza dell’appello.
Alla pubblica udienza del giorno 1 febbraio 2018 il ricorso è stato trattenuto in decisione

**DIRITTO**

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto dal Consorzio Integra – Soc. Cooperativa, attivo nel settore delle costruzioni (il quale aveva partecipato a una procedura ristretta indetta dalla ACI S.C.P.A. - General Contractor per la realizzazione di interventi nel Porto di Taranto - per la realizzazione di alcuni lavori sulla Darsena Ovest e si era classificata al secondo posto della graduatoria finale), avverso la sentenza del T.A.R. della Puglia – Sezione staccata di Lecce con cui è stato respinto il ricorso avverso gli atti con cui la gara è stata aggiudicata al R.T.I. CBMC
2. In primo luogo il Collegio deve esaminare il motivo (già proposto in sede di ricorso incidentale in primo grado, dichiarato assorbito dal primo Giudice e qui riproposto ai sensi dell’articolo 101, comma 2 cod. proc. amm.) con cui le appellate CBMC, Verdidea e Basento Scavi osservano che l’appellante principale avrebbe dovuto in ogni caso essere esclusa dalla procedura per cui è causa.
Le società deducenti osservano in particolare:
- che il Consorzio CCC (il quale aveva partecipato alla fase di prequalifica e al quale era succeduto in virtù di contratto di affitto d’azienda l’appellante Consorzio Integra) avrebbe dovuto essere escluso dalla gara, mercé la previsione di cui all’articolo 38, comma 1, lettera c) del decreto legislativo n. 163 del 2006. In particolare, l’esclusione avrebbe dovuto essere disposta in ragione:*i*) di una risoluzione contrattuale in danno del Consorzio CCC disposta nel 2012 dalla Cassa Nazionale di Previdenza ed Assistenza dei Dottori Commercialisti; *ii*) di una risoluzione in danno del Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione (incorporato per fusione dalla CCC) disposta dalla SITRASB e dall’Azienda Ospedaliera San Giovanni Battista di Torino. L’esclusione avrebbe dovuto essere disposto sia per la valenza ostativa in se delle richiamate risoluzioni contrattuali, sia per la lacuna dichiarativa realizzata nei confronti della stazione appaltante (ed infatti, ai fini della prequalifica, il Consorzio CCC avrebbe dichiarato – contrariamente al vero – che non sussistesse alcuna delle ragioni ostative di cui all’articolo 38, comma 1, lettera c) del decreto legislativo n. 163 del 2006);
- che lo stesso Consorzio Integra (il quale, come si è detto, era succeduto al Consorzio CCC in virtù di contratto di affitto di azienda e che aveva quindi partecipato alla procedura ristretta per cui è causa) avrebbe dovuto essere escluso dalla gara a causa di una risoluzione in danno dichiarata dal Tribunale di Taranto con sentenza n. 2417/2016. Anche in questo caso, l’esclusione dalla procedura per cui è causa avrebbe dovuto essere disposta sia per la valenza ostativa in se delle richiamate risoluzioni contrattuali, sia per la lacuna dichiarativa realizzata nei confronti della stazione appaltante.
2.1. Il motivo in tal modo riproposto deve in primo luogo essere dichiarato inammissibile in quanto sollevato nella forma della riproposizione in appello di cui all’articolo 101, comma 2 cod. proc. amm. e non nella (necessaria) forma dell’appello incidentale (da notificarsi ritualmente alle controparti).
L’appellante principale Consorzio Integra ha correttamente rilevato al riguardo che i motivi inerenti la presunta violazione da parte della stessa appellante delle prescrizioni di cui all’articolo 38, comma 1, lettera c) del decreto legislativo n. 163 del 2006 non potevano considerarsi “assorbiti” o “non esaminati” nell’ambito della sentenza di primo grado, avendo costituito – piuttosto – oggetto di puntuale disamina nell’ambito della sentenza appellata, la quale aveva concluso sul punto per una pronuncia di inammissibilità.
La pronuncia di inammissibilità di un motivo di ricorso puntualmente affrontato non può quindi essere assimilata (quanto all’applicazione dell’articolo 101, cod. proc. amm.) a un omesso esame o a un assorbimento, a nulla rilevando in senso contrario il fatto che l’esame si sia concluso con una statuizione in rito.
La questione avrebbe dunque dovuto essere riproposta dalla CBMC, dalla Verdidea e dalla Basento Scavi nella necessaria forma dell’appello (principale o incidentale), che nel caso in esame è mancata.
Di qui l’inammissibilità del motivo.
2.2. Fermo restando il carattere dirimente a fini del decidere di quanto rilevato *retro*, *sub* 2.1. si osserva comunque che il motivo riproposto non risulta neppure fondato nel merito.
Al riguardo si osserva:
- che il ramo d’azienda relativo alle attività nel cui ambito è maturata la risoluzione in danno pronunciata dal Tribunale di Taranto non coincide con quello oggetto di cessione dal Consorzio CCC al Consorzio Integra (il che è confermato dalla circostanza che l’atto transattivo con il Comune di Taranto – successivo all’affitto del ramo d’azienda in favore del Consorzio Integra – è stato comunque stipulato dal Consorzio CCC e non dal Consorzio appellante);
- che, al momento in cui il Consorzio CCC aveva presentato la propria domanda di prequalifica ai fini della partecipazione alla gara per cui è causa (settembre 2015) la risoluzione in danno di cui trattasi non era stata ancora disposta dal Tribunale di Taranto (il quale vi avrebbe provveduto solo nell’agosto del 2016). Difetta quindi in radice la violazione degli obblighi dichiarativi su cui si fondano *in parte qua* i motivi riproposti ai sensi dell’articolo 101, comma 2 del cod. proc. amm.
3. L’appello principale, che deve quindi essere esaminato nel merito, è fondato.
In particolare, è fondato il primo motivo con cui il Consorzio Integra (reiterando analogo motivo già articolato in primo grado e disatteso dal T.A.R.) ha lamentato la mancata esclusione dalla gara del R.T.I. aggiudicatario nonostante il fatto che alcuni fra i contratti di avvalimento prodotti ai fini della prequalifica, non rispondessero ai necessari requisiti di legge.
Il primo Giudice ha respinto il motivo in questione rilevando:*i*) che il *deficit* in parola riguardava la sola fase della prequalifica (mentre i contratti di avvalimento erano stati ritualmente prodotti nell’ambito della procedura ristretta); *ii*) che fra la fase di prequalifica e la successiva procedura ristretta erano decorsi circa due anni, il che avrebbe in qualche misura giustificato il fatto che i contratti di avvalimento infine prodotti fossero stati stipulati con imprese diverse da quelle indicate ai fini dell’avvalimento in prequalifica; *iii*) che, in ogni caso, il contenuto dei contratti di avvalimento prodotti dall’appellata in sede di prequalifica (pur non essendo pienamente determinato) sarebbe stato nondimeno determinabile, in tal modo realizzando le condizioni minimi di validità contemplate dall’Adunanza plenaria di questo Consiglio n. 23 del 2016.
L’appellante ha contestato sotto diversi profili le statuizioni rese dal primo Giudice.
3.1. Si osserva in primo luogo al riguardo che, ai sensi della disciplina *ratione temporis* applicabile alla vicenda per cui è causa, anche nelle procedure articolate in una doppia fase (prequalifica e procedura selettiva in senso proprio) risultava comunque necessario che i concorrenti fossero in possesso dei necessari requisiti di ordine oggettivo e di qualificazione sin dalla preliminare fase della prequalifica, non potendo ritenersi che il possesso di tali requisiti potesse essere – per così dire – ‘postergato’ alla fase della procedura ristretta, con sostanziale irrilevanza della carenza in fase di prequalifica.
Deponevano in tal senso:
- il comma 6 dell’articolo 55 (secondo cui “*(…) alle procedure ristrette, per l'affidamento dei lavori, sono invitati tutti i soggetti che ne abbiano fatto richiesta e che siano in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal bando, salvo quanto previsto dall'articolo 62 e dall'articolo 177*”);
- il comma 5 dell’articolo 62 (secondo cui “*le stazioni appaltanti non possono invitare operatori economici che non hanno chiesto di partecipare, o candidati che non hanno i requisiti richiesti*”);
- il fatto che il principio di continuità nel possesso dei requisiti (sancito in via generale dalla sentenza dell’Adunanza Plenaria 20 luglio 2015, n. 8) postuli in via necessaria che i requisiti di partecipazione – ivi compreso il necessario possesso delle richieste qualificazioni – siano posseduti senza tendenziale soluzione di continuità sia nelle fasi preliminari, che per tutto il seguito della procedura. L’adunanza plenaria ha infatti sancito il principio secondo cui 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.
Il T.A.R. ha rilevato che una deroga sostanziale al richiamato principio potrebbe essere affermata nelle ipotesi in cui (come nel caso in esame) il tempo particolarmente lungo trascorso fra la fase di prequalifica e l’avvio della procedura ristretta abbia modificato – e in modo comprensibile – gli originari assetti di fatto, inducendo la capogruppo a stipulare nuovi contratti di avvalimento con nuove e diverse imprese ausiliarie.
Il Collegio osserva tuttavia che neppure nelle circostanze rappresentate può risultare giustificata l’originaria carenza di validi contratti di avvalimento (e, in via mediata, dell’effettivo possesso dei necessari requisiti di partecipazione).
E’ infatti evidente che il decorso del tempo (e la necessità, a talune condizioni, di sostituire le imprese ausiliarie) non possa rappresentare una circostanza idonea a giustificare *ex post*l’originaria validità del contratto di avvalimento (e, con essa, il possesso di requisiti di carattere indefettibile).
3.2. Ebbene, riconducendo i principi appena richiamati alle peculiarità del caso in esame, si osserva che (secondo le risultanze in atti) la capogruppo mandataria del raggruppamento appellato (CBMC) avesse dovuto ricorrere, fin dalla fase di prequalifica, all’avvalimento per la qualificazione nella categoria prevalente OS1 e per la categoria scorporabile OS26 (rispettivamente, con l’ausiliaria soc. Castelli s.r.l. e con la Vinella s.r.l.).
Risulta, altresì, che la mandante Basento Scavi avesse dovuto ricorrere all’avvalimento (anche in questo caso sin dalla fase della prequalifica) per la qualificazione nelle categorie OS1 e OG7 (con l’ausiliaria Sgromo Costruzioni s.r.l.).
Ora, esaminando le dichiarazioni di avvalimento rese dalla capogruppo in sede di domanda di prequalifica (settembre 2015) e i contratti di avvalimento ai medesimi fini prodotti, ne emerge l’oggettiva genericità del relativo contenuto e l’inidoneità a soddisfare i requisiti di ordine sostanziale richiesti dall’articolo 49 del ‘Codice dei contratti’ del 2006.
Come è noto, in base a un consolidato orientamento (dal quale il Collegio non rinviene ragioni per discostarsi) nelle gare pubbliche non può ritenersi valido ed efficace il contratto di avvalimento che si limiti ad indicare genericamente che l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti della concorrente a fornirle i propri requisiti e a mettere a sua disposizione le risorse necessarie, di cui essa è mancante, per tutta la durata dell'appalto, senza però in alcun modo precisare in che cosa tali risorse materialmente consistano e senza che tale carenza possa reputarsi colmata dal semplice riferimento contrattuale all'attestazione SOA per le categorie in questione (in tal senso – *ex multis* -: Cons. Stato, V, 2 dicembre 2016, n. 5052; *id*., V, 23 settembre 2015, n. 4456; *id*., IV, 9 dicembre 2015, n. 662).
L’orientamento in parola risulta tanto più insuscettibile di deroghe nelle ipotesi in cui – come nel caso in esame – i contratti intercorsi con le ausiliarie si caratterizzassero nella forma dell’avvalimento c.d. operativo e non nella variante del c.d. ‘avvalimento di garanzia’ (traducendosi nella messa a disposizione di requisiti di qualificazione finalizzati a consentire alla capogruppo la realizzazione delle porzioni di lavorazioni di propria competenza – ivi comprese quelli relative alla categorie prevalente, altrimenti non utilmente eseguibile -).
Tuttavia, dall’esame dei contratti di avvalimento intercorsi – rispettivamente – con la Castelli s.r.l. e con la Vinella s.r.l. emerge l’oggettiva inidoneità di tali contratti a dare adeguatamente conto delle risorse concretamente messe a disposizione della CBMC (traducendosi l’oggetto stesso del contratto di avvalimento in una sorta di pura e semplice parafrasi del dettato normativo dell’articolo 49, cit.
In particolare, in entrambi i contratti di avvalimento (i quali presentano numerose caratteristiche comuni) è dato leggere che “*l’impresa ausiliaria (…) si obbliga a fornire all’impresa ausiliata tutti i requisiti di carattere tecnico, ma anche economico, finanziario ed organizzativo previsti dal bando di gara (…) con riferimento particolare all’“attestato SOA*” [relativo alla categoria e qualifica di cui è carente la CBMC]*, mettendo a disposizione di quest’ultima tutte le risorse ed i mezzi propri che saranno necessari. In particolare, saranno forniti e messi a disposizione la seguente certificazione – in corso di validità – ed i seguenti requisiti, mezzi e risorse:*
*- qualificazione SOA (…);*
*- risorse qualificate per consentire l’esecuzione dei lavori;*
*- mezzi propri per l’esecuzione dei lavori*”.
E’ evidente al riguardo che l’oggetto dei richiamati contratti di avvalimento risultasse quindi idoneo a soddisfare i requisiti di forma e di contenuto del contratto di avvalimento richiesti dal richiamato articolo 49 del decreto legislativo n. 163, cit., nonché dalla pertinente giurisprudenza.
3.3. Non può invero essere condiviso l’argomento delle società appellate secondo cui la legge di gara (sul punto incontestata) avrebbe ammesso la possibilità per i concorrenti di far pervenire, nella fase della prequalifica, le sole dichiarazioni di avvalimento, salvo rinviare al prosieguo della procedura (e, segnatamente, alla fase della procedura ristretta) l’acquisizione dei contratti di avvalimento.
Anche ad ammettere (il che non risulta comunque pacifico) che la stazione appaltante avesse offerto una così peculiare – e illegittima – lettura della normativa di riferimento, resta il fatto che la CBC non si era limitata a far pervenire le sole dichiarazioni di avvalimento, ma si era spinta sino ad allegare alla documentazione relativa alla fase di prequalifica i contratti di avvalimento sottesi a quelle dichiarazioni.
Ebbene, per le ragioni dinanzi esposte, erano proprio i contratti in questione a palesare (al di là degli aspetti meramente dichiarativi) la carenza dei necessari requisiti di partecipazione e l’insussistenza di validi contratti di avvalimento.
Non è del resto pensabile che, laddove la legge di gara (pag. 5 del bando) richiedeva la presentazione delle dichiarazioni di avvalimento di cui all’articolo 49, comma 2 del decreto legislativo n. 163, cit., ciò potesse non sottintendere l’esistenza di un valido contratto di avvalimento.
Ebbene, dalla documentazione in atti è emerso che, in disparte gli aspetti meramente dichiarativi, l’appellante non possedesse il requisito sostanziale sottostante (e l’esame dei contratti di avvalimento, in atti, rende palese tale carenza).
3.4. Le ragioni sin qui esposte risultano di per sé idonee a determinare l’accoglimento dell’appello (e a statuire – in riforma della sentenza di primo grado – che il raggruppamento aggiudicatario non avrebbe potuto essere ammesso alla procedura), in tal modo esimendo il Collegio dall’esame puntuale degli ulteriori motivi articolati in relazione al contratto di avvalimento stipulato ai medesimi fini fra la mandante Basento Scavi e la Sgromo Costruzioni, nonché gli altri motivi di appello (ivi compresi i nuovi motivi proposti ai sensi dell’articolo 104 cod. proc. amm.) miranti ad ottenere l’esclusione dalla procedura dell’appellato raggruppamento CBMC.
3.5. La riforma in parte qua della sentenza di primo grado e l’annullamento degli atti con cui il raggruppamento aggiudicatario è stato ammesso alla procedura comportano altresì l’annullamento degli atti con cui la procedura stessa le è stata infine aggiudicata.
4. Occorre a questo punto statuire in ordine alla domanda di parte attrice finalizzata ad ottenere (a seguito dell’annullamento dell’aggiudicazione in favore della CBMC) la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto medio tempore stipulato e il subentro nelle lavorazioni.
L’appellata ha eccepito al riguardo che osterebbe a tale richiesta la previsione di cui al comma 3 dell’art. 125 cod. proc. amm., secondo cui, in caso di annullamento di aggiudicazioni relative alle infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale (per come richiamate dalla parte II, titolo III, capo IV del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163), “*l’annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente. Si applica l'articolo 34, comma 3*”.
L’appellante ha obiettato al riguardo che l’intervento all’origine dei fatti di causa non sarebbe invece ascrivibile al novero delle cc.dd. ‘grandi opere’ di cui all’articolo 1 della l. 21 dicembre 2001, n. 443.
E’ quindi evidente che risulti dirimente ai fini della definizione in parte qua della controversia stabilire se l’intervento all’origine dei fatti di causa rientri o meno nel richiamato novero delle cc.dd. ‘grandi opere’.
4.1. Il Collegio osserva che (contrariamente a quanto rilevato dall’appellante) l’opera all’origine dei fatti di causa sia riconducibile al novero delle infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale, con quanto ne consegue in termini di applicazione dell’articolo 125 del cod. proc. amm.
4.1.1. Si osserva in primo luogo al riguardo che, in sede di ricorso di appello, è stata la stessa appellante a fondare la propria istanza cautelare sulla circostanza secondo cui l’opera in questione fosse ascrivibile al richiamato novero, salvo poi modificare la propria prospettazione sul punto in corso di causa (alla pag. 29 dell'atto di appello è infatti dato leggere che “*(…) i lavori in oggetto riguardano le opere della Piastra Portuale di Taranto, opera prevista dalla Legge Obiettivo (L. 443/2001; D. CIPE 74/2003 e 104/2010) (…)*”).
4.1.2. Si osserva in secondo luogo (e anche qui, in senso contrario rispetto a quanto osservato dall’appellante) che la delibera CIPE n. 104 del 18 novembre 2010 – di approvazione del complessivo intervento per cui è causa – contemplava in modo espresso anche i lavori di realizzazione della vasca di colmata (nell’ambito della delibera in parola si legge, infatti, che “*(…) per lo smaltimento dei materiali di dragaggio sono state valutate le possibili destinazioni e modalità di conferimento delle argille provenienti dal dragaggio in una vasca di colmata, opera quest’ultima che assume carattere funzionale al progetto in esame (…)*”).
4.1.3. Si osserva in terzo luogo che l’articolo 142 del decreto legislativo 163 del 2006 (relativo agli appalti aggiudicati a terzi da parte dei concessionari), al comma 3 richiamava l’applicazione dell’intera Parte IV del previgente ‘Codice’ (ivi compreso, quindi, l’articolo 246, recante ‘norme processuali ulteriori per le controversie relative a infrastrutture e insediamenti produttivi’).
4.2. In definitiva, risulta chiaro che l’appalto in oggetto rientrasse nell’ambito di applicazione della normativa in tema di infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale, ragione per cui l’annullamento dell’aggiudicazione non determina comunque la perdita di efficacia del contratto *medio tempore* stipulato.
4.3. Osserva conclusivamente il Collegio che, per le ragioni esposte, l’appellante (la quale non potrebbe comunque subentrare nella gestione dell’appalto) non può vantare uno specifico interesse a contestare le modalità della relativa stipula (e, in particolare, la forma della sua sottoscrizione).
5. Per le ragioni esposte l’appello principale deve essere accolto e conseguentemente, in riforma della sentenza appellata, deve essere disposto l’annullamento degli atti impugnati in primo grado.
No possono invece trovare accoglimento i motivi riproposti in appello ai sensi del comma 2 dell’articolo 101 cod. proc. amm. dalle appellate C.B.M.C., Verdidea e Basento Scavi.
Non può invece trovare accoglimento la domanda dell’appellante finalizzata ad ottenere la declaratoria di inefficacia del contratto e il subentro nelle lavorazioni.
Il Collegio ritiene che sussistano giusti ed eccezionali motivi per disporre l’integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto
- accoglie il ricorso in appello e i motivi aggiunti e per l’effetto, in riforma della sentenza appellata, annulla gli atti impugnati in primo grado;
- respinge i motivi riproposti ai sensi dell’articolo 101 cod. proc. amm. dalle appellate C.B.M.C., Verdidea e Basento Scavi;
- Respinge l’istanza di declaratoria di inefficacia del contratto e di subentro nelle lavorazioni.
Spese compensate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:
Francesco Caringella, Presidente
Claudio Contessa, Consigliere, Estensore
Fabio Franconiero, Consigliere
Valerio Perotti, Consigliere
Federico Di Matteo, Consigliere

Pubblicato il 19/03/2018
**N. 03081/2018 REG.PROV.COLL.**
**N. 12350/2017 REG.RIC.**

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

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 12350 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
G.S.A. – Gruppo Servizi Associati s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Ponti, Luca De Pauli e Luca Mazzeo, con domicilio eletto presso lo studio di quest’ultimo in Roma, via Eustachio Manfredi, 5
***contro***
I.F.O. – Istituti Fisioterapici Ospedalieri, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Borioni, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Luigi Ceci, 21
***nei confronti di***
Elisicilia s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Borgia, Michele Dell'Arte e Carmela Marino, con domicilio eletto presso il loro studio in Siracusa, via G. B. Peraso, 8
***per l'annullamento***
*previa sospensione dell’esecutività,*
- della deliberazione n. 946 dd. 16 novembre 2017 di I.F.O. – Istituti Fisioterapici Ospedalieri, avente ad oggetto «Aggiudicazione alla Elisicilia s.r.l. della procedura aperta *ex* art. 60 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per l'affidamento del servizio di vigilanza antincendio presso il presidio ospedaliero I.F.O. per un periodo di due anni al costo di € 567.344,82, di cui € 7.200,00 quali costi sicurezza rischi interferenti, oltre IVA e contestuale proroga tecnica *ex* art. 106, comma 11, d.lgs. 50/2016 ss.mm.ii. alla Gruppo Servizi Associati s.p.a. del servizio di vigilanza antincendio di cui alla deliberazione n. 852/2015 al costo di € 125.392,72 IVA inclusa per un periodo di mesi 4 – CIG 700240790D», comunicata a mezzo PEC con nota prot. U.0012835 dd. 20 novembre 2017;
- del presupposto verbale di gara n. 7 dd. 18 ottobre 2017 e degli atti afferenti il sub procedimento di verifica della anomalia della offerta, con particolare riferimento alle note IFO prot. Int. 0011631 dd. 18 ottobre 2017 e dd. 9 ottobre 2017 (quest'ultima senza protocollo), all'esito dei quali l'offerta economica di Elisicilia s.r.l. è stata giudicata “congrua e non anomala”;
- del presupposto provvedimento di aggiudicazione provvisoria, sempre contenuto ed espresso nel verbale di gara n. 7 dd. 18 ottobre 2017;
- di tutti gli atti a tale deliberazione comunque presupposti, connessi e conseguenti nessuno escluso;
nonché per la declaratoria della inefficacia del contratto tra la Stazione appaltante e la controinteressata, ove nelle more stipulato;
e per la condanna al risarcimento del danno, con preferenza per il risarcimento in forma specifica (subentro);
e con motivi aggiunti, notificati il 27 febbraio 2018 da GSA:
- del provvedimento di cui alla nota IFO prot. U1400 del 2 febbraio 2018, recante affidamento in via provvisoria, per un periodo di mesi 4 (quattro) dal 1° marzo al 30 giugno 2018 a Elisicilia del servizio di vigilanza antincendio oggetto degli atti sopra richiamati;
- della nota PEC del 23 febbraio 2018 con cui IFO ha comunicato a GSA che «(...) a partire dal 1 marzo 2018 il servizio di vigilanza verrà effettuato dall'aggiudicatario della gara di appalto recentemente svolta», ossia da Elisicilia;
nonché per la per la declaratoria della inefficacia del contratto tra la Stazione appaltante e la controinteressata, ove nelle more stipulato;
e per la condanna al risarcimento del danno, con preferenza per il risarcimento in forma specifica (subentro);
nonché con ricorso incidentale, notificato il 21 febbraio 2018 da Elisicilia:
- della deliberazione n. 946 dd. 16 novembre 2017 di I.F.O., dei presupposti verbali di gara e degli atti afferenti il subprocedimento di verifica della anomalia dell’offerta e la graduatoria di gara comunicata con nota prot. 9242 del 31 luglio 2017, del presupposto provvedimento di aggiudicazione provvisoria, di tutti gli atti a tale deliberazione comunque presupposti, connessi e conseguenti nessuno escluso, tutti nella parte in cui la Gruppo Servizi Associati s.p.a. non è stata esclusa dalla procedura di gara, per i motivi di cui alla presente impugnativa incidentale.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti, il ricorso incidentale e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di: Istituti Fisioterapici Ospedalieri ed Elisicilia s.r.l.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 13 marzo 2018 il dott. Alfredo Storto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

Col ricorso introduttivo indicato in epigrafe G.S.A. – Gruppo Servizi Associati s.p.a. (da qui “GSA”) ha impugnato, in uno agli atti presupposti, l’aggiudicazione della gara pure indicata in epigrafe effettuata dagli Istituti Fisioterapici Ospedalieri (da qui “IFO”) in favore di Elisicilia s.r.l. (da qui “Elisicilia”) che, pur non avendo conseguito il miglior punteggio tecnico (attribuito invece, con 50 punti, in riparametrazione a GSA), aveva operato un ribasso del 25,61% sull’importo base d’asta, collocandosi al primo posto nella graduatoria finale, immediatamente prima di GSA.
In particolare, la ricorrente lamenta: 1) violazione degli artt. 30, 50 e 97 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in relazione al C.C.N.L. ANISA, dell’art. 3 l. n. 241/1990 e del disciplinare di gara (p. 29), violazione di autolimite, istruttoria carente e insufficiente, illogicità e difetto di motivazione, in quanto, nonostante proprio GSA, pendente il termine per la presentazione delle offerte, avesse chiesto e ottenuto dalla Stazione appaltante un puntuale chiarimento del disciplinare di gara in ordine alla minacciata inammissibilità delle offerte nella quali il costo medio orario del lavoro fosse stato inferiore a quello stabilito dal CCNL di settore, la gara era stata aggiudicata a Eliscilia all’esito della verifica dell’anomalìa nel corso della quale questa aveva giustificato il prezzo proposto (€ 560.144,82 oltre Iva con un ribasso del 25,61%), facendo riferimento al CCNL ANISA stipulato il 3 novembre 2011, mediante l’indicazione di un costo medio orario inferiore a quello previsto nella tabelle ministeriali, che integravano l’autolimite assunto dalla Stazione appaltante; 2) violazione del principio di *par condicio*e della buona fede nell’operato dell’amministrazione, violazione di autolimite, ingiustizia grave e manifesta, in quanto nei fatti la risposta somministrata dalla stazione appaltante allo specifico quesito articolato da GSA avrebbe finito per danneggiare unicamente l’istante, che ha formulato un prezzo orario per il servizio superiore a quello indicato quale minimo inderogabile dall’IFO, collocandosi alle spalle di Elisicilia che quelle indicazioni aveva invece ignorato.
Pertanto GSA ha chiesto, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more, l’annullamento dell’aggiudicazione disposta in favore di quest’ultima, con la conseguente assegnazione dell’appalto in suo favore e, solo in subordine, il risarcimento del danno per equivalente.
L’IFO ha chiesto la reiezione delle avverse domande, considerando tra le altre cose, che: a) la clausola in questione, da qualificare come ambigua in relazione alla nozione e alla portata del «*costo medio orario di lavoro*» in raffronto con la previsione dell’art. 97, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016, avrebbe comunque dovuto consentire l’applicazione del principio di recessività della *par condicio*; b) ove non si voglia ritenere l’ambiguità della predetta clausola, essa sarebbe da ritenere nulla d’ufficio per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, con la conseguente correttezza della disapplicazione fattane dalla stazione appaltante.
Anche Elisicilia ha invocato la reiezione del ricorso, sulla considerazione che, in fase di anomalia, la stazione appaltante avrebbe accertato l’insussistenza di ogni violazione dei minimi retributivi stabiliti dalle tabelle ministeriali e che, comunque, anche il costo orario medio ponderato indicato sarebbe congruente con quelle tabelle in relazione alla specificità dell’appalto.
Con motivi aggiunti GSA ha successivamente impugnato, lamentando profili di illegittimità sia derivata sia propria, il successivo provvedimento col quale l’IFO aveva frattanto affidato il servizio di vigilanza, a partire dal 1° marzo 2018, a Elisicilia quale aggiudicataria della gara di appalto, provvedimento sospeso con decreto *ex*art. 56 c.p.a. del 27 febbraio 2018.
A sua volta, Elisicilia ha proposto un ricorso incidentale col quale ha gravato gli stessi atti impugnati col ricorso principale da GSA nella parte in cui la stazione appaltante aveva omesso di escludere quest’ultima dalla procedura di gara, per avere l’odierna ricorrente offerto un costo orario medio del servizio che, considerata l’incidenza dei servizi aggiuntivi, sarebbe risultato inferiore a quello indicato nelle tabelle ministeriali ed evocato nell’impugnativa introduttiva di questo giudizio.
Tutte le parti hanno interloquito con memorie e oralmente in camera di consiglio, nella quale, sentite ai sensi dell’art. 60 c.p.a., hanno dichiarato di rinunciare ad ogni termine previsto in loro favore.
Ritiene il Collegio che il ricorso principale sia infondato.
Il disciplinare di gara prevedeva testualmente: «*Saranno considerate inammissibili, ai sensi dell’art. 87*[in realtà art. 97, come chiarito successivamente dalla s.a.],*comma 6 D.Lgs. 50/2016 e pertanto automaticamente escluse, le offerte nelle quali il costo medio orario del lavoro risulti inferiore al costo stabilito dal CCNL “Sorveglianza antincendio” del 3-11-2009, per dipendenti di livello minimo F e/o dal CCNL “Guardia Fuochi” del 28.7.2009 per dipendenti di livello minimo 6°*».
Questa già chiara previsione veniva successivamente ribadita, sia nel contenuto precettivo sia nella valenza espulsiva, dalla stazione appaltante con un chiarimento sollecitato proprio da GSA.
Sennonché, come ben messo in evidenza anche dalla difesa dell’IFO, la giurisprudenza ha chiarito che le tabelle ministeriali di cui all’art. 23, comma 16, del d.lgs. n. 50/2016, evocate ai fini della giustificazioni da rendere in sede di verifica dell’anomalia dall’art. 97, comma 5, lett. d), del medesimo decreto, esprimono soltanto il costo medio della manodopera quale parametro di riferimento né assoluto né inderogabile e che, svolgendo esso una funzione meramente indicativa, suscettibile di scostamento in relazione a valutazioni statistiche ed analisi aziendali evidenzianti una particolare organizzazione in grado di giustificare la sostenibilità dei costi inferiori, è ben possibile discostarsi da tali valori, in sede di giustificazioni dell'anomalia, sulla scorta di una dimostrazione puntuale e rigorosa (*ex multis*, Tar Lazio, Roma, I 30 dicembre 2016, n. 12873).
L’unico valore non modificabile è costituito invece dai trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate, secondo quanto stabilito dall’art. 97, comma 6, del medesimo d.lgs. n. 50/2016.
Ciò posto, la previsione dell’esclusione dalla gara del concorrente che avesse offerto un «*costo medio orario del lavoro*» inferiore a quello previsto nei contratti collettivi di riferimento e quindi alle tabelle ministeriali di riferimento allegate al d.m. 2 agosto 2010, contenuta nel disciplinare della gara oggi in esame e ribadita nel chiarimento somministrato dalla s.a. il 5 aprile 2017, integra un’ipotesi di prescrizione della *lex specialis* «*a pena di esclusione*» ulteriore rispetto a quelle tassativamente previste dal codice dei lavori pubblici, in quanto tale sanzionata di nullità rilevabile d’ufficio dal giudice ai sensi degli artt. 83, comma 8, ultimo periodo, d.lgs. n. 50/2016 e 31, comma 4, secondo periodo, c.p.a.
Nella specie, rilevata la nullità di questa previsione che va pertanto considerata *tamquam non esset*, risulta corretta la condotta valutativa serbata dalla Commissione di gara la quale, in sede di verifica dell’anomalia, ha ritenuto ammissibili le giustificazioni fornite da Elisicilia sul costo del lavoro e, per conseguenza, congrua l’offerta di questa, alla luce del fatto che «*le giustificazioni addotte dal concorrente vertono sulla possibilità della Società, nell’ambito della propria organizzazione ed utilizzo di particolari istituti di legge, di poter ridurre il costo del lavoro, senza intaccare il minimo tabellare e gli oneri accessori di spettanza del lavoratore come da CCNL di categoria (sorveglianza antincendio di cui al DM 2 agosto 2010)”, partendo dalla considerazione per cui “il costo medio orario del lavoro a carico dell’Appaltatore è stimato in € 12,46” e che “tale diminuzione del costo orario a carico del datore di lavoro mantiene la retribuzione tabellare per il lavoratore ai minimi da CCNL*» (cfr. nota del RUP del 9 ottobre 2017).
Risulta dunque immune dai vizi esposti in ricorso la valutazione effettuata dalla stazione appaltante la quale, disapplicata la prescrizione espulsiva della *lex specialis* affetta da nullità radicale – percepibile come tale anche dai concorrenti per la sua macroscopica contrarietà alla legge – ha provveduto in conformità al tessuto normativo del codice dei contratti pubblici.
Da tanto derivano sia l’infondatezza del ricorso introduttivo sia l’improcedibilità dei motivi aggiunti, tenuto conto, quanto a questi ultimi, che l’affidamento del servizio, per effetto dell’odierna pronuncia, potrà avvenire in favore di Elisicilia non più in via temporanea e «*nelle more della risoluzione della causa legale*», ma *pleno iure*.
Risulta infine improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, il ricorso incidentale proposto da Elisicilia che dal suo accoglimento non potrebbe trarre alcuna utilità ulteriore rispetto all’aggiudicazione, stabilizzatasi per effetto della reiezione del ricorso principale.
Infine, l’assoluta novità delle questioni esaminate, in uno alla peculiarità della vicenda sottesa, consentono l’integrale compensazione delle spese di lite tra tutte le parti costituite.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sui ricorsi introduttivo e incidentale nonché sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, così provvede:
- respinge il ricorso principale;
- dichiara improcedibili i motivi aggiunti e il ricorso incidentale;
- compensa le spese di lite.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:
Giuseppe Sapone, Presidente
Alfredo Storto, Consigliere, Estensore
Massimo Santini, Consigliere

Pubblicato il 05/03/2018
N. 01337/2018REG.PROV.COLL.
N. 08232/2017 REG.RIC.

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

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 74 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 8232 del 2017, proposto dalla Secur Bull s.r.l. unipersonale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Domenico Vitale, e con questi elettivamente domiciliata in Roma, via Barnaba Tortolini n. 30 presso lo studio del dott. Alfredo Placidi,

contro

l'Azienda Sanitaria Locale Napoli 3 Sud e la Regione Campania, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, non costituite in giudizio;

per la riforma

dell’ordinanza collegiale del Tar Campania, sede di Napoli, sez. I, 17 luglio 2017, n. 3797, mai notificata, nella parte in cui è stato dichiarato inammissibile il reclamo avverso gli atti del commissario ad acta, depositato in data 28 novembre 2016 nel giudizio n.4061/2015 r.g..

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Relatore nella camera di consiglio dell’1 febbraio 2018 il cons. Giulia Ferrari e udito il difensore del ricorrente, come da verbale.

1. Con ricorso n. 4061/2015, depositato il 30 luglio 2015 al Tar Campania, sede di Napoli, la Secur Bull unipersonale ha chiesto che venisse accertata l’illegittimità del silenzio rifiuto serbato dalla Asl Napoli 3 Sud in merito all’istanza, notificata il 23 gennaio 2015, finalizzata al riconoscimento della revisione prezzi per il servizio di portierato svolto dall’1 ottobre 2009 fino al 30 ottobre 2014, in forza della proroga del contratto sottoscritto il 16 ottobre 2006, nonché per l’accertamento della fondatezza della pretesa avanzata con la predetta istanza, anche con riferimento al periodo fino al 10 giugno 2015.

L’adito Tribunale, con sentenza della sez. I, 18 novembre 2015, n. 5317, ha accolto parzialmente il ricorso, ordinando all’Azienda sanitaria di pronunciare e nominando un commissario ad acta, nella persona del Direttore Generale per la Tutela della Salute della Regione Campania o un funzionario da lui delegato, onde provvedere in via sostitutiva nel caso di perdurante inerzia dell’Amministrazione.

Insediatosi il commissario, con deliberazione n. 395 del 17 giugno 2016, mai notificata, ha disposto la liquidazione di “euro 108,348,54 a titolo di interessi moratori dalla data di scadenza delle singole fatture sino all’effettivo soddisfo, già comprensivo della revisione prezzi per la tipologia di lavoro riferita al servizio di portierato, maggiorato dell’indice ISTAT (tab. FOI) ove calcolabile (periodo di riferimento 31 ottobre 2009 – 30 giugno 2015)”, ignorando completamente le osservazioni prodotte dalla società circa l’applicazione del contratto multiservizi successivamente disciplinato dal d.m. 25 febbraio 2009.

La Secur Bull, al fine di ottenere una pronuncia del Giudice di primo grado sul riconoscimento della somma di euro 1.920.957,36 in luogo di quella di euro 108,348,54 riconosciuta dall’Amministrazione intimata, in data 21, 22 e 24 novembre 2016 ha notificato istanza di chiarimenti, poi depositata in data 28 novembre 2016.

Il Tar Napoli, con ordinanza collegiale 17 luglio 2017, n. 3797, ha dichiarato il reclamo tempestivo ma inammissibile, “trattandosi di gravame avverso atti di un Commissario ad acta nominato per porre rimedio alla persistente inerzia dell’Amministrazione, i cui atti sono impugnabili con l’ordinario ricorso impugnatorio, e non già con lo strumento del reclamo”.

2. Con l’appello in esame la Secur Bull s.r.l. ha impugnato l’ordinanza del Tar Napoli sul rilievo che il reclamo previsto dall’art. 114, comma 6, c.p.a. ricomprende anche gli atti adottati dal commissario nominato nel giudizio sul silenzio. In ogni caso, illegittimamente il Tar non avrebbe accordato la conversione del rito da camerale ad ordinario, atteso che il giudizio sul reclamo in questione non solo possiede i requisiti formali e sostanziali di un ricorso autonomo, ma risulta anche notificato all'Amministrazione intimata (in data 21,22 e 24 novembre 2016). Aggiungasi che con la memoria depositata il 5 maggio 2017, con la quale era proposta istanza di conversione, erano stati articolati i motivi dell’azione annullatoria.

3. Alla camera di consiglio dell’1 febbraio 2018 la causa è passata in decisione.

4. Come esposto in narrativa, il Tar ha dichiarato il reclamo tempestivo - non avendo l’Azienda sanitaria Na 3 Sud, neanche dopo l’istruttoria a tal fine esperita, indicato una diversa data di conoscenza della somma liquidata alla società Secur - ma inammissibile, perché il rimedio da proporre avverso gli atti del commissario nominato per sostituirsi all’Amministrazione silente è quello ordinario del ricorso impugnatorio.

L’assunto non è condivisibile.

Il comma 4 dell’art. 117 prevede, infatti, che “Il giudice conosce di tutte le questioni relative all’esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario”. Il giudice, cui fa riferimento la norma, è certamente il giudice dinanzi al quale è stata proposta l’azione sul silenzio e il rimedio esperibile, stante l’analogia con quanto previsto dal comma 6 dell’art. 114 c.p.a., non può che essere il reclamo.

Il comma 6 del citato art. 114 dispone, infatti, che “Il giudice conosce di tutte le questioni relative all’ottemperanza nonché, tra le parti nei cui confronti si è formato il giudicato, di quelle inerenti agli atti del commissario ad acta. Avverso gli atti del commissario ad acta le stesse parti possono proporre, dinanzi al giudice dell’ottemperanza, reclamo, che è depositato, previa notifica ai controinteressati, nel termine di sessanta giorni”. Anche in questo caso, dunque, la norma prevede che sia il giudice dell’ottemperanza a conoscere delle questioni inerenti gli atti del commissario, ma - a differenza del comma 4 dell’art. 117 - è individuato il rimedio esperibile, il reclamo. Stante, dunque, l’analogia della prima parte della norma con quella del comma 4 dell’art. 117, anche in questo secondo caso il rimedio esperibile non può che essere il reclamo.

5. Il Collegio non ritiene condivisibile neanche il diniego di conversione del reclamo nel rito impugnatorio – annullatorio ex art. 29 c.p.a., opposto dal Tar sul rilievo che sarebbero mancati, nel reclamo, i requisiti di sostanza e di forma per convertirlo in rito ordinario (indicazione dell’atto impugnato, procura alle liti, articolazione dei motivi di ricorso).

Non è vero, come afferma il Tar, che sarebbe stata necessaria la procura. Ed infatti, accedendo alla tesi dello stesso giudice di primo grado per cui l’atto del commissario va gravato con l’azione impugnatoria, per analogia con quanto previsto dal comma 5 lo strumento processuale non potrebbe che essere l’atto di motivi aggiunti che, ai sensi dell’art. 24 c.p.a., non necessita di nuova procura.

Il Tar non può essere seguito neanche allorchè afferma che manca nel reclamo l’indicazione dell’atto impugnato e dei motivi. Sebbene effettivamente l’atto impugnato sia stato identificato solo con la richiesta di conversione del rito, esso era comunque evincibile e, soprattutto, era chiaro il motivo oggetto di contestazione, e cioè se il compenso orario fosse di € 8,33, come ritenuto dall’Amministrazione nella censurata (sebbene non richiamata) deliberazione n. 395 del 17 giugno 2016, o di € 15,00, come invece affermato dalla Secur.

Per tali ragioni il reclamo, che era stata anche regolarmente notificato, ben avrebbe potuto essere convertito in ricorso ordinario annullatorio.

6. Il reclamo, sebbene ammissibile, è però infondato nel merito.

In mancanza di espressa previsione nella lex specialis di gara, la proroga del rapporto contrattuale deve necessariamente avvenire alle stesse condizioni alle quali il contratto era stato stipulato e, dunque, considerando il contenuto dell’offerta economica e dell’offerta tecnica, che avevano consentito all’appaltatore di aggiudicarsi la gara.

La proroga del contratto è, infatti, per sua natura inidonea ad innovare l'originario equilibrio sinallagmatico del rapporto negoziale. Ed infatti, mentre la proroga del termine finale di un appalto pubblico di servizi sposta solo in avanti la scadenza conclusiva del rapporto, il quale resta regolato dalla sua fonte originaria, il rinnovo del contratto comporta una nuova negoziazione tra i medesimi soggetti, ossia un rinnovato esercizio dell'autonomia negoziale, che rende incompatibile l'immediata applicazione imperativa della clausola di revisione prezzi (Cons. St., sez. III, 9 gennaio 2017, n. 25; id., sez. V , 22 giugno 2010, n. 3892; id. 14 maggio 2010, n. 3019).

Nel caso in esame, per effetto della proroga, il rapporto contrattuale, inizialmente di 36 mesi, si configurava come un rapporto unico ed unitario, che ha avuto una durata quasi decennale, in base all'originario titolo di aggiudicazione.

Data la premessa consegue che, non avendo la Secur Bul supportato la propria pretesa richiamando una specifica disciplina prevista dalla normativa della gara affidata, trovano applicazione i principi generali in tema di revisione prezzi, che prevedono il riferimento al costo pattuito in sede di gara maggiorato dell’indice Istat (tab. Foi). Tale somma va incrementata degli interessi moratori dalla data di scadenza delle singole fatture sino all’effettivo soddisfo.

La ratio dell’istituto della revisione prezzi è infatti di evitare che il corrispettivo del contratto di durata subisca aumenti incontrollati nel corso del tempo, tali da sconvolgere l’equilibrio finanziario sulla base del quale è intervenuta la stipulazione del contratto; solo in via mediata tutela l’interesse dell’impresa a non subire l’alterazione dell’equilibrio contrattuale conseguente alle modifiche dei costi sopraggiunte durante l’arco del rapporto.

L’applicazione della tariffa vigente al momento della proroga, richiesta dalla Secur, darebbe invece all’affidatario un vantaggio aggiuntivo, e cioè la remunerazione del servizio ad una cifra superiore a quella risultante dall’affidamento della gara vinta nel 2006 e, possibilmente, anche della gara alla quale avrebbe potuto partecipare - nella quale probabilmente, per presentare un’offerta competitiva, non avrebbe indicato la tariffa del contratto multiservizi successivamente disciplinato dal d.m. 25 febbraio 2009 - con l’incognita, però, dell’aggiudicazione. Proprio in ragione di ciò risulta del tutto inconferente il ripetuto richiamo che la Secur ha fatto, in sede di reclamo, alle nuove gare bandite dall’Azienda sanitaria Na 3 Sud, nell’arco temporale in cui vigeva la proroga, atteso che esso si fonda su due presupposti dati per certi ma che, invece, tali non sono, e cioè che la stessa società, partecipante a quelle gare, avrebbe presentato un’offerta economica applicando la tariffa di € 15,05 all’ora, senza un ritocco al ribasso, e che si sarebbe aggiudicata le gare.

7. Il reclamo deve dunque essere respinto.

Nulla per le spese, non essendosi costituite le Amministrazioni evocate in giudizio.

**P.Q.M.**

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

respinge il reclamo proposto dalla Secur Bull s.r.l..

Nulla per le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE  IL PRESIDENTE
Giulia Ferrari  Marco Lipari

IL SEGRETARIO

Pubblicato il 15/03/2018
N. 00736/2018 REG.PROV.COLL.
N. 02874/2016 REG.RIC.

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

(Sezione Terza)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2874 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Paola Roncada, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Smedile e Pietro Merlini, con domicilio eletto presso lo studio di quest’ultimo in Milano, piazza Cinque Giornate, n. 3;
contro
Università degli Studi di Milano, in persona del Rettore pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, con domicilio eletto in Milano, via Freguglia, n. 1;
nei confronti di
Maria Filippa Addis, rappresentata e difesa dall'avvocato Marzia Eoli, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Larga, n. 6;
Federica Riva, non costituita;
per l'annullamento
quanto al ricorso introduttivo
- del decreto del Rettore dell’Università degli Studi di Milano datato 13.10.2016, con cui è stata costituita una nuova commissione giudicatrice per "una procedura di selezione per la copertura di posti di professore universitario di II fascia, da coprire mediante chiamata ai sensi dell'art. 18 comma 1 della legge 240/2010 - Dip. Medicina Veterinaria ... settore concorsuale 07/H3 .... SSD Vet/05 - codice concorso 2866'';
- del verbale n. 1 della nuova Commissione giudicatrice del 22.11.2016, pubblicato in data 24.11.2016;
nonché di ogni altro atto o provvedimento presupposto conseguente o comunque connesso con quello impugnato in via principale e diretta, ivi compreso, il bando di concorso pubblicato in data 22.08.2014, il decreto rettorale 5270 del 6.08.2014 e la nota a firma del Rettore di Ateneo del 5.11.2015;
quanto al ricorso per motivi aggiunti:
- del decreto rettorale n. 703 del 20 febbraio 2017 con cui sono stati approvati gli atti della procedura ed è stata nominata la vincitrice;
- dei verbali n. 2 e n. 2 bis del 14 e 15 dicembre 2016 relativi all’attribuzione dei punteggi sui titoli e sulle pubblicazioni e annesso allegato 1;
- del verbale n. 3 del 17 gennaio 2017 (assegnazione argomenti lezione);
- del verbale n. 4 del 19 gennaio 2017(prova orale);
- della relazione finale di concorso del 19 gennaio 2017.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Università degli Studi di Milano e della controinteressata Maria Filippa Addis;
Viste le memorie difensive;
Visti gli atti della causa;
Visto l’art. 35 comma 1 lett. c) c.p.a.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2018 la dott.ssa Valentina Mameli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I) Con bando pubblicato dall’Università degli Studi di Milano sulla GURI del 22 agosto 2014 veniva indetta la procedura di selezione per la copertura di 1 posto di professore universitario di II fascia, da coprire mediante chiamata ai sensi dell'art. 18 comma 1 della legge 240/2010, presso il Dipartimento di Medicina Veterinaria e Sanità Pubblica per il settore concorsuale 07/H3 – Malattie Infettive e Parassitarie degli Animali, SSD Vet/05 – Malattie Infettive degli Animali Domestici.
Alla procedura prendeva parte l’odierna ricorrente la quale, all’esito delle valutazioni effettuate dalla Commissione, veniva individuata quale candidata più qualificata.
Trasmessi gli atti al Rettore, questi in data 4 marzo 2015 invitava i commissari a fornire chiarimenti, avendo riscontrato profili di incompletezza e incongruenza nella definizione dei criteri.
La Commissione, riunitasi in data 23 marzo 2015, forniva i chiarimenti richiesti, e confermava la ricorrente quale candidato più qualificato.
Nel giugno 2015 la ricorrente presentava istanza di accesso e invitava a concludere la procedura.
In data 6 luglio 2015 l’Amministrazione comunicava che con decreto n. 5854 del 26 giugno 2015 era stato disposto di non approvare gli atti della procedura e di annullare il decreto di nomina della Commissione, e tutti gli atti dalla stessa assunti, sulla base di apposita istruttoria che aveva fatto emergere che un Commissario (prof. Bonizzi) e la ricorrente avrebbero intrattenuto rapporti di rilievo economico tali da dimostrare una comunanza di interessi; tale commissario si era dimesso in data 29 maggio 2015, successivamente alla conclusione dell’attività della Commissione.
La ricorrente scriveva al Rettore disconoscendo i rapporti di interesse economico con il predetto commissario e chiedendo di avere copia degli atti dell’istruttoria condotta.
In data 9 ottobre 2015 la ricorrente scriveva nuovamente al rettore chiedendo di concludere la procedura.
Con decreto rettorale n. 3278 del 13 ottobre 2016 veniva costituita la nuova commissione.
La ricorrente segnalava all’Università la situazione di incompatibilità di un commissario (prof. Marsilio) in quanto componente anche della commissione nazionale per l’Abilitazione Scientifica Nazionale come professore ordinario fascia I nel settore concorsuale 07/H3, in relazione alla quale la ricorrente intendeva presentare domanda. La ricorrente segnalava altresì che le domande di partecipazione dei candidati alla procedura erano, da oltre due anni, consultabili sul sito internet dell’Ateneo.
La nuova Commissione si riuniva in data 22 novembre 2016 e approvava i criteri di valutazione.
Con ricorso notificato in data 30 novembre 2016 e depositato in data 6 dicembre 2016 la ricorrente impugnava il decreto di nomina della Commissione nonché il verbale di approvazione dei criteri, chiedendone l’annullamento, previa tutela cautelare.
Si costituiva in giudizio l’Università degli Studi di Milano, per il tramite dell’Avvocatura Distrettuale dello Stato, con memoria di mera forma e con il deposito di documentazione.
Con ordinanza n. 55 del 10 gennaio 2017 questo Tribunale disponeva l’integrazione del contraddittorio nei confronti delle terza partecipante alla procedura.
Nel frattempo la procedura proseguiva, con la valutazione dei titoli e delle pubblicazioni delle tre candidate, l’assegnazione dell’argomento per la prova orale e lo svolgimento della stessa prova orale.
La ricorrente, pur essendo stata ammessa, non si presentava a sostenere la prova orale, prevista per il 19 gennaio 2017, previa richiesta di differimento a data successiva a quella fissata per la camera di consiglio (1° marzo 2017).
Quindi con decreto rettorale n. 703 del 20 febbraio 2017 venivano approvati gli atti della procedura e veniva nominata vincitrice la dott. Addis, che in data 24 febbraio 2017 si costituiva nel presente giudizio.
Con ricorso per motivi aggiunti depositato in data 10 aprile 2017 la ricorrente impugnava il decreto rettorale n. 703 del 20 febbraio 2017 con cui erano stati approvati gli atti della procedura, i verbali n. 2 e n. 2 bis del 14 e 15 dicembre 2016 relativi all’attribuzione dei punteggi sui titoli e sulle pubblicazioni, il verbale n. 3 del 17 gennaio 2017 di assegnazione degli argomenti per la lezione, il verbale n. 4 del 19 gennaio 2017 relativo alla prova orale nonchè la relazione finale di concorso del 19 gennaio 2017. Rispetto a tali atti deduceva vizi propri nonché l’invalidità derivata dagli atti impugnati con il ricorso introduttivo.
Alla camera di consiglio del 28 aprile 2017, fissata per l’esame della domanda cautelare, la ricorrente vi rinunciava. In tale occasione il Presidente disponeva la fissazione dell’udienza pubblica.
In vista della trattazione nel merito le parti scambiavano scritti difensivi insistendo nelle proprie conclusioni.
Indi all’udienza pubblica del 9 febbraio 2018 la causa veniva chiamata e trattenuta per la decisione.
II) In via preliminare deve essere esaminata l’eccezione di improcedibilità sollevata dalle difesa della controinteressata e dell’Università intimata.
La ricorrente infatti non ha sostenuto, per sua scelta, la prova orale manifestando, di fatto, di rinunciare alla partecipazione alla procedura selettiva indetta.
In replica la ricorrente ha dedotto l’irrilevanza di tale circostanza ai fini della procedibilità del ricorso, posto che il proprio interesse è quello all’annullamento dell’intera procedura.
L’eccezione di improcedibilità del ricorso è fondata, non sussistendo i presupposti per pervenire ad una pronuncia di merito.
La circostanza della mancata partecipazione della ricorrente alla prova orale, che determina nella sostanza la fuoriuscita della stessa dalla procedura selettiva, ha effetti determinanti sotto il profilo della sussistenza delle condizioni dell’azione proposta.
Va innanzi tutto rilevato che non risulta alcuna dichiarazione della ricorrente che dia un “significato” diverso (dal disinteresse) alla sua mancata presentazione alla prova orale.
La ricorrente ha chiesto al Presidente della Commissione di valutare l’opportunità di un rinvio della prova orale a data successiva a quella fissata per la camera di consiglio (1° marzo 2017) per trattare la domanda cautelare presentata con il ricorso per motivi aggiunti (cfr. doc. 34 di parte ricorrente). Dopodiché la candidata non si è presentata a sostenere la prova orale.
Ciò posto, la non partecipazione della ricorrente alla procedura determina il venir meno della sua posizione qualificata e differenziata rispetto alla generalità dei consociati.
In assenza della partecipazione alla selezione di cui è causa l’aver partecipato alla precedente fase della selezione (conclusasi con l’individuazione della ricorrente stessa quale candidata più qualificata) non è sufficiente. Infatti con decreto n. 5854 del 26 giugno 2015 l’Università ha annullato tutti gli atti della procedura che aveva visto vincitrice la ricorrente, che, tuttavia, non ha impugnato il provvedimento. L’annullamento ha quindi consolidato i suoi effetti, facendo venir meno, definitivamente, dal mondo giuridico quella selezione.
La sostanziale rinuncia alla rinnovata procedura selettiva pone la ricorrente in una posizione identica a quella del quisque de populo, essendo venuta meno la legittimazione ad agire.
Va infatti rammentato che il processo amministrativo è un processo rigorosamente di parti, teso alla protezione della posizione soggettiva individuale del ricorrente e non finalizzato al ripristino della legalità oggettiva.
E’ stato affermato in materia di controversie aventi ad oggetto gare di appalto, i cui principi sono del tutto esportabili in controversie relative a procedure selettive o concorsuali, che la legittimazione deve essere correlata ad una situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione. Chi volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione non è dunque legittimato a chiederne l’annullamento ancorché vanti un interesse di fatto a che la competizione – per lui inter alios acta – venga nuovamente bandita. L'impresa che non partecipi alla gara non può contestare la relativa procedura e l'aggiudicazione in favore di imprese terze, perché la sua posizione giuridica sostanziale non è sufficientemente differenziata ma riconducibile a un mero interesse di fatto (Corte Cost. 22 novembre 2016, n. 245; Consiglio di Stato sez. III 5 dicembre 2016 n. 5113; Consiglio di Stato, sezione III, 10 giugno 2016, n. 2507; Consiglio di Stato, sezione III, 2 febbraio 2015, n. 491; Consiglio di Stato, sezione VI, 10 dicembre 2014, n. 6048; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 25 febbraio 2014, n. 9; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 7 aprile 2011, n. 4).
La facoltà di agire in giudizio non è attribuita indistintamente a tutti i soggetti che potrebbero ricavare eventuali ed incerti vantaggi dall’accoglimento della domanda (cfr. Ad. Plen. n. 9/2014).
Se dunque la posizione differenziata e qualificata, ovvero la legittimazione, viene meno nel corso del giudizio, viene a mancare una delle condizioni dell’azione che preclude al giudice la possibilità di pronunciarsi nel merito.
Sotto il profilo dell’interesse va rilevata la contraddittorietà tra la mancata impugnazione del decreto n. 5854 del 26 giugno 2015, che interveniva, annullando tutti gli atti della procedura che aveva visto vincitrice la ricorrente, su una situazione in cui la ricorrente aveva ottenuto il bene della vita, e l’impugnazione di atti di una nuova procedura, in cui viene in emersione (soltanto) il possibile conseguimento del bene della vita.
Va aggiunto che con il ricorso introduttivo la ricorrente ha impugnato atti di per sé non lesivi, rispetto ai quali soltanto la partecipazione alla procedura avrebbe giustificato ex post la relativa impugnazione sotto il profilo dell’interesse. I successivi atti, impugnati con il ricorso per motivi aggiunti, attengono alla fase del procedimento cui la ricorrente non ha partecipato.
Né d’altro canto può essere invocata la sussistenza di un interesse strumentale all’annullamento della procedura, posto che, come precisato dall’Adunanza Plenaria n. 4/2011, la nozione di "interesse strumentale" non identifica un'autonoma posizione giuridica soggettiva, ma indica il rapporto di utilità tra l'accertata legittimazione al ricorso e la domanda formulata dall'attore. Legittimazione che, nel caso di specie, come detto, è venuta meno.
Per le ragioni che precedono il ricorso deve essere dichiarato improcedibile.
Tenuto conto della pronuncia in rito sussistono eccezionali ragioni per disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara improcedibile.
Spese compensate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:
Ugo Di Benedetto, Presidente
Stefano Celeste Cozzi, Consigliere
Valentina Santina Mameli, Referendario, Estensore

Pubblicato il 05/03/2018
N. 01349/2018REG.PROV.COLL.
N. 05340/2017 REG.RIC.

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

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 5340 del 2017, proposto da:
Assipol S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Catia Pratini e Alessandro Turco, con domicilio eletto presso l’avvocato Alessandro Turco in Roma, largo dei Lombardi, n. 4;

contro

Ministero della Giustizia, in persona del Ministro pro-tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliato ope legis in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;
Procura Generale della Repubblica di Catanzaro, non costituita in giudizio;

nei confronti di

Codis S.r.l. e Orasis S.r.l., in persona dei legali rappresentanti pro-tempore, rappresentate e difese dagli avvocati Demetrio Verbaro e Alfredo Gualtieri, con domicilio eletto presso l’avvocato Giuseppe Cosco in Roma, via Lima, n. 28;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I n. 913/2017, resa tra le parti, concernente l’affidamento del servizio di vigilanza armata per gli uffici giudiziari del Comune di Castrovillari per il periodo 1° marzo 2017 – 31 dicembre 2017;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Giustizia, di Codis S.r.l. e di Orasis S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 febbraio 2018 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati Pratini, De Luca, per delega di Verbaro e Gualtieri, e l’avvocato dello Stato Venturini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1.Con ricorso proposto dinanzi al Tribunale amministrativo della Calabria la Assipol s.r.l. ha impugnato il provvedimento con cui l’Avvocato Generale della Procura Generale della Repubblica presso la Corte d’Appello di Catanzaro, in data 12 maggio 2017, ha aggiudicato la gara per il servizio di vigilanza armata per gli uffici giudiziari del Comune di Castrovillari, per il periodo 1 marzo 2017 – 31 dicembre 2017, al raggruppamento temporaneo di imprese Codis S.r.l. – Orasis S.r.l.

La ricorrente ha in sintesi lamentato l’irragionevolezza della verifica di congruità dell’offerta del raggruppamento aggiudicatario, verifica che – a suo avviso - non aveva fatto emergere l’incongruità dell’offerta stessa con particolare riguardo a singole voci; ha altresì eccepito l’incompetenza dell’Avvocato Generale della Procura Generale presso la Corte d’Appello di Catanzaro ad emettere i provvedimenti impugnati, poiché la procedura era già stata delegata dal competente Ministero al Procuratore Generale della Repubblica e non poteva essere oggetto di subdelega.

Le società aggiudicatarie e l’amministrazione intimata, costituitesi in giudizio hanno contestavano le tesi della ricorrente, chiedendo il rigetto del ricorso.

2. Con la sentenza segnata in epigrafe, assunta in camera di consiglio ai sensi dell’art. 60 cod.proc.amm., l’adito Tribunale, ritenuta l’infondatezza dell’eccezione di inammissibilità del ricorso, in quanto proposto avverso la proposta di aggiudicazione della gara, visto che - al di là del nomen – l’atto impugnato era in realtà la concreta aggiudicazione definitiva della gara, lo ha respinto, poiché la verifica di congruità era stata correttamente svolta in via globale e sintetica, dovendo essa riguardare la serietà dell'offerta nel suo insieme, aggiungendo che il sindacato del giudice amministrativo delle valutazioni dell'amministrazione è limitato alla logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria e deve prescindere da un'autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, e non mancando di sottolineare il fatto che il raggruppamento aggiudicatario aveva dato conto delle agevolazioni sui premi INAIL, giustificato analiticamente il mancato rispetto della tariffa media oraria elaborata dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e che in ogni caso l’offerta della ricorrente era superiore di circa il solo 3,5% di quella aggiudicataria. Non sussisteva neppure l’asserita incompetenza, dato che l’Avvocato Generale è istituzionalmente destinato per legge a svolgere funzioni vicarie rispetto al Procuratore Generale della Repubblica.

3. Con rituale e tempestivo atto di appello notificato il 20 luglio 2017 la Assipol s.r.l. ha chiesto la riforma di tale sentenza, criticandola per non aver compreso la superficialità della verifica di congruità svolta, diffondendosi in un’analisi oltremodo dettagliata dei costi medi del personale in riferimento a quanto offerto dal raggruppamento aggiudicatario e, più specificamente, delle relative omissioni e del mancato rispetto degli obblighi imposti dalla contrattazione nazionale e dalla normativa in materia.

Si sono costituiti in giudizio Codis s.r.l. e Orasis s.r.l., facenti parte del raggruppamento aggiudicatario, ed il Ministero della Giustizia, sostenendo l’infondatezza delle censure sollevate e chiedendone il rigetto.

4. Alla pubblica udienza del 15 febbraio 2018 la causa è passata in decisione.

5. L’appello è infondato e deve essere respinto.

5.1. Deve premettersi che, come si ricava dalla lettura dell’atto di appello, Assipol s.r.l. non ha riproposto la censure di incompetenza dell’Avvocato Generale presso la Procura Generale della Repubblica di Catanzaro di adottare l’atto di aggiudicazione della cui legittimità si controverte, così che l’unico profilo in contestazione è solo quello relativo alla valutazione di congruità dell’offerta dell’aggiudicataria.

5.2. Passando all’esame del merito, la Sezione rileva innanzitutto che, secondo l’appellante, il raggruppamento aggiudicatario avrebbe omesso di inserire tra le voci inerenti il costo del lavoro gli scatti triennali, omissione che avrebbe notevolmente influito sull’offerta, rendendola incongrua: sennonché una simile argomentazione è del tutto irrilevante, incoerente ed inconferente in quanto non può neppure farsi questione di pretesi omessi costi per scatti triennali in presenza di un appalto, quale quello di cui si discute, che aveva una durata di dieci mesi.

Sotto altro punto, non può sottacersi che risulta difficile (né è stato diversamente provato, neppure a livello meramente indiziario) cogliere effettivamente la dedotta incongruità complessiva dell’offerta risultata vincitrice che comporta un ribasso del 22,42% sull’importo posto a base d’asta di €. 125.000,00 Iva esclusa, visto che l’offerta dell’appellante riporta un ribasso del 19,55% ed il ribasso della terza ditta in graduatoria ammonta al 9,40%: si tratta in realtà di differenze di non elevata consistenza e che danno atto di un risultato sostanzialmente equilibrato della selezione, di tal ché proprio con riferimento al rapporto tra l’offerta dell’appellante e quella del raggruppamento aggiudicatario non può neppure parlarsi di manifesta incongruità (e della relativa verifica di anomalia) dell’offerta di quest’ultimo.

Inoltre non deve dimenticarsi che nelle gare pubbliche il giudizio di verifica dell'anomalia dell'offerta - finalizzato alla verifica dell'attendibilità e serietà della stessa ovvero dell'accertamento dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte - ha natura globale e sintetica e deve risultare da un'analisi di carattere tecnico delle singole componenti di cui l'offerta si compone, al fine di valutare se l'anomalia delle diverse componenti si traduca in un'offerta complessivamente inaffidabile; tale giudizio costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato alla Pubblica amministrazione ed insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato della Commissione di gara, che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta; dal suo canto il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della Pubblica amministrazione sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, senza poter tuttavia procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta, delle singole voci e dell'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti, rappresentandosi altrimenti un'inammissibile invasione della sfera propria della Pubblica amministrazione ( ex multis Consiglio di Stato, sez. V, 21/11/2017, n. 5387).

Questi principi posti a governo delle pubbliche gare appaiono ancor più evidenti alla luce degli aspetti della gara in controversia sopra posti in luce, risolvendosi in definitiva le argomentazioni poste a fondamento dei motivi di censura (argomentazioni che risultano sprovviste di un adeguato supporto probatorio, anche solo indiziario) in una mera inammissibile opinione dissenziente rispetto alle valutazioni dell’amministrazione appaltante.

E’ appena il caso di aggiungere che non vi è alcun elemento per dubitare che la determinazione finale in ordine al giudizio finale sulla congruità dell’offerta dell’aggiudicatario sia da riferirsi effettivamente ed esclusivamente all’amministrazione appaltante, essendo stato chiesto all’Avvocatura dello Stato solo un parere sulla valutazione di congruità (parere che in ogni caso ben poteva essere fatto proprio dall’amministrazione).

6.In conclusione l’appello deve essere respinto e le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo

**P.Q.M.**

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

Condanna l’appellante al pagamento delle spese di giudizio liquidate in complessivi €. 2.500,00 (duemilacinquecento/00) oltre accessori a favore di ciascuna delle parti costituite.

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

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

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

L'ESTENSORE  IL PRESIDENTE
Raffaele Prosperi  Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO