

È ovvio che il concorrente, chiamato a fornire le giustificazioni, non potrà in alcun modo modificare la consistenza e la qualità delle prestazioni descritte nella sua offerta, né tanto meno pretendere che la commissione giudicatrice modifichi i criteri utilizzati per determinare il punteggio tecnico ed il punteggio economico dell'offerta, in quanto ambedue i citati comportamenti verrebbero ad alterare la par condicio fra i concorrenti e modificherebbero i presupposti sui quali si è basata la valutazione della commissione, vale a dire, da un lato, l'offerta presentata e, dall'altro, i criteri di valutazione adottati.

E' bene precisare che il criterio di aggiudicazione dell'appalto prescelto dalla Amministrazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e il comma 2 dell'Art. 86 del D.Lgs. 163/2006 prevede che le stazioni appaltanti valutino la congruità delle offerte per le quali il punteggio attribuito dalla commissione giudicatrice al prezzo delle prestazioni offerte (il punteggio economico), ed il punteggio attribuito dalla commissione agli altri elementi di valutazione, vale a dire agli elementi attinenti la consistenza e la qualità delle prestazioni offerte (il punteggio tecnico), siano ambedue pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punteggi massimi previsti dal bando di gara.

Come noto, il punteggio tecnico è proporzionale alla consistenza e qualità delle prestazioni, mentre il punteggio economico è inversamente proporzionale al prezzo offerto. Questo, perché l'offerta di prestazioni aventi consistenza e qualità elevate comporta necessariamente, da parte dell'offerente, l'impiego di risorse umane e materiali di consistenza e di qualità superiori a quelle previste da un altro concorrente che avesse offerto, invece, prestazioni di minor valore complessivo, e le risorse umane e materiali di consistenza e di qualità elevata hanno, di regola, un costo superiore a quello di risorse umane e materiali di consistenza e di qualità inferiore.

Ne consegue che l'offerta, ritenuta di notevole qualità tecnica complessiva (punteggio tecnico alto), dovrebbe indicare un prezzo elevato e conseguire quindi un punteggio economico modesto. Se ciò non avviene, è ragionevole il dubbio che il concorrente abbia promesso di fornire prestazioni di consistenza e/o qualità superiori a quelle che sarà effettivamente in grado di elargire nel caso gli venisse aggiudicato l'appalto. Da qui il sospetto che l'offerta sia anomala e l'obbligo dell'amministrazione di verificare la congruenza dell'offerta, con richiesta delle necessarie giustificazioni

Viene all'attenzione del Collegio la sentenza del TAR Lazio, che, giudicando in forma semplificata, ha in parte respinto e in parte dichiarato inammissibile il ricorso presentato dalla concorrente (odierna appellante) avverso la valutazione di inaffidabilità della sua offerta per le prestazioni previste dal Capitolato di Gara e dal Progetto Tecnico, presentata a seguito dell'avviso del bando di gara, con cui il Ministero della Difesa ha indetto una procedura ristretta accelerata per la stipula di un accordo quadro della durata di 4 anni avente ad oggetto "il servizio di pulizia degli Enti, Distaccamenti e Reparti della Marina Militare".

Con la prima censura, l'appellante lamenta che il TAR abbia erroneamente respinto il primo motivo di ricorso, con il quale si era dedotta "l'evidente inaffidabilità (e parzialità) del giudizio di anomalia alla luce dello sconto offerto (appena il 4, 37%)": il giudizio sarebbe fondato su due dei ben cinque criteri di aggiudicazione del progetto tecnico (la Commissione ha tenuto conto delle parti dell'offerta riguardanti i criteri delle proposte migliorative al capitolato di gara e delle caratteristiche tecniche, peraltro relative a tre tipologie di locali oggetto del servizio di pulizia). Viene, quindi, invocato l'orientamento giurisprudenziale (C.S., sez. VI, n. 2908 del 2000), secondo il quale è necessario che la valutazione dell'offerta sia globale, e che l'anomalia non può essere desunta dallo scostamento di alcune voci di prezzo da quelli medi di mercato, essendo imprescindibile che tali scostamenti rendano l'offerta inaffidabile nel suo complesso.

Cosa ne pensano i giudici di appello del Consiglio di Stato?

Non occorre seguire l'appellante in tutte le sue argomentazioni, perché la ragione della inaffidabilità dell'offerta è stata ravvisata dalla Commissione (il cui giudizio tecnico-discrezionale pare logico,

coerente, e privo di errori di fatto) nella circostanza che le prestazioni aggiuntive dell'ATI hanno comportato una sostanziale modifica dell'offerta, con ciò rendendo poco credibile e inaffidabile "il ribasso praticato in gara", e irragionevole il punteggio attribuito alla stessa per il progetto tecnico, punteggio che, assegnato appunto in virtù delle proposte aggiuntive e dei miglioramenti, le ha consentito di collocarsi al primo posto della graduatoria.

Detto questo, può passarsi all'esame di alcune specifiche motivazioni della Commissione (e con esse, di quelle del TAR che le ha avvalorate), erroneamente ritenute dalla appellante viziate da "grave e macroscopico travisamento dei fatti".

La prima ("conclusione sub A") riguarda le proposte migliorative relative alle frequenze aggiuntive di passaggi negli uffici dirigenziali, non dirigenziali e pertinenze, che, secondo la appellante, "andava limitata alle sole prestazioni richieste con periodicità infrasettimanale", e non, come ritenuto dalla Commissione, "a tutte le operazioni".

La tesi non convince.

La concorrente ha offerto un aumento dei passaggi previsti dall'Allegato B alla lettera di invito (con la sola eccezione dei passaggi attinenti gli Uffici Dirigenziali, per i quali ha offerto un incremento del 50%), senza indicare in alcun modo che detti incrementi non si riferissero a tutte le 12 prestazioni previste per tali ambienti dall'Allegato C alla lettera di invito, ma soltanto a due di esse, inducendo in tal modo l'Amministrazione a ritenere, del tutto ragionevolmente in mancanza di altre precisazioni limitative, che l'aumento riguardasse la "quasi totalità delle superfici". È proprio in ragione di questa interpretazione che la commissione giudicatrice ha attribuito a questo profilo dell'offerta un punteggio particolarmente elevato, che ha contribuito a classificare la concorrente al primo posto nella graduatoria di valutazione delle offerte, punteggio che essa non avrebbe di certo ottenuto se la limitazione dell'incremento a sole due delle 12 prestazioni fosse stato indicato nella proposta migliorativa. Peraltro, come avanti detto, **non è ammissibile che la commissione modifichi i criteri di valutazione utilizzati; una tale modifica (posto che sia possibile) non gioverebbe comunque alla concorrente, che subirebbe una sensibile riduzione del punteggio attribuito a questo profilo dell'offerta, col probabile risultato di perdere la prima posizione in graduatoria.**

Non pare esatto ritenere, come invece preteso dalla concorrente, che il monte ore attinente i servizi aggiuntivi in questione (eccettuati quelli relativi alla squadra di emergenza per la Festa della Marina, che vengono compensati separatamente) sia già compreso in quello riferito alle prestazioni richieste dal Capitolato di gara: se il servizio è aggiuntivo a quelli già previsti dal Capitolato, non può esservi compreso, altrimenti non sarebbe aggiuntivo. Il fatto che i servizi aggiuntivi siano offerti "con frequenza al bisogno" e siano quindi "non frequenti e, in ogni caso, tecnicamente agevoli", non significa che possano essere eseguiti a costo nullo.

Correttamente il primo giudice ha statuito la irricevibilità delle censure con le quali si è lamentata (n. 3) la omessa indicazione nella lettera di invito dei costi della sicurezza non soggetti a ribasso e (n. 10) la duplicazione di talune voci di costo nei relativi allegati.

Ambedue le clausole incidono direttamente sulla formulazione dell'offerta, che si assume non si sia potuta fare in modo corretto a motivo della omissione dei costi della sicurezza e della duplicazione di alcune voci di costo, per cui la loro lesività avrebbe dovuto essere immediatamente contestata senza attendere l'esito della gara per rilevare il pregiudizio che da queste previsioni è derivato.

Non è condivisibile al riguardo la tesi della appellante che limita l'onere di immediata impugnazione alla sole clausole che impediscono l'ammissione alla procedura di gara (in proposito viene richiamato un indirizzo giurisprudenziale costante).

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 7442 del 26 novembre 2009, emessa dal Consiglio di Stato

N. 07442/2009 REG.DEC.
N. 04516/2009 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 4516 del 2009, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Attuale ricorrente Soc.Coop.In Pr. e Q.Mandataria Ati, rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2; Ati Lamper Facility Management Srl in Pr. e Q.Mandante Ati;

contro

Ministero Difesa-Marina Militare-Uff.Gen.Centro Resp.Ammin., rappresentato e difeso dall'Avvocatura Gen.Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi 12;

nei confronti di

Consorzio Controinteressata, rappresentato e difeso dall'avv. Leonardo Lascialfari, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso V.Emanuele II, N.18;

per la riforma

della dispositivo di sentenza del TAR LAZIO - ROMA :Sezione I BIS n. 00176/2009, resa tra le parti, concernente della sentenza del Tar Lazio - Roma: sezione I Bis n. 6416/2009, resa tra le parti, concernente STIPULA ACCORDO QUADRO-SERVIZIO DI PULIZIA ENTI E DISTACCAMENTI MARINA MILITARE...

Visto il ricorso in appello ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 novembre 2009 il dott. Giuseppe Romeo e uditi per le parti gli avvocati Clarizia, Lascialfari e l'avvocato dello Stato Noviello;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Le appellanti, nella forma di costituenda ATI, hanno presentato domanda di partecipazione in relazione al lotto n. 2 Centro ed Isole di cui alla procedura ristretta accelerata per la stipula di un accordo quadro della durata di 4 anni avente ad oggetto “il servizio di pulizia degli enti, distaccamenti e reparti della marina mercantile” (l'avviso del bando di gara è stato pubblicato sulla G.U.U.E. in data 1.2.2008), e, una volta verificato positivamente il possesso dei requisiti prescritti, sono state invitate a partecipare alla gara con lettera di invito del 16 maggio 2008. La lex specialis ha previsto che l'aggiudicazione sarebbe stata disposta seguendo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Le appellanti, che hanno presentato il progetto tecnico e offerto uno sconto percentuale del 4,37%, si sono classificate al primo posto della graduatoria, ma, essendo l'offerta risultata sospetta di anomalia per avere ottenuto un punteggio

superiore ai 4/5 del punteggio massimo, è stato avviato il sub procedimento di verifica della anomalia, con la richiesta, ai sensi dell'art. 88 del D.lgs. n.163/2006, di giustificazioni e chiarimenti. Le giustificazioni non hanno convinto l'Amministrazione, la quale ha convocato la concorrente per procedere alla audizione. Il sub procedimento di verifica della anomalia si è concluso negativamente per la concorrente, e il servizio è stato aggiudicato al Consorzio Controinteressata con provvedimento del 17 febbraio 2009.

Questa conclusione è stata impugnata innanzi al TAR Lazio con una molteplicità di vizi, parte dei quali relativi alla valutazione di inaffidabilità dell'offerta (sarebbe macroscopicamente illogica, errata e inconferente), per cui la esclusione sarebbe illegittima, e parte, in subordine, propri della intera procedura.

Con la sentenza impugnata, resa in forma semplificata, il TAR ha dichiarato in parte inammissibile e in parte infondato il ricorso proposto dalla ricorrente (odierna appellante), e dichiarato inammissibile il ricorso incidentale del Consorzio Controinteressata. Da qui, il presente gravame con il quale si reiterano le censure dichiarate infondate dal primo giudice, e si contesta la dichiarazione di inammissibilità di alcuni motivi dell'originario ricorso, nonché la decisione del TAR di pronunciare una sentenza semplificata "succintamente motivata", sebbene "la formulazione dei motivi di ricorso riguardanti il giudizio di anomalia" avesse richiesto una "stesura di ben 50 pagine".

Resiste il Ministero della Difesa, il quale chiede la conferma della sentenza impugnata, rilevando che il gravame "è caratterizzato da una generale e largamente diffusa censura di merito concernente le valutazioni effettuate dalla Commissione", e insistendo sulla inammissibilità di parte dell'originario ricorso di primo grado, correttamente statuita dal primo giudice. Si è costituito anche il Consorzio Controinteressata, il quale chiede la reiezione del gravame, siccome infondato.

Il ricorso è stato trattenuto in decisione all'udienza del 3 novembre 2009.

DIRITTO

1. Viene all'attenzione del Collegio la sentenza del TAR Lazio, che, giudicando in forma semplificata, ha in parte respinto e in parte dichiarato inammissibile il ricorso presentato dalla concorrente (odierna appellante) avverso la valutazione di inaffidabilità della sua offerta per le prestazioni previste dal Capitolato di Gara e dal Progetto Tecnico, presentata a seguito dell'avviso del bando di gara, con cui il Ministero della Difesa ha indetto una procedura ristretta accelerata per la stipula di un accordo quadro della durata di 4 anni avente ad oggetto "il servizio di pulizia degli Enti, Distaccamenti e Reparti della Marina Militare".

2. L'appellante si duole preliminarmente che il TAR abbia pronunciato una sentenza in forma semplificata, sebbene la vicenda fosse molto complessa e di non facile soluzione, tant'è che aveva richiesto la "stesura di ben 50 pagine" per illustrare i soli motivi avverso il contestato giudizio di anomalia.

La doglianza è, per un verso, inutile a motivo dell'effetto devolutivo del ricorso in appello e della conseguente possibilità di riesame dell'intera vicenda che si assume non correttamente decisa dal primo giudice con sentenza in forma semplificata (C.S. n. 3715/2008), e, per l'altro, infondata dal momento che la sentenza impugnata è completa nella sua motivazione, espressa in forma logica e congrua con le censure esaminate, e il giudizio di legittimità del provvedimento di esclusione della appellante dalla gara è coerentemente argomentato.

3. Con la prima censura, l'appellante lamenta che il TAR abbia erroneamente respinto il primo motivo di ricorso, con il quale si era dedotta "l'evidente inaffidabilità (e parzialità) del giudizio di anomalia alla luce dello sconto offerto (appena il 4, 37%)": il giudizio sarebbe fondato su due dei ben cinque criteri di aggiudicazione del progetto tecnico (la Commissione ha tenuto conto delle parti dell'offerta riguardanti i criteri delle proposte migliorative al capitolato di gara e delle caratteristiche tecniche, peraltro relative a tre tipologie di locali oggetto del

servizio di pulizia). Viene, quindi, invocato l'orientamento giurisprudenziale (C.S., sez. VI, n. 2908 del 2000), secondo il quale è necessario che la valutazione dell'offerta sia globale, e che l'anomalia non può essere desunta dallo scostamento di alcune voci di prezzo da quelli medi di mercato, essendo imprescindibile che tali scostamenti rendano l'offerta inaffidabile nel suo complesso.

Non occorre seguire l'appellante in tutte le sue argomentazioni, perché la ragione della inaffidabilità dell'offerta è stata ravvisata dalla Commissione (il cui giudizio tecnico-discrezionale pare logico, coerente, e privo di errori di fatto) nella circostanza che le prestazioni aggiuntive dell'ATI hanno comportato una sostanziale modifica dell'offerta, con ciò rendendo poco credibile e inaffidabile "il ribasso praticato in gara", e irragionevole il punteggio attribuito alla stessa per il progetto tecnico, punteggio che, assegnato appunto in virtù delle proposte aggiuntive e dei miglioramenti, le ha consentito di collocarsi al primo posto della graduatoria.

Al riguardo, è bene precisare che il criterio di aggiudicazione dell'appalto prescelto dalla Amministrazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e il comma 2 dell'Art. 86 del D.Lgs. 163/2006 prevede che le stazioni appaltanti valutino la congruità delle offerte per le quali il punteggio attribuito dalla commissione giudicatrice al prezzo delle prestazioni offerte (il punteggio economico), ed il punteggio attribuito dalla commissione agli altri elementi di valutazione, vale a dire agli elementi attinenti la consistenza e la qualità delle prestazioni offerte (il punteggio tecnico), siano ambedue pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punteggi massimi previsti dal bando di gara.

Come noto, il punteggio tecnico è proporzionale alla consistenza e qualità delle prestazioni, mentre il punteggio economico è inversamente proporzionale al prezzo offerto. Questo, perché l'offerta di prestazioni aventi consistenza e qualità elevate comporta necessariamente, da parte dell'offerente, l'impiego di risorse

umane e materiali di consistenza e di qualità superiori a quelle previste da un altro concorrente che avesse offerto, invece, prestazioni di minor valore complessivo, e le risorse umane e materiali di consistenza e di qualità elevata hanno, di regola, un costo superiore a quello di risorse umane e materiali di consistenza e di qualità inferiore.

Ne consegue che l'offerta, ritenuta di notevole qualità tecnica complessiva (punteggio tecnico alto), dovrebbe indicare un prezzo elevato e conseguire quindi un punteggio economico modesto. Se ciò non avviene, è ragionevole il dubbio che il concorrente abbia promesso di fornire prestazioni di consistenza e/o qualità superiori a quelle che sarà effettivamente in grado di elargire nel caso gli venisse aggiudicato l'appalto. Da qui il sospetto che l'offerta sia anomala e l'obbligo dell'amministrazione di verificare la congruenza dell'offerta, con richiesta delle necessarie giustificazioni.

È ovvio che il concorrente, chiamato a fornire le giustificazioni, non potrà in alcun modo modificare la consistenza e la qualità delle prestazioni descritte nella sua offerta, né tanto meno pretendere che la commissione giudicatrice modifichi i criteri utilizzati per determinare il punteggio tecnico ed il punteggio economico dell'offerta, in quanto ambedue i citati comportamenti verrebbero ad alterare la *par condicio* fra i concorrenti e modificherebbero i presupposti sui quali si è basata la valutazione della commissione, vale a dire, da un lato, l'offerta presentata e, dall'altro, i criteri di valutazione adottati.

4. Detto questo, può passarsi all'esame di alcune specifiche motivazioni della Commissione (e con esse, di quelle del TAR che le ha avvalorate), erroneamente ritenute dalla appellante viziate da "grave e macroscopico travisamento dei fatti".

La prima ("conclusione sub A") riguarda le proposte migliorative relative alle frequenze aggiuntive di passaggi negli uffici dirigenziali, non dirigenziali e pertinenze, che, secondo la appellante, "andava limitata alle sole prestazioni

richieste con periodicità infrasettimanale”, e non, come ritenuto dalla Commissione, “a tutte le operazioni”.

La tesi non convince.

La concorrente ha offerto un aumento dei passaggi previsti dall’Allegato B alla lettera di invito (con la sola eccezione dei passaggi attinenti gli Uffici Dirigenziali, per i quali ha offerto un incremento del 50%), senza indicare in alcun modo che detti incrementi non si riferissero a tutte le 12 prestazioni previste per tali ambienti dall’Allegato C alla lettera di invito, ma soltanto a due di esse, inducendo in tal modo l’Amministrazione a ritenere, del tutto ragionevolmente in mancanza di altre precisazioni limitative, che l’aumento riguardasse la “quasi totalità delle superfici”. È proprio in ragione di questa interpretazione che la commissione giudicatrice ha attribuito a questo profilo dell’offerta un punteggio particolarmente elevato, che ha contribuito a classificare la concorrente al primo posto nella graduatoria di valutazione delle offerte, punteggio che essa non avrebbe di certo ottenuto se la limitazione dell’incremento a sole due delle 12 prestazioni fosse stato indicato nella proposta migliorativa. Peraltro, come avanti detto, non è ammissibile che la commissione modifichi i criteri di valutazione utilizzati; una tale modifica (posto che sia possibile) non gioverebbe comunque alla concorrente, che subirebbe una sensibile riduzione del punteggio attribuito a questo profilo dell’offerta, col probabile risultato di perdere la prima posizione in graduatoria.

Si rileva inoltre che, nell’intento di contestare le considerazioni espresse dalla commissione di verifica di congruità dell’offerta in merito alla quantificazione dei costi aggiuntivi connessi alla proposta migliorativa, la concorrente ha indicato la produttività per le due prestazioni alle quali pretende di limitare la sua proposta: 1.000 mq/h (a pag. 22 dei motivi aggiunti si indica il valore di 1.200 mq/h) per la spazzatura pavimenti con scopatura ad umido, e 600 mq/h per la lavatura pavimenti. Queste produttività risultano superiori rispettivamente di circa 3 e 1,8

volte alla produttività media di 330 mq/h indicata in offerta per tutte le 12 tipologie di prestazioni. Non è dato comprendere come possa essere rispettata la produttività media pesata di 330 mq/h indicata in offerta (che, al pari di ogni altra parte dell'offerta, non può essere modificata, per le ragioni avanti dette), quando due delle prestazioni che si riferiscono a superfici molto estese quali i pavimenti, e che quindi contribuiscono in modo rilevante alla determinazione della produttività media pesata, hanno valori tanto superiori a detta media. Per rispettare la produttività media pesata di 330 mq/h occorrerebbe che la produttività delle prestazioni da 3 a 12 fosse inverosimilmente bassa (se non addirittura negativa), il che conferma la poca attendibilità delle giustificazioni della concorrente.

5. Proseguendo oltre, la istante ritiene “apodittica” la sentenza nella parte in cui si è pronunciata sulla “conclusione sub B”, che riguarda le proposte migliorative relative allo svuotamento cestini e posacenere, alla derattizzazione e disinfezione, alla manutenzione di piccoli guasti, alla eliminazione di graffiti e macchie pareti, alla raccolta e trasporto materiali, nonché alla disponibilità della squadra di emergenza per il giorno della Festa della Marina.

Le censure dedotte al riguardo sono infondate.

Sullo svuotamento cestini e posacenere, la concorrente insiste nel minimizzare il costo aggiuntivo connesso con l'incremento di dette prestazioni, adducendo la considerazione che il suo personale è già presente giornalmente presso ogni singolo comando, e che le imprese costituenti l'ATI hanno sviluppato in proposito un notevole know-how che consente loro di svolgere il servizio “più facilmente ed in minor tempo”.

Ma, a parte il fatto che il personale potrebbe essere presente in locali diversi da quelli oggetto delle prestazioni, resta il fatto che comunque una maggior frequenza di svuotamento di cestini e posacenere non può avvenire a “costo irrilevante”, non fosse altro perché il personale deve trasferirsi dai locali ove è presente per svolgere

altre attività a quelli in cui avviene lo svuotamento di cestini e posacenere, e che infine il preteso know-how può ridurre i costi delle prestazioni, ma non azzerarli (di difficile comprensione è in ogni caso il particolare know-how, data la semplicità delle operazioni previste).

6. Sulle proposte migliorative relative alla derattizzazione, devono essere condivise le osservazioni della Commissione che non ha ritenuto adeguati i costi indicati.

Al riguardo valgono considerazioni analoghe a quelle avanti svolte in relazione alle frequenze aggiuntive di passaggi nei vari Uffici. La concorrente ha dichiarato in offerta che avrebbe esteso il servizio a “tutte quelle aree/locali ove tale tipo di servizio non viene richiesto dalla Stazione appaltante”; l’espressione è molto chiara, e ha indotto la commissione giudicatrice a ritenere che si trattasse di una miglioria significativa. Non è quindi accettabile che il servizio venga ora interpretato riduttivamente come “limitato a piccoli e limitati interventi”: se questa fosse stata fin dall’origine l’intenzione della concorrente, essa avrebbe dovuto esplicitarla in offerta, col risultato che il punteggio ottenuto sarebbe stato inferiore.

7. Sul servizio di manutenzione di piccoli guasti, eliminazione graffiti e macchie delle pareti esterne degli edifici, disponibilità della squadra di emergenza per il giorno della Festa della Marina, servizio di raccolta e trasporto materiali (suppellettili varie), che l’interessata ritiene non siano stati trattati in modo puntuale dal primo giudice, che avrebbe dedicato “un unico passaggio motivazionale genericamente dedicato ai non meglio specificati “servizi aggiuntivi”, deve ancora affermarsi che le giustificazioni della stessa non sono state correttamente accolte dalla Commissione.

Non pare esatto ritenere, come invece preteso dalla concorrente, che il monte ore attinente i servizi aggiuntivi in questione (eccettuati quelli relativi alla squadra di emergenza per la Festa della Marina, che vengono compensati separatamente) sia già compreso in quello riferito alle prestazioni richieste dal Capitolato di gara: se il

servizio è aggiuntivo a quelli già previsti dal Capitolato, non può esservi compreso, altrimenti non sarebbe aggiuntivo. Il fatto che i servizi aggiuntivi siano offerti “con frequenza al bisogno” e siano quindi “non frequenti e, in ogni caso, tecnicamente agevoli”, non significa che possano essere eseguiti a costo nullo.

8. Relativamente ai costi della sicurezza (conclusione sub C), deve ancora essere condivisa l’osservazione della Commissione sulla non completa giustificazione relativa a questa voce di costo.

La concorrente insiste nell’affermare che non le è possibile fornire la “idonea documentazione” richiesta a supporto dei costi dei DPI, in quanto “è assai arduo dimostrare per *tabulas*” la sussistenza di giacenze di magazzino, ed inoltre “la consistenza delle giacenze di magazzino ... muta di giorno in giorno in ragione dell’utilizzo dei prodotti” (pagina 41 dei motivi aggiunti). Ma questo non depone a favore della concorrente: se infatti non è possibile conoscere con adeguata affidabilità la consistenza delle scorte di magazzino, allo stesso modo non dovrebbe potersi affermare che “non sopporta alcun costo per tale dispositivo di sicurezza dato che dispone di giacenze di magazzino rinvenienti da altri appalti”. Da una parte, si dichiara di non sopportare alcun costo in quanto si dispone di giacenze adeguate, e, dall’altra, si afferma di non essere in grado di conoscere la consistenza di dette giacenze.

9. Anche in relazione alla conclusione sub D (Attrezzature e macchinari), la Commissione si è correttamente pronunciata, rilevando la contraddittorietà delle spiegazioni relative a tale voce.

La concorrente non offre alcun nuovo elemento adeguato a dar conto della differenza fra le giustificazioni fornite in data 10/11/2008, nelle quali ha quantificato in 145.422 € il costo delle nuove attrezzature da acquistare, e le giustificazioni fornite in data 16/12/2008, nelle quali detto costo è sceso a 89.907,73 € a seguito della sottrazione del valore dei macchinari e delle attrezzature

già in possesso della concorrente. Nelle precedenti giustificazioni la concorrente ha, infatti, affermato che “La scrivente ATI ha previsto di acquistare ... le sotto indicate attrezzature/materiali e macchine nuove occorrenti, da integrare con quelle già di proprietà, che rappresentano una risorsa specifica aggiuntiva e disponibile per l'esecuzione dell'appalto”.

Ora, l'impegno di acquistare attrezzature e macchine nuove per un determinato valore (145.422 €) è situazione ben diversa dal limitare gli acquisti del nuovo ad una cifra ben inferiore, sostituendo con macchine esistenti, e quindi usate, una parte consistente del nuovo promesso.

Per quanto riguarda poi l'ammortamento dei macchinari, che la concorrente utilizza per giustificare tale riduzione, pare condivisibile quanto efficacemente affermato nella sentenza impugnata, vale a dire che “Gli ammortamenti ... non possono considerarsi risorse finanziarie (*id est*, poste attive) se non per la specifica destinazione che essi hanno di finanziamento del medesimo bene strumentale”.

Non sono poi accettabili le considerazioni espresse dalla concorrente in merito ai costi di manutenzione, in quanto, come esattamente osservato dalla difesa dell'Amministrazione, si tratta di operazioni che non possono essere svolte a costo zero, indipendentemente dal know-how e dalla “migliore organizzazione del servizio”, fattori questi che possono solo ridurre, ma non annullare, i costi e che, in ogni caso, richiedono l'impiego di personale dotato di adeguata specializzazione, per il quale va previsto un monte ore specifico che non può venir considerato già incluso in quello previsto per il personale che esegue prestazioni di tipologia diversa dalla manutenzione.

10. Le considerazioni sin qui svolte consentono di respingere l'appello, nella parte in cui è stato contestato il giudizio di anomalia, senza dilungarsi sulle altre deduzioni dell'istante in merito ad altre voci, le quali deduzioni, anche se in ipotesi

fondate, non sarebbero in grado di inficiare il giudizio di inaffidabilità dell'offerta, ampiamente sorretto dalle argomentazioni avanti riportate.

Ma si ritiene comunque di confutare due altre censure della appellante, che non condivide le osservazioni della Commissione sulle voci (parte della conclusione sub E) duplicazione di prestazioni e maggiori produttività per le aree esterne.

Quanto alla prima (duplicazioni delle prestazioni), si osserva che se anche, in ipotesi, fosse esistita effettivamente nel capitolato una duplicazione di talune prestazioni, la concorrente avrebbe dovuto chiedere i necessari chiarimenti prima della consegna dell'offerta o, quanto meno, segnalarla in modo esplicito in offerta e tenerne conto nella determinazione del monte ore complessivo. Quello che non è possibile fare è sottrarre dopo dal monte ore di offerta la quota relativa alla supposta duplicazione di prestazioni, perché questo configura una inammissibile modifica del contenuto dell'offerta.

Per la seconda (maggiore produttività per le aree esterne), la concorrente ha sostenuto, a giustificazione della produttività di 5.000 mq/h indicata nelle precedenti giustificazioni, che tale produttività la Commissione avrebbe dovuto riconoscere (e con essa la conseguente economia "già rappresentata pari a 23.196, 25 €/anno"), in quanto "l'uso di moto spazzatrici" che giustifica detta produttività "risulta indicato al capitolo Caratteristiche Metodologiche del progetto tecnico".

La tesi non convince, perché se l'uso di moto spazzatrici è stato previsto in offerta, ne consegue che di questo si è già tenuto conto nella determinazione del monte ore, e che quindi la concorrente si è già giovata dell'economia che tali macchine consentono, economia che non può essere conteggiata due volte. Se, invece, la menzione in offerta di dette macchine altamente produttive non avesse influito nella determinazione del monte ore di offerta (come pare voglia dire la concorrente che invoca ora il riconoscimento di detto beneficio), se ne dovrebbe dedurre che dette macchine siano state menzionate strumentalmente, solo per far

acquisire all'offerta un punteggio tecnico più alto, ma senza che a ciò si accompagnasse un corrispondente beneficio economico per l'Amministrazione (riduzione del monte ore).

11. Merita di essere confermata anche la restante parte della sentenza, la quale ha dichiarato irricevibili per tardività i motivi n. 3 e n. 10 del ricorso di primo grado (riproposti al capo II dei motivi aggiunti, pagg. 54 e segg.), inammissibili per carenza di interesse i motivi nn. 4, 5, 7, 8 e 9 (sempre del ricorso di primo grado) e infondato nel merito il motivo n. 6.

Correttamente il primo giudice ha statuito la irricevibilità delle censure con le quali si è lamentata (n. 3) la omessa indicazione nella lettera di invito dei costi della sicurezza non soggetti a ribasso e (n. 10) la duplicazione di talune voci di costo nei relativi allegati.

Ambedue le clausole incidono direttamente sulla formulazione dell'offerta, che si assume non si sia potuta fare in modo corretto a motivo della omissione dei costi della sicurezza e della duplicazione di alcune voci di costo, per cui la loro lesività avrebbe dovuto essere immediatamente contestata senza attendere l'esito della gara per rilevare il pregiudizio che da queste previsioni è derivato.

Non è condivisibile al riguardo la tesi della appellante che limita l'onere di immediata impugnazione alla sole clausole che impediscono l'ammissione alla procedura di gara (in proposito viene richiamato un indirizzo giurisprudenziale costante).

La questione della immediata lesività non può, infatti, essere circoscritta al solo ambito dei requisiti richiesti per partecipare alla gara, ma deve essere riguardata in sé, e come tale essa è propria di ogni situazione rispetto alla quale è certo che l'applicazione della clausola non potrà che essere fatta in un unico senso, cioè quello che presenta con evidenza carattere di asserito pregiudizio.

La appellante sostiene ancora che essa è stata ammessa alla gara ed è stata esclusa all'esito della valutazione della offerta, ritenuta anomala, sicché il termine decadenziale per denunciare i vizi nn. 3 e 4 è iniziato a decorrere dal momento in cui è stata comunicata l'inaffidabilità dell'offerta.

L'affermazione non prova nulla in merito alla accertata tardività della contestazione dei menzionati vizi, e semmai dimostra che la concorrente è stata acquiescente nei confronti di clausole di cui la stessa scopre la lesività al momento della sua estromissione dalla gara per motivi (anomalia della offerta) che poco o nulla hanno a che vedere con i vizi denunciati.

12. Con altri motivi (la cui numerazione è quella dell'originario ricorso: n. 4: omessa allegazione agli atti gara del DUVRI - documento unico di valutazione dei rischi; n. 5: violazione dell'art. 84 del Codice dei Contratti là dove prevede che l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa sia demandata ad una commissione giudicatrice; n. 7: illegittima integrazione dei criteri dei punteggi tecnici ad opera della commissione, addirittura successivamente all'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche; n. 8: la violazione dell'art. 84 del Codice dei Contratti anche là dove impone che la nomina di commissari debba avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte; n. 9: la violazione di ogni norma e principio in materia di verbalizzazione delle operazioni di gara e dell'attività della commissione giudicatrice), la appellante mira, in via subordinata, a travolgere l'intera procedura di gara e tutti gli atti conseguenti.

Il primo giudice – si è già detto – ha dichiarato l'inammissibilità di questi motivi per carenza di interesse, perché non è stata la valutazione della offerta della appellante a impedire la aggiudicazione del servizio alla stessa, ma la anomalia della offerta medesima, per cui una eventuale “ripetizione degli atti di gara (ove anche affidata ad altra commissione) non potrebbe sortire un risultato – in termini di

posizionamento in graduatoria – migliore o superiore a quello già ottenuto in concreto”.

La appellante ritiene erronea questa affermazione, perché essa non vuole conseguire una posizione migliore in graduatoria, ma, una volta valutata legittima la sua esclusione per inaffidabilità dell’offerta, intende fare valere un interesse strumentale alla rinnovazione della gara, nei confronti della quale sono stati dedotti i vizi avanti richiamati, in grado di travolgere la intera procedura.

La questione è mal posta. Ove si dovesse accedere alla prospettazione della appellante si darebbe luogo ad un uso (questo sì) strumentale del processo amministrativo che potrebbe contraddittoriamente essere piegato alle pretese dedotte, le quali dovrebbero essere giurisdizionalmente scrutinate, solo perché un loro eventuale esame positivo sarebbe in grado di assicurare una qualche utilità alla interessata.

La pretesa della concorrente di vedersi valutati i vizi, dedotti sia pure in subordine nei confronti della intera procedura, rende tutto l’originario ricorso (unitamente all’odierno gravame) affetto da una intrinseca contraddittorietà: per un verso, si pretende conseguire il risultato della aggiudicazione del servizio, sulla base dell’esito di una procedura che ha visto la concorrente prima graduata, e, per l’altro, si assume che la procedura stessa (la quale ha avuto un esito favorevole alla concorrente medesima) sia affetta da vizi tali da essere travolta nella sua interezza.

Se dovessero essere accolti i vizi dedotti in subordine, il risultato sarebbe quello di privare l’istante della posizione legittimante, in virtù della quale essa ha potuto (in via primaria) contestare la verifica negativa della anomalia, con la conseguenza che la pronuncia di legittimità della valutazione di inaffidabilità dell’offerta sarebbe inutile.

Ma, non sono solo queste le considerazioni che inducono a dichiarare inammissibili i motivi con i quali si lamenta l’illegittimità della intera procedura.

In proposito, osserva il Collegio che il c.d. interesse strumentale, riguardato nella sua oggettività, non è altro che un interesse al rispetto della legalità, che viene paludato da riferimenti soggettivi (utilità di ripetere la procedura che il ricorrente si propone di conseguire con la deduzione di vizi che, ove fondati, sono in grado di travolgere l'intera gara), al fine di accreditarne la valenza personale, che è un requisito necessario per poter promuovere un ricorso giurisdizionale.

Sta di fatto, però, che provare di essere in condizione di trarre dall'esito favorevole del giudizio un'utilità non significa per nulla provare di essere titolari di una posizione legittimante.

La verifica della sussistenza di una posizione legittimante, ai fini del preliminare accertamento della ammissibilità del ricorso, è in altri termini un'operazione che precede e per certi versi è indipendente dalla stima della utilità che il processo è in grado di assicurare

Una volta appurata l'insussistenza di una posizione legittimante in capo al soggetto escluso da una procedura di aggiudicazione (come nella specie), insorge un ostacolo pregiudiziale di rito alla possibilità di valutare nel merito la fondatezza delle censure, a prescindere dalla considerazione del vantaggio che il candidato estromesso – non diversamente da qualsiasi altra impresa del settore – supponga di poter trarre dall'eventuale ripetizione della gara.

In altre parole, l'utilità che si vuole conseguire con il processo non può essere ottenibile con questo, se il soggetto che propone il ricorso non è legittimato a proporre vizi che inficiano la gara nella sua interezza. Il partecipante escluso si trova, rispetto alla procedura, nella stessa posizione di un *quisque de populo*, portatore di un interesse di mero fatto, che un orientamento giurisprudenziale (poco persuasivo) vuole accreditare come posizione legittimante solo in virtù dell'utilità che lo stesso può conseguire con l'annullamento della gara ed il suo rinnovo.

Se fosse accettabile l'assunto che l'interesse strumentale, cioè la prospettiva del vantaggio consistente nella semplice possibilità di partecipare alla riedizione della gara, basti a legittimare il candidato estromesso ad impugnare gli atti di gara, occorrerebbe con coerenza dichiarare qualunque operatore economico legittimato ad impugnare ogni gara consona al proprio ambito merceologico, a prescindere da qualsivoglia candidatura, in presenza di vizi atti a travolgere radicalmente il procedimento e a prepararne il rinnovo.

È chiaro però che siffatta conclusione, raggiunta tramite il discutibile rovesciamento concettuale che pretende di elevare il cosiddetto interesse strumentale a surrogato della posizione legittimante, è nella sostanza destinata a piegare l'esercizio della giustizia amministrativa ad una funzione di oggettiva verifica del rispetto della legalità, che il nostro ordinamento notoriamente non contempla.

13. Da ultimo, correttamente il primo giudice ha definito il sesto motivo dell'originario ricorso (violazione dell'art. 84 del D.Lgs. 163/2006), dal momento che con esso si è lamentato che due componenti della "prima" commissione, incaricata della verifica del possesso dei requisiti, hanno successivamente fatto parte della commissione addetta alla valutazione delle offerte.

Lo scrutinio negativo di questa censura è stato altrettanto corretto, in quanto nessun conflitto di interesse è ipotizzabile nella specie, risolvendosi la censura nel fatto che i due commissari sono rimasti gli stessi nell'ambito delle operazioni proprie della Commissione di cui fanno parte, cioè verifica dei requisiti di partecipazione (attività di mero riscontro) e attività di valutazione delle offerte.

L'appello va, pertanto, respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza impugnata.

Le spese e gli onorari di giudizio possono essere compensati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, Sezione Quarta, respinge l'appello in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2009 con l'intervento dei Signori:

Gaetano Trotta, Presidente

Luigi Maruotti, Consigliere

Giuseppe Romeo, Consigliere, Estensore

Goffredo Zaccardi, Consigliere

Sandro Aureli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/11/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione