

Pubblicato il 28/02/2020

N. 00500/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00481/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 481 del 2019, proposto da Servizi Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Paolo Sansone, Katia Riolo, Eleonora E.L. Bonsignori, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Katia Riolo in Catania, via Ruggero Settimo n. 3;

contro

Irccs Centro Neurolesi Bonino Pulejo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Fabio Criniti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Medimed S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Fiorella Russo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Arjo Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore,

rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Pavan, Enrico Sisti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione cautelare degli effetti

Con il ricorso principale notificato dalla SERVIZI ITALIA S.p.A. il 25 marzo 2019:

- della DCS n. 329 del 22.2.2019 [comunicata con nota protocollo 1981/2019 del 25.2.2019, trasmessa a mezzo pec in pari data] con cui sono stati approvati gli atti di gara ai sensi dell'art. 33 comma 1 del d.lgs. n.50/2016 e ss.mm.ii., ed è stato aggiudicato il servizio di “noleggio e sanificazione dei materassi antidecubito per la prevenzione delle lesioni e sanificazione di letti di degenza” CIG: 7619948403, al R.T.I. Arjo Italia s.p.a.

- Medimed s.r.l.;

- dei verbali n. 4, 5, 6, 7, 8 della commissione di gara relativi all'assegnazione dei punteggi alle offerte tecniche ed economiche, nelle corrispondenti sedute pubbliche e riservate, nonché della graduatoria definitiva;

- del capitolato speciale, del disciplinare e del bando di gara, nella sola parte in cui stabilendo i criteri di violazione delle offerte, sono oggetto di specifica contestazione, nel successivo motivo di impugnazione.

Con ricorso incidentale notificato dalla ARJO ITALIA S.p.A. il 17 aprile 2019:

per l'annullamento

- della DCS n. 329 del 22.2.2019 con cui sono stati approvati gli atti di gara ai sensi dell'art. 33 comma 1 del d.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii., ed è stato aggiudicato il servizio di “noleggio e sanificazione dei materassi antidecubito per la prevenzione delle lesioni e sanificazione di letti di degenza” CIG: 7619948403, al RTI ARJO ITALIA S.p.A. – Medimed s.r.l., nonché dei verbali della commissione di gara relativi all'assegnazione dei

punteggi alle offerte tecniche ed economiche, nelle corrispondenti sedute pubbliche e riservate, nonché della graduatoria definitiva limitatamente alla parte in cui l'offerta tecnica presentata da Servizi Italia s.p.a. non è stata esclusa ovvero è stata ritenuta idonea e per l'effetto valutata con l'attribuzione del relativo punteggio;

- di ogni ulteriore atto connesso, presupposto e/o consequenziale, ancorché allo stato non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Irccs Centro Neurolesi Bonino Pulejo e della Medimed S.r.l. e dell'Arjo Italia S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 gennaio 2020 il dott. Maurizio Antonio Pasquale Francola e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La SERVIZI ITALIA S.p.A. partecipava alla procedura di gara indetta dall'IRCCS CENTRO NEUROLESI BONINO PULEJO di Messina, con il bando pubblicato in GUUE GU/S S183 in data 22 settembre 2018 e sulla G.U.R.S. in data 28 settembre 2018, per l'affidamento, in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di *“noleggio e sanificazione dei materassi antidecubito per la prevenzione delle lesioni e sanificazione di letti di degenza”* CIG: 7619948403.

All'esito della valutazione delle offerte presentate dalle imprese partecipanti alla gara, l'A.T.I. con capogruppo la ARJO ITALIA S.p.A. conseguiva il punteggio più alto in relazione all'offerta tecnica ma non anche con riguardo all'offerta economica, risultando, comunque, prima in graduatoria

e conseguendo l'aggiudicazione dell'appalto.

Con ricorso spedito a mezzo P.E.C. per la notifica il 25 marzo 2019 ai sensi della Legge n.53/1994 dall'avv. Paolo Sansone e notificato in pari data ai sensi dell'art.120 co.5 c.p.a. all'IRCSS CENTRO NEUROLESI BONINO PULEJO, alla ARJO ITALIA S.p.A. nella qualità di capogruppo dell'A.T.I. aggiudicataria ed alla MEDIMED S.r.l. quale società partecipante alla predetta A.T.I., nonché depositato presso la segreteria del T.A.R. Sicilia, Sezione Staccata di Catania, il 26 marzo 2019 ai sensi degli artt.120 co.3, 119 co.3 e 45 c.p.a., unitamente all'istanza di fissazione dell'udienza di trattazione del merito ai sensi e per gli effetti degli artt.55 co.4 e 71 c.p.a., la SERVIZI ITALIA S.p.A. impugnava l'aggiudicazione, i verbali di gara n.4, 5, 6, 7, 8, il capitolato speciale, il disciplinare ed il bando di gara, nella sola parte in cui stabilivano i criteri di valutazione delle offerte, domandandone l'annullamento, previa sospensione cautelare degli effetti, per i seguenti motivi: 1) *violazione e falsa applicazione dell'art.95 co.10 del D.Lgs. n.50/2016, come modificato dal D.Lgs. n.56/2017, e dell'art.24 co.1 L.R. n.8/2016, violazione del principio della par condicio di gara* – poiché l'Ente aggiudicatore avrebbe dovuto escludere l'A.T.I. aggiudicataria dalla procedura per omessa indicazione separata dei costi della manodopera nell'offerta economica; 2) *violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, e dell'art. 95, comma 1, del D.vo n. 50/2016, eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti, nonché sotto il profilo dello sviamento per indebita anticipazione, in guisa di contenuto necessario dell'offerta tecnica, di quanto doveva invece essere allegato nella sola successiva sede di comprova e verifica dei relativi contenuti* – per avere l'Ente aggiudicatore erroneamente omesso l'assegnazione alla ricorrente dei punteggi previsti dal sub-criterio n.4, relativamente al prodotto “*Materassi antidecubito alto rischio*” (valevole punti 3) e dal sub-criterio n.3 relativo al prodotto “*Materassi antidecubito altissimo rischio*” (valevole punti 3); 3) *violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, e dell'art. 95, comma 1, del D.vo n. 50/2016, eccesso di*

potere per difetto di motivazione e di adeguata istruttoria, travisamento dei fatti e violazione dei principi di adeguatezza e proporzionalità – per avere la Stazione appaltante erroneamente omesso l’assegnazione alla ricorrente del punteggio previsto per il sub-criterio n.1 “presenza di sensore integrato nel materasso per la gestione completamente automatica del sistema, in grado di regolare la pressione in funzione al peso ed alla postura del paziente”, relativo al prodotto “Materassi antidecubito altissimo rischio”; 4) Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, e dell’art. 95, comma 1, del D.vo n. 50/2016, eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti – per avere la Stazione appaltante erroneamente omesso l’assegnazione all’offerta tecnica della ricorrente del punteggio previsto per il sub-criterio n. 4 (Personalizzazione della terapia in funzione del peso e dell’altezza del paziente), relativo al prodotto “Materassi antidecubito altissimo rischio/ cessione d’aria” (valevole punti 3); 5) violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, e dell’art. 95, comma 1, del D.vo n. 50/2016, eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti, nonché sotto il profilo dello sviamento, insito nel limitarsi ad una lettura solo “sintattica” e non complessiva dell’offerta – avendo la Stazione appaltante erroneamente omesso l’assegnazione del punteggio previsto per il sub-criterio n.2 (Software dedicato munito almeno di controllo delle consegne e ritiri, nonché della possibilità di creare report avanzati relativi alle movimentazioni dei materassi), relativo al capitolo di offerta titolato “Esecuzione del servizio” (punti 3); 6) violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, e dell’art. 95, comma 1, del D.vo n. 50/2016, eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti – per avere la Stazione appaltante erroneamente assegnato all’A.T.I. aggiudicataria il massimo punteggio di cui al sub-criterio n.4, valevole punti 3, in relazione al prodotto “Materassi antidecubito ad altissimo rischio”; 7) violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, eccesso di potere per erroneità dei presupposti e travisamento dei fatti, difetto di motivazione, violazione dei principi di adeguatezza e proporzionalità, irragionevolezza manifesta e disparità di trattamento per

erronea assegnazione all'offerta tecnica dell'aggiudicataria del punteggio di cui al sub-criterio 3 (valevole punti 5) in relazione all'esecuzione del servizio di sanificazione – poiché nell'A.T.I. aggiudicataria siffatto servizio sarebbe integralmente ed esclusivamente assunto ed eseguito da una società, la mandante MEDIMED S.r.l., sprovvista della necessaria certificazione.

Si costituiva l'IRCCS CENTRO NEUROLESI BONINO PULEJO di Messina opponendosi all'accoglimento del ricorso in quanto: a) irricevibile per tardiva impugnazione dei verbali di gara statuenti l'ammissione alla procedura dell'A.T.I. aggiudicataria; b) inammissibile per omessa tempestiva impugnazione del verbale del 20 febbraio 2019; c) infondato nel merito.

Si costituiva anche la MEDIMED S.r.l. opponendosi all'accoglimento del ricorso in quanto: a) inammissibile per genericità dei dedotti motivi; b) infondato nel merito.

L'aggiudicataria ARJO ITALIA S.p.A., dapprima si costituiva in giudizio opponendosi all'accoglimento del ricorso in quanto infondato in fatto e in diritto, in seguito ampliando il *thema decidendum* domandando, con apposito ricorso incidentale notificato e depositato il 17 aprile 2019, l'annullamento della DCS del 22 febbraio 2019 e dei verbali di gara nella parte in cui non hanno decretato l'esclusione dell'offerta tecnica della SERVIZI ITALIA S.p.A. per non conformità alle prescrizioni della *lex specialis*, in quanto: a) il materasso doveva avere un'altezza non inferiore a 18 cm e non superiore a 21 cm per la sicurezza dei pazienti, mentre quello offerto dalla ricorrente principale avrebbe un'altezza, secondo quanto scritto nella tabella comparativa, pari a 20,5 cm. e, secondo quanto invece desumibile dalla scheda tecnica e dal manuale d'uso, pari a 21,50 cm.; b) non vi sarebbe prova che il materasso ad alto rischio offerto dalla ricorrente principale sia munito della richiesta funzione di supporto del paziente per almeno 6 ore autonomamente dall'unità di gonfiaggio; c) non vi sarebbe prova che il materasso ad altissimo rischio offerto dalla ricorrente principale sia munito

del richiesto schermo LCD; d) non vi sarebbe prova che il materasso ad altissimo rischio offerto dalla ricorrente principale sia munito della richiesta funzione di reimpostazione automatica delle pressioni in base a peso e altezza dell'assistito in caso di interruzione dell'erogazione elettrica; e) la ricorrente principale non avrebbe ottemperato alla produzione dei materiali a campione richiesti dalla Stazione Appaltante, delegando all'uopo un'impresa subappaltatrice; f) la ricorrente principale non avrebbe prodotto il certificato di sanificazione richiesto dal bando e dal disciplinare di gara; g) i costi della manodopera indicati dalla ricorrente principale nella propria offerta economica per un ammontare complessivo pari ad € 155.115,00 per il servizio quinquennale offerto, e quindi per un importo annuo pari a € 31.023,00, non sarebbero congrui, considerato che il costo medio annuo di un lavoratore sarebbe, comunque, non inferiore a circa € 50.000,00.

La SERVIZI ITALIA S.p.A. replicava, opponendosi nel merito all'accoglimento del ricorso incidentale proposto dalla ARJO ITALIA S.p.A.

Nella camera di consiglio del 23 maggio 2019, la ricorrente principale rinunciava all'istanza cautelare ed il Collegio ne prendeva atto, fissando contestualmente l'udienza pubblica del 18 luglio 2019 per la trattazione nel merito dei proposti ricorsi. Nel corso del giudizio veniva disposta una C.T.U. preordinata all'accertamento dei rilievi critici sollevati dall'aggiudicataria con il ricorso incidentale (da pagina 4 a pagina 7) in relazione ai materassi oggetto dell'offerta tecnica della SERVIZI ITALIA S.p.A., conferendosi al nominato professionista l'incarico di rispondere ai seguenti quesiti:

- 1) Caratteristiche minime – Materasso ad alto rischio: *“dica il C.T.U. se i materassi oggetto dell'offerta della Servizi Italia S.p.A. siano contraddistinti da un'altezza superiore a 21 cm.”*;
- 2) Caratteristiche minime – Materasso ad alto rischio: *“dica il C.T.U. se i*

materassi oggetto dell'offerta della Servizi Italia S.p.A. siano muniti di un dispositivo di trasporto, attivabile in modo rapido, per mantenere il materasso separato dall'unità di gonfiaggio e che permetta di supportare il paziente in modo adeguato per almeno 6 ore”;

3) Caratteristiche minime – Materasso ad altissimo rischio – cessione d'aria: *“dica il C.T.U. se i materassi oggetto dell'offerta della Servizi Italia S.p.A. siano muniti di un pannello di controllo con comandi semplici dotato di allarmi acustici e visivi per la rilevazione di anomalie nel funzionamento del materasso e di allarmi evidenziati a schermo LCD”;*

4) Caratteristiche minime – Materasso ad altissimo rischio – cessione d'aria: *“dica il C.T.U. se i materassi oggetto dell'offerta della Servizi Italia S.p.A. siano contraddistinti da un sistema di reimpostazione automatica delle pressioni in base a peso e altezza dell'assistito in caso di interruzione di erogazione elettrica”.*

In data 21 dicembre 2019, il nominato professionista depositava la propria relazione tecnica.

Tutte le parti in causa depositavano delle memorie conclusive.

All'udienza pubblica del 30 gennaio 2020 il Collegio, dopo avere udito i procuratori delle parti, tratteneva i ricorsi in decisione.

DIRITTO

Il Collegio ritiene di dover esaminare entrambi i proposti ricorsi, in ragione della complessa ed articolata evoluzione che ha contraddistinto il rapporto processuale tra il ricorso principale ed il ricorso incidentale di tipo escludente nell'ambito del contenzioso dei contratti pubblici.

Come noto, la questione è stata ripetutamente esaminata e non sempre univocamente risolta dalla giurisprudenza amministrativa.

Prima dell'Adunanza Plenaria 11/2008 tre erano gli orientamenti seguiti dalla giurisprudenza: a) quello tradizionale, secondo cui il ricorso incidentale escludente doveva essere esaminato con priorità rispetto al ricorso principale, poiché il suo accoglimento avrebbe implicato l'improcedibilità di quest'ultimo per sopravvenuto difetto di legittimazione

del ricorrente principale; b) quello più innovativo secondo cui entrambi i ricorsi dovevano sempre e comunque essere reciprocamente esaminati, poiché un loro eventuale accoglimento congiunto avrebbe potuto implicare la rinnovazione della gara e, dunque, il soddisfacimento di un interesse strumentale del ricorrente principale alla salvaguardia delle proprie chances di aggiudicazione di quell'appalto nell'ambito, però, della nuova e futura procedura che l'Amministrazione avrebbe, verosimilmente, indetto in ottemperanza all'effetto conformativo derivante dal giudicato amministrativo di annullamento dell'aggiudicazione, del provvedimento di ammissione dell'aggiudicatario e del ricorrente principale e degli altri atti della gara illegittimamente espletata; c) infine, quello minoritario, secondo cui doveva procedersi all'esame, anzitutto, del ricorso principale, poiché soltanto in caso di sua fondatezza, sarebbe stato configurabile un interesse attuale e concreto dell'aggiudicatario all'esame del proposto ricorso incidentale.

La questione era particolarmente dibattuta perché l'ordine di trattazione dei ricorsi prescelto implicava differenti ricadute processuali (almeno in astratto) sull'esito del giudizio, considerato, infatti, che:

- 1) l'accoglimento del ricorso principale, determinando l'esclusione dell'aggiudicatario dalla procedura, avrebbe implicato l'improcedibilità del ricorso incidentale di tipo escludente per sopravvenuto difetto di legittimazione a ricorrere del controinteressato che lo ha proposto;
- 2) il mancato accoglimento con qualsiasi formula (irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o rigetto) del ricorso principale avrebbe determinato l'inammissibilità del ricorso incidentale per carenza *ab origine* di interesse, rimanendo l'aggiudicazione efficace;
- 3) l'accoglimento del ricorso incidentale avrebbe implicato l'improcedibilità del ricorso principale per sopravvenuto difetto di legittimazione a ricorrere;
- 4) il rigetto del ricorso incidentale non avrebbe precluso l'esame del ricorso

principale.

L'Adunanza Plenaria 10 novembre 2008 n.11, dopo avere affermato, in linea di massima, che il giudice è libero di scegliere l'ordine delle questioni da trattare nel rispetto del principio di parità delle parti e di economicità processuale – ben potendo esaminare per primo qualsivoglia ricorso ritenuto decisivo per dirimere la lite –, distingue la soluzione da seguire secondo che alla gara abbiano partecipato, rispettivamente, 2 o più concorrenti ed affermando nella prima ipotesi l'obbligo di esame di entrambi i ricorsi (in ragione della riconosciuta sussistenza di un meritevole interesse strumentale del ricorrente principale alla rinnovazione della procedura di affidamento) e, nella seconda ipotesi, l'orientamento tradizionale che ascrive(va) priorità all'esame del ricorso incidentale, considerata la non concretezza né attualità che avrebbe contraddistinto, in questo caso, la prospettiva di un'ipotetica rinnovazione della gara all'esito dell'accoglimento anche del ricorso principale, in quanto dipendente da future e non prevedibili determinazioni in autotutela della Pubblica Amministrazione rese ancor più incerte in ragione della possibilità di procedere all'aggiudicazione dell'appalto mediante scorrimento della graduatoria in favore di altra impresa rimasta estranea, (in genere la terza classificata) perché non evocata in giudizio.

Di diverso avviso è stata l'Adunanza Plenaria con la pronuncia n.4/2011, avendo, infatti, il Supremo Consesso della Giustizia Amministrativa ritenuto il ricorso incidentale di tipo escludente, proprio in quanto preordinato a contestare l'ammissione alla gara del ricorrente principale, istituto processuale introduttivo di una questione preliminare da esaminare con priorità, a prescindere dal numero dei partecipanti e dai requisiti (siano essi soggettivi od oggettivi) di partecipazione alla gara ritenuti violati, potendosi soprassedere dal suo necessario preventivo esame soltanto qualora il ricorso principale si fosse rivelato irricevibile, inammissibile, improcedibile o

manifestamente infondato, a siffatto esito pervenendosi in ragione delle seguenti argomentazioni:

- l'ordine delle questioni non può essere rimesso alla discrezionalità del Giudice perché potrebbe comprometterne la terzietà;
- l'esame delle questioni preliminari deve sempre precedere la valutazione del merito della domanda;
- la legittimazione e l'interesse a ricorrere, in quanto condizioni dell'azione, costituiscono questioni pregiudiziali;
- l'art.76 co.4 c.p.a. rinviando espressamente all'art.276 c.p.c. che disciplina l'ordine delle questioni da trattare, ascrive priorità all'esame dei presupposti dell'azione, quali, appunto, la legittimazione e l'interesse a ricorrere;
- il difetto di legittimazione a ricorrere costituisce sempre una questione da trattare con priorità perché pregiudiziale rispetto a tutte le altre;
- il difetto di legittimazione è, di norma, rilevabile anche d'ufficio e, quindi, il suo esame non presuppone un'apposita iniziativa di parte;
- il difetto di legittimazione del ricorrente va, dunque, esaminato con priorità a prescindere dalle modalità processuali adoperate dalle parti per eccepirlo;
- il difetto di legittimazione del ricorrente può essere eccepito anche con una mera difesa, o con un'apposita eccezione, anche riconvenzionale, o con un ricorso incidentale (*sub specie* di domanda riconvenzionale di annullamento di un atto);
- il ricorso incidentale amplia l'oggetto del giudizio e se, di tipo escludente, deve essere esaminato sempre con priorità poiché implicante, ove fondato, l'improcedibilità del ricorso principale per difetto sopravvenuto di legittimazione a ricorrere;
- l'interesse minore alla ripetizione della gara incluso nell'interesse maggiore all'aggiudicazione della gara è meritevole di tutela se configurabile in capo ad un partecipante alla procedura e non ad un escluso con provvedimento

definitivo (sebbene a seguito dell'accoglimento di un ricorso incidentale di tipo escludente);

- è vero che la giurisprudenza ha ammesso l'impugnazione da parte di soggetti non partecipanti alla gara, ma si tratta di casi talmente peculiari da non poter costituire una regola, né intaccare la legittimazione dell'interessato all'impugnazione degli atti di una procedura di affidamento di un appalto;

- non rileva che la carenza di legittimazione a ricorrere sia originaria (perché il ricorrente non ha mai partecipato alla procedura) o sopravvenuta (perché il ricorrente è stato ammesso in virtù di un atto illegittimo e poi annullato), mancando in entrambi i casi un presupposto dell'azione che costituisce questione pregiudiziale di rito da esaminare con priorità;

- né rileva il numero dei partecipanti alla gara, poiché quand'anche soltanto due, l'interesse alla rinnovazione della procedura, legittimante l'impugnazione proposta dal ricorrente principale, presupporrebbe, comunque, una legittima partecipazione alla gara, degradando, altrimenti, a mero interesse di fatto, come tale privo di rilevanza giuridica;

- soltanto qualora irricevibile, inammissibile, improcedibile o manifestamente infondato il ricorso principale potrebbe, in via del tutto eccezionale, essere esaminato prima del ricorso incidentale.

Siffatta pronuncia, che riprende il prevalente indirizzo tradizionalmente seguito dalla giurisprudenza amministrativa, è stata criticata dalla Corte di Cassazione, perché ritenuta in contrasto i fondamentali principi di effettività della tutela e dell'esercizio del diritto di difesa.

Nella sentenza 21 giugno 2012 n.10294, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite argomenta, infatti, le proprie considerazioni critiche muovendo dalla concezione delle norme sulla giurisdizione non quale limite ai poteri del Giudice nei confronti della Pubblica Amministrazione o di altri Giudici, bensì quale strumento preordinato a garantire un'effettiva tutela degli

interessi delle parti (Corte Costituzionale 77/2007). Nel sistema attuale, infatti, la legge riserva la cognizione di una determinata domanda ad un giudice anziché ad un altro poiché ritenuto più idoneo a fornire, su quella specifica causa, una risposta adeguata alla domanda proposta dall'interessato ed all'esigenza di tutela da quest'ultimo rappresentata in giudizio. In una prospettiva, dunque, in cui la giurisdizione evoca un'idea di "servizio" più che di "imperio", può ben prospettarsi una questione di giurisdizione non soltanto quando il giudice adito ritiene una certa causa riservata alla cognizione di altra Autorità Giudiziaria, ma anche quando non esamina una richiesta di tutela espressamente formulata da una delle parti del giudizio (Cassazione civile, 30254/2008). La Suprema Corte, pur non potendo annullarla per omesso esercizio della giurisdizione in considerazione della statuizione di improcedibilità pronunciata in relazione al ricorso principale, critica la decisione assunta nella fattispecie dall'Adunanza Plenaria n.4/2011 poiché tra i diversi orientamenti enunciati dalla giurisprudenza in relazione ai rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale doveva essere preferito quello idoneo a garantire l'esame nel merito del ricorso principale, anche in ragione degli interessi di rilevanza eurounitaria intercettati dalla materia dei contratti pubblici.

Nel medesimo anno, il T.A.R. Piemonte (con ordinanza 26 gennaio 2012 n.119) rimette la questione alla Corte di Giustizia per verificare la compatibilità dell'indirizzo enunciato dall'Adunanza Plenaria n.4/2011 con la corretta applicazione del diritto eurounitario. Il caso era quello di due società partecipanti ad una gara aggiudicata ad una di esse. La seconda classificata aveva impugnato l'aggiudicazione, contestando che l'offerta dell'aggiudicataria fosse conforme al piano dei fabbisogni previsto dalla Stazione appaltante. L'aggiudicataria, dal canto suo, si difendeva, con ricorso incidentale escludente, formulando un'identica censura in relazione all'offerta della ricorrente principale. Quindi, entrambe le società

sostenevano che le reciproche offerte dovessero essere escluse perché inammissibili.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez. X, 4 luglio 2013 C-100/2012 (c.d. sentenza Fastweb) risponde al quesito sottoposto dal T.A.R. Piemonte, affermando che il diritto comunitario osta all'applicazione della legge nazionale interpretata in modo tale da consentire al ricorso incidentale di escludere l'esame del ricorso principale in casi come quelli in questione, poiché entrambi i ricorsi, avendo il medesimo oggetto, sono tra loro speculari, e sarebbe, dunque, iniquo ammettere l'esame dell'uno e non anche dell'altro, diversamente opinando perpetrando una grave ed ingiustificata disparità di trattamento.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, dunque, ribadisce la rilevanza dell'interesse strumentale alla ripetizione della gara nelle impugnazioni di atti di procedure contraddistinte dalla partecipazione di due imprese concorrenti, come già era stato precedentemente affermato dall'Adunanza Plenaria 10 novembre 2008 n.11.

Senonché, con la successiva Adunanza Plenaria n.9/2014, il Consiglio di Stato, richiamando il principio di autonomia processuale degli Stati membri da sempre riconosciuto dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con il limite del rispetto dei principi di non discriminazione ed effettività della tutela, si è nuovamente pronunciato, difendendo l'orientamento precedentemente enunciato dall'Adunanza Plenaria 4/2011, in ragione delle seguenti argomentazioni:

- la Corte di Giustizia in precedenti pronunce aveva affermato il principio secondo cui l'impresa non partecipante ad una gara non può impugnare l'aggiudicazione disposta in favore di imprese terze;
- la posizione dell'impresa non partecipante sarebbe equiparabile a quella dell'impresa non ammessa o esclusa dalla procedura, anche all'esito di un ricorso incidentale;

- la pronuncia della Corte di Giustizia, sul caso Fastweb, doveva ritenersi eccezionale perché contraddistinta dalla peculiarità della fattispecie concreta esaminata, e, dunque, non poteva valere anche laddove alla gara avessero partecipato più di due imprese;
- il principio della parità delle parti nel processo (art.11 co.2 Cost. e art. 2 c.p.a.) tollera delle “disimmetrie” purché giustificabili in una prospettiva di ragionevolezza (Corte Cost. 109/2009);
- non è in contrasto con il principio di parità delle parti la regola processuale che impone il preventivo esame delle condizioni dell’azione, subordinandone al positivo superamento il sindacato della domanda nel merito;
- costituisce abuso del processo, in quanto qualificabile proprio come tale, l’iniziativa di colui il quale, pur sapendo di avere commesso un errore durante la partecipazione alla gara, impugna l’aggiudicazione disposta dalla P.A. in favore di un altro offerente, dovendo, dunque, ritenersi la negligenza del ricorrente motivo idoneo a giustificare una disimmetteria processuale tra le parti del giudizio;
- come già affermato dall’Adunanza Plenaria 4/2011, il ricorso proposto avverso un’aggiudicazione da parte di colui il quale abbia partecipato alla gara in virtù di un atto illegittimo, doveva ritenersi carente sul piano della legittimazione a ricorrere, poiché preordinato alla tutela di un interesse (quello alla ripetizione della procedura) non legittimo ma di mero fatto;
- dalla sentenza della Corte di Giustizia sul caso Fastweb si desumerebbe la necessità di valutare il momento procedimentale in cui i vizi rispettivamente dedotti con il ricorso principale e con quello incidentale si sono verificati, dipendendo la priorità dell’esame dell’uno o dell’altro ricorso proprio dalla fase del procedimento, antecedente o susseguente, in cui si sarebbero configurate le dedotte illegittimità, potendosi all’uopo distinguere tre fasi: 1) quella deputata al controllo della tempestività della domanda di

partecipazione e dell'integrità del plico; 2) quella dedicata all'esame dei dichiarati requisiti di partecipazione soggettivi, sia generali che speciali; 3) quella inerente alla verifica delle offerte ed alla rilevazione di eventuali carenze di elementi essenziali delle stesse previste a pena di esclusione;

- deve, di conseguenza, ammettersi l'esame congiunto dei ricorsi soltanto allorché i vizi, rispettivamente, dedotti ineriscano alla medesima fase procedimentale;

- il ricorso principale con il quale si deduca un vizio verificatosi in una fase successiva rispetto a quella del vizio dedotto dall'aggiudicataria con il ricorso incidentale, pertanto, sarebbe doppiamente improcedibile, per sopravvenuta carenza tanto di legittimazione a ricorrere quanto di interesse a ricorrere.

In conclusione, secondo l'Adunanza Plenaria: a) il giudice ha il dovere di decidere la controversia, ai sensi del combinato disposto degli art. 76, comma 4, c.p.a. e 276, comma 2, c.p.c., secondo l'ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito e, fra le prime, la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell'azione; b) il ricorso incidentale deve, dunque, essere esaminato con priorità, tranne qualora: b1) il ricorso principale sia irricevibile, inammissibile, improcedibile o manifestamente infondato; b2) il ricorso incidentale non abbia carattere escludente perché censura valutazioni e condotte della Pubblica Amministrazione, senza mai contestare (ed anzi presupponendo) la regolare partecipazione del ricorrente alla gara; b3) ricorso incidentale e ricorso principale deducano vizi inerenti alla stessa fase procedimentale.

Senonché, l'assetto dei rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale così come definito dal Consiglio di Stato viene nuovamente superato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea che, pronunciandosi in composizione allargata il 5 aprile 2016, smentisce l'assunto sostenuto

dall'Adunanza Plenaria 9/2014 secondo cui i principi di diritto affermati nella sentenza *Fastweb* sarebbero applicabili soltanto in caso di partecipazione di due imprese alla procedura di gara.

Secondo quanto, infatti, sancito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, «*In applicazione della direttiva 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici (c.d. Direttiva Ricorsi), il ricorso principale proposto da un offerente in una procedura per l'affidamento di un appalto pubblico diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente non può essere dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente, anche in ipotesi in cui le imprese partecipanti alla procedura di gara controversa, sebbene ammesse inizialmente in numero maggiore di due, siano state tutte escluse dall'amministrazione aggiudicatrice. Infatti, il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, così come il numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi e la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, sono privi di rilevanza ai fini dell'applicazione del principio giurisprudenziale che risulta dalla sentenza *Fastweb* (C-100/12)» (Corte giustizia UE grande sezione, 05/04/2016, n. C-689/13, *Puligienica c/Airgest S.p.A.*).*

Nonostante l'autorevolezza della richiamata pronuncia, la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea non risolveva tutte le problematiche inerenti alle ricadute processuali caratterizzanti il rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale nel giudizio amministrativo.

La tradizionale concezione, infatti, dell'interesse a ricorrere, in termini di attualità e concretezza da parametrare all'immediatezza del conseguimento del bene della vita anelato all'esito dell'accoglimento del ricorso, non sembra facilmente compatibile con la strumentalità dell'interesse alla ripetizione della gara allorché le imprese concorrenti siano più di due, essendo, infatti, in tali ipotesi la rinnovazione della procedura di

affidamento dell'appalto pubblico una prospettiva non certa, ma probabile, se non meramente possibile ed ipotetica.

Sul punto, le successive pronunce del Consiglio di Stato hanno riconosciuto la sussistenza di un meritevole interesse strumentale, con conseguente obbligo di esame congiunto di entrambi i ricorsi proposti, allorché il ricorrente principale abbia dedotto motivi di impugnazione che, se accolti, avrebbero determinato con certezza la rinnovazione della gara, ed ossia qualora si contesti: 1) la regolarità della posizione dell'aggiudicatario e di tutte le imprese partecipanti alla procedura, siano esse rispetto ad esso precedenti o susseguenti in graduatoria; 2) la legittimità della *lex specialis* e, dunque, la validità dell'intera procedura.

Fuori da questi casi, (ed ossia quando alla procedura partecipino più di due imprese, i ricorsi reciprocamente escludenti non riguardino la posizione di talune concorrenti al punto che l'accoglimento di entrambi i ricorsi non pregiudicherebbe la possibilità per queste ultime di conseguire l'aggiudicazione mediante scorrimento della graduatoria, ovvero, allorché con il ricorso principale non si deducano vizi avverso la *lex specialis* tali da implicare, in caso di accoglimento, l'annullamento dell'intera gara con obbligo di ripetizione), il problema si pone in tutta la sua evidenza.

Due gli orientamenti delineatisi.

Il primo, formalmente più aderente alla sentenza della Corte giustizia UE grande sezione, 05/04/2016, n.C-689, secondo il quale i ricorsi andrebbero, comunque, esaminati entrambi, poiché l'interesse immediato e diretto di tipo strumentale alla rinnovazione della gara dovrebbe ritenersi sussistente anche qualora la ripetizione della procedura costituisca un'eventualità meramente ipotetica, ossia soltanto possibile (Consiglio di Stato, Sez.V, 20 luglio 2017 n.3593; Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 29 dicembre 2017, n.31226 secondo cui la Corte di Giustizia dell'Unione Europea avrebbe «reso ancora più esplicito l'enunciato della sentenza *Fastweb* relativo alla possibilità che

l'amministrazione aggiudicatrice sia indotta a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare, spiegando: "Da un lato, infatti, l'esclusione di un offerente può far sì che un altro offerente ottenga l'appalto direttamente nell'ambito della stessa procedura. D'altro, nell'ipotesi di esclusione di tutti gli offerenti e dell'indizione di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, ciascuno degli offerenti potrebbe parteciparvi e, quindi, ottenere indirettamente l'appalto" (punto 52). Con il che è definitivamente chiarito che basta la mera eventualità del rinnovo della gara a radicare l'interesse del ricorrente a contestare l'aggiudicazione»).

Il secondo orientamento, invece, presupponendo che le domande dei ricorrenti debbano essere sempre contraddistinte da un interesse attuale e concreto, ammette l'esame congiunto dei ricorsi principale ed incidentale escludente soltanto qualora l'annullamento in autotutela della gara e la rinnovazione della stessa sia una conseguenza certa o altamente probabile dell'effetto conformativo scaturente dalla sentenza di accoglimento del ricorso principale (Consiglio di Stato, Sez.III, 26 agosto 2016, n.3708).

Entrambi i richiamati indirizzi presentano profili di criticità.

Ed invero, il primo orientamento non considera:

- 1) che l'annullamento in autotutela della gara sarebbe un'eventualità ipotetica in quanto dipendente da scelte della Pubblica Amministrazione ampiamente discrezionali, e, proprio perché tali, pregiudizievoli per la concezione dell'interesse strumentale alla rinnovazione della gara quale interesse certo, concreto ed attuale come dovrebbe essere quello presupposto per l'ammissibilità del ricorso ai sensi degli artt.39 co.2 c.p.a. e 100 c.p.c. (Consiglio di Stato, Sez.V, 23 febbraio 2015 n.855; Cassazione Civile, Sezioni Unite 2 novembre 2017, n.23031);
- 2) che in caso di accoglimento del ricorso incidentale escludente e del ricorso principale, il ricorrente principale, in quanto escluso dalla gara con sentenza passata in giudicato, non potrebbe impugnare l'aggiudicazione disposta in favore di altra impresa mediante scorrimento della graduatoria

(secondo quanto stabilito dalla Corte di Giustizia 21 dicembre 2016);

3) che l'autotutela è un potere meramente facoltativo ed esperibile entro 18 mesi dall'adozione dell'atto di primo grado (ai sensi dell'art.21 *nonies* L. n.241/1990) anche laddove il provvedimento amministrativo da sottoporre a riesame sia in contrasto con il diritto eurounitario, dovendosi escludere (tranne nei casi eccezionali individuati dalle sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea 13 gennaio 2004, n.453/2000, *Kuhne and Heitz*, punto 27 e Corte di Giustizia dell'Unione Europea 12 febbraio 2008, *Kempter*, par. 38) che a fronte di un atto amministrativo “*anticomunitario*” (o come taluni preferiscono qualificarlo, “*antieuropeo*”) la Pubblica Amministrazione abbia un obbligo di annullamento d'ufficio o un mero obbligo di riesame e che il Giudice sia sempre tenuto a disporre la disapplicazione in caso di omessa impugnazione (Consiglio di Stato, Sez.IV, 21 febbraio 2005, n.579; Consiglio di Stato, Sez.III, 8 settembre 2014, n.4538).

Il secondo orientamento, invece:

1) sembra in contrasto con la sentenza della Corte giustizia UE grande sezione, 05/04/2016, n.C-689, nella parte in cui quest'ultima afferma l'obbligo di esame congiunto di tutti i ricorsi (principale ed incidentale) a prescindere dalla tipologia di vizi di legittimità dedotti e dal numero delle imprese partecipanti;

2) non sembra considerare che, quand'anche si accertasse in giudizio la sussistenza di un vizio di legittimità inficiante le offerte sia della ricorrente incidentale (aggiudicataria) sia di tutte le imprese partecipanti alla gara, l'annullamento d'ufficio della procedura in autotutela sarebbe, comunque, un'eventualità ipotetica e non una conseguenza obbligatoria, dipendendo, infatti, da poteri discrezionali della Pubblica Amministrazione. Né il Giudice potrebbe d'ufficio affermare un obbligo conformativo in spregio alla regola della domanda di cui agli artt.34 co.2 c.p.a. e 112 c.p.c.,

pronunciandosi su offerte di imprese non evocate in giudizio.

Consapevole, dunque, della complessità della questione e dei non univoci orientamenti inaugurati e seguiti dalle proprie sezioni, il Consiglio di Stato, in Adunanza Plenaria, ha nuovamente chiesto un pronunciamento della Corte di Giustizia, sottoponendole il seguente quesito: *«se l'articolo 1, paragrafi 1, comma 3, e 3, Direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla Direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, possa essere interpretato nel senso che esso consente che allorché alla gara abbiano partecipato più imprese e le stesse non siano state evocate in giudizio (e comunque avverso le offerte di talune di queste non sia stata proposta impugnazione) sia rimessa al giudice, in virtù dell'autonomia processuale riconosciuta agli Stati membri, la valutazione della concretezza dell'interesse dedotto con il ricorso principale da parte del concorrente destinatario di un ricorso incidentale escludente reputato fondato, utilizzando gli strumenti processuali posti a disposizione dell'ordinamento, e rendendo così armonica la tutela di detta posizione soggettiva rispetto ai consolidati principi nazionali in punto di domanda di parte (art. 112 c.p.c.), prova dell'interesse affermato (art. 2697 c.c.), limiti soggettivi del giudicato che si forma soltanto tra le parti processuali e non può riguardare la posizione dei soggetti estranei alla lite (art. 2909 c.c.)»* (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 11 maggio 2018 n.6).

L'Adunanza Plenaria, nella formulazione del quesito, sembra prendere posizione, sostenendo, da un lato, che sarebbe più armonico e coerente con il sistema processuale nazionale e con il principio di autonomia processuale incentrato sull'iniziativa delle parti (ed in parte qua comune a quello di numerosi Stati-Membri dell'Unione Europea) che l'interesse del ricorrente principale attinto da un ricorso incidentale escludente, in quanto limitato alla reiterazione della procedura di gara (con esclusione di profili

concernenti la "regolarità delle procedure di gara"), sia valutato nella sua concretezza, e non con riferimento a ragioni astratte, dal Giudice adito e, dall'altro, che sarebbe opportuno una rimessione agli ordinamenti processuali degli Stati Membri, in ossequio all'autonomia processuale loro riconosciuta, il compito di individuare le modalità di dimostrazione della concretezza del detto interesse, garantendo il diritto di difesa delle offerenti rimaste in gara e non evocate nel processo ed in armonia con i principi in materia di interesse concreto e attuale della parte al ricorso e in punto di onere della prova.

Ma la Corte di Giustizia dell'Unione Europea non ha condiviso le indicazioni del Consiglio di Stato, affermando, con la pronuncia della sentenza n.333/2019, il principio di diritto secondo cui *«L'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono quest'ultimo, ed inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi»* (Corte giustizia UE sez. X, 05/09/2019, n.333).

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ritiene che il rispetto del diritto europeo costituisce un valore assoluto ed inderogabile, al punto da superare eventuali regole processuali che ne possano ostacolare la sua corretta ed

obiettiva applicazione, soprattutto in un settore economicamente così rilevante e delicato come quello dell'affidamento dei contratti pubblici. Che, dunque, alla gara abbiano partecipato più di due imprese e che, quindi, talune di esse non siano state evocate nel giudizio intentato dall'impresa ricorrente non costituisce, né potrebbe costituire, un limite alla piena ed assoluta osservanza del diritto europeo che, come noto, nei settori di sua competenza non tollera preclusioni e prevale sulle normative nazionali con esso in contrasto. L'interesse alla corretta applicazione del diritto eurounitario viene concepito in un'ottica quasi superindividuale e tendenzialmente oggettiva, in quanto preordinato a garantire, nella fattispecie, non soltanto il soddisfacimento delle pretese vantate dal singolo operatore di mercato partecipante ad una procedura di affidamento di un contratto di appalto pubblico ma anche e soprattutto il rispetto di regole fondamentali per l'unitarietà e coesione del mercato e del sistema economico europeo. La concezione macro-economica del mercato, quale settore elettivo dei rapporti economici e fattore fondamentale dell'attività dell'intera Unione Europea, è sempre stata sostenuta dalla Corte di Giustizia, al punto da costituire un vero e proprio criterio interpretativo di molte sue pronunce e di molte norme disciplinanti settori di interesse europeo.

Se, dunque, questa è l'ottica di riferimento per la concezione della disciplina europea è possibile comprendere perché la Corte di Giustizia abbia affermato che financo in casi come quello in esame il Giudice Amministrativo sia tenuto ad esaminare il ricorso principale quand'anche dal suo accoglimento l'impresa ricorrente non consegua l'anelata aggiudicazione a causa della proposizione di un fondato ricorso incidentale di tipo escludente da parte dell'aggiudicataria controinteressata. La prospettiva meramente ipotetica, se non financo remota, di una ripetizione della procedura, infatti, costituisce interesse di per sé sufficiente a

giustificare l'esame del ricorso principale.

Secondo quanto chiarito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea «²⁶ Tale principio risulta applicabile anche quando, come nella controversia di cui al procedimento principale, altri offerenti abbiano presentato offerte nell'ambito della procedura di affidamento e i ricorsi intesi alla reciproca esclusione non riguardino offerte siffatte classificate alle spalle delle offerte costituenti l'oggetto dei suddetti ricorsi per esclusione. ²⁷ Infatti, l'offerente che, come nel presente caso, si sia classificato in terza posizione e che abbia proposto il ricorso principale deve vedersi riconoscere un legittimo interesse all'esclusione dell'offerta dell'aggiudicatario e dell'offerente collocato in seconda posizione, in quanto non si può escludere che, anche se la sua offerta fosse giudicata irregolare, l'amministrazione aggiudicatrice sia indotta a constatare l'impossibilità di scegliere un'altra offerta regolare e proceda di conseguenza all'organizzazione di una nuova procedura di gara. ²⁸ In particolare, qualora il ricorso dell'offerente non prescelto fosse giudicato fondato, l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe prendere la decisione di annullare la procedura e di avviare una nuova procedura di affidamento a motivo del fatto che le restanti offerte regolari non corrispondono sufficientemente alle attese dell'amministrazione stessa».

Può, dunque, concludersi che l'interesse pubblico al pieno ed effettivo rispetto del diritto europeo ed alla repressione delle sue eventuali violazioni incide anche sull'interpretazione delle norme processuali nazionali, condizionandone il significato da ascriverle e la loro applicazione, come nel caso delle disposizioni disciplinanti le condizioni dell'azione, al punto da ampliare l'ambito di operatività della tutela giurisdizionale dilatando il significato della nozione di interesse a ricorrere sino a ritenerla configurabile anche laddove l'accoglimento del ricorso implichi per il ricorrente un vantaggio soltanto eventuale o financo meramente ipotetico ed astratto.

La Corte di Giustizia ha, infatti, enunciato un'interpretazione eurounitaria dell'interesse ad agire di cui all'art.100 c.p.c. autonoma ed indipendente da

quella tradizionalmente accolta nel nostro ordinamento processuale e che appare preordinata ad assicurare un sindacato quanto più esteso possibile sulla regolarità delle procedure di affidamento indette, quasi a voler concepire la giurisdizione sulle controversie concernenti le materie di interesse europeo in senso oggettivo, ed ossia in modo preminentemente strumentale all'accertamento della legalità violata al punto da relegare in secondo piano l'interesse a ricorrere dei soggetti coinvolti e, dunque, l'utilità pratica che le parti in causa potrebbero conseguire.

Ed invero, se il Giudice Amministrativo è tenuto ad esaminare il ricorso principale anche quando non siano state formulate censure in grado di decretare l'annullamento dell'intera procedura (avendo il ricorrente interesse soltanto ed esclusivamente all'aggiudicazione dell'appalto) e l'aggiudicataria controinteressata abbia proposto un fondato ricorso incidentale di tipo escludente, è evidente che l'accoglimento delle censure di legittimità formulate dal ricorrente principale (ipotizzandosi quest'ultimo quale secondo classificato) non implicherà alcuna utilità pratica certa e concreta, ben potendo l'Ente aggiudicatore procedere alla scorrimento della graduatoria in favore della terza classificata o di altra impresa partecipante non esclusa.

È, poi, possibile che anziché procedere allo scorrimento della graduatoria l'Ente aggiudicatore preferisca disporre l'annullamento in autotutela dell'intera procedura di affidamento, ma si tratta di un'ipotesi dipendente dall'esercizio di poteri discrezionali che si configurano quali eventi non prevedibili con certezza, né con elevata probabilità e rispetto ai quali, dunque, le *chance* vantate dal ricorrente principale appaiono relegate nell'ordine della mera ipotetica ed astratta possibilità.

Il che, come detto, contrasta con la tradizionale concezione nazionale di interesse ad agire, al punto da introdurre un vero e proprio “*doppio binario*”, come spesso si è verificato in altri casi e/o in altri settori del nostro

ordinamento giudico in cui si intercettano questioni e materie di interesse europeo. Si pensi, ad esempio, in ambito tributario, al contraddittorio endoprocedimentale riconosciuto dalla Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, n.24823/2015 quale principio generale valevole soltanto per i c.d. “*tributi armonizzati*” come l’I.V.A. e non anche per i tributi non armonizzati (come le imposte dirette) per i quali, dunque, il contraddittorio si configura come momento endoprocedimentale necessario, a pena di nullità, soltanto ed esclusivamente nei casi espressamente previsti dalla legge. Si pensi ancora alla responsabilità civile della pubblica amministrazione da illegittimo esercizio delle potestà pubblicistiche, tradizionalmente concepita quale fattispecie di responsabilità per colpa e nella materia degli appalti, invece, ritenuta, dalla Corte di Giustizia prima e dalla giurisprudenza nazionale poi, un’ipotesi di responsabilità oggettiva. È pacifico, infatti, che nel nostro ordinamento «*la responsabilità per danni conseguenti all’illegittima aggiudicazione di appalti pubblici non richiede la prova dell’elemento soggettivo della colpa; la responsabilità, negli appalti pubblici, infatti, è un modello di responsabilità di tipo oggettivo, disancorato dall’elemento soggettivo, coerente con l’esigenza di assicurare l’effettività del rimedio risarcitorio*» (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 25 febbraio 2016, n. 772; Tar Campania, Napoli, Sez. I, 13 settembre 2016, n. 4256; Tar Marche, 7 settembre 2018, n. 581). In materia di appalti, dunque, «*la prevalente giurisprudenza amministrativa concorda con l’orientamento della Corte di giustizia CE secondo cui il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un’amministrazione aggiudicatrice prescinde dal carattere colpevole di tale violazione*» (cfr. Cons. Stato. Ad. Plen. N. 2 del 2017; Cons. Stato, Sez. V, 2 gennaio 2019, n. 14; Tar Lazio, Roma, Sez. III quater, 5 luglio 2017, n. 7941).

Le peculiarità, quindi, del diritto eurounitario e l’esigenza di assicurare un’applicazione uniforme della disciplina dell’Unione Europea nell’ambito dei Paesi membri impongono nei singoli ordinamenti nazionali, come il

nostro, l'affermazione, talvolta, di un regime differenziato di tutela delle situazioni giuridiche soggettive dipendenti dalla normativa eurounitaria rispetto a quelle similari previste, invece, dal diritto interno, in ragione, per quanto concerne l'Italia, della parziale cessione di sovranità acconsentita, ai sensi dell'art.11 Cost., per la partecipazione all'Unione Europea e, per questo motivo, non in contrasto con il principio di uguaglianza formale e (con il suo corollario) di ragionevolezza di cui all'art.3 co.1 Cost., purché sempre nel rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento interno previsti dalla nostra Costituzione (teoria dei controlimiti).

Va, dunque, ritenuto legittimo l'esame congiunto dei ricorsi principale ed incidentale anche laddove dall'accoglimento delle proposte censure il ricorrente principale non consegua un'utilità pratica attuale e concreta, dovendosi ritenere sufficiente, nell'ambito delle questioni concernenti l'affidamento di appalti pubblici, il mero interesse strumentale alla ripetizione della procedura anche qualora siffatta evenienza sia tutt'altro che certa o altamente probabile.

A diverso esito non potrebbe, peraltro, pervenirsi quand'anche si ritenesse il suddetto ipotetico interesse non soddisfattivo della nozione contemplata dall'art.100 c.p.c., in quanto classificabile alla stregua di una mera *fiction iuris* preordinata a celare un'ipotesi di vera e propria giurisdizione oggettiva, come tale, strumentale ad assicurare soltanto il mero rispetto della legalità. Che, infatti, nel nostro ordinamento la giurisdizione civile e, di conseguenza anche quella amministrativa (ai sensi dell'art.39 c.p.a.), sia fondata sul principio della domanda, ai sensi del combinato disposto degli artt.99 e 112 c.p.c., è innegabile, come del pari, però, lo è l'impossibilità di concepire il processo unicamente ed esclusivamente nell'ottica degli interessi delle parti in causa, ben potendo ammettersi un intervento e financo un'iniziativa dello Stato funzionale alla tutela degli interessi pubblici generali di primaria importanza coinvolti nel singolo giudizio.

Il principio della domanda, infatti, è derogabile ed è stato derogato dal legislatore ordinario ogniqualvolta sia stata avvertita l'esigenza di non demandare all'iniziativa dei privati la tutela di interessi che, per la loro peculiare rilevanza o natura (anche soltanto in parte) pubblicistica, necessitavano di un adeguato ed efficiente sistema obiettivo di controllo e di repressione delle eventuali violazioni.

Si pensi, ad esempio, agli artt.41 co.2 e 368 c.p.c. che consentono alla Pubblica Amministrazione, che non sia parte in causa (*rectius* al Prefetto), di chiedere, in ogni stato e grado del processo, che sia dichiarato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione il difetto assoluto di giurisdizione, poiché le questioni dedotte in giudizio dalle parti attengono all'esercizio di poteri e prerogative riservate dalla legge all'Autorità Amministrativa e, come tali, insindacabili da parte del potere giurisdizionale.

Si pensi, ancora, alla declaratoria di fallimento, possibile non soltanto su domanda dei creditori ma anche su iniziativa del Pubblico Ministero ed un tempo, financo, da parte del Tribunale fallimentare d'ufficio (secondo quanto previsto dall'ormai abrogato art.8 L.Fall.).

Si pensi, infine, alla riconosciuta legittimazione delle Autorità Indipendenti ad agire in giudizio per ottenere l'annullamento di atti ritenuti illegittimi (art. 211 co.1 *ter* D.Lgs. 50/2017, introdotto dal d.l. 50/2017 convertito con modificazioni nella legge 96/2017, ed art.21 *bis* L. 287/1990) o ancora a quella del Ministero dell'Economia e delle Finanze ad impugnare i regolamenti di Province e Comuni disciplinanti le proprie entrate tributarie per vizi di legittimità avanti agli organi di giustizia amministrativa (art.54 co.4 D.Lgs. 446/1997).

Trattandosi, dunque, di un principio derogabile e derogato dal nostro legislatore, la concezione della giurisdizione in senso soggettivo non osta all'ammissibilità e procedibilità nel nostro ordinamento processuale di eventuali azioni sorrette dal mero interesse alla legalità in quanto proposte

da soggetti che non potranno conseguire utilità dirette e concrete di certa o altamente probabile realizzazione.

Con riguardo al caso in esame, il Collegio osserva che alla procedura di affidamento dell'appalto in questione aveva in un primo momento partecipato, oltre alle due società in causa, anche una terza società poi esclusa in quanto ritenuta priva di taluni requisiti di partecipazione richiesti dal bando e dal disciplinare di gara. Pertanto, poiché l'ipotetico accoglimento reciproco dei proposti ricorsi implicherebbe la ripetizione della procedura di affidamento con la pubblicazione di un nuovo bando, sussiste l'interesse strumentale della ricorrente principale all'esame del proposto ricorso principale nella prospettiva della futura ed eventuale partecipazione alla nuova gara che dovrebbe essere indetta.

Va, dunque, esaminato il ricorso principale, muovendo, anzitutto, dalle eccezioni di irricevibilità ed inammissibilità sollevate dall'Amministrazione resistente e dalle controinteressate.

Secondo quanto sostenuto dall'IRCCS CENTRO NEUROLESI BONINO PULEJO, la SERVIZI ITALIA S.p.A. avrebbe dovuto impugnare ai sensi dell'art.120 co.2 *bis* c.p.a. il verbale del 20 febbraio 2019 entro i 30 giorni successivi in quanto recante l'ammissione alla procedura dell'aggiudicataria.

Il Collegio, preliminarmente, precisa che per la definizione del giudizio rileva l'applicazione dell'art.120 co.2 *bis* c.p.a. poiché il ricorso è stato depositato prima del 19 aprile 2019, ossia prima dell'entrata in vigore del D.L. "*sblocca-cantieri*" del 18 aprile 2019 n.32 (pubblicato in Gazzetta Ufficiale del 18 aprile 2019 n.92) che ha abrogato il rito "*super-accelerato*".

Senonché, l'art.120 co.2 *bis* c.p.a. subordina la decorrenza del previsto termine di impugnazione di 30 giorni alla pubblicazione del provvedimento decretante le ammissioni e le esclusioni dalla procedura sul profilo del committente della stazione appaltante ai sensi dell'art.29 co.1 del D.lgs. 50/2016 e sempre che siano resi disponibili, tramite accesso riservato, i

documenti relativi corredati di motivazione. Secondo, quanto, infatti, affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea «*La direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, e in particolare i suoi articoli 1 e 2 quater, letti alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che prevede che i ricorsi avverso i provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici recanti ammissione o esclusione dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici debbano essere proposti, a pena di decadenza, entro un termine di 30 giorni a decorrere dalla loro comunicazione agli interessati, a condizione che i provvedimenti in tal modo comunicati siano accompagnati da una relazione dei motivi pertinenti tale da garantire che detti interessati siano venuti o potessero venire a conoscenza della violazione del diritto dell'Unione dagli stessi lamentata*» (Corte giustizia UE sez. IV, 14/02/2019, n.54). Affinché, dunque, la disposizione in esame non sia in contrasto con il diritto eurounitario occorre non soltanto che il provvedimento di ammissione sia adeguatamente motivato ma che sia anche effettivamente garantita alle parti interessate la possibilità di conoscere i documenti all'uopo prodotti dalle concorrenti ed esaminati dalla Stazione Appaltante.

Sennonché, dagli atti di causa non è dato evincere se e quando il provvedimento di ammissione ed esclusione dei partecipanti alla procedura sia stato pubblicato sul profilo internet dell'Amministrazione resistente con l'avvertimento della possibilità riconosciuta alle concorrenti di accedere in via riservata ai documenti pertinenti. Di conseguenza, non risulta comprovata la fondatezza dell'eccezione di irricevibilità sollevata, non potendosi ascrivere rilievo alla conoscenza del provvedimento in questione

aliunde acquisita dalla ricorrente. In tal senso si è pronunciato anche il Consiglio di Stato, statuendo che «*nel regime successivo alle modifiche introdotte dal correttivo al codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56) al rito c.d. super-speciale sulle ammissioni ed esclusioni dalle procedure di affidamento di contratti pubblici ex art. 120, comma 2-bis, cod. proc. amm., la pubblicazione dei provvedimenti di ammissione ed esclusione dalla gara nelle forme previste dal sopra citato art. 29 d.lgs. n. 50 del 2016 costituisca la sola formalità in grado di fare decorrere il termine per proporre il ricorso e che la stessa non può essere supplita dalla conoscenza comunque acquisita di tali provvedimenti*» (Consiglio di Stato sez. V, 22/10/2019, n.7187 e per tutte da ultimo, Cons. Stato, III, 17 giugno 2019, n. 4025).

Peraltro, l'art. 120 comma 2 *bis*, c.p.a., costituendo eccezione alla generale regola che onera i partecipanti alla gara di proporre l'impugnazione degli atti lesivi del loro interesse al momento dell'aggiudicazione, è norma di stretta interpretazione e, come tale, non è suscettibile di estensione o applicazione analogica, onde non incorrere nella violazione del divieto di cui all'art.14 disp. prel. c.c.

Pertanto, l'eccezione è priva di pregio, come anche, per le medesime ragioni poc'anzi esplicitate, quella con cui si contesta l'ammissibilità del ricorso per omessa tempestiva impugnazione del provvedimento di ammissione dell'aggiudicataria alla procedura.

Del pari, priva di fondamento è, infine, l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dalla MEDIMED S.r.l., non essendo le censure dedotte dalla SERVIZI ITALIA S.p.A. in modo alcuno generiche o esplorative.

L'ARJO ITALIA S.p.A. ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per invalidità della notifica presso un indirizzo P.E.C. non contenuto nello specifico registro di cui all'art.16 co.12 D.l. n.179/2012 tenuto presso il Ministero della Giustizia, non potendosi ritenere all'uopo valido l'indirizzo P.E.C. estratto dal registro IPA.

Il Collegio osserva che la questione è particolarmente dibattuta in

giurisprudenza.

Secondo un primo indirizzo, recentemente ribadito dal Consiglio di Stato, *«la notifica telematica del ricorso alle Amministrazioni deve essere effettuata presso gli indirizzi mutuati dall'elenco tenuto dal Ministero della Giustizia escludendo, in apice, ogni forma di equipollenza, con la conseguenza che nemmeno l'indirizzo Pec risultante dal registro IPA e gli indirizzi internet indicati nei siti dell'amministrazione possono ritenersi validi ai fini della notifica degli atti giudiziari alle P.A.; l'oscillazione giurisprudenziale riscontrata sul punto giustifica il riconoscimento dell'errore scusabile»* (Consiglio di Stato sez. III, 22/10/2019, n.7170).

Senonché, in altre e precedenti pronunce, il Consiglio di Stato ha riconosciuto la validità della notifica del ricorso a mezzo posta elettronica certificata recapitata all'amministrazione presso l'indirizzo risultante dall'Indice PA, tanto più se l'amministrazione pubblica destinataria della notificazione telematica sia rimasta inadempiente all'obbligo di comunicare altro e diverso indirizzo PEC da inserire nell'elenco pubblico tenuto dal Ministero della Giustizia (Consiglio di Stato sez. III, 27/02/2019, n. 1379; Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 12 dicembre 2018 n. 7026).

Il Collegio ritiene che nel caso in esame la questione debba essere risolta secondo la disciplina contemplata dagli artt. 156 e 160 c.p.c. (applicabili nel processo amministrativo in virtù del rinvio esterno disposto dall'art.39 co.2 c.p.a.) secondo cui la nullità (della notificazione) non può mai essere pronunciata se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato. E considerato che l'Amministrazione resistente si è costituita in giudizio esercitando, senza limitazioni o pregiudizi, il suo diritto di difesa, qualsivoglia nullità della notificazione del ricorso deve ritenersi sanata in ragione della richiamata regola del raggiungimento dello scopo.

Pertanto, il ricorso principale deve essere esaminato nel merito.

Con il primo motivo di deduce l'illegittimità dell'aggiudicazione e degli ulteriori atti impugnati poiché l'aggiudicataria, non avendo specificato

separatamente i costi della manodopera nella propria offerta economica, doveva essere esclusa dalla procedura di affidamento in questione.

Il Collegio osserva che l'art.60 del D.Lgs. 19 aprile 2017 n.56 ha integrato l'art.95 co.10 D.Lgs. 18 aprile 2016 n.50 prevedendo l'obbligatorietà nell'offerta economica dell'indicazione separata (anche) del costo della manodopera oltre a quella già prevista del costo della sicurezza aziendale, tranne in caso di affidamento di contratti pubblici di forniture senza posa in opera, servizi di natura intellettuale ed affidamenti diretti.

La ragione della prevista indicazione separata del costo del lavoro è rinvenibile nell'esigenza di consentire alla Stazione appaltante una puntuale verifica della congruità del prezzo offerto con particolare riguardo al rispetto delle tabelle ministeriali, dalle quali, secondo la giurisprudenza (Consiglio di Stato sez. V, 02/08/2018, n.4785, Cons. Stato, Sez. V, 7/5/2018, n. 2691 5/10/2017, n. 4644 e Sez. III, 13/10/2015, n. 4699), gli operatori economici possono discostarsi, purché in ragione di giustificazioni attendibili. Si pensi, ad esempio, alle tabelle ministeriali che nella parte in cui individuano un costo medio-orario del lavoro basato su una serie di parametri forfettari (calcolando un certo numero di giorni di ferie, di malattia, ecc...) non precludono al concorrente la possibilità di offrire un costo medio inferiore giustificato, per ipotesi, dalla peculiare esiguità dello scostamento o dall'inadeguatezza di uno dei parametri forfettari rispetto alla propria realtà aziendale o dalla prevedibile diminuzione dei giorni di assenza dei propri lavoratori rispetto a quelle forfettariamente preventivate, ecc... La giurisprudenza, quindi, ammette che dalle tabelle ministeriali ci si possa discostare motivando la ragione per la quale si offre un costo della manodopera inferiore rispetto a quello individuato sulla base del parametro medio stabilito dal Ministero, purché, comunque, sempre pari o superiore rispetto al trattamento salariale minimo inderogabile stabilito dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge (art.97

co.6 D.Lgs. 50/2016).

Nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici, all'esito delle modifiche apportate dal ("Correttivo") D.Lgs. n.56/2017, il regime del costo della manodopera è parificato a quello dei costi di sicurezza. Quindi, la mancata indicazione separata dell'uno o dell'altro nell'offerta economica legittima l'esclusione dell'offerente dalla gara, in tal senso deponendo il testo normativo dell'art.95 co.10 D.Lgs. 50/2016 nella parte in cui, adoperando il modo indicativo ed il tempo presente, chiarisce inequivocabilmente che *"nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali ..."*.

La mancata puntuale indicazione, in sede di offerta, dei costi della manodopera comporta, dunque, necessariamente l'esclusione del concorrente dalla gara, non essendo siffatta lacuna rimediabile attraverso il soccorso istruttorio (T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 18/03/2019, n.3605; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 24/12/2018, n.28549).

Il Consiglio di Stato ha condiviso la prospettata interpretazione letterale della richiamata disposizione, statuendo che *«nell'ambito di una gara pubblica, si intendono violate le disposizioni di cui all'art. 95, co. 10 del D.Lgs. n. 50/2016, laddove l'operatore economico che intenda partecipare alla gara non abbia inserito nell'offerta economica i propri costi della manodopera»* (Consiglio di Stato sez. III, 03/07/2019, n.4556) essendo, quindi, *«illegittima la decisione della Commissione di gara di riammettere le imprese escluse per omessa indicazione separata dei costi della manodopera rispetto agli oneri aziendali in presenza di espressa previsione in tal senso della lex specialis di gara, contenente il rinvio all'art. 95, comma 10, d.lg. n. 50/2016. Si tratta infatti, da un lato (per i costi della manodopera) di informazioni che solo l'operatore economico, datore di lavoro, può conoscere, sicché non possono formare oggetto di una preconstituita modalità di computo ed imposizione, ai fini dello scorporo dal prezzo, e, dall'altro, (per gli oneri aziendali di adempimento delle disposizioni in tema di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro) di costi interni aziendali dell'impresa, da*

*quantificarsi in rapporto all'offerta economica e all'organizzazione propria e autonoma dell'impresa concorrente; sicché, in difetto di una separata indicazione, verrebbe meno l'obiettivo della norma — e della previsione della *lex specialis*, che espressamente richiedeva, a pena di esclusione, l'osservanza dell'adempimento — che è evidentemente quello di verificare il rispetto delle prescrizioni in materia di retribuzione, assicurazione obbligatoria e sicurezza del lavoro. Si tratta pertanto di violazione sostanziale di una disposizione idonea a determinare una vera incertezza sul contenuto dell'offerta economica e, pertanto, non sanabile con il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante» (Consiglio di Stato sez. V, 25/09/2018, n.5513.*

Siffatto orientamento, tuttavia, ha destato qualche perplessità nei casi in cui l'obbligo di separata indicazione dei costi della manodopera non fosse stato espressamente esplicitato nel bando o nel disciplinare di gara, al punto da indurre gli operatori economici in errore in relazione alla doverosità o meno dell'adempimento, secondo quanto desumibile dalla *lex specialis* della procedura.

Si tratta di una vicenda, in parte analoga, a quella delle cause di esclusione non codificate dalla legge e dalla giurisprudenza ritenute in talune ipotesi validamente applicate dalle Stazioni Appaltanti. Si pensi, ad esempio, all'omesso pagamento del contributo previsto dalla legge n.266/2005 in favore dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici. Questione, come noto, risolta dalla Corte di Giustizia dell'U.E. nel senso che le clausole di esclusione devono essere previste nel bando e devono risultare dai documenti della procedura, essendo, infatti, imposto dai principi di trasparenza, parità di trattamento e chiarezza che le condizioni di partecipazione siano esplicitate nella *lex specialis* (Corte giustizia UE sez. VI, 02/06/2016, n.27). In quella pronuncia la Corte di Giustizia dell'U.E. ha ritenuto che il pagamento del predetto contributo era considerato requisito di partecipazione in virtù di un'interpretazione giurisprudenziale estensiva della L. 266/2005 legittimante l'applicazione della disciplina in questione,

prevista soltanto per le procedure di affidamento degli appalti di opere pubbliche, anche alle procedure di affidamento degli appalti di servizi. E poiché non ne era agevole la conoscenza soprattutto (ma non soltanto) per le (eventuali) società concorrenti non italiane, non essendo, peraltro, stata prevista nel bando, la sua qualificazione quale requisito di partecipazione a pena di esclusione è stata ritenuta in contrasto con il diritto eurounitario, dovendo, dunque, in siffatti casi la P.A. concedere un termine per consentire alle imprese interessate la regolarizzazione del predetto onere.

Sulla compatibilità con il diritto eurounitario dell'esclusione da una procedura di affidamento di contratti pubblici di un concorrente per omessa specificazione separata dei costi della manodopera nella propria offerta economica allorché siffatto adempimento non fosse stato espressamente richiesto nel bando o nel disciplinare di gara, nonostante la chiarezza del testo dell'art.95 co.10 D.Lgs. 50/2016, si è dubitato al punto da sollevare la questione pregiudiziale interpretativa dinanzi Corte di Giustizia dell'U.E. che, recentemente pronunciandosi, ha così risolto la quesitone: *«i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione. Tuttavia, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in*

questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice» (Corte giustizia UE sez. IX, 02/05/2019, n.309).

L'omessa specificazione, dunque, nella *lex specialis* dell'obbligo di separata indicazione dei costi della manodopera e della correlativa sanzione dell'esclusione dalla procedura non costituisce, di per sé, circostanza ostativa alla corretta partecipazione delle imprese alle procedure di affidamento dei contratti pubblici ed al rispetto della concorrenza e della *par condicio* allorché la normativa di riferimento sia chiara sul punto, come certamente deve ritenersi quella in esame contemplata dall'art.95 co.10 D.Lgs. 50/2016.

Le prime sentenze della giurisprudenza amministrativa successive alla richiamata pronuncia della Corte di Giustizia dell'U.E. hanno, infatti, sottolineato l'importanza preminente, ai fini della decisione di siffatte tipologie di controversie, della documentazione di gara e della concreta possibilità per le concorrenti di indicare separatamente i costi della manodopera. In tal senso si è espresso il T.A.R. Lazio, sede di Roma, precisando che *«I principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati nella Direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la Direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale*

relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione. Tuttavia, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'Amministrazione aggiudicatrice. Ciò significa che, sebbene non sia violativo della normativa comunitaria prevedere una ipotesi di esclusione automatica dalla procedura selettiva per mancata indicazione dei costi della manodopera, è comunque necessario operare una valutazione in concreto sulle indicazioni fornite nella documentazione di gara che non devono dare adito a dubbi circa gli adempimenti richiesti a pena di esclusione» (T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 06/06/2019, n.7324).

Il Collegio osserva che, nella fattispecie in esame, il disciplinare di gara prevedeva per i concorrenti la “possibilità” di avvalersi dell'allegato A per la presentazione della domanda di partecipazione, degli allegati B1 e B2, C e D per le dichiarazioni sostitutive di certificati e di atti di notorietà. Nessun allegato, invece, era previsto per la presentazione dell'offerta tecnica e dell'offerta economica. Le imprese, dunque, erano libere di formulare le loro offerte senza moduli precostituiti, come la documentazione in atti dimostra.

Pertanto, i concorrenti potevano indicare, senza preclusione alcuna, i costi della manodopera, non ostandovi alcun impedimento di tipo formale o procedurale.

L'ARJO ITALIA S.p.A. ha eccepito l'illegittimità costituzionale della disciplina in esame così come interpretata anche dalla Corte di Giustizia per violazione dei controlimiti enunciati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 183/1973, con particolare riguardo ai principi di certezza del diritto e legittimo affidamento. Gli artt. 95, comma 10, e 83, comma 9, del D.Lgs. 50/2016, infatti, giustificando la sanzione dell'esclusione dalla

procedura di gara di un operatore per omessa osservanza di un adempimento previsto da una norma di legge così come interpretata da una stazione appaltante sarebbero in contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost.

Il Collegio osserva che la questione di legittimità costituzionale prospettata dall'aggiudicataria implica l'esame della possibile incidenza, sul piano del rispetto della concorrenza, della corretta partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici e della *par condicio*, della mancata esplicitazione nella *lex specialis* dell'obbligo di separata indicazione dei costi della manodopera della correlativa sanzione dell'esclusione dalla procedura.

Il Collegio, al riguardo, osserva che l'omessa previsione nel bando e nel disciplinare di gara di un'espressa clausola di esclusione per il caso di mancata indicazione separata dei costi della manodopera non può, di per sé, ingenerare confusione negli operatori economici a fronte del chiaro ed inequivoco tenore dell'art.95 co.10 D.Lgs. 50/2016. Non può, infatti, ritenersi scusabile l'ignoranza della legge quando la sua interpretazione ed applicazione non desti perplessità alcuna a causa della chiarezza delle espressioni adoperate dal legislatore, come nel caso in esame. Né, peraltro, può ritenersi necessaria un'espressa ripetizione nel bando o nel disciplinare di gara della regola sancita dall'art.95 co.10 D.Lgs. 50/2016, poiché altrimenti si perverrebbe alla non condivisibile conclusione secondo cui la disciplina in esame sarebbe meramente dispositiva in quanto rimessa ad una scelta discrezionale degli Enti aggiudicatori ai quali, invece, non è consentita, sul punto, deroga alcuna in ragione proprio della indiscutibile natura imperativa della normativa in questione.

La Corte di Giustizia dell'U.E. ha statuito che il principio della parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in caso di mancato rispetto di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale

procedura o dal “*diritto nazionale vigente*”, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti (sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 51; v., in tal senso, ordinanza del 10 novembre 2016, Spinosa Costruzioni Generali e Melfi, C-162/16, non pubblicata, EU:C:2016:870, punto 32), precisando poi che «*sebbene il giudice del rinvio rilevi che il bando di gara di cui al procedimento principale non richiamava espressamente l'obbligo incombente ai potenziali offerenti, previsto all'articolo 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici, di indicare, nell'offerta economica, i loro costi della manodopera, dagli elementi del fascicolo di cui dispone la Corte risulta tuttavia che il bando in parola specificava che, “[p]er quanto non espressamente previsto nel presente bando, nel capitolato e nel disciplinare di gara si applicano le norme del [codice dei contratti pubblici]*”. Ne consegue che qualsiasi offerente ragionevolmente informato e normalmente diligente era, in linea di principio, in grado di prendere conoscenza delle norme pertinenti applicabili alla procedura di gara di cui al procedimento principale, incluso l'obbligo di indicare nell'offerta economica i costi della manodopera» (Corte giustizia UE sez. IX, 02/05/2019, n.309).

Considerato, dunque, che secondo l'art.14 del disciplinare di gara (rubricato “*Disposizioni finali*”), “*per quanto non previsto dal Disciplinare di gara o dal presente capitolato speciale d'appalto si fa espresso riferimento al d.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii., e, in generale, alla vigente normativa sui contratti della Pubblica Amministrazione*” e che, quindi, l'operatività dell'art.95 co.10 D.Lgs. 50/2016 era chiaramente richiamata, l'obbligo di indicazione separata dei costi della manodopera era perfettamente conoscibile da parte delle società partecipanti alla gara e, pertanto, l'omessa osservanza del prescritto adempimento non può che essere esclusivamente imputato alla negligenza dell'aggiudicataria.

Nessuna violazione degli artt.3 e 24 Cost. può, dunque, ritenersi perpetrata dall'applicazione della disciplina in esame.

Di conseguenza, l'aggiudicataria, non avendo provveduto a specificare i costi della manodopera così rendendo generica ed incerta nel suo contenuto l'offerta economica presentata e non potendo rimediare mediante il soccorso istruttorio, doveva essere esclusa dalla procedura. L'aggiudicazione, pertanto, è illegittima, come correttamente dedotto dalla ricorrente principale.

Pertanto, il primo motivo di illegittimità dedotto dalla ricorrente principale è fondato e giustifica l'accoglimento del ricorso, con assorbimento di tutti gli altri motivi ed annullamento degli atti di gara impugnati.

Deve adesso procedersi all'esame del ricorso incidentale.

Con il primo motivo si lamenta la non conformità dell'offerta della ricorrente a taluni profili tecnici accertati nel corso dell'istruttoria processuale condotta.

Al riguardo, va premesso che il C.T.U. non ha potuto visionare i campioni offerti dalle società concorrenti alla Stazione Appaltante in sede di gara perché già ritirati dalle medesime al tempo dell'inizio delle operazioni peritali. Quindi, l'accertamento è stato, essenzialmente, condotto sulla base della documentazione offerta in comunicazione dalle parti in causa.

Limitando per ragioni di economicità processuale l'attenzione sul primo dei quesiti formulati con l'ordinanza istruttoria 1961/2019, si riportano di seguito le conclusioni alle quali è pervenuto il C.T.U.

Caratteristiche minime – Materasso ad alto rischio: *“dica il C.T.U. se i materassi oggetto dell'offerta della Servizi Italia S.p.A. siano contraddistinti da un'altezza superiore a 21 cm.”*

“1. Il capitolato per il “materasso ad alto rischio” prevede la fornitura di un “materasso ... di altezza non inferiore ai 18 cm e non superiore a 21 cm per questioni di sicurezza in merito alla prevenzione sul rischio di caduta dei pazienti”;

2. il capitolato non indica un'altezza massima per il materasso ad altissimo rischio a cessione d'aria 3. Il “materasso ad alto rischio” offerto è costituito da 20 celle attive a

struttura modulare di altezza pari a 20,5 cm;

4. Il sistema offerto comprende una base ed una cover;

5. L'altezza complessiva del sistema offerto risulta quindi dalla somma delle diverse componenti: Base inferiore, materasso a celle attive, cover;

6. I dati descrittivi di sintesi riportati nella documentazione tecnica (Scheda tecnica e Manuale d'uso) si riferiscono alla misura complessiva del sistema offerto, pari a 21,5 cm;

7. Trattandosi di materasso a celle d'aria, e non di un corpo rigido, è evidente che la misura dell'altezza può variare in funzione della pressione d'aria e del peso che grava, quando in uso, sulla superficie dello stesso, potendosi misurare anche altezze diverse sulla superficie;

8. Il rischio di caduta del paziente a cui fa esplicito riferimento la previsione di capitolato, non si ritiene possa variare in relazione ai valori delle grandezze su descritte (21 cm vs 21,5 cm);

9. 0,5 cm (i.e., 21,5-21) in termini percentuali, rappresenta il 2,38% dell'altezza limite di 21 cm;

Pertanto, sulla base di quanto evidenziato e ricordato quanto riportato nelle "Precisioni e risposte a richieste di chiarimento" rilasciate dalla stazione appaltante, il sottoscritto ritiene che il sistema offerto da Servizi Italia abbia caratteristiche minime equivalenti a quelle richieste dal capitolato di gara".

Il Collegio osserva che «Nel nostro ordinamento vige il principio *iudex peritus peritorum*, in virtù del quale è consentito al giudice di merito disattendere le argomentazioni tecniche svolte nella propria relazione dal consulente tecnico d'ufficio, e ciò sia quando le motivazioni stesse siano intimamente contraddittorie, sia quando il giudice sostituisca a esse altre argomentazioni, tratte da proprie personali cognizioni tecniche. In ambedue i casi, l'unico onere incontrato dal giudice è quello di un'adeguata motivazione, esente da vizi logici ed errori di diritto» (Cassazione civile sez. II, 20/03/2017, n.7086).

L'elemento che dall'esame della C.T.U. emerge in modo inequivoco è che l'oggetto dell'offerta tecnica della ricorrente principale è costituito da un

materasso di 20 celle attive a struttura modulare di altezza pari a 20,5 cm oltre ad una cover ed una base inferiore che concorrono ad aumentare lo spessore al punto da superare il limite massimo previsto dalla *lex specialis*. Ed invero, in quanto parti di un sistema integrato, cover e base inferiore non possono non essere valutate insieme al materasso, essendo elementi coessenziali della cosa che sarà fornita all'Amministrazione resistente e che dovrà essere adoperata per l'erogazione del servizio sanitario in favore dei pazienti. Di conseguenza, il limite prestabilito dalla Stazione Appaltante deve ritenersi superato.

Né, peraltro, possono in questa sede condividersi le argomentazioni di equipollenza o tecniche (come, ad esempio, quella secondo cui il peso del paziente implicherebbe un abbassamento del livello del materasso alla soglia di sicurezza prestabilita dalla *lex specialis*) articolate dal C.T.U. poiché si introdurrebbero criteri valutativi, da un lato, rientranti nelle valutazioni tecnico-discrezionali della P.A. e, quindi, non suscettibili di sindacato giurisdizionale e, dall'altro, comunque idonee ad alterare il regolare svolgimento della procedura e la *par condicio* tra i concorrenti in gara a fronte del rispetto di una regola oggettiva (qual è quella dell'altezza del materasso) imposta dall'Amministrazione resistente per la tutela della sicurezza dei pazienti e, dunque, non suscettibile di alcuna interpretazione estensiva.

Il primo motivo, pertanto, è fondato e giustifica l'accoglimento del ricorso incidentale con assorbimento degli ulteriori motivi non esaminati ed annullamento dell'ammissione della ricorrente principale alla procedura.

Considerato che entrambi i ricorsi presentati vanno accolti e che, quindi, l'intera procedura di affidamento relativa al lotto 1 dovrà essere ripetuta, le spese processuali del giudizio vanno interamente compensate in ragione della reciproca soccombenza delle parti.

Le spese di C.T.U. si liquidano in favore del nominato professionista, ai sensi dell'art.12 del D.M. 30 maggio 2002, nella misura di € 800,00 (ivi

incluso l'anticipo liquidato) a titolo di onorari, oltre accessori dovuti per legge e vanno poste a carico di tutte le parti costituite in pari misura tra loro.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla l'aggiudicazione impugnata; accoglie il ricorso incidentale e, per l'effetto, annulla il provvedimento di ammissione alla procedura di gara della ricorrente principale.

Spese compensate.

Liquida le spese di C.T.U., in favore del professionista incaricato, in € 800,00 (ivi incluso l'anticipo liquidato) a titolo di onorari, oltre accessori dovuti per legge, che pone a carico di tutte le parti in causa in pari misura tra loro.

Spese .

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 30 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Iannini, Presidente

Francesco Bruno, Consigliere

Maurizio Antonio Pasquale Francola, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Maurizio Antonio Pasquale Francola

IL PRESIDENTE

Giovanni Iannini

IL SEGRETARIO