



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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2503 del 2018, proposto da GSA – Gruppo Servizi Associati s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Luca Ponti, Luca De Pauli e Luca Mazzeo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luca Mazzeo in Roma, via Eustachio Manfredi n. 5;

contro

IFO Istituti Fisioterapici Ospedalieri, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Borioni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Luigi Ceci n. 21;

nei confronti

Elisicilia s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Innocenti, con domicilio digitale come da PEC da

Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Siracusa, via G.B. Perasso n. 8;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. Lazio – Roma - Sezione III Quater n. 3081/2018, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di IFO - Istituti Fisioterapici Ospedalieri e di Elisicilia s.r.l. nonché l'appello incidentale proposto da quest'ultima;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 settembre 2018 il Cons. Ezio Fedullo e uditi per le parti gli Avvocati Luca De Pauli, Luca Mazzeo, Luca Ponti, Paolo Borioni e Giuseppe Innocenti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Con l'appellata sentenza in forma semplificata, il T.A.R. Lazio ha respinto il ricorso proposto dalla società appellante G.S.A. – Gruppo Servizi Associati s.p.a. avverso la deliberazione n. 946 del 16 novembre 2017 di I.F.O. – Istituti Fisioterapici Ospedalieri, avente ad oggetto «aggiudicazione alla Elisicilia s.r.l. della procedura aperta ex art. 60 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per l'affidamento del servizio di vigilanza antincendio presso il presidio ospedaliero I.F.O. per un periodo di due anni al costo di € 567.344,82, di cui € 7.200,00 quali costi sicurezza rischi interferenti, oltre IVA», nonché avverso il presupposto verbale di gara n. 7 dd. 18 ottobre 2017 e gli atti afferenti il sub-procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, all'esito del quale l'offerta economica di Elisicilia s.r.l. è stata giudicata “congrua e non anomala”.

Oggetto del giudizio di primo grado costituiva altresì il ricorso incidentale proposto dalla menzionata Elisicilia s.r.l. avverso gli atti impugnati in via

principale, nella parte in cui la Gruppo Servizi Associati s.p.a. non era stata esclusa dalla procedura di gara.

2. La società ricorrente principale, dopo aver evidenziato che essa aveva ottenuto il miglior punteggio tecnico (50 punti dopo la riparametrazione) e che l'impresa aggiudicataria aveva operato un ribasso del 25,61% sull'importo a base d'asta, collocandosi al primo posto nella graduatoria finale, immediatamente prima di essa, deduceva essenzialmente che, nonostante avesse chiesto e ottenuto dalla stazione appaltante un puntuale chiarimento interpretativo del disciplinare di gara, nella parte in cui sanzionava con l'inammissibilità le offerte nella quali il costo medio orario del lavoro fosse stato inferiore a quello stabilito dal CCNL di settore, la gara era stata aggiudicata a Elisilia s.r.l. all'esito della verifica dell'anomalia della sua offerta, nel corso della quale aveva giustificato il prezzo proposto facendo riferimento al CCNL ANISA stipulato il 3 novembre 2011, mediante l'indicazione di un costo medio orario inferiore a quello previsto dal CCNL dalla stessa applicato e dalle Tabelle ministeriali.

Anche la controinteressata Elisilia s.r.l., col suo ricorso incidentale, lamentava che la stazione appaltante aveva omesso di escludere la ricorrente principale dalla procedura di gara, nonostante avesse offerto un costo orario medio del servizio che, considerata l'incidenza dei servizi aggiuntivi, risultava inferiore a quello indicato nelle Tabelle ministeriali ed evocato nell'impugnativa introduttiva del giudizio di primo grado.

3. Il T.A.R., con la sentenza appellata, respingeva le doglianze della ricorrente principale.

Il giudice di primo grado in particolare, premesso che "il disciplinare di gara prevedeva testualmente: «Saranno considerate inammissibili, ai sensi dell'art. 87 [in realtà art. 97, come chiarito successivamente dalla s.a.], comma 6 D.Lgs. 50/2016 e pertanto automaticamente escluse, le offerte nelle quali il costo medio orario del

lavoro risulti inferiore al costo stabilito dal CCNL “Sorveglianza antincendio” del 3-11-2009, per dipendenti di livello minimo F e/o dal CCNL “Guardia Fuochi” del 28.7.2009 per dipendenti di livello minimo 6°», e che la suddetta previsione era stata ribadita dalla stazione appaltante con un chiarimento sollecitato da GSA, richiamava l’orientamento della giurisprudenza secondo cui “le tabelle ministeriali di cui all’art. 23, comma 16, del d.lgs. n. 50/2016, evocate ai fini della giustificazioni da rendere in sede di verifica dell’anomalia dall’art. 97, comma 5, lett. d), del medesimo decreto, esprimono soltanto il costo medio della manodopera quale parametro di riferimento né assoluto né inderogabile e che, svolgendo esso una funzione meramente indicativa, suscettibile di scostamento in relazione a valutazioni statistiche ed analisi aziendali evidenziando una particolare organizzazione in grado di giustificare la sostenibilità dei costi inferiori, è ben possibile discostarsi da tali valori, in sede di giustificazioni dell'anomalia, sulla scorta di una dimostrazione puntuale e rigorosa (*ex multis*, Tar Lazio, Roma, I 30 dicembre 2016, n. 12873)”, laddove “l’unico valore non modificabile è costituito invece dai trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate, secondo quanto stabilito dall’art. 97, comma 6, del medesimo d.lgs. n. 50/2016”.

Da tale rilievo il T.A.R. faceva discendere la conseguenza che “la previsione dell’esclusione dalla gara del concorrente che avesse offerto un «costo medio orario del lavoro» inferiore a quello previsto nei contratti collettivi di riferimento e quindi alle tabelle ministeriali di riferimento allegate al d.m. 2 agosto 2010, contenuta nel disciplinare della gara oggi in esame e ribadita nel chiarimento somministrato dalla s.a. il 5 aprile 2017, integra un’ipotesi di prescrizione della *lex specialis* «a pena di esclusione» ulteriore rispetto a quelle tassativamente previste dal codice dei lavori pubblici, in quanto tale sanzionata di nullità rilevabile d’ufficio dal giudice ai sensi degli artt. 83, comma 8, ultimo periodo, d.lgs. n. 50/2016 e 31,

comma 4, secondo periodo, c.p.a.”, per cui “nella specie, rilevata la nullità di questa previsione che va pertanto considerata *tamquam non esset*, risulta corretta la condotta valutativa serbata dalla Commissione di gara la quale, in sede di verifica dell’anomalia, ha ritenuto ammissibili le giustificazioni fornite da Elisicilia sul costo del lavoro e, per conseguenza, congrua l’offerta di questa, alla luce del fatto che «le giustificazioni addotte dal concorrente vertono sulla possibilità della Società, nell’ambito della propria organizzazione ed utilizzo di particolari istituti di legge, di poter ridurre il costo del lavoro, senza intaccare il minimo tabellare e gli oneri accessori di spettanza del lavoratore come da CCNL di categoria (sorveglianza antincendio di cui al DM 2 agosto 2010)”, partendo dalla considerazione per cui “il costo medio orario del lavoro a carico dell’Appaltatore è stimato in € 12,46” e che “tale diminuzione del costo orario a carico del datore di lavoro mantiene la retribuzione tabellare per il lavoratore ai minimi da CCNL» (cfr. nota del RUP del 9 ottobre 2017)”.

Il T.A.R., per effetto della statuita e così motivata infondatezza del ricorso principale, dava infine atto della improcedibilità di quello incidentale proposto dall’impresa aggiudicataria.

4. Mediante i motivi di appello, la appellante GSA – Gruppo Servizi Associati s.p.a. deduce in primo luogo l’erroneità della sentenza appellata laddove, incorrendo nel vizio di ultra-petizione, afferma la correttezza della disapplicazione asseritamente operata dalla stazione appaltante (ovvero dalla commissione di gara) della summenzionata clausola del disciplinare di gara, non emergendo dagli atti di gara alcuna cosciente volontà sul punto della medesima Amministrazione: del resto, essa aggiunge, la sanzione di nullità è contemplata dall’art. 83, comma 8, d.lvo n. 50/2016 per le sole “clausole del bando che impongono adempimenti formali” e non, come nella specie, un valore minimo inderogabile del prezzo da offrire, costituente un elemento essenziale dell’offerta, e soggiace comunque al

principio della domanda, il quale avrebbe reso necessaria, ai fini della sua rilevazione d'ufficio da parte del giudice, la proposizione di un ricorso incidentale, senza che potesse essere presa in considerazione al suddetto fine l'eccezione difensiva della stazione appaltante, peraltro tardivamente articolata con la memoria difensiva del 5.1.2018, essendo la stessa tenuta all'applicazione della legge di gara, sebbene contenente in ipotesi prescrizioni illegittime, salvo l'esercizio, ricorrendone i presupposti, del potere di autotutela, cui non potrebbe supplire, ove non esercitato nelle forme di legge, il giudice amministrativo.

Sotto altro profilo la parte appellante, richiamato il chiarimento reso dalla stazione appaltante in data 5.4.2017 in riscontro ad una sua espressa richiesta, con il quale veniva precisato che “il riferimento per determinare il costo medio orario del lavoro è riscontrabile nel DM Lavoro del 2/8/2010 con relative tabelle allegate. La soglia invalicabile è determinata esplicitamente nelle suddette tabelle. Gli stessi CCNL citati nel disciplinare rinviano agli aggiornamenti delle tabelle ministeriali. Si conferma che saranno considerate inammissibili, ai sensi dell'art. 97 comma 6 d.Lgs n. 50/2016 (e non art. 87 come per mero errore di battitura indicato nel disciplinare) e conseguentemente escluse, le offerte che non rispetteranno il costo minimo medio orario di lavoro così come previsto dai CCNL e dalle tabelle ministeriali”, evidenzia che il prezzo orario medio offerto da Elisicilia s.p.a. è pari ad € 15,98/ora, laddove la tabella di “costo medio orario, a livello nazionale, del personale per il settore sorveglianza antincendio (CCNL 3.11.2009)” specifica che per il livello F il costo medio orario è pari ad € 16,22, per cui l'offerta si colloca al di sotto del valore tabellare medio indicato dalle Tabelle ministeriali, che il disciplinare di gara ha indicato quale valore minimo inderogabile ai fini dell'ammissibilità dell'offerta.

A tale proposito, la parte appellante deduce che la clausola di cui alla pag. 29 del disciplinare è conforme al disposto dell'art. 97, comma 5, d.lvo n. 50/2016, il quale

prevede l'esclusione dell'offerta qualora "non rispetta gli obblighi di cui all'art. 30, comma 3" (lett. a) ovvero quella il cui "costo del lavoro è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16".

La parte appellante lamenta ancora che il *modus procedendi* della stazione appaltante integra la violazione dei principi di buona fede e *par condicio*, in quanto essa, attenendosi alle indicazioni da quella fornite, ha formulato un prezzo orario per il servizio superiore a quello indicato dalla *lex specialis* quale minimo inderogabile, al fine di non incorrere nella preannunciata declaratoria di inammissibilità.

Con ulteriore motivo di appello, la sentenza appellata viene contestata nella parte in cui il T.A.R. ha dichiarato l'improcedibilità dell'impugnazione per motivi aggiunti proposta avverso gli atti di assegnazione provvisoria dell'appalto ad Elisicilia s.r.l., sul rilievo che "l'affidamento del servizio, per effetto dell'odierna pronuncia, potrà avvenire in favore di Elisicilia non più in via temporanea e nelle more della risoluzione della causa legale, ma *pleno iure*": l'illegittimità della suddetta assegnazione provvisoria, deduce la parte appellante, andava delibata comunque, quantomeno sotto il profilo della soccombenza virtuale e della regolamentazione delle spese di lite.

Quanto poi alla dedotta illegittimità del suddetto affidamento provvisorio, la parte appellante, oltre ad evidenziare che esso risente in via derivata degli stessi vizi inficianti i provvedimenti impugnati in via principale, anche perché ne costituiscono la "proiezione esecutiva" (avendo il RUP chiesto l'applicazione dei medesimi prezzi e delle medesime condizioni praticate da Elisicilia s.r.l. nella propria offerta tecnica ed economica), allega che esso è affetto da vizi propri, quali la carenza dei presupposti legittimanti l'affidamento in via diretta (art. 36, comma 2, lett. b) d.lvo n. 50/2016; art. 62, comma 3, lett. c), in relazione al comma 5, d.lvo n. 50/2016) e lo sviamento, avendo disposto il "cambio appalto" tra l'attuale gestore (GSA) e l'aggiudicataria (Elisicilia) al fine di dirimere la questione sorta tra

stazione appaltante e GSA, da una parte, e tra queste ultime ed il sindacato dei Vigili del Fuoco, dall'altra, in ordine alle modalità esecutive a due o quattro turni, nonché al fine di far valere nella fase dell'aggiudicazione questioni che potrebbero semmai rilevare nella sede esecutiva del rapporto contrattuale tra IFO e GSA.

5. Si sono costituiti nel presente giudizio, per resistere all'appello, I.F.O. – Istituti Fisioterapici Ospedalieri ed Elisicilia s.r.l..

6. Venendo alle valutazioni del giudice adito, deve preliminarmente osservarsi che il presente giudizio ha ad oggetto la legittimità del provvedimento di aggiudicazione del servizio *de quo* a favore di impresa che, secondo le deduzioni della parte appellante, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara (con la conseguente attribuzione dell'appalto alla parte appellante, classificatasi in seconda posizione) in applicazione della clausola del disciplinare di gara che espressamente sanzionava con l'inammissibilità le offerte economiche che esponessero un costo medio orario del lavoro inferiore a quello ricavabile dal pertinente CCNL e dalle Tabelle ministeriali di cui all'art. 23, comma 16, d.lvo n. 50/2016: fattispecie, come dedotto dalla parte appellante a fondamento delle sue doglianze (senza che, sul punto, vi sia stata puntuale contestazione delle parti resistenti), integrata dall'offerta economica dell'impresa aggiudicataria, che evidenzia un prezzo orario medio pari ad € 15,98/ora, laddove la tabella del costo medio orario, a livello nazionale, del personale per il settore sorveglianza antincendio indica per il livello F un costo medio orario pari ad € 16,22.

7. Tanto premesso, assume carattere prioritario la ricostruzione del contenuto precettivo della clausola (di cui alla pag. 29 del disciplinare di gara) dalla cui violazione, ad opera dell'impresa aggiudicataria, la parte appellante fa discendere l'inammissibilità della relativa offerta e la conseguente illegittimità del provvedimento di aggiudicazione impugnato in primo grado.

Premesso che la clausola *de qua* è formulata nel senso che “saranno considerate inammissibili, ai sensi dell’art. 87 (*recte*, art. 97), comma 6 D.Lgs. 50/2016 e pertanto automaticamente escluse, le offerte nelle quali il costo medio orario del lavoro risulti inferiore al costo stabilito dal CCNL “Sorveglianza antincendio” del 3-11-2009, per dipendenti di livello minimo F e/o dal CCNL “Guardia Fuochi” del 28.7.2009 per dipendenti di livello minimo 6°”, deve ritenersi che, al di là dell’imprecisione caratterizzante il richiamo normativo in essa contenuto (dal momento che la fattispecie escludente *ope legis*, imperniata sulla valutazione del costo del lavoro esposto dall’impresa concorrente, è contemplata dal comma 5 dell’art. 97, occupandosi invece il comma 6, testualmente richiamato dalla *lex specialis*, della perimetrazione dell’ambito di ammissibilità delle giustificazioni), essa è univocamente orientata nel senso di sancire l’esclusione delle offerte esponenti un costo medio orario del lavoro inferiore ai parametri ministeriali: tanto è sufficiente a dimostrare la non condivisibilità della tesi difensiva patrocinata, in particolare, dall’impresa aggiudicataria, secondo cui l’ambiguità della clausola *de qua* (determinata a suo dire, in particolare, dall’evidenziato *lapsus* occorso nella citazione del pertinente comma) giustificerebbe, nell’ottica applicativa del principio di *favor participationis*, l’accettazione di offerte connotate dalla divergenza tra costo del lavoro da esse esposto e quello risultante dalle richiamate Tabelle ministeriali.

8. Così intesa, conformemente alle allegazioni della parte appellante, la clausola di cui si discute, deve purtuttavia condividersi – nella prospettiva processuale e sostanziale – la statuizione di nullità recata, con riferimento ad essa, dalla sentenza appellata.

Dal primo punto di vista, infatti, viene in rilievo il disposto dell’art. 31, comma 4, secondo periodo, c.p.a., a mente del quale “la nullità dell’atto può sempre (...) essere rilevata d’ufficio dal giudice”: potere dichiarativo che, così configurato dal

legislatore, rinviene la sua tipica fattispecie applicativa nell'ipotesi, ricorrente nella vicenda processuale in esame, in cui la domanda attorea sia intesa a conseguire la caducazione *ope iudicis* del provvedimento lesivo (nella specie, rappresentato dall'impugnato provvedimento di aggiudicazione), sulla scorta della sua asserita illegittimità conseguente al rapporto di antagonismo in cui si pone rispetto all'atto presupposto, costituito dalla *lex specialis* della gara.

Dal punto di vista squisitamente sostanziale, invece, viene in rilievo, quale previsione astrattamente suscettibile di integrare una fattispecie di "nullità nominata", ai sensi dell'art. 21 *septies*, comma 1, l. n. 241/1990, il combinato disposto di cui all'art. 83, comma 8, d.lvo n. 50/2016, a mente del quale "i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle", e dell'art. 97, comma 5, lett. d) d.lvo n. 50/2016, ai sensi del quale, come si è visto, "l'offerta è anormalmente bassa in quanto il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'art. 23, comma 16".

Dal primo punto di vista, invero, non può condividersi la tesi interpretativa di parte appellante, secondo la quale la disposizione citata concernerebbe i soli adempimenti di ordine formale, non rinvenendo essa, nel riportato tenore normativo, alcun appiglio di carattere testuale: basti a tal fine rilevare che la previsione menzionata è contenuta in un articolo dedicato alla disciplina, non solo sotto il profilo formale-dichiarativo, delle condizioni e dei requisiti di partecipazione alla gara.

Dal secondo punto di vista, invece, non vi è dubbio che l'art. 97, comma 5, lett. d) d.lvo n. 50/2016, nell'ancorare la sanzione espulsiva per anomalia dell'offerta, sotto il profilo considerato, alla sola ipotesi in cui "il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle" ministeriali, delimita la

fattispecie escludente entro confini più ristretti e, comunque, diversi rispetto a quelli definiti alla pag. 29 del disciplinare di gara, che la rapporta, invece, all'ipotesi in cui "il costo medio orario del lavoro risulti inferiore al costo stabilito dal CCNL "Sorveglianza antincendio" del 3-11-2009, per dipendenti di livello minimo F e/o dal CCNL "Guardia Fuochi" del 28.7.2009 per dipendenti di livello minimo 6°": la clausola in discorso infatti, nel rappresentare i termini del raffronto *sub specie* di "costo medio orario del lavoro", modifica palesemente e sostanzialmente il disposto normativo (cui pretende di dare applicazione), sostituendo con il suddetto concetto quello normativo di "trattamento retributivo minimo" (cui ha riguardo altresì, sotto il profilo procedimentale della valutazione di anomalia, il comma 6, ai sensi del quale "non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge"). E' del resto evidente la non assimilabilità dei due concetti, essendo quello di "trattamento retributivo minimo" di carattere "originario", in quanto desunto direttamente dal pertinente contratto collettivo nazionale e non bisognevole, ai fini della sua enucleazione, di alcuna operazione di carattere statistico-elaborativo, mentre quello di "costo medio orario del lavoro" costituisce il frutto dell'attività di elaborazione del competente Ministero, che lo desume dall'analisi e dall'aggregazione di dati molteplici ed inerenti a molteplici istituti contrattuali.

In conclusione, l'evidenziata discrasia precettiva tra la norma primaria e la *lex specialis* della gara *de qua* integra il presupposto applicativo dell'art. 83, comma 8, d.lvo n. 50/2016.

Né potrebbe sostenersi, come fa la parte appellante con memoria depositata successivamente all'appello, che la clausola suindicata costituisce espressione del potere discrezionale dell'Amministrazione di individuare i requisiti dell'offerta economica, anche incrementando lo *standard* di tutela dei diritti retributivi dei lavoratori dell'impresa appaltatrice, mediante la fissazione di un parametro di

riferimento per la valutazione delle offerte più rigoroso di quello legislativo: basti osservare, da un lato, che tale tesi interpretativa si traduce nell'attribuzione alla stazione appaltante di un potere atipico, con il risultato ultimo di eludere il principio normativo di tipicità delle cause di esclusione, dall'altro lato, che la fissazione del minimo inderogabile in corrispondenza del "costo medio orario del lavoro", desunto dalle Tabelle ministeriali, non si traduce necessariamente nella garanzia di un più elevato trattamento retributivo (proprio in considerazione della già evidenziata disomogeneità dei due concetti).

La sentenza appellata merita quindi, sotto il profilo esaminato, di essere confermata.

9. A diversa conclusione deve invece pervenirsi con riguardo alla censura intesa a lamentare la violazione dei principi di affidamento e *par condicio*, conseguente alle distorsioni concorrenziali prodotte dalla formulazione della *lex specialis* della gara, nel senso dell'esclusione dei concorrenti la cui offerta rechi un costo medio orario del lavoro inferiore a quello desumibile dalle Tabelle ministeriali.

In proposito, deve osservarsi che la portata orientativa dei comportamenti dei concorrenti propria della suddetta clausola, sotto il profilo innanzi indicato, risulta rafforzata dal chiarimento reso dalla stazione appaltante in data 5.4.2017 in riscontro ad una espressa richiesta dell'impresa appellante, con il quale viene precisato che "il riferimento per determinare il costo medio orario del lavoro è riscontrabile nel DM Lavoro del 2/8/2010 con relative tabelle allegate. La soglia invalicabile è determinata esplicitamente nelle suddette tabelle. Gli stessi CCNL citati nel disciplinare rinviano agli aggiornamenti delle tabelle ministeriali. Si conferma che saranno considerate inammissibili, ai sensi dell'art. 97 comma 6 d.Lgs n. 50/2016 (e non art. 87 come per mero errore di battitura indicato nel disciplinare) e conseguentemente escluse, le offerte che non rispetteranno il costo

minimo medio orario di lavoro così come previsto dai CCNL e dalle tabelle ministeriali”.

Non vi è dubbio che la clausola suindicata, così come interpretata dalla stazione appaltante in pendenza del termine per la presentazione delle offerte, abbia condizionato la conformazione dell’offerta economica da parte dell’impresa appellante, come si desume dai seguenti dati oggettivamente rilevabili:

- il suindicato chiarimento è stato reso in riscontro ad un apposito quesito interpretativo della stessa impresa, circostanza che induce a presumere ragionevolmente che esso attenesse ad un aspetto rilevante ai fini della formulazione della sua offerta;

- il prezzo medio orario offerto dall’impresa appellante, come dedotto dall’impresa controinteressata, è pari ad € 17 (cfr. pag. 14 della memoria di Elisicilia s.r.l. del 23.7.2018), ovvero ad un importo superiore al costo medio orario (pari ad € 16,22) da essa presuntivamente assunto come termine di raffronto al fine di evitare di incorrere nella sanzione espulsiva prevista alla pag. 29 del disciplinare di gara.

L’impugnato provvedimento di aggiudicazione è stato quindi adottato all’esito di un procedimento di gara inficiato dalla mancata applicazione da parte della stazione appaltante, pur legittima, di una clausola della *lex specialis* ragionevolmente assunta dall’impresa appellante a criterio orientativo nella formulazione dell’offerta economica.

Né può ritenersi che non sia stata offerta dalla parte appellante la cd. prova di resistenza, dovendo ritenersi che il prezzo orario offerto di € 17 incorpori i costi ulteriori rispetto a quello del lavoro oltre all’utile di impresa, mentre non può escludersi che, ove avesse considerato derogabile il costo medio orario desunto dalle Tabelle ministeriali, avrebbe offerto un prezzo più vantaggioso di quello stesso proposto dall’impresa aggiudicataria (e comunque tale da annullare la

minima differenza di punteggio – complessivo e relativo all’offerta economica – che la distanza da quest’ultima nella graduatoria finale della gara).

Deve solo precisarsi che non influisce sull’esito (favorevole alla appellante GSA) dell’appello il ricorso incidentale dichiarato improcedibile dal T.A.R. e riproposto (con forme la cui ritualità è peraltro messa in dubbio dalla appellante principale) dalla società Elisicilia s.r.l.: esso invero potrebbe astrattamente inficiare, ove fondato (con la conseguente affermazione della illegittimità dell’ammissione alla gara di GSA), la legittimazione al ricorso dell’impresa appellante principale (tenuto conto della presenza nella graduatoria di gara di altre imprese, che si avvantaggerebbero della eventuale estromissione delle prime due classificate) limitatamente al motivo di ricorso (ed a quello corrispondente di appello) inteso alla esclusione dell’impresa controinteressata, mentre non è idoneo a paralizzare l’azione impugnatoria di GSA relativamente alla censura, esaminata favorevolmente da questo giudice, intesa a conseguire la ripetizione delle operazioni di gara.

Per le ragioni appena esposte, quindi, può senz’altro confermarsi la statuizione di improcedibilità del ricorso incidentale di Elisicilia s.r.l. recata dalla sentenza appellata.

10. Improcedibile deve altresì ritenersi la domanda di annullamento del provvedimento prot. n. 1400 del 2.2.2018, recante l’affidamento provvisorio del servizio all’impresa Elisicilia s.r.l., “nelle more della risoluzione della causa legale”, ribadita dalla parte appellante principale.

Esso infatti deve ritenersi superato, nella sua efficacia lesiva, dal verbale del 28.2.2018, con il quale la stazione appaltante ha disposto l’inizio del servizio sotto riserva di legge in assenza di contratto ai sensi dell’art. 32, comma 8, d.lvo n. 50/2016”, in esecuzione della stessa deliberazione di aggiudicazione n. 946 del 16.11.2017 ed in conseguenza della presa d’atto della cancellazione dell’istanza

cautelare, proposta dall'odierna appellante a corredo del ricorso avverso quest'ultimo provvedimento, dal ruolo della camera di consiglio del 12.1.2018.

11. Nonostante l'accoglimento, sotto il profilo suindicato, dell'appello principale, non può accedersi alla domanda di declaratoria di inefficacia del contratto ed a quella di risarcimento, in forma specifica e per equivalente, formulate dalla parte appellante.

Dal primo punto di vista, invero, rileva il disposto dell'art. 122 c.p.a., laddove limita il potere del giudice di dichiarare l'inefficacia del contratto ai "casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara": obbligo invece ravvisabile nella fattispecie in esame, quale conseguenza pratica e giuridica della presente sentenza.

Dal secondo punto di vista, invece, l'esigenza di ripetizione della gara non consente di affermare la sussistenza, in capo all'impresa appellante, di una pretesa all'ottenimento dell'aggiudicazione, costituente il presupposto, ai fini dell'accertamento della responsabilità risarcitoria per equivalente, per affermare l'ingiustizia del danno subito.

12. Infine, la complessità dell'oggetto della controversia e l'esito dell'appello giustificano la compensazione delle spese sostenute dalle parti relativamente ai due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, nei sensi precisati in motivazione, ed annulla per l'effetto, in parziale accoglimento del ricorso di primo grado, la deliberazione di IFO – Istituti Fisioterapici Ospedalieri n. 946 del 16 novembre 2017.

Spese dei due gradi di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 settembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Ezio Fedullo

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO