

Publicato il 20/01/2025

N. 00391/2025REG.PROV.COLL.
N. 04963/2024 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

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4963 del 2024, proposto da Ciclat Trasporti Ambiente Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9631959005, rappresentata e difesa dagli avvocati Orazio Abbamonte, Giampaolo Brienza, Francesco Antonio Soldovieri, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

contro

il Comune di Francavilla in Sinni, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Vincenzo Bonafine, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

la ditta Progettambiente Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Buscicchio, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

nei confronti

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata, sezione prima, n. 260 del 15 maggio 2024.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della ditta Progettambiente Società Cooperativa e del Comune di Francavilla in Sinni;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla ditta Progettambiente;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice nell'udienza pubblica del giorno 29 ottobre 2024 e nella camera di consiglio del 16 gennaio 2025 la consigliera Emanuela Loria;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società appellante, classificatasi seconda nel procedimento di affidamento del servizio di gestione della raccolta, del trasporto e dello smaltimento dei rifiuti bandito dal Comune di Francavilla in Sinni, ha proposto ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata per l'impugnativa dei seguenti atti:

a) la determinazione n. 355 del 22 novembre 2023, esecutiva in data 6 dicembre 2023 con R.G. 591, e pubblicata il 7 dicembre 2023, con la quale il Comune di Francavilla in Sinni ha aggiudicato, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e per cinque anni, alla ditta Progettambiente Società Cooperativa il servizio di "*gestione delle funzioni e dei servizi inerenti la raccolta, il trasporto e lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani ed assimilati nel territorio del comune di Francavilla in Sinni*" (importo complessivo euro 3.304.909,20 + IVA);

b) i verbali della Commissione di gara nn. 1 del 21 marzo 2023, 2 del 23 marzo 2023, 3 del 30 marzo 2023, 4 del 6 luglio 2023 e 5 del 7 luglio 2023;

- c) gli atti della procedura di gara, segnatamente di quelli relativi al sub-procedimento di verifica del possesso dei requisiti ed a quello di verifica del costo della manodopera, ove espletato;
- d) la nota n. 77 del 4 gennaio 2024, con la quale il settore tecnico del Comune ha parzialmente riscontrato la richiesta dell'appellante di accesso ai documenti della controinteressata;
- e) per quanto riguarda i motivi aggiunti, la nota 22/UTC/INT. del 15 novembre 2023, depositata in giudizio in data 26 febbraio 2024, con la quale il Responsabile unico del procedimento ha dichiarato di aver concluso il procedimento di verifica del costo del personale indicato dalla aggiudicataria nell'offerta economica ritenendo possibile procedere all'aggiudicazione in favore della predetta ditta;
- f) gli atti e i provvedimenti tutti inerenti il procedimento di gara e, in particolare, la nota 2595 del 12 marzo 2024 di trasmissione della documentazione in riscontro all'istanza di accesso ai documenti.

1.1. L'oggetto del contenzioso è costituito altresì dal ricorso incidentale proposto dalla ditta Progettambiente (l'aggiudicataria), con il quale è stato impugnato il quadro economico posto a base di gara nella parte in cui ha determinato il costo della manodopera per aver previsto dei costi che sarebbero, in tesi, superiori e incongrui per il personale nonché il provvedimento di aggiudicazione contenuto nella determinazione n. 355 del 22 novembre 2023, unitamente a tutti i verbali redatti dalla Commissione giudicatrice per essere stato attribuito in modo illegittimo un eccessivo punteggio all'appellante Ciclat.

2. Con l'ordinanza n. 37 del 21 febbraio 2024 il T.a.r. per la Basilicata ha respinto la domanda cautelare ritenendo – con eccezione sollevata d'ufficio - che al ricorso in esame debba applicarsi il nuovo art. 120 c.p.a., sostituito dall'art. 209 del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36 del 2023). Si legge nell'ordinanza n. 37 del 2024 che *“pur tenendo conto che il nuovo art. 120 cod. proc. amm., sostituito dall'art. 209 del nuovo Codice dei*

Contratti Pubblici ex d.lgs. n. 36/2023, entrato in vigore l'1.4.2023 ed efficace dall'1.7.2023 (cfr. art. 229, commi 1 e 2, d.lgs. n. 36/2023) al comma 2 fa decorrere il termine decadenziale di impugnazione di 30 giorni "dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 90" dello stesso d.lgs. n. 36/2023, il quale al comma 1, lett. c), prevede che le stazioni appaltanti devono comunicare entro 5 giorni a tutti i concorrenti il provvedimento di aggiudicazione, il ricorso in epigrafe sembra irricevibile, in quanto deve presumersi che la Cooperativa ricorrente ha avuto la piena conoscenza dell'impugnato provvedimento di aggiudicazione ex Determinazione n. 355 del 22.11.2023 in data 11.12.2023, cioè nel momento in cui, dopo la pubblicazione in data 7.12.2023 del predetto provvedimento, ha presentato domanda di accesso ai documenti della Cooperativa Progettambiente, per cui deve ritenersi che il termine decadenziale ex art. 120, comma 2, cod. proc. amm., sostituito dall'art. 209 del nuovo Codice dei Contratti Pubblici ex d.lgs. n. 36/2023, di 30 giorni è iniziato a decorrere l'11.12.2023 ed è scaduto il 10.1.2024, mentre il ricorso in esame è stato notificato in data 2.2.2024; Ritenuto, pertanto, che non ricorrono i presupposti per l'accoglimento della domanda cautelare, in quanto va rilevata, ai sensi dell'art. 73, comma 3, cod. proc. amm., l'irricevibilità del ricorso" sicché il primo giudice ha motivato la decisione cautelare affermando l'applicabilità al contenzioso in esame del d.lgs. n. 36 del 2023 e dei relativi termini.

3. Con la successiva ordinanza collegiale n. 128 del 7 marzo 2024, pronunciata sulla domanda di accesso agli atti proposta dalla ricorrente ai sensi dell'art. 116 c.p.a., il giudice di primo grado – nell'accogliere l'istanza di ostensione integrale dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria nonché della documentazione inerente la regolarità contributiva dell'aggiudicataria ed il rinnovo della cauzione provvisoria – ha altresì ritenuto *"che la questione della ricevibilità del ricorso e degli eventuali*

motivi aggiunti, va esaminata nell'udienza pubblica di trattazione del merito”.

4. Con la sentenza impugnata n. 260 del 15 maggio 2024 il T.a.r.:

a) ha dichiarato irricevibile il ricorso principale;

b) ha respinto l'atto di motivi aggiunti al ricorso principale;

c) ha dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso incidentale;

d) ha condannato la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio, oltre al rimborso delle ulteriori spese ai sensi di legge.

4.1. In particolare, in relazione al profilo della tardività del ricorso principale, la sentenza è così motivata:

“In via preliminare, va esaminata la questione della ricevibilità del ricorso principale. Al riguardo, va precisato che non può essere applicato alla fattispecie in esame l'art. 120, comma 2, cod. proc. amm., come sostituito dall'art. 209 del nuovo Codice dei Contratti Pubblici ex d.lgs. n. 36/2023, nella parte in cui fa decorrere il termine decadenziale di impugnazione di 30 giorni “dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 90” dello stesso d.lgs. n. 36/2023, che al comma 1, lett. c), prevede che le stazioni appaltanti devono comunicare entro 5 giorni a tutti i concorrenti il provvedimento di aggiudicazione, pur tenendo conto dell'art. 229 d.lgs. n. 36/2023, il quale ha stabilito al primo comma che il nuovo Codice dei Contratti Pubblici è entrato in vigore l'1.4.2023 ed al secondo comma che le disposizioni del nuovo Codice dei Contratti Pubblici, eccetto quelle contemplate dall'art. 225 dello stesso d.lgs. n. 36/2023, “acquistano efficacia dal 1° luglio 2023”. Infatti, l'entrata in vigore del predetto art. 120, comma 2, cod. proc. amm., come sostituito dall'art. 209 del nuovo Codice dei Contratti Pubblici ex d.lgs. n. 36/2023, va coordinata con l'art. 226, comma 2, dello stesso d.lgs. n. 36/2023, nella parte in cui stabilisce che le norme del precedente Codice degli Appalti ex d.lgs. n. 50/2016 “continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso”,

specificando che “per procedimenti in corso si intendono” i procedimenti, i cui bandi sono già stati pubblicati prima dell’1.4.2023, o, in caso di procedimenti senza la pubblicazione del bando, i cui avvisi a presentare le offerte sono già stati inviati prima dell’1.4.2023 (...). Dal predetto combinato disposto, sebbene l’art. 226, comma 2, d.lgs. n. 36/2023 si riferisce espressamente soltanto alle “disposizioni di cui al d.lgs. n. 50/2016”, si evince che alle gare di appalti pubblici, i cui bandi sono già stati pubblicati prima dell’1.4.2023, non può essere applicato tutto il nuovo Codice dei Contratti Pubblici e perciò anche il suddetto art. 120, comma 2, cod. proc. amm., come sostituito dall’art. 209 d.lgs. n. 36/2023. Pertanto, poiché il bando della procedura aperta in esame è stato pubblicato il 10.2.2023, il citato art. 209 d.lgs. n. 36/2023 non può applicato al ricorso in epigrafe.

Affermando pertanto di tenere conto degli insegnamenti dell’Adunanza plenaria n. 12 del 2020, il Collegio di primo grado ha affermato che “il ricorso principale dovrebbe essere dichiarato irricevibile, in quanto è stato notificato il 2.2.2024, 63 giorni dopo la pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione, mentre avrebbe dovuto essere notificato entro e non oltre il 22.1.2024, tenuto conto delle circostanze che il 21.1.2024 era domenica e che, poiché l’istanza di accesso della CICLAT dell’11.12.2023 era stata adempiuta il 4.1.2024, residuavano 18 giorni al compimento del termine decadenziale di 45 giorni del 22.1.2024, decorrente dal 7.12.2023, cioè dal giorno di pubblicazione nell’Albo Pretorio on line del provvedimento di aggiudicazione e dalla sua contestuale comunicazione alla CICLAT nella stessa data del 7.12.2023.

Questo Tribunale, però, re melius perpensa (cfr. TAR Basilicata Sent. n. 217 del 23.4.2024), ritiene che, per verificare, se sia stato rispettato il termine decadenziale di impugnazione ex art. 120 cod. proc. amm. di 30 giorni, devono essere sommati i giorni del periodo dalla pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione alla presentazione dell’istanza di accesso

agli atti di gara e quelli del periodo dall'ostensione dei documenti richiesti alla notifica del ricorso giurisdizionale alla stazione appaltante ed all'impresa aggiudicataria dell'appalto. Ciò, tenuto pure conto della condivisibile Sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 28.10.2021, richiamata dalla ricorrente, nella parte in cui ha statuito che "deve essere garantito l'intero termine di 30 giorni previsto" dall'art. 120 cod. proc. amm., decorrente dalla conoscenza delle illegittimità o da quando avrebbe potuto prenderne conoscenza, usando l'ordinaria diligenza.

Ma, anche applicando quest'ultimo criterio, il ricorso principale deve essere dichiarato irricevibile, in quanto la CICLAT ha presentato, in data 11.12.2023, dopo 4 giorni dalla pubblicazione in data 7.12.2023 del provvedimento di aggiudicazione l'istanza di accesso agli atti di gara, che le sono stati trasmessi parzialmente (perché è stata inviata la copia dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria Progettambiente di 134 pagine con 113 pagine totalmente o parzialmente oscurate, e non le è stata trasmessa la documentazione, finalizzata ad accertare la regolarità contributiva dell'aggiudicataria, e la documentazione, attestante il rinnovo da parte della Cooperativa Progettambiente della cauzione provvisoria) in data 4.1.2024, mentre il ricorso principale è stato notificato il 2.2.2024, cioè 29 giorni dalla trasmissione dei predetti documenti.

Infatti, sommando il periodo di 4 giorni dalla pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione l'istanza di accesso agli atti di gara ed il periodo di 29 giorni dall'ostensione dei documenti alla notifica del presente ricorso al Comune di Francavilla in Sinni ed all'aggiudicataria Progettambiente, si ottiene il termine complessivo di 33 giorni, superiore al termine decadenziale di impugnazione ex art. 120 cod. proc. amm. di 30 giorni.

In definitiva, se per un verso la proposizione di istanza di accesso agli atti di gara può comportare il differimento di tale termine, nella misura in cui i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti per i quali è

stato chiesto ed ottenuto accesso (Cons. Stato, A.P. n. 12/2020), per altro verso il tempo impiegato dalla parte interessata per presentare la domanda medesima non è irrilevante, ma va computato nei trenta giorni di rito, anche in forza del principio di “autoresponsabilità”, che impone ai concorrenti di adempiere ai propri oneri secondo gli obblighi di correttezza nel rapporto con l’ente aggiudicatore. Una soluzione diversa comporterebbe un ampliamento del termine decadenziale a discrezione del ricorrente stesso, mediante il differimento della presentazione di un’istanza di accesso documentale, producendo un vulnus per le esigenze di stabilità, certezza e celerità dell’azione amministrativa, di speciale rilevanza nel settore dei contratti pubblici (cfr., in termini, anche T.A.R. Basilicata, 15 novembre 2021, n. 737).

In particolare, ove l’operatore economico non procede all’immediata presentazione dell’istanza di accesso, il relativo ritardo determina una progressiva erosione dei giorni a disposizione per proporre ricorso, atteso che l’inerzia dell’impresa istante non può costituire un mezzo a disposizione dell’impresa per dilatare ad libitum i termini di legge. Ritenere diversamente comporterebbe, tra l’altro, una ingiustificata disparità di trattamento tra coloro che si siano immediatamente attivati con l’accesso agli atti e coloro che, invece, abbiano ritardato nel presentare tale istanza, in tal modo determinando quegli effetti dilatori che la pronuncia dell’Adunanza Plenaria mira ad evitare» (TAR Lazio, Roma, sez. III-quater, 24 novembre 2020, n. 12480).

Anche perché va ribadito il prevalente e condivisibile orientamento giurisprudenziale (cfr. ex multis C.d.S. Sez. V Sent. n. 3452 del 30.4.2021; C.d.S. Sez. VI Sent. n. 3731 dell’11.6.2020; C.d.S. Sez. IV Sent. n. 1496 del 2.3.2020), ai sensi del quale il termine decadenziale di impugnazione inizia a decorrere dalla piena conoscenza dell’atto amministrativo, cioè dalla conoscenza non del suo integrale contenuto, ma dei suoi elementi essenziali (Autorità emanante, contenuto dispositivo e suo effetto lesivo),

eccetto il caso in cui la parte ricorrente dimostri in giudizio che l'Amministrazione non ha consentito nemmeno nella forma della visione l'accesso (TAR Basilicata Sentenze n. 696 del 28.11.2023, n. 382 del 12.6.2023, n. 347 dell'1.6.2023, n. 860 del 28.11.2019, n. 3 del 13.1.2017, n. 201 del 28.3.2015, n. 770 del 6.11.2014, n. 537 del 4.12.2012, n. 250 del 24.5.2012 e n. 684 del 28.11.2007).

5. Con l'appello in esame sono stati dedotti sei motivi:

I. – Error in procedendo e in iudicando – Violazione dell'art. 73, comma 3, d.lgs. n. 104/2010 per omesso avviso sui rilevati profili di irricevibilità del ricorso di primo grado, violazione dell'art. 24 Cost.

II. – Error in iudicando - Violazione del canone dell'effettività della tutela giurisdizionale riconosciuto dal diritto nazionale (art. 24 Cost.) ed europeo in materia di ricorsi relativi agli appalti pubblici–Violazione del principio sancito dall'A.P. n. 12 del 2.7.2020 – Difetto di motivazione – Perplessità – Violazione dell'art. 120, co. 5 c.p.a. (applicabile ratione temporis).

III. – Error in iudicando – Omesso esame del primo motivo - Violazione degli artt. 23 co. 16, 95, co. 10 e 97 co.5 lett. D) del d.lgs. 50/16 – Difetto di istruttoria e di motivazione – Violazione del quadro economico di gara e degli artt. 23 e 24 del disciplinare – Presupposto erroneo – Violazione dei contratti di categoria e delle tabelle ministeriali in materia di calcolo del costo del lavoro – Violazione del principio dell'autovincolo e della par condicio ex art. 97 Cost. – Illogicità – Irragionevolezza.

IV. - Error in iudicando - Omesso esame del secondo motivo di ricorso – Violazione degli artt. 23 co. 16, 95, co. 10 E 97 co. 5 lett. D) del d.lgs. 50/16 – Difetto di istruttoria e di motivazione – Violazione del quadro economico di gara e degli artt. 23 e 24 del disciplinare – Presupposto erroneo – Violazione dei contratti di categoria e della tabella ministeriali in materia di calcolo del costo del lavoro – Violazione del principio dell'autovincolo e della par condicio ex art. 97 Cost. – Illogicità – Irragionevolezza.

V. – Error in iudicando - Violazione degli artt. 23 co. 16, 95, co. 10 e 97 co. 5 lett. D) del d.lgs. 50/16 - Difetto di istruttoria e di motivazione – Violazione del quadro economico di gara e degli artt. 2.3., 23 e 24 del disciplinare – Presupposto erroneo – Violazione dei contratti di categoria e della tabella ministeriali in materia di calcolo del costo del lavoro – Violazione del principio dell'autovincolo e della par condicio ex art. 97 Cost. – Illogicità – Irragionevolezza.

VI. – Error in iudicando – Violazione dell'art. 1.1 del Quadro economico di gara, degli artt. 20.1, 23, 24 e 25 del disciplinare e dell'art. 24 del CSA - Presupposto erroneo – Difetto di istruttoria e di motivazione - Contraddittorietà - Violazione degli artt. 23, 32, co. 4, 50 e 95 co. 10 del d.lgs. 50/16 e del principio di immodificabilità dell'offerta nonché del principio di concorrenza e della par condicio ex art. 97 Cost. - Violazione dei contratti di categoria e della tabella ministeriali in materia di calcolo del costo del lavoro - Illogicità – Irragionevolezza – Perplessità.

5.1. In particolare, con il primo motivo l'appellante ha dedotto l'illegittimità della sentenza impugnata per l'assenza di contraddittorio sul profilo della tardività del ricorso e, con il secondo motivo, ha argomentato in ordine alla insussistenza della tardività e quindi della ricevibilità del ricorso stesso.

5.2. Con gli ulteriori motivi (dal quarto al sesto) sono stati riproposti i motivi di merito non esaminati dal giudice di primo grado, attesa la declaratoria di irricevibilità per tardività del ricorso principale.

6. La controinteressata si è costituita in giudizio e in data 8 marzo 2024 ha proposto appello incidentale con il quale ha riproposto i motivi del ricorso incidentale di primo grado.

6.1. L'appellante incidentale ha, altresì, domandato:

a) che siano esaminate in via prioritaria le censure dell'appello incidentale finalizzate alla dimostrazione della carenza di interesse e di legittimazione dell'appellante principale (pag. 4 appello incidentale).

- b) che siano dichiarati irricevibili i motivi aggiunti (pag. 24 appello incidentale);
- c) in via gradata rispetto al punto b) - (pag. 24 e 25 dell'appello incidentale) - che siano dichiarati irricevibili o inammissibili i motivi aggiunti proposti da pagina 6 a pagina 11 e, più in particolare, dal punto n. 8 fino al punto n. 10.4. in considerazione della sostanziale identità/sovrapponibilità delle questioni ivi trattate rispetto al ricorso introduttivo e in particolare rispetto a quelle dedotte nel primo e nel secondo motivo.

7. Il Comune di Francavilla in Sinni si è costituito in giudizio, sostenendo la irricevibilità del ricorso introduttivo di primo grado, la infondatezza dei motivi riproposti, la improcedibilità dell'appello incidentale che, secondo l'amministrazione, dovrebbe essere esaminato soltanto in subordine rispetto alla verifica dell'esistenza delle condizioni per l'ammissibilità e la ricevibilità del ricorso principale.

8. Alla udienza pubblica del 29 ottobre 2024 la causa è stata discussa come da verbale ed è stata trattenuta in decisione nella camera di consiglio del 16 gennaio 2025.

9. In primo luogo, deve essere respinta la domanda della ricorrente incidentale di trattazione in via prioritaria delle censure finalizzate alla dimostrazione della carenza di interesse e di legittimazione dell'appellante principale.

Invero, si osserva in linea generale, che con il ricorso incidentale il controinteressato non promuove un'azione autonoma, ma interviene in un rapporto processuale già instaurato, con lo scopo di tutelare il suo interesse alla conservazione dell'atto impugnato e di impedire il travolgimento della posizione di vantaggio acquisita con l'emanazione di quell'atto anche quando siano proposte questioni pregiudiziali capaci di incidere sulla legittimazione ovvero sull'interesse del ricorrente in via principale.

Anche nel caso in esame il ricorso incidentale ha carattere dipendente e accessorio rispetto all'azione che ha originato la controversia.

Invero, il controinteressato ha formulato motivi che attengono al merito, ma con i quali si intenderebbe portare il Giudice ad una declaratoria di carenza di interesse e/o di legittimazione dell'impugnante in via principale, atteso che con questi sono formulate sia censure ritenute utili a *“dimostrare la piena ammissibilità e praticabilità del modus operandi della Progettambiente in ordine alla indicazione, in offerta, dei propri costi della manodopera, quanto doglianze volte a condurre all'esclusione della appellante dalla procedura di gara o, in subordine, ad una rideterminazione in peius del punteggio conseguito dalla Ricorrente principale”* (ric. inc., p. 6 s.).

Orbene, anche i motivi con i quali l'appellante incidentale ha proposto censure che porterebbero ad una esclusione dell'appellante principale o ad un punteggio deteriore rispetto a quello attribuitogli, sono comunque subordinati rispetto ai motivi proposti dall'appellante principale e implicherebbero una valutazione nel merito della legittimità dell'offerta dell'appellante stesso.

Inoltre, poiché sia l'appellante incidentale sia l'amministrazione hanno riproposto l'eccezione di tardività del ricorso di primo grado, l'eventuale accoglimento di tale eccezione priverebbe comunque di interesse l'appello incidentale sicché si procederà prioritariamente con l'esame dell'appello principale.

10. Come sopra indicato, con il primo – assorbente - motivo d'appello è contestata la violazione da parte del primo giudice dell'art. 73 c.p.a. per l'omesso avviso sui profili rilevati di irricevibilità del ricorso di primo grado e quindi per la violazione del principio del contraddittorio tra le parti processuali garantito dall'art. 24 della Costituzione.

Sarebbe stata assunta, da parte del T.a.r., una decisione “a sorpresa” senza il necessario contraddittorio delle parti.

Ciò sarebbe avvenuto sia nella fase cautelare, con l'ordinanza che ha deciso sull'istanza cautelare poiché il primo giudice ha sollevato d'ufficio la questione della tardività dopo aver trattenuto in decisione l'istanza senza verbalizzare alcunché in relazione alla eccezione di tardività, sia nella fase di merito giacché, con la sentenza appellata, il primo giudice ha modificato l'orientamento già espresso con l'ordinanza cautelare in relazione alla disciplina sui termini per proporre ricorso giurisdizionale nei procedimenti relativi agli affidamenti delle commesse pubbliche con la ritenuta applicazione (in sentenza) della disciplina anteriore al d.lgs. n. 36 del 2023 (mentre nell'ordinanza cautelare, come detto, è stato ritenuto che il caso in esame fosse da collocare sotto la vigenza del d.lgs. n. 36 del 2023), senza che sia stato consentito alle parti di contraddire sulla questione, come invero risulterebbe anche dall'assenza di riferimenti nel verbale dell'udienza.

L'appellante ha pertanto chiesto l'annullamento della sentenza di primo grado con rimessione al primo grado ai sensi dell'art. 105 c.p.a.

10.1. Il motivo è infondato.

Si rileva che l'art. 73 comma 3 c.p.a. ha introdotto una specifica disciplina per ciò che concerne l'assunzione delle c.d. "decisioni a sorpresa", ossia fondate su questioni rilevate d'ufficio e non sottoposte all'esame delle parti.

Al fine di evitare i provvedimenti giurisdizionali c.d. "*della terza via*", l'art. 73, comma 3, c.p.a. ha recepito gli orientamenti elaborati dalla giurisprudenza amministrativa (in particolare, Cons. Stato, Ad. plen., sent. 24 gennaio 2000 n. 1, sent. 2 dicembre 2010 n. 3, Corte Cass. Sez. II civile, 9 giugno 2008 n. 15194) e il precipitato di ciò è il contenuto dell'art. 73, comma 3, c.p.a. con il quale si stabilisce che "*Se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice la indica in udienza dandone atto a verbale. Se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, il giudice riserva quest'ultima e con ordinanza*

asigna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie”.

La disposizione prevede due distinte fattispecie:

a) il primo periodo si riferisce al caso in cui la questione emerga prima del passaggio in decisione: se il giudice intende seguire una “terza via” rispetto alle argomentazioni prospettate dalle parti, deve segnalare in udienza la questione rilevata d’ufficio al fine di consentire lo svolgimento di difese orali in relazione al punto da lui stesso sollevato. La discussione, in tal caso, deve avvenire oralmente al fine di salvaguardare il principio di concentrazione e di speditezza processuale a meno che le parti non chiedano concordemente un rinvio;

b) se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, il Collegio riserva la decisione e con l’ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie.

La lesione del diritto di difesa e del principio del contraddittorio processuale concretizza uno dei casi in cui l’art. 105 c.p.a. prevede che la causa debba essere rimessa al primo giudice (Cons. Stato, Ad. plen., a, sent. n. 10 e 11 del 30 luglio 2018, n. 15 del 28 settembre 2018

10.2. Applicando tali disposti normativi e tali principi al caso in esame, si rileva che l’andamento del giudizio in primo grado è stato sostanzialmente rispettoso del corretto andamento del contraddittorio e del diritto di difesa come disegnato dall’art. 73, comma 3, c.p.a.

In primo luogo, è stato espressamente richiamato nel testo dell’ordinanza n. 37 del 21 febbraio 2024, l’art. 73, comma 3, c.p.a. - *“Ritenuto, pertanto, che non ricorrono i presupposti per l’accoglimento della domanda cautelare, in quanto va rilevata, ai sensi dell’art. 73, comma 3. cod. proc., amm., l’irricevibilità del ricorso”* – sicché è chiaro che il Giudice id primo grado ha enunciato il *thema decidendum* della irricevibilità - sia pure con le varie sfaccettature della disciplina applicabile *ratione temporis* - come argomento sottoposto al contraddittorio delle parti.

Sostanzialmente, dunque, l'ordinanza ha, da un lato, definito la tutela richiesta con l'urgenza tipica della fase cautelare, dall'altro lato, ha sottoposto alle parti *ex art. 73 comma 3 c.p.a.* la questione relativa all'irricevibilità del gravame.

Soltanto una visione formalistica del principio del contraddittorio tra le parti potrebbe condurre a ritenere violato il principio del contraddittorio nella presente fattispecie.

10.3. *Ad abundantiam*, deve essere rilevato anche il riferimento della successiva ordinanza collegiale, che ha deciso sull'istanza di accesso infraprocessuale, al fatto che *“la questione della ricevibilità del ricorso e dei motivi aggiunti va esaminata nell'udienza pubblica di trattazione del merito”*, elemento da cui risulta chiaro che le parti sono state chiamate a prendere posizione sulla questione della tardività del ricorso.

Risulta peraltro dalle memorie di primo grado che le parti si sono diffuse nei loro scritti difensivi sul tema della tardività del ricorso sicché la sentenza non può essere considerata come assunta *“a sorpresa”* e in violazione del principio del contraddittorio.

10.4. Deve inoltre essere sottolineato che l'art. 73, co. 3, c.p.a. non tutela un inesistente *“diritto”* delle parti ad esser previamente informate su come questi vorrà qualificare giuridicamente i fatti portati alla sua attenzione, ma costituisce un mezzo di garanzia del contraddittorio, diretto ad evitare pronunce su profili aventi un'influenza decisiva sul giudizio quali, per esempio, la tardività, sicché non ha rilievo il fatto che nel caso in esame, non sia stato individuato, con le richiamate ordinanze collegiali, il profilo rilevante di tardività ai fini della disciplina applicabile, vale a dire quello che è stato successivamente posto a fondamento della motivazione della sentenza appellata.

In altri termini, non ha rilievo la circostanza che il Collegio non abbia chiarito alle parti che la questione della irricevibilità del ricorso per tardività avrebbe potuto essere definita con applicazione *ratione temporis*

dell'una o dell'altra disciplina, essendo comunque le parti state edotte della rilevanza del tema della tardività e ben potendo pertanto portare le loro motivazioni a favore o contro la rilevanza della tardività nella decisione del ricorso.

11. Il Collegio ritiene pertanto che, in considerazione della infondatezza del primo motivo, debba essere esaminato il secondo motivo d'appello con il quale è dedotto *l'error in iudicando*, la violazione dell'effettività della tutela giurisdizionale riconosciuto dal diritto nazionale (art. 24 Cost.) ed europeo in materia di ricorsi relativi ad appalti pubblici la violazione del principio sancito dall'Adunanza plenaria n. 12 del 2 luglio 2020, il difetto di motivazione, la perplessità, la violazione dell'art. 120 comma 5 c.p.a. (applicabile *ratione temporis*).

11.1. La questione della ricevibilità del ricorso principale è stata affrontata dalla sentenza impugnata nel senso sopra riportato.

10.2. Secondo la tesi dell'appellante:

a. la propria richiesta di accesso agli atti sarebbe stata proposta tempestivamente (7 dicembre 2023: aggiudicazione; istanza di accesso: 11 dicembre 2023) sicché nessun comportamento negligente e in violazione del principio di autoresponsabilità potrebbe esserle attribuito;

b. il termine per impugnare sarebbe iniziato a decorrere soltanto dalla ostensione (peraltro parzialmente oscurata in relazione all'offerta dell'aggiudicataria), ritardata rispetto ai quindici giorni - dei documenti da parte della stazione appaltante ossia dal 4 gennaio 2024 sicché il ricorso notificato il 2 febbraio 2024 sarebbe tempestivo (29 giorni).

c. al termine per impugnare di 45 giorni nel caso di accesso agli atti, non potrebbero essere sottratti i giorni impiegati dalla concorrente al procedimento di gara per effettuare l'accesso agli atti.

d) la sentenza n. 12 del 2020 dell'Adunanza plenaria supporterebbe tali conclusioni poiché sarebbe ravvisabile un comportamento dilatorio della stazione appaltante.

11.3. Il motivo è infondato.

In primo luogo, la sentenza impugnata ha correttamente individuato la disciplina applicabile *ratione temporis*, così riassumibile:

a. al caso in esame si applica l'art. 120, comma 2, c.p.a. nella versione anteriore a quella sostituita dall'art. 209 d.lgs. n. 36 del 2023 poiché ai sensi dell'art. 226, comma 2, dello stesso d.lgs. n. 36 del 2023, le norme del precedente Codice degli appalti *ex d.lgs. n. 50 del 2016* “*continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso*”, specificando che “*per procedimenti in corso si intendono*” i procedimenti, i cui bandi sono già stati pubblicati prima del 1° aprile 2023 e poiché il bando del caso di specie è stato pubblicato il 10 febbraio 2023, il citato art. 209 d.lgs. n. 36/2023 non può essere applicato;

b. da ciò il primo giudice ha desunto che, al termine ordinario di trenta giorni per proporre ricorso contro i provvedimenti relativi alle procedure di affidamento di lavori pubblici, servizi e forniture decorrente dalla comunicazione o dalla pubblicazione dell'aggiudicazione, si debbano aggiungere i 15 giorni previsti dall'art. 76 comma 2 d.lgs. n. 50/2016 previsti per il caso di istanza di accesso agli atti da parte di chi intende proporre il ricorso.

11.4. Nel caso in esame, l'aggiudicazione è stata pubblicata in data 7 dicembre 2023 e il sistema informatico ha, in pari data, trasmesso le comunicazioni individualmente ai concorrenti; l'appellante ha proposto istanza di accesso agli atti l'11 dicembre; la stazione appaltante ha riscontrato la predetta istanza il 4 gennaio 2024; il ricorso è stato notificato il 2 febbraio 2024.

Pertanto, anche considerando il termine di 45 giorni (30 giorni + 15 giorni) *ex art. 76 comma 2 d.lgs. n. 50 del 2016* il ricorso è stato presentato tardivamente.

L'assunto dell'appellante fonda su due erronei presupposti ossia che *a)* dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 12 del 2020 si ricaverebbe che

quando la stazione appaltante supera il termine di 15 giorni per dare riscontro alla istanza di accesso agli atti, vi sarebbe automaticamente un comportamento dilatorio e ostruzionistico dell'amministrazione e quindi sarebbe dovuta una proroga del termine per impugnare di tanti giorni quanti sono quelli che l'amministrazione a rispondere, b) che nel caso in esame tale comportamento ostruzionistico e dilatorio si sia effettivamente configurato avendo l'amministrazione tardato nel dare riscontro all'istanza di accesso (riscontro del 4 gennaio 2024); inoltre vi sarebbe stato un oscuramento di alcuni dati dell'offerta che sono stati depositati soltanto nel corso del giudizio.

11.5. Il Collegio, in primo luogo, non condivide l'assunto secondo il quale i principi sanciti dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 12 del 2020 andrebbero, nel caso in esame, nella direzione indicata dall'appellante.

La sentenza citata ha affermato che:

“a) il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016;

b) le informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati ovvero per accertarne altri, consentono la proposizione non solo dei motivi aggiunti, ma anche di un ricorso principale;

c) la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta;

d) la pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, ex art. 29 del decreto legislativo n. 50 del 2016, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione;

e) sono idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati'.

Inoltre, la sentenza ha affermato che quando l'Amministrazione aggiudicatrice rifiuti l'accesso o impedisca con comportamenti dilatori l'immediata conoscenza degli atti di gara (e dei relativi allegati) il termine per l'impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l'interessato li abbia conosciuti.

11.6. E' dunque evidente che vale in primo luogo il principio generale per cui la comunicazione o la pubblicazione dell'aggiudicazione fa decorrere il termine per l'impugnativa non essendo necessaria una perfetta conoscenza degli atti di gara in quanto il ricorso può essere integrato con la proposizione di motivi aggiunti (come infatti è avvenuto nel caso in esame); il termine è prorogato di quindici giorni in presenza di un'istanza di accesso agli atti, ma non è modulabile oltre i 15 giorni a meno che non si allegi che l'amministrazione si è illegittimamente opposta all'accesso ovvero abbia avuto un comportamento ostruzionistico, essendo evidente che tale comportamento deve essere valutato in concreto e nel contraddittorio tra le parti.

L'esigenza dell'ordinamento è infatti quella di tenere fermi i termini per proporre ricorso e di renderli il meno possibile aleatori e sottoposti alle istanze di accesso dei concorrenti non aggiudicatari.

11.7. Nel caso in esame, alla luce delle circostanze di fatto e di quanto allegato dalla stessa amministrazione, il Collegio ritiene che non vi siano i presupposti per considerare negligente od ostruzionistico il comportamento

dell'amministrazione tanto da far slittare il termine per proporre ricorso atteso che:

a) con l'istanza di accesso agli atti è stato chiesto di conoscere, visionare e estrarre copia di tutti i verbali della commissione di gara, delle valutazioni compiute dalla commissione giudicatrice, delle verifiche effettuate in ordine al possesso dei requisiti di aggiudicazione nonché di tutta la documentazione relativa alla documentazione amministrativa, all'offerta economica e all'offerta tecnica del concorrente contro interessato, di eventuali documenti prodotti in caso di giustificazione dell'eventuale anomalia dell'offerta, specificando che la *“richiesta di accesso agli atti viene formulata con l'esigenza di verificare la possibilità di adottare iniziative a tutela della propria posizione giuridica in relazione alla mancata aggiudicazione dell'appalto in oggetto”*;

b) il Comune, con la nota del 4 gennaio 2024, ha trasmesso i verbali di gara, l'offerta economica dell'aggiudicataria e l'offerta tecnica oscurata in relazione alle parti dichiarate di *“segretezza commerciale”* e, quanto al resto della documentazione, ha motivatamente ravvisato la genericità della richiesta e la mancata dimostrazione del nesso di strumentalità tra la documentazione oggetto dell'istanza e le censure da proporre, non essendo indicata la verifica di anomalia quale oggetto dell'istanza e considerando, per il resto della documentazione, la richiesta di accesso contraria al principio di cui all'art. 24, comma 3, l. n. 241 del 1990 in materia di divieto di controllo generalizzato dell'attività amministrativa a mezzo del diritto di accesso *ex art. 22 l. cit.*

Peraltro, nella memoria di costituzione, il Comune ha allegato di avere impiegato 24 giorni, in luogo dei 15 previsti, per evadere la richiesta di accesso sia per il periodo particolare in cui l'istanza è stata proposta sia per procedere all'attività di oscuramento di molti dati per assicurare il rispetto del principio di riservatezza.

Da tali elementi si desume che *a.* l'istanza di accesso aveva un carattere esplorativo, con una richiesta di accesso a documenti anche indeterminati, e che l'esigenza di tutela è stata integralmente "costruita" a posteriori rispetto all'accesso agli atti, che l'amministrazione *b.* non ha rifiutato *tout court* l'accesso agli atti e *c.* non ha assunto un comportamento che si possa definire ostruzionistico, tale da consentire di derogare al termine decadenziale per proporre il ricorso.

Peraltro, come sottolineato dal primo giudice, anche applicando il criterio ricavabile dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2021, per cui "*deve essere garantito l'intero termine di 30 giorni previsto*" dall'art. 120 c.p.a., decorrente dalla conoscenza delle illegittimità o da quando l'interessata avrebbe potuto prenderne conoscenza, usando l'ordinaria diligenza, non può non considerarsi nel computo del termine anche il periodo necessario per proporre l'istanza di accesso onde evitare che possa esservi un ampliamento del termine decadenziale a discrezione dell'interessato stesso, mediante il differimento della presentazione di un'istanza di accesso documentale.

Pertanto, anche scomputando il termine impiegato dal Comune per dare riscontro alla istanza di accesso e considerando i quattro giorni dalla pubblicazione dell'aggiudicazione alla presentazione dell'istanza di accesso, il ricorso è stato comunque proposto tardivamente. (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2023, n. 4555).

12. In relazione alla proposizione dei motivi aggiunti, devono essere esaminate le eccezioni sollevate dalla appellante incidentale che sostiene in primo luogo la loro tardività considerato che, in linea generale, la Ciclat si è attivata tardivamente avverso l'aggiudicazione disposta dall'amministrazione.

12.1. L'eccezione non può essere accolta considerato che con i motivi aggiunti sono stati impugnati atti che l'appellante ha conosciuto a seguito del deposito in giudizio in data 26 febbraio 2024 (la nota del RUP del 15

novembre 2023) e dell'accoglimento dell'istanza di accesso processuale da parte del TAR in data 7 marzo 2024 (l'offerta tecnica dell'aggiudicataria, deposito del 12 marzo 2024).

12.1. Può, invero, essere assorbita l'ulteriore eccezione sollevata in via gradata dall'appellante incidentale con la quale ha chiesto che siano comunque dichiarati inammissibili i motivi aggiunti nella parte in cui ripropongono le censure già dedotte con il primo e il secondo motivo del ricorso introduttivo, essendo i motivi aggiunti complessivamente infondati.

13. Con il primo motivo riproposto (pag. 16 appello) è dedotta la violazione degli artt. 23 co. 16, 95, co. 10 e 97 co. 5 lett. d) del d.lgs 50/16 in quanto il procedimento di verifica svolto dal RUP in ordine all'offerta dell'aggiudicataria sarebbe inficiato da taluni vizi formali nonché erroneo nelle sue conclusioni difettando di idonea motivazione a supporto dell'attendibilità del costo del personale offerto dalla controinteressata in relazione agli atti di gara. Non risulterebbe inoltre che il RUP abbia esaminato con la commissione le giustificazioni depositate dalla aggiudicataria.

13.1. Il motivo è infondato poiché il procedimento di verifica si è svolto nella fattispecie in esame in maniera sostanzialmente conforme alle richiamate disposizioni: il Comune in data 14 novembre 2023 ha chiesto i chiarimenti all'operatore, il quale li ha quindi forniti in pari data con mail alla quale ha allegato il prospetto di calcolo giustificativo del costo del personale indicato in sede di offerta.

Il provvedimento a firma del RUP adottato in data 15 novembre 2023, una volta accertato che il costo della manodopera dichiarato nell'offerta economica non era inferiore ai minimi salariali retributivi delle Tabelle ministeriali di settore e preso atto che la variazione sul Quadro Economico dipendeva solo dal criterio di calcolo impiegato, ha dato atto di ciò e ha rimesso l'aggiudicazione alla commissione di gara.

Non si riscontra pertanto alcun vizio di difetto di motivazione o di istruttoria nel provvedimento del RUP nell'ambito del sindacato esercitabile dal giudice amministrativo sulla verifica delle giustificazioni dell'anomalia delle offerte.

Gli ulteriori rilievi risultano di carattere formale e, in quanto tali, non sono idonei ad inficiare le valutazioni effettuate (omessa indicazione della nota Responsabile del procedimento del 15 novembre 2023 nel verbale della commissione e l'utilizzo della posta elettronica ordinaria da parte del RUP e della controinteressata per inviare all'ufficio tecnico comunale le giustificazioni del costo del personale, dichiarato in sede di offerta).

Peraltro, ai sensi dell'art. 23 del disciplinare di gara, il ricorso al supporto della Commissione da parte del RUP è facoltativo, come testualmente precisato dal predetto art. 23 (*“il RUP, avvalendosi, se ritenuto necessario, della commissione, valuta la congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità delle offerte che appaiono anormalmente basse”*).

La censura relativa alla utilizzazione di email ordinaria al posto della pec è anch'essa infondata giacché l'indirizzo mail utilizzato dalla S.A. per la corrispondenza sulla verifica dell'anomalia (*“ufficio.tecnico@comune.francavillainsinni.pz.it”*) è espressamente indicato nel bando di gara (cfr. sez. I.1) nonché tra i dati di recapito del Responsabile del Procedimento nelle premesse del disciplinare (cfr. p. 1) sicché non si ravvisa alcuna illegittimità nel suo utilizzo.

14. Con ulteriore motivo (pag. 20 appello) l'appellante ripropone la censura relativa alla valutazione effettuata dal RUP nella nota impugnata circa la conformità del costo del lavoro indicato nell'offerta dell'aggiudicataria che non rispetterebbe il monte ore previsto dal Capitolato speciale d'appalto e in particolare il Quadro economico, atteso che non sarebbero state considerate le ore per le sostituzioni del personale assente.

Il motivo è infondato poiché secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, l'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti, a dimostrazione della non anomalia della propria offerta, rientra nella discrezionalità tecnica, con la conseguenza che soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali gravi ed evidenti errori di valutazione oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto, il giudice amministrativo può esercitare il proprio sindacato, ferma restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello della pubblica amministrazione (Cons. Stato n. 1776/2024; Cons. Stato n. 5022/2022).

Il motivo è, inoltre, infondato in quanto la stazione appaltante ha valutato congrua l'offerta dell'aggiudicataria in sede di verifica dell'anomalia dando atto (doc. 12) *“che il costo della manodopera pari a 1.406 983,06 euro dichiarato nell'offerta economica dalla ditta aggiudicataria dell'appalto non è inferiore ai minimi salariali retributivi di cui alla tabella ministeriale del costo orario del lavoro FISE, come si evince dai quadri giustificativi forniti dalla ditta”*.

La stazione appaltante ha infatti verificato che il disallineamento tra l'offerta tecnica e i valori delle tabelle ministeriali in materia di costo lavoro non riguardava i minimi salariali (come noto, inderogabili) e poteva quindi essere ammesso in applicazione del principio consolidato per cui le predette tabelle hanno valore solo indicativo (Cons. Stato n. 1652/2023) sicché lo scostamento delle voci di costo da queste indicate non può determinare automaticamente un giudizio di anomalia o di incongruità utile all'esclusione del concorrente.

15. Infondata è anche la censura (pagina 23 atto di appello) relativa alla violazione del Capitolato speciale d'appalto poiché esso non prevede un monte ore minimo vincolante, in quanto all'art. 26 si limita a prevedere che l'orario dei servizi *“dalle ore 7,00 alle ore 13,00”*, per cui deve tenersi esclusivamente conto del costo del lavoro, stabilito con la vigente Tabella Ministeriale ex art. 23, comma 16, d.lgs. n. 50/2016, senza aggiungere il

costo delle sostituzioni per le ore annue mediamente non lavorate, calcolate in base a dati statistici nazionali, in parte non modificabili (ferie, festività, riduzione orario contrattuale) ed in parte suscettibili di oscillazione (assemblee e permessi sindacali, diritto allo studio, malattia, infortuni, maternità, formazione), che non possono essere ridotte, facendo riferimento alle statistiche delle singole imprese.

Con ulteriore censura l'appellante principale ha dedotto la erroneità dell'offerta tecnica laddove sono stati considerati i lavoratori da riassorbire in numero di 8 e non di 9, come invece richiesto dagli atti di gara.

L'assunto di partenza risulta tuttavia, alla luce delle comunicazioni depositate nel giudizio di primo grado, basato su un presupposto errato: quello cioè che la platea storica contasse nove dipendenti. Invece, questa si componeva di soli otto addetti, come confermato dalle comunicazioni del precedente gestore del servizio (Ageco s.r.l.), già versate in atti (cfr. docc. 2-3-3.1-3.2, deposito controinteressata del 17 aprile 2024).

Il quadro economico, a fronte della platea storica otto dipendenti, ha quindi aggiunto un'unità di nuova assunzione, così per complessivi nove dipendenti. L'aggiudicataria ha previsto l'assunzione, oltre dei predetti nove lavoratori, contemplati dal quadro economico, posto a base di gara, anche un lavoratore aggiuntivo di 3° livello, da impiegare per 19 ore settimanali.

16. Al § 48. (pagina 25 atto di appello) è riproposta la censura di disparità di trattamento da parte della Commissione in relazione alla propria offerta *“nella valutazione del ‘Capitolo 1 - servizi aggiuntivi gratuiti’ rispetto a quelli principali, ‘sub criterio 1.6 – implementazione della tariffa puntuale e gestione della banca dati’, di cui all’art. 20.1 del disciplinare”*, atteso che *“per il suddetto sub criterio la Commissione ha assegnato all’offerta della controinteressata punti 8 (il massimo, pari alla sommatoria del punteggio discrezionale di 5 con quello tabellare di 3), mentre la ricorrente ha ottenuto solo punti 5,75, ciò nonostante abbia offerto esattamente*

quanto proposto dalla controinteressata nella sua relazione tecnica (pag. 86), ovvero l'utilizzo della medesima piattaforma INNOVAMBIENTE (...)".

Sotto questo profilo, la valutazione effettuata dal primo giudice non sarebbe supportata da alcun valido elemento tecnico e che sarebbe stata *“la stessa PROGETTAMBIENTE a proporre con la sua offerta alla S.A. l'utilizzo dei lettori da polso in sostituzione dell'antenna da posizionarsi su ogni automezzo”*.

La censura è infondata poiché, in primo luogo, impinge nel merito delle valutazioni tecnico discrezionali della Commissione di gara senza addurre elementi in grado di dimostrare la violazione del principio di ragionevolezza tecnica e, in secondo luogo, non è dimostrato che l'attribuzione di un punteggio maggiore all'appellante avrebbe condotto ad un diverso esito del procedimento di gara considerato anche che l'aggiudicataria aveva proposto ulteriori servi migliorativi dell'offerta (ad esempio, servizio di tariffazione puntuale per utenze non domestiche quale modalità aggiuntiva) non proposti dall'appellante.

17. Alla luce delle sopra indicate motivazioni, l'appello incidentale è carente di interesse e va dichiarato improcedibile.

18. Conclusivamente, l'appello principale deve essere respinto con conferma della sentenza impugnata.

19. Le spese del giudizio possono essere compensate sussistendo giusti motivi in relazione alla peculiarità del caso esaminato.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Dichiara improcedibile l'appello incidentale proposto con il ricorso indicato in epigrafe.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio del giorno 29 ottobre 2024 e del 16 gennaio 2025, con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Lopilato, Presidente FF

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Emanuela Loria, Consigliere, Estensore

Ofelia Fratamico, Consigliere

Rosario Carrano, Consigliere

L'ESTENSORE

Emanuela Loria

IL PRESIDENTE

Vincenzo Lopilato

IL SEGRETARIO