

Sentenze contributo 17.10

N. 04118/2016REG.PROV.COLL.

N. 02954/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2954 del 2016, proposto dal Consorzio Mediterraneo – CO.MED. Consorzio Stabile, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocato Mariano Protto (C.F. PRT MRN 70C20 B111Q) e dall'Avvocato Adolfo Mario Balestreri (C.F. BLS DLF 62E06 I138C), con domicilio eletto presso lo stesso Avvocato Mariano Protto in Roma, via Cicerone, n. 44;

contro

Azienda Ospedaliera Sant'Andrea di Roma, in persona del Direttore Generale pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato Alessandro Benedetti (C.F. BND LSN 70A27 D086Q), con domicilio eletto presso lo studio di questo in Roma, via Muzio Clementi, n. 70;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Elettronica Bio Medica s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato Luca Tufarelli (C.F. TFR LCU 61H14 H501W) e dall'Avvocato Fabrizio Cataldo (C.F. CTL FRZ 63P19 H501Z), con domicilio eletto presso lo stesso Avvocato Luca Tufarelli in Roma, via Ennio Quirino Visconti, n. 20; Esaote s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato Alfonso Celotto (C.F. CLT LNS 66B23 C129E) e

dall'Avvocato Tommaso Matteo Ferrario (C.F. FRRTMS75H19F205V), con domicilio eletto presso lo stesso Avvocato Alfonso Celotto in Roma, via Salaria, n. 89;

della sentenza breve del T.A.R. LAZIO, ROMA, SEZIONE III-quater, n. 03646/2016, resa tra le parti, concernente l'affidamento servizio di gestione tecnica delle apparecchiature elettromedicali e delle attrezzature sanitarie per le attività di supporto e di consulenza all'U.O.C. Tecnologie biomediche – risarcimento dei danni;

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Sant'Andrea di Roma e gli atti di intervento ad opponendum di Elettronica Bio Medicale s.r.l. e di Esaote s.p.a.;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

visti gli artt. 119, comma 5, e 120, commi 3 e 11, c.p.a.;

considerato che i procuratori delle parti hanno dichiarato di avere interesse alla pubblicazione anticipata del dispositivo rispetto alla sentenza;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 settembre 2016 il Consigliere Massimiliano Noccelli e uditi per l'odierno appellante Consorzio Mediterraneo – CO.MED. Consorzio Sabile l'Avvocato Adolfo Mario Balestreri, per l'appellata Azienda Ospedaliera Sant'Andrea di Roma l'Avvocato Alessandro Benedetti, per l'interveniente Esaote s.p.a. l'Avvocato Alfonso Celotto e per l'interveniente Elettronica Bio Medicale s.r.l. l'Avvocato Fabrizio Cataldo;

FATTO e DIRITTO

1. Con bando di gara del 14 luglio 2013, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, l'Azienda Ospedaliera Sant'Anna (di qui in avanti, per brevità, l'Azienda) ha avviato una procedura aperta, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006, per l'affidamento del servizio di gestione tecnica delle apparecchiature elettromedicali e delle attrezzature sanitarie e per le attività di supporto e consulenza alla U.O.C. Tecnologie Biomediche.

1.1. La Commissione giudicatrice, all'esito delle operazioni di gara, ha aggiudicato in via provvisoria la commessa oggetto di causa al Consorzio Mediterraneo – CO.MED. Consorzio Stabile (di qui in avanti, per brevità, il Consorzio).

1.2. Con la nota prot. n. 22264 del 30 novembre 2015, tuttavia, la stazione appaltante ha comunicato l'esclusione del Consorzio appellante dalla procedura, rilevando che «le giustificazioni rese a richiesta della stazione appaltante non sono risultate idonee a superare il giudizio di anomalia dell'offerta presentata che, pertanto, risulta acclarato» ed osservando, altresì, che sarebbe emersa una falsità delle dichiarazioni prodotte a corredo dell'offerta, conseguente

all'omessa menzione della condanna penale definitiva subita dal legale rappresentante della società, da identificarsi nella persona del Vicepresidente, sig. Privato Cosimo Tomaselli, per effetto della risalente sentenza n. 112 del 1998 emessa dalla Pretura di Lizzano.

1.3. Avverso tale esclusione il Consorzio ha proposto ricorso avanti al T.A.R. Lazio, domandandone, previa sospensione, l'annullamento.

1.4. Si è costituita nel primo grado di giudizio l'Azienda al fine di resistere al ricorso ex adverso proposto.

2. Il T.A.R. per il Lazio, sede di Roma, con la sentenza n. 3636 del 23 marzo 2016 resa in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a., ha respinto il ricorso, condannando il Consorzio alla rifusione delle spese di lite nei confronti dell'Amministrazione.

2.1. Contro tale sentenza ha proposto appello il Consorzio, lamentandone l'erroneità, e ne ha chiesto, previa sospensione, la riforma, con conseguente accoglimento del ricorso proposto in primo grado.

2.2. Si è costituita l'Azienda appellata, chiedendo la reiezione dell'avversario gravame, e sono altresì intervenuti ad opponendum, ai sensi dell'art. 28 c.p.a., per resistere al gravame proposto dal Consorzio, nel presente grado di giudizio, Elettronica Bio Medica s.r.l., in proprio e quale mandataria del costituendo r.t.i. con la mandante Esaote s.p.a., nonché, appunto, la stessa Esaote s.p.a., mandante, in quanto il detto r.t.i., originariamente secondo graduato, si è aggiudicato la gara con deliberazione n. 280 del 1° aprile 2016 adottata dall'Azienda.

2.3. Con l'ordinanza n. 1852 del 19 maggio 2016 la Sezione ha respinto l'istanza cautelare di sospensione proposta dall'appellante ai sensi dell'art. 98 c.p.a.

2.4. Infine nella pubblica udienza del 9 settembre 2016 il Collegio, sentiti i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

3. L'appello è infondato e deve essere respinto.

4. Con il primo (pp. 8-20 del ricorso) e il secondo (pp. 20-24 del ricorso) motivo, che possono essere unitariamente esaminati per la loro intima connessione logico-giuridica, l'odierna appellante intende dimostrare che il T.A.R. per il Lazio avrebbe errato nel ritenere corretta l'esclusione del Consorzio per la mancata indicazione, nell'autodichiarazione resa in sede di prequalificazione, di una condanna penale inflitta al Vicepresidente del Consorzio, sig. Privato Cosimo Tommaselli, per un reato del tutto estraneo all'esercizio dell'attività di impresa e per il quale si era già verificato in via automatica, ex lege, l'effetto estintivo previsto dall'art. 163, comma 1, c.p., pur in assenza di un formale provvedimento dichiarativo dell'estinzione da parte del giudice penale.

4.1. Secondo l'appellante, infatti, in riferimento a tale condanna:

a) la sentenza penale irrevocabile in parola aveva riguardato una modesta violazione delle disposizioni in materia di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, ai sensi dell'allora vigente art. 20, lett. b), della l. n. 47 del 1985 – e, cioè, la costruzione di un manufatto edilizio adibito a casa di abitazione senza la prescritta concessione edilizia – commessa a titolo personale e al di fuori dell'esercizio di qualunque attività di impresa;

b) per la contravvenzione in parola era stata comminata al sig. Privato Cosimo Tomaselli la pena detentiva dell'arresto per due mesi nonché la pena dell'ammenda per £ 14.000.000;

c) stante la concessione delle circostanze attenuanti generiche, peraltro, il Vicepresidente del Consorzio appellante aveva beneficiato della non menzione della condanna, ai sensi dell'art. 175 c.p., nonché della sospensione condizionale della pena, ai sensi dell'art. 163 c.p.;

d) come emerge per tabulas dalla stessa lettura del casellario giudiziale, nei termini stabili dall'art. 163, comma primo, c.p., il sig. Privato Cosimo Tomaselli non solo non ha commesso alcuna contravvenzione della stessa indole, ma ha adempiuto gli obblighi imposti con la citata decisione (la demolizione del manufatto abusivo).

4.2. L'appellante ne fa discendere la conseguenza che, al momento della partecipazione della gara, l'estinzione del reato contravvenzionale ascritto al Vicepresidente del Consorzio appellante si era già ampiamente verificata, operando l'effetto estintivo ex lege per effetto del decorso inattivo del tempo e non abbisognando di alcun provvedimento da parte del giudice dell'esecuzione penale.

4.3. Anche laddove si dovesse seguire l'orientamento, secondo il quale invece tale provvedimento sarebbe necessario affinché l'estinzione operi, la sentenza impugnata avrebbe trascurato di considerare il collegamento del reato con l'esercizio di un'attività di impresa, se non in relazione alla "gravità" del reato, quantomeno con riferimento alla sua astratta idoneità ad incidere sulla moralità professionale.

4.4. Sotto questo profilo, propugnando una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 38, comma 1, lett. c), del d. lgs. n. 163 del 2006, in relazione agli artt. 5 e 6 della C.E.D.U., l'appellante assume che la dichiarazione resa in sede di gara dal sig. Privato Cosimo Tomaselli non poteva ritenersi in alcun modo falsa o non veritiera, con la conseguente implicazione che il provvedimento di esclusione gravato in prime cure deve ritenersi, sul punto, manifestamente illegittimo e comunque sproporzionato in relazione all'obiettivo di interesse pubblico perseguito.

4.5. L'appellante, sotto altro profilo, contesta la violazione dell'art. 38, comma 2-bis, del d. lgs. n. 163 del 2006, per violazione dell'obbligo di soccorso istruttorio, in quanto l'Amministrazione, nel corso delle verifiche di ufficio eseguite ai sensi dell'art. 48 dello stesso d. lgs. n. 163 del 2006, si era limitata a rilevare, in modo generico, una omissione nell'ambito della dichiarazione resa dal Vicepresidente, assegnando al Consorzio un termine per fornire eventuali documenti giustificativi dell'omessa dichiarazione.

4.6. Il T.A.R. per il Lazio avrebbe errato, dunque, nel non considerare – senza approfondire sul punto alcuno sforzo motivazionale – che la stazione appaltante, pur essendosi in realtà autolimitata attraverso la dichiarazione del soggetto che avrebbe dovuto rendere la dichiarazione suppletiva, aveva tuttavia ommesso di indicare specificamente la carenza riscontrata in capo alla dichiarazione medesima e non aveva messo in condizione il Consorzio di poter adeguatamente procedere alla integrazione espulsiva.

4.7. Sotto altro profilo, connesso a quelli sin qui ricordati e dedotto più specificamente nel secondo motivo (pp. 20-24 del ricorso), l'appellante lamenta, poi, che la lex specialis di gara, in particolar modo nell'art. 17 del capitolato speciale d'appalto e nel relativo Allegato A, non sarebbe stata nemmeno tanto chiara ed univoca, come invece ha ritenuto il T.A.R. per il Lazio nella sentenza impugnata, nel richiedere l'espressa dichiarazione di tutte le condanne penali.

4.8. La formulazione letterale della clausola della legge di gara, in una con il modello predisposto dalla stazione appellante (con particolare riferimento al punto 1-bis), sarebbe stata idonea ad ingenerare nel concorrente la convinzione di non essere tenuto a dichiarare ogni tipo di condanna riportata, ma solo quelle condanne riguardanti reati c.d. gravi, in modo di influire negativamente sulla moralità professionale del dichiarante e non, dunque, qualsivoglia tipo di condanna, anche se relativa a reati in nessun modo attinenti allo svolgimento dell'attività imprenditoriale, quale è la condanna ascritta al Vicepresidente del Consorzio nel 1988 per la commissione di un abuso edilizio.

4.9. Per tali ragioni, conclude l'appellante, le dichiarazioni rese dal legale rappresentante del Consorzio non potevano e non possono in alcun modo considerarsi false, ma al più incomplete, per una mancanza che è da addebitare all'ambiguità del modello predisposto dall'Amministrazione appellata e che, pertanto, non poteva e non può condurre, sic et simpliciter, all'esclusione del Consorzio appellante dalla gara.

5. La tesi dell'appellante, pur brillantemente esposta, non merita condivisione.

6. La *lex specialis*, come ha ritenuto correttamente il primo giudice, era anzitutto ben chiara e inequivoca nel prescrivere l'obbligo, per l'impresa partecipante alla gara, di dichiarare «tutte le sentenze di condanna, decreti penali di condanna e sentenze di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 44 del codice di procedura penale, comprese quelle che godano della non menzione, al fine di consentire alla stazione appaltante una valutazione circa l'incidenza di dette pronunce giudiziarie sull'affidabilità e sull'elemento fiduciario ai fini dell'eventuale affidamento».

6.1. Nessun dubbio poteva ragionevolmente sorgere nel concorrente circa l'obbligo, chiaro e stringente, di dichiarare tutte le sentenze di condanna per mettere in condizione la stazione appaltante di verificare l'incidenza di queste sull'affidabilità e sull'elemento fiduciario richiesti all'impresa ai fini dell'eventuale aggiudicazione dell'appalto.

6.2. Certamente non competeva all'impresa effettuare tale valutazione, omettendo la menzione di tutte le condanne riportate dai suoi legali rappresentanti.

6.3. Per usare i termini dell'ormai consolidata giurisprudenza in materia, infatti, «i candidati non possono effettuare alcun filtro in ordine all'importanza o incidenza della condanna subita sulla moralità professionale, avendo l'obbligo di menzionare tutte le sentenze penali di condanna» (Cons. St., sez. V, 30 novembre 2015, n. 5403).

6.4. Altrettanto evidente è, quindi, nel caso di specie la violazione della *lex specialis*, presidiata dalla sanzione espulsiva, da parte del Vicepresidente del Consorzio, che pacificamente ha omesso nella dichiarazione la menzione della condanna subita, pur nel lontano 1988.

6.5. Né giova all'appellante invocare l'asserita estinzione del reato contravvenzionale, poiché essa non risulta formalmente dichiarata dal giudice penale, mentre, per altrettanto consolidata giurisprudenza di questo Consiglio, essa deve constare da un provvedimento dichiarativo del giudice penale.

6.6. Sul punto, pur con la sintesi prescritta dal codice di rito (art. 3, comma 2, c.p.a.), il Collegio deve richiamare i consolidati principi di diritto affermati da questo Consiglio in materia:

a) in caso di mancata dichiarazione di precedenti penali non può operare il principio del c.d. falso innocuo, laddove si tratti di assenza di dichiarazioni previste dalla legge e dal bando di gara a pena

di esclusione (Cons. St., sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6271), come nel caso di specie, esulando del resto la vicenda qui esaminata dall'ipotesi in cui la dichiarazione sia resa dal concorrente sulla base di modelli predisposti dalla stazione appaltante e questi sia indotto in errore dalla formulazione ambigua o equivoca del bando (Cons. St., sez. III, 4 febbraio 2014, n. 507);

b) quanto all'estinzione del reato (che consente di non dichiarare l'emanazione del relativo provvedimento di condanna), essa sotto il profilo giuridico non è automatica per il mero decorso del tempo, ma deve essere formalizzata in una pronuncia espressa del giudice dell'esecuzione penale, che è l'unico soggetto al quale l'ordinamento attribuisce il compito di verificare la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la relativa declaratoria, con la conseguenza che, fino a quando non intervenga tale provvedimento giurisdizionale, non può legittimamente parlarsi di "reato estinto" (v., ex multis, Cons. St., sez. V, 17 giugno 2014, n. 3092; Cons. St., sez. V, 5 settembre 2014, n. 4528) e il concorrente non è esonerato dalla dichiarazione dell'intervenuta condanna.

6.7. La mancanza della dichiarazione circa la condanna subita, che la rende inaffidabile a fronte di un preciso e inequivocabile obbligo stabilito dalla *lex specialis*, giustifica l'esclusione del Consorzio, indipendentemente da ogni valutazione sulla gravità e sulla moralità professionale dell'impresa, essendo la completezza e la veridicità della dichiarazione sui requisiti per la partecipazione alla gara e, in particolare, quelli inerenti alle condanne subite valori in sé, presidiati dalla più grave sanzione espulsiva in danno del dichiarante infedele, quali significative manifestazioni e, insieme, massime garanzie dell'irrinunciabile interesse pubblico alla trasparenza nelle pubbliche gare (v. in questo senso, ex plurimis, Cons. St., sez. V, 29 aprile 2016, n. 1641).

6.8. A tale mancanza che assume per le ragioni appena esposte il valore di una carenza sostanziale della dichiarazione non veritiera, per altrettanto costante giurisprudenza di questo Consiglio, non può certo sopperire l'invocato esercizio del soccorso istruttorio, che può colmare dichiarazioni incomplete o irregolari e non già integrare ex post, in violazione della *par condicio*, dichiarazioni totalmente assenti, come nel caso di specie.

6.9. Non bisogna trascurare, infatti, che il sig. Privato Cosimo Tomaselli ha reso alla stazione appaltante una dichiarazione non veritiera, ai sensi del d.P.R. n. 445 del 2000, affermando la inesistenza di cause di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. a), b) ed m-ter) del d. lgs. n. 163 del 2006, mentre avrebbe dovuto indicare la condanna penale.

7. Ne discende la correttezza e, sotto tale profilo, la doverosità della sanzione espulsiva comminata dalla stazione appaltante nei confronti del Consorzio per la non veritiera dichiarazione del suo Vicepresidente.

8. Tale ragione, in sé pienamente sufficiente a giustificare l'esclusione dell'odierno appellante, esime il Collegio dall'esame del terzo motivo (pp. 24-32 del ricorso), relativo alla ritenuta anomalia dell'offerta, anch'essa costituente ragione autonomamente posta dalla stazione appaltante a fondamento dell'esclusione.

8.1. Al riguardo deve trovare infatti applicazione il consolidato principio secondo il quale laddove la determinazione escludente risulti fondata su una pluralità di ragioni, ciascuna delle quali di per sé idonea a supportare l'adozione del provvedimento sfavorevole, è sufficiente che una sola di esse risulti fondata, come è nel caso di specie quella sopra esaminata, perché ne consegua la legittimità

dell'esclusione del concorrente dalla gara (v., ex plurimis, Cons. St., sez. V, 31 marzo 2016, n. 1269).

9. In conclusione, per le ragioni tutte sin qui esposte, l'appello del Consorzio è infondato e deve essere respinto, con conferma della sentenza impugnata.

9.1. Le spese del presente grado di giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza dell'odierno appellante nei confronti dell'Azienda Ospedaliera Sant'Andrea di Roma, appellata, e di Elettronica Bio Medica s.r.l. e di Esaote s.p.a., intervenienti ad opponendum.

9.2. Rimane definitivamente a carico del Consorzio appellante, per la sua soccombenza, il contributo unificato corrisposto per la proposizione del gravame.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto da Consorzio Mediterraneo – CO.MED. Consorzio Stabile, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Condanna Consorzio Mediterraneo – CO.MED. Consorzio Stabile a rifondere in favore dell'Azienda Ospedaliera Sant'Andrea di Roma, di Elettronica Bio Medica s.r.l. e di Esaote s.p.a. le spese del presente grado di giudizio, che liquida nell'importo di € 2.000,00 per ciascuna di dette parti, oltre accessori (spese generali, IVA e CPA) come per legge.

Pone definitivamente a carico di Consorzio Mediterraneo – CO.MED. Consorzio Stabile il contributo unificato corrisposto per la proposizione dell'appello.

Ordina che il presente dispositivo sia eseguito dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 8 settembre 2016, con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

N. 03910/2016REG.PROV.COLL.

N. 01924/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1924 del 2016, proposto dalla Vitali S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Marascio C.F. MRSFNC79R13H501G e Gennaro Maria Amoruso C.F. MRSGNR71M29C352M, con domicilio eletto presso Francesco Marascio in Roma, via G.B. Martini, 2

contro

Milano Serravalle-Milano Tangenziali S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Lorenzo Lamberti C.F. LMBLNZ66E31F205Y e Antonino Menne C.F. MNNNNN62D08G120T, con domicilio eletto presso Lorenzo Lamberti in Roma, via Emilia 86/90

Itinera S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Umberto Giardini C.F. GRDMRT38C21E463W, Alessandro Mazza C.F. MZZLSN65P13E463D e Mariano Protto C.F. PRTMRN70C20B111Q, con domicilio eletto presso Mariano Protto in Roma, via Cicerone, 44

per la riforma della sentenza del T.A.R. della Lombardia, Sezione I, n. 100/2016

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Milano Serravalle-Milano Tangenziali S.p.a. e della Itinera S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2016 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l'avvocato Angelo Clarizia su delega dell'avvocato Amoruso, l'avvocato Mariano Protto, l'avvocato Lorenzo Lamberti e l'avvocato Antonino Menne;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

I fatti di causa sono descritti nei termini che seguono nell'ambito dell'impugnata sentenza del T.A.R. della Lombardia.

Con ricorso proposto dinanzi a quel Tribunale amministrativo e recante il n. 1642/2015 l'odierna appellante Vitali s.p.a. riferiva di aver partecipato alla gara di appalto indetta dalla Milano Serravalle - Milano Tangenziali S.p.A. avente ad oggetto "Lavori di manutenzione delle sovrastrutture e pavimentazioni stradali sulle tratte A7 Milano Serravalle, Tangenziale Ovest di Pavia e raccordo Pavia - Bereguardo".

La Vitale era stata in un primo momento esclusa dalla procedura per ritenuta violazione delle previsioni della lex specialis di gara inerenti la distanza massima fra lo stabilimento di produzione dei conglomerati bituminosi e il centro di manutenzione di Tortona, ma il provvedimento di esclusione era stato annullato in via definitiva con sentenza di questo Consiglio n. 5811/2014 il quale aveva altresì annullato la contestata clausola escludente.

A seguito della sentenza da ultimo richiamata (e in ritenuta esecuzione degli obblighi dalla stessa rinvenienti) l'amministrazione aggiudicatrice (la quale aveva medio tempore stipulato il contratto con l'aggiudicataria Itinera s.p.a. in data 23 luglio 2014) disponeva l'annullamento in autotutela degli atti di gara, annullava l'aggiudicazione e disponeva l'inefficacia del contratto (si tratta del provvedimento in data 3 giugno 2015).

Il provvedimento di autotutela è stato impugnato in primo grado sia dall'aggiudicataria Itinera s.p.a. (ricorso n. 1542/2015), sia dall'odierna appellante Vitali s.p.a. (ricorso n. 1642/2015).

Con la sentenza in epigrafe il T.A.R. della Lombardia, riuniti i ricorsi, ha accolto il ricorso n. 1542/2015 (Itinera) e per l'effetto ha annullato il richiamato provvedimento di autotutela e ha sancito il buon diritto dell'aggiudicataria Itinera a proseguire nelle lavorazioni.

Il T.A.R. ha invece dichiarato inammissibile per carenza di interesse il ricorso di primo grado articolato dalla Vitali s.p.a.. Ciò, in quanto "dal richiesto annullamento [del provvedimento impugnato], la posizione di aggiudicataria della società Itinera s.p.a. risulterebbe rafforzata, né tale posizione potrebbe essere messa in discussione in ragione della mancata impugnazione dell'aggiudicazione definitiva disposta in data 19.5.2014".

Il T.A.R. ha altresì dichiarato inammissibile – per violazione del principio del ne bis in idem – la domanda risarcitoria proposta dalla Vitali, in quanto "sostanzialmente identica a quella oggetto del separato e pendente giudizio R.G. 1125/2015".

La sentenza in questione è stata impugnata in appello dalla Vitali s.p.a. la quale ne ha chiesto la riforma articolando plurimi motivi, rispettivamente rubricati:

- 1) sulla correttezza dell'esercizio dell'azione amministrativa della stazione appaltante in parte qua laddove ha disposto l'annullamento in autotutela del provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore di Itinera s.p.a., con conseguente travolgimento del contratto;
- 2) sulla illegittimità dell'esercizio dell'azione amministrativa della stazione appaltante in parte qua, laddove ha disposto l'annullamento in autotutela dell'intera procedura di gara;
- 3) Violazione dell'art. 43 c.p.a. – Sulla legittimità e fondatezza della domanda risarcitoria

L'appellante ha poi riproposto la domanda risarcitoria già articolata in primo grado e ne ha chiesto l'accoglimento anche per il caso in cui questo Giudice di appello confermasse il mancato annullamento del provvedimento impugnato in primo grado.

Si è costituita in giudizio la Milano Serravalle – Milano Tangenziali s.p.a. la quale ha concluso nel senso della reiezione dell'appello.

Si è altresì costituita in giudizio la Itinera s.p.a. la quale ha a propria volta concluso nel senso della reiezione dell'appello.

Alla pubblica udienza del 14 luglio 2016 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto da una società attiva nel settore degli appalti pubblici di lavori (la quale: i) aveva partecipato a una gara di appalto indetta dalla Milano Serravalle – Milano Tangenziali s.p.a. avente ad oggetto lavori di manutenzione di sovrastrutture e pavimentazioni stradali; ii) era stata inizialmente esclusa; iii) e aveva in seguito ottenuto l'annullamento dell'esclusione in sede giurisdizionale) avverso la sentenza del T.A.R. della Lombardia con cui è stato accolto il ricorso della prima classificata e, per l'effetto, sono stati annullati gli atti con cui l'amministrazione aggiudicatrice aveva annullato gli esiti dell'intera procedura.

2. Il Collegio ritiene in primo luogo di esaminare i motivi di appello con i quali la Vitali ha lamentato l'erroneità del disposto annullamento dell'atto in data 3 giugno 2015 con cui la Milano-Serravalle ha disposto l'annullamento in autotutela dell'intera procedura di gara, prendendo le mosse da quanto statuito dalla sentenza di questo Consiglio n. 5811/2014.

In punto di fatto deve essere chiarito:

- che con la sentenza da ultimo richiamata, resa sull'appello proposto dalla stessa Vitali n. 6760/2014, questo Consiglio ha annullato il provvedimento con il quale, in applicazione della lex specialis di gara, era stata disposta l'esclusione della stessa Vitali;

- che la sentenza in questione, al contrario, nulla statuiva in ordine alla sorte della disposta aggiudicazione (e, a fortiori, del contratto nel frattempo stipulato) per l'assorbente ragione che la

Vitali non avesse in alcun modo impugnato l'aggiudicazione medesima (la circostanza è pacifica in atti);

- che tuttavia, la Milano Serravalle, con il provvedimento impugnato in primo grado, si è spinta sino a disporre l'annullamento in autotutela dell'intera procedura per effetto della richiamata sentenza di appello (la stazione appaltante ha infatti ritenuto di "annullare in via di autotutela il bando di gara perché irrimediabilmente viziato dalla presenza di una clausola di partecipazione giudicata illegittima e, conseguentemente, [di] ripetere l'intera procedura").

Ebbene, tanto premesso sotto il profilo fattuale, ne emerge la correttezza di quanto statuito dai primi Giudici, secondo cui il provvedimento di annullamento in autotutela dell'intera procedura di gara risulta viziato per difetto di istruttoria e di motivazione e, in ogni caso, adottato in contrasto con il consolidato orientamento secondo cui il legittimo esercizio del potere di autotutela non può fondarsi unicamente sull'intento di ripristinare la legittimità violata, ma deve essere scrutinato in ragione della sussistenza di un interesse pubblico prevalente all'adozione del provvedimento di ritiro.

E' stato affermato al riguardo che l'interesse pubblico alla base del legittimo esercizio del potere di autotutela da parte della pubblica amministrazione non può identificarsi nel mero ripristino della legalità violata ma richiede una valutazione comparativa sulla qualità e concretezza degli interessi in gioco. Nel procedere a distanza di anni all'annullamento di un atto ritenuto illegittimo per un errore commesso dalla stessa amministrazione, questa è tenuta ad indicare espressamente le ragioni di pubblico interesse che, nonostante il notevole decorso del tempo e il consolidamento della situazione, giustificavano il provvedimento di autotutela (in tal senso –ex multis - : Cons. Stato, IV, 21 settembre 2015, n. 4379; id., VI, 20 settembre 2012, n. 4997; id., VI, 14 gennaio 2009, n. 136).

L'orientamento in questione risulta sostanzialmente trasfuso nel testo del comma 1 dell'articolo 21-bis della l. 7 agosto 1990, n. 241 (nella formulazione, che qui rileva, anteriore alle modifiche introdotte dalla l. 7 agosto 2015, n. 124), secondo cui "il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-ter, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-ter, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo".

Ebbene, alla luce della richiamata disposizione (lo si ripete, recettiva di consolidati orientamenti giurisprudenziali) emerge l'illegittimità del disposto annullamento d'ufficio: i) sia perché l'amministrazione non ha esposto alcuna ulteriore ragione, se non quelle connesse alla riconosciuta parziale illegittimità della lex specialis di gara; ii) sia perché l'amministrazione non ha in alcun modo dato atto della ponderazione dei vari interessi che nel caso in esame vengono in rilievo, anche alla luce dello stato di avanzamento dell'opera e del tempo trascorso dal provvedimento di aggiudicazione e dalla sottoscrizione del contratto.

Né può in alcun modo ritenersi che l'annullamento dell'intera procedura conseguisse in qualche modo agli obblighi conformativi rinvenienti dalla più volte richiamata sentenza n. 5811/2014, se solo si consideri che il ricorso introduttivo che ha condotto all'adozione di quella sentenza mirava unicamente all'annullamento dell'esclusione e non anche al travolgimento dell'aggiudicazione o alla

declaratoria di inefficacia del contratto (domande, queste ultime, che l'odierna appellante riconosce anche nella presente sede di non aver in alcun modo formulato).

Del tutto correttamente, quindi, il T.A.R. ha riconosciuto l'illegittimità del provvedimento di annullamento d'ufficio impugnato in primo grado in quanto difforme sia rispetto ai consolidati acquis formati sul tema della legittimità degli atti di ritiro, sia rispetto agli obblighi conformativi rinvenienti dalla sentenza di appello che, pure, costituiva il dichiarato presupposto logico-fattuale per l'adozione del medesimo provvedimento di annullamento.

2.1. Né può giungersi a conclusioni diverse da quelle appena delineate in relazione al motivo di appello con cui si è lamentato che la Itinera avesse lamentato con il ricorso di primo grado la sola insussistenza dei presupposti per disporre l'inefficacia del contratto e non anche l'insussistenza dei presupposti per procedere all'annullamento in autotutela dell'intera procedura di gara.

2.1.1. Si osserva in primo luogo al riguardo che sussiste un evidente rapporto di continenza logico-giuridica fra le ragioni che impedivano la declaratoria di inefficacia del contratto e quelle che impedivano, ancora più a monte, di disporre il contestato annullamento in autotutela.

2.1.2. Si osserva in secondo luogo che può certamente convenirsi con l'appellante laddove afferma che ciò che nel caso di specie viene in rilievo è la correttezza dell'esercizio del potere di autotutela (il quale può intervenire anche a seguito della stipula del contratto, ma per ragioni afferenti la legittimità della procedura di gara – in tal senso: Cons. Stato, Ad. Plen. 20 giugno 2014, n. 14 -). Ma il punto è che l'esercizio concreto del potere di autotutela risultava nel caso di specie illegittimo per la rilevata contrarietà con i principi e le disposizioni che regolano le condizioni per la legittimità di tale esercizio.

Ai limitati fini che qui rilevano (e rinviando a quanto già in precedenza esposto) si osserva poi che il testo dell'articolo 21-nonies della l. 241 del 1990 depone in senso affatto diverso a quanto opinato dalla società appellante, mentre il richiamo operato in sede di appello al testo dell'articolo 21-nonies nella formulazione successiva all'entrata in vigore della l. 124 del 2015 risulta inconferente ai fini del decidere, atteso che la novella normativa in questione è intervenuta successivamente all'adozione del provvedimento di annullamento d'ufficio impugnato in primo grado.

2.1.3. Si osserva infine che, in applicazione dei generali principi della domanda e della corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato (certamente applicabili anche nel giudizio amministrativo anche alla luce del rinvio operato dall'articolo 39, comma 1 del cod. proc. amm.), la Milano-Serravalle non solo non avrebbe potuto annullare l'intera procedura, ma neppure avrebbe potuto disporre (come richiesto dall'appellante) il solo annullamento dell'aggiudicazione in favore della Itinera per l'assorbente ragione che tale annullamento non era stato in alcun modo richiesto in sede giurisdizionale.

Non può quindi trovare accoglimento il motivo – riproposto dalla Vitali nella presente sede di appello – secondo cui, a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento di esclusione disposto a carico della stessa Vitali – e anche in assenza di una specifica domanda in tal senso – l'amministrazione avrebbe dovuto procedere sua sponte all'annullamento dell'aggiudicazione medio tempore disposta al fine di consentire l'aggiudicazione in favore della stessa Vitale.

3. La domanda risarcitoria riproposta nella presente sede di appello non può trovare accoglimento.

L'appellante ha (ri-)articolato la domanda in questione ipotizzando due possibili scenari: i) quello dell'annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento impugnato in primo grado (ipotesi che qui non ricorre); ii) quello in cui tale provvedimento non fosse effettivamente impugnato in primo grado.

3.1. Va premesso al riguardo che, da quanto sembra emergere dall'atto di appello, i due scenari non vengono riferiti all'ipotesi di annullamento o meno del provvedimento di annullamento in autotutela (annullamento che, comunque, viene nella presente sede di appello confermato), bensì all'ipotesi di annullamento o meno dell'atto di aggiudicazione (annullamento che non può qui essere disposto per la dirimente ragione di non essere stato neppure richiesto al Giudice).

3.2. Tanto premesso, deve quindi essere escluso in ogni caso il richiesto ristoro del danno in forma specifica (attraverso il subentro nelle lavorazioni previa declaratoria di inefficacia del contratto già stipulato con la Itinera).

Tanto, alla luce del comma 1 dell'articolo 124 del 'Codice del processo amministrativo', secondo cui l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121, comma 1, e 122 (declaratoria di inefficacia che postula un'espressa richiesta di parte nell'ambito della domanda di annullamento che nel caso in esame non risulta proposta).

3.2. Ma la mancata proposizione della domanda di annullamento dell'aggiudicazione preclude anche in radice il riconoscimento del danno per equivalente pecuniario.

L'appellante era infatti consapevole del fatto che la sola richiesta di annullamento del proprio provvedimento di esclusione non poteva condurre ad ottenere l'auspicata aggiudicazione della gara in assenza dell'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione medio tempore adottato in favore di altra concorrente.

Ai sensi del comma 2 dell'articolo 124 del cod. proc. amm. la condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda volta a conseguire l'aggiudicazione (nonché –scil. – la domanda volta ancora più a monte a contestare l'aggiudicazione disposta in favore di altri all'evidente fine di coltivare la sola opzione del ristoro per equivalente pecuniario) è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile.

La disposizione in esame esplicita con maggiore ampiezza di implicazioni, nel particolare settore del ristoro del danno da aggiudicazione - in tesi – illegittima, il principio sancito dal comma 3 dell'articolo 30 del medesimo cod. proc. amm. secondo cui "nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti".

E' evidente al riguardo che, laddove l'odierna appellante – invece di limitare la propria domanda di giustizia al solo provvedimento che l'aveva esclusa dalla gara – avesse esteso l'impugnativa anche al provvedimento di aggiudicazione medio tempore disposto in favore di altra impresa, avrebbe con ogni verosimiglianza potuto escludere in radice la ritrazione dei danni conseguenti alla mancata esecuzione dell'appalto per cui è causa.

Si tratta, come è evidente, di una circostanza in radice ostativa al richiesto risarcimento per equivalente pecuniario, non potendosi qui ammettere il ristoro di un pregiudizio (il danno rinveniente dalla mancata stipula ed esecuzione del contratto) che la stessa appellante ha contribuito in modo determinante a cagionare mercé la mancata attivazione degli strumenti di tutela espressamente richiamati dalle menzionate disposizioni codicistiche.

3.3. La reiezione della domanda risarcitoria per le ragioni appena evidenziate esime il Collegio dall'esame puntuale di motivi di appello riferiti al capo della sentenza con cui si è sancita altresì l'inammissibilità della domanda risarcitoria stante la pendenza dinanzi al T.A.R. della Lombardia di un giudizio avente ad oggetto un'identica vicenda risarcitoria (con identità di parti, di petitum e di causa petendi).

4. Per le ragioni sin qui esposte l'appello in epigrafe deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese di lite che liquida in complessivi euro 3.000 (tremila) oltre gli accessori di legge in favore di ciascuna delle controparti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

N. 04346/2016 REG.PROV.COLL.

N. 04624/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4624 dell'anno 2014, proposto da:

C.N.S. Consorzio Nazionale Servizi - Società Cooperativa e Consorzio Stabile Miles Servizi Integrati, rispettivamente in qualità di capogruppo mandataria e di mandante del Raggruppamento Temporaneo di Impresa tra loro costituito, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi dall'avv. Luigi Imperlino, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Napoli, Via Cilea, n. 171;

contro

Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, Istituto Superiore Statale L. Pacioli di Sant'Anastasia (Na), e Ufficio Scolastico Regionale della Campania, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, presso la cui sede sono legalmente domiciliati, in Napoli, via Diaz n. 11;

Per l'accertamento

dell'illiceità dell'art. 12 del contratto normativo sottoscritto in data 28 dicembre 2006, del diritto dei ricorrenti all'adeguamento del prezzo di appalto, nonché alla sua alla revisione ai sensi dell'art. 115 del d.lgs n. 163/2006, e alla conseguente condanna dell'amministrazione resistente al pagamento del compenso dovuto, maggiorato di interessi moratori.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli per il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, per l'Istituto Superiore Statale L. Pacioli di Sant'Anastasia (Na), e per l'Ufficio Scolastico Regionale della Campania;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 luglio 2016 il dott. Michelangelo Maria Liguori e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso, notificato il 12 e 13 settembre 2014 e depositato il 26 settembre 2014, il C.N.S., Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa e il Consorzio stabile Miles Servizi Integrati agivano, in qualità, rispettivamente, di mandataria e di mandante del Raggruppamento Temporaneo di Impresa tra loro costituito: - per l'accertamento della nullità dell'art. 12 del contratto normativo stipulato il 28 dicembre 2006 con l'Ufficio scolastico regionale della Campania, avente per oggetto l'erogazione di "servizi di pulizia mediante l'impiego di ex lavoratori socialmente utili e/o di pubblica utilità presso gli istituti scolastici della Regione Campania"; - per la conseguente condanna dell'amministrazione intimata al pagamento delle somme dovute a titolo di adeguamento periodico dei corrispettivi dell'appalto di pulizia eseguito, in attuazione dell'anzidetto contratto normativo (contratto attuativo del 29 ottobre 2007), presso l'Istituto Superiore Statale L. Pacioli di Sant'Anastasia (Na); - per la condanna dell'amministrazione intimata al rimborso dei maggiori costi sostenuti in conseguenza dell'incremento dell'orario di lavoro e della corrispondente maggior retribuzione del personale impiegato nell'appalto.

Richiedeva, quindi, la liquidazione di una somma pari a complessivi € 36.459,57, comprensiva sia del compenso revisionale vantato sia dei maggiori costi sostenuti in conseguenza dell'incremento dell'orario di lavoro del personale impiegato.

L'amministrazione intimata si è costituita in giudizio chiedendo il rigetto del ricorso.

Entrambe le parti hanno prodotto documentazione.

All'udienza di discussione del 20 luglio 2016 il Presidente, ritenendo di porre a fondamento dell'odierna decisione la questione di difetto di giurisdizione, limitatamente all'istanza di rimborso dei maggiori costi sostenuti in conseguenza dell'incremento dell'orario di lavoro e della corrispondente maggior retribuzione del personale impiegato nell'appalto, rilevata d'ufficio, ha indicato la questione medesima in udienza ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a., invitando nel contempo i difensori delle parti ad argomentare in merito, dandone atto a verbale.

Alla medesima udienza pubblica del 20 luglio 2016 la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

Il Collegio, confermando l'orientamento di questa Sezione, dal quale non ha motivo di discostarsi, deve, in via preliminare, osservare che la proposta domanda di riconoscimento delle somme spettanti in virtù dell'art. 115 del d.lgs. n. 163/2006, previo accertamento della nullità della clausola negoziale limitativa della revisione periodica dei prezzi prescritta da tale norma, rientra nella giurisdizione esclusiva dell'adito giudice amministrativo (cfr. ex multis TAR Napoli, Sezione VIII, 28 gennaio 2016, n. 539, 11 marzo 2015, n. 1462 e n. 1475).

Ed invero, l'art. 244 del d.lgs. n. 163/20063 prevede che "il codice del processo amministrativo individua le controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di contratti pubblici" e l'art. 133, comma 1, lett. e, n. 2, cod. proc. amm. stabilisce che "sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'articolo 115 del decreto legislativo 12 Aprile 2006 n. 163".

Tanto premesso in punto di giurisdizione, nel merito, la suindicata domanda è fondata per le ragioni di seguito esposte.

Ai sensi dell'art. 115 del d.lgs. n. 163/2006, "tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo. La revisione viene operata sulla base di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati di cui all'articolo 7, comma 4, lett. c, e comma 5".

La giurisprudenza amministrativa è ormai costante nell'affermazione secondo cui l'art. 115 citato (che riprende la formulazione già contenuta nell'art. 6 della l. n. 537/1993) è una norma imperativa, che si sostituisce di diritto ad eventuali pattuizioni contrarie (o mancanti) nei contratti pubblici di appalti di servizi e forniture ad esecuzione periodica o continuativa (cfr., ex multis, Cons. Stato, n. 2461/2002; n. 916/2003; n. 3373/2003; n. 3994/2008): ciò, in quanto la clausola di revisione periodica del corrispettivo di tali contratti ha lo scopo di tenere indenni gli appaltatori delle amministrazioni pubbliche da quegli aumenti dei prezzi dei fattori della produzione che, incidendo sulla percentuale di utile stimata al momento della formulazione dell'offerta, potrebbero indurre l'appaltatore a svolgere i servizi o ad eseguire le forniture a condizioni deteriori rispetto a quanto pattuito o, addirittura, a rifiutarsi di proseguire nel rapporto, con inevitabile compromissione degli interessi pubblici.

Per evitare tali inconvenienti, il legislatore ha, quindi, disposto l'inserimento obbligatorio della clausola di revisione prezzi ed ha contemporaneamente delineato il procedimento istruttorio attraverso cui la stazione appaltante deve determinare l'entità del compenso revisionale.

Peraltro, è noto che le disposizioni del previgente art. 6 della l. n. 537/1993 non sono state completamente attuate, visto che, ad esempio, non ha mai concretamente funzionato il meccanismo di rilevazione del costo dei beni e servizi, cosicché si applica normalmente il c.d. indice FOI fissato dall'ISTAT (cfr. Cons. Stato n. 3373/2003; n. 2461/2002; n. 4801/2002).

Può, pertanto, affermarsi che, per i contratti ad esecuzione periodica o continuativa – relativi a servizi e forniture – stipulati da amministrazioni pubbliche, la regola ordinaria è quella per cui la revisione prezzi spetta senza alcun margine di alea a danno dell'appaltatore.

Nella fattispecie oggetto di gravame devono ritenersi applicabili i principi sopra richiamati, atteso che la clausola contenuta nell'art. 12, comma 2, del contratto normativo ("la revisione dei prezzi ... potrà essere effettuata subordinatamente ed entro i limiti di eventuali incrementi degli stanziamenti annuali di bilancio") e recepita nel susseguente contratto attuativo risulta irrefutabilmente arbitraria nell'an e limitativa nel quantum dell'adeguamento periodico del corrispettivo, contraria, come tale, alla norma imperativamente prescrittiva del compenso revisionale tramite apposita statuizione contrattuale. Conseguentemente, è da ritenersi operante, per effetto sostitutivo automatico, la clausola revisionale prevista dall'art. 115 del d.lgs. n. 163/2006.

Con riferimento al quantum revisionale, il meccanismo legale di aggiornamento del canone degli appalti pubblici di servizi e delle pubbliche forniture prevede che la revisione venga operata a seguito di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili della acquisizione dei beni e servizi sulla base dei dati rilevati e pubblicati semestralmente dall'ISTAT sull'andamento dei prezzi dei principali beni e servizi acquisiti dalle amministrazioni appaltanti, ma l'insegnamento giurisprudenziale consolidato ha chiarito che – a fronte della mancata pubblicazione di tali dati da parte dell'ISTAT – l'adeguamento dei corrispettivi debba essere calcolato utilizzando l'indice (medio del paniere) di variazione dei prezzi per le famiglie di operai e impiegati (c.d. indice FOI) mensilmente pubblicato dal medesimo ISTAT (cfr., ex multis, Cons. Stato, n. 2461/2002).

Quanto al maggior costo sostenuto per il personale impiegato per l'espletamento del servizio di pulizia, che – come argomentato da parte ricorrente – incide sull'economia del contratto nella misura dell'85%, ritiene il Collegio che il relativo importo debba essere riconosciuto in base agli incrementi desumibili dalle tabelle ministeriali, in rapporto ai valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, alle norme in materia previdenziale e assistenziale, ai diversi settori merceologici ed alle differenti aree territoriali.

Alla stregua delle superiori considerazioni, la domanda in esame va accolta per quanto di ragione, con conseguente condanna dell'amministrazione resistente al pagamento, in favore del C.N.S. e del Consorzio Stabile Miles, del compenso revisionale ex art. 115 del d.lgs. n. 163/2006.

Detto compenso revisionale andrà determinato, ai sensi dell'art. 34, comma 4, c.p.a., su proposta dell'amministrazione resistente, secondo i predetti principi di diritto, e tenendo conto sia delle fatture emesse dalla parte ricorrente ai fini del calcolo della rivalutazione dei canoni sulla base delle variazioni dell'indice FOI rilevato dall'ISTAT, sia delle fatture già saldate dalla stazione appaltante, nonché decurtando le somme già forfetariamente e parzialmente riconosciute a titolo di adeguamento dei corrispettivi.

L'importo così determinato andrà maggiorato degli interessi moratori che – ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 231/2002 – decorreranno dal giorno successivo alla scadenza del termine per il pagamento fino all'effettivo soddisfo (cfr. TAR Napoli, Sezione VIII, 11 marzo 2015, n. 1475 cit.).

La proposta di determinazione a cura dell'amministrazione resistente e il pagamento, in favore dei ricorrenti, dell'importo dovuto a titolo di compenso revisionale dovranno avvenire entro il termine

che si fissa, quanto alla proposta, in 40 giorni decorrenti dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della presente decisione, e, quanto al pagamento, in 40 giorni dalla notizia dell'accettazione della proposta.

Venendo ora alla domanda di rimborso dei maggiori costi sostenuti in conseguenza dell'incremento dell'orario di lavoro e della corrispondente maggior retribuzione del personale impiegato in appalto, il Collegio, confermando l'orientamento già fatto proprio dalla Sezione in casi omologhi a quello dedotto nel presente giudizio, ritiene di dover declinare la giurisdizione di questo adito giudice amministrativo in favore della giurisdizione del giudice ordinario (cfr. ex multis TAR Napoli, Sezione VIII, 28 gennaio 2016, n. 539 cit., 23 ottobre 2015, n. 5000, 5 novembre 2015, n. 5131).

Al riguardo, giova, in primis, chiarire gli esatti termini della controversia.

Il Collegio rileva, in particolare, che, stando alla prospettazione dei ricorrenti:

- in seguito all'accordo sindacale stipulato il 30 luglio 2007, l'orario di lavoro della manodopera adibita all'esecuzione dell'appalto, costituita da ex lavoratori socialmente utili (LSU) o di pubblica utilità (LPU), sarebbe stato innalzato da 35 a 36 ore settimanali;

- ciò avrebbe comportato il proporzionale aumento della retribuzione media mensile pro capite da € 1.544,08 a € 1.588,20;

- in capo al gestore del servizio di pulizia affidato, all'obbligo contrattuale "di assicurare, in ogni caso, il mantenimento dei livelli occupazionali ... del personale ex LSU ed ex LPU esistenti alla data di stipula del ... contratto" (art. 4, comma 6, del contratto normativo del 28 dicembre 2006) – così come, appunto, quello imposto dal citato accordo sindacale del 30 luglio 2007 – avrebbe dovuto corrispondere il diritto di percepire un compenso commisurato all'andamento della spesa per la manodopera, non potendo, quest'ultimo, tradursi in un fattore a discapito del gestore medesimo.

Rileva, altresì, il Collegio che la copertura dei maggiori costi derivanti dall'incremento dell'orario di lavoro in corso di appalto rinvia la propria disciplina negoziale nell'art. 4, commi 5 e 6, del contratto normativo del 28 dicembre 2006: "L'importo contrattuale ... – recita, segnatamente, la clausola in parola – rimane fisso ed invariabile per l'intera durata del contratto anche in presenza di variazione del numero di lavoratori. Le ore erogate infatti non subiranno variazioni in diminuzione. Tale importo non deve considerarsi comunque garantito per l'assuntore stante la facoltà per il contraente di avvalersi di quanto stabilito dall'art. 11 del r.d. n. 2443/1923. Il contraente, pertanto, potrà richiedere all'assuntore di incrementare l'importo contrattuale stesso fino a concorrenza del limite di 1/5 ... alle stesse condizioni, termini e corrispettivi del presente contratto normativo e del contratto attuativo ... L'assuntore curerà di assicurare, in ogni caso, il mantenimento dei livelli occupazionali e retributivi del personale ex LSU ed ex LPU esistenti alla data di stipula del presente contratto; le economie rivenienti dalle cessazioni del personale a qualunque titolo verificatesi nell'arco temporale di durata del contratto, nonché quelle maturate, per effetto delle precedenti cessazioni, a decorrere dalla stipula del presente contratto, saranno utilizzate per il progressivo adeguamento contrattuale del personale dalle attuali 35 ore settimanali fino ad un massimo di 40 ore pro capite, per migliorare la qualità dei servizi prestati ovvero per far fronte, con le ore aggiuntive, alle predette cessazioni, alle quali, comunque, non potrà far seguito alcuna nuova assunzione di unità lavorative".

Ciò posto, il Collegio ritiene che la controversia, così come dianzi inquadrata, esuli dal novero di quelle riservate dall'art. 133, comma 1, lett. e, n. 2, c.p.a. alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, le quali ineriscono alla "clausola di revisione del prezzo" ed al "relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuativa o periodica, nell'ipotesi di cui all'art. 115 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163".

La clausola e il provvedimento di revisione periodica disciplinati dal menzionato art. 115 del d.lgs. n. 163/2006 concernono, infatti, – come desumibile anche dal richiamo al precedente art. 7, commi 4, lett. c, e 5 – l'adeguamento del prezzo degli appalti di servizi e forniture rispetto all'andamento di mercato dei costi dei fattori produttivi (cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2013, n. 465; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 23 settembre 2014, n. 2328; TAR Lombardia, Milano, sez. I, 26 gennaio 2015, n. 293), 'ceteris rebus sic stantibus', ossia ferme restando le condizioni negoziali originariamente pattuite dalle parti in ordine alla natura ed alla quantità delle prestazioni dovute.

La domanda in esame, a differenza di quella già scrutinata ed accolta, ha, invece, per oggetto il totalmente distinto profilo del rimborso dei maggiori oneri economici derivanti da una circostanza estranea all'andamento di mercato dei costi del servizio affidato e, segnatamente, consistente nell'incremento dell'orario di lavoro della manodopera in corso di appalto; profilo che attiene, quindi, alla variazione del quantum delle prestazioni richieste al gestore, nonché all'incidenza della stessa sulla remuneratività del corrispettivo ab origine pattuito, e che non può, come tale, considerarsi attratto all'orbita di giurisdizione esclusiva dell'adito giudice amministrativo, essendo inammissibile una estensione analogica della eccezionale norma istitutiva di quest'ultima (art. 133, comma 1, lett. e, n. 2, cod. proc. amm., sulla cui natura tassativa, cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 luglio 2014, n. 4015; TAR Abruzzo, L'Aquila, 12 febbraio 2015, n. 88; 14 maggio 2015, n. 391; più in generale, nel senso del carattere 'particolare' delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, cfr. Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204).

In realtà, la fattispecie in scrutinio rientra pacificamente nella giurisdizione del giudice ordinario.

Essa sussegue, infatti, allo spartiacque rappresentato dalla stipula del contratto affidato ed afferisce alla fase della sua esecuzione, così da attingere, in via diretta e immediata, posizioni di diritto soggettivo scaturenti da un rapporto negoziale 'iure privatorum', perfezionato ed efficace, e cioè posizioni di diritto soggettivo che, in quanto tali, si incanalano nell'alveo naturale della cognizione del giudice ordinario, chiamato a verificare la conformità delle regole convenzionali e delle relative condotte attuative alla normativa civilistica (cfr. Cass. civ., sez. un., 23 dicembre 2003, n. 19787; 5 aprile 2005 n. 6992; 18 ottobre 2005 n. 20116; 7 novembre 2008, n. 26792; 5 aprile 2012, n. 5446; 23 novembre 2012, n. 20729; 8 luglio 2015, n. 14188; Cons. Stato, sez. V, 28 dicembre 2006, n. 8070; 17 ottobre 2008, n. 5071; 25 luglio 2012, n. 4224; 16 gennaio 2013, n. 236; 30 luglio 2014, n. 4025; 31 dicembre 2014, n. 6455; TAR Campania, Napoli, sez. VII, 5 giugno 2009, n. 3110; sez. VIII, 25 ottobre 2012, n. 4228; TAR Abruzzo, Pescara, 14 luglio 2009 n. 511; 23 novembre 2011, n. 642; 28 gennaio 2013, n. 44; 12 aprile 2013, n. 217; L'Aquila, 22 aprile 2014, n. 361; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 24 novembre 2010, n. 7346; 2 aprile 2015, n. 868; TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 7 dicembre 2011, n. 2932; TAR Toscana, Firenze, sez. I, 12 dicembre 2011, n. 1925; TAR Molise, Campobasso, 8 febbraio 2012, n. 20; 17 febbraio 2012, n. 63; 19 marzo 2014, n. 174; 28 novembre 2014, n. 653; TAR Basilicata, Potenza, 9 marzo 2012, n. 114; 8 novembre 2013, n. 704; TAR Calabria, Reggio Calabria, 5 giugno 2012, n. 407; TAR Valle d'Aosta, Aosta, 19 luglio 2012, n. 70; TAR Lazio, Roma, sez. II, 24 ottobre 2012, n. 8755; 13 dicembre 2012, n. 10379; sez. III, 2 maggio 2013, n. 4399; Latina, 19 luglio 2013, n. 648; TAR

Emilia Romagna, Parma, 20 dicembre 2012, n. 364; TAR Piemonte, Torino, sez. I, 21 dicembre 2012, n. 1389 e n. 1390; 6 febbraio 2015, n. 259; TAR Liguria, Genova, sez. II, 16 maggio 2014, n. 769; 12 febbraio 2015, n. 173; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 13 febbraio 2015, n. 571).

Più in dettaglio, investe pretese patrimoniali ingenerate dalla modifica quantitativa del contenuto delle obbligazioni gravanti su ciascuna delle parti – quale, da un lato, l'incremento del monte ore della manodopera impiegata e, quindi, delle prestazioni erogate dall'impresa appaltatrice e, d'altro lato, la proporzionale maggiorazione del compenso dovuto dalla stazione appaltante –, nonché l'interpretazione e l'applicazione della disciplina convenzionale dettata per tale ipotesi (art. 4, commi 5 e 6, del contratto normativo del 28 dicembre 2006).

Ebbene, l'esercizio, da parte della stazione appaltante, del c.d. ius variandi, ossia del diritto potestativo di avvalersi di simili modifiche alla quantità (o anche alla qualità) delle prestazioni affidate, così come, specularmente, il diritto dell'appaltatore di esigere l'adeguamento del corrispettivo in proporzione alle modifiche stesse, non si correlano – come, invece, inferito dai ricorrenti – ad un potere dell'amministrazione di tipo autoritativo, ma si esplicano a guisa di diritti soggettivi nell'ambito di un rapporto paritetico. Pertanto, la controversia originata dall'esercizio del ius variandi è da intendersi esulante dalla giurisdizione del giudice amministrativo, atteso che la modifica, quantitativa o qualitativa, delle prestazioni contrattuali rientra nell'ambito della fase negoziale di esecuzione del contratto già affidato e stipulato, devoluta – come illustrato – alla cognizione del giudice ordinario (cfr. TAR Campania, Napoli, sez. V, 7 febbraio 2014, n. 897).

In questo senso, Cass. Civ., SS.UU., 5 aprile 2012, n. 5446 ha, più in generale, ribadito che appartengono al giudice amministrativo le controversie che attengono alla fase preliminare – antecedente e prodromica alla stipula del contratto pubblico – di formazione della volontà dell'amministrazione e di scelta del contraente privato in base alle regole della c.d. evidenza pubblica; mentre sono devolute al giudice ordinario le controversie che radicano le loro ragioni nella serie negoziale successiva, a partire dalla stipula del contratto pubblico fino alle vicende del suo adempimento, e che riguardano la disciplina dei rapporti instaurati in forza del contratto medesimo e sono, quindi, volte all'accertamento dei diritti e degli obblighi da esso scaturenti, nonché delle condizioni di sua validità ed efficacia.

Alla luce delle considerazioni svolte, con riguardo alla domanda di rimborso dei maggiori costi per incremento dell'orario di lavoro della manodopera impiegata in appalto, deve essere, conseguentemente, dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, appartenendo la giurisdizione al giudice ordinario.

In conclusione, alla luce di quanto sopra esposto, il ricorso in epigrafe deve essere accolto limitatamente alla domanda di adeguamento periodico dei corrispettivi dell'appalto di pulizia eseguito, con conseguente accertamento della nullità della clausola contrattuale limitativa di esso e condanna dell'amministrazione resistente al pagamento delle somme da determinarsi a tale titolo, ai sensi dell'art. 34, comma 4, cod. proc. amm.; mentre invece, con riguardo alla proposta domanda di rimborso dei maggiori costi sostenuti in conseguenza dell'incremento dell'orario di lavoro e della corrispondente maggior retribuzione del personale impiegato in appalto, va dichiarato il difetto di giurisdizione di questo adito giudice amministrativo, appartenendo la giurisdizione in proposito al giudice ordinario.

La riproposizione della relativa domanda è disciplinata dall'art. 11 del decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104.

Quanto alle spese, appare equo disporre l'integrale compensazione tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

- lo accoglie limitatamente alla domanda di adeguamento periodico dei corrispettivi dovuti e, per l'effetto, dichiara nulla la clausola limitativa di esso e condanna l'amministrazione resistente al pagamento, in favore della parte ricorrente, delle somme da determinarsi a tale titolo, secondo i criteri di cui in motivazione;

- dichiara il difetto di giurisdizione di questo adito giudice amministrativo sulla domanda di rimborso dei maggiori costi sostenuti in conseguenza dell'incremento dell'orario di lavoro e del corrispondente aggravio di retribuzione a favore della manodopera impiegata in appalto, appartenendo la giurisdizione al giudice ordinario, innanzi al quale la causa dovrà essere riproposta nei termini di cui all'art. 11 del decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 20 luglio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Italo Caso, Presidente

Michelangelo Maria Liguori, Consigliere, Estensore

Fabrizio D'Alessandri, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Michelangelo Maria Liguori

Italo Caso

N. 03909/2016REG.PROV.COLL.

N. 01411/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1411 del 2016, proposto dalla Servizi in Rete 2001 S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini C.F. CNCRTR55C13H501S, Federico Tedeschini C.F. TDSFRC48A24H501P, Pietro Pomanti C.F. PMNPTR65H23H501R e Francesco Vagnucci C.F. VGNFNC71S12H501P, con domicilio eletto presso Arturo Cancrini in Roma, piazza San Bernardo, 101

contro

Atac S.p.a. Azienda per la Mobilità, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Leone C.F. LNELCU61M01H501M e Paola Conio C.F. CNOPLA66A48H501J, con domicilio eletto presso Luca Leone in Roma, via Appennini, 46

nei confronti di

Special Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Maria Cocconi C.F. CCCGNN58P07F205L, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Ciro Menotti, 1;

Wolleybuy S.r.l., Poste Mobile Spa, Exprivia S.p.a., Movenda S.p.a., Opentech, Moovit App Global Ltd, Rti Libra S.p.a. - Imi Srl, Opentech (Che Banca! Srl), Lucian S.r.l., Rti Qui! Group Spa - Movenda S.p.a. non costituiti in giudizio

per la riforma della sentenza in forma semplificata del T.A.R. del Lazio, Sezione II-ter, n. 152/2016

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ATAC S.p.a. Azienda per la Mobilità e della Special Service S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2016 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l'avvocato Francesco Vagnucci, l'avvocato Covino su delega dell'avvocato Tedeschini, l'avvocato Luca Leone e l'avvocato Riccardo De Montis su dichiarata delega dell'avvocato Giovanni Maria Cocconi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

I termini fattuali della vicenda di causa sono descritti nei termini che seguono nell'ambito dell'impugnata sentenza del T.A.R. del Lazio.

Con ricorso proposto dinanzi al TAR del Lazio e recante il n. 12150/2015 l'odierna appellante esponeva di aver preso parte alla procedura indetta dall'ATAC s.p.a. con avviso pubblico n. 72/2014, volta all'acquisizione di manifestazioni d'interesse relative al servizio di mobile ticketing (distribuzione di titoli dematerializzati attraverso la gestione di applicazioni operanti su smartphone).

La fornitura del servizio aveva ad oggetto la vendita da remoto di m-ticket attraverso un Circuito Multiservizi Mobile, con uso di piattaforma tecnologica già esistente o da realizzare a cura e spese esclusive degli operatori economici, di proprietà o comunque nella disponibilità del fornitore, senza costi aggiuntivi per ATAC né aumento del prezzo del titolo e con remunerazione limitata ad un aggio fisso del 4 per cento sul valore nominale dei titoli venduti, senza garanzia di corrispettivo minimo.

Nel bando si prevedeva che "con l'ammissione alla procedura si ottiene esclusivamente il diritto di sottoporre la propria proposta ad ATAC, che si riservava di valutarla e di affidare il servizio ad uno o più soggetti; a tale ultimo proposito, il bando chiariva che al termine della procedura, ATAC avrebbe affidato al primo affidatario un percorso di realizzazione sviluppo e test del sistema di bigliettazione elettronica "al fine di verificare la funzionalità del sistema", mentre "i successivi operatori fino ad un massimo di 4 complessivi, verranno selezionati alla chiusura della manifestazione e dovranno dotarsi in tempo utile della piattaforma".

Presentata la propria istanza di partecipazione, ritenuta ammissibile dal seggio di gara dopo alcuni chiarimenti ed integrazioni, la relativa offerta veniva ammessa alla valutazione tecnica, da svolgersi ai sensi dell'articolo 6 penultimo capoverso dell'avviso, con attribuzione di punteggi tecnici "nel rispetto dei principi generali che regolano la materia degli appalti pubblici applicando il metodo aggregativo compensatore mediante confronto a coppie" con elementi fissati dall'articolo 7 dell'avviso stesso (elencati in atti), che si concludeva nella seduta del 23 luglio 2015.

La graduatoria di gara, stilata dalla Commissione, collocava al primo posto la società Moovit Ltd ed, a seguire, la Special Service, Libra Spa-IMI, Opentech (Che Banca!), Wolleybuy, Lucian, Qui!

Group – Movenda, Poste Mobile, Exprivia e, da ultimo, l'offerta della odierna appellante Servizi in Rete 2001.

Al fine di accertare la legittimità dell'operato della S.A. la società Servizi in Rete 2001 inoltrava istanza di accesso in data 11 settembre 2015, evasa solo in parte, asseritamente senza motivazione specifica.

Pertanto, la Servizi in Rete 2001 proponeva il ricorso di primo grado che il T.A.R. del Lazio respingeva con la sentenza in epigrafe.

La sentenza in questione è stata impugnata in appello dalla stessa Servizi in Rete 2001 la quale ne ha chiesto l'integrale riforma articolando tre complessi motivi.

Si è costituita in giudizio l'ATAC s.p.a. la quale ha concluso nel senso della reiezione dell'appello.

Si è altresì costituita in giudizio la Special Service s.r.l. la quale ha a propria volta concluso nel senso dell'infondatezza dell'appello.

Alla pubblica udienza del 14 luglio 2016 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto da una società attiva nel settore dei servizi informatici (e-ticketing) - la quale aveva partecipato alla gara indetta dall'ATAC s.p.a. Azienda per la mobilità per l'aggiudicazione dei servizi di e-ticketing collocandosi in ultima posizione - avverso la sentenza del T.A.R. Lazio con cui è stato respinto il ricorso avverso gli atti con cui la gara è stata aggiudicata in favore di altro operatore.

2. Con il primo motivo di appello la Servizi in Rete 2001 lamenta il mancato accoglimento, da parte del T.A.R., del motivo di ricorso con cui si era lamentato il carattere del tutto anomalo della procedura di gara indetta dall'ATAC, in quanto basata su una scansione procedimentale svincolata dai principi di pubblicità, trasparenza e concorrenzialità che permeano la disciplina in tema di bandi di gara europei.

In particolare, la gara per cui è causa sarebbe strutturata in modo da non rispettare i principi di pubblicità, trasparenza, massima partecipazione e par condicio che trovano applicazione per tutti i contratti pubblici, ivi compresi quelli incidenti nei cc.dd. 'settori speciali' di cui alla Parte III del decreto legislativo n. 163 del 2006.

Il T.A.R. inoltre, avrebbe ommesso di considerare:

- che la procedura per cui è causa è certamente ascrivibile al novero dei cc.dd. 'settori speciali' di cui alla Parte III del previgente 'Codice dei contratti', ragione per cui per la stessa trovano applicazione gli articoli 206 e 210 i quali rendono applicabili le disposizioni in tema di criteri di aggiudicazione e di procedure di scelta del contraente valevoli nei cc.dd. 'settori ordinari';

- che l'ATAC è certamente qualificabile come organismo di diritto pubblico ai sensi dell'articolo 3, comma 26 del 'Codice dei contratti' e che la gara per cui è causa è altrettanto certamente connessa e strumentale al perseguimento di finalità pubblicistiche;

- che la procedura per cui è causa non è riconducibile all'allegato IIB al previgente 'Codice dei contratti' (con quanto ne segue in termini di ritenuta libertà per la stazione appaltante di organizzare la procedura secondo la propria massima discrezionalità);

- che, anzi, la procedura in parola (anche in ragione delle previste modalità di remunerazione) è piuttosto qualificabile come relativa a una concessione (laddove per le concessioni trovano applicazione i generali principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità – che nel caso in esame risulterebbero violati).

Allo stesso modo, non risulterebbe persuasivo l'argomento dei primi Giudici secondo cui il carattere sperimentale dell'affidamento giustificerebbe in qualche misura la parziale deroga alle richiamate disposizioni generali in tema di pubblicità e trasparenza degli affidamenti.

Ed ancora, non potrebbe ritenersi che l'intervenuta pubblicazione del bando sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea possa in qualche misura 'redimere' le richiamate lacune.

A tacer d'altro – osserva sul punto l'appellante – il fatto che si sia proceduto a una siffatta pubblicazione risulta idoneo a soddisfare esigenze di carattere formale, ma non soddisfa anche le ulteriori esigenze di carattere sostanziale, quali quelle che risultano violate con l'adozione della *lex specialis* di gara.

In definitiva, il T.A.R. avrebbe omesso di valutare l'illegittimità della procedura per cui è causa, in quanto contrastante con i principi di pubblicità, trasparenza, massima partecipazione e par condicio che debbono presiedere anche all'indizione di tale tipo di procedure.

2.1. Il motivo nel suo complesso è infondato.

2.1.1. Va premesso che, anche a seguire la tesi dell'appellante (secondo cui la gara per cui è causa sarebbe ascrivibile al novero dei cc.dd. 'settori speciali' di cui alla Parte III del previgente 'Codice dei contratti'), non ne deriverebbe per ciò stesso l'accoglimento della tesi secondo cui l'ATAC avrebbe violato i principi in tema di pubblicità e trasparenza degli affidamenti e, più in dettaglio, l'obbligo di conformarsi puntualmente alle tipologie di procedure di selezione di cui agli articoli 55, 58, 60 e 66 di tale 'Codice'.

Si osserva al riguardo che, ai sensi dell'articolo 206 del richiamato decreto n. 163 del 2006, per i contratti pubblici afferenti i cc.dd. 'settori speciali' trovano applicazione le disposizioni di cui all'intera Parte I, ivi compreso – ai fini che qui rilevano – l'articolo 20 (si tratta della disposizione secondo cui l'aggiudicazione degli appalti aventi ad oggetto i servizi elencati nell'allegato IIB resta disciplinata esclusivamente dagli articoli 68 – in tema di specifiche tecniche – 65 – in tema di c.d. 'avviso di postinformazione' – e 225 – in tema di avvisi relativi agli appalti aggiudicati -).

L'allegato IIB, in particolare, stabilisce l'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 20 in relazione (inter alia) ai "servizi di supporto e sussidiari per il settore dei trasporti", ai quali appare certamente riconducibile l'attività sperimentale all'origine dei fatti di causa.

2.1.2. Né a conclusioni diverse può giungersi alla luce degli argomenti dell'appellante finalizzati a sentir dichiarare la qualificazione dell'ATAC s.p.a. come 'organismo di diritto pubblico' ai sensi dell'articolo 3, comma 26 del decreto legislativo n. 163, cit.

Ed infatti, anche ad ammettere tale qualificazione (che invero appare corretta), non ne restano travolte le conclusioni sin qui tracciate per ciò che riguarda l'applicabilità al caso in esame delle previsioni di cui all'articolo 20 del previgente 'Codice' in relazione alle attività di cui all'allegato IIB.

2.1.3. Ma se la procedura all'origine dei fatti di causa resta disciplinata dalle più elastiche previsioni di cui al richiamato articolo 20 (il quale non contempla l'applicazione delle disposizioni in tema di procedure di scelta richiamate dall'appellante), ne consegue evidentemente che non sussistano i profili di illegittimità paventati dalla stessa appellante, così come la lamentata violazione dei principi di pubblicità, trasparenza e par condicio (di cui, invero, l'appellante stessa lamenta la violazione senza tuttavia individuare le puntuali disposizioni che nel caso in esame risulterebbero violate).

Vero è che, ai sensi del comma 1 dell'articolo 27 del previgente 'Codice', "l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, 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 (...)".

Ma è anche vero che (entro gli elastici limiti di cui al richiamato articolo 20) la procedura all'origine dei fatti di causa non sembra aver violato i richiamati limiti generali, se solo si consideri:

- che l'avviso relativo all'indizione della procedura in questione risulta pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea in data 27 novembre 2014;
- che l'articolazione della procedura in due fasi (la prima finalizzata essenzialmente all'acquisizione di manifestazioni di interesse corredate dalla documentazione idonea ad attestare l'idoneità all'espletamento del servizio e la seconda finalizzata ad esaminare la possibilità di affidare il servizio a uno o più soggetti), pur nella sua oggettiva peculiarità, sembra aver assicurato a tutti i concorrenti parità di informazioni e di condizioni partecipative.

2.1.4. Neppure possono essere condivisi gli argomenti con cui l'appellante contesta i passaggi motivazionali con i quali i primi Giudici hanno affermato il carattere 'sperimentale' dell'oggetto della procedura per cui è causa (anche ai fini dell'applicazione dell'articolo 221, comma 1, lettera b) del previgente 'Codice').

Al riguardo ci si limita ad osservare che il carattere sperimentale dell'iniziativa, oltre ad emergere dall'esame obiettivo delle attività oggetto del bando, era espressamente richiamato dallo stesso Avviso di gara (il quale stabiliva in modo esplicito che "il presente Avviso [ha] uno scopo sperimentale ed è da intendersi finalizzato all'acquisizione di manifestazioni di interesse da parte di imprese in grado di offrire il servizio di distribuzione di titoli dematerializzati attraverso la gestione di applicazioni operanti su Smartphone").

A conclusioni del tutto analoghe conduce l'esame dell'articolo 7 del medesimo Avviso, secondo cui "al termine della prima data di scadenza ATAC procederà all'individuazione del primo affidatario Operatore del mercato con il quale avviare un percorso di realizzazione, sviluppo e test del sistema di bigliettazione elettronica al fine di verificare la funzionalità del sistema ed esaminare gli adeguati

standard di sicurezza dei sistemi di comunicazione nonché di protezione dei dati sia verso ATAC che verso il cliente finale (...)"

La ratio della disposizione appena richiamata è evidentemente quella di avviare una fase di sperimentazione non necessariamente destinata a concludersi con l'attivazione di un sistema a regime.

2.1.5. Si osserva, infine, che non potrebbe giungersi a conclusioni diverse da quelle sin qui delineate neppure laddove (seguendo la ricostruzione – invero plausibile – dell'appellante) si qualificasse l'oggetto dell'affidamento come concessione di servizi, avuto prioritario riguardo alle relative modalità di remunerazione.

Ed infatti, quand'anche tale qualificazione fosse condivisa (il che, lo si ripete, appare plausibile), non ne deriverebbe – come sembra postulare l'appellante – l'obbligo per l'ATAC di applicare puntuali disposizioni in tema di procedure di scelta.

Al contrario – e alla luce di consolidati principi trasfusi al comma 3 dell'articolo 30 del previgente 'Codice' – l'affidamento di siffatte concessioni deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità.

Si tratta, tuttavia, di un complesso di principi che, per le ragioni dinanzi esposte, non risultano nel caso di specie violati, pur nell'obiettiva peculiarità dell'articolazione della procedura per cui è causa.

3. Con il secondo motivo l'appellante lamenta che il T.A.R. abbia erroneamente respinto il motivo con cui si era lamentata la pura e semplice attribuzione da parte della Commissione di punteggi numerici senza la previa determinazione di criteri e sub-criteri i quali avrebbero consentito di contestualizzare e adeguatamente motivare l'espressione di un punteggio altrimenti sornio di qualunque giustificazione effettiva.

Al riguardo l'appellante richiama la giurisprudenza di questo Consiglio secondo cui l'attribuzione di semplici punteggi numerici può risultare legittima solo se preceduta dalla previa fissazione di adeguati criteri di valutazione (il che nel caso in esame non sarebbe avvenuto).

E' vero che l'articolo 6.8 dell'Avviso di indizione si limitava a richiamare l'applicazione del metodo aggregativo-compensatore mediante confronto a coppie, escludendo in modo espresso l'osservanza dell'articolo 83 del previgente 'Codice'. Ma il punto è che tale clausola della lex specialis risulterebbe essa stessa illegittima in quanto violativa delle previsioni di legge che espressamente impongono all'amministrazione aggiudicatrice di operare la ponderazione relativa di cui all'articolo 83, comma 2 e di indicare l'ordine di importanza di cui all'articolo 83, comma 3 (in tal senso, gli articoli 206 e 210 del richiamato 'Codice').

3.1. Il motivo nel suo complesso è infondato.

3.1.1. In primo luogo il Collegio osserva che, per le ragioni già esposte retro, sub 2, non può essere condiviso il presupposto logico-concettuale da cui sembra muovere in parte qua il costrutto argomentativo dell'appellante: quello secondo cui nel caso in esame verrebbe in rilievo un appalto (o una concessione) di servizi nell'ambito dei cc.dd. 'settori speciali' in relazione alla quale troverebbe applicazione – fra gli altri – l'articolo 83 del previgente 'Codice' il quale impone

l'introduzione della ponderazione relativa fra i diversi criteri (comma 2), nonché l'indicazione dell'ordine di importanza fra gli stessi (ivi, comma 3 - in tal senso, gli articoli 206 e 210 del medesimo 'Codice').

Il punto è che, tuttavia, nel caso in esame trova applicazione (mercé il rinvio operato dall'articolo 206) l'articolo 20 il quale, come si è già osservato, rende applicabili agli appalti individuati dall'allegato IIB solo alcune disposizioni (fra le quali non rientra l'articolo 83, la cui violazione viene in questa sede lamentata dall'appellante).

3.1.2. Si osserva inoltre che l'applicabilità del richiamato articolo 83 risulta espressamente esclusa dall'articolo 6.8 dell'Avviso inditivo della procedura, secondo cui "dato lo scopo sperimentale della presente procedura, l'oggetto dell'affidamento, che rientra nell'allegato IIB al D.Lgs. n. 163/2006 e la natura dell'affidamento, non trovano applicazione alla fattispecie gli articoli 83 e 84 del D.Lgs. 163/2006 cui non si è inteso in alcun modo fare riferimento e, di conseguenza, l'attribuzione dei punteggi tecnici avverrà nel rispetto dei principi generali che regolano la materia degli appalti pubblici, applicando il metodo aggregativo-compensatore mediante confronto a coppie, ma senza obbligo di osservanza dell'art. 83 citato".

Si osserva al riguardo che non può certamente contestarsi la violazione che la clausola della *lex specialis* testé richiamata avrebbe operato di una disposizione – l'articolo 83 del previgente 'Codice' – certamente non rilevante nel caso di specie.

3.1.4. Occorre quindi domandarsi se la richiamata clausola risultasse altresì violativa dei generali principi di economicità, imparzialità, efficacia, parità di trattamento, trasparenza ed imparzialità di cui è menzione all'articolo 27 del medesimo 'Codice'.

Ad avviso del Collegio al quesito deve essere fornita risposta negativa.

Si osserva al riguardo:

- che non risulta contestata in atti l'erronea applicazione del c.d. 'criterio aggregativo-compensatore' di cui al d.P.R. 207 del 2010;
- che risulta, piuttosto, contestata la mancata, previa articolazione dei (nove) criteri di valutazione in un numero adeguato di sub-criteri;
- che, tuttavia, mutuando – per la parte compatibile - gli orientamenti giurisprudenziali formati sull'applicazione del più volte richiamato articolo 83, deve ritenersi che non in tutti i casi di mancata articolazione dei criteri in sub-criteri è per ciò stesso ravvisabile un *error in procedendo* da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. Al contrario, in siffatti casi l'interprete deve piuttosto domandarsi se l'originaria articolazione delle voci di valutazione fosse caratterizzata da un livello di dettaglio tale da delimitare il giudizio della Commissione e da giustificare un'espressione valutativa limitata all'espressione di un voto numerico;
- che, esaminando in concreto i richiamati (nove) criteri di valutazione (a ciascuno dei quali era associato un punteggio massimo), ne emerge il carattere adeguatamente dettagliato e la complessiva idoneità a fissare un coerente percorso logico-concettuale all'interno del quale inquadrare, in modo adeguatamente strutturato, l'espressione di un voto numerico da parte della Commissione (si pensi, solo a mo' di esempio, al criterio relativo al "numero di clienti attivi per servizi di vendita su applicazione mobile" e a quello relativo alla "pluralità dei sistemi di pagamento

per il servizio di acquisto dei titoli di viaggio": in ambo i casi il criterio in questione consentiva un'agevole graduazione delle offerte pervenute e un'altrettanto agevole attribuzione del voto numerico atta a descrivere in modo adeguato la collocazione di ciascuna delle imprese concorrenti).

4. Con il terzo motivo di appello la Servizi in Rete 2001 chiede la riforma della sentenza in epigrafe per la parte in cui i primi Giudici hanno dichiarato inammissibile – per carenza di interesse – la domanda ostensiva articolata in corso di causa, volta ad ottenere l'integrale accesso (invero, già in larga parte soddisfatto) alla documentazione prodotta in gara dalle nove concorrenti che la precedevano in graduatoria.

Al riguardo il T.A.R. ha condivisibilmente osservato che l'appellante (la quale, è bene ribadirlo, si è collocata in ultima posizione fra i dieci concorrenti in gara) non abbia allegato in atti alcun elemento – neppure di carattere minimale – atto a suffragare la tesi secondo cui l'ostensione delle domande di partecipazione, della documentazione amministrativa e delle offerte presentate avrebbe potuto condurre a un diverso esito della gara (i cui esiti sono stati contestati dalla stessa appellante per ragioni che esulano dal contenuto specifico della documentazione prodotta in gara dalle altre concorrenti).

Del pari condivisibilmente i primi Giudici hanno ritenuto di fare nel caso di specie applicazione della previsione di cui all'articolo 13, comma 5, lettera a) del previgente 'Codice dei contratti', secondo cui – e in deroga alle previsioni generali di cui agli articoli 22 e seguenti della l. 241 del 1990 – resta precluso l'esercizio dell'accesso in relazione alle informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime le quali costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici e commerciali.

Al riguardo si osserva che, se (per un verso) l'esistenza di un segreto tecnico e commerciale non può essere addotta quale escamotage per omettere in modo sistematico e ingiustificato l'accesso agli atti della gara, per altro verso il peculiare oggetto della gara in questione (relativa all'acquisizione di progetti sperimentali e innovativi in un settore ad alto contenuto tecnologico) rende del tutto plausibile che il diniego di accesso rinvenisse un'effettiva ratio giustificatrice.

In ipotesi quale quella che qui ricorre occorre prestare la massima cautela al fine di evitare anche il rischio anche solo potenziale che la domanda di accesso (lungi dal mirare all'effettivo perseguimento di finalità defensionali), risulti piuttosto finalizzata al solo scopo di acquisire per tale via informazioni commerciali di carattere riservato, al di là di un qualunque ed effettivo interesse alla comparazione fra la propria offerta tecnica e quella dei concorrenti la cui offerta costituisce oggetto di domanda ostensiva.

Anche per questa ragione l'appello in epigrafe deve essere respinto.

5. L'infondatezza dell'appello (al pari del ricorso di primo grado) palesa altresì l'infondatezza della domanda risarcitoria nella presene sede riproposta.

Non sussistono infatti, per le ragioni sin qui esaminate, gli elementi costitutivi della fattispecie oggettiva dell'illecito foriero di danno.

6. Per le ragioni sin qui esposte l'appello in epigrafe deve essere respinto.

Il Collegio ritiene che sussistano giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese di lite che liquida in complessivi euro 5.000 (cinquemila) oltre gli accessori di legge in favore di ciascuna delle controparti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

N. 03911/2016REG.PROV.COLL.

N. 03068/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3068 del 2016, proposto dalla Milano Technology di Ing. Salvatore Conti S.a.s., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Gianni' C.F. GNGGPP60P06F258J e Gennaro Terracciano C.F.

TRRGNR60E08F839R, con domicilio eletto presso Gennaro Terracciano in Roma, piazza S. Bernardo, 101

contro

MM S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Lorenzo Lamberti C.F. LMBLNZ66E31F205Y e Maurizio Corain C.F. CRNMRZ66R07H501X, con domicilio eletto presso Lorenzo Lamberti in Roma, via Emilia, 86/90

nei confronti di

New Ghibli S.r.l., Helios Soc. Coop., Meranese Servizi S.p.a., Nsi Nigra Servizi Italia S.c. non costituiti in giudizio

per la riforma della sentenza in forma semplificata del T.A.R. della Lombardia, Sezione IV, n. 598/2016

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della MM S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2016 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l'avvocato Abbinente Annunziata su delega dell'avvocato Terracciano e l'avvocato Lorenzo Lamberti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

Con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. della Lombardia e recante il n. 622/2016 l'odierna appellante Milano Technology s.a.s. esponeva di aver partecipato alla procedura di gara per l'affidamenti in appalto del servizio di pulizia degli immobili ERP di proprietà del Comune di Milano dati in gestione alla MM s.p.a. e di essere stata esclusa dalla procedura all'esito dell'esame dell'offerta tecnica per non aver conseguito in nessuno dei quattro lotti di suo interesse il punteggio minimo di 31 pt. prescritto dall'articolo 10 del Bando di gara.

Il provvedimento di esclusione veniva quindi impugnato in sede giurisdizionale dalla Milano Technology la quale proponeva altresì motivi aggiunti avverso i provvedimenti di aggiudicazione provvisoria disposti in favore di altre (quattro) concorrenti (una per ciascuno dei lotti di suo interesse).

Con la sentenza in epigrafe il T.A.R. della Lombardia ha respinto il ricorso ritenendolo infondato.

La sentenza in questione è stata impugnata in appello dalla Milano Technology la quale ne ha chiesto la riforma articolando quattro motivi (meglio descritti in parte motiva).

Si è costituita in giudizio la MM s.p.a. la quale ha concluso nel senso della reiezione dell'appello.

Con ordinanza n. 2973/2016 (resa all'esito della camera di consiglio del 7 giugno 2016) il Collegio ha dato atto della rinunzia all'istanza cautelare espressa dall'appellante.

Alla pubblica udienza del 14 luglio 2016 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto da una società attiva nel settore dei servizi di pulizia (la quale aveva partecipato alla gara di appalto per servizi di pulizia indetta da una società che gestisce alcuni immobili ERP del Comune di Milano) avverso la sentenza del T.A.R. della Lombardia con cui è stato respinto il ricorso avverso gli atti con cui la stessa era stata esclusa dai quattro lotti per i quali aveva presentato domanda di partecipazione,

2. Il Collegio ritiene di poter prescindere dall'eccezione di inammissibilità del primo ricorso sollevata dalla MM s.p.a in quanto il ricorso in appello (così come il ricorso di primo grado) deve essere dichiarato infondato.

3. Con il primo motivo di appello la Milano Technology lamenta che i primi Giudici abbiano erroneamente respinto il secondo motivo di ricorso, con il quale si era lamentata l'insufficienza del voto numerico espresso in relazione all'offerta tecnica dell'appellante (offerta tecnica cui era stato attribuito, per tutti e quattro i lotti di interesse, un punteggio inferiore a quello minimo di 31 previsto dalla lex specialis di gara per l'ammissione al prosieguo della procedura).

L'appellante non nega che il bando di gara prevedesse specifici elementi di valutazione (in numero di otto, suddivisi in quattro categorie) a propria volta articolati in specifici sub-criteri.

Tuttavia l'appellante lamenta che l'articolazione in tal modo effettuata risultasse eccessivamente generica, sì da non consentire l'adeguata contestualizzazione del punteggio numerico espresso dalla Commissione in relazione a ciascun elemento di valutazione.

Oltretutto, i primi Giudice avrebbero ommesso di considerare che nel caso in esame era mancata del tutto la fissazione dei parametri cui ancorare la valutazione dei progetti, ragione per cui la valutazione stessa restava ancorata a parametri di giudizio ignoti e quindi arbitrati.

Vero è – aggiunge sul punto l'appellante – che la Commissione sembrerebbe aver predisposto in sede di seduta riservata taluni specifici 'indici' (presumibilmente volti a consentire una più ponderata attribuzione dei punteggi nell'ambito del range fra il minimo e il massimo), ma il punto è che tale ulteriore articolazione non è stata mai esplicitata nei confronti dei concorrenti, non consentendo loro di effettuare alcun controllo sulle ragioni poste a fondamento dell'espressione dei punteggi numerici.

3.1. Il motivo è nel suo complesso infondato.

3.1.1. Ai sensi dell'articolo 83 del previgente 'Codice dei contratti' (che nel caso in esame trova applicazione) la lex specialis di gara deve indicare i criteri di valutazione cui si atterrà la Commissione, nonché – per ciascun criterio di valutazione prescelto e laddove necessario – gli specifici sub-criteri e sub-punteggi.

Si osserva al riguardo che l'amministrazione aggiudicatrice sembra avere nel caso in esame puntualmente adempiuto alla richiamata prescrizione primaria in quanto

- il bando di gara aveva indicato otto elementi di valutazione, a loro volta accorpati nell'ambito di quattro categorie, rispettivamente denominate 'Sistema organizzativo di fornitura del servizio', 'Metodologia tecnico-operativa', 'Qualità, sicurezza e ambiente' e 'Migliorie';
- a ciascuna delle quattro categorie era associato un punteggio massimo;

- all'interno delle richiamate categorie, i singoli elementi di valutazione (otto) erano stati a propria volta associati a un punteggio massimo conseguibile all'esito della valutazione;

- l'amministrazione aveva altresì proceduto ad articolare ciascun elemento di valutazione in articolati sub-criteri di valutazione che orientavano, in maniera adeguatamente diffusa e circostanziata, l'espressione della discrezionalità valutativa da parte della Commissione. Non si ritiene quindi che, nell'articolare i richiamati criteri (rectius: elementi) e sub-criteri di valutazione, l'amministrazione avesse violato i generali principi che presiedono alla predeterminazione delle modalità valutative cui la Commissione resta vincolata nell'espressione dei propri giudizi.

Al contrario, l'amministrazione aveva predeterminato in modo adeguatamente dettagliato (e secondo modalità che non palesano evidenti profili di abnormità o irragionevolezza) i criteri orientativi dell'attività della Commissione, aveva attribuito ai medesimi criteri un preciso valore ponderale e aveva in tal modo fissato in modo adeguato il sostrato operativo nel cui ambito si sarebbe svolta l'attività valutativa della Commissione.

Pertanto, deve qui trovare puntuale applicazione il consolidato orientamento secondo cui nelle gare pubbliche, e relativamente a quanto attiene alla valutazione delle offerte in sede di gara, il punteggio numerico espresso sui singoli oggetti di valutazione opera alla stregua di una sufficiente motivazione quando 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 (in tal senso –ex multis -: Cons. Stato, IV, 20 aprile 2016, n. 1556; id., III, 7 marzo 2016, n. 921; id., V, 18 gennaio 2016, n. 120).

3.1.2. Né può essere condivisa la doglianza relativa alla mancata fissazione, da parte della Commissione, di ulteriori e più dettagliati elementi e criteri di valutazione.

Al riguardo ci si limita qui a sottolineare che l'articolo 83 comma 4 del previgente 'Codice dei contratti', nel disporre che il bando di gara per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi, limita la discrezionalità della Commissione aggiudicatrice nella specificazione degli stessi, escludendo ogni facoltà per la stessa d'integrare il bando, e quindi facendo obbligo a quest'ultimo di prevedere e specificare gli eventuali sottocriteri (in tal senso –ex multis -: Cons. Stato, V, 13 maggio 2014, n. 2430).

Alla Commissione restava quindi in radice preclusa la possibilità di introdurre gli ulteriori e più dettagliati criteri invocati dall'appellante, potendo al più la stessa predisporre meri 'criteri motivazionali' inidonei ad integrare i parametri valutativi fissati dalla lex specialis della gara.

3.1.3. Sulla base di quanto esposto, neppure può essere condiviso l'argomento fondato sull'inadeguatezza del voto numerico ad esprimere in modo compiuto il giudizio della Commissione e l'iter logico-motivazionale sotteso alla sua espressione.

Al riguardo il Collegio ritiene qui di richiamare il condiviso orientamento secondo cui l'idoneità del voto numerico a rappresentare in modo adeguato l'iter logico seguito dalla Commissione nella sua espressione è direttamente proporzionale al grado di specificazione dei criteri allo stesso sottesi. Ne consegue che, tanto più è dettagliata l'articolazione dei criteri e sub-criteri di valutazione, tanto più risulta esaustiva l'espressione del punteggio in forma numerica (sul punto –ex multis -: Cons. Stato, V, 3 dicembre 2010, n. 8410).

Ma il punto è che ne caso in esame – e per le ragioni già in precedenza evidenziate –

l'articolazione operata in sede di *lex specialis* degli elementi e dei sub-criteri di valutazione risultava sufficientemente specifica, ragione per cui anche l'espressione del (solo) voto numerico era idonea a supportare in modo adeguato l'esercizio della discrezionalità valutativa della Commissione.

3.1.4. Anche per tale ragione il primo motivo di appello deve essere respinto.

4. Con il secondo motivo di appello la Milano Technology lamenta che i primi Giudici abbiano erroneamente respinto il terzo motivo di ricorso, con il quale si era lamentata l'illegittimità del punteggio insufficiente attribuito all'offerta tecnica.

In particolare, i primi Giudici avrebbero commesso un duplice errore:

- nel ritenere che il motivo in parola fosse stato articolato solo in relazione all'elemento valutativo A2-2;

- nel ritenere che gravasse sull'appellante l'onere di operare una sorta di comparazione con i punteggi ottenuti dagli altri concorrenti in gara.

4.1. Il motivo è nel suo complesso infondato.

Va in primo luogo confermato che l'odierna appellante aveva, nell'ambito del primo ricorso, articolato il motivo qui diviso in relazione al solo elemento valutativo A2-2, in relazione al quale aveva riportato un punteggio pari a 6 (su un massimo di 10).

Oltretutto, come già osservato dai primi Giudici, il motivo in questione risulta di dubbia ammissibilità in quanto l'odierna appellante non ha allegato elementi idonei a supportare il superamento del c.d. 'giudizio di resistenza' (i.e.: a dimostrare che, in caso di diversa e più favorevole valutazione relativa all'elemento A2-2, avrebbe verosimilmente conseguito l'aggiudicazione).

Allo stesso modo non può trovare accoglimento l'argomento secondo cui i primi Giudici avrebbero postulato una comparazione fra i punteggi ottenuti dall'appellante e quelli attribuiti agli altri concorrenti.

Il motivo in questione è in primo luogo infondato in punto di fatto in quanto dall'esame della sentenza appellata emerge che il T.A.R. abbia rilevato la limitazione del motivo a uno solo degli elementi di valutazione rilevanti e non anche che abbia imposto una sorta di 'confronto singolare' con il contenuto specifico delle offerte tecniche delle altre concorrenti.

4.2. Il motivo non può quindi trovare accoglimento.

5. Con il terzo motivo di appello la Milano Technology lamenta che i primi Giudici abbiano erroneamente respinto il primo motivo di ricorso, con il quale si era lamentata l'illegittima composizione della Commissione giudicatrice, i cui componenti non garantirebbero professionalità dotate dei necessari requisiti di esperienza per espletare al meglio il delicato ruolo di Commissario. L'appellante ritiene di poter condividere l'orientamento richiamato dal T.A.R., secondo cui il requisito dell'esperienza enunciato dall'articolo 84, comma 2 del previgente 'Codice' dei contratti non vada inteso in senso – per così dire – 'atomistico', ma vada riferito alla Commissione nel suo complesso.

Tuttavia, la stessa appellante sottolinea che risulti quanto mai rilevante ai fini del decidere la pressoché totale mancanza di esperienza che caratterizzava almeno due dei tre membri della Commissione.

5.1. Il motivo non può trovare accoglimento.

Si tratta qui di chiarire, in relazione alle peculiarità del caso in esame, la portata applicativa del comma 2 dell'articolo 84 del previgente 'Codice dei contratti', secondo cui "la commissione, nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, è composta da un numero dispari di componenti, in numero massimo di cinque, esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto".

Ancora più in particolare si tratta di chiarire se la previsione secondo cui i Commissari devono essere 'esperti' del settore stia ad individuare in modo necessario un dato di tipo cronologico (nel senso che l'esperienza necessaria potrà dirsi sussistente solo se maturata nell'ambito di un arco temporale minimo), ovvero un dato di carattere qualitativo e sostanziale nel senso che un'esperienza particolarmente qualificata, pur se concentrata in un ambito temporale limitato, possa comunque soddisfare il richiamato requisito).

Ad avviso del Collegio la questione deve essere risolta nel senso della seconda delle richiamate opzioni.

La ratio della disposizione dinanzi richiamata è certamente quella di garantire che i membri assicurino una competenza tecnica specifica e ragguagliata alla tipologia delle prestazioni che si intendono affidare. Ciò, al fine di assicurare che il giudizio espresso dai membri della Commissione risulti il più possibile pertinente in relazione al contenuto specifico delle offerte presentate.

Ora, non può dubitarsi della piena pertinenza della posizione professionale e dei percorsi formativi dei membri della commissione in relazione al contenuto della gara per cui è causa, laddove si consideri

- che il Presidente, Ing. Corrado Bina, è il Direttore della Divisione casa della MM s.p.a. e che, in tal veste, coordina le attività di gestione di un patrimonio abitativo composto da oltre 38mila unità.

L'Ing. Bina risulta altresì in possesso di rilevanti certificazioni nel settore del Project management e riveste il ruolo di responsabile unico del procedimento nell'ambito di contratti di appalto nel settore delle pulizie;

- che l'arch. Daniele Cassanmagnago è responsabile della sede territoriale Nord-Est della Divisione Casa di MM s.p.a. (e in tale veste ha il compito di controllare l'attività prestata dai fornitori per l'area territoriale di competenza, anche nel campo delle pulizie) e vanta specifica esperienza nella qualità di Commissario di gara;

- che il terzo membro, arch. Verbena Piazzì è responsabile dei servizi generali delle sedi della MM s.p.a., ha curato gli atti di gara di decine di procedure e vanta un curriculum formativo del tutto compatibile con l'oggetto della gara per cui è causa (la stessa ha infatti conseguito un Master in 'Economia e finanza delle costruzioni e del mercato immobiliare' e un Master per la formazione di 'Tecnici del controllo della qualità e della gestione della sicurezza del cantiere').

Ad avviso del Collegio, quindi, la qualifica di 'esperto nello specifico settore' cui inerisce l'appalto può essere riconosciuta – ed auspicabilmente – nel caso di prolungata esperienza nel settore in parola, ma può essere parimenti riconosciuta nelle ipotesi in cui – come nel caso in esame – risulti una particolare significatività e qualità delle esperienze formative e professionali vantate da ciascun Commissario.

5.2. Il terzo motivo deve quindi essere respinto.

6. Con il quarto motivo di appello la Milano Technology lamenta che i primi Giudici abbiano erroneamente respinto il quarto motivo di ricorso, con il quale si era lamentata la violazione delle regole di pubblicità delle sedute previste dallo stesso articolo 8 del Bando di gara.

Inoltre, il T.A.R. avrebbe erroneamente ommesso di considerare:

- che le comunicazioni relative alla procedura per cui è causa erano state inserite in una sezione del sito Internet diversa da quella indicata in sede di Bando;

- che all'appellante non era stata data la comunicazione delle date previste per lo svolgimento delle sedute pubbliche (e tanto, in violazione dell'articolo 79 del 'Codice dei contratti'), in tal modo palesando la violazione dei principi di pubblicità e di trasparenza che dovrebbe presidiare lo svolgimento delle pubbliche gare.

6.1. Il motivo è infondato.

Non viene qui in discussione il consolidato principio secondo cui la regola generale della pubblicità della gara, segnatamente con riguardo al momento dell'apertura delle buste contenenti le offerte, implica necessariamente l'obbligo della stazione appaltante di portare preventivamente a conoscenza dei concorrenti il giorno, l'ora e il luogo della seduta della commissione di gara, in modo da garantire loro l'effettiva possibilità di presenziare allo svolgimento delle operazioni di apertura dei plichi pervenuti alla stazione appaltante, atteso che tale adempimento risulta implicitamente necessario ai fini dell'integrazione del carattere di pubblicità della seduta (in tal senso: Cons. Stato, V sentenza 28 maggio 2004, n. 3471).

Si tratta invece di chiarire se le modalità in concreto approntate dall'amministrazione appellata fossero in concreto violative di tale obbligo.

Ad avviso del Collegio al quesito deve essere fornita risposta negativa laddove si consideri

- che l'articolo 8 del Bando stabiliva che le comunicazioni relative alla gara (ivi comprese, quindi, quelle relative alle date delle sedute della Commissione) sarebbero state rese pubbliche sul sito Internet della MM s.p.a. – Sezione Bandi di gara;
- che, secondo quanto risulta in atti, le informazioni in parola sono state effettivamente pubblicate sul sito Internet e sulla Sezione dinanzi indicati, risultando reperibili in una sottosezione del medesimo sito (peraltro, agevolmente individuabile dagli utenti);
- che la richiamata modalità di pubblicazione non ha impedito ai rappresentanti di ben sei imprese di partecipare alla seduta di apertura dei plichi;
- che (contrariamente a quanto affermato dall'appellante) l'articolo 79 del previgente 'Codice dei contratti' non obbliga l'amministrazione aggiudicatrice a fornire una comunicazione individuale circa le date delle singole sedute, gravando piuttosto sulla stessa il solo obbligo (che qui risulta soddisfatto) di rendere adeguatamente conoscibili e reperibili da parte di tutti i concorrenti (anche) le informazioni relative alle date delle sedute della Commissione.

6.2. Pertanto, non risulta che la M.M. s.p.a. abbia violato gli invocati principi di pubblicità e di trasparenza, ragione per cui anche il quarto motivo di appello deve essere respinto.

7. Per le ragioni sin qui esposte l'appello in epigrafe deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese di lite che liquida in complessivi euro 5.000 (cinquemila) oltre gli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

N. 01370/2016 REG.PROV.COLL.

N. 02082/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2082 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
B. Braun Milano S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli
avvocati Francesco Bertini C.F. BRTFNC74A27D612T, Michele Maria Mancini C.F.

MNCMHL68R18F205U, con domicilio eletto presso Francesco Bertini in Firenze, Via Lorenzo il
Magnifico 83;

contro

ESTAR - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale, in persona del legale rappresentante
p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Gaetano Viciconte C.F. VCCGTN59L10L353E, con
domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, viale G. Mazzini N. 60;

E.S.T.A.V. Centro, Asl 10 - Firenze, Azienda Ospedaliera-Universitaria Meyer, Azienda Ospedaliero
Universitaria Careggi, Asl 3 - Pistoia, Asl 4 - Prato, Asl 11 - Empoli, Regione Toscana non costituiti
in giudizio;

nei confronti di

Nacatur International Import Export S.r.l. non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- della Determinazione Dirigenziale n. 1488 in data 24 novembre 2015, comunicata con nota in
data 25 novembre 2015 prot. 61300, nella parte in cui è stata disposta l'aggiudicazione in via
definitiva a favore della Nacatur International Import Export s.r.l. del Lotto n. 23, relativo alla
procedura aperta indetta dall'ESTAV Centro per la fornitura di Deflussori e filtri compreso D.M. per
servizi trasfusionali occorrenti alle Aziende Sanitarie ed Ospedaliere-Universitarie dell'Area Vasta
Centro per un periodo di 36 mesi con opzione di rinnovo per 12 mesi, nonché della medesima
nota innanzi citata;

- di tutti i Verbali di gara e di tutte le operazioni della Commissione di gara e, segnatamente, del
Verbale in data 14 settembre 2015, nella parte in cui individuano l'impresa Nacatur International
Import Export s.r.l. provvisoriamente aggiudicataria del lotto n. 23;

nonché, per gli stessi motivi e negli stessi limiti, delle Schede di attribuzione del punteggio
complessivo;

- del Verbale conclusivo dei lavori della Commissione giudicatrice in data 25 giugno 2015 e di tutte
le operazioni della Commissione giudicatrice, nonché di tutti gli atti in precedenza indicati, nella
parte in cui non dispongono l'esclusione dell'offerta della Nacatur International Import Export s.r.l.
per il lotto n. 23;

- della nota in data 5 ottobre 2015, prot. n. 52194, con la quale l'ESTAR confermava i giudizi
espressi per il Lotto n. 23 sul prodotto della Nacatur International Import Export s.r.l.;

nonché, con motivi aggiunti depositati il 25.5.2016, per l'annullamento:

- di tutti gli atti e i provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo, nonché del Verbale di gara
in data 14.4.2016, depositato dall'amministrazione resistente in data 5.5.2016;

- di ogni ulteriore atto connesso, presupposto e/o conseguente, di data e contenuto non noti alla ricorrente;
- e per la declaratoria del diritto della ricorrente al conseguimento dell'aggiudicazione e dell'inefficacia dell'eventuale contratto medio tempore stipulato;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Estar - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 giugno 2016 il dott. Bernardo Massari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando spedito all'Ufficio pubblicazioni della GUCE in data 26 settembre 2014, l'ESTAV Centro indicava procedura aperta per la fornitura di deflussori e filtri per servizi trasfusionali occorrenti alle Aziende Sanitarie ed Ospedaliere-Universitarie dell'Area Vasta Centro per un periodo di 36 mesi, con opzione di rinnovo per 12 mesi, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con l'assegnazione di 50 punti alla qualità e 50 punti al prezzo.

Il Capitolato Tecnico indicava le specifiche tecniche dei prodotti richiesti e, per quanto di interesse, per il lotto n. 23 avente ad oggetto la fornitura di "Deflussore con sistema di stop automatico", venivano indicate le seguenti caratteristiche: il sistema di stop automatico non deve consentire il completo svuotamento della linea; deve essere dotato di sistema anti gocciolamento durante la preparazione della soluzione da infondere; deve essere dotato di filtro antibatterico di 1,2 micron. La ricorrente presentava la sua offerta così come la ditta Nacatur International Import Export S.r.l. Nella seduta pubblica del 14 settembre 2015, la Commissione, preso atto delle risultanze delle verifiche tecniche e delle conseguenti valutazioni qualitative delle offerte, procedeva all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche, individuando l'impresa Nacatur quale aggiudicataria del lotto n. 23.

Nell'occasione il procuratore della ricorrente, presente al seggio, evidenziava la non corrispondenza alle specifiche tecniche capitolari dell'offerta della Nacatur relativa al Lotto 23, ma la stazione appaltante, dopo aver confermato i giudizi espressi dalla commissione, con nota del 25 novembre 2015 comunicava il provvedimento dirigenziale di aggiudicazione definitiva.

Avverso tale atto proponeva ricorso la società in intestazione chiedendone l'annullamento previa sospensione e deducendo:

- Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost. e degli artt. 2, 11, 68, 83 e 84 del d.lgs.

n. **163/2006**. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 3, 7 e segg. della l. n. 241/1990.

Violazione e falsa applicazione dell'art. 46 d.lgs. n. **163/2006**. Violazione della legge speciale di gara. Eccesso di potere per errore sui presupposti, difetto di istruttoria, contraddittorietà, difetto di motivazione, irragionevolezza e irrazionalità, sviamento della causa tipica e del giusto procedimento, comportamento contrario al pubblico interesse.

Si costituiva in giudizio ESTAR - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale, succeduta *ex lege* a ESTAV Centro, opponendosi all'accoglimento del gravame.

Nella camera di consiglio del 4 maggio 2016 la domanda cautelare veniva rinunciata in vista della prospettazione di motivi aggiunti di ricorso.

A seguito della presentazione del ricorso la commissione di gara, in data 14 aprile 2016, si riuniva

nuovamente e, alla luce delle censure prospettate, esaminava ulteriormente la scheda tecnica e un campione del prodotto offerto da Nacatur confermando con il verbale contestualmente redatto, le determinazioni precedentemente assunte.

Con motivi aggiunti Braun Milano S.p.A., contestava anche tale provvedimento deducendo ed articolando ulteriormente le censure già avanzate con l'atto introduttivo del giudizio.

Alla pubblica udienza del 22 giugno 2016, dopo il deposito di memorie e repliche, il ricorso veniva trattenuto per la decisione.

DIRITTO

Viene impugnato il provvedimento, in epigrafe precisato, con cui ESTAV Centro ha aggiudicato favore della Nacatur International Import Export s.r.l. il lotto n. 23 della gara per fornitura di deflussori e filtri per servizi trasfusionali per il fabbisogno delle Aziende Sanitarie ed Ospedaliero-Universitarie dell'Area Vasta Centro, per un periodo di 36 mesi.

Entrambe le parti si danno cura di precisare in premessa che il deflussore costituisce un dispositivo medico composto da un tubo di materiale plastico che permette la somministrazione di un dato farmaco o soluzione al paziente. Il deflussore viene collegato, da un lato, al flacone o alla sacca contenente il farmaco e, dall'altro, si connette ad un accesso venoso del paziente.

Il deflussore è composto da 5 parti: la baionetta (una piccola punta con la quale si perfora l'apposita chiusura del flacone contenente la soluzione da infondere); la camera di gocciolamento con la quale si osserva la discesa del liquido, per verificare il corretto funzionamento del dispositivo; il tubo di deflusso, attraverso il quale scorre la soluzione da somministrare al paziente; il morsetto, un piccolo dispositivo per regolare il passaggio del liquido e quindi a diminuire o ad aumentarne il flusso, solitamente con forma di una piccola rotellina; il connettore, alla cui estremità si collega il terminale dell'accesso venoso del paziente.

Come anticipato in narrativa, il lotto n. 23 richiedeva la fornitura di un deflussore che - oltre a non permettere il completo svuotamento della linea, cioè in grado di interrompere automaticamente il flusso quando il farmaco sia terminato - fosse "*dotato di sistema anti gocciolamento durante la preparazione della soluzione da infondere*" finalizzato ad evitare dispersioni del liquido e ad impedire di iniettare nella vena del paziente anche l'aria contenuta nel tubo di plastica.

L'evoluzione tecnica nel campo dei deflussori ha sviluppato dei sistemi per evitare il gocciolamento del prodotto; effetto reso possibile dall'aggiunta lungo la linea di un cappuccio con filtro antibatterico e idro-oleofobico, con cui viene eliminata l'aria dal tubo di plastica senza alcun versamento di fluido.

Ad avviso della ricorrente, che supporta la sua affermazione con una consulenza tecnica, il prodotto offerto dalla Nacatur non sarebbe dotato di alcun sistema anti gocciolamento.

Tanto sarebbe agevolmente deducibile dalla stessa Scheda Tecnica del prodotto e dalla Scheda tipo informativa del prodotto offerto da Nacatur (in cui si afferma: "*far defluire il liquido ed eliminare l'aria interna al dispositivo*", nonché "*accertarsi che all'interno non vi siano bolle d'aria residue*") e ciò spiegherebbe anche il prezzo offerto dalla medesima, inferiore di circa il 74% rispetto alla media dei prezzi offerti, ma in linea con i costi dei deflussori tradizionali.

Le conclusioni cui intenderebbe pervenire la ricorrente non appaiono condivisibili.

Giova rammentare che, ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. n. 153 del 2006, principio cardine di tutta l'attività contrattuale della p.a. è costituito dal rispetto dei principi di libera concorrenza; principio, questo, il cui corollario, espresso anche dall'art. 68 comma 2, del citato decreto, comporta che le specifiche tecniche devono consentire pari accesso agli offerenti e non comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura dei contratti pubblici alla concorrenza, e il concreto esercizio del

potere discrezionale della stazione appaltante deve essere funzionalmente coerente con il complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto (Cons. Stato, sez. IV, 24 novembre 2014 n. 5811).

In particolare, il comma 4 dell'art. 68, citato stabilisce che i documenti di gara devono dettagliatamente indicare le specifiche tecniche richieste, senza però individuare una specifica fabbricazione o provenienza, al fine di evitare un'ingiustificata restrizione della rosa dei partecipanti, con nocumento all'interesse pubblico sotteso alla più ampia partecipazione alla stessa. E ciò vale anche nell'ipotesi di mancata previsione di una specifica clausola in tal senso, dovendo in tal caso fare ricorso al concetto di equivalenza, per cui il bando deve comunque reputarsi eterointegrato sul punto, con la conseguenza di non potersi escludere l'offerta che sia idonea a garantire la medesima funzione del bene oggetto della procedura di acquisto (T.A.R. Campania, sez. V, 29 aprile 2015 n. 2435, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 9 gennaio 2014 n. 62).

Per altro verso va osservato che la valutazione dell'equivalenza di un prodotto costituisce espressione di discrezionalità tecnica dell'Amministrazione e può essere sindacato dal giudice amministrativo nella misura in cui si riveli manifestamente illogica, contraddittoria o irrazionale, essendo necessario verificare, attraverso qualsiasi mezzo appropriato, che le soluzioni proposte corrispondano in maniera equivalente ai requisiti richiesti dalle specifiche tecniche (T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 21 gennaio 2014 n. 16; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 15 febbraio 2013, n. 337). Orbene, dall'esame delle specifiche tecniche del prodotto precisate nel capitolato speciale emerge che caratteristiche essenziali del prodotto richieste sono, come già fatto cenno: sistema di stop automatico che non consenta il completo svuotamento della linea; sistema anti gocciolamento durante la preparazione della soluzione da infondere; filtro antibatterico di 1,2 micron. Non sono, dunque, rilevanti altre caratteristiche del prodotto e neppure che questo sia dotato del cosiddetto sistema "Luer Lock" (come invece è richiesto per altri lotti, ad esempio il lotti 1, 2 e 3) di cui sono forniti i deflussori offerti dalla ricorrente.

La commissione, al fine di valutare la conformità dell'offerta al capitolato di gara, doveva perciò verificare unicamente che il prodotto fosse dotato delle caratteristiche sopra riportate come in effetti ha fatto rigorosamente escludendo, in taluni casi, offerte non conformi, tra cui ad esempio, per i lotti n. 16, n. 20 e n. 22, anche l'offerta Nacatur.

Dopo la prima valutazione eseguita nel corso della gara, nella seduta 14 aprile 2016, la commissione esaminava nuovamente la scheda tecnica e un campione del prodotto offerto da Nacatur per il lotto n. 23 confermando il giudizio di conformità ed il punteggio attribuito, ossia 48 punti, a fronte dei 50 (punteggio massimo) assegnato a Braun Milano.

Il dispositivo in questione, oltre che dotato di capsula Luer Lock, risulta conforme alla direttiva 93/42/CE e possiede certificazione ISO 9001, come richiesto dal capitolato, e secondo il giudizio tecnico della commissione è dotato di filtro antigocciolamento auto stoppante che impedisce alla linea lo svuotamento completo, al termine dell'infusione.

Anche le precisazioni del consulente di parte depositate il 31 maggio 2016 si limitano a ribadire in linea teorica le caratteristiche che il prodotto, così come descritto dal capitolato, dovrebbe possedere, ma non svolgono alcuna considerazione in ordine al prodotto concretamente offerto dall'aggiudicataria.

Né può aver pregio al tesi secondo cui l'assenza delle caratteristiche qualitative richieste spiegherebbe il ribasso offerto da Nacatur, posto che la stessa offerta della ricorrente (€ 29.565,00) risulta inferiore a quella di tutte le altre concorrenti e, addirittura, del 50% di quella della ditta con il minor ribasso (€ 59.320,00).

Per le considerazioni che precedono il ricorso e i motivi aggiunti successivamente depositati vanno perciò rigettati.

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

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Condanna la società ricorrente al pagamento, in favore di ESTAR, delle spese di giudizio che si liquidano in € 4.000,00, oltre accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 22 giugno 2016 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere, Estensore

Pierpaolo Grauso, Consigliere