

Pubblicato il 05/05/2020

N. 00145/2020 REG.PROV.COLL.

N. 00384/2019 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 l' Abruzzo

sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 384 del 2019, proposto da Omnia Servitia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Fausto Troilo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Sanitaria Locale Pescara, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Alessandro Di Sciascio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Pescara, piazza Unione, 33;

nei confronti

Bioh Filtrazione S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Vittoria Luciano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Luciano Vittoria

in Milano, viale Gian Galeazzo 16;
Sterimed S.r.l. non costituito in giudizio;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

“- della Delibera n. 1206 dell'11.10.2019, trasmessa in data 16.10.2019, con cui il Direttore Generale f.f. della ASL Pescara ha aggiudicato il “Servizio di gestione e trattamento dell'acqua calda e fredda sanitaria finalizzata alla prevenzione e controllo del rischio Legionella nelle strutture ospedaliere e residenziali dell'ASL di Pescara” (CIG 74591182E6) in favore della Bioh Filtrazione S.r.l., nonché della nota prot. 0137912/19 del 16.10.2019, a firma del RUP, con cui è stata comunicata l'adozione della predetta Delibera,

nonché

- di tutti i verbali di gara ed, in particolare, dei verbali delle sedute riservate e dei quadri generali riepilogativi dei giudizi e dei punteggi attribuiti agli operatori in gara (allegati ai verbali medesimi), nonché del verbale di seduta pubblica di apertura delle offerte economiche e dei verbali relativi al sub-procedimento di verifica dell'anomalia,

e, comunque,

- di tutti gli atti e/o provvedimenti presupposti, connessi, conseguenti e correlati a quelli sopraindicati, ancorché non conosciuti, ivi compresi, se e per quanto possa occorrere, la proposta di aggiudicazione del Direttore U.O.C. Servizi Tecnici Manutentivi, allegata “A” alla delibera di aggiudicazione, nonché il bando-disciplinare e/o qualunque altro atto di gara (ivi compresi tutti i verbali di gara), regolante le modalità di valutazione delle offerte tecniche, anche ove interpretati in senso ostativo all'accoglimento del presente ricorso,

nonché:

- in via principale, ai sensi degli articoli 121 e 122 c.p.a, per la declaratoria della inefficacia del contratto, ove nelle more stipulato, e, in ogni caso, per la declaratoria del diritto della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione dell'appalto e il subentro nella esecuzione del contratto (eventualmente stipulato);

- in subordine, per la sola ipotesi di impossibilità al risarcimento in forma specifica, per l'accertamento della illegittimità del provvedimento di aggiudicazione e, e con riserva

di esperire tutte le relative azioni risarcitorie e/o indennitarie da formulare ex post con separato giudizio”.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da BIOH FILTRAZIONE S.R.L. il 18\12\2019:

“della mancata esclusione di Omnia Servitia srl (ricorrente principale) dalla gara”

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Bioh Filtrazione S.r.l. e di Azienda Sanitaria Locale Pescara;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 aprile 2020 il dott. Paolo Passoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Si premette che l'ASL di Pescara ha indetto gara per l'affidamento quinquennale del “Servizio di gestione e trattamento dell'acqua calda e fredda sanitaria finalizzata alla prevenzione e controllo del rischio Legionella nelle strutture ospedaliere residenziali dell'ASL di Pescara” del valore di € 1.500.000,00.

Con il ricorso in epigrafe Omnia Servitia Srl (partecipante alla gara insieme ad altre due ditte, entrambe intimate) impugna la delibera n. 1206 dell'11/10/2019 con cui la stazione appaltante ha disposto l'aggiudicazione dell'appalto in favore della controinteressata Bioh Filtrazione srl.

La ricorrente contesta le modalità con le quali la Commissione giudicatrice ha valutato le offerte tecniche, assumendo che la stessa avrebbe illegittimamente:

1. violato il principio di concentrazione delle operazioni di gara;
2. invertito l'ordine di esame dei criteri valutativi, anteponendo la disamina di quelli vincolati (tabellari e quantitativi) a quelli di natura discrezionale;
3. assegnato collegialmente i coefficienti di valutazione dei criteri discrezionali, omettendo pure di motivare le ragioni dei corrispondenti punteggi.

Si sono costituite in giudizio l'Asl intimata e la controinteressata aggiudicataria, che hanno controdedotto con memorie. La controinteressata ha proposto altresì ricorso incidentale, deducendo l'illegittimità dell'ammissione alla gara della ricorrente per i seguenti motivi:

- impossibilità per la ricorrente principale di eseguire le prestazioni oggetto della propria offerta, perché non in grado di reperire sul mercato i filtri da installare presso i presidi ospedalieri della ASL di Pescara;
- inadeguato numero di impianti di biossido di cloro proposto da Omnia Servitia;
- violazione della lex specialis per asserita carenza di marcatura CE dei pre-filtri offerti da Omnia Servitia;
- violazione e falsa applicazione del combinato disposto dagli artt. 95, comma 10, 97, comma 5, e 23, comma 16, del DLgs n. 50/16, per omessa indicazione del costo del personale amministrativo-organizzativo impiegato nell'appalto.

Nel corso della camera di consiglio del 24.1.2020, il tar ha accolto l'istanza di sospensiva ai fini di una sollecita trattazione della causa nel merito, ai sensi dell'articolo 55 comma 10 CPA (ordinanza 10/2020).

Dopo ampio dibattito intercorso con memorie scritte dalle parti costituite, la causa è passata in giudizio nel corso dell'udienza da remoto del 22.4.2020.

DIRITTO

Il Collegio procede all'esame di entrambi i ricorsi, sia quello principale che quello incidentale, sulla base di considerazioni che saranno in seguito esternate.

Sempre anticipando l'esito finale del giudizio, tutti e due i reciproci gravami trovano accoglimento, con le conseguenze anch'esse successivamente illustrate.

Quanto al ricorso principale, va in primo luogo esaminata l'eccezione in rito sollevata dalla ASL intimata, secondo cui sarebbe nulla la notifica del ricorso effettuata a mezzo pec, per inapplicabilità al processo amministrativo dell'art. 16-quater del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179 (aggiunto dall'art. 46, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90).

L'eccezione è infondata.

In contrario, l'Adunanza Plenaria del 19 settembre 2017 n. 6 ha infatti chiarito che, pur in presenza di un duplice canale di attuazione del processo telematico, in considerazione delle differenze esistenti tra gli ordinamenti processuali, "ciò, tuttavia, non comporta che possa ritenersi impedita la notifica a mezzo PEC, la quale, oltre ad essere prevista da distinta norma primaria, risulta non essere condizionata dalla disciplina specifica del processo amministrativo telematico, che concerne l'applicazione della telematica al sistema processuale amministrativo a partire dal deposito (in via telematica) dell'atto instaurativo del giudizio...". Né alcuna preclusione in tal senso scaturisce dall'art. 13 delle disposizioni di attuazione al Cpa, così che la suddetta disciplina della notifica a mezzo pec "deve essere ritenuta pienamente efficace nell'ambito del processo amministrativo" (AP 6/17 citata).

Passando al merito del ricorso principale trovano condivisione il secondo e il terzo motivo.

Circa la doglianza con la quale si è censurato il modus operandi della commissione per aver anteposto l'esame di criteri discrezionali rispetto a quelli vincolati (tabellari e quantitativi) emerge in fatto che:

Il Disciplinare di gara, ai paragrafi 18 e 18.1, prevedeva l'attribuzione del punteggio massimo qualitativo di 70 punti, ripartiti fra i criteri ivi descritti e da valutarsi, da parte della Commissione, mediante l'attribuzione di punteggi discrezionali, ovvero quantitativi o tabellari, secondo le predeterminazioni del Disciplinare stesso, contrassegnati rispettivamente con le lettere *(D)*, *(Q)* e *(T)*

In particolare i punteggi vincolati erano riservati alle seguenti voci:

- b 1) dotazione organico -sistema quantitativo –Q;
- c) caratteristiche tecniche dei sistemi di disinfezione -criterio tabellare –T;
- d) caratteristiche tecniche dei sistemi di prefiltrazione -criterio tabellare T;
- e) caratteristiche tecniche dei sistemi di filtrazione terminale -criterio tabellare T;

I punteggi discrezionali riguardavano invece le seguenti voci:

- a): sistema integrato di gestione della proposta –D
- b): organizzazione servizio post-vendita –D-

Dalla cronologia dei verbali depositati in atti, emerge il seguente ordine temporale di esame delle varie voci qui in rilievo:

- Verbale n. 2: valutazione voci TABELLARI (vincolate) di cui alle lettere c) ed e);
- Verbale n. 3 del 25.2.2019: valutazione voce QUANTITATIVA (vincolata) di cui alla lettera b1) prima parte;
- Verbale n. 4 del 27.2.2019: valutazione voce QUANTITATIVA (vincolata) di cui alla lettera b1) seconda parte ;
- Verbale n. 5 dell'11.3.2019: valutazione voce DISCREZIONALE di cui alla lettera b) – prima parte;

- Verbale n. 6 del 25.3.2019: ancora sulla valutazione della voce discrezionale di cui alla lettera b) –seconda parte;
- Verbale n. 7 del 3.4.2019: valutazione della voce TABELLARE (vincolata) di cui alla lettera d);
- Verbale n. 8 dell'8.4.2019: valutazione della voce DISCREZIONALE di cui alla lettera a).

Emerge quindi per tabulas che la commissione ha prima esaminato due voci tabellari c) ed e) (vincolate) riferite alle caratteristiche tecniche rispettivamente dei sistemi di disinfezione e dei sistemi di filtrazione terminale; poi ha proseguito sempre con un'altra voce vincolata (la b1, relativa alla dotazione organico del sistema quantitativo –Q); solo a questo punto è iniziato l'esame delle componenti discrezionali con la voce b), relativa all'organizzazione servizio post-vendita; il seggio di gara ha tuttavia ritenuto poi di tornare subito sulla componente vincolata, esaminando il criterio tabellare di cui alla voce b) relativa alle caratteristiche tecniche dei sistemi di prefiltrazione; solo alla fine è stata vagliata la seconda componente discrezionale, tra l'altro la più importante per il punteggio in gioco, vale a dire la voce a) relativa all'organizzazione del servizio post vendita.

Pertanto appare evidente come il seggio di gara abbia proceduto in una sorta di metodo intermittente, alternando criteri vincolati a quelli discrezionali, dando comunque prevalente priorità di esame ai criteri vincolati. Quanto sopra, in assenza di disposizioni specifiche della *lex specialis*.

Tale *modus operandi* non può ritenersi condivisibile, in applicazione del pacifico principio giurisprudenziale secondo cui l'esame delle componenti discrezionali deve sempre rigorosamente precedere il vaglio di quelle vincolate (anche a prescindere da diverse od omesse disposizioni di gara sul punto), al fine di evitare che nella fase più delicata e soggettiva del giudizio il seggio di gara abbia già presente la provvista di punteggio attribuita meccanicamente a tutti i concorrenti, così da conoscere se anche

un decimale (da attribuire discrezionalmente) possa o meno fare la differenza vincente per uno o per l'altra ditta partecipante (su detto ormai pacifico principio, tra le tante Consiglio di Stato n. 824 del 29.2.2016).

La società controinteressata si è difesa sul punto, da una parte affermando che alcune voci vincolate sarebbero state vagliate successivamente a quelle discrezionali, e dall'altra rammentando che il principio invocato da controparte riguarderebbe la diversa fattispecie dell'ordine di esame fra offerta tecnica ed economica (dove appunto la giurisprudenza afferma che la prima deve trovare priorità di esame rispetto alla seconda).

Ora, riguardo al primo punto si richiama quanto detto in precedenza in ordine alla cronologia di esame seguita dalla commissione, la quale ha iniziato con due componenti vincolate, ha poi fatto seguire l'esame di una sola delle due componenti discrezionali, salvo poi definire l'ultima voce vincolata, per riservare in chiusura la più importante (discrezionale) attribuzione di punteggio: in buona sostanza, nessuna discrezionalità è stata vagliata senza essere indebitamente preceduta da riconoscimenti vincolati di punteggio; in ogni caso i poteri discrezionali-valutativi di maggiore impatto sono stati addirittura esercitati per ultimo, con ciò violando apertamente i suddetti principi di precauzione e di trasparenza procedimentale.

Né possono condividersi gli assunti mirati a delimitare tali principi all'interno della distinzione fra offerta tecnica ed offerta economica, atteso che in entrambi i casi non cambia la ratio cautelativa preordinata a salvaguardare il giudizio discrezionale dalla conoscenza previa di punteggi, scaturiti da mero meccanismo applicativo. Quanto infine alla rilevanza di tali regole procedurali –indipendentemente dalla prova di un vulnus valutativo specifico- si rinvia alle argomentazioni che da qui a poco saranno esternate, a proposito della cd. illegittimità di pericolo.

Passando al secondo motivo del ricorso principale –anch'esso fondato- resta comprovato in causa che la commissione ha assegnato collegialmente i coefficienti

di valutazione dei criteri discrezionali, nonostante il disciplinare di gara, per l'esame di tali voci, avesse disposto un vaglio individuale di ciascun commissario con un range da 0 a 1, da porre successivamente in media con i coefficienti attribuiti, allo stesso modo, dagli altri commissari.

La circostanza risulta confermata dalla stessa relazione sui fatti di causa depositata dalla ASL intimata in data 27.11.2019, in cui si afferma testualmente che “..Circa il *modus procedendi* della Commissione nell'effettuazione dell'analisi valutativa delle offerte, effettivamente i commissari non hanno espresso il proprio giudizio singolarmente, come peraltro previsto nella *lex specialis di gara* (conforme al Bando tipo n. I Anac nonché alle Linee Guida Anac n. 2 in materia di offerta economicamente più vantaggiosa), avendo ritenuto di esprimere lo stesso giudizio/punteggio, in relazione all'unanimità di valutazione.”

Trattasi di una evidente, conclamata violazione della *lex specialis*, che comporta l'accoglimento dell'eccepita doglianza.

In contrario, non può certo condividersi quanto ipotizzato dalla controinteressata, secondo cui in mancanza di verbalizzazioni ad hoc dovrebbe presumersi una sorta di volontà individuale dei singoli commissari scaturita in modo casuale ma perfettamente conforme fra tutti i commissari stessi, anche perché –a tutto concedere- se così fosse stato (ipotesi più che altro scolastica) non si vede perché mai non sarebbe stato verbalizzato alcunché di tutto questo.

Come correttamente evidenziato nel ricorso principale, con tale metodo prescelto dalla *lex specialis* (ma unilateralmente disatteso dall'Organo di gara) “...si è inteso preferire la media dei coefficienti individualmente e autonomamente apposti da ciascuno, in tal modo valorizzando al massimo il coinvolgimento di ciascun commissario e rendendo appunto il singolo giudizio del tutto autonomo da condizionamenti interni di tipo collegiale (e quindi “umani” e non matematici), pur essendo alla fine esso il prodotto dell'operato di tutti i componenti della

commissione, attraverso appunto la sua riconduzione a unità mediante la media matematica”.

La frontale disattenzione della prescrizione di gara costituisce quindi un decisivo vulnus nella regolarità della procedura di gara, a prescindere dal fatto che le linee guida Anac n. 2 (le quali prevedono questo metodo) non sarebbero vincolanti, come sostenuto da controparte. Se pure non era vincolante la soft law dell’authority, non poteva comunque non esserlo la lex specialis di gara, tra l’altro –come sopra visto– in presenza di una finalità tutt’altro che irrazionale e/o incomprensibile.

A questo proposito, il Collegio intende confutare insistenti argomentazioni della difesa della controinteressata, mirata a sostenere che le censure sollevate nel ricorso principale sarebbero tutte connotate da contenuti meramente formalistici in relazione alle modalità di conduzione prescelte dai commissari, senza alcuna concreta prova, e finanche senza alcuna prospettazione ricorsuale (così si afferma) che il censurato modus operandi abbia in qualche modo influito sulle scelte di gara e/o abbia comunque penalizzato la posizione partecipativa della ricorrente stessa.

Osserva in proposito il collegio che non ogni violazione delle forme o delle procedure (in primis quelle lato sensu comparative, ma non solo) può essere vista e apprezzata in relazione alla prova complementare di una sua concreta portata offensiva, attraverso una malintesa ultra-applicazione dell’art. 21 octies legge 241/90 (e/o del soccorso istruttorio previsto in via generale dalla legge sul procedimento all’art. 6 oltreché in via specifica dall’art. 83 comma 9 d.lgs. 50/2016).

In particolare, va ribadito che specie nei procedimenti concorsuali le regole di cautela e gli accorgimenti prudenziali sono importanti corollari della trasparenza pubblica; pertanto, quando l’azione amministrativa si discosta in modo percepibile da tali regole comportamentali, si determina “una *illegittimità di per sé rilevante e insanabile*, venendo in rilievo una condotta già ex ante implicitamente considerata come offensiva”, poiché in grado di minacciare il bene protetto dalle suddette regole

(Tar Lazio sez. I quater - sentenza n. 1988 del 21-02-2018, ove si argomenta, a proposito della violazione delle regole precauzionali di anonimato, di una *“illegittimità da pericolo c.d. astratto”* in quanto vizio derivante da una violazione della presupposta norma d’azione, come tale sanzionabile presuntivamente).

L’acclarata fondatezza delle due doglianze sopra scrutinate determina conclusivamente l’accoglimento del ricorso principale, assorbito ogni altro motivo. Passando al ricorso incidentale, va disattesa l’eccezione di inammissibilità dedotta dalla ricorrente principale, per via del fatto che tale gravame non presenta la rituale epigrafe. In realtà i motivi sono comunque argomentati in modo chiaro e specifico, così da escludere qualsiasi profilo di genericità.

Nel merito, il rimedio incidentale va accolto, per l’assorbente fondatezza del motivo basato sulla violazione dell’art. 95 comma 10 del d.lgs. 50/2016.

L’art. 17 del disciplinare di gara disponeva espressamente quanto segue: “La busta “C - Offerta economica” contiene a pena di esclusione (...) d) la stima dei costi della manodopera ai sensi dell’art. 95, comma 10 del codice”.

Nei giustificativi economici dell’offerta della soc. Omnia Servizi la complessiva incidenza della manodopera è stata determinata tenendo esclusivamente conto del personale tecnico addetto al servizio, e segnatamente degli operai di 2°, 3° e 4° livello, senza considerare la rilevante componente organizzativa affidata a strutture ed uffici di supporto (es. ufficio tecnico, ufficio del personale, ufficio legale ufficio logistica ufficio acquisti, magazzini depositi etc.): ne deriva pertanto che la concorrente Omnia.Servitia. ha ommesso di indicare nella dovuta sede il costo del personale amministrativo-organizzativo impiegato nell’appalto, nonostante espressa indicazione in tal senso della lex specialis. Detti costi sarebbero stati successivamente spiegati ed illustrati alla commissione solo nel corso della verifica di anomalia, attivata dalla commissione stessa per tutti e tre i concorrenti in gara.

Da qui la censura incidentale di mancata esclusione della ditta ricorrente, in virtù dei noti principi giurisprudenziali –in specie di matrice europea- che non ammetterebbero soccorsi istruttori di sorta nella soggetta materia.

La ricorrente principale replica affermando in primo luogo che le regole di gara non avrebbero comminato alcuna correlata sanzione espulsiva in caso di offerta carente dell'indicazione degli oneri della manodopera; ciò in quanto l'art. 17 del disciplinare avrebbe previsto l'esclusione dalla gara solo in caso di mancato inserimento nella busta C dell'offerta economica (“La busta “C – Offerta economica” contiene, a pena di esclusione, l'offerta economica ...”) e non anche con riguardo al contenuto della medesima. In ogni caso, a tutto concedere, si tratterebbe di disposizione non inequivoca, che ben avrebbe potuto (e dovuto) consentire soccorso istruttorio e richiesta di chiarimenti circa il rispetto sostanziale dell'art. 95 comma 10 del d.lgs. n. 50/2016 (viene invocata a sostegno la sentenza del Cons. St. Sez. V, n. 6688/2019). Tale interlocuzione si sarebbe poi correttamente verificata nel caso di specie, mediante positivo esito della verifica di anomalia, come emergerebbe dallo stralcio dei secondi giustificativi. Sempre secondo la ricorrente principale, la stazione appaltante sarebbe stata pertanto in grado di conoscere ogni dettaglio sui costi della manodopera, ivi compresi i costi amministrativi (sempre che questi pertengano a quella categoria), senza che la ricorrente incidentale abbia in qualche modo contestato tale validazione, portando avanti pertanto una impugnativa basata su un semplice irrilevante vizio di forma.

Ritiene il collegio che la questione possa essere ormai agevolmente risolta (nel senso adesivo alle tesi del ricorrente incidentale), secondo i principi espressi dalla Corte di giustizia UE con sentenza sez. IX 2 maggio 2019 C-309/18.

Con detta pronuncia, specificamente diretta a considerare gli effetti della mancata o incompleta indicazione nell'offerta economica dei costi della manodopera, è stato chiarito che da tale lacuna non può che scaturire un diretto ed univoco effetto

espulsivo, finanche quando l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara di appalto (nel caso di specie tale obbligo risulta peraltro chiaramente indicato nella *lex specialis*); di contro, l'esperibilità del soccorso istruttorio viene limitata ai soli casi in cui la normativa nazionale non sia chiara sul punto (ma quella italiana ex art. 95 comma 10 è stata ritenuta del tutto univoca), ovvero quando le disposizioni della gara di appalto non dovessero consentire in radice a tutti gli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, come nel caso di modulo predisposto dalla stazione appaltante privo di uno spazio "fisico" sufficiente per l'indicazione dei costi in parola (ipotesi del tutto estranea al caso di specie, mai portata ad esimente dalla ricorrente principale, in presenza comunque di altra domanda concorrente –quella della ricorrente incidentale- ritualmente compilata).

In quell'occasione poi la Corte di Lussemburgo –rettificando l'esposizione del giudice amministrativo rimettente, che aveva evidenziato nel caso in esame una carenza prescrittiva della sanzione espulsiva – precisava invece che da quel fascicolo sarebbe emerso il contrario, visto che la legge di gara avrebbe comunque specificato che «per quanto non espressamente previsto nel presente bando, nel capitolato e nel disciplinare si applicano le norme del codice dei contratti pubblici». Da questo semplice richiamo infatti il giudice europeo ne ha testualmente inferito 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".

In buona sostanza, la Corte UE non distingue troppo fra prescrizione dell'obbligo (*recte* dell'onere) e sanzione dello stesso, ritenendo che l'adempimento di un facere al concorrente in sede di offerta (anche se esternato mediante semplice e generico rinvio *ob relationem* al codice dei contratti, che a sua volta al suo interno tale

adempimento prevede) rappresenti una sufficiente avvertenza, potenzialmente in grado di sensibilizzare “qualsiasi offerente ragionevolmente informato” sulle conseguenze espulsive della violazione.

Alla luce delle illustrate considerazioni, resta dunque del tutto marginale il dibattito circa l'interpretazione dell'art. 17 del disciplinare di gara, nella parte in cui quest'ultimo, secondo il ricorrente principale, non avrebbe esternato con sufficiente chiarezza le conseguenze della mancata indicazione dei costi di manodopera.

Torna a ripetersi, infatti, che, quanto al caso in esame, tale disciplinare non solo ha operato un richiamo tutt'altro che generico al codice dei contratti pubblici ed in specie all'articolo di riferimento 95 comma 10, ma ha per di più esplicitamente evidenziato –circostanza questa rimasta pacifica- l'obbligo di indicare (tutti) i costi della manodopera all'interno dell'offerta economica.

Nel delineato contesto prescrittivo e monitorio, rimane così ininfluente la mancata specifica avvertenza sulle conseguenze espulsive che sarebbero scaturite dalla mancata osservanza della prescrizione in esame.

Né di contrario avviso si è posta la sentenza del Consiglio di Stato (invocata da controparte) sezione V n. 6688 del 4.10.2019 la quale, lungi dall'affievolire i contenuti della citata pronuncia europea, ha giustificato, nella vicenda al suo esame, il soccorso istruttorio per via di equivoci ed inesattezze del modello allegato al bando, che avrebbero ingenerato una diffusa propensione all'errore e all'omissione dichiarativa ex art. 95 comma 10 codice degli appalti. Circostanza, quest'ultima, come sopra visto, del tutto estranea al caso di specie.

Né infine può essere messo in dubbio che l'allegazione dei costi della manodopera comprenda anche i costi amministrativi che l'azienda è tenuta a sostenere, trattandosi anch'esso di un regime retributivo che riguarda i lavoratori coinvolti nell'espletamento dell'appalto (nella specie, come sopra visto, la ricorrente principale presenta una importante organizzazione di sostegno). Né possono valorizzarsi le

eccezioni difensive basate sull'ininfluenza dell'omissione e/o sul suo carattere meramente formale, attesa l'importanza dell'adempimento e della necessità che quest'ultimo sia verificabile agevolmente a prima vista all'interno dell'offerta economica, ferma restando tra l'altro la necessità di rispettare la par condicio in relazione ai concorrenti che hanno impiegato sul punto la dovuta diligenza. Pertanto anche il ricorso incidentale trova accoglimento, per l'assorbente fondatezza della illustrata censura.

Una volta accolti entrambi i ricorsi (principale ed incidentale), il collegio deve farsi carico degli effetti sulla futura attività amministrativa che scaturiscono dai disposti annullamenti.

In proposito, mentre la ricorrente principale ha invocato le pronunce della Corte di giustizia UE che precludono di conferire al ricorso incidentale –quando accolto– effetti paralizzanti sul ricorso principale, di contro la ricorrente incidentale ha patrocinato l'opposto principio, sostenendo che, nel caso di specie, il ricorso principale –diversamente da quello incidentale– non sarebbe escludente perché si sarebbe limitato ad impugnare, pur se sotto svariati profili, le modalità di scrutinio delle offerte condotte dalla Commissione, senza obiettare alcunché sulla legittimazione della ditta aggiudicataria a partecipare alla selezione; ne conseguirebbe che dall'accoglimento del ricorso incidentale (escludente) nessun qualificato interesse, neanche strumentale, conserverebbe la ricorrente principale verso l'accoglimento del proprio gravame; infatti –prosegue sempre il patrono della ditta aggiudicataria– a tutto concedere (vale a dire nella simultaneità caducatoria di tutti gli atti impugnati nel processo), la gara verrebbe ripetuta a partire dalla fase valutativa delle offerte, senza tuttavia la partecipazione della stessa ricorrente principale, ormai estromessa dalla gara per gli acclarati vizi partecipativi.

Il Collegio non condivide l'esposta ricostruzione giuridica, con particolare riguardo agli effetti conformativi che scaturirebbero dall'accoglimento del ricorso principale.

Al contrario di quanto sostenuto dalla ditta aggiudicataria, infatti, la caducazione degli atti valutativi della commissione –inficiati da illegittimità nel loro modus procedendi- non possono postulare una riedizione limitata alle sole fasi di gara interessate dalle censure, poiché la ripetizione delle procedure causerebbe fatalmente –ad offerte ormai aperte- il potenziamento, anziché l’eliminazione di quelle “illegittimità di pericolo” illustrate in precedenza.

In particolare, la giurisprudenza ha condivisibilmente osservato che, nell’ipotesi in cui venga annullata la fase valutativa delle offerte economicamente più vantaggiose, per l’illegittima precedenza di scrutinio data alla componente vincolata rispetto a quella discrezionale (situazione analoga a quella di specie), non è possibile salvare i precedenti atti, ivi compresa la presentazione delle offerte, non essendo ammissibile che l’originaria (o eventualmente nuova) Commissione reiteri le operazioni valutative dopo che le offerte tecniche ed economiche siano state, non solo conosciute, ma addirittura valutate. Si assisterebbe ad una sorta di paradosso canzonatorio, in cui il rimedio sarebbe di gran lunga peggiore del vulnus originario, con una procedura sostanzialmente “finta” e artificiosa, ormai pregiudicata dall’avvenuta apertura delle offerte (sul punto cfr. Tar Piemonte n. 503 del 15 aprile 2016); quanto sopra si atteggia ben diversamente dal caso in cui si debba più semplicemente riammettere in gara un’offerta illegittimamente esclusa, poiché in quel caso la conseguente valutazione dell’offerta pretermessa avviene in un momento in cui i giudizi sulle offerte concorrenti sono ormai del tutto definiti, senza lesione dei principi di segretezza e di par condicio tra le imprese concorrenti (così Consiglio di Stato A.P.30/2012).

Sintetizzando sul punto, entrambi gli avversi ricorsi decisi (e accolti) nella medesima causa hanno presentato carattere di reciproca esclusione, con conseguente applicabilità, nella specie, dell’ormai univoca giurisprudenza europea (da ultimo, in modo perentorio, Corte Giustizia UE sez. X 5.9.2019 C-333/2018), che oltre a

prescrivere sempre il doveroso esame di tutti e due i gravami (a prescindere dalla fondatezza di quello incidentale e a prescindere dal numero delle ditte utilmente graduate), conferisce ai loro eventuali simultanei accoglimenti dei concreti effetti annullatori, mediante l'espulsione in sede giurisdizionale di entrambi i concorrenti dalla gara, in vista di possibili future utilità strumentali. Queste ultime risultano peraltro potenziate nella specie, poiché la tipologia di vizi censurata con il ricorso principale (id est, modalità di scrutinio delle offerte tecniche) non solo impedisce, per le ragioni di cui sopra, di salvare in sede conformativa le fasi di gara a monte, ma a maggior ragione non consente alla stazione appaltante qualsivoglia ripescaggio discrezionale di ditte estranee al contenzioso, rimaste in graduatoria dopo la doppia espulsione (nel caso di specie si tratta della terza ditta in gara, comunque ritualmente intimata in causa e non costituitasi in giudizio). Quanto sopra, poiché gli ormai acclarati vizi di metodo nella scelta del contraente in cui sono incorsi i commissari di gara hanno fatalmente compromesso la legittimità dell'intera graduatoria, ivi compresa la posizione della ditta estranea al contenzioso. In buona sostanza, nel caso di specie viene maggiormente valorizzato l'interesse strumentale delle odierne due ricorrenti (in via principale e incidentale) alla riedizione integrale della procedura, senza il rischio di alcuno scorrimento della graduatoria, pur delineato dalla stessa Corte di Giustizia nel caso in cui le due ditte contendenti non siano le sole rimaste in gara.

Resta in ogni caso salva la discrezionalità dell'amministrazione di indire nuova gara, integrando, ove del caso, i contenuti prestazionali dell'appalto con una aggiornata *lex specialis*.

In conclusione, trovano accoglimento, con gli effetti conformativi sopra illustrati, sia il ricorso principale che quello incidentale, con conseguente annullamento degli atti di gara impugnati dalle due ditte concorrenti.

La peculiarità delle questioni trattate oltre alla reciprocità di soccombenze consigliano la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara accoglie sia il ricorso principale che il ricorso incidentale con gli effetti indicati in motivazione;

compensa le spese.

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 22 aprile 2020 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Passoni, Presidente, Estensore

Renata Emma Ianigro, Consigliere

Massimiliano Balloriani, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Paolo Passoni

IL SEGRETARIO