**SENTENZE OGGI PA**

Pubblicato il 01/08/2018
N. 05153/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00616/2018 REG.RIC.

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

sul ricorso numero di registro generale 616 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da
Pegaso S.r.l. Servizi Fiduciari in proprio e quale mandataria dell’A.T.I., e la Società Sistemi di Sicurezza S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Antonio Scuderi, con domicilio digitale antonioscuderi@puntopec.it e domicilio eletto presso lo studio dell’avv. Silvano Tozzi in Napoli, via Toledo, 323;
contro
Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Marco Sasso Del Verme, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Andrea D'Isernia, 59;
nei confronti
Team Security S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Mario Barretta e Daniele Marrama, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Napoli, piazza Nicola Amore, 6;
per l'annullamento
A) quanto al ricorso introduttivo, come integrato dai motivi aggiunti depositati il 21.02.2018 e il 29.03.2018:
a) della deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera Universitaria “Federico II” n. 924 del 29.12.2017, a firma del D.G. dott. Vincenzo Viggiani, successivamente trasmessa a mezzo racc. a/r ricevuta in data 16.01.18, con la quale la predetta Azienda ha definitivamente aggiudicato la gara n. 3450 per l'affidamento del servizio di custodia e guardiania ed altre mansioni accessorie da svolgere presso i varchi, gli edifici e l'anello viario dell'A.O.U. “Federico II”;
b) della nota della predetta Azienda Ospedaliera prot. n. 0000972 dell'8.01.2018, a firma del Direttore dell'U.O.C. dott. Salvatore Buonavolontà e del Resp. della P.O. Simona Mammoli, ricevuta solo a mezzo raccomandata a/r in data 16.01.2018, con la quale veniva comunicato, ai sensi dell'art. 76 del d.lgs. n. 50/2016, l'aggiudicazione definitiva di cui innanzi;
c) dei verbali di gara dell'11.07.2017, 27.07.2017, 2.08.2017, 4.08.2017, 2.09.2017, 7.10.2017, 26.10.2017, 30.11.2017 e 12.12.2017;
d) per quanto occorra, del bando di gara, del disciplinare di gara e del relativo capitolato, come approvati con deliberazioni n. 391 del 24.05.2017 e n. 503 del 26.06.2017;
B) di ogni altro atto presupposto, collegato, connesso e/o consequenziale;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II e della Team Security S.r.l.;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 maggio 2018 la dott.ssa Gabriella Caprini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I. Parte ricorrente, seconda graduata, ha impugnato, con il ricorso principale, l’aggiudicazione per l’affidamento, per sei mesi prorogabili, del servizio di custodia e guardiania ed altre mansioni accessorie da svolgere presso i varchi, gli edifici e l'anello viario dell'Azienda Ospedaliera intimata e, con motivi aggiunti, l’asserita irragionevole attribuzione di punteggi premianti al progetto tecnico presentato dall’aggiudicataria, avuto particolare riguardo alle proposte migliorative nonché, più in generale, il giudizio di congruità dell’offerta reso dalla stazione appaltante a seguito della verifica delle giustificazioni della medesima società controinteressata.
II. A sostegno del gravame deduce i seguenti motivi di diritto:
a) violazione degli artt. 94, 95 e 97 del d.lgs. n. 50/2016, dell’art. 36 Cost. e del principio di inderogabilità dei minimi salariali, della lex specialis di gara, dell’art. 3, D.M. 22.01.2008, n. 37 e dell’art. 134 TULPS;
b) eccesso di potere per sviamento, difetto assoluto dei presupposti, erroneità, ingiustizia manifesta, difetto e carenza di istruttoria e di motivazione, illogicità manifesta e travisamento del fatto.
III. Si sono costituite l’Azienda Ospedaliera e la società aggiudicataria, entrambe concludendo per il rigetto del ricorso.
IV. All’udienza pubblica del 3.05.2018, fissata per la trattazione, la causa è stata trattenuta in decisione, avendo le parti rinunciato ai termini a difesa quanto alla trattazione del merito dei secondi motivi aggiunti.
V. Il ricorso, come integrato dai motivi aggiunti, non è fondato.
V.1. Con una prima censura, parte ricorrente lamenta l’erronea attribuzione, in favore dell’aggiudicataria, del punteggio riferito alla proposta migliorativa (coefficiente 1, punti 20), ritenendo tale società non in grado di eseguire le attività proposte per mancanza dei requisiti di legge. Sostiene, in particolare, che, per quanto concerne l’“installazione e di impianti elettrici ed elettronici” nonché per la loro manutenzione, sarebbe necessaria, ai sensi dell’art. 3 del D.M. n. 37/08, una specifica abilitazione dell’impresa operante. Tale condizione ricorrerebbe solo qualora l’imprenditore individuale, il legale rappresentante ovvero, da ultimo, il responsabile tecnico preposto con atto formale siano in possesso dei requisiti professionali specificamente individuati dall’art. 4 del medesimo D.M., ipotesi questa da escludersi nel caso di specie.
Coerentemente, alla Team Security, controinteressata, non poteva essere attribuito alcun punteggio riferibile alla proposta migliorativa del servizio, in quanto, come detto, la stessa non sarebbe abilitata a svolgere - per mancanza dei requisiti di legge - le attività che ha proposto di effettuare in miglioramento, parametro B.2, né, tanto meno, sarebbe utilmente valutabile il successivo parametro B.4 - sottocriterio b), relativo, nello specifico, al “Valore tecnico delle apparecchiature per lo svolgimento delle attività migliorative”, per il quale avrebbe, invece, parimenti conseguito il punteggio massimo (coefficiente 1, punti 10). Ciò posto, la decurtazione del punteggio indebitamente attribuito determinerebbe un punteggio complessivo finale che vedrebbe primo graduato il RTI ricorrente.
V.1.2. La censura è priva di pregio.
V.1.3. Orbene, oggetto dell’appalto, descritto all’art. 5 del capitolato, è l’affidamento del servizio di portierato dei locali dell’A.O.U. Federico II (servizio di custodia e guardiania e altre mansioni accessorie), gli apparati tecnici costituiscono il mezzo mediante il quale si effettua la prestazione, una delle modalità di svolgimento ma non il contenuto della stessa. Fuorviante allora appare, in proposito, ogni riferimento alla figura del subappalto, essendo, peraltro, la controinteressata, come richiesto, soggetto economico attivo nel settore della guardiania e non dell’impiantistica che acquisirà il materiale elettrico da propri fornitori di fiducia, in possesso di abilitazione, che provvederanno sia al montaggio che alla revisione delle apparecchiature, nella piena legittimità ed in aderenza al D.M. 37/08, il cui art. 8 indica quali siano gli oneri incombenti sul committente di lavori di montaggio di apparati elettrici.
Invero, già con una serie di chiarimenti (all. n. 4: la risposta ai quesiti n. 9 e 15) la stazione appaltante ha puntualizzato che, rispetto alla voce B2, le singole imprese partecipanti avrebbero dovuto indicare il prezzo delle singole migliorie offerte, “comprovato da idonea documentazione a supporto di quanto indicato (listini del produttore)”. Ha, così, chiarito, in modo non equivocabile, che i concorrenti non avrebbero dovuto “né costruire né installare le attrezzature” oggetto di migliorie, ma, legittimamente, potuto acquisirle e farle montare da terzi, loro fornitori di fiducia. Di conseguenza, avrebbero svolto il ruolo di meri committenti nei confronti di produttori o installatori.
Con specifico riferimento, poi, all’offerta tecnica della aggiudicataria, alla voce B2 sono state dedicate le pagine da 69 ad 88, ove sono soggetto di spiegazioni le forniture aggiuntive, sottolineandosi che le dotazioni tecnologiche offerte quali migliorie non saranno istallate dalla medesima Team Security S.r.l. ma da partnersspecializzati dell’azienda, rispetto a quali la prima si presenta effettivamente quale mera committente. Tanto chiarito, con il secondo criterio contemplato alla voce B4 ed esposto alle pagine da 106 a 113, la medesima Team Security ha indicato il valore delle attrezzature necessarie per lo svolgimento delle migliorie da essa proposte, non rivendicando, ancora una volta, alcuna attività di costruzione, installazione e manutenzione ad esse sottese, da svolgersi, invece, ad opera dei fornitori a ciò abilitati. Di contro non sembra, invece, essere necessaria alcuna specifica abilitazione per il loro uso.
Quanto alle spese da sostenere, tutte le forniture elettriche, su dichiarazione, non smentita, dell’impresa controinteressata, sono fortemente compresse in considerazione della scontistica di cui gode la medesima ditta e dei benefici fiscali connessi al programma industria 4.0, pari ad uno sconto del 70%, non sottovalutando, altresì, la circostanza che trattasi di un adeguamento di strumentazione di cui risulta in parte già dotata la stazione appaltante, come espressamente indicato nel capitolato (impianto di circuito chiuso): la controinteressata propone forniture aggiuntive per implementarne le funzioni. Non è all’uopo provato che l’importo stimato dalla ricorrente, come in percentuale decurtato, pari ad una previsione di € 33.750,00, non sia, atteso il differenziale non assorbito dal costo del personale (€ 66.656,49), comunque sostenibile sulla base dell’offerta dell’aggiudicataria.
V.2. Così definito l’oggetto dell’appalto, sono, altresì, infondate la prima e seconda censura introdotte con motivi aggiunti nella parte in cui la ricorrente sostiene che l’aggiudicataria avrebbe parimenti indebitamente proposto ulteriori proposte migliorative, escluse dall’oggetto dell’appalto e, nello specifico, riferite a taluni servizi a tutela del patrimonio, che necessiterebbero, in quanto tali, delle autorizzazioni di polizia ex art. 134 TULPS di cui la stessa controinteressata sarebbe ugualmente carente. In particolare, esulerebbero dall’attività di portierato per rientrare in quella della vera e propria vigilanza la “ristrutturazione e l’allestimento della Central Room con i primi moderni strumenti tecnologici a supporto, il suo presidio h 24 con risorse e ore aggiuntive, l’installazione di applicazione e impianti antintrusione e videosorveglianza” nonché il servizio di ronda per presidiare e prevenire atti vandalici, furti o danneggiamenti al patrimonio mobiliare e immobiliare dell’Ente.
Conseguentemente, alcun punteggio poteva essere attribuito alla Team Security S.r.l. anche per tali ultime migliorie (a fronte, invece, di un coefficiente 1, con punti 20, per la proposta migliorativa B 2, e un coefficiente 1, con punti 10, per il valore tecnico delle apparecchiature, B 4).
V.2.1. Ora, l’art. 6 del Capitolato indica nel dettaglio gli obblighi dell’aggiudicataria, da considerarsi, pertanto, quale declaratoria analitica delle prestazioni poste a gara, sulla cui falsariga è stata predisposta l’offerta tecnica dell’aggiudicataria (pag. 89). In particolare, è ivi previsto, rispetto all’impianto di allarme, un monitoraggio costante da una postazione centralizzata, già predisposta presso la Stazione appaltante ed operativa, con necessità, rispetto al patrimonio mobiliare ed immobiliare dell’AOU, di meri giri ispettivi senza alcun intervento diretto del personale dell’aggiudicataria in caso di eventuali pericoli ma di mera segnalazione agli organi competenti. Si tratta, in altri termini, di attività che non necessitano di licenza di pubblica sicurezza né rientrano nel novero della vigilanza non armata ma in quelle, generiche, di portierato.
Ed invero, “Nei bandi di gara pubblica i servizi di vigilanza armata e di portierato costituiscono due servizi del tutto distinti tra loro atteso che l'attività di “vigilanza” è quella volta alla salvaguardia di beni affidati alle proprie cure, ergo attività finalizzata, sebbene in via mediata, a contribuire alla preservazione dell'ordine e della sicurezza pubblica, fatto che, tra l'altro, giustifica la subordinazione dell'espletamento dell'attività al possesso di una autorizzazione governativa prefettizia ad hoc; invece il servizio di “portierato” attiene essenzialmente alla garanzia dell'ordinato utilizzo di un immobile da parte dei fruitori dello stesso, essendo quindi prevalentemente finalizzato alla sorveglianza e protezione degli immobili e dei beni in essi presenti, nonché alla disciplina dell'accesso di estranei, senza che vengano in rilievo - se non in via del tutto indiretta - finalità di interesse pubblico che coerentemente non rende necessaria alcuna autorizzazione di polizia per lo svolgimento del servizio” (Cons. di St., sez. IV, 16.09.2016, n. 3898; TAR Cagliari, 24.09.2014, n. 746).
Né per la partecipazione alla gara era prevista la necessità di tale titolo.
D’altro canto, tutta la strumentazione indicata è congruente con quanto descritto dall’art. 6 del capitolato e non ha a che fare con vigilanza armata (pagine 24/25):
a) non è offerta alcuna ronda armata: trattasi, come detto, di giri ispettivi, anch’essi contemplati all’art. 6 del capitolato, tanto che a pag. 86 dell’offerta tecnica è espressamente specificato che non ci sarà sovrapposizione con la vigilanza armata già in essere presso la sede dell’Amministrazione;
b) la cd. control room non è centrale operativa in piedi presso la sede dell’aggiudicatario per la quale è necessaria l’autorizzazione prefettizia, ma è un impianto di circuito chiuso, di proprietà dell’AOU e dislocato nella struttura da presidiare, nella quale Team Security svolge il servizio dal 2003. Essa è indicata nel capitolato e Team Security ha meramente proposto di effettuare una fornitura di strumentazioni aggiuntive per implementarne le funzioni.
V.3. Con la terza censura introdotta con i motivi aggiunti, parte ricorrente censura, altresì l’attribuzione dei punteggi, in favore dell’aggiudicataria, con riguardo al parametro B1 a) (punti 8), avente ad oggetto l’organizzazione proposta, funzionale al servizio offerto, e B1 b) (punti 2), riferito, nello specifico, all’aggiornamento delle risorse umane, deducendo poi, più in generale e anche sotto tale profilo, l’incongruità dell’offerta.
V.3.1. I motivi sono privi di pregio.
V.3.2. Quanto all’organizzazione, parte ricorrente si limita a porre a confronto, in primo luogo, con riferimento alle diverse dimensioni aziendali, i rispettivi progetti (pagg. 11-68), sollecitando un inammissibile sindacato intrinseco sull’esercizio della discrezionalità tecnico amministrativa, pur in assenza di evidenti profili di manifesta illogicità (anni di attività, referenze, rating di legalità, numero dei dipendenti), essendo, peraltro, l’aggiudicataria attuale gestore del servizio.
V.3.3. Quanto, poi, all’approccio metodologico nella descrizione delle fasi di avvio e di coordinamento del servizio e, in definitiva, nell’esplicitazione puntuale dell’organizzazione del lavoro, parte ricorrente fonda le proprie censure sull’assenza di un esplicito cronoprogramma che invece è inserito nell’offerta nell’aggiudicataria sia pure in una diversa parte dell’esposizione della voce B1 predetta, descrivendosi con adeguato livello di dettaglio sia il dimensionamento delle proprie risorse che il relativo monte ore produttivo (pagg. 39-40).
V.3.4. Con riferimento, poi, alla figura del Responsabile del servizio, figura richiesta quale “unico referente per l’Amministrazione in ordine a tutte le problematiche e contestazioni inerenti il servizio stesso… che dovrà garantire la sua reperibilità” (art. 8, del Capitolato) non appare sussistere, nel progetto dell’aggiudicataria controinteressata, la dedotta commistione di funzioni e di soggetti, evidenziata ponendo in contrapposizione, da un lato, la “regia unica in capo all’Amministratore Unico” e, dall’altro, i compiti di coordinamento e di controllo dell’appalto devolute al Responsabile di commessa.
Invero, l’Amministratore Unico, per come configurato, non invade i compiti del Responsabile di commessa, interloquendo con l’Amministrazione per le sole decisioni più rilevanti e di portata strategica. Quale centrale di governo non ha contatti con la P.A. se non nella fase di avvio del servizio, in cui conferisce le deleghe operative al personale. Superato tale momento, l’unica interfaccia tra azienda ed Amministrazione è il responsabile di commessa (pagg. 11-31 e organigramma dell’offerta tecnica di Team Security).
V.3.5. Quanto al dedotto complessivo difetto di motivazione nell’attribuzione dei punteggi relativi che, a parere di parte ricorrente, andrebbero, per le motivazioni sovra esposte, proporzionalmente defalcati, non ritiene il Collegio doversi discostare dal consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale nel confronto a coppie, metodo utilizzato per valutare, nel caso de quo, le offerte, il giudizio è sufficientemente motivato con l’attribuzione di un voto numerico, con l’ulteriore precisazione che “il sindacato del giudice sulla discrezionalità tecnica, tipico della valutazione dell'anomalia dell'offerta, non può sfociare nella sostituzione dell'opinione del giudice a quella espressa dall'organo dell'amministrazione” (TAR Liguria, Genova, sez. II, 10.10.2017, n. 757).
Ed invero, il metodo del c.d. "confronto a coppie” è un peculiare modo attuativo proprio del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in virtù del quale ogni elemento qualitativo dell'offerta è oggetto di valutazione attraverso la determinazione dei coefficienti all'interno di una tabella triangolare, nella quale le offerte di ogni concorrente sono confrontate a due a due e, per ogni coppia di offerte, ogni commissario indica l'elemento preferito, attribuendo un punteggio che esprime un certo grado di preferenza, senza, tra l'altro, necessità alcuna di una specifica motivazione argomentativa delle scelte operate, poiché insita "nella preferenza" in tal modo manifestata sulla base, tra l'altro, di valutazioni di carattere tecnico, sindacabili - in quanto tali - entro ristretti limiti.
E’ pertanto chiara l'ampia discrezionalità sottesa a tali manifestazioni di giudizio dei commissari, che non scrutinano il possesso dei requisiti minimi di partecipazione (presupposto per l'ammissione al confronto) ma, al contrario, esprimono una valutazione, necessariamente soggettiva e opinabile, circa le diverse soluzioni tecniche offerte; in altre parole la metodologia in questione non mira ad una ponderazione atomistica di ogni singola offerta rispetto a standard ideali, ma tende ad una graduazione comparativa delle varie proposte dei concorrenti mediante l'attribuzione di coefficienti numerici nell'ambito di ripetuti «confronti a due», di conseguenza il sindacato giurisdizionale incontra forti limitazioni, non potendo il giudice impingere in valutazioni di merito "ex lege" spettanti all'Amministrazione, salva la ricorrenza di un uso palesemente distorto, logicamente incongruo, macroscopicamente irrazionale del metodo in parola, che è, però, preciso onere dell'interessato allegare e dimostrare, evidenziando non già la mera (e fisiologica) non condivisibilità del giudizio comparativo, bensì la sua radicale ed intrinseca inattendibilità tecnica o la sua palese insostenibilità logica (Consiglio di Stato, sez. III, 3 febbraio 2017, n. 476 e sez. VI, 19 giugno 2017, n. 2969).
Ciò posto, il punteggio numerico espresso sui singoli oggetti di valutazione opera alla stregua di una sufficiente motivazione quando, come nel caso di specie, l'apparato delle voci e sottovoci fornito dalla disciplina della procedura, con i relativi punteggi, è sufficientemente chiaro, analitico e articolato, sì da delimitare adeguatamente il giudizio della Commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo, e da rendere con ciò comprensibile l'iter logico seguito in concreto nel valutare i singoli progetti in applicazione di puntuali criteri predeterminati, permettendo così di controllarne la logicità e la congruità: onde solo in difetto di questa condizione si rende necessaria una motivazione dei punteggi numerici (Cons. di St., sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1556).
Nel caso di specie, non emerge alcun palese profilo sintomatico di un uso irrazionale e oggetto di sviamento. Parte ricorrente si è limitata a sostenere che il proprio progetto tecnico, con particolare riferimento alla forza lavoro da impiegare, si caratterizzerebbe per una individuazione maggiormente specifica di mansioni, competenze, qualifiche e responsabilità, limitandosi ad una mera attività di comparazione con quello presentato dalla Team Security, contestando, all’esito della disamina, che alla aggiudicataria fosse stato assegnato il coefficiente 1, mentre ad essa ricorrente solo il coefficiente 0,56 (con attribuzione rispettivamente di punti 8 e 4,48), non fornendo, tuttavia, alcuna prova dirimente in ordine alla illogicità e/o alla manifesta irragionevolezza nella valutazione degli aspetti qualitativi dell'offerta tecnica.
D’altro canto, netto è differenziale nella comparazione delle sole offerte tecniche tra il punteggio complessivo massimo consentito (60,00/60 punti), per la controinteressata, contro i 31,92/60 punti della ricorrente, cui si aggiungono, quanto alle offerte economiche, rispettivamente punti 32 e 40, con uno scarto netto, in definitiva, di 21,92 punti, tanto da non consentire un’utile dimostrazione della prova di resistenza (punti 92, la Security Service e punti 71,92 la ricorrente).
Concernendo peraltro le doglianze solo una parte delle prestazioni, non è neppure dimostrato che l’accoglimento comporti una automatica decurtazione, nel senso auspicato, del punteggio attribuito alla Team Security, tale da consentirle di sopravanzare, con successivo superamento del pari giudizio di congruità.
V.4. Con la quarta ed ultima censura dei motivi aggiunti, parte ricorrente si lamenta dell’illogicità ed erroneità del giudizio di congruità espresso, a seguito della presentazione delle giustificazioni, per l’offerta dell’aggiudicataria, ponendo all’esame del Collegio alcune specifiche voci.
V.4.1. Le censure sono prive di pregio.
V.4.2. Non appare ultroneo premettere che, secondo condiviso assunto:
a) il giudizio sull'anomalia delle offerte presentate nelle gare pubbliche di appalto, oltre ad avere natura globale e sintetica sulla serietà delle stesse nel loro complesso, è ampiamente discrezionale e sindacabile solo in caso di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza, con la conseguenza che il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della P.A. sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, ma non procedere ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, con conseguente invasione della sfera propria della Pubblica amministrazione” (Consiglio di Stato, sez. V, 14 giugno 2017, n. 2900),
b) esso mira, nello specifico, “ad accertare in concreto che la proposta economica risulti nel suo complesso attendibile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto” (Consiglio di Stato, sez. VI, 15 settembre 2017, n. 4350), né le singole operazioni valutative ad esse sottostanti possono essere sostituite e ripetute in sede giurisdizionale” (cfr. T.A.R. Campania – Napoli, sez. I, 3 luglio 2017, n. 3577; in senso analogo, T.A.R. Lazio – Roma, sez. II, 07 agosto 2017, n. 9240);
c) con la precisazione che, “anche l’esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti, a dimostrazione della non anomalia della propria offerta, rientra nella discrezionalità tecnica della Pubblica amministrazione, con la conseguenza che soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali gravi ed evidenti errori di valutazione oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto, il giudice di legittimità può esercitare il proprio sindacato, ferma restando l’impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello della Pubblica amministrazione (Cons. St., Sez. V, n. 5387 del 2017 ).
V.5. Ciò posto e nel dettaglio degli specifici motivi di doglianza, al fine di valutarne l’eventuale sintomaticità, si osserva quanto segue.
V.5.1. Ora, con riferimento alla forza lavoro, parte ricorrente deduce, in primo luogo, la genericità dell’offerta dell’aggiudicataria, riferendosi la stessa, con certezza, all’assunzione o mantenimento in servizio di n. 54 operatori full time e n. 46 unità part time, con riserva di dotarsi di nuovo personale che potrebbe oscillare tra i 15 e i 20 addetti ulteriori (pagg. 39 e 40 del progetto). Posto che il servizio era già svolto con 100 unità in grado di coprire 148.430 ore, la ricorrente ne deduce che, per le ore residue utili al raggiungimento del monte ore richiesto (31.570), sia necessario l’inserimento di almeno 15 unità ulteriori. Ne conseguirebbe che lo stesso costo della sicurezza aziendale sarebbe sottodimensionato, in quanto calcolato sulla base delle sole unità in servizio (€ 17.000,00 pari a € 170, per 100 lavoratori), dovendosi ad esso aggiungere anche quello delle unità ulteriori, almeno 15 (€ 2.550). L’utile dichiarato per € 2.635,49 risulterebbe quasi del tutto azzerato.
V.5.2. Il ragionamento esposto si fonda su un erroneo presupposto.
Invero, quanto alla forza lavoro impiegata, così come chiarito dall’Azienda ospedaliera resistente, sono da considerarsi esclusivamente le 100 unità lavorative già in servizio, essendo l’assunzione di nuovo personale (15-17 unità) subordinata all’eventuale necessità di svolgere ulteriori prestazioni a richiesta della medesima stazione appaltante.
Ed invero, l’offerta dell’aggiudicataria risulta tarata su tutte le 180.000 ore massime di servizio appaltate (come evidenziato nei documenti prodotti dalla Team Security in fase di gara e durante la verifica di congruità), a riprova dell’effettivo costo del lavoro per l’intero monte ore contrattuale appaltato.
Quanto poi al costo della sicurezza così come stabilito da norme e contratti nazionali (ex Legge 3 agosto 2007 n. 123 e Tabella ministeriale CCNL pulizia e servizi integrati/multi servizi), lo stesso è di 150,00 per lavoratore (e non 170,00 come indicato dal consulente). Ciò posto, l’estratto di pag. 7 delle giustificazioni prodotte indica che il dato esposto nell’offerta di 17.000 euro è, quindi, superiore ai predetti minimi previsti.
Comparando, poi, le offerte, quella della Team Security dispone, nell’anno, di una differenza in positivo di € 104.400,00 quanto al costo del servizio, avendo poi indicato, per i 100 lavoratori attualmente in servizio (cui applicare il medesimo CCNL “pulizia e servizi integrati / multiservizi” e garantire gli attuali livelli retributivi e contributivi in essere) un costo per la manodopera che sopravanza di € 223.200,00 quello, inferiore dell’ATI Pegaso ricorrente, pur a parità di lavoratori e di CCNL.
In particolare, il costo della manodopera calcolato nell’offerta della Team Security è di € 2.475.000 in assoluto il valore più alto tra tutti i partecipanti, ed appare singolare che venga considerato non congruo dall’ATI Pegaso, ricorrente, che indica per la stessa voce un importo pari a € 2.251.800, di gran lunga il più basso.
D’altro canto, lo stesso RUP e la Commissione Tecnica, a seguito dell’esame delle precisazioni, hanno ragionevolmente ritenuto “esaustive tutte le giustificazioni prodotte dalla società Team Security S.r.l.”.
V.5.3. Quanto alla formazione del personale e al presunto non contabilizzato impatto sull’offerta economica, parte ricorrente deduce un aggravio economico, utilizzando il costo orario del lavoro (€ 13,74 - dichiarato), quantificabile in € 276.503,76, su 117 unità presunte (€ 236.500,00, su 100 lavoratori), per un totale stimato, solo per il costo del lavoro, di € 2.736.000,00, comunque superiore all’importo globalmente offerto, di € 2.541.600,00 (€. 2.558.600,00).
Osserva, in particolare che, essendo previsto per ogni operatore un periodo di 172 ore annue di formazione, queste necessariamente concorrerebbero al completamento dell’orario lavorativo, con la conseguenza che la società dovrebbe, medio tempore, per garantire comunque lo svolgimento del servizio, incaricare altri addetti, la cui spesa costituirebbe, parimenti un costo ulteriore, per 20.124 ore (172 h x 117 unità). In particolare, le ore per la formazione andrebbero defalcate dal monte ore teoriche annuali (passando dalle dichiarate 1.714 alle effettive 1.550), con correlata variazione del costo del lavoro pro capite che non sarebbe più di 13,74 €/h, come dichiarato in offerta, ma di 15,20 €/h, tanto da rendere, in definitiva, assolutamente inattendibile l’offerta della controinteressata.
V.5.4. Orbene, l’aggiudicataria ha, di contro, specificato come, da un lato, i costi della formazione siano coperti dal Fondo Interprofessionale cui accede l’azienda, non riferibile, quanto all’aliquota, alla sola commessa per cui è causa (pag. 51 e 52 dell’offerta tecnica dell’aggiudicataria) ma all’intera attività espletata, e dall’altro, come il servizio reso contempli anche momenti formativi on the job, sul posto di lavoro e durante l’espletamento del servizio. Appare, peraltro, improprio un calcolo del costo della formazione meramente parametrato direttamente al costo del lavoro sostitutivo, ritenendosi sic et simpliciter la prima espletata necessariamente ed esclusivamente in orario extra lavorativo.
V.5.5. Parte ricorrente evidenzia, altresì, un ulteriore costo del lavoro, aggiuntivo per l’Azienda rispetto a quello previsto per le attività di base e, presumibilmente, non considerato nella determinazione dell’importo offerto, ravvisabile nella previsione di una sovrapposizione dei dipendenti in servizio per mezz’ora.
Osserva, in proposito che, in base ai dati storici elaborati sull’appalto dalla stessa aggiudicataria (pag. 84 progetto), posto che, mediamente, in una settimana, vi sarebbero almeno 473 cambi turno, le ore in più che gli operatori della Team Security sarebbero tenuti a garantire sarebbero almeno 24.662,00, con un’incidenza – quanto al costo del solo lavoro – di € 314.193,88. A tale previsione si affiancherebbe, altresì, la presenza costante del personale aggiuntivo (responsabile di commessa e supervisori) in affiancamento per almeno tre ore al giorno per un totale di ore aggiuntive pari a 1.095 annue, secondo un costo complessivo presunto dalla stessa aggiudicataria, ove, per ipotesi fossero espletate da personale esterno, di € 393.309,00 (in progetto, pag. 84).
Ne consegue che non poteva essere estromesso dalla valutazione di congruità l’incremento orario del costo del lavoro conseguente a tale carico aggiuntivo (ben 25.757 ore), pari a 2,19 €/h, che porta l’incidenza oraria del lavoro a € 16,31.
Non ultima sarebbe la considerazione che, nell’offerta tecnica della controinteressata, viene riportato, tra i servizi migliorativi anche quello di ronda (pag. 86), svolta da una squadra di supporto composta da 12 unità, il cui controvalore è stabilito in € 65.000,00, pur a fronte di scarsi margini di flessibilità economica, dato l’utile dichiarato di € 2.635,49.
Tale profili concorrerebbero a dimostrare, proprio tenuto conto complessivamente delle migliorie offerte, l’assoluta inattendibilità dell’offerta della Team Security.
A parere di parte ricorrente, in definitiva, la differenza tra quanto previsto dall’aggiudicataria per il costo del lavoro (€ 2.474.943,51) e l’offerta economica presentata (€ 2.541.600,00), calcolata in € 66.656,49, non sarebbe, in conclusione, in grado di soddisfare tutte le ulteriori spese riferite alle migliorie proposte.
V.5.6. Ora, ritiene il Collegio che l’aggiudicataria abbia, ragionevolmente, puntualizzato come tali ultime analisi si basino su un palese travisamento di fatto basato sulla indebita sovrapposizione tra quello che è il peso economico stimato della miglioria (sulla base del numero dei cambi turni medi e sul costo orario a base d’asta) e il costo effettivo sostenuto, compreso nel prezzo offerto. La sovrapposizione dei turni è, invero, solo una metodologia operativa nell’articolazione dell’orario di lavoro, finalizzata ad una più efficiente erogazione del servizio, comprensiva del passaggio di consegne e dei giri di sorveglianza, come tale rispettosa della contrattazione, non generando, sebbene esplicitata in termini di peso economico, prestazioni straordinarie o aggiuntive, essendo compresa nell’orario ordinario.
V.5.7. Per quanto concerne i calcoli del costo della contribuzione INAIL, parte ricorrente ne deduce, a comprova della l’incongruità dell’offerta, l’erroneità meramente matematica.
Osserva, nella specie, che dalla certificazione rilasciata dall’INAIL (riportata a pag. 19 delle giustificazioni), all’impresa è stata riconosciuta una riduzione pari al 5% del tasso di tariffa.
Ciò posto a pag. 18 delle giustificazioni, tale tasso è riportato al 21 per mille, che – diffalcato del 5% di riduzione – diviene pari al 1.995%; ad esso va, poi, applicato l’1% di addizionale AMNIL, con un tasso definitivo pari al “2,01%”. Nelle giustificazioni, tuttavia, il tasso diviene l’“1.25%” (riportato erroneamente come 14.25).
Un tale non dovuto abbattimento (dell’ordine dello 0,585%) avrebbe rimosso – in modo ovviamente non consentito – l’ulteriore dovuta incidenza oraria sul costo del lavoro per 0,07 €/h, la cui correlativa cifra, pertanto, non è stata considerata tra i costi. Se allora si considera che l’utile è stato indicato in 0,01 €/h mentre manca, invece, nel costo del lavoro la cifra di 0,07 €/h, emerge senza meno la inattendibilità.
A tale considerazione si aggiunge anche la circostanza che, per la riduzione richiesta all’INAIL, la Team Security ha applicato la tariffa 0721 che è relativa al personale con mansioni operative, anche di servizio (quali uscieri, fattorini, portieri, autisti, barbieri, inservienti, addetti alla piccola e generica manutenzione, etc.), quando invece esiste una voce tariffaria specifica (la n. 0714) proprio per i servizi di guardiania e sorveglianza in genere, esclusi i servizi svolti dalle guardie giurate. Se fosse stata applicata la corretta voce tariffaria, il tasso definitivo INAIL avrebbe dovuto essere pari a 3,131%, con un’incidenza oraria di 0,20 €/h e con costi aggiuntivi pari a € 36.000,00, evidenziandosi ancora di più la non serietà dell’offerta.
V.5.8. La censura è infondata sotto molteplici profili.
V.5.9. Orbene, il dato messo in discussione, così come integralmente riportato nelle tabelle di pag. 5 delle giustificazioni è il 14,25 ‰: il medesimo dato decimale correttamente espresso per cento è pari a 1,425 mentre per mille a 14,25.
Parte ricorrente prende, poi, come riferimento, il solo tasso medio (21) e non quello effettivo applicabile (15), così come risultante dal documento INAIL, riportato a pag. 18 delle giustificazioni.
In particolare, il documento dell’INAIL prodotto per documentare il proprio tasso applicabile al costo orario dei propri lavoratori chiarisce inequivocabilmente che il tasso applicato è proprio 15 per mille (e non 21 come argomentato da ATI Pegaso e asseverato dal consulente di parte).
Ora, applicando la riduzione del 5% del tasso di tariffa che l’INAIL ha riconosciuto alla Team Security, documentata a pag. 19 delle giustificazioni, emerge che il dato esposto nelle giustificazioni è corretto. Infatti, il tasso applicato, 15, defalcato del 5% (- 0,75) dà proprio il 14,25 esposto nelle tabelle di costo riportato a pag. 5 delle giustificazioni (15 – 0,75 = 14,25 per mille).
Quanto alla tariffa INAIL più corrispondente alle mansioni svolte, la controinteressata ha ben chiarito come la tariffa non viene affatto scelta dall’impresa ma viene assegnata direttamente dall’INAIL che la comunica ad inizio attività, cantiere per cantiere, e la indica ogni anno nella propria “Comunicazione tasso annuale” integralmente riportata nelle giustificazioni prodotte. La tariffa che l’INAIL ha, nella specie, assegnato alla Team Security – lo si legge dal documento prodotto – è 0721, alla quale corrisponde altrettanto chiaramente il tasso effettivo applicato di 15, su cui, poi, applicare lo sconto assegnato del 5%.
Ed invero, la completa declaratoria delle tariffe, evidenziate nella tabella, riporta la 0714, invocata dal consulente di parte ricorrente, quale specifica dei “servizi investigativi, di guardiania e sorveglianza in genere”, come tale, non applicabile alla tipologia dell’appalto all’esame che, agli artt. 5 e 6 del Capitolato Speciale d’Appalto, definisce le mansioni previste, tutte sovrapponibili, invece, nella 0721, così come correttamente assegnata dall’INAIL.
V.5.10. Altro profilo sintomatico di una complessiva inattendibilità è ravvisato da parte ricorrente a pag. 5 delle giustificazioni laddove la società controinteressata ha determinato il proprio monte ore teoriche annuali di lavoro valido per l’azienda.
L’aggiudicataria, nella specie, avrebbe indicato per le malattie, infortuni e maternità solo 16 giorni di assenze, pari allo 0,74% di tutte le ore lavorabili, rispetto alla ben più consistente percentuale, pari al 6,50% prevista dalle tabelle ministeriali.
Ora, osserva parte ricorrente che se è vero che i valori previsti da dette tabelle sono meramente indicativi, gli scostamenti debbono essere provati in modo puntuale e rigoroso (Cons. St., sez. V, 20.02.2017, n. 756).
L’impresa controinteressata, di contro, non avrebbe presentato alcuna documentazione a supporto (certificati medici, DM10 virtuali, libro unico del lavoro), rimettendosi al solo prospetto relativo esclusivamente all’anno 2016 (pag. 22 delle giustificazioni). Un così massiccio scostamento (si passa dal 6,56% ministeriale allo 0,74% aziendale) avrebbe, invece, richiesto una prova rigorosa, dovendosi necessariamente sviluppare sulla base di valutazione resa su un periodo temporale più ampio (almeno tre annualità). Pur un minimo scostamento rispetto alla percentuale dichiarata comporterebbe un aumento del costo del lavoro tale da rendere immediatamente incongrua l’offerta.
V.5.11. La censura è priva di pregio.
V.5.12. E’ incontestato tra le parti che “i costi medi della manodopera, indicati nelle tabelle ministeriali, non assumono valore di parametro assoluto ed inderogabile, ma svolgono una funzione indicativa, suscettibile di scostamento in relazione a valutazioni statistiche ed analisi aziendali evidenzianti una particolare organizzazione in grado di giustificare la sostenibilità di costi inferiori” (Cons. di St., sez. V, 13 marzo 2014 n. 1176).
V.5.13. Ebbene, le giustificazioni prodotte hanno motivato tale scostamento alle pagg. 9 e 10, confermando che esso si basa su “dati storici ed efficienze organizzative consolidate negli anni sul presente specifico appalto” dichiarati e documentati. Il prospetto allegato a pag. 22 riporta l’estratto dell’ultimo anno, con il dettaglio mensile delle singole voci, come contabilizzate nei cedolini. A conferma dei dati aggregati nell’ultimo triennio, sono stati, altresì, allegati gli estratti analitici dei singoli anni, nei quali è indicato il tasso di assenze registrato nell’ultimo triennio in azienda, così come evidenziato ed esposto nelle giustificazioni prodotte.
Il dato di assenze per permessi sindacali, assemblee e diritto allo studio è effettivamente più basso di quello esposto in tabella ma è anche vero che la controinteressata ha registrato nella propria specifica attività di settore la totale assenza di "permessi per studio" (pur contemplati) e la drastica riduzione (prossima allo zero) di permessi sindacali e assemblee (prevista per una percentuale pari ad 1/3 di quella standard).
Per quanto attiene, invece, al tasso di assenze per malattia, infortunio e maternità, lo stesso è stato fissato in Tabella al 1,20%, con un dato percentuale comunque superiore alla media effettiva riscontrata dai dati storici registrati nell'ultimo triennio in azienda e pari al doppio di quello registrato sulla stessa commessa nell'ultimo anno.
La società controinteressata allega, all’uopo, una tabella costituente estratto di pag. 5 delle giustificazioni evidenziando l’erroneità dei dati indicati dall’ATI Pegaso e dal relativo consulente di parte, posti, poi, a base delle relative argomentazioni e, nella specie, 16 ore (al posto delle 25 indicate) e una percentuale di 0,74% (al posto di quella effettiva di 1,20%, indicata). Tali evidenti approssimazioni concorrono ad inficiare ulteriormente le censure espresse.
VI. In conclusione, parte ricorrente non ha fornito adeguata prova della presunta incongruità dell’offerta e, nello specifico, della dedotta violazione di minimi contrattuali, attese le modalità organizzative proposte.
VII. Sulla base delle sovra esposte considerazioni, il ricorso, come integrato dai primi e secondi motivi aggiunti, non è meritevole di accoglimento non ravviandosi le violazioni di legge dedotte e non risultando il giudizio di verifica di anomalia dell’offerta affetto da macroscopiche illegittimità quali gravi ed evidenti errori di valutazione, solo a fronte dei quali il giudice può legittimamente esercitare il proprio sindacato, ferma pur sempre l’impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello della Pubblica amministrazione.
VIII. Le spese di giudizio seguono la regola della soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come integrato dai motivi aggiunti, in epigrafe proposto, lo respinge.
Condanna parte ricorrente alla rifusione, in favore dell’Azienda Ospedaliera resistente e della controinteressata aggiudicataria, Team Security S..r.l., delle spese di giudizio che liquida complessivamente in € 4.000,00, da corrispondersi pro quota e in parti uguali (€ 2.000,00 ciascuna), oltre C.P.A. e I.V.A..
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 3 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:
Santino Scudeller, Presidente
Pierluigi Russo, Consigliere
Gabriella Caprini, Consigliere, Estensore

Pubblicato il 31/07/2018
**N. 01649/2018 REG.PROV.COLL.**
**N. 00068/2018 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia**
**sezione staccata di Catania (Sezione Terza)**
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 68 del 2018, proposto da
Geomar di Musumeci Maria Pia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Sciuto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Catania, via Vincenzo Giuffrida 37;
***contro***
Comune di Biancavilla, non costituito in giudizio;
***nei confronti***
Cosefo S.r.l.s., non costituito in giudizio;
***per l’annullamento***
a) dell’esclusione della ricorrente dalla gara per l’affidamento del servizio di gestione e manutenzione dell’impianto di depurazione, disposta dalla Commissione di Gara del Comune di Biancavilla con i verbali del 12 e 19 dicembre 2017, nonché con la nota dello stesso Comune del 12 dicembre 2017 numero 28227, richiamati nel verbale di riapertura della gara del 19 dicembre 2017 e non conosciuti; b) del verbale di gara di verifica delle offerte anormalmente basse del 5 dicembre 2017; c) del provvedimento del Comune di Biancavilla, Responsabile della P.O. 5^ - 16 ° Servizio, del 06.12.2017 prot. 27901 e dell'aggiudicazione in favore della ditta COSEFO s.r.l.s.; d) nonché ove occorra e nei limiti d’interesse del bando e disciplinare di gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 giugno 2018 il dott. Daniele Burzichelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

Con il presente gravame la ricorrente ha impugnato: a) la sua esclusione dalla gara per l’affidamento del servizio di gestione e manutenzione dell’impianto di depurazione, disposta dalla Commissione di Gara del Comune di Biancavilla con i verbali del 12 e 19 dicembre 2017, nonché con la nota dello stesso Comune di Biancavilla del 12 dicembre 2017 numero 28227, richiamati nel verbale di riapertura della gara del 19 dicembre 2017; b) il verbale di gara di verifica delle offerte anormalmente basse del 05.12.2017, il provvedimento del Comune di Biancavilla, Responsabile della P.O. 5^ - 16 ° Servizio, del 06.12.2017 prot. 27901 e l’aggiudicazione in favore della ditta COSEFO s.r.l.s., nonché, ove occorra e nei limiti d’interesse, il bando e il disciplinare di gara.
L’Amministrazione intimata ed il soggetto controinteressato, sebbene ritualmente intimati, non si sono costituiti in giudizio.
Deve premettersi che il Comune di Biancavilla con determina a contrarre del 15 settembre 2017 numero 827 e relativo bando di gara, stima del servizio, disciplinare di gara e capitolato speciale d’appalto-oneri, ha indetto una gara a procedura aperta per l’affidamento del servizio di gestione e manutenzione dell’impianto di depurazione comunale per la durata di mesi nove con importo a base di gara di euro 35.189,96 oltre Iva.
Il bando di gara prevedeva al punto II.2) che “...l’importo del servizio… ammonta, per un periodo di mesi nove... ad euro 35.189,96 oltre iva...”, con l’espressa indicazione del “...costo manodopera ...euro 30.529,95...”; ed ancora al successivo punto III.1.3 disponeva che “…per il presente appalto, viene inserita la clausola sociale...” consistente nel mantenimento dell’unità lavorativa attualmente impiegata, profilo operatore liv. II A servizi ambientali.
La ditta ricorrente in possesso dei requisiti soggettivi e della capacità tecnica ed economica richiesti, ha partecipato alla sopradetta gara presentando la seguente offerta “…ribasso unico del 34,2874%... applicato all’importo di gara soggetto al ribasso al netto degli oneri di sicurezza e oneri incidenza manodopera. Dichiara altresì ai sensi dell’art. 95 comma 10 del Codice che i costi relativi alla sicurezza generale del’impresa… sono quantificati in euro 1.5000,00...”.
La Commissione di gara, verificata la documentazione presentata dalle sei ditte concorrenti, ha inizialmente ammesso la società ricorrente ed aperte le offerte economiche, l’ha collocata al primo posto della graduatoria quale minor prezzo; la stazione appaltante quindi, con nota del 15 novembre 2017 prot. 26275 ha chiesto alla società ricorrente di presentare spiegazione sul ribasso offerto del 34,2874% e precisamente “…riguardanti a) il rispetto del costo del personale…; b) la fornitura dei materiali”.
La ditta ricorrente con nota del 27 novembre 2017 ha presentato le proprie spiegazioni precisando che “…tenuto conto che codesta amministrazione ha inserito al punto III.1.3 del bando di gara la cosiddetta clausola sociale di cui all’articolo 50 del DLGS 50/2016, il costo della manodopera del personale attualmente impiegato da mantenere (pari ad Euro 30.529,96) deve ritenersi incomprimibile al pari degli oneri di sicurezza (pari ad euro 1.150,80) e chiaramente non oggetto di ribasso”.
La Commissione di gara esaminate tali spiegazioni con verbale del 5 dicembre 2017 le ha valutate con “…esito negativo…” con conseguente proposizione di esclusione dalla gara.
La stazione appaltante quindi con atto del 6 dicembre 2017 prot. 27901, visto l’esito del verbale di gara del 5 dicembre 2017, ha disposto l’esclusione dalla gara della ditta ricorrente, in quanto il “…ribasso…” non sarebbe stato “…applicato all’importo soggetto a ribasso d’asta pari a euro 34.039,16, come previsto nel bando di gara, bensì applicato sull’importo della fornitura dei materiali pari a euro 4.313,32 non previsto nel bando di gara, e ricavato unilateralmente dalla ditta medesima, l’offerta, pertanto come da spiegazione risultano manifestamente condizionata ed in aumento. Pertanto, per quanto sopra detto, l’offerta risulta in contrasto con il disciplinare di
gara punto 18) che così recita – non saranno ammesse offerte parziali, in aumento eo condizionate”.
La Commissione di gara, tuttavia, nella seduta di 12 dicembre 2017 è giunta alla determinazione di intervenire in autotutela, annullando l’attività espletata in precedenza e disponendo la non ammissione alla gara delle “…imprese concorrenti Euro Ambiente - Geomar e Rizzo Francesco in quanto…” avrebbero omesso “...l’indicazione dei costi della mano d’opera...”.
La ditta ricorrente, in buona sostanza, a seguito dell’annullamento in autotutela delle precedenti attività di gara (e quindi anche della valutazione di non congruità), è stata esclusa dalla gara per una presunta omessa indicazione nell’offerta economica dei costi della manodopera.
La stazione appaltante infine con verbale del 19 dicembre 2017 ha disposto la riapertura della gara con aggiudicazione a favore della COSEFO s.r.l.s. che ha offerto un ribasso del 17,81% “sull’importo soggetto a ribasso di euro 34.039,16 pari all’importo netto di euro 27.976,79 più oneri per la sicurezza di euro 1.150,80 e quindi pari all’importo complessivo di euro 29.127,59 oltre iva come per legge.”
Il contenuto dei motivi di gravame può sintetizzarsi come segue: a) l’inserimento della clausola sociale, unitamente alla determinazione del costo della manodopera impiegata e da mantenere, obbliga le ditte concorrenti all’assunzione del personale già impiegato il cui costo risulta determinato dalla stazione appaltante e non modificabile in quanto riferito a trattamenti salariali inderogabili stabiliti dai contratti collettivi di categoria (l’art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016 va, infatti, armonizzato con i precedenti artt. 23 e 50); b) la ditta ha indicato il costo della manodopera rinviando agli “oneri incidenza manodopera”; c) in ogni caso, l’art. 83, comma 8, del decreto legislativo n. 50/2016 dispone che i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni vigenti (con la conseguenza che andava attivato, semmai, il soccorso istruttorio); d) in via subordinata, si osserva che, nel non recepire le giustificazioni della ricorrente, la stazione appaltante ha errato nell’escludere la scorporazione del costo della manodopera dall’importo soggetto al ribasso.
Nella pubblica udienza in data odierna la causa è stata trattenuta in decisione.
Ad avviso di questo Collegio, il ricorso è infondato per le assorbenti ragioni di seguito indicate.
Come, infatti, affermato dalla giurisprudenza (sul punto, cfr. T.A.R. Campania Napoli Sez. II, 08-05-2018, n. 3079), per le gare indette sotto l'egida del nuovo codice dei contratti pubblici (come quella che qui viene in rilievo), non sono più rinvenibili le condizioni perché possa darsi ingresso al soccorso istruttorio nell'ipotesi di omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali e/o dei costi della manodopera: ciò, in quanto il nuovo codice ha definitivamente rimosso ogni possibile residua incertezza sulla sussistenza di tale obbligo di indicazione, esprimendosi in maniera chiara ed univoca sulla necessaria quantificazione dei suddetti oneri e costi già in sede di predisposizione dell'offerta economica.
Non appare, quindi, possibile una determinazione dei costi della manodopera “per relationem”, avuto riguardo all’inserimento nel bando della cosiddetta clausola sociale, anche tenuto conto che l’obbligo di assunzione del personale già impiegato non determina automaticamente un identico costo lordo da sostenere per i dipendenti da assumere, potendo, in ipotesi, l’impresa interessata usufruire di sgravi o agevolazioni fiscali o contributive di cui non beneficiava la precedente affidataria del servizio.
In conclusione, quindi, il ricorso va rigettato, mentre nulla deve disporsi quanto alle spese di lite, in ragione della mancata costituzione in giudizio delle controparti.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sezione staccata di Catania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto, lo rigetta.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 6 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:
Daniele Burzichelli, Presidente, Estensore
Dauno Trebastoni, Consigliere
Diego Spampinato, Consigliere

Pubblicato il 23/07/2018
N. 04440/2018REG.PROV.COLL.
N. 01258/2018 REG.RIC.

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

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello numero di registro generale 1258 del 2018, proposto da
Consorzio Chierese per i Servizi, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Bruno Sarzotti e Gianluca Contaldi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Gianluca Contaldi in Roma, via Pierluigi Da Palestrina, n. 63;

contro

Teknoservice S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Giuseppe Orofino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Casamassima, via Pietro Mascagni, n. 7;

nei confronti

San Germano S.r.l., non costituita in giudizio;
Cooperativa Lavoratori Ausiliari del Traffico – L.A.T. Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Clarizia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, Sez. I, n. 1/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Teknoservice S.r.l. e di Cooperativa Lavoratori Ausiliari del Traffico – L.A.T. Società Cooperativa, che ha spiegato anche appello incidentale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 giugno 2018 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Bruno Sarzotti, Angelo Giuseppe Orofino e Angelo Clarizia;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

**FATTO**

1.Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, sez. I, con la sentenza 2 gennaio 2018, n. 1, ha accolto il ricorso proposto da Teknoservice s.r.l., annullando, nella parte e nei sensi di cui in motivazione, il disciplinare di gara relativo alla procedura aperta per l’affidamento del servizio di igiene urbana, in parte a corpo ed in parte a misura, costituito principalmente dalle seguenti attività: raccolta, trasporto e conferimento ad impianti di smaltimento/recupero di rifiuti urbani e speciali assimilati agli urbani e servizi di igiene ivi elencati.

Secondo il TAR, in sintesi:

- le direttive 2004/18/CE e 2014/24/UE consentono senza riserve, ed in sostanziale continuità tra loro, il cumulo delle capacità di più operatori economici per soddisfare i requisiti minimi di qualificazione imposti dall’amministrazione aggiudicatrice, purché a quest’ultima sia fornita dimostrazione che l’appaltatore, che si avvale delle capacità di uno o di svariati altri soggetti ausiliari, disporrà effettivamente dei mezzi di questi ultimi che sono necessari all’esecuzione dell’appalto;

- non vi rientrano comunque i comportamenti anti-concorrenziali, in quanto di per sé estranei al novero delle fattispecie ritenute rilevanti dal legislatore, in attuazione peraltro di una precisa scelta, se si pensi che non sono state riprodotte, nell’àmbito del vigente ordinamento nazionale, le ipotesi di cui alla lett. d) della direttiva 2014/24, relativa agli accordi intesi a falsare la concorrenza;

- l’art. 63, par. 2, della direttiva 2014/24/UE, che per la sua formulazione letterale pone una regola self-executing direttamente rivolta alle amministrazioni aggiudicatrici, non consente di vietare il ricorso all’avvalimento per determinate prestazioni “essenziali”, bensì riconosce alle amministrazioni la facoltà di esigere che, nella fase esecutiva, dette lavorazioni siano riservate al solo appaltatore ovvero ad un membro del raggruppamento d’imprese; detta norma, secondo l’interpretazione già emersa nella giurisprudenza comunitaria, si riferisce alla fase esecutiva dell’appalto;

- è illegittima la clausola del disciplinare di gara con la quale il Consorzio Chierese ha vietato, per un requisito di capacità tecnica impropriamente definito quale “compito essenziale”, il ricorso all’avvalimento e l’eventuale suo frazionamento all’interno di un raggruppamento d’imprese e tale vizio è assorbente ed idoneo ad inficiare in radice la procedura, poiché ha impedito alla ricorrente di parteciparvi;

- la portata anticoncorrenziale della disciplina di gara è vieppiù confermata, nei fatti, dalla partecipazione di un concorrente, gestore uscente del servizio, rispetto al quale il requisito di qualificazione è stato evidentemente ritagliato.

2. Il Consorzio Chierese per i Servizi ha chiesto la riforma della predetta sentenza, deducendone l’erroneità alla stregua di un solo articolato motivo di appello, con cui è stata lamentata la violazione dell’art. 89, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016, e dell’art. 63, comma 2, della direttiva 2014/24/UE, nonché dei principi sanciti dalla Corte di Giustizia in materia di avvalimento.

3. Si è costituita in giudizio la Teknoservice s.r.l., che ha chiesto il rigetto dell’appello, riproponendo le doglianze sollevate in primo grado, ma non esaminate per assorbimento.

Si è costituita anche la Cooperativa Lavoratori Ausiliari del Traffico – L.A.T. Società Cooperativa, che ha spiegato appello incidentale autonomo ex art. 333 c.p.c., affidato sostanzialmente alle stesse censure dell’appello principale.

4. All’udienza pubblica del 21 giugno 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

**DIRITTO**

1. Oggetto del giudizio è la legittimità delle clausole della lexspecialis della procedura di gara indetta dal Consorzio Chierese per i Servizi per l’affidamento per otto anni del servizio di igiene urbana nei 19 Comuni che compongono il predetto Consorzio, nella parte in cui (paragrafi 7.VI.e), 7.VIII.1) e 11.I) del disciplinare di gara) è previsto che il requisito di capacità tecnica relativo alla lettura e trasmissione dati di transponders (esecuzione di identico contratto nell’ultimo triennio, alle condizioni e con le caratteristiche dimensionali ivi stabilite) non è frazionabile e non può essere conseguito mediante avvalimento.

2. La sentenza del TAR, che ha ricostruito il quadro giuridico di riferimento posto poi a fondamento della decisione, non merita le critiche che le sono state mosse.

2.1. In primo luogo, l’art. 89, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, che viene in evidenza in prima battuta nel caso in esame e che riproduce l’art. 63, par. 2, della direttiva n. 24/2014, stabilisce, nell’ipotesi di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura che “le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall’offerente o, nel caso di un’offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento”.

Detta disposizione stabilisce pertanto che i bandi di gara possono richiedere che alcuni compiti essenziali siano svolti direttamente dall’offerente: da un lato essa fa riferimento testuale alla sola fase esecutiva (“compiti essenziali direttamente svolti”), dall’altro la sua collocazione sistematica, inserita nell’ambito dell’avvalimento, può far propendere per una lettura limitativa di tale istituto ancorché riferito a compiti essenziali, ponendo in tal modo alcune questioni problematiche e alcune tensioni applicative rispetto al favor , che emerge sia dalla legislazione che dalla giurisprudenza comunitaria, per la sua generale applicabilità.

Infatti l’art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, innovando l’art. 49 del previgente codice, garantisce la più ampia partecipazione delle imprese alle gare pubbliche, in conformità all’orientamento della giurisprudenza amministrativa consolidatasi in seguito alla decisione dell’A.P. 4 novembre 2016, n. 23, secondo cui l’avvalimento è stato introdotto nell’ordinamento nazionale “in attuazione di puntuali prescrizioni dell’ordinamento UE”, al fine di consentire “l’apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile”, secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’UE (da ultimo: Corte di Giustizia, sentenza 7 aprile 2016 in causa C-324/14 – Partner Apelski Dariusz), anche con riferimento all’impossibilità di fissare a priori limiti specifici alla possibilità di avvalimento, anche frazionato, delle capacità di soggetti terzi (cfr. Corte Giust. UE, Sez. VI, 2 giugno 2016, C-27/15, punto 33).

2.2. In realtà, il caso di specie non pone al centro dell’attenzione tale questione, poiché come si è detto, nella fattispecie in esame l’avvalimento riguarda un ordinario criterio di qualificazione relativo ad un requisito speciale di carattere esperienziale (esecuzione di identico contratto nell’ultimo triennio, alle condizioni e con le caratteristiche dimensionali ivi stabilite) nel quale trova piena applicazione quanto previsto dall’art. 89, comma 1, del Codice che sancisce, infatti, che “l’operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all’articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all’articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all’articolo 80, nonché il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all’articolo 84, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche di partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all’indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all’allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste”.

La facoltà di ricorrere all’avvalimento, sancito agli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3 della citata direttiva, tenuto conto dell’importanza che esso riveste nell’ambito della normativa dell’Unione in materia di appalti pubblici, pone una regola generale di cui le Amministrazioni aggiudicatrici devono tenere conto allorché esercitano le loro competenze di verifica dell’idoneità dell’offerente ad eseguire un determinato appalto (cfr. Corte Giust. UE, Sez. I, 7 aprile 2016, C-324/14, punto 35).

Pertanto, l’art. 89, comma 4, del Codice, che consente che la lex specialis disponga che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente dall’offerente, non può venire in rilievo nel caso di specie, poiché non viene vietato l’avvalimento in relazione ad attività e a compiti specifici (ancorché essenziali), riferendosi in generale ad un requisito esperienziale ricadente in pieno nella regola generale dell’avvalimento.

2.3. Peraltro, anche nell’ipotesi in cui si ritenesse che la fattispecie ricada nell’ambito normativo di cui all’art. 89, comma 4, cit., si deve condividere la tesi secondo la quale la motivazione (o giustificazione), da parte della stazione appaltante, circa l’essenzialità del compito non risulta ragionevole.

La limitazione in esame, infatti, non può giustificarsi in relazione all’ipotizzata elevata competenza tecnica e specializzazione necessaria nell’esecuzione delle operazioni di lettura dei dati, atteso che risulta ictu oculi evidente che il servizio oggetto dell’appalto di cui discute è svolto da operatori ecologici privi di competenze professionali specifiche e gli operai preposti allo svolgimento di tali compiti non hanno alcuna peculiare qualificazione.

E’ da aggiungere che in concreto in nessun punto degli atti di gara si giustifica l’avvalimento facendo riferimento alle peculiari competenze tecniche che l’aggiudicataria dovrebbe possedere, rendendo privo di consistenza l’argomento difensivo formulato, in specifico, dalla parte appellante e dall’appellante incidentale.

3. Alla luce delle predette argomentazioni l’appello principale e quello incidentale devono essere respinti, in quanto infondati, restando assorbite le censure riproposte in appello dalla parte appellata, vittoriosa in primo grado.

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

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, principale e incidentale, come in epigrafe indicati, li respinge.

Compensa le spese di lite del presente grado di giudizio.

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

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

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

L'ESTENSORE  IL PRESIDENTE
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti  Carlo Saltelli

Pubblicato il 23/07/2018
N. 04442/2018REG.PROV.COLL.
N. 00462/2018 REG.RIC.

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

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello numero di registro generale 462 del 2018, proposto da
All Foods S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Di Ienno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale G. Mazzini, n. 33;

contro

Unione Collinare Canavesana dei Comuni di Barbania, Front, Rivarossa, Vauda Canavese, Comune di San Benigno Canavese, Comune di Barbania, Comune di Bosconero, Comune di Front, Comune di Rivarossa, Comune di Vauda Canavese, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Euroristorazione S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Ferasin, Fabio Sebastiano e Federico Casa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Federica Scafarelli in Roma, via Giosuè Borsi, n. 4;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, sez. I, n. 01129/2017, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Euroristorazione S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 luglio 2018 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Di Iennio e Scafarelli, in dichiarata delega di Ferasin.

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

**FATTO**

1.Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, sez. I, con la sentenza 18 ottobre 2017, n. 1129, accogliendo il ricorso proposto da Euroristorazione S.r.l., ha annullato la determinazione n. 147 del 16.9.2016, avente ad oggetto “Servizio di refezione scolastica delle scuole dell'infanzia, primarie e per i dipendenti comunali dei comuni dell'Unione Collinare Canavesana. Aggiudicazione definitiva servizio ed impegno di spesa. CIG. 6679318B92", recante l’aggiudicazione della gara in favore di All Foods s.r.l. ed ha altresì disposto la rinnovazione degli atti di gara a partire dalla presentazione delle offerte, ex art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a.

In sintesi, secondo il TAR:

- non v’era ragione di ritenere che il termine per l’impugnazione della decisione di aggiudicazione dovesse decorrere da un momento anteriore a quello in cui essa era stata notificata alle parti direttamente interessate, cioè alle imprese partecipanti alla gara;

- la pubblicazione della delibera di aggiudicazione di per sé sola non era idonea, nel sistema previsto dall’art. 76 d.lgs. n. 50-2016, a determinare la decorrenza del termine d'impugnazione, rendendosi necessaria la comunicazione dell’aggiudicazione definitiva preordinata a realizzare l’effetto della conoscenza legale dell’atto di aggiudicazione in capo al non aggiudicatario, secondo la regola di cui al successivo comma 5;

- nel merito, non si apprezzavano nelle offerte tecniche presentate dalle due imprese partecipanti alla gara, differenze lessicali tali da giustificare la diversa interpretazione che di esse aveva dato la stazione appaltante, segnatamente nel senso di intendere l’offerta della ricorrente come finalizzata ad assumere l’impegno di fornire frutta o yogurt per lo spuntino di mezza mattina, in quantità tale da soddisfare la richiesta giornaliera senza però provvedere a consegnare la relativa fornitura ogni giorno;

- tale proposta non presupponeva necessariamente una consegna non giornaliera degli spuntini, ben potendosi giustificare con il fatto che l’appaltatrice per ragioni organizzative avrebbe potuto in taluni plessi dover effettuare la consegna della frutta e dello yogurt in anticipo sull’orario fissato per la relativa consumazione e la censura era dunque fondata, così che la ricorrente avrebbe astrattamente avuto diritto a vedersi attribuire, relativamente al parametro in oggetto, 10 punti, al pari della identica offerta della aggiudicataria;

- a differente conclusione dovevasi invece pervenire con riferimento alla censura relativa al parametro b.1, posto che la lex specialis di gara, con il parametro in esame, non valorizzava in maniera specifica il numero di progetti di educazione alimentare indicati nelle varie offerte tecniche, lasciando quindi alla Amministrazione ampia discrezionalità sulla valutazione di tali progetti educativi;

- non era giustificato inoltre il significativo divario di punteggio attribuito alle due offerte, stante la mancata enunciazione, nella lex specialis di gara, di qualsiasi criterio che potesse orientare le parti nella predisposizione del progetto e la relativa valutazione da parte della Commissione, ma essendo evidente che indubbiamente il criterio tendeva a far incrementare la fornitura di prodotti di filiera e biologici e quindi, in tal senso, accreditava un criterio “quantitativo”, da intendersi non come criterio inteso a premiare sic et simpliciter il maggior numero di prodotti offerti, ma come criterio inteso a premiare la fornitura di prodotti biologici e di filiera piemontese aggiuntivi rispetto alla tabella e nel complesso maggiormente “impattante” sulla qualità dei pasti;

- la Commissione avrebbe allora dovuto attenersi all’unico criterio emergente in maniera chiara, cioè appunto a quello “quantitativo”, da intendersi nel senso sopra declinato;

- la Commissione doveva riaprire la fase di valutazione delle offerte tecniche, attribuendo alla offerta tecnica della ricorrente, relativamente al parametro “b.1. Progetto educazione alimentare max punti 30 su 100 …. 10 punti per inserimenti frutta e yogurt a metà mattina ………”, 10 punti anziché 6, e rinnovare la valutazione delle offerte tecniche presentate dalle due ditte relativamente al parametro “b.2.”, con potenziale attribuzione di punteggi tali per cui quello riconosciuto alla ricorrente supererà di più di 3,4 punti quello assegnato alla controinteressata.

2. All Foods ha chiesto la riforma di tale sentenza, deducendone l’erroneità e l’ingiustizia per i seguenti motivi:

- violazione dell’art. 120, comma 5, c.p.a. Difetto di motivazione ed errata valutazione dei fatti. Violazione dell’art. 97 Cost.;

- travisamento dei fatti. Contraddittorietà ed illogicità manifesta. Difetto di motivazione. Errata valutazione. Superamento dei limiti della giurisdizione del giudice amministrativo. Inammissibilità originaria del ricorso di primo grado;

- eccesso di potere per travisamento ed errata valutazione dei fatti. Incompetenza. Violazione dell’art. 97 Cost. per quanto riguarda sia la valutazione del parametro b.1 che del parametro b.2.

3. Ha resistito al gravame Euroristorazione s.r.l., chiedendone il rigetto.

4. All’udienza pubblica del 12 luglio 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

**DIRITTO**

1. Si deve premettere che l’appellante ha depositato in udienza il bando relativo alla nuova procedura di gara, indetta con atto del 10 maggio 2018 (oggetto della determinazione a contrarre 9 maggio 2018).

Tale bando è stato oggetto, tuttavia, di un provvedimento di annullamento in autotutela da parte dell’odierna stazione appaltante in data 30 maggio 2018, depositato in giudizio dalla difesa della controinteressata Euroristorazione s.r.l.

Di conseguenza la tesi dell’appellante secondo cui si sarebbe verificata una situazione di sopravvenuta carenza di interesse non trova alcun riscontro.

2. Oggetto del giudizio è la gara pubblica, indetta dall’Unione Collinare Canavesana dei Comuni di Barbania, Front, Rivarossa e Vausa Canavese con Determinazione n. 88 del 25.5.2016, per l’aggiudicazione del servizio di refezione scolastica delle scuole dell’infanzia, primarie e per dipendenti comunali dei Comuni dell’Unione, con durata dal 1.9.2016 al 31.8.2018, di valore pari a € 673.917,60, gara cui hanno preso parte unicamente le ditte Euroristorazione S.r.l. e All Foods S.r.l.

3. L’appellante eccepisce, con il primo motivo di gravame, la tardività del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, sia in quanto l’aggiudicazione è stata pubblicata sulla GURI in data 14.10.2016, sia in quanto alla seduta del 4 luglio 2016 aveva preso parte anche una rappresentate di Euroristorazione, tal signora Bertoli che aveva pertanto avuto conoscenza dei punteggi attribuiti dalla Commissione all’offerta tecnica di Euroristorazione, così che il termine per ricorrere sarebbe scaduto al più tardi in data 13.11.2016.

Sulla questione deve innanzitutto ribadirsi l’orientamento della Sezione (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, sez. V, 23 novembre 2016, n. 4916) secondo cui nelle gare pubbliche la pubblicazione della delibera di aggiudicazione all'albo pretorio di per sé sola non è idonea, nel sistema previsto dall'art. 79, comma 5, d.lg.12 aprile 2006, n. 163 a determinare la decorrenza del termine d'impugnazione, se ad essa non si accompagna la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva a tutti gli interessati secondo la regola di cui al successivo comma 5-bis, facendo decorrere così il termine d'impugnazione di trenta giorni ex art. 120, comma 5, c.p.a.

Tale regola generale, che si basa sull’espressa previsione normativa di cui al citato art. 120, comma 5, c.p.a. che fa riferimento alla “ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163” è evidentemente ancora attuale nel sistema del nuovo Codice degli Appalti Pubblici, atteso che il nuovo contenuto dell’art. 76, comma 5, è del tutto sovrapponibile a quello dell’art. 79 citato, confermandosi così l’impianto di fondo del sistema di impugnazione degli atti delle procedure di gare pubbliche per la conclusione dei contratti di appalto.

Tale regola, quindi, risulta applicabile anche in caso di pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione sulla GURI, come nel caso di specie.

Infatti, come è noto, soltanto nel caso in cui non sia necessaria la notificazione individuale del provvedimento e sia al contempo prescritta da una norma di legge o di regolamento la pubblicazione dell'atto, il termine per proporre l'impugnazione decorre dal giorno in cui sia scaduto il periodo della pubblicazione; al contrario, quando è necessaria, come in questo caso, la notificazione individuale del provvedimento è da tale momento che decorre il termine per l’impugnazione, atteso che non è prescritta da alcuna norma di legge o di regolamento la pubblicazione dell'atto, sia in albi, sia in Gazzetta Ufficiale.

Sarebbe d’altronde lesivo del diritto di difesa del soggetto direttamente interessato e leso dal provvedimento fare riferimento ad una pubblicazione che, in quanto non prescritta da alcuna norma di legge, e dunque non onerando la parte ad effettuare il relativo controllo, finisce per concretizzare un effetto sorpresa potenzialmente pregiudizievole del termine, già breve, per impugnare gli atti di gara.

4. Inoltre, quanto alla presenza della signora Bertoli di Euroristorazione, che avrebbe così conoscenza in tale circostanza dei punteggi attribuiti dalla Commissione all’offerta tecnica di Euroristorazione, deve ritenersi che, se è vero che l’art. 76 d.lgs. n. 50-2016 non prevede le forme di comunicazione dell’aggiudicazione come esclusive e tassative e dunque non incide sulle regole generali del processo amministrativo in tema di decorrenza dei termini di impugnazione dalla data di notificazione, comunicazione o comunque piena conoscenza dell'atto (con la conseguenza che lascia in vita la possibilità che la piena conoscenza dell'atto, al fine del decorso del termine di impugnazione, sia acquisita con altre forme), è altresì vero che il codice dei contratti attribuisce esclusivamente alla stazione appaltante la competenza all’aggiudicazione della gara (art. 32, comma 5), rientrando nelle attribuzioni della commissione giudicatrice (art. 77) e/o del RUP (art. 31) soltanto la redazione della graduatoria sulla base dei punteggi attribuiti e, conseguentemente, la proposta di aggiudicazione (art. 33, comma 1).

Pertanto, la presenza di un rappresentante dell'impresa ricorrente nella seduta pubblica del 21 marzo 2017 nel corso della quale è stata data comunicazione dei punteggi dell’offerta tecnica ottenuti dalle ditte concorrenti, sono state aperte le buste contenenti le offerte economiche, è stata stilata la graduatoria finale ed è stato dichiarato che l’offerta classificatasi al primo posto in graduatoria era quella della ditta controinteressata, è affatto irrilevante ai fini della determinazione del dies a quo per la proposizione del ricorso, atteso, appunto, che solo dalla piena conoscenza della aggiudicazione, quale atto conclusivo della procedura selettiva – piena conoscenza che nel caso di specie risulta acquisita dalla ricorrente soltanto a seguito della comunicazione (ex art. 76 del codice dei contratti) del provvedimento adottato dalla stazione appaltante, decorrono i termini per l'impugnazione dell’aggiudicazione (e ciò senza contare che non è stata fornita alcuna prova che la rappresentante dell’impresa presente fosse anche dotata di effettivi poteri rappresentativi).

5. Con il secondo motivo di appello All Food s.r.l. ha eccepito che il TAR avrebbe compiuto valutazioni discrezionali inammissibilmente sostitutive del giudizio della commissione di gara.

La Sezione osserva che in via generale nelle gare pubbliche la valutazione delle offerte tecniche da parte della commissione giudicatrice costituisce apprezzamento connotato da ampia discrezionalità tecnica, sì da rendere detta valutazione insindacabile (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, sez. III, 29 marzo 2018, n. 2013).

Tuttavia, come è noto, nel processo amministrativo anche la discrezionalità tecnica è suscettibile di sindacato da parte del giudice amministrativo laddove emerga la carenza di istruttoria, la incompletezza del procedimento logico valutativo o la sua manifesta irragionevolezza (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, sez. III, 23 gennaio 2018, n. 443).

Nel caso in esame, il tribunale, rilevando una manifesta irragionevolezza o erroneità delle valutazioni compiute dalla commissione, ha legittimamente esercitato i suoi poteri giurisdizionali entro i limiti di sindacato sopra sinteticamente delineati.

Che si tratti di un’ipotesi di manifesta irragionevolezza o erroneità, almeno in via di ipotesi, emerge dallo stesso tenore delle censure già proposte in primo grado dall’appellata Euroristorazione che non mirano ad una inammissibile sostituzione delle valutazioni compiute dalla commissione, ma eccepiscono un’inesatta applicazione dei criteri predeterminati di valutazione, tale da determinare un errore immediatamente percepibile e, dunque, in questo senso, manifesto.

6. Passando all’esame nel merito circa la contestata inesatta applicazione dei criteri di gara da parte della commissione, oggetto del terzo e quarto motivo di appello, si deve innanzitutto rilevare, in relazione alla valutazione del parametro “b.1”, che sussiste effettivamente una perfetta sovrapponibilità delle offerte delle due concorrenti in ordine al criterio che aveva per oggetto la fornitura di yogurt e frutta a metà mattina, anche da un punto di vista lessicale, con riferimento al modo di redazione dell’offerta sul punto; pertanto, è evidente, in assenza di ogni altra giustificazione, che non è in alcun modo immediatamente apprezzabile la rilevata differenza di punteggio che è stata attribuita per tale criterio.

Né giustifica la differenza di punteggio la fornitura di un frigorifero per la conservazione dei prodotti da parte dell’odierna controinteressata appellata, in quanto da nessun elemento si può ragionevolmente ricavare che tale fornitura sottintenderebbe la fornitura non giornaliera dei prodotti, atteso che, trattandosi di yogurt e frutta, quindi di alimenti altamente deperibili, è opportuna la loro conservazione con uno strumento che ne conservi e garantisca la freschezza.

Non vi sono in definitiva elementi idonei a giustificare plausibilmente la differenza di punteggio attribuita dalla commissione, sei punti ad Euroristorazione, dieci punti ad All Foods.

7. A non diverse conclusioni deve giungersi anche per quanto riguarda il punteggio attribuito quanto al parametro “b.2” di valutazione delle offerte, in relazione al quale 11 punti su 15 sono stati attribuiti ad Euroristorazione e 14 punti all’appellante All Foods, atteso che il numero dei prodotti di filiera piemontese e biologici offerti da All Foods era inferiore a quelli offerti da Euroristorazione.

Il Disciplinare di gara prevedeva, infatti, espressamente quanto segue: “b.2 Progetto di prodotti di filiera piemontese di prodotti biologici oltre a quelli già indicati in tabella biologica forniture di qualità punti 15 su 100”.

Si evince sotto il profilo letterale e logico, che il Disciplinare intendeva premiare con un punteggio massimo pari a 15 i concorrenti che avessero offerto prodotti di filiera piemontese e prodotti biologici ulteriori rispetto a quelli già indicati come di doverosa fornitura in tabella merceologica allegata alla normativa di gara.

L’appellata Euroristorazione, nella sua offerta tecnica (doc. 6 del ricorso di primo grado) ha offerto ulteriori trentuno prodotti biologici e trentacinque prodotti da filiera piemontese, oltre uno sia biologico, sia proveniente dalla filiera piemontese.

L’appellante All Foods ha invece offerto quattro prodotti biologici (piante aromatiche quali basilico, alloro, origano e salvia) e undici prodotti da filiera piemontese.

Inoltre, deve evidenziarsi che, nella tabella merceologica è riportato un elenco di tutti i prodotti oggetto di fornitura da parte dei concorrenti per l’esecuzione del servizio di ristorazione e, tra questi, alcuni sono espressamente richiesti come biologici o a filiera piemontese già dalla medesima tabella merceologica.

Il concorrente avrebbe dovuto indicare nella propria offerta ulteriori prodotti biologici o a filiera piemontese rispetto a quelli già indicati nella tabella merceologica.

Risulta, pertanto, evidente una notevole differenza tra il numero di prodotti di filiera piemontese e biologici aggiuntivi offerti da Euroristorazione e quello offerto da che non giustifica la differenza di punteggio a favore di All Foods.

Inoltre, anche nell’offerta di All Foods non è rinvenibile alcun progetto sul punto che giustifichi la differenza di punteggio, progetto che non può consistere, ovviamente, nella mera indicazione dell’approvvigionamento dei prodotti di filiera piemontese e di quelli biologici, il che è compreso nell’offerta dei prodotti medesimi ed è ovviamente il presupposto delle offerte di entrambi i concorrenti.

8. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l’appello deve essere respinto.

Le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

**P.Q.M.**

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

Condanna la parte appellante al pagamento delle spese di lite del presente grado di giudizio, spese che liquida in euro 5.000,00, oltre accessori di legge, in favore della controinteressata.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

L'ESTENSORE  IL PRESIDENTE
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti  Carlo Saltelli

Pubblicato il 31/07/2018
**N. 00325/2018 REG.PROV.COLL.**
**N. 00154/2017 REG.RIC.**

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

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 154 del 2017, proposto da
Italiana Beverage S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Claudio Di Tonno e Matteo Di Tonno, con domicilio eletto presso lo studio dell’avv. Tullio Buzzelli, in L'Aquila, via San Basilio n. 3;
***contro***
Regione Abruzzo, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, sua domiciliataria *ex lege* in L'Aquila, via Buccio da Ranallo;
***nei confronti***
Norda S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Santoro e Filippo Gittardi, con domicilio eletto presso lo studio dell’avv. Fabrizio Foglietti, in L'Aquila, piazza S. Giusta n. 5;
***per l'annullamento***
- della determina dirigenziale n. DPC023-22 del 22 marzo 2017 e del verbale della commissione giudicatrice del 21 marzo 2017, comunicati con PEC il 22 marzo 2017;
- dei verbali della commissione giudicatrice e degli altri atti di gara, ancorché non conosciuti, con particolare riferimento a quelli relativi alla valutazione della Italiana Beverage s.r.l., che ha conseguito un punteggio complessivo finale pari a 58,25 punti ed un punteggio parziale per il piano industriale pari a 54,00 punti;
- dell'avviso di procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento della Concessione di Acque minerali "S. Antonio -Sponga" in Comune di Canistro (AQ), con specifico riferimento ai parr. 3.1) lett. c), 3.2), 9), 9.1), 11) e allegato A.1;
- in subordine e per quanto occorrer possa, della D.G.R. n. 280 del 3 maggio 2016, nella parte in cui ha stabilito che per l'assegnazione delle future concessioni:
(i) “la disponibilità della risorsa idrica oggetto di procedura ad evidenza pubblica viene verificata nell'ambito del procedimento V.A./V.I.A. sulla base di idonea documentazione predisposta a cura del proponente assegnatario provvisorio”;
(ii) “il proponente assegnatario provvisorio predispone, pertanto, la documentazione per la procedura di V.A./V.I.A. da sottoporre al CCR-VIA”;
(iii) “il competente servizio procede all'assegnazione definitiva della gara solo dopo avere acquisito parere favorevole da parte del CCR-VIA e previa verifica di tutti i dati e gli atti previsti dal Bando”;
- nonché di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale, ancorché non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Abruzzo e di Norda S.p.a.;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 giugno 2018 la dott.ssa Maria Colagrande;
Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

A. La ricorrente, affidataria uscente della concessione per lo sfruttamento del giacimento di acque minerali” Fonte S. Antonio - Sponga”, ubicato del Comune di Canistro, ha partecipato alla gara per la selezione del nuovo concessionario indetta dalla Regione Abruzzo con avviso pubblicato sul BURA del 24 ottobre 2016.
All’esito della gara, aggiudicata in via provvisoria alla controinteressata Norda S.p.a., l’offerta della Italiana Beverage S.p.a. è risultata non idonea avendo conseguito un punteggio di 58,25 punti inferiore alla soglia minima di 65 punti stabilita dal bando.
Impugna quindi l’avviso di gara sostenendo che il punteggio conseguito dipende esclusivamente dall’applicazione di parametri illegittimi in quanto spuri e non attinenti a profili, nemmeno qualitativi, connessi all’oggetto dell’appalto.
A.1. Con il primo motivo deduce violazione e falsa applicazione degli articoli 30, 50, 95, comma, 7 e 165 del decreto legislativo n. 50/2016; violazione dei principi che regolano il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa; violazione del principio di economicità; eccesso di potere per irragionevolezza manifesta e violazione del principio di proporzionalità; violazione dei principi di corretta allocazione del rischio in materia di concessioni.
A.1.1. Non ricorrerebbe in specie l’ipotesi contemplata dall’art. 95 comma 7 del decreto legislativo n. 50/2016 che consente di valutare esclusivamente l’offerta tecnica quando il costo o il prezzo dell’oggetto del contratto sia prefissato in quanto il canone di concessione è variabile da € 4/1000 litri a € 0,30/1000 litri a seconda che i concorrenti aderiscano o no alla clausola sociale che prevede l’assunzione da parte dell’aggiudicatario dei lavoratori del concessionario uscente.
A.1.2. L’adesione alla clausola sociale incentivata con l’attribuzione di 15 punti avrebbe la conseguenza irragionevole e contraria al criterio di economicità di attribuire un maggior punteggio all’offerta economicamente meno conveniente per la stazione appaltante.
A.1.3. La clausola sociale avrebbe inoltre un effetto distorsivo della concorrenza perché l’abbattimento del canone concessorio in favore del concorrente che vi abbia aderito comporterebbe l’assunzione in capo alla Regione dei costi sociali di sostegno all’occupazione.
A.1.4. L’adesione alla clausola sociale è indicata nel bando fra i criteri di valutazione dell’offerta tecnica, benché non sia annoverabile fra i parametri qualitativi ai quali, secondo l’art. 95 del decreto legislativo n. 50/2016, le stazioni appaltanti devono fare riferimento per la definizione del criterio di valutazione delle offerte tecniche;
A.1.5. La facoltà attribuita dall’avviso (allegato A.1 “accordo per la difesa dei livelli occupazionali”) di rivalutare il canone nel caso d’inosservanza della clausola sociale, implica che l’aggiudicatario potrebbe venir meno all’impegno assunto grazie al quale ha ottenuto l’affidamento e ciononostante non subirne la revoca.
A.2. Con il secondo motivo sono dedotti vizi di violazione e falsa applicazione degli articoli 95 e 83 del decreto legislativo n. 50/2016; violazione del principio d’immutabilità dell’offerta; violazione del divieto di commistione tra requisiti di partecipazione e di valutazione delle offerte; violazione del principio di ragionevolezza; violazione del principio di concorrenza e *par condicio*; eccesso di potere.
A.2.1. La legge di gara avrebbe eletto a criteri di valutazione i requisiti di idoneità tecnico-professionale dei concorrenti anziché, come prescritto dall’art. 95 del d.lgs. n. 50/2017, le caratteristiche qualitative intrinseche dell’offerta tecnica, attribuendo dieci punti alla capacità tecnica e finanziaria e professionale, cinque dei quali per pregresse e attuali esperienze di coltivazione e sfruttamento di acque minerali con valutazione del personale tecnico e i restanti cinque al possesso di specifiche certificazioni di qualità attinenti ai processi produttivi da realizzare e di certificazioni finalizzate a dimostrare l’esistenza di un sistema di gestione adeguato a tenere sotto controllo gli impatti ambientali.
A.3. Con il terzo motivo la ricorrente lamenta l’illegittimità della procedura di aggiudicazione per violazione e falsa applicazione dell’art. 30, comma 1, del decreto legislativo n. 50/2016, degli articoli 7, 8, 9, 10 e 12 della legge regionale n. 15/2002, degli articoli 97, 121 e 144, comma 4, del decreto legislativo n. 152/2006; eccesso di potere sotto vari profili; violazione delle statuizioni contenute nella sentenza del Tar Abruzzo n. 12/2016; violazione del riparto di competenze Stato-Regioni individuato dall’art. 117 Cost.
A.3.1. Il bando prescinderebbe dall’approvazione, necessaria ai fini dell’affidamento in concessione, del piano regionale delle acque e dalla preventiva valutazione d’impatto ambientale dello sfruttamento della risorsa idrica; l’aver invece previsto di effettuare la valutazione di impatto ambientale, a cura dell’aggiudicatario provvisorio e a gara conclusa, avrebbe introdotto illegittimamente una fase ulteriore nel procedimento di gara in una materia - tutela della concorrenza – di esclusiva competenza statale.
A.4. Resistono la Regione Puglia, che eccepisce l’improcedibilità del ricorso perché il gravame dovrebbe essere rivolto all’aggiudicazione definitiva, e la controinteressata che eccepisce l’inammissibilità del ricorso per carenza d’interesse sul duplice presupposto che l’offerta del ricorrente non ha ottenuto il punteggio minimo di sessantacinque punti indicato dal bando, come soglia di sbarramento, e che il ricorso non sottende l’interesse strumentale alla riedizione della gara, ma avrebbe ad oggetto l’annullamento parziale del bando.
A.5. Con memoria depositata il 27 ottobre 2017 la ricorrente ha rinunciato al terzo motivo di ricorso laddove censura la decisione di esperire la valutazione d’impatto ambientale successivamente e non prima dell’indizione della gara, introducendo così una fase ulteriore nella procedura non compatibile con la riserva di legge statale in materia di concorrenza.
A.6. Con la stessa memoria la ricorrente ha sottoposto a censura - ritenuta tardiva e inammissibile dalla controinteressata - la sproporzione del punteggio attribuito alla clausola sociale rispetto agli altri criteri di valutazione, sproporzione derivante dalla duplice valutazione degli aspetti occupazionali che nell’avviso risulterebbero inclusi pure nella valutazione del piano industriale.
A.7. All’udienza pubblica del 20 giugno 2018 la causa è passata in decisione sulla richiesta della parte di ricorrente di disporre il rinvio della causa sia per la trattazione congiunta con il ricorso r.g. n. 397/2017, promosso avverso la procedura di valutazione d’impatto ambientale indetta dalla Regione, sia per consentirle di specificare le richieste istruttorie essendo sopravvenuto, nel corso del giudizio, l’esito positivo del ricorso dalla stessa promosso per l’accesso ai documenti di gara.
B. In via preliminare occorre dar conto del fatto che le istanze istruttorie richieste dalla ricorrente con il ricorso introduttivo hanno ad oggetto i documenti di gara, oggetto di accesso, dai quali potrebbero trarsi gli elementi che hanno indotto la Regione ad attribuire alla sua offerta un punteggio inferiore alla soglia di sbarramento.
B.1.Tuttavia nessuno dei motivi di ricorso pone in discussione la valutazione dell’offerta della ricorrente, bensì essi evidenziano il fatto che il punteggio ad essa assegnato deriverebbe esclusivamente dall’applicazione di parametri illegittimi in quanto spuri e non attinenti a profili, nemmeno qualitativi, connessi all’oggetto dell’appalto.
B.1.1. Ne consegue che la richiesta di rinvio a seguito dell’accesso ai detti documenti non ha rilevanza in relazione al *thema decidendum* nei limiti del quale la causa risulta compiutamente istruita e matura per la decisione.
B.1.2. Non vi è luogo quindi a disporre il rinvio della decisione né ai fini della riunione con il ricorso r.g. n. 397/2017 pendente avverso provvedimenti sopravvenuti a quelli oggetto del presente gravame, e come tali ininfluenti sul *thema* all’esame del Collegio, né ai fini di eventuali integrazioni istruttorie in assenza di esigenze di salvaguardia del diritto di difesa (Consiglio di Stato, sez. V, 7 ottobre 2008, n. 4889).
B.2. Fra le eccezioni preliminari sollevate dalla resistente e dalla controinteressata merita accoglimento l’eccezione di inammissibilità opposta dalla Norda S.p.a. alle censure articolate con la memoria del 27 ottobre 2017.
B.2.1. Trattasi infatti di motivi nuovi - che avrebbero dovuto essere introdotti con ricorso per motivi aggiunti - perché con essi vengono censurati vizi di legittimità ulteriori (sproporzione e duplicazione del punteggio relativo ai profili occupazionali dell’offerta) e non meramente specificativi di quelli introdotti con il ricorso principale.
B.3. Non è invece necessario esaminare le altre eccezioni preliminari in quanto il ricorso è infondato nel merito.
B.4. Occorre premettere che l’art. 4 del d.lgs. n. 50 del 2016 dispone che *l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica*.
B.4.1. Per le sole concessioni di lavori pubblici o servizi gli artt. 164 e seguenti del d.lgs. n. 50 del 2016 stabiliscono l’applicazione condizionata del regime dei contratti pubblici purché compatibile con le relative procedure ed ove sussistano specifici presupposti (art. 164, comma 2).
B.4.2. Venendo in rilevo, nel caso in decisione, la concessione a fini di sfruttamento economico di un bene demaniale, qual è la sorgente idrica, non trova applicazione la disciplina dettata dal d.lgs. n. 50 del 2016.
B.4.3.Conseguentemente l'art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016 può applicarsi alla gara per cui è causa solo se richiamato dall’avviso quale autovincolo discrezionalmente assunto dall’amministrazione concedente.
B.4.5. Il bando di gara per la concessione della sorgente S. Antonio- Sponga stabilisce: *la presente gara verrà aggiudicata utilizzando il metodo dell’offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell’art. 95 del d.lgs. n. 50/2016 con i criteri di cui all’art. 36 comma 6 della l.r. n. 15/2002*.
B.4.6. L’art. 9 del bando specifica inoltre che *la gara verrà aggiudicata con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa quale risulterà dall’adozione del metodo aggregativo compensatore proposto dalle linee guida in materia economicamente più vantaggiosadi cui all’art. 95 del d.lgs. n. 50/2016 redatto a cura dell’ANAC (aprile 2016) valutando nel caso del presente Bando, elementi qualitativi e premiali*.
B.4.7. Come evidenziato dalla controinteressata l’art. 95 del d.lgs. 50/2016 rileva, dunque, solo con riferimento all’applicazione del *metodo aggregativo compensatore,*mentre i criteri di valutazione delle offerte sono esclusivamente quelli dettati dall’art. 36 comma 6 della legge regionale n. 15/2002 che dispone:
*La concessione è assegnata con il criterio dell’offerta considerata più vantaggiosa attraverso una valutazione comparativa delle istanze presentate, tenuto conto dei seguenti elementi:*
*a) documentazione comprovante l’idoneità tecnica, economica e professionale ed ogni ulteriore titolo o elemento di valutazione;*
*b) programma di coltivazione del giacimento;*
*c) piano industriale relativo agli interventi di tutela e valorizzazione sostenibile della risorsa nonché alla promozione dello sviluppo qualificato del territorio, alle ricadute economiche ed occupazionali ed alla compensazione dell’eventuale impatto che l’attività produce sul territorio*.
B.4.8. Ne consegue che i criteri di valutazione indicati nel bando, trasposti dal citato art. 36, si sottraggono già sul piano formale alle censure di violazione dell’art. 95 per l’evidente ragione che detta disposizione non si applica*in parte qua*al caso in decisione.
B.4.9. Di contro l’avviso, lungi dal porsi in contrasto con il citato art. 95, perché non ha adottato criteri di valutazione qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto del contratto (art. 95 comma 6), è coerente con il disposto della lettera a), comma 6, dell’art. 36 della legge regionale n. 15/2002 che indica fra i criteri di valutazione dell’offerta proprio i requisiti d’idoneità tecnica e professionale del richiedente la concessione.
B.5. Inoltre, per la sua stessa natura di concessione di beni il cui canone è stabilito unilateralmente dal concedente, l’affidamento di che trattasi si sottrae, anche sul piano sostanziale, alla critica di violazione dell’art. 95 del d.lgs. n. 50/2016 nella parte in cui impone di dare rilevanza al prezzo nella valutazione dell’offerta, ritenendo la ricorrente che non si versi nell’ipotesi di cui al comma 7 che consente di valutare esclusivamente l’offerta tecnica quando il costo o il prezzo dell’oggetto del contratto sia prefissato
B.5.1. Non ha in proposito portata dirimente il fatto che il canone concessorio vari - € 0,30/1000 litri o € 4/1000 litri - a seconda dell’adesione dell’offerente alla clausola sociale.
B.5.2. I due diversi importi, rimessi alla scelta del debitore secondo lo schema delle obbligazioni alternative, sono pur sempre prefissati unilateralmente dalla stazione appaltante e non soggetti alla controproposta libera nel *quantum* – da sottoporre dunque a valutazione comparativa - dell’offerente.
B.5.3. Ne consegue che non sussistono profili di illegittimità del bando con riferimento alla valutazione dei soli aspetti tecnici dell’offerta, in quanto gli elementi strettamente economici sono, in effetti, prefissati dal concedente.
B.6. Non è poi condivisibile l’assunto secondo il quale l’adesione alla clausola sociale, incentivata con un *bonus* di 15 punti, comporterebbe un *favor* per le offerte economicamente meno convenienti per la stazione appaltante, in sé contrastante con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.
B.6.1. Dal processo di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, il bando, come detto, si limita a mutuare *il metodo aggregativo compensatore*, non già i criteri di affidamento per i quali esso rinvia al comma 6 dell’art. 36 della legge regionale n. 15/2002 che fra questi annovera *le ricadute economiche ed occupazionali*e *la compensazione dell’eventuale impatto che l’attività produce sul territorio.*
B.6.2. Nel sistema di selezione delineato dalla legge regionale, la rilevanza economica dell’operazione assume dunque un connotato peculiare, coerente con la natura di contratto attivo della concessione - che non comporta esborso di denaro pubblico - e con le finalità di valorizzazione dei beni pubblici, non limitate ai soli aspetti profittevoli del loro sfruttamento, ma estese alle esternalità positive che potrebbero derivarne.
B.6.3. Appare quindi non irragionevole, con conseguente rigetto delle relative censure, anzi coerente con dette finalità, la stessa valorizzazione della clausola sociale mediante attribuzione di un punteggio aggiuntivo, proprio allo scopo di promuovere le ricadute occupazionali di cui è menzione nella legge regionale.
B.7. Non è infine dimostrata la sussistenza dell’effetto di alterazione delle condizioni del mercato che la ricorrente imputa alla clausola sociale, sul presupposto che la rinuncia ad una parte cospicua del canone comporterebbe l’assunzione, in capo alla Regione, degli oneri derivanti dal mantenimento dei livelli occupazionali.
B.7.1. La ricorrente infatti si limita a dedurre che la Regione avrebbe un minor introito, ma, da un lato, non considera che la concessione può essere assegnata quando sussista un vantaggio per l’ente concedente non esclusivamente economico, come dimostra il fatto che l’affidamento deve privilegiare *l’offerta più vantaggiosa* (art. 36 comma 6, l.r. 1572002) senza fare riferimento alla natura economica dell’utilità attesa, dall’altro trascura che, perché sussista un’alterazione della concorrenza, occorre che da essa derivi un vantaggio competitivo per il contraente privato.
B.7.2. Tuttavia la ricorrente si astiene anche solo dal dedurre che lo sconto sul canone rechi all’aggiudicataria un’utilità maggiore dell’onere derivante dall’assunzione dei dipendenti del concessionario uscente, tale da favorirla nel mercato della commercializzazione delle acque minerali.
B.8. Quanto alla clausola del bando che riserva alla Regione la facoltà di variare il canone in caso di inadempimento dell’aggiudicatario, la tesi della ricorrente non merita adesione perché prova troppo laddove sostiene che essa escluderebbe la revoca della concessione per inadempimento del contraente.
B.8.1. In realtà il bando non prevede alcuna deroga al regime di decadenza dalla concessione per inadempimento del concessionario (art. 50, comma 1 lett. c) l.r. 15/2002), ma opportunamente si riserva il diritto di modificare unilateralmente, fin dall’accertamento dell’inadempienza, il canone contrattualmente stabilito.
B.9. Deve infine essere respinto anche il terzo motivo di ricorso, nella parte non interessata dalla rinuncia formalizzata con la memoria depositata il 27 ottobre 2017.
B.9.1 Premesso che il bando limita la captazione delle acque minerali in concessione a cinquanta litri al secondo, si osserva che questo tribunale, proprio con riferimento al bando per la concessione della sorgente S. Antonio-Sponga si è già espresso nel senso di escludere la necessità di sottoporre a VIA preventiva i progetti di sfruttamento delle risorse idriche per il prelievi che, come in specie, non superano la soglia di mille litri al secondo: *il Collegio si limita ad osservare che la concessione di acque per una portata contenuta (nel bando) in 50 l/s non richiede obbligatoriamente la VIA (che è invece prevista per concessioni di portata superiore, come del resto la stessa sentenza TAR n.12/2016 evidenziava) e dunque non obbliga l’Amministrazione a richiederla preventivamente; l’incombente è invece, come detto, posto a carico dell’aggiudicatario provvisorio che, sulla base del progetto presentato (cfr. punto 8.2.3), ha l’obbligo di produrre una relazione tecnica contenente il progetto generale di coltivazione in funzione della disponibilità del giacimento, corredata di precisi elaborati descrittivi nei quali sono indicate “le opere e le attività da eseguire per una corretta utilizzazione del giacimento e un razionale utilizzo delle acque minerali captate..”, e ancora (punto 8.2.4) un “piano industriale, relativo agli interventi di sfruttamento, tutela e valorizzazione sostenibile della risorsa, alla promozione dello sviluppo qualificato del territorio, alla razionalizzazione dell’utilizzo della risorsa nel processo industriale, alle ricadute economiche ed occupazionali ed alla compensazione dell’eventuale impatto che l’attività produce sul territorio medesimo”, tutte circostanze che solo il “proponente”, ossia l’aggiudicatario, può far valere in sede di CCR VIA e che non possono, invece, essere ex ante previste dall’Amministrazione concedente* (Tar Abruzzo-L’Aquila n. 124/2017).
B.9.2. Inoltre la concessione per il prelievo di entità di gran lunga inferiore a mille litri al secondo non è subordinata alla previa adozione del piano regionale delle acque minerali e termali ai sensi dell’art 79 *bis*, comma 2, della legge regionale n. 15/2002 che dispone: *Nelle more dell'approvazione del piano regionale delle acque minerali e termali di cui all'art. 7, in base alle risultanze della ricerca mineraria di base, la Giunta regionale individua le aree indiziate per la ricerca mineraria di acque minerali e termali, e ne disciplina le modalità di ricerca; detto provvedimento costituisce atto di pianificazione della ricerca mineraria.*
B.9.3.Infatti trattandosi in specie di un giacimento già assegnato in concessione, deve presumersi che la Regione abbia suo tempo svolto le necessarie attività di ricerca che consentono di prescindere dalla previa redazione del piano regionale per disporne un nuovo affidamento.
B.10. In conclusione il ricorso è respinto.
B.11. Le spese seguono la soccombenza.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.
Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio che liquida in € 2.000, 00, oltre accessori, in favore di ciascuna delle parti costituite.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:
Antonio Amicuzzi, Presidente
Mario Gabriele Perpetuini, Primo Referendario
Maria Colagrande, Primo Referendario, Estensore

Pubblicato il 25/07/2018
**N. 00453/2018 REG.PROV.COLL.**
**N. 00135/2018 REG.RIC.**

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

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 135 del 2018, proposto da:
De Vizia Transfer - S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Clarizia, Gennaro Macri, con domicilio eletto presso lo studio Michela Iazzetta in Latina, viale dello Statuto, 19;
***contro***
Provincia di Frosinone, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Mariacristina Iadecola, con domicilio eletto presso il suo studio in Frosinone, piazza Gramsci 13;
Comune di Alatri, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Fabio Padovani, Francesco Antonio Caputo, con domicilio eletto presso lo studio Fabio Raponi in Latina, corso Giacomo Matteotti, 208;
***per l’annullamento:***
- del bando di gara pubblicato sulla G.U.R.I. del 2 febbraio 2018 con il quale è stata indetta la procedura aperta per l'affidamento dei servizi di raccolta, trasporto a trattamento dei rifiuti urbani, servizi di igiene urbana e manutenzione verde pubblico per il Comune di Alatri, del disciplinare di gara del capitolato speciale e di ogni altro allegato, ivi compreso il documento denominato computo metrico e quadro economico (ELA.4);
- di ogni altro atto premesso, connesso e consequenziale e in particolare, della determinazione a contrarre n. 2143 del 28.12.2017, nonché della nota prot. 6340 del 21.2.2018 e della nota prot. 6457 del 22.2.2018 di riscontro all' “atto di significazione e diffida” trasmesso dalla ricorrente in data 10.2.2018;

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia di Frosinone e di Comune di Alatri;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 luglio 2018 il dott. Antonio Massimo Marra 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 ricorso notificato in data 28 febbraio 2018, tempestivamente depositato, la società De Vizia Transfer – S.p.a. premette in punto di fatto: di avere gestito dal 2010 il servizio relativo al ciclo dei rifiuti per il Comune di Alatri; che, con bando pubblicato sulla G.U.R.I. e sul sito della stazione appaltante in data 2 febbraio 2018, la Provincia di Frosinone aveva indetto una nuova gara per l'affidamento - mediante procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del d. lg. n. 50/2016 - dell'appalto dei "servizi di raccolta, trasporto a trattamento dei rifiuti urbani, servizi di igiene urbana e manutenzione del verde pubblico”, per detto Comune.
Più in particolare, il capitolato speciale di appalto, all’art. 35, comma 6, pone in capo all’aggiudicatario l’obbligo di ottemperare a quanto previsto dall’art. 6 del contratto collettivo nazionale *Fise-Assoambiente*. La disposizione contrattuale stabilisce che …*hanno diritto di passare alle dipendenze del nuovo affidatario conservando livelli funzionali e retributivi tutti i dipendenti già addetti allo specifico servizio da almeno 240 giorni*.
Soggiunge la società ricorrente che, in data 6 febbraio 2018, era stato pubblicato l’avviso in questione, nel quale si elencavano n. 47 dipendenti, aventi diritto al passaggio di Cantiere, in conformità a quanto disposto all’art. 35 del Capitolato speciale d’appalto.
Lamenta la ricorrente che a fronte del lavoro risultante dalle tabelle ministeriali per i visti 47 dipendenti cui si applica il visto CCNL (il cui valore ammonta a due milioni di euro circa), è stato tuttavia calcolato nel prezzo a base d’asta un importo per gli oneri della manodopera pari ad euro 1.517.531,80 per anno, che non avrebbe potuto certamente coprire i reali costi del lavoro dipendente, tanto più che negli anni il numero di utenze ha subito un deciso incremento, come da documentazione in atti proveniente dalla stessa amministrazione.
Soggiunge la società deducente che ciò avrebbe reso del tutto evidente la contestata incongruenza, inducendola ad indirizzare alla stazione appaltante un atto di significazione a mezzo del quale invitava la amministrazione comunale ad assumere, in via di autotutela, i provvedimenti necessari per emendare il bando di gara dalle allegate censure.
In replica a detta diffida l’ente comunale, con nota del 21 febbraio 2018, aveva peraltro precisato:*che l’obbligo di assorbimento potrà essere oggetto di armonizzazione e compatibilità con l’organizzazione dell’impresa aggiudicatrice ed eventualmente subentrante*"...*e che di conseguenza "Resta fermo, pertanto, il costo della manodopera, di importo pari ad Euro 1.517.531,80, fissato nell’elaborato tecnico “Computo Metrico e Quadro Tecnico Economico - 01RT ELA. 4” del progetto*
A sostegno del prodotto ricorso deduce i seguenti motivi di diritto: violazione dell'art. 23, comma 16, e dell'art. 50 del d. lg. n. 50 del 2016; oltre che vizio di eccesso di potere per contraddittorietà, carenza di istruttoria, errore sui presupposti, travisamento dei fatti, sviamento, tenuto conto dell’incongruità dell’importo a base d’asta stabilito per la procedura in oggetto, che risulta notevolmente sottodimensionato rispetto al costo effettivo del servizio quanto agli oneri di manodopera.
Si è costituito in giudizio il Comune di Alatri che ha, preliminarmente, eccepito l'inammissibilità del ricorso per difetto d’interesse.
Si è, altresì, costituita la Provincia di Frosinone resistendo all’impugnativa.
Con memorie depositate nell’imminenza dell’udienza di discussione le parti costituite hanno ribadito le rispettive tesi difensive.
Con ordinanza n. 43 del 22 marzo 2018 è stata accolta l'istanza cautelare di sospensiva.
All'udienza del 5 luglio 2018 la causa è stata trattenuta per la decisione.
II. Anzitutto il Collegio deve farsi carico di esaminare l’eccezione di inammissibilità del ricorso, sollevata dalla difesa comunale e meglio precisata in sede di discussione orale, sul rilievo che, inerendo la questione ad un requisito di esecuzione del contratto, non sarebbe stata d’ostacolo per la De Vizia Transfer la presentazione dell’istanza di partecipazione alla gara (invece pretermessa), non trovandosi al cospetto di una clausola immediatamente esclusiva.
L’Adunanza Plenaria n. 1 del 2003, con pronuncia sulla quale la successiva giurisprudenza si è attestata, ha definitivamente chiarito che in genere l’interesse differenziato utile a legittimare l’azione processuale nelle gare d’appalto di norma sorge con gli atti applicativi della procedura di gara, laddove, in linea di massima, la sola disciplina contenuta nel bando e negli altri atti normativi del procedimento - disciplinare, capitolati – non determina in sé la compromissione di situazioni soggettive qualificate.
Difatti i principi dell’azione processuale richiedono che sia l'interesse sostanziale, a tutela del quale si agisce, che l'interesse ad agire siano caratterizzati dai requisiti della personalità e della attualità. Tali interessi devono, cioè, essere propri del soggetto ricorrente e devono avere riferimento ad una fattispecie già perfezionatasi; diversamente, infatti, si sarebbe di fronte a interessi meramente potenziali.
Anche la lesione subita dall'interesse sostanziale del ricorrente - ed in conseguenza della quale egli agisce in giudizio - deve, in linea di stretta conseguenzialità, essere contrassegnata dai caratteri della immediatezza, della concretezza e dell'attualità. La lesione deve, cioè, costituire una conseguenza immediata e diretta del provvedimento dell'Amministrazione e dell'assetto di interessi con esso introdotto, deve essere concreta e non meramente potenziale, e deve persistere al momento della decisione del ricorso.
Applicando tali principi consolidati al problema riguardante l'identificazione del momento della tempestiva impugnazione degli atti generali, è stato, così, affermato che i bandi di gara e le lettere di invito vanno, normalmente, impugnati insieme agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi a identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento e a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato. A fronte, infatti, della clausola illegittima del bando di gara o del concorso, il partecipante alla procedura concorsuale non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, dal momento che egli non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva che solo da tale esito può derivare. Laddove l'esito negativo della procedura concorsuale dovesse effettivamente verificarsi, l'atto che chiude tale procedura facendo applicazione della clausola o della disposizione del bando di gara o di concorso non opererà nel senso di rinnovare, con l'atto applicativo, una lesione già effettivamente prodottasi, ma renderà concreta e attuale - e in questo senso la provocherà per la prima volta - una lesione che solo astrattamente e potenzialmente si era manifestata, ma che non aveva ancora attitudine - per mancanza del provvedimento conclusivo del procedimento - a trasformarsi in una lesione concreta ed effettiva (A.P. 29.1.2003 n. 1).
In questa prospettiva, ciò che, quindi, appare decisivo ai fini dell'affermazione dell'esistenza di un onere di tempestiva impugnazione è la sussistenza di una lesione concreta e attuale della situazione soggettiva dell'interessato, che determina, a sua volta, la sussistenza di un interesse attuale all'impugnazione; e quindi, con riferimento al bando di gara o alla lettera di invito, l'attitudine - sua o di alcune clausole in essi contenute - a provocare una lesione di tal genere.
È per tale ragione che il bando di gara o la lettera di invito, normalmente impugnabili con l'atto applicativo conclusivo del procedimento concorsuale, devono tuttavia, essere considerati immediatamente impugnabili allorché contengano clausole impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione.
In tale ipotesi, infatti, la clausola del bando o della lettera di invito, precludendo essa stessa la partecipazione dell'interessato alla procedura concorsuale, appare idonea a generare una lesione immediata, diretta e attuale nella situazione soggettiva dell'interessato, e a suscitare, di conseguenza, un interesse immediato all’impugnazione, dal momento che l'interesse all'impugnazione sorge al momento della lesione. Dunque l'onere dell'immediata impugnativa degli atti preliminari costituenti la lex specialis della gara è ipotizzabile soltanto quando questa contenga prescrizioni dirette a precludere la stessa partecipazione dell'interessato alla procedura concorsuale. In tale prospettiva le clausole del bando che debbono essere immediatamente impugnate sono, di norma, quelle che prescrivono requisiti di ammissione o di partecipazione alle gare per l'aggiudicazione, dal momento che la loro asserita lesività non si manifesta e non opera per la prima volta con l'aggiudicazione, bensì nel momento anteriore nel quale tali requisiti sono stati assunti come regole per l'amministrazione.
Ciò che quindi, appare decisivo, ai fini dell'affermazione dell'onere di immediata impugnazione delle clausole che prescrivono requisiti di partecipazione è pertanto non soltanto il fatto che esse manifestino immediatamente la loro attitudine lesiva, ma il rilievo che le stesse, essendo legate a situazioni e qualità del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara, risultino esattamente e storicamente identificate, preesistenti alla gara stessa, e non condizionate dal suo svolgimento e, perciò, in condizioni di ledere immediatamente e direttamente l'interesse sostanziale del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara o alla procedura concorsuale. Queste clausole d’immediata lesività – e d’immediata impugnabilità - fanno riferimento a una situazione - di norma una situazione di fatto - che è preesistente rispetto al bando, e totalmente indipendente dalle vicende successive della procedura e dei relativi adempimenti, e non richiede valutazioni o verificazioni particolari. Sotto questo profilo non è la procedura concorsuale e il suo svolgimento a determinare l'effetto lesivo, ma direttamente il bando, che prende in considerazione una situazione storicamente ad esso preesistente e totalmente definita.
In sostanza dette clausole ricollegano alla situazione di fatto presa in considerazione un effetto giuridico diretto - l'impossibilità di prendere parte alla gara o alla procedura concorsuale - che appare immediatamente lesivo dell'interesse sostanziale degli aspiranti. È quindi il bando, e non il successivo svolgimento della procedura concorsuale, a determinare esso stesso la lesione dell'interesse degli aspiranti, escludendo per i medesimi, con la partecipazione alla procedura concorsuale, la possibilità di conseguire l'aggiudicazione.
L'orientamento giurisprudenziale che prevede la normale impugnabilità del bando di gara unitamente agli atti applicativi, con l'eccezione del caso che si sia di fronte a clausole riguardanti requisiti di partecipazione alla procedura selettiva fa, pertanto, corretta applicazione, nell'ipotesi generale e in quella configurata come eccezione, dei principi in tema di interesse a ricorrere, dal momento che, sia con riferimento all'una che all'altra, afferma l'esistenza dell'onere dell'impugnazione in relazione all'esistenza di una lesione concreta ed attuale della situazione soggettiva dell'interessato, alla sua chiara e immediata percepibilità, e alla correlativa sussistenza di un interesse a ricorrere.
Alla stregua di quanto premesso è possibile concludere che le clausole del bando d’immediata impugnabilità – prescindenti dalla loro applicazione e, quindi, dalla partecipazione del ricorrente alla procedura selettiva – sono quelle che impediscono all’interessato di prendere parte alla gara o prescrivendo requisiti che non possiede, e non può acquisire, o che al più impongano ai fini della partecipazione oneri incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della gara, dal momento che le clausole in questione appaiono sostanzialmente idonee a precludere immediatamente la stessa partecipazione alla gara e ricollegano alle prescrizioni introdotte un effetto giuridico diretto che appare immediatamente lesivo dell'interesse sostanziale degli aspiranti (Cons.St., IV, 7.11.2012 n. 5671; TAR Puglia, Lecce, II, 1.2.2017 n. 185; T.A.R. Lazio, Latina, 6.12.2017 n. 599).
III. Come dedotto dalla difesa della società ricorrente, il punto della questione si incentra non tanto sulle disposizioni del capitolato speciale d’appalto che impongono (art. 35) l’assunzione di maggior personale, quanto sulla determinazione erronea dell’importo posto base d’asta, calcolata alla stregua dell’assunzione di n. 36 dipendenti in luogo dei 47 già addetti al servizio di raccolta rifiuti da oltre 240 giorni e che, in base alla normativa di gara e al richiamo del vigente CCNL di categoria, debbono transitare alle dipendenze del nuovo gestore.
Sul punto è condivisibile l’argomentazione della difesa ricorrente, là dove pone a conforto di tale conclusione i dati degli ultimi anni da cui incontestabilmente emerge una progressiva crescita delle utenze che non avrebbe potuto non giustificare un incremento oltre che del personale necessario per l’esecuzione del servizio, dell’importo a base d’asta (nel caso di specie rimasto peraltro immutato rispetto alla precedente gara).
Ciò induce a ritenere che la normativa di gara, così come formulata, non solo non poteva consentire di coprire i costi necessari per il servizio, ma finiva per rendere pressoché inesistenti margini di rimuneratività in capo al partecipante alla gara.
In particolare emerge dalla documentazione versata in atti che, a fronte di un importo contrattuale identico, stabilito nel bando del 2010, l’incremento delle utenze (dalle originarie 11.000 circa alle attuali 12.918) rendeva illegittimo il bando di gara nella parte in cui non poteva garantire alcun margine di rimuneratività in capo al potenziale concorrente; potendosi così annoverare tali condizioni tra quelle clausole ritenute immediatamente escludenti.
In tal senso si è del resto attestata la recente giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato sez. V 30 aprile 2018 n. 2602), laddove tra le clausole immediatamente escludenti ha previsto sulla scia di quanto ha avuto modo di precisare sia pure incidentalmente l’Adunanza plenaria (n. 4/2018) … “le *condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente* “.
Emergono, dunque, le condizioni di eccessiva gravosità e sproporzione degli oneri imposti, in misura tale da rendere l’offerta antieconomica e superiore ai costi, idonee a incardinare l’immediato interesse alla impugnazione delle clausole, giacché alle disposizioni che escludono un’impresa dalla gara (clausole immediatamente escludenti) debbono essere equiparate quelle che pur consentendo la formale proposizione di un’offerta di fatto ne vanificano ogni utilità con l’imporre oneri gravosi e superiori ai vantaggi economici.
Emerge, altresì, l’illogicità in fattispecie del calcolo degli oneri per la manodopera, inadatto a garantire l’effettiva copertura dei costi del personale che transiterebbe dalla vecchia gestione, ai sensi dell’art. 35 del capitolato speciale d’appalto, andando di conseguenza a definire un importo a base d’asta inferiore ai costi d’impresa nascenti dagli oneri della normativa di gara.
Occorre concludere, dunque, riconoscendo la fondatezza delle censure e accogliendo il ricorso.
Le spese, i diritti e gli onorari di difesa seguono la soccombenza e possono essere liquidati in complessivi € 4.000,00, oltre ad oneri di legge e rimborso del contributo unificato.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio sezione staccata di Latina (Sezione Prima), in accoglimento del ricorso in epigrafe annulla gli atti impugnati.
Condanna il Comune di Alatri e la Provincia di Frosinone in solido tra loro a corrispondere alla De Vizia Transfer la somma di € 4.000,00, oltre ad I.V.A. e C.P.A., a titolo di spese, diritti ed onorari di difesa, e a rifondere del contributo unificato versato.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Latina nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:
Antonio Vinciguerra, Presidente
Antonio Massimo Marra, Consigliere, Estensore
Roberto Maria Bucchi, Consigliere