

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 1535 del 2016, proposto da:

Herambiente s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv.ti Aristide Police e Alessandro Lolli, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via di Villa Sacchetti n. 11;

contro

Consorzio Cooperative Costruzioni, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, corso del Rinascimento, n. 11;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. Emilia Romagna – Bologna, Sezione I, n. 01030/2015, resa tra le parti, concernente esclusione gara d'appalto per l'affidamento di lavori di realizzazione interventi di copertura definitiva e interventi migliorativi di regimazione delle acque meteoriche della discarica di rifiuti non pericolosi.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consorzio Cooperative Costruzioni;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 giugno 2016 il Cons. Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati Filippo Degni, su delega dell'avv. Aristide Police e Gianluigi Pellegrino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Herambiente s.p.a., ha indetto una procedura ristretta, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento di alcuni lavori, stabilendo, tra l'altro, nella lettera d'invito che: <<*nella busta chiusa elettronica denominata "Documentazione Tecnica" non dovrà essere inserita, pena l'esclusione dalla procedura, alcuna determinazione di importi economici*>>;

Alla gara ha partecipato il Consorzio Cooperative Costruzioni (CCC), che, in applicazione di tale prescrizione, è stato escluso dalla procedura selettiva, per avere inserito nella busta relativa alla documentazione tecnica un documento <<*...denominato "TENDRAIN per resist.traz.pdf.p7m", che contiene al proprio interno delle determinazioni di importi economici ...*>> (nota prot. n. 0012871 del 23 settembre 2015, a firma del Responsabile Funzione Acquisti Ambiente di Hera s.p.a. e Presidente della Commissione di Gara).

Ritenendo l'esclusione illegittima il CCC l'ha impugnata davanti al TAR Emilia Romagna – Bologna, il quale, con sentenza 23/11/2015 n. 1030, ha accolto il ricorso, rilevando che il divieto di commistione di elementi tecnici ed elementi economici dell'offerta, diretto a garantire che l'apprezzamento discrezionale dei primi non sia condizionato dalla conoscenza dei secondi, nella specie non risulterebbe violato, in quanto, secondo la *lex specialis* della gara, i punteggi tecnici dovevano essere assegnati in base a criteri automatici, per cui la Commissione aggiudicatrice non disponeva di alcun effettivo margine di autonoma valutazione.

Avverso la sentenza ha proposto appello la Herambiente s.p.a.

Pe resistere all'appello si è costituito in giudizio il CCC.

Con successive memorie, entrambe le parti hanno, poi, ulteriormente argomentato le rispettive tesi difensive.

Alla pubblica udienza del 7/6/2016, la causa è passata in decisione.

Con un unico motivo di gravame l'appellante lamenta che il giudice di prime cure avrebbe errato nell'escludere che nel caso di specie la Commissione di gara fosse privata di qualunque ambito di apprezzamento discrezionale. Quest'ultima, infatti, anche in presenza di un criterio automatico per l'attribuzione dei punteggi relativi agli elementi tecnici, doveva pur sempre esprimersi in ordine all'attendibilità dei dati dichiarati nell'offerta (in particolare con riguardo all'elemento valutativo concernente la riduzione del tempo di esecuzione dei lavori rispetto a quanto previsto nel capitolato speciale) e ciò sulla base di un accertamento tecnico-discrezionale.

Il motivo è fondato.

In base ad un consolidato orientamento giurisprudenziale, da cui il Collegio non ritiene di doversi discostare, laddove la procedura di gara sia caratterizzata (come nell'ipotesi di aggiudicazione con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa) da una netta separazione tra la fase di valutazione dell'offerta tecnica e quella dell'offerta economica, il principio di segretezza comporta che, fino a quando non si sia conclusa la valutazione degli elementi tecnici, è interdetta al seggio di gara la conoscenza di quelli economici, per evitare ogni possibile influenza sull'apprezzamento dei primi. Il principio della segretezza dell'offerta economica è, infatti, presidio dell'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'articolo 97 della Costituzione, sub specie della trasparenza e della par condicio dei concorrenti, intendendosi così garantire il corretto, libero ed indipendente svolgimento del processo intellettuale - valutativo che si conclude con il giudizio sull'offerta tecnica ed in particolare con l'attribuzione dei punteggi ai singoli criteri attraverso cui quest'ultima viene valutata.

La delineata peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica, impone che la tutela si estenda a coprire, non solo l'effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio al medesimo, perché anche la sola possibilità di conoscenza dell'entità dell'offerta economica, prima di quella tecnica, è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità dell'operato dell'organo valutativo (fra le tante, Cons. Stato, Sez. IV, 29/2/2016, n. 825; Sez. V, 19/4/2013 n. 2214; 11/5/2012, n. 2734 e 21/3/2011, n. 1734).

Conseguentemente nelle gare da aggiudicarsi col sistema i questione devono trovare applicazione i seguenti principi:

- a) la valutazione delle offerte tecniche deve precedere quella delle offerte economiche;
- b) le offerte economiche devono essere contenute in buste separate dagli altri elementi (documentazione e offerte tecniche) e debitamente sigillate;
- c) la Commissione non può aprire le buste delle offerte economiche prima di aver completato la valutazione delle offerte tecniche;
- d) nell'offerta tecnica non deve essere inclusa né l'intera offerta economica, né elementi consistenti dell'offerta economica o elementi che, comunque, consentano di ricostruirla;
- e) nell'offerta tecnica possono essere inclusi singoli elementi economici che siano resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché siano elementi economici che non fanno parte dell'offerta economica, quali i prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato, ovvero siano elementi isolati e del tutto marginali dell'offerta economica che non consentano in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12/11/2015, n. 5181).

Vero è che nel caso di specie, i punteggi relativi all'offerta tecnica dovevano essere assegnati, secondo la *lex specialis* della gara, sulla base di criteri automatici, così da escludere, nell'attribuzione degli stessi, qualunque margine di discrezionalità, ma, come correttamente dedotto dall'appellante, la Commissione aggiudicatrice disponeva di un potere di accertamento caratterizzato da ambiti, seppur ridotti, di discrezionalità, nel verificare l'attendibilità dagli elementi tecnici dichiarati e la loro rispondenza alla documentazione prodotta a supporto, al fine di stabilire se quegli stessi elementi potessero essere utili ai fini dell'attribuzione del previsto punteggio.

La lettera d'invito stabiliva, infatti: <<... la Committente, per ogni criterio di valutazione, dopo aver acquisito il dato dichiarato dal Concorrente nel documento "Allegato n. 2 – Relazione Tecnica", verificherà la corrispondenza di tali informazioni con quelle contenute nei documenti a supporto presenti nell'offerta tecnica ed attribuirà al concorrente il punteggio corrispondente a quanto dichiarato, purché il dato dichiarato trovi riscontro nella documentazione prodotta a comprova (in caso di mancata dichiarazione dei dati che determinano l'applicazione del punteggio la Commissione non potrà considerare la documentazione allegata).

In caso di discordanza tra quanto dichiarato e quanto emerso dalla documentazione prodotta a comprova, il dato dichiarato verrà confermato se quanto dichiarato risulta inferiore a quanto risultante

dalla documentazione a comprova, al contrario verrà ridotto, in ragione di quanto non riscontrato nella documentazione prodotta a comprova.

Qualora a comprova dei dati sia prodotta documentazione carente o non attinente o qualora la medesima documentazione sia assente, ai medesimi dati, ai fini della valutazione, sarà attribuito un valore paria a "0" (zero) >>.

La sussistenza del descritto potere di accertamento tecnico-discrezionale era sicuramente ravvisabile, quantomeno con riguardo al parametro di valutazione concernente la "Riduzione del tempo di esecuzione dei lavori rispetto a quanto previsto all'art. 37 del capitolato speciale d'appalto", in relazione al quale la stessa lettera d'invito disponeva:

"Il punteggio sarà distribuito come segue:

- riduzione pari ad almeno 30 giorni naturali e consecutivi punti 9
- riduzione pari ad almeno 20 giorni naturali e consecutivi punti 6
- riduzione pari ad almeno 10 giorni naturali e consecutivi punti 3
- nessuna riduzione punti 0

Avvertenza:

- non saranno presi in considerazione termini intermedi e differenti rispetto ai valori sopra indicati, pena la riconduzione della proposta all'ipotesi di riduzione in termini di giorni prevista conformandola la termine inferiore;

- la riduzione dei tempi d'intervento offerta dall'impresa deve essere dimostrata mediante cronoprogramma di dettaglio riportante le modalità operative e organizzative previste, ovvero: evidenze dettagliate circa l'organizzazione delle risorse umane, mezzi e attrezzature messi in campo con elencazione e relativa produzione, inclusa l'analisi di eventuali/potenziati criticità".

Il giudizio della Commissione aggiudicatrice era, quindi, caratterizzato da margini di apprezzamento discrezionale, ancorché ai soli fini di appurare se la proposta riduzione dei tempi fosse valutabile e, perciò, meritevole di punteggio, e ciò impediva, alla luce degli enunciati principi, che la valutazione dell'offerta tecnica potesse avvenire dopo aver preso conoscenza di elementi concernenti l'offerta economica.

Nel caso di specie, il CCC ha inserito nella busta elettronica contenente la proposta tecnica, il documento denominato "TENDRAIN per resist.traz.pdf.p7m", il quale conteneva al proprio interno l'indicazione di elementi propri dell'offerta economica.

In particolare, si trattava di un preventivo, ottenuto dall'appellato, in cui erano rappresentati i costi di alcuni materiali da utilizzare nell'appalto per una somma pari a oltre il trenta per cento dell'importo a base di gara, come si ricava dalle affermazioni dell'appellante, sul punto a non contestate.

Ovviamente da tale documento non era possibile risalire con certezza alla percentuale di ribasso praticata dal CCC, concorrendo al riguardo altri fattori economici di incidenza, nondimeno è ragionevole ritenere che i dati di tipo economico ivi esposti, consentissero la formazione di un orientamento su quella che, verosimilmente, avrebbe potuto "essere l'offerta economica finale e tale circostanza è, di per sé idonea, ancorché in termini di ipotetica possibilità, a condizionare il processo valutativo della Commissione in ordine all'offerta tecnica" (così Cons. Stato, Sez. IV, 29/2/2016, n. 825).

Correttamente, quindi, la stazione appaltante, constatato che con l'inserimento del documento denominato "TENDRAIN per resist.traz.pdf.p7m" nella busta elettronica contenente l'offerta tecnica il CCC aveva violato la prescrizione contenuta a pag. 8 della lettera d'invito e, ad un tempo, il principio di segretezza delle offerte enunciato dall'art. 46, comma 1 bis, del d. lgs. n. 163/2006, di cui la prescrizione stessa costituisce applicazione, ha disposto l'esclusione della gara della parte appellata.

In presenza della descritta situazione fattuale, nessuna ulteriore motivazione o verifica istruttoria era necessaria ai fini della legittimità dell'avversato provvedimento espulsivo.

Al riguardo giova puntualizzare che le modalità seguite per l'espletamento della gara (cartacee o informatiche) sono indifferenti rispetto all'applicazione dei principi enunciati dall'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006. Per cui, diversamente da quanto dedotto dall'appellata, il fatto che la procedura selettiva si fosse svolta mediante l'uso di strumenti informatici, non implicava per la stazione appaltante l'onere di porre in essere alcun altro adempimento.

L'appello va, in definitiva, accolto.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Spese e onorari di giudizio, in considerazione della novità e peculiarità della questione affrontata, possono essere integralmente compensati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'impugnata sentenza.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/07/2016

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

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 867 del 2016, proposto dalla società Baxter Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Della Fontana C.F. DLLLRT59M31F257F, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, Via Cosseria, n. 2;

contro

l'Azienda Unità Sanitaria Locale della Romagna, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Carullo C.F. CRLNTN48L06A944G, con domicilio eletto presso Adriano Giuffre' in Roma, Via dei Gracchi N. 39;

l'Azienda Unità Sanitaria Locale della Romagna - U.O. Acquisti e Coordinamento di Area Vasta Romagna non costituito in giudizio;

nei confronti di

la società Fresenius Medical Care Italia Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Todarello C.F. TDRFBA70S23D976K, Giuseppe Fuda C.F. FDUGPP69C09D976W, Giovanni Corbyons C.F. CRBGNN67C01H501E, con domicilio eletto presso Giovanni Corbyons in Roma, Via Cicerone n. 44;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. EMILIA-ROMAGNA – Sezione II n. 74/2016, resa tra le parti, concernente aggiudicazione della gara per la fornitura di sistemi specifici e di materiali per trattamenti dialitici extracorporei

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Unità Sanitaria Locale della Romagna e della società Fresenius Medical Care Italia Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 giugno 2016 il Cons. Stefania Santoleri e uditi per le parti gli avvocati Alberto Della Fontana, Francesca Giuffrè su delega di Antonio Carullo e Giuseppe Fuda;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Premette la società appellante di aver incorporato, con decorrenza 1/12/2015, la società Gambro Hosal S.p.A. con atto di fusione del notaio Lorenzo Turconi di Milano rep. n. 18349/9880 del 13 novembre 2015.

La società Baxter è dunque succeduta in tutti i rapporti giuridici – anche processuali - che facevano capo alla società Gambro Hosal S.p.A.

1.1 - Quest'ultima aveva partecipato alla procedura aperta, indetta con determinazione n. 87 del 29/7/2014 del Direttore dell'U.O. Acquisti Aziendali e Coordinamento AVR della Azienda USL della Romagna, diretta sia alla conclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 55 e 59 del D.Lgs. 163/2006, di un accordo quadro volto alla fornitura di sistemi specifici e di materiali per trattamenti dialitici extracorporei per un quadro economico complessivo per quattro anni pari a € 5.524.800,00 IVA esclusa, sia alla contestuale aggiudicazione dei primi cinque contratti applicativi.

1.2 - Tra gli oggetti degli stipulandi contratti applicativi era ricompreso quello contrassegnato con il n. 2 riguardante la fornitura di "sistemi completi per il trattamento extracorporeo dell'insufficienza renale acuta: sistema di depurazione renale (CRRT) ottimizzato per trattamenti continui per pazienti con insufficienza renale acuta e/o cardiopatia scompensata e/o con problematiche coagulative" per un

importo quadriennale stimato di € 817.600,00.

1.3 - Il contratto applicativo in questione era destinato ad essere aggiudicato, ai sensi dell'art. 14 del disciplinare di gara, a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa da valutarsi con l'utilizzo del metodo aggregativo compensatore secondo i seguenti elementi/criteri e parametri:

"1. merito tecnico/qualitativo del sistema offerto, mediante attribuzione di max punti 50 su 100;

2. costo annuo del sistema offerto (comprensivo del noleggio), mediante attribuzione di max punti 50 su 100".

1.4 - Il capitolato tecnico stabiliva a sua volta, per ciascun contratto applicativo, le caratteristiche tecniche di minima ai quali i sistemi ed i materiali offerti avrebbero dovuto risultare conformi.

L'art. 9 del disciplinare di gara prescriveva in proposito che "qualora i prodotti offerti non presentino le specifiche tecniche di minima, la stazione appaltante dichiarerà inidonea l'offerta presentata, senza addivenire all'apertura della corrispondente offerta economica".

L'incarico di accertare "la corrispondenza delle offerte tecniche in relazione ai requisiti di minima prescritti" era affidato dal successivo art. 31 del disciplinare alla Commissione giudicatrice.

1.5 - Per quanto riguarda l'oggetto del suddetto contratto applicativo n. 2, per il quale avevano presentato offerta solo le società Gambro Hospital S.p.A. e Fresenius Medical Care Italia S.p.A., la Commissione giudicatrice aveva verificato, nella sua seconda seduta del 10/2/2015, la conformità di entrambi i modelli offerti ai requisiti tecnici di minima richiesti; e ciò dopo aver richiesto a Fresenius, all'esito della precedente seduta del 20/1/2015, un apposito chiarimento relativamente al requisito previsto al punto A.1.8. del capitolato tecnico.

1.6 - All'esito della gara risultava aggiudicataria la società Fresenius con punti 88 (punti 38 per la qualità e punti 50 per il prezzo), mentre la società Gambro Hospital (ora Baxter) conseguiva il punteggio di punti 68,95 (punti 50 per la qualità e punti 18,95 per il prezzo).

1.7 - Sicché con determinazione n. 2568 in data 29/9/2015, il Direttore dell'U.O. Acquisti Aziendali e Coordinamento di AVR dell'AUSL Romagna, dopo aver aggiudicato l'accordo quadro, aggiudicava definitivamente alla società Fresenius l'oggetto del primo contratto applicativo n. 2 per la durata di 48 mesi e per l'importo complessivo di € 637.860,00.

2. - Dell'adozione della suddetta determinazione veniva data comunicazione a mezzo pec ai concorrenti da parte della stazione appaltante, ai sensi dell'art.79 del D.Lgs. 163/2006, in data 29/9/2015, ma la società Gambro Hospital non prendeva visione e cognizione di detta comunicazione, venendone a conoscenza solo il 6 ottobre 2015 consultando il sito internet dell'AUSL Romagna (sul quale la stessa risultava pubblicata): inoltrava, quindi, alla stazione appaltante una istanza di accesso agli atti relativa all'aggiudicazione del contratto applicativo n. 2.

Solo nella giornata del 22/10/2015, dopo avere avuto accesso agli atti, ed aver quindi esaminato la documentazione tecnica presentata dalla controinteressata relativamente alla aggiudicazione dell'oggetto del contratto applicativo n. 2, si avvedeva che i prodotti offerti dalla stessa non risultavano conformi sotto un triplice distinto profilo alle caratteristiche tecniche di minima prescritte dall'apposito capitolato.

3. - Con ricorso notificato il 4 novembre 2015, la società Gambro Hospital impugnava avanti il T.A.R. Emilia Romagna-Bologna, la determinazione n. 2568 in data 29/9/2015 dell'AUSL Romagna nonché tutti gli atti con cui quest'ultima aveva disposto l'aggiudicazione a favore di Fresenius Medical Care Italia S.p.A. dell'oggetto del contratto applicativo n.2 nell'ambito della procedura aperta come sopra indetta, deducendo la mancata declaratoria di inammissibilità ed inidoneità dell'offerta presentata dalla società Fresenius.

4. - Con la sentenza impugnata il giudice di primo grado ha dichiarato inammissibile per tardività il ricorso di Gambro Hospital, ritenendo che esso dovesse essere tassativamente proposto, ai sensi dell'art.120 comma 5 c.p.a., nel termine di trenta giorni decorrente dalla ricezione della comunicazione di cui all'art.79 D.Lgs. n. 163/2006.

5. - La società Baxter, nell'impugnare la sentenza, ha rilevato che nelle gare pubbliche il termine di trenta giorni per l'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione non decorre sempre dal momento della comunicazione di cui all'art.79 commi 2 e 5 D.Lgs. 163/2006, ma può essere incrementato di un numero di giorni pari a quello necessario affinché il soggetto, che si ritenga leso dall'aggiudicazione, possa avere piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di illegittimità, laddove questi non fossero oggettivamente evincibili dalla comunicazione, e comunque entro il limite dei dieci giorni che il successivo comma 5-quater fissa per esperire la particolare forma di accesso, semplificato ed accelerato, dallo stesso disciplinata.

5.1 - Ha quindi precisato che solo dall'esame dell'offerta tecnica prodotta in gara dalla controinteressata, alla quale ha avuto accesso solo in data 22/10/2015, era stata in grado di riscontrarne la difformità rispetto alla *lex specialis*, non essendo la stessa percepibile dalla comunicazione inviata in data 29/9/2015 dall'Amministrazione ex art.79 D.Lgs. 163/2006.

Il ricorso di primo grado sarebbe stato quindi tempestivo.

5.2 - Ha quindi riprodotto i motivi del ricorso di primo grado ai sensi dell'art. 101 comma 2 c.p.a.

6. - Si sono costituite nel giudizio di appello sia la AUSL della Romagna che la società Fresenius Medical Care Italia S.p.A. che hanno entrambe rilevato la correttezza della sentenza di primo grado che aveva ritenuto tardivo il ricorso di primo grado, ribadendo la sua irricevibilità.

La AUSL della Romagna ha eccepito, inoltre, l'inammissibilità dell'appello per difetto di specificità dei motivi di impugnazione.

Hanno poi chiesto entrambe il rigetto del ricorso nel merito.

6.1 - In prossimità dell'udienza di discussione tutte le parti hanno depositato memorie e memorie di replica.

6.2 - All'udienza pubblica del 9 giugno 2016 l'appello è stato trattenuto in decisione.

7. - Deve essere esaminata prioritariamente l'eccezione di inammissibilità dell'appello sollevata dalla difesa dell'Amministrazione, secondo cui il gravame si limiterebbe "ad una mera riformulazione delle censure prospettate con il ricorso di primo grado".

7.1 - L'eccezione è infondata.

Condivide, infatti, il Collegio le conclusioni espone dalla difesa dell'appellante in quanto la sentenza di primo grado non ha affrontato il merito del ricorso, avendolo dichiarato irricevibile, e dunque correttamente l'appellante ha riproposto – ai sensi dell'art. 101 c. 2 c.p.a. – i motivi dedotti in primo grado.

7.2 - Per quanto concerne, invece, le statuizioni contenute nella sentenza del primo giudice, ha provveduto a criticare le argomentazioni in base alle quali era stata emessa la declaratoria di inammissibilità del ricorso di primo grado.

Del resto, correttamente, l'appellante ha richiamato la costante giurisprudenza secondo cui nel processo amministrativo l'appello può essere dichiarato inammissibile solo allorquando, per l'individuazione dei motivi, venga effettuato un generico richiamo alle deduzioni, eccezioni e conclusioni delle difese articolate in primo grado e non anche qualora dal gravame sia possibile desumere quali sono le argomentazioni fatte valere da chi ha proposto l'impugnazione in contrapposizione a quelle evincibili dalla sentenza impugnata (cfr., tra le tante, Cons. Stato Sez. V 28/7/2014 n. 3997; 9/10/2013 n. 4969), sicché l'eccezione deve essere respinta.

8. - Con il primo motivo di appello la società Baxter ha censurato la sentenza di primo grado che ha dichiarato il ricorso inammissibile.

8.1 - Il primo giudice ha ritenuto che:

- secondo l'articolo 120, comma quinto, c.p.a. il ricorso deve essere proposto nel termine di 30 giorni decorrente dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;

- non poteva condividersi la tesi della società, secondo cui il termine di 30 giorni doveva essere incrementato del numero di giorni necessario per prendere piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di illegittimità, laddove questi non fossero oggettivamente evincibili dalla comunicazione suddetta, fermo restando il limite di 10 giorni previsto per potersi avvalere dell'accesso agli atti, desumendo tale incremento del termine da un orientamento anche della Corte di Giustizia dell'Unione Europea;

- i considerando 25 e 27 della direttiva 2007/66 indicano che la limitazione nel tempo della possibilità di far valere l'assenza di effetti di un appalto è giustificata dalla "necessità di garantire nel tempo la certezza giuridica delle decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori";

- la giurisprudenza citata dal ricorrente a proprio favore non era pertinente, riferendosi alla diversa ipotesi dell'impugnazione del provvedimento di esclusione e non di quello di aggiudicazione (Cons. Stato del 6 maggio 2015, n. 2274), e al caso in cui le condizioni di gara fossero effettivamente incomprensibili, e dunque l'offerente si fosse trovato nell'impossibilità di proporre un ricorso entro il termine previsto dal diritto nazionale (cfr. Corte di Giustizia UE del 12 marzo 2015, C 538/2013);

- nel caso di specie l'omessa conoscenza della comunicazione ex art. 79 del D.Lgs. 163/06 era imputabile alla stessa ricorrente, e comunque la società poteva prendere cognizione dei vizi anteriormente alla scadenza dei termini di trenta giorni dalla comunicazione di cui all'articolo 79,

comma 5°, del codice dei contratti; tale conoscenza, inoltre, avrebbe potuto essere ulteriormente anticipata, ove la società si fosse attivata con maggior tempestività.

8.2 - Dette statuizioni sono state censurate dall'appellante con considerazioni condivise dalla giurisprudenza della Sezione (cfr. Cons. Stato sez. III 21 marzo 2016 n. 1143; 7 gennaio 2015 n. 25; 25 novembre 2015 n. 5830; 28 agosto 2014 n. 4432) che possono essere qui richiamate.

"Il D.Lgs. n. 163 del 2006 (codice dei contratti pubblici) stabilisce:

- all'art.79, che l'Amministrazione deve comunicare a tutti i partecipanti alla gara la c.d. 'decisione di aggiudicazione'; e che (comma 5 quater) ai candidati non aggiudicatari va consentito l'accesso agli atti del procedimento entro dieci giorni dalla predetta comunicazione;
- ed all'art.120 (quinto comma), che le impugnative avverso gli atti delle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture devono essere proposte nel termine abbreviato di trenta giorni, decorrente dalla ricezione della comunicazione in questione.

Ora, secondo l'orientamento di una parte della giurisprudenza, dal combinato disposto delle due norme citate (art.79 ed art.120) non risultava del tutto chiaro se il termine per l'impugnazione dovesse essere fatto decorrere in ogni caso dalla data di avvenuta comunicazione dell'aggiudicazione; ovvero dalla data di avvenuta conoscenza degli altri atti (relativi al procedimento di aggiudicazione) a seguito dell'accesso documentale (C.S., III[^], sentenze n. 2407 del 24.4.2012 e n. 1428 del 14.3.2012).

La vicenda che ha condotto alla soluzione della questione è nota (cfr.: C.S., III[^], ord. n.790 dell'11.2.2013 di rimessione all'Ad. Pl.; C.S. Ad. Pl., ord. n.14 del 20.5.2013 e Corte di Giustizia CE, Sez. V[^], 8.5.2014, in causa C-161/13, nonché Corte di Giustizia CE, III[^] Sezione, 28.1.2010 in causa C-406/08); e per essa non resta che rinviare alla ricostruzione effettuata dalla sentenza n. 4432 del 2014 di questa Sezione.

In questa sede è sufficiente sottolineare che la Corte di Giustizia ha infine chiarito al riguardo - con decisione della V[^] Sezione, 8.5.2014, in causa C-161/13 - che l'art.120 cit. dev'essere interpretato nel senso che il termine di trenta giorni per l'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione non decorre sempre e comunque dal momento della comunicazione di cui all'articolo 79 cit.; ma, nel caso in cui emergano vizi riferibili ad atti diversi da quelli 'comunicati', dal giorno in cui l'interessato abbia avuto piena ed effettiva conoscenza, proprio in esito all'accesso, degli atti e delle vicende fino ad allora rimasti non noti.

Da ciò la giurisprudenza (C.S., VI[^], ord. 11 febbraio 2013, n. 790; C.S., III[^], 28.8.2014 n.4432) ha tratto la conclusione che nel caso in cui sorga l'interesse ad impugnare atti (e/o a censurare condotte e vizi di legittimità) conosciuti in occasione dell'accesso, il termine decadenziale breve (di trenta giorni) "slitta in avanti" (rectius: dev'essere prorogato; va incrementato) di un numero di giorni pari a quello che si è reso necessario per acquisire la piena conoscenza degli atti (delle condotte e dei profili di illegittimità) in questione.

E poiché, come si è visto, il termine per effettuare l'accesso è stato fissato dal Legislatore in soli dieci giorni (e ciò in ragione delle esigenze di celerità che caratterizzano il procedimento in materia di affidamento di lavori, forniture e servizi pubblici), la giurisprudenza ha affermato (cfr. C.S., III[^], 28.8.2014 n.4432) che nelle pubbliche gare d'appalto il c.d. 'termine breve' per l'impugnazione degli atti e/o provvedimenti che non siano stati trasmessi unitamente alla comunicazione della decisione di aggiudicazione e che costituiscono oggetto dell'accesso (id est: degli atti non immediatamente conosciuti in occasione della comunicazione dell'intervenuta aggiudicazione) può essere incrementato, al massimo, di dieci giorni (fermo restando, beninteso, che se la P.A. rifiuta illegittimamente di consentire l'accesso, il termine non inizia a decorrere; gli atti non visionati non si consolidano ed il potere di impugnare, dell'interessato pregiudicato da tale condotta amministrativa, non si 'consuma')" (così, testualmente, Cons. Stato Sez. III, 21 marzo 2016 n. 1143).

8.3 - A questo punto resta da aggiungere soltanto che:

- contrariamente a quanto sostenuto dal primo giudice, non vi è alcuna prova della piena conoscenza da parte della società appellante delle caratteristiche dell'offerta tecnica proposta dall'aggiudicataria prima dell'accesso agli atti;
- la mancata produzione dell'offerta tecnica unitamente alla comunicazione ex art. 79 del D.Lgs. 163/06 rende irrilevante l'omessa cognizione di quest'ultima il giorno stesso della comunicazione, in quanto la società ricorrente avrebbe avuto comunque necessità di acquisire gli atti prima di proporre l'impugnativa;
- la società è stata diligente nella formulazione dell'istanza di accesso, tanto che ha proposto il ricorso introduttivo nel termine massimo di quaranta giorni, non potendosi pretendere che chiedesse

l'esibizione degli atti dell'altra concorrente dopo l'aggiudicazione provvisoria in quanto in quella fase non si era ancora consolidata la sua posizione.

8.4 - La statuizione del primo giudice che ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso di primo grado deve essere quindi riformata.

9. - Tenuto conto che il ricorso di primo grado era ammissibile, devono essere esaminati i motivi di ricorso di primo grado ritualmente riproposti in appello ai sensi dell'art. 101 c. 2 c.p.a.

9.1 - Con il primo motivo del ricorso di primo grado la società appellante ha denunciato la violazione della *lex specialis* di gara, ed in particolare le prescrizioni del capitolato tecnico e degli artt. 9 e 31 del disciplinare di gara.

Secondo la società Gambro, ora Baxter, l'offerta dell'aggiudicataria sarebbe stata inammissibile perché non avrebbe rispettato la prescrizione contenuta nel capitolato tecnico (pag. 10), concernente la quantità di 30 litri di soluzione infusioneale con citrato necessaria per lo svolgimento del trattamento dialitico.

La società aggiudicataria, infatti, avrebbe offerto un volume di soluzione infusioneale con citrato pari a soli 6 litri (quattro sacche di 1,5 litri ciascuna) identificata come dose giornaliera per lo svolgimento del relativo trattamento.

Quindi:

- la quantità di soluzioni depuranti per componente convettiva per trattamento sarebbe stata inferiore a quella prescritta (6 litri anziché 30 litri);
- la quantità complessiva delle soluzioni depuranti per trattamento sarebbe stata inferiore a quella prescritta (60 litri, dei quali 30 litri di soluzione con citrato + 30 litri di soluzione con dialisato senza calcio).

Ha poi precisato che la prescrizione di un determinato volume di soluzione infusioneale contenente citrato assolve ad una duplice funzione:

- quella di anticoagulare il circuito di dialisi;
- quella di depurare per componente convettiva.

Quindi non potrebbe ritenersi equivalente un trattamento che utilizza solo 36 litri di liquidi depurativi rispetto ad un trattamento che ne usi 60 litri.

Il giudizio di equivalenza reso dalla stazione appaltante riguarderebbe esclusivamente la capacità di anticoagulazione ma non garantirebbe analoga capacità depurante del trattamento.

Inoltre, il minor prezzo offerto – che le ha consentito di conseguire il massimo punteggio – si spiegherebbe proprio in relazione alla minore quantità di citrato offerto.

9.2 - La censura non può essere condivisa.

In sede di valutazione tecnica (cfr. verbali del 20 gennaio e del 10 febbraio 2015) la Commissione giudicatrice ha analizzato l'offerta della società Fresenius su questo specifico punto, richiedendo chiarimenti al fine di esprimere il proprio giudizio sull'equivalenza – ai sensi dell'art. 68 del D.Lgs. 163/06 – tra quanto offerto dalla concorrente quanto previsto nel capitolato tecnico.

Dopo il necessario approfondimento, la Commissione ha stabilito che: "in base alla documentazione tecnica e alla risposta alla richiesta di chiarimenti, il modello offerto possiede i requisiti di minima richiesta, in particolare è stata considerata equivalente la strategia di anticoagulazione regionale adottata, dal punto di vista dell'efficacia anticoagulativa".

Con valutazione tecnico discrezionale, sindacabile solo per vizi estrinseci che non appaiono sussistere, la Commissione ha ritenuto l'offerta tecnica della società Fresenius equivalente - ai sensi dell'art. 68 del codice degli appalti -, a quanto stabilito nel capitolato tecnico.

Le censure proposte dall'appellante non riescono, infatti, a scalfire le valutazioni dell'Amministrazione, anche alla luce dei chiarimenti e delle precisazioni rese negli scritti difensivi dell'aggiudicataria:

l'utilizzazione di una più elevata concentrazione dello stesso principio consente, infatti, l'utilizzazione di una quantità inferiore di soluzione da infondere, in modo direttamente proporzionale rispetto alla concentrazione del principio attivo, senza che ciò comporti una differente efficacia del trattamento.

9.3 - La controinteressata, per fornire una migliore dimostrazione esplicativa, ha riportato nella memoria del 7 marzo 2016 (cfr. pagg. 7 e 8) gli specifici conteggi diretti a dimostrare l'invarianza degli effetti del trattamento a seconda della metodica utilizzata, precisando che ciò che rileva, non è la quota di concentrazione di sodio citrato nella soluzione, ma i valori di citratemia pre-filtro (intorno a 3 mMol/L) tali da consentire l'anticoagulazione regionale con citrato, e che su questi dati numerici la Commissione ha ritenuto l'equivalenza tra i due trattamenti.

9.4 - Quanto all'efficacia depurativa, correttamente la società Fresenius ha precisato che nel capitolato

tecnico non veniva specificato quale fosse la quota di trattamento e di depurazione minima richiesta, e comunque il giudizio di equivalenza reso dalla Commissione si riferisce a qualunque aspetto, ivi compreso quello relativo all'efficacia depurativa del trattamento.

9.5 - Infine, la tesi della società appellante secondo cui il maggior punteggio conseguito per l'offerta economica deriverebbe dalla minor quantità di litri di soluzione con citrato offerta, non risulta suffragata da alcun elemento di prova, tenuto conto che – presumibilmente – ad una maggiore concentrazione della sostanza corrisponde proporzionalmente un maggiore costo.

9.6 - La censura deve essere dunque respinta.

10. - Con il secondo motivo di ricorso, la società Baxter ha eccepito che i kit offerti dall'aggiudicataria non consentirebbero il trattamento con metodica con citrato con filtri per pazienti pediatrici, in violazione di quanto previsto dal punto A.1.8 del capitolato tecnico.

10.1 - La controparte ha replicato che il capitolato fa riferimento ai filtri e non ai kit pediatrici, e la stazione appaltante ha rilevato che il kit da essa presentato è del tutto compatibile per il trattamento pediatrico. Ha poi precisato che il volume ematico dei filtri non costituiva elemento minimo, ma era valutabile ai fini dell'attribuzione del punteggio.

Ha infine confutato – in fatto – quanto sostenuto del ricorso in appello a pag. 17 con riferimento all'impossibilità di trattamento per i pazienti pediatrici con metodica CVVHDF depositando la scheda di prodotto (doc. n. 7).

10.2 - Le affermazioni rese dalla aggiudicataria sono condivisibili in quanto trovano riscontro nella documentazione prodotta in giudizio.

La censura deve essere pertanto respinta.

11. - Con il terzo motivo di ricorso la società Baxter ha dedotto la violazione degli artt. 9 e 31 del disciplinare di gara e del capitolato tecnico punto A.1.9., rilevando che l'offerta della aggiudicataria non era rispondente al requisito ivi previsto, in quanto "per il suddetto parametro di CUT-OFF in nessun documento dell'offerta tecnica di Fresenius viene riportato il valore richiesto (non inferiore cioè a 45 kDalton)"; nella scheda tecnica del kit CI-CA CVVHD Emic2 viene indicata una capacità di CUT-OFF di 40 kDalton e lo stesso viene indicato nella scheda tecnica del filtro Ultrafix Emic2.

11.1 - La censura non può essere condivisa.

Correttamente la difesa dell'aggiudicataria ha rilevato che la previsione di cui al punto A.1.9 del Capitolato riguarda la capacità di rimozione di molecole con peso molecolare fino a 45-50 kDalton, ma non definisce affatto questo valore come cut-off della membrana, cioè quella soglia alla quale la capacità di rimozione è inferiore al 10%; la sua offerta – che consente la rimozione anche di molecole di peso elevato quali l'albumina, è stata correttamente ritenuta dalla Commissione giudicatrice rispondente alle specifiche tecniche previste dalla lex specialis di gara.

12. - L'appello va dunque respinto e, per l'effetto, la sentenza di primo grado deve essere confermata, sebbene con diversa motivazione, ed il ricorso di primo grado deve essere respinto.

13. - Tenuto conto della complessità delle questioni tecniche trattate sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese del secondo grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello RG 867 del 2016 e, per l'effetto, conferma con differente motivazione la sentenza n. 74 del 2016 del T.A.R. per l'Emilia Romagna, sede di Bologna, e respinge il ricorso di primo grado RG 971 del 2015.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2016 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/07/2016

REPUBBLICA ITALIANA
Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
(Sezione Quarta)

Il Presidente

ha pronunciato il presente

DECRETO

Nel giudizio introdotto con il ricorso 1656/2016, proposto da S.I.R. - Sistemi Italiani Ristorazione S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, assistita e difesa dagli avvocati Linzola e Platania, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, via Hoepli, 3;

contro

Azienda Speciale Multiservizi di Muggiò, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

nei confronti di

Sodexo Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, assistita e difesa dagli avv. ti Boifava e Salatino, con domicilio presso la sede del T.A.R. Milano, ex art. 25 c.p.a.;

per l'annullamento,

previa sospensione cautelare,

1) della determinazione 29 giugno 2016, n°40 con la quale è stato aggiudicato in via definitiva a Sodexo Italia S.p.A. il servizio di ristorazione scolastica per il periodo dal 1° settembre 2016 al 31 agosto 2021;

2) dei verbali di gara quanto alla valutazione delle derrate migliorative offerte dai concorrenti;

3), in via di subordine, di tutti i verbali di gara riguardanti la valutazione delle offerte tecniche;

nonché di ogni altro atto presupposto, consequenziale o comunque connesso,

e per l'accertamento

dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra l'Azienda Speciale Multiservizi di Muggiò e la ditta aggiudicataria e del diritto della ricorrente SIR al subentro nel contratto,

e per il risarcimento

di tutti i danni patiti e patienti cagionati dagli atti gravati, anche in forma specifica ai sensi dell'art. 124 cod. proc. amm, riservandosi la facoltà di esatta quantificazione in corso di causa e comunque nella misura non inferiore ad € 100.000,00 D nella minore o maggiore- somma che risulterà in corso di pausa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

vista l'istanza di abbreviazione termini, depositata dalla ricorrente il 22 luglio 2016;

Considerato che sia l'art. 11 comma 10 *ter* del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, sia l'art. 32, XI comma, del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, dispongono che, se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che, entro tale termine, intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare *ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva*;

che, in relazione all'ultima parte della disposizione, si deve senz'altro affermare che il divieto di stipulazione travalica il limite dei venti giorni, ove ciò dipenda dai tempi occorrenti per emettere la pronuncia giurisdizionale: ciò che, secondo i termini ordinariamente stabiliti dal codice di rito, e il calendario fissato per le udienze presso questa Sezione per l'anno 2016, si potrà verificare soltanto dopo l'udienza camerale del 13 settembre 2016;

che, pertanto, non si ravvisano i presupposti per autorizzare la richiesta riduzione dei termini per la discussione dell'istanza cautelare proposta, per di più limitando il regolare contraddittorio tra le parti;

P.Q.M.

Respinge l'istanza di abbreviazione dei termini in premesse, e fissa sin d'ora per la discussione dell'incidente cautelare la camera di consiglio del 13 settembre 2016.

Il presente decreto sarà eseguito dall'Amministrazione ed è depositato presso la Segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Milano addì 22 luglio 2016.

N. 00358/2016 REG.PROV.COLL.

N. 00421/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex articolo 71 bis Cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 421 del 2015, proposto da:

M.P.M. S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Claudio De Portu, elettivamente domiciliata presso la Segreteria Generale del T.A.R., in Trieste, piazza Unità d'Italia n. 7;

contro

Autovie Venete S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Nicola Marcone, con domicilio eletto presso n. studio dell'avv. Orio De Marchi, in Trieste, Via Fabio Severo 20;

nei confronti di

PBS S.r.l., non costituita;

Sitta S.r.l., non costituita;

SI.SE. Sistemi Segnaletici S.r.l., non costituita;

ANAC - Autorità Nazionale Anticorruzione, non costituita;

per la condanna

della parte resistente al risarcimento del danno ingiustamente patito dalla ricorrente in conseguenza della aggiudicazione a favore delle controinteressate della "procedura aperta per lavori di riqualificazione delle barriere di sicurezza autostradali bordo ponte su manufatti", giusta provvedimento prot. n. U/6887 del 24.02.2015, previa accertamento dell'illegittimità di detta aggiudicazione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autovie Venete S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'articolo 71 bis Cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 giugno 2016 la dott.ssa Alessandra Tagliasacchi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1. La società Autovie Venete S.p.A. indiceva la procedura aperta per l'aggiudicazione, con il criterio del prezzo più basso, dell'appalto dei lavori di riqualificazione delle barriere di sicurezza autostradali bordo ponte su manufatto nel tratto della A28 ricompreso nel territorio della Provincia di Pordenone.

1.2. All'esito della gara l'appalto era aggiudicato al costituendo R.T.I. tra la società PBS S.r.l. quale mandataria e le società Sitta S.r.l. e Si.Se. Sistemi Segnaletici S.r.l. quali mandanti (nel prosieguo, RTI PBS). Al secondo posto si classificava la società M.P.M. S.r.l..

1.3. Al fine di integrare i prescritti requisiti di qualificazione per partecipare alla gara, la società PBS S.r.l. stipulava un contratto di avvalimento con l'impresa Bonato Eugenio.

2.1. Sennonché, ritenendo viziato il suddetto avvalimento, per mancanza della dichiarazione di cui all'articolo 49, comma 2, lettera a), D.Lgs. n. **163/2006**, la società seconda graduata sollecitava la stazione appaltante all'autotutela, con informativa inviata ai sensi dell'articolo 243 bis del medesimo Codice dei contratti pubblici.

2.2.1. Respinta da Autovie Venete S.p.A. la richiesta di autotutela, la società M.P.M. S.r.l. attivava allora l'intervento di ANAC in funzione precontenziosa.

2.2.2. L'Autorità di Vigilanza non apriva il procedimento, ritenendo che la questione potesse essere risolta sulla base dei propri precedenti, nei quali aveva sempre ribadito l'essenzialità della allegazione alla domanda di partecipazione alla gara della dichiarazione in questione, l'insanabilità dell'eventuale mancanza della suddetta dichiarazione (nemmeno ricorrendo al soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante), e l'inevitabilità della sanzione espulsiva a carico del concorrente che avesse ommesso la dichiarazione medesima.

2.2.3. La stazione appaltante non condivideva, tuttavia, le conclusioni di ANAC e, infatti, stipulava il contratto di appalto di cui si discute con il RTI PBS: il contratto era eseguito.

3.1. Adiva, pertanto, M.P.M. S.r.l. questo Tribunale, affinché, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 30 Cod. proc. amm., previo accertamento dell'illegittimità dell'aggiudicazione a favore del RTI controinteressato, Autovie Venete S.p.A. venisse condannata a risarcirgli il danno patito quale conseguenza della decisione assunta.

3.2. Il nocumento patito era quantificato in complessivi Euro 442.577,82, a titolo di lucro cessante (rappresentato dal mancato utile atteso dall'esecuzione dell'appalto), di danno curriculare e all'immagine (nell'assunto che l'esecuzione dell'appalto avrebbe reso la società ricorrente più competitiva sul mercato), e di danno emergente (costituito sia dalla spese sostenute per partecipare alla gara, sia dal fermo degli automezzi), oltre a rivalutazione monetaria e interessi legali dalla stipula del contratto con il RTI PBS alla liquidazione del danno.

4.1. Si costituiva in giudizio la società Autovie Venete S.p.A., dapprima con costituzione formale e poi con memoria difensiva, contestando la prospettazione avversaria e concludendo per la reiezione delle domande tutte formulate dalla ricorrente.

4.2. Preliminarmente, parte resistente eccepeva l'irricevibilità del ricorso per essere stato notificato oltre il termine di centoventi giorni, fissato dall'articolo 30, comma 3, Cod. proc. amm., e decorrente dalla comunicazione ex articolo 79, comma 5, D.Lgs. n. **163/2006** di avvenuta aggiudicazione definitiva dell'appalto de quo, ovvero, al più dalla data in cui la ricorrente ha esercitato l'accesso agli atti della procedura di gara.

4.3.1. Nel merito, la difesa della stazione appaltante difendeva la legittimità della scelta di non escludere dalla gara il RTI controinteressato, alla luce di una lettura sostanzialistica dell'articolo 49, comma 2, lettera a), D.Lgs. n. **163/2006**.

4.3.2. Con riguardo alla pretesa risarcitoria, poi, la società Autovie Venete S.p.A., ne contestava sia l'an, che il quantum; in subordine, sosteneva che il danno avrebbe potuto essere evitato, ove la ricorrente avesse tempestivamente impugnato l'aggiudicazione dell'appalto de quo, sicché, giusta quanto dispone l'articolo 30, comma 3, Codice di rito, nulla le sarebbe dovuto.

5. Non costituivano, invece, in giudizio gli altri soggetti, tutti compiutamente indicati in epigrafe, pure evocati dalla società M.P.M. S.r.l..

6.1. A fronte della domanda di prelievo depositata dalla società ricorrente, il Presidente del Tribunale fissava, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 71 bis Cod. proc. amm., la camera di consiglio del 22 giugno 2016, in vista della quale le parti costituite argomentavano le rispettive tesi con ulteriori scritti difensivi.

6.2. In sede camerale, il Collegio, ritenendo sussistenti i presupposti per una decisione in forma semplificata, introitava la causa.

7.1. Risulta, invero, fondata l'eccezione di irricevibilità del ricorso.

7.2.1. Il dies a quo del termine di centoventi giorni fissato dall'articolo 30, comma 3, Cod. proc. amm. per l'esercizio dell'azione risarcitoria è nel caso di specie da individuarsi nella ricezione da parte della società ricorrente della comunicazione della stazione appaltante ex articolo 79, comma 5, lettera a), D.Lgs. n. 163/2006 di avvenuta aggiudicazione definitiva dell'appalto in questione al RTI controinteressato.

7.2.2. Da quella data, infatti, M.P.M. S.r.l. ha avuto contezza della lesione al proprio interesse a conseguire il bene della vita rappresentato dall'esecuzione del contratto de quo.

E che sia il provvedimento di aggiudicazione definitiva al RTI PBS ad aver arrecato il nocumento di cui oggi si chiede il risarcimento è conclusione che non può essere contestata, considerato che la successiva stipulazione del contratto, in assenza di altri elementi ostativi, consegue necessariamente a quella aggiudicazione.

Non a caso, del resto, parte ricorrente chiede che la statuizione di condanna di Autovie Venete S.p.A. al risarcimento del danno sia pronunciata, previo accertamento dell'illegittimità dell'aggiudicazione medesima.

7.2.3. Orbene, rispetto alla ricezione di quella comunicazione (avvenuta per stessa ammissione della ricorrente in data 25 febbraio 2015), il ricorso introduttivo del presente giudizio, notificato (rispetto a M.P.M. S.r.l.) il 30 ottobre 2015, è irrimediabilmente tardivo.

7.3. Né può ritenersi sospeso il suvvisto termine di esercizio dell'azione risarcitoria dalla attivazione da parte dell'interessata della procedura volta alla pronuncia di un parere sulla questione controversa da parte dell'ANAC.

Invero, in assenza di specifica previsione normativa in tal senso, il termine perentorio per il ricorso ai rimedi di ordine giudiziale continua a decorrere, pur in pendenza del procedimento – sicuramente privo di valenza giurisdizionale - avanti l'Autorità di vigilanza del settore (cfr., T.A.R. Molise, sentenza n. 711/2013; T.A.R. Abruzzo – Pescara, sentenza n. 102/2014).

7.4. E', altresì, da escludersi che possa avere efficacia sospensiva del termine di esercizio dell'azione risarcitoria la volontà manifestata dalla società Autovie Venete S.p.A. di attendere il parere di ANAC. Tale autovincolo è stato valorizzato dalla ricorrente quale sorta di stand still spontaneo.

Va, infatti, considerato che il comma 3 dell'articolo 30 del Cod. proc. amm. qualifica espressamente il termine in questione come un termine di decadenza: come tale, esso è, pertanto, disciplinato dagli articoli 2964 e ss. Cod. civ..

Orbene, trattandosi di materia (quella dell'attivazione delle azioni giudiziali) sottratta alla disponibilità delle parti (come dimostra la rilevanza d'ufficio della irricevibilità del ricorso promosso avanti al Giudice amministrativo), la decadenza può essere impedita esclusivamente dall'esercizio del diritto (in questo caso, di difesa), senza possibilità di interruzione o sospensione della decorrenza del termine, nemmeno con il riconoscimento del diritto medesimo da parte del soggetto contro il quale viene esercitato.

8.1. Infine, non sono condivisibili i dubbi di compatibilità, sia costituzionale, che eurounitaria, avanzati in subordine dalla difesa di parte ricorrente con riguardo alla previsione normativa di un termine decadenziale di centoventi giorni per l'attivazione del rimedio risarcitorio nei confronti della pubblica Amministrazione.

8.2. Questo Giudice non ignora certo che altri Tribunali abbiano ritenuto non manifestamente infondati siffatti dubbi, investendo della questione la Consulta (segnatamente, T.A.R. Piemonte, Sez. II[^], ordinanza n. 1747/2015).

8.3. Tuttavia, a parere di questo Giudice, nell'ampia libertà di scelta che connota il potere del legislatore di regolamentare le modalità - anche temporali - di esercizio del diritto di difesa, la fissazione di un termine di centoventi giorni (vale a dire doppio rispetto a quello ordinario per l'avvio dell'azione caducatoria) non appare né irragionevole, né tale da precludere o rendere estremamente difficile l'effettività della tutela.

Parimenti, non pare ingiustamente discriminatoria la scelta di ancorare a limiti temporali diversi da quelli comuni, il rimedio risarcitorio avverso l'attività provvedimentale della pubblica Amministrazione. Sicché, in definitiva, allo stato non appaiono fondate le cennate violazioni della Carta costituzionale e del diritto eurounitario.

9. In conclusione, il ricorso è irricevibile.

Nondimeno, tenuto conto della condotta procedimentale della stazione appaltante, che può aver indotto la società ricorrente a confidare nel rispetto del pronunciamento di ANAC, il Collegio ritiene di compensare integralmente tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara irricevibile.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

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

Umberto Zuballi, Presidente

Manuela Sinigoi, Primo Referendario

Alessandra Tagliasacchi, Referendario, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/07/2016

N. 01216/2016 REG.PROV.COLL.

N. 02007/2015 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 2007 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Pieralisi Maip S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alberto Maria Bruni (C.F. BRNLRT51C17D612G) e Andrea Galvani (C.F. GLVNDR61P25A271P), con domicilio eletto presso lo studio del primo in Firenze, via Lamarmora 14;

contro

Acquedotto del Fiora S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberta Daviddi (C.F. DVDRRT67P61E202U), Francesca Vadi (C.F. VDAFNC80A50D612N) e Denis De Sanctis (C.F. DSNDNS72R13F839N), con domicilio eletto presso lo Studio Mariani, Menaldi & Ass. in Firenze, via La Marmora 53;

Ministero dell'Economia e delle Finanze, Segretario Generale T.A.R. Toscana;

nei confronti di

Flottweg S.E., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Nicola Marcone (C.F. MRCNCL59P21H501M), Gianluca Moretti (C.F. MRTGLC77H28D612R) ed Elena Battocchi (C.F. BTTLNE80C65C745R), con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Paolini in Firenze, via F. Puccinotti 30;

per l'annullamento

- del provvedimento del 16.11.2015 prot. n. 36055 con il quale l'Acquedotto Del Fiora ha disposto e comunicato l'esclusione della Societa' Pieralisi Maip S.p.A. dalla procedura di gara per la fornitura di apparecchiature per la realizzazione di una nuova sezione di disidratazione fanghi con centrifuga presso il depuratore San Giovanni (Comune di Grosseto), di Campo Cangino (Comune di Follonica), di Ponte a Tressa (Comune di Siena) e Le Tolfe (Comune di Siena);- del verbale di gara della seduta del 3.11.2015 n. 4 con la quale la Commissione ha deciso di procedere all'esclusione della ricorrente;- del verbale di gara n. 7 del 13.11.2015 nella parte in cui la Commissione ha aggiudicato la fornitura in oggetto alla Soc. Flottweg A.G.;- della nota dell'1.12.2015 prt. n. 37921 con la quale l'Acquedotto del Fiora ha comunicato alla ricorrente l'aggiudicazione definitiva della procedura in oggetto alla Impresa Flottweg S.E. con sede in Germania e della nota dell'1.12.2015 prot. n. 37922 alla Flottweg SE con oggetto "comunicazione aggiudicazione definitiva e richiesta documenti"; - della determinazione del 26.11.2015 (non conosciuta) di aggiudicazione definitiva a detta Societa';- dei verbali di gara in parte qua, ed in particolare del verbale di gara dell'8.10.2015, con il quale si e' deciso di sottoporre a verifica di anomalia l'offerta della ricorrente Societa' Pieralisi Maip e del verbale del 27.10.2015 con il quale si e' dichiarata l'offerta della Pieralisi Maip S.p.A. non congrua, convocando la ricorrente per l'audizione;- del verbale relativo alla seduta di audizione del 3.11.2015 in parte qua e per quanto occorrer possa,- delle note dell'Acquedotto Del Fiora del 9.12.2015 prot. n. 31011 e del 28.10.2015 prot. n. 33802 con le quali la Stazione Appaltante ha chiesto giustificativi alla ricorrente per quanto attiene l'offerta economica presentata;
nonche'di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti e per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra le parti.

Visti i motivi aggiunti depositati in data 25.01.2016, per l'annullamento della nota del 18.12.2015 prot. n. 39680, con la quale l'Acquedotto del Fiora ha risposto alla comunicazione ex art. 243 bis D.Lvo **163/2006**, respingendo la richiesta di autotutela e confermando l'intervenuta esclusione della ricorrente dalla procedura di gara per la realizzazione di una nuova sezione di disidratazione fanghi con centrifuga presso il depuratore San Giovanni (Comune di Grosseto), di Campo Cangino (Comune di Follonica), di Ponte a Tressa (Comune di Siena) e Le Tolfe (Comune di Siena);- del verbale n. 8 dell'11.01.2016 con la quale la Commissione di gara ha sottoposto a nuova valutazione l'offerta della Società Perialisi Maip S.p.A., confermandone l'esclusione;- della nota dell'Acquedotto del Fiora del 12.01.2016 prot. n. 00756 con la quale e' stato trasmesso il sopra citato verbale della Commissione di gara.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della stazione appaltante Acquedotto del Fiora S.p.a. e della controinteressata Flottweg S.E.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 maggio 2016 il dott. Pierpaolo Grauso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente Perialisi Maip S.p.a. ha partecipato alla procedura negoziata indetta dalla Acquedotto del Fiora S.p.a., società mista titolare della gestione del servizio idrico integrato nell'ambito della Conferenza territoriale n. 6 "Ombrone", per la fornitura delle apparecchiature – e relativo servizio di manutenzione ordinaria – occorrenti per la realizzazione di nuove sezioni di disidratazione fanghi con centrifuga presso i depuratori di san Giovanni (Grosseto), Campo Cangino (Follonica), Ponte a Tressa e Le Tolfe (Siena).

L'offerta presentata dalla società ricorrente, risultata la migliore, è stata sottoposta a verifica di anomalia unitamente a quella della seconda classificata Huber Technology.

All'esito della richiesta di giustificativi e dell'audizione personale del direttore generale della Perialisi Maip, con atto del 3 novembre 2015 quest'ultima è stata esclusa dalla procedura; e analogamente la stazione appaltante ha disposto nei confronti della seconda classificata, di modo che, per atto del 1 dicembre 2015, la fornitura è stata aggiudicata alla concorrente Flottweg S.E..

1.1. L'esclusione e l'aggiudicazione sono state impugnate dinanzi a questo T.A.R. dalla Perialisi Maip, che ne chiede l'annullamento sulla scorta di un unico, articolato motivo in diritto.

Con decreto presidenziale del 28 dicembre 2015, il tribunale ha ordinato alla stazione appaltante di procedere all'immediata rivalutazione dell'offerta presentata dalla società ricorrente.

Il risultato del riesame, operato dalla commissione di gara nella seduta dell'11 gennaio 2016 e nuovamente sfavorevole alla ricorrente, è stato a sua volta impugnato con motivi aggiunti, rivolti altresì nei confronti del diniego di autotutela pronunciato dalla Acquedotto del Fiora, a ciò sollecitata a norma dell'art. 243-*bis* D.Lgs. n. **163/2006**.

1.2. Costituitesi in giudizio la stazione appaltante e la controinteressata, nella camera di consiglio del 27 gennaio 2016 il collegio ha respinto la domanda cautelare formulata con l'atto introduttivo del giudizio e reiterata con i motivi aggiunti.

La causa è stata quindi discussa e trattenuta per la decisione di merito nella pubblica udienza del 18 maggio 2016, preceduta dal deposito di documenti, memorie difensive e repliche.

2. In via pregiudiziale, deve darsi atto che la controinteressata Flottweg S.E. ha provveduto a regolarizzare la propria costituzione in giudizio mediante il deposito, a margine dell'atto di conferma di costituzione del 13 maggio 2016, di nuova e rituale procura alle liti, risultandone in tal modo sanati *ex tunc* i vizi della procura originaria, le cui sottoscrizioni erano state autenticate all'estero dal difensore italiano della controinteressata (art. 182 co. 2 c.p.c., applicabile al processo amministrativo in virtù del rinvio esterno contenuto nell'art. 39 co. 1 c.p.a.).

3. Nel merito, la verifica di anomalia dell'offerta della ricorrente Perialisi Maip è stata condotta dalla stazione appaltante attraverso una prima richiesta di giustificativi del 9 ottobre 2015, avente ad oggetto

in particolare il prezzo della manutenzione, indicato dalla concorrente in un importo compreso tra 0,00 e 0,01 euro.

Ritenute insufficienti le giustificazioni ricevute, con nota del 28 ottobre 2015 la Acquedotto del Flora S.p.a. ha convocato la prima classificata per un'audizione, tenutasi il 3 novembre successivo, all'esito della quale la commissione di gara ha concluso per l'anomalia dell'offerta sulla base di cinque rilievi, tutti inerenti il costo della manutenzione ordinaria: totale mancanza di analisi delle spese e dei costi per lo svolgimento del servizio di manutenzione ordinaria bimestrale; mancata indicazione del tempo medio stimato per il controllo del singolo impianto; mancata indicazione circa il personale impiegato per lo svolgimento del servizio e relativo costo orario; mancata indicazione dei costi medi vivi di supporto alle operazioni di manutenzione; mancata o comunque inadeguata indicazione dei costi per la sicurezza aziendali.

Nella seduta dell'11 gennaio 2016, la commissione – riconvocata in ossequio a quanto disposto dal tribunale con il decreto presidenziale del 28 dicembre 2015 – ha confermato le conclusioni già esposte, aggiungendo come il contenuto dell'offerta dovesse ritenersi incerto alla luce dell'indicazione di costi per la sicurezza aziendale in misura pari all'1% del costo del personale, a fronte di un'offerta pari a zero.

3.1. Con le censure svolte nell'atto introduttivo, la società ricorrente lamenta la mancata valutazione dei giustificativi da essi forniti alla stazione appaltante, la quale avrebbe trascurato di valorizzare le specifiche condizioni di favore in cui essa ricorrente si troverebbe a operare. La metodologia aziendale applicata da Pieralisi Maip sarebbe infatti tale da ricomprendere i costi relativi all'organizzazione dei servizi di installazione, montaggio, collaudo e manutenzione ordinaria delle macchine nella quota dei costi fissi generali e industriali, secondo una scelta di calcolo a costo pieno delle macchine stesse (*Full Cost*); e si giustificerebbe in ragione della elevata quota di mercato posseduta dalla ricorrente, della elevata automatizzazione delle procedure di monitoraggio e autodiagnosi delle macchine prodotte, della scelta strategica di fornire un servizio altamente competitivo ai propri clienti industriali.

In definitiva, il costo delle attività di manutenzione ordinaria sarebbe già coperto dai costi generali e l'attività di manutenzione ordinaria costituirebbe una sorte di "dotazione" delle macchine fornite, da cui l'impossibilità di estrapolarne il costo specifico gravante sulla singola commessa.

Nei propri giustificativi, la ricorrente avrebbe peraltro puntualmente spiegato l'incidenza dei costi per il personale, descrivendone le differenti voci, così come nel calcolo del costo dei materiali impiegati si sarebbe tenuto conto del ridotto numero di ore di lavoro delle centrifughe e del fatto che tutti i materiali da impiegare nella manutenzione consisterebbero nei ricambi consumabili già incorporati quale prima dotazione della fornitura principale. Le macchine Pieralisi sarebbero infatti munite di dispositivi di lubrificazione automatica precaricati, e di un sistema di autodiagnostica a distanza che consentirebbe il continuo monitoraggio della macchina a costo zero.

Ancora, presso due dei quattro impianti destinatari della fornitura per cui è causa sarebbero da tempo operative analoghe macchine prodotte da Pieralisi, il che avrebbe permesso alla ricorrente di calibrare le esigenze della manutenzione con una specifica consapevolezza delle necessità del cliente; la presenza consolidata sul territorio di riferimento contribuirebbe a sua volta all'abbattimento del costo degli interventi di manutenzione, che verrebbero assorbiti da un programma di interventi già esistente e di più ampio respiro.

Anche i costi per la sicurezza sarebbero parimenti coperti e compresi nelle altre commesse che la ricorrente ha in corso. La stazione appaltante avrebbe pertanto errato nel limitare la valutazione di congruità dell'offerta al valore attribuito al costo della manutenzione ordinaria, anziché effettuare una valutazione complessiva alla luce delle indicazioni fornite dall'impresa in ordine alla propria politica aziendale, implicante il ricorso a economie di scala nella prestazione del servizio, a soluzioni tecniche innovative, a condizioni economiche eccezionalmente favorevoli; e questo a maggior ragione se si considera che la stazione appaltante ha ritenuto pienamente remunerativa la parte dell'offerta relativa alla fornitura dei macchinari.

Sostanzialmente sovrapponibili le censure dedotte con i motivi aggiunti depositati in corso di causa.

3.1. La prospettazione è infondata.

3.1.1. La resistente Acquedotto del Flora S.p.a. imputa alla ricorrente Pieralisi Maip di non aver adeguatamente giustificato la propria offerta relativamente al costo del servizio di manutenzione ordinaria, che costituisce uno dei due elementi di valutazione quantitativa indicati dal bando di gara ai fini dell'applicazione del criterio di selezione prescelto, quello dell'offerta economicamente più

vantaggiosa. L'altro elemento, cui la legge di gara attribuisce il maggior "peso" in termini di punteggio, è quello dell'importo della fornitura.

La tesi della ricorrente, la quale ha offerto per il servizio di manutenzione dei quattro impianti oggetto dell'appalto importi variabili da 0,00 a 0,01 euro, è che il costo della manutenzione dovrebbe considerarsi compreso nei costi fissi generali e industriali del proprio conto economico, secondo una scelta di calcolo a "costo pieno" delle macchine prodotte: in altri termini, il costo della manutenzione ordinaria costituirebbe una dotazione delle macchine, e non sarebbe possibile estrapolarne l'incidenza sulla singola fornitura.

Tale impostazione è plasticamente rappresentata nei giustificativi trasmessi alla stazione appaltante, ove Peralisi Maip, pur fornendo un'indicazione circa i costi unitari del personale tecnico (21,3 euro/h; 5,29 euro a pasto), degli automezzi per le trasferte (0,30 euro/km), delle attrezzature (500,00 euro), e pur quantificando i costi della sicurezza aziendale nella misura dell'1% dei costi del personale, nondimeno indica per il servizio di manutenzione un costo pari a zero proprio in ragione della strategia "Full Cost" applicata alla fornitura, oltre ad affermare che i costi della sicurezza aziendale sarebbero già coperti da altre commesse in essere.

Tale strategia è, tuttavia, incompatibile con il disciplinare di gara, che individua per l'appalto un oggetto composito, consistente nella fornitura delle macchine e nel servizio di manutenzione ordinaria delle stesse; e, correlativamente, prevede la presentazione di offerte riferite all'una e all'altra prestazione, le quali costituiscono elementi distinti dell'offerta suscettibili di autonoma valutazione, al punto che a ciascun elemento è attribuita una quota del punteggio complessivo attribuibile alle offerte (80/100 per l'importo della fornitura, 20/100 per l'importo del servizio di manutenzione).

Se così è, la scelta della ricorrente di imputare l'intero costo dell'appalto alla fornitura dei macchinari contrasta non solo con la lettera del disciplinare, ma anche con la sua *ratio*.

L'individuazione di elementi distinti dell'offerta, corrispondenti a prestazioni differenti, ancorché connesse o complementari, risponde all'esigenza della stazione appaltante di assicurarsi un'offerta che, se pure non sia la migliore possibile su entrambi i versanti, garantisca quantomeno la corretta esecuzione sia della fornitura, sia della manutenzione; e una garanzia siffatta richiede, evidentemente, che nessuna delle prestazioni venga resa in perdita dall'appaltatore.

La conclusione vale a maggior ragione nel caso in cui le prestazioni oggetto dell'appalto siano destinate a venire eseguite in tempi diversi e, come nel caso in esame, la composizione stessa dell'offerta evidenzia l'esistenza dell'utile d'impresa con riferimento alla sola prestazione a esecuzione immediata (la fornitura), e non anche a quella a esecuzione differita (la manutenzione ordinaria).

Questo non significa che l'offerta della Peralisi Maip, per come formulata, avrebbe dovuto necessariamente essere esclusa *in limine* dalla gara, ma che, in sede di giustificazioni, la ricorrente avrebbe dovuto dimostrare in maniera attendibile che nel prezzo della fornitura era compresa, e in quale misura, la quota di prezzo dell'espletando servizio di manutenzione ordinaria, proprio per consentire alla stazione appaltante di verificare la complessiva remuneratività di un'offerta che, traducendosi di fatto in una sorta di anticipazione del prezzo delle prestazioni manutentive, richiedeva una valutazione di particolare prudenza (per una fattispecie analoga alla presente, cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2016, n. 1652).

Di contro, la prova dell'attendibilità della propria offerta non è stata adeguatamente fornita dall'interessata, la quale sostiene che il costo dei servizi di installazione, montaggio, collaudo e manutenzione ordinaria delle macchine da essa fornite sarebbe compreso nella quota dei propri costi fissi generali e industriali, ma non fornisce alcun riscontro oggettivo dell'affermazione, né indica l'entità della quota di incidenza della manutenzione rispetto ai costi generali.

Né appare verosimile l'ulteriore affermazione, secondo cui non sarebbe possibile estrapolare l'incidenza della singola commessa su tali costi, atteso che – a partire dai dati conosciuti ed esposti nelle giustificazioni (costo orario del personale e numero di ore annue mediamente lavorate da ciascun dipendente; costo delle attrezzature e delle trasferte; costo complessivo della struttura italiana impegnata nelle attività di manutenzione; dotazioni di uomini e mezzi della struttura locale di Sambuca in Val di Pesa) – la ricorrente avrebbe potuto e dovuto ricavare un importo indicativo del costo della manutenzione, corrispondente quantomeno al costo del personale impiegato in ragione del numero di ore annue previste per la manutenzione di ciascun impianto, maggiorato delle spese vive e del costo dei materiali di consumo (ivi compresi quelli forniti con le macchine), il tutto poi proporzionalmente ridotto in ragione delle alleggate economie di scala. Questo avrebbe permesso alla stazione appaltante di verificare in via quantomeno presuntiva l'incidenza dei costi della manutenzione sul complessivo

importo della fornitura e, comunque, di valutarne in senso assoluto la remuneratività, in funzione di controllo della effettiva convenienza e affidabilità della prestazione offerta.

Sostenere poi, da parte della ricorrente, che i costi per la sicurezza aziendale sarebbero ricompresi e coperti da altre commesse in essere equivale a negare l'autonomia delle prestazioni oggetto dell'appalto, che possono al più giovare di un'organizzazione aziendale particolarmente efficiente e, conseguentemente, presentare all'interno della complessiva attività dell'impresa un'incidenza ridotta, ma non per questo nulla. Si aggiunga che l'indicazione degli oneri della sicurezza costituisce un dato indefettibile, che il concorrente deve fornire alla stazione appaltante se non nell'offerta, perlomeno in fase di verifica di congruità dell'offerta stessa, allo scopo di consentire alla stazione appaltante di adempiere all'onere – sussistente anche al di fuori del procedimento di verifica delle offerte anomale – di verificare il rispetto di norme inderogabili a tutela dei fondamentali interessi dei lavoratori in relazione all'entità ed alle caratteristiche del servizio (per tutte, cfr. Cons. Stato, sez. III, 28 settembre 2015, n. 4537).

Per le medesime ragioni è doverosa, del resto, anche l'indicazione del costo del lavoro.

Ne discende, come già anticipato in sede cautelare, un'intollerabile opacità dell'offerta, inverificabile e perciò non conforme ai superiori principi di trasparenza e parità di trattamento, dinanzi ai quali sono recessive le ragioni di politica aziendale manifestate dalla ricorrente. Viene altresì in considerazione il principio di concorrenza, giacché la verifica di anomalia presiede anche all'esigenza di evitare che le imprese *leader*, maggiormente strutturate, quale l'odierna ricorrente afferma di essere, utilizzino la partecipazione alla gara d'appalto per alterare le corrette dinamiche del mercato acquisendo contratti anche in perdita.

Diversamente opinando, si finirebbe per consentire alla concorrente di formulare un'offerta pari a zero per il servizio di manutenzione, negando però alla stazione appaltante la possibilità di verificare che la proposta sia attendibile e sostenibile, e non sia stata piuttosto congegnata in modo strumentale al solo scopo di massimizzare il proprio punteggio attraverso l'utilizzo distorto delle regole di gara che riservano alla componente "prezzo della manutenzione ordinaria" una non irrisoria quota del punteggio totale.

4. In forza di tutto quanto precede, il ricorso e i connessi motivi aggiunti non possono trovare accoglimento.

4.1. La società ricorrente ha chiesto di essere esonerata dal pagamento del contributo unificato sui motivi aggiunti proposti in corso di causa, in ossequio alle indicazioni del giudice europeo (Corte di Giustizia UE, sez. V, 6 ottobre 2015, C-61/14).

La questione è tuttavia sottratta alla giurisdizione di questo tribunale, appartenendo a quella del giudice tributario in ragione della natura di entrata fiscale del contributo unificato (cfr. Cass. civ., SS.UU., 17 aprile 2012, n. 5994). Essa, in ogni caso, va innanzitutto rimessa in sede amministrativa alla Segreteria generale del T.A.R., per le determinazioni di competenza.

4.2. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso e i connessi motivi aggiunti e condanna la società ricorrente alla rifusione delle spese processuali, che liquida in euro 4.000,00, oltre agli accessori di legge, per ciascuna delle parti resistenti. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 18 maggio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere

Pierpaolo Grauso, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/07/2016

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2500 del 2016, proposto da:
Studio Associato IN.GE.NA., in proprio e quale capogruppo mandatario di costituendo r.t.i. con Geologia e Ambiente Studio Associato e Johann Kessler, titolare dello Studio Kessler Ingenieurbüro, appresentati e difesi dagli avvocati Herald Jörg Gamper e Luca Mazzeo, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via Giosué Borsi, 4;

contro

Comune di Marebbe, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Dieter Schramm e Patrizio Leozappa, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via Giovanni Antonelli, 15;

nei confronti di

Baukanzlei Sulzenbacher & Partner, in proprio e quale capogruppo mandatario di costituendo r.t.i. con Planbüro ARE e Alpinplan Dr. Stephan Pichler - Dr. Erwin Tötsch, tutti rappresentati e difesi dagli avvocati Manfred Schullian, Ulrike Oberhammer e Luigi Manzi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

per la riforma

della sentenza del T.R.G.A. - SEZIONE AUTONOMA DELLA PROVINCIA DI BOLZANO, n. 00078/2016, resa tra le parti e concernente: affidamento del servizio di redazione di piano delle zone di pericolo - risarcimento danni;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti appellate;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 9 giugno 2016, il Consigliere Bernhard Lageder e uditi, per le

parti, gli avvocati Mazzeo, Schramm, Leozappa e Manzi;

1. PREMESSO che la sentenza, a norma dell'art. 120, commi 11, 10 e 6, cod. proc. amm., va redatta in forma semplificata;

2. CONSIDERATO, in linea di fatto, che la presente controversia inerisce alla gara di appalto indetta dal Comune di Marebbe con bando spedito il 10 giugno 2015 nelle forme della gara telematica, avente ad oggetto l'affidamento del servizio di redazione del 'Piano delle zone di pericolo per il Comune di Marebbe', secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (a corpo e a prezzi unitari) al prezzo base di euro 194.300,00 (al netto dell'IVA), sfociata nell'aggiudicazione del servizio al r.t.i. capeggiato dallo studio Baukanzlei Sulzenbacher & Partner (d'ora in poi: r.t.i. Sulzenbacher), dopo che il r.t.i. capeggiato dallo Studio Associato IN.GE.NA. (d'ora in poi: r.t.i. IN.GE.NA.) con provvedimento della Commissione di gara del 14 agosto 2015 era stato escluso dalla procedura di evidenza pubblica con la testuale motivazione che «nell'offerta economica (Allegato C1) non sono indicati costi interni aziendali riguardanti la sicurezza afferente all'esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto» (v. verbale del 14 agosto 2015);

3. RILEVATO che, con la sentenza in epigrafe, il Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano, ha respinto il ricorso principale n. 198 del 2015, proposto dal r.t.i. IN.GE.NA. avverso l'atto di esclusione del ricorrente e l'aggiudicazione in favore del r.t.i. Sulzenbacher – dichiarando di conseguenza improcedibile il ricorso incidentale proposto da quest'ultimo in qualità di controinteressato, con il quale erano stati dedotti motivi escludenti nei confronti del ricorrente principale (per la mancata prestazione di regolare cauzione provvisoria e per l'omessa sottoscrizione della documentazione relativa alle referenze tecnico-professionali) –, sulla base dei seguenti rilievi:

- le pronunce dell'Adunanza Plenaria n. 3/2015 e n. 9/2015, sebbene relative ad appalti di lavori, muovono dal presupposto interpretativo secondo cui l'art. 87, comma 4, d.lgs. n. 163/2006 impone espressamente l'obbligo dell'indicazione degli oneri di sicurezza aziendali nell'offerta proprio per gli appalti di servizi e di forniture, con conseguente indubbio assoggettamento del settore degli appalti di servizi a tale obbligo;

- non è condivisibile la deduzione di parte ricorrente secondo cui, trattandosi di servizio di natura intellettuale, non sarebbero configurabili oneri di sicurezza c.d. interni o aziendali, in quanto sia nel capitolato d'oneri, sia nelle direttive per la redazione dei piani delle zone di pericolo emanate in attuazione dell'art. 22-bis l. prov. 11 agosto 1997, n. 13 (l. urb. prov.) con deliberazione della giunta provinciale n. 712/2012, sia infine nella stessa offerta presentata dal r.t.i. ricorrente, erano previsti sopralluoghi e rilievi sul campo nelle aree di pericolo, implicanti l'esposizione del personale incaricato a rischi specifici connessi a tale attività;

- non sono ravvisabili i presupposti per l'invio pregiudiziale alla Corte di Giustizia in relazione alle questioni di compatibilità comunitaria sollevate dalla ricorrente, rispettivamente per la sospensione del giudizio ai sensi dell'art. 79 cod. proc. amm. in attesa della soluzione di questione analoga già pendente dinanzi alla Corte e sollevata da vari organi di giustizia amministrativa;

4. RITENUTA l'infondatezza dell'appello principale proposto dall'originario ricorrente r.t.i. IN.GE.NA., sostanzialmente ripropositivo dei motivi di primo grado, seppur adattati all'impianto motivazionale dell'impugnata sentenza, per le seguenti ragioni:

- da un attento esame della lex specialis di gara – da individuarsi nella disciplina risultante dalla integrazione reciproca di bando e disciplinare, potendo anche il secondo, ove (come nella specie: v. pp. 4 e 5 del bando) richiamato dal primo, stabilire clausole di esclusione – emerge che la stessa prevedeva, a pena di esclusione, l'obbligo dell'indicazione degli oneri di sicurezza c.d. interni o aziendali;

- infatti, premesso che i concorrenti, ai sensi del disciplinare di gara (v. punto 2.5-bis e dell'ivi richiamato 74, comma 3, d.lgs. n. 163/2006) erano obbligati ad utilizzare i moduli predisposti dalla stazione appaltante (essendo l'offerta del prezzo determinata mediante prezzi unitari, per gli effetti della clausola di salvezza di cui al citato comma 3 dell'art. 74), e che per la presentazione di offerte incomplete era comminata espressamente l'esclusione dalla gara (v. comma 5 del punto 2.5-bis), si osserva che il r.t.i. IN.GE.NA. ha omesso di indicare, nell'apposito spazio all'uso riservato nel modulo, «L'importo dei costi interni aziendali riguardanti la sicurezza afferente all'esecuzione della prestazione oggetto del presente appalto (contenuti nei costi complessivi per l'intero periodo contrattuale)» (v. così, testualmente, l'allegato C1), così incorrendo nel vizio di incompletezza dell'offerta sanzionata con l'esclusione dalla gara;

- il punto 2., comma 3, del disciplinare di gara prescriveva la compilazione degli allegati messi a disposizione «form online», e il punto 2.5., comma 2, stabiliva che, per presentare l'offerta, il concorrente era tenuto a «compilare il form online, indicando quanto richiesto, al netto degli oneri per la sicurezza e dell'IVA», sicché non poteva sussistere dubbio alcuno circa la previsione, nella lex specialis, dell'obbligo dei concorrenti di specificare l'apposita voce degli oneri di sicurezza c.d. interni o aziendali, a pena di esclusione;

- inconferente è, al riguardo, la deduzione del r.t.i. appellante, secondo cui il bando in formato telematico, al punto II.2.1) rubricato «Importo dell'appalto», conteneva la previsione «Costi per la sicurezza (nel caso di appalto di lavori)», con il correlativo spazio rimasto non compilato, riferendosi, invero, tale previsione necessariamente ai soli oneri di sicurezza c.d. da interferenza (intesa come contatto rischioso tra il personale del committente e quello dell'appaltatore, oppure tra il personale di imprese diverse che operano nella stessa sede aziendale con contratti differenti), la cui indicazione compete alla stazione appaltante e non ai concorrenti (sulla differenza tra le due tipologie di oneri di sicurezza, v. Ad. Plen. n. 3/2015), ed i quali, secondo la previsione del bando-tipo per le gare telematiche utilizzata dalla stazione appaltante, dovevano essere indicati (dalla stazione appaltante) solo per gli appalti di lavori (sulla base di una valutazione senz'altro ragionevole, fondata sull'id quod plerumque accidit), mentre nella specie si versava in fattispecie di appalto di servizi per la quale, in concreto, non erano configurabili oneri di sicurezza c.d. da interferenza (i quali, dunque, del tutto coerentemente non sono stati indicati nel bando), con conseguente esclusione del paventato contrasto tra bando e disciplinare;

- la previsione della lex specialis circa la necessaria indicazione, nell'ambito dell'offerta economica, degli oneri di sicurezza c.d. interni o aziendali deve ritenersi conforme alla disciplina legislativa di cui al combinato disposto degli artt. 86, comma 3 bis, 87, comma 4, d.lgs. n. 163/2006 e 26, comma 6, d.lgs. n. 81/2008, la quale, espressamente riferita agli appalti di servizi e forniture, prescrive tale obbligo (v. Ad. Plen. n. 3/2015, che, nel statuire tale obbligo per gli appalti lavori, muove dal presupposto interpretativo della sua espressa previsione legislativa per il settore dei servizi e delle forniture, con conseguente manifesta infondatezza della tesi del r.t.i. appellante circa l'inapplicabilità di tale disciplina al settore degli appalti di servizi);

- pertanto, per un verso, la lex specialis era legittima e, per altro verso, sarebbe stato impossibile per la stazione appaltante attivare il soccorso istruttorio in quanto l'offerta era mancante di un elemento essenziale, pena altrimenti la violazione del principio della par condicio competitorum (v. Ad. Plen. n. 3/2015 e n. 9/2015);

- correttamente è stata respinta la tesi dell'odierno appellante, secondo cui si verserebbe in presenza di servizi aventi ad oggetto prestazioni di natura prettamente intellettuali riservate a professionisti abilitati, per le quali non verrebbero in rilievo misure specifiche di prevenzione per la sicurezza sul lavoro, poiché, sia alla luce della disciplina normativa, primaria e secondaria in materia di redazione dei piani delle zone di pericolo (art. 22-bis l. urb. prov. e relative direttive attuative emanate con deliberazione della giunta provinciale n. 712 del 14 maggio 2012), sia alla luce della descrizione dell'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto contenuta nella stessa offerta formulata dal r.t.i. IN.GE.NA., ai fini della redazione del piano delle zone di pericolo interessate da fenomeni di frane, pericoli idraulici e valanghe è necessario eseguire sopralluoghi e rilievi sul campo, in zona montuosa esposta ai menzionati

fenomeni idrogeologici, implicante l'adozione di correlative misure di sicurezza e di prevenzione antiinfortunistica a tutela dell'incolumità del personale operante in loco, imposta dall'inderogabile disciplina vigente in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro (v. d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81), e dunque, implicante l'obbligo di indicare i relativi costi quale componente essenziale dell'offerta economica;

- inoltre si versa in fattispecie di servizi elencati nell'allegato 'II A' al d.lgs. n. 163/2006 (in particolare, si tratta dei servizi contemplati dalla categoria 12), ai quali, secondo la disposizione contenuta nell'art. 20, comma 2, d.lgs. n. 163/2006, si applica la disciplina del codice dei contratti pubblici;

- inconferenti sono pertanto i richiami dell'odierno appellante ad alcuni precedenti di questo Consiglio di Stato, asseritamente affermativi dell'esenzione dei servizi di natura intellettuale dall'obbligo di indicare i costi di sicurezza c.d. interni, in quanto o relativi a fattispecie concrete in cui non erano configurabili esposizioni a rischi specifici sul luogo di lavoro, o relativi a fattispecie rientranti nell'allegato 'II B' al codice dei contratti pubblici, parzialmente esulanti dal relativo ambito applicativo ai sensi dell'art. 20, comma 1, d.lgs. n. 163/2006;

- destituito di fondamento è, infine, il profilo di censura con cui si deduce l'erronea applicazione dell'art. 79 cod. proc. amm. per la mancata sospensione del giudizio in attesa della definizione di questioni pregiudiziali comunitarie pendenti in materia dinanzi alla Corte di Giustizia, attesa la peculiarità della presente fattispecie, la quale inerisce al settore degli appalti di servizi (e non di lavori) ed è connotata dalla circostanza che l'onere di indicare i costi di sicurezza c.d. interni sin dalla presentazione dell'offerta è stato imposto dalla stessa *lex specialis* (e non dagli effetti etero-integrativi della normazione legislativa) – con previsioni conformi ai principi di proporzionalità e di ragionevolezza, a tutela di preminenti interessi di sicurezza sui luoghi di lavoro protetti a livello costituzionale e comunitario –, la cui violazione non può essere supplita dal ricorso all'istituto del soccorso istruttorio, pena la violazione dei principi di immodificabilità postuma della legge di gara, di parità di trattamento dei concorrenti e di tutela dell'affidamento;

5. RITENUTA, per le esposte ragioni, l'infondatezza dell'appello principale, con conseguente assorbimento di ogni altra questione e con sequela di improcedibilità dell'appello incidentale (ripropositivo dei motivi del ricorso incidentale di primo grado di 'valenza escludente', correttamente dichiarato improcedibile dal T.r.g.a. per carenza di interesse in conseguenza dell'infondatezza nel merito del ricorso principale);

6. RITENUTA, in considerazione di ogni circostanza connotante la presente controversia, la sussistenza dei presupposti di legge per dichiarare le spese del presente grado di giudizio interamente compensate tra le parti;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto (ricorso n. 2500 del 2016), respinge l'appello principale, dichiara improcedibile l'appello incidentale e, per l'effetto, conferma l'impugnata sentenza; dichiara le spese del presente grado di giudizio interamente compensate tra tutte le parti.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2016, con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente
Roberto Giovagnoli, Consigliere
Bernhard Lageder, Consigliere, Estensore