Pubblicato il 05/06/2020

N. 03602/2020REG.PROV.COLL.
N. 07243/2019 REG.RIC.

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7243 del 2019, proposto dalla società Nuova Perla s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio legale Cancrini e Partners in Roma, piazza San Bernardo, n. 101,

contro

l'Azienda Ospedaliero Universitaria "Ospedali Riuniti di Foggia", in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Simonetta Mastropieri e Laura Marras, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18, nonchè

nei confronti

della Consorzio Acotras Società Cooperativa a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Scacchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Crescenzio, n. 19,;

per la riforma

della sentenza del Tar Puglia, sede di Bari, sez. II, n. 882 del 24 giugno 2019, non notificata, con la quale è stato respinto il ricorso avverso l'aggiudicazione dell'esito della procedura di gara, indetta dall'Azienda Ospedaliera Universitaria "Ospedali Riuniti di Foggia", per l'affidamento triennale del servizio di facchinaggio, nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more del giudizio e per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente pecuniario.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliero Universitaria "Ospedali Riuniti di Foggia";
Vista la memoria depositata dalla Azienda Ospedaliero Universitaria "Ospedali Riuniti di Foggia" in data 30 agosto 2019;
Viste le memorie difensive depositate dal Consorzio Acotras Società Cooperativa a r.l. in date 6 settembre 2019, 23 settembre 2019 e 26 febbraio 2020;
Viste le memorie difensive depositate dalla Nuova Perla s.r.l. in date 24 settembre 2019, 25 febbraio 2020 e 28 febbraio 2020;
Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 30 aprile 2020, svoltasi da remoto in videoconferenza ex art. 84, comma 6, d.l. n. 18 del 2020, il Cons. Giulia Ferrari;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara del 9 marzo 2018, l'Azienda Ospedaliera Universitaria "Ospedali Riuniti di Foggia" (d'ora in poi, Azienda Ospedaliera) ha indetto una procedura aperta in modalità telematica per l'affidamento triennale del servizio di facchinaggio.

Alla gara hanno partecipato undici concorrenti, tra le quali la Nuova Perla s.r.l. (d'ora in poi, Nuova Perla) – che opera da più di sette anni nell'appalto de qua - il Consorzio Acotras Società Cooperativa a r.l. (d'ora in poi, Consorzio Acotras) e l'Influenza Servizi s.r.l. (d'ora in poi, Influenza Servizi).

Con determinazione n. 3377 del 26 settembre 2018, la stazione appaltante ha proceduto all'aggiudicazione definitiva della gara in favore del Consorzio Acotras, che ha raggiunto un punteggio pari a 94,64 punti. La Nuova Perla si è collocata al secondo posto con un punteggio pari a 93,88 punti. L'Influenza Servizi si è collocata al terzo posto con un punteggio pari a 93,71 punti.

2. Con ricorso proposto innanzi al Tar Puglia, sede di Bari, la Nuova Perla ha avversato, tra l'altro, la suddetta aggiudicazione, domandandone l'annullamento sulla base di tre motivi di ricorso.

La ricorrente ha, in particolare, dedotto l'illegittimità del conferimento ad un consulente esterno dell'incarico di redigere una perizia tecnica circa l'offerta del Consorzio Acotras, sospettata di anomalia; la modificazione dell'offerta da parte del Consorzio

Acotras, in sede di giustificativi resi nell'ambito del giudizio di congruità dell'offerta, al fine di giustificare il costo del lavoro eccessivamente basso; l'illegittima attivazione dell'istituto del soccorso istruttorio per mancata allegazione della certificazione ISO 9001:2015.

3. Con sentenza n. 882 del 24 giugno 2019, il Tar Bari ha respinto il ricorso. Nello specifico, il Tar – dopo aver riunito il ricorso della Nuova Perla e quello della Influenza Servizi – ha ritenuto legittimo l'intervento di un consulente esterno, reso necessario per l'impossibilità oggettiva di avvalersi di risorse umane interne e limitato alla valutazione del costo della manodopera; non ha ravvisato una modifica sostanziale dell'offerta, reputando, in particolare, accettabile il massiccio ricorso all'apprendistato; ha ritenuto infondata la censura avverso il soccorso istruttorio, in quanto la certificazione ISO 9001:2015 non integrerebbe l'offerta economica, bensì la documentazione amministrativa.

4. La citata sentenza n. 882 del 24 giugno 2019 è stata impugnata con appello notificato il 12 agosto 2019 e depositato il successivo 27 agosto, riproducendo sostanzialmente le censure non accolte in primo grado e ponendole in chiave critica rispetto alla sentenza avversata.

In particolare, il Tar avrebbe errato:

a) nel ritenere legittima la nomina del consulente esterno.

Al contrario, sarebbe stato stravolto il corretto iter procedimentale di nomina del consulente, non esperendo neanche alcuna procedura comparativa, in violazione dell'art. 7, comma 6-bis, d.lgs. n. 165 del 2001; la valutazione dell'anomalia dell'offerta avrebbe dovuto essere effettuata dal RUP, eventualmente con il supporto della

Commissione giudicatrice; sarebbe stata omessa l'indicazione delle ragioni giustificatrici dell'ausilio di un tecnico esterno; l'amministrazione non avrebbe condotto alcuna reale valutazione complessiva dell'anomalia dell'offerta, recependo acriticamente la perizia del tecnico esterno, peraltro circoscritta solo a taluni profili dell'offerta del Consorzio Acotras;

b) nel non ravvisare un'inammissibile modifica sostanziale dell'offerta del Consorzio Acotras.

La società controinteressata avrebbe specificato nell'offerta tecnica che il proprio personale sarebbe risultato munito di esperienza nella mansione almeno quinquennale e possesso di una formazione specifica mentre, in sede di giustificazioni, la stessa avrebbe affermato che il ribasso sul costo della manodopera deriverebbe dal ricorso massiccio ai contratti di apprendistato professionalizzante; la sostituzione postuma del personale esperto con personale in apprendistato avrebbe inevitabilmente falsato sia i punteggi attribuiti alle offerte tecniche, sia alla graduatoria finale; l'analisi della situazione patrimoniale del Consorzio Acotras finirebbe per comprovare l'inattendibilità dell'offerta, con riferimento alla solidità economico-finanziaria dell'aggiudicataria;

c) nel non rilevare l'illegittimità del soccorso istruttorio ove, per contro, la certificazione ISO 9001:2015 costituirebbe una documentazione integrante l'offerta, con conseguente preclusione della procedura del soccorso istruttorio.

5. Si è costituita in giudizio l'Azienda Ospedaliero Universitaria "Ospedali Riuniti di Foggia", sostenendo l'infondatezza dell'appello.

6. Si è costituito in giudizio il Consorzio Acotras Società Cooperativa a r.l., sostenendo l'inammissibilità e, comunque, l'infondatezza dell'appello.

7. Con ordinanza cautelare n. 4830 del 26 settembre 2019 è stata accolta l'istanza di sospensione dell'efficacia della sentenza del Tar Puglia, sede di Bari, sez. II, n. 882 del 24 giugno 2019, ai soli fini di una sollecita fissazione della trattazione del merito della presente controversia.

8. Alla udienza del 30 aprile 2020, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Come esposto in narrativa la Nuova Perla s.r.l. (d'ora in poi, Nuova Perla) ha impugnato l'aggiudicazione della procedura aperta, in modalità telematica, bandita dalla Azienda Ospedaliera Universitaria "Ospedali Riuniti di Foggia" (d'ora in poi, Azienda Ospedaliera) per l'affidamento triennale del servizio di facchinaggio.

La gara è stata aggiudicata al Consorzio Acotras Società Cooperativa a r.l. (d'ora in poi, Consorzio Acotras), che ha raggiunto un punteggio pari a 94,64 punti; l'appellante Nuova Perla si è collocata al secondo posto con un punteggio pari a 93,88 punti; al terzo posto si è graduata l'Influenza Servizi s.r.l. (d'ora in poi, Influenza Servizi) con 93,71 punti.

2. Con il primo motivo, articolato in più censure, l'appellante afferma che erroneamente il Tar Bari non ha rilevato l'illegittimità dell'aggiudicazione per essere stata la verifica dell'anomalia dell'offerta demandata, in parte, ad un consulente esterno. Tale verifica avrebbe dovuto essere effettuata dal Responsabile unico del procedimento. Oltre al vizio di incompetenza, l'affidamento della

verifica al consulente esterno – che non ha reso alcuna dichiarazione di incompatibilità e di assenza di motivi di conflitto di interesse – è del tutto immotivata. L'incarico, inoltre, sarebbe stato formalmente conferito solo a consulenza pressocchè esperita, senza osservare la procedura dettata dall'art. 7, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e senza la previa acquisizione della dichiarazione di mancanza di profili di incompatibilità.

Priva di pregio è la censura con la quale si afferma l'illegittimità di aver demandato, anche solo in parte, la verifica di anomalia ad un consulente esterno.

In punto di fatto con determina 24 settembre 2018, n. 640 il Direttore generale ha conferito formale incarico di consulenza al dottor Donvito, dottore commercialista, "stimato professionista di fiducia" dell'Azienda ospedaliera, che già dal precedente 7 settembre era stato contattato dal Responsabile unico del procedimento con l'allegazione della documentazione relativa all'offerta del concorrente primo graduato, il Consorzio Acotras, al fine di verificare la fattibilità dell'incarico ed ottenere un preventivo. Il mandato assegnato era verificare la non anomalia dell'offerta della Acotras con particolare riferimento al costo della manodopera per l'affidamento triennale del servizio di facchinaggio.

Ciò chiarito, rileva il Collegio che la circostanza che il conferimento dell'incarico sia stato perfezionato dall'organo competente successivamente alla e-mail con la quale il Rup aveva inviato la documentazione e chiesto il preventivo non può certo assurgere a vizio dell'aggiudicazione, così come l'aver inviato "atti coperti da segreto ex art. 53, d.lgs. n. 50 del 2016" (pag. 7 dell'atto introduttivo del giudizio di primo grado) è questione di cui avrebbe dovuto

semmai dolersi il Consorzio Acotras e non certo l'appellante, che alcun danno ha subito da tale fatto.

Tanto meno vizia l'affidamento la circostanza, questa volta in diritto, che il Rup abbia chiesto l'ausilio di un tecnico.

Giova premettere che il sub-procedimento di anomalia è di competenza del Rup e non della commissione di gara, le cui incombenze si esauriscono con la "valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico" ex art. 77, d.lgs. n. 50 del 2016 (Cons. St., sez. V, 13 novembre 2019, n. 7805; id. 24 luglio 2017, n. 3646). Deve infatti confermarsi il principio (Cons. St., Ad. plen., 29 novembre 2012, n. 36; id., sez. V, 24 luglio 2017, n. 3646) secondo cui anche nella vigenza del d.lgs. n. 50 del 2016 il legislatore ha rimesso proprio al Rup ogni valutazione innanzitutto in ordine al soggetto cui affidare la verifica, non escludendo che, a seconda dei casi, possa ritenere sufficienti e adeguate le competenze degli uffici e organismi della stazione appaltante, o invece concludere nel senso della necessità di un nuovo coinvolgimento della commissione aggiudicatrice anche per la fase de qua.

In questo senso sono le Linee guida Anac n. 3, recanti "Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni", che prevedono che – nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (come nella gara di cui è causa) – la verifica "è svolta dal Rup con l'eventuale supporto della commissione giudicatrice nominata ex art. 77 del Codice" (punto 5.3), ma proprio la ratio di questa previsione appare anzi confermare la tesi che per gli appalti in cui, per il criterio di selezione, la valutazione dell'offerta dal punto di

vista tecnico si presenta più complessa, può rendersi necessario un supporto anche da parte della Commissione esaminatrice che ha già esaminato l'offerta anche nelle sue componenti tecniche, oltre che da parte quindi di una Commissione o un tecnico ad hoc. Non rileva, infatti, la circostanza che le Linee guida facciano riferimento solo alla possibilità di avvalersi del supporto della Commissione di gara. Ove, infatti, il responsabile del procedimento riconosca i propri limiti su una questione prettamente tecnica dell'offerta e ritenga di non essere in grado di pervenire con certezza alla conclusione corretta e dunque necessario chiedere l'ausilio di un tecnico esterno, ben può optare per tale soluzione in luogo di avvalersi esclusivamente della Commissione o comunque di interni. Diversamente opinando si ammetterebbe la possibilità di una accettazione pedissequa dell'offerta di un concorrente affidandosi alle giustificazioni rese senza possibilità di verificarne concretamente l'attendibilità.

Non può quindi sostenersi che il fatto che il Rup non abbia proceduto direttamente alla verifica di anomalia (Cons. St., sez. V, 13 novembre 2019, n. 7805) e che ne abbia delegato la verifica in relazione ad una voce costituisca ex se un vizio di legittimità della procedura.

L'affidamento dell'incarico di verifica dell'anomalia non spoglia, infatti, il Rup della relativa competenza atteso che questi deve fare proprie le conclusioni alle quali è pervenuto il delegato, ove le condivida.

Nel caso all'esame del Collegio il procedimento di verifica è stato, infatti, gestito dal Rup e le valutazioni tecniche svolte dal consulente – ricevute sin dal 19 settembre 2019 – sono state da esso esaminate, condivise e quindi fatte pervenire alla Commissione di gara e al

Direttore generale: il giudizio di incongruità dell'offerta è quindi imputabile al Rup senza che vi sia stato alcun sovvertimento nelle competenze.

Possono sul punto richiamarsi i principi più volte espressi dalla giurisprudenza secondo cui una cosa è il giudizio finale (valutazione) sull'anomalia dell'offerta, che spetta(va) effettivamente alla stazione appaltante e, per essa, al responsabile del procedimento, com'è effettivamente avvenuto, ed altra cosa è il procedimento di verifica dell'anomalia (che può snodarsi attraverso una serie articolata di fasi, comprensive anche di apprezzamenti e valutazioni tecniche in senso stretto, in relazione alle quali il responsabile del procedimento può procedere alla nomina di una commissione tecnica ovvero può avvalersi degli uffici tecnici dell'amministrazione), dando vita ad una fase istruttoria finalizzata alla formulazione del giudizio finale, con la conseguenza che può ritenersi sufficiente, ai fini della legittimità della valutazione di anomalia dell'offerta, che la stessa sia adottata dal responsabile del procedimento (Cons. St., sez. III, 30 agosto 2018, n. 5088).

Aggiungasi che proprio la circostanza che il consulente abbia verificato dell'offerta un solo aspetto (il costo della manodopera) dimostra che l'incarico è stato opportunamente conferito dal responsabile del procedimento evidentemente consapevole di non avere le conoscenze tecniche per valutare l'attendibilità di tale voce, e dunque non con la volontà di farsi sostituire in toto in una propria competenza ma di avere un ausilio per decidere correttamente.

3. Priva di pregio è anche la censura con la quale è dedotto un vizio dell'atto di nomina, trovando nella specie applicazione il comma 6 e non il comma 6 bis dell'art. 7, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165: nella

specie il ricorso ad un soggetto esterno si è reso necessario in ragione dell'impossibilità oggettiva di avvalersi di risorse umane interne, la prestazione ha avuto carattere occasionale e si è puntualizzata su un esclusivo aspetto della gara; della prestazione era stato chiesto il preventivo, prontamente inviato dal dottor Donvito. La mancanza di risorse interne, che si evince indirettamente dalla lettera di incarico del Direttore generale ed è poi meglio esplicitata con la determina n. 3/5847 del 31 ottobre 2018, era del resto ben nota alla Perla, atteso che anche nella procedente procedura, conclusasi con l'affidamento all'appellante della gara, la stazione appaltante aveva fatto ricorso ad un consulente interno.

Condivisibile è, infine, la conclusione cui è pervenuto il giudice di primo grado in ordine all'inammissibilità della censura relativa alla mancata dichiarazione di inesistenza di cause di incompatibilità, essendosi la Perla – contrariamente a quanto assume nell'atto di appello richiamando il ricorso di primo grado (pag. 8) – limitata ad affermare tale circostanza senza neppure adombrare la concreta esistenza di preclusioni.

Le considerazioni sopra esposte portano all'assorbimento delle questioni relative al richiamo, operato dal Tar Bari, all'art. 21 octies, comma 2, prima parte, l. 7 agosto 1990, n. 241 per superare i motivi dedotti in ricorso di primo grado.

4. Con l'ultima censura, anch'essa dedotta con il primo motivo di appello, la Perla afferma che la perizia del consulente è stata fatta propria dalla stazione appaltante per concludere sulla non anomalia dell'offerta della prima graduata senza considerare che al dottor Donvito era stato dato mandato circoscritto alla verifica del costo della manodopera e solo su quella si era espresso.

Anche questa censura non è suscettibile di positiva valutazione atteso che la stazione appaltante ha preso atto delle risultanze della verifica, effettuata dal consulente, di una sola voce dell'offerta ma ha poi concluso (verbale n. 7 del 25 settembre 2018) – anche alla luce delle giustificazioni rese da Acotras, espressamente richiamate – per la non anomalia dell'intera offerta.

Il Collegio esclude che possa rappresentare vizio di legittimità di detta conclusione la circostanza che manchi una espressa motivazione in tal senso, al di là del richiamo, ob relationem, alla perizia del consulente del 25 settembre 2018. Ed invero, per consolidata giurisprudenza, la valutazione favorevole circa le giustificazioni dell'offerta sospetta di anomalia non richiede un particolare onere motivazionale, mentre è richiesta la motivazione approfondita laddove l'amministrazione ritenga di non condividere le giustificazioni offerte dall'impresa, in tal modo disponendone l'esclusione (Cons. St., sez. III, 20 maggio 2020, n. 3207).

5. Con il secondo motivo di appello si contesta la correttezza del giudizio di non anomalia dell'offerta.

Prima di esaminare i diversi motivi di appello e le relative risultanze del verificatore, il Collegio ritiene necessario richiamare – come opportunamente ha fatto il giudice di primo grado – i principi generali che regolano la materia del sindacato del giudizio di non anomalia dell'offerta, perché utili al fine del decidere.

Giova premettere che la verifica di anomalia è esclusivamente volta ad accertare la complessiva attendibilità e sostenibilità dell'offerta migliore presentata in gara alla stregua dei principi di buon andamento e imparzialità di cui all'art. 97 Cost.; l'unico fine della corrispondente valutazione della congruità dei prezzi offerti e dei

costi proposti è, quindi, quello di evitare, da un lato, affidamenti ad offerte che nel loro complesso non appaiono suscettibili di buon esito riguardo agli interessi pubblici perseguiti e, dall'altro, comportamenti di dumping contrari al principio di libera concorrenza in un mercato regolato, senza in alcun modo pregiudicare il confronto concorrenziale fra le diverse possibili tecnologie e strategie imprenditoriali e senza, evidentemente, sovrapporsi alla necessità di un costante monitoraggio amministrativo e di un efficace presidio giurisdizionale della successiva fase attuativa, posto che la bontà dell'esecuzione del rapporto contrattuale – e, quindi, la realizzazione dell'interesse pubblico perseguito – non sono necessariamente rapportate al maggiore costo dell'offerta prescelta (Cons. St., sez. III, 2 marzo 2020, n. 1470).

Aggiungasi che, come insegna una ormai costante giurisprudenza (tra le tante, Cons. St., sez. V, 27 gennaio 2020, n. 680; id. 12 febbraio 2020, n. 1062; id. 12 marzo 2020, n. 1772; id., sez. III, 12 ottobre 2018, n. 5880; id. 11 ottobre 2018, n. 5857; id., sez. V, 29 dicembre 2017, n. 6158):

a) nelle gare pubbliche il giudizio circa l'anomalia o l'incongruità dell'offerta costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile dal giudice amministrativo solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale e, quindi, non può essere esteso ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci (Cons. St., sez. V, 17 novembre 2016, n. 4755; id., sez. III, 6 febbraio 2017, n. 514);

b) al di fuori dei casi in cui il margine positivo risulti pari a zero, non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale

l'offerta deve essere considerata anomala, poiché anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio significativo, sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa, sia per la qualificazione, la pubblicità, il curriculum derivanti per l'impresa dall'essere aggiudicataria e aver portato a termine un appalto pubblico (Cons. St., sez. V, 13 febbraio 2017, n. 607 e 25 gennaio 2016, n. 242; id., sez. III, 22 gennaio 2016, n. 211 e 10 novembre 2015, n. 5128);

c) la verifica di congruità di un'offerta sospetta di anomalia non può essere effettuata attraverso un giudizio comparativo che coinvolga altre offerte, perché va condotta con esclusivo riguardo agli elementi costitutivi dell'offerta analizzata ed alla capacità dell'impresa - tenuto conto della propria organizzazione aziendale e, se del caso, della comprovata esistenza di particolari condizioni favorevoli esterne - di eseguire le prestazioni contrattuali al prezzo proposto, essendo ben possibile che un ribasso sostenibile per un concorrente non lo sia per un altro, per cui il raffronto fra offerte differenti non è indicativo al fine di dimostrare la congruità di una di esse (Cons. St., sez. III, 9 ottobre 2018, n. 5798);

d) in sede di verifica dell'anomalia, sono modificabili le giustificazioni, ed in particolare sono consentite giustificazioni sopravvenute e compensazioni tra sottostime e sovrastime, sempre che resti ferma l'entità dell'offerta economica, in ossequio alla regola di immodificabilità dell'offerta (Cons. St., sez. III, 7 gennaio 2020, n. 88).

Va ancora ricordato che il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta non mira ad individuare specifiche e singole inesattezze nella sua formulazione ma, piuttosto, ad accertare in concreto se la

proposta economica risulti nel suo complesso attendibile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto e se i prezzi offerti trovino rispondenza nella realtà, sia di mercato che aziendale, cioè se gli stessi siano verosimili in relazione alle modalità con cui si svolge il lavoro, alle dimensioni dell'azienda, alla capacità di effettuare acquisti convenienti o di realizzare particolari economie, anche di scala (Cons. St., sez. V, 3 aprile 2018, n. 2053).

6. Tutto ciò premesso, può ora passarsi all'esame del secondo motivo di appello.

Si afferma innanzitutto che il giudizio di non anomalia è passato per una modifica dell'offerta atteso che nell'offerta tecnica il Consorzio Acotras ha affermato di offrire personale con "esperienza nella mansione almeno quinquennale e possesso di una formazione specifica" mentre in sede di giustificazione l'aggiudicataria ha dichiarato di fare ricorso, per quasi il 50% dei lavoratori da impiegare nella commessa, ai contratti di apprendistato.

La censura non è suscettibile di positiva valutazione.

Dalle giustificazioni rese dalla società aggiudicataria in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta emerge che il ricorso all'apprendistato è previsto essenzialmente per l'ipotesi in cui non fossero sufficienti le ore prestate dal personale "attualmente impiegato". É sufficiente, a tal fine, il richiamo alla pag. 4 delle giustificazioni, nella quale si fa riferimento all'inserimento di "personale integrativo" per "ottemperare alle ore richieste", e alla successiva pag. 5, nella quale ancora una volta si richiama, con riferimento all'apprendistato, il "personale integrativo" relativo alle figure dell'autista e del facchino, entrambe qualifiche che non presuppongono una formazione e professionalità elevata.

Tale dato, che ben si coniuga con l'offerta tecnica – nella quale, dunque, l'esperienza professionale è quella del personale assunto con la clausola di salvaguardia dalla società appellante, impresa uscente – non è smentita dalla perizia del consulente, che si limita a richiamare il ricorso all'apprendistato ma non a definire tale tipologia di rapporto come esclusivo e, dunque, alternativo all'assunzione di personale con rapporto di lavoro subordinato.

7. Prima di passare all'esame delle altre censure dedotte con il secondo motivo giova richiamare, perché utile al fine del decidere, che nel giudizio di appello il thema decidendum è circoscritto dalle censure ritualmente sollevate in primo grado, non potendosi dare ingresso, per la prima volta in sede di appello, a nuove doglianze in violazione del divieto dei nova sancito dall'art. 345 c.p.c. (Cons. St., sez. VI, 27 novembre 2010, n. 8291), siano dette doglianze in fatto o in diritto (Cons. St., sez. IV, 8 gennaio 2018, n. 76; id. 8 febbraio 2017, n. 549; id., sez. V, 22 marzo 2012, n. 1640).

Si tratta di un divieto imprescindibile perché - di carattere assoluto e di ordine pubblico processuale - promana dalla fondamentale esigenza di assicurare il rispetto del principio del doppio grado di giurisdizione ed impone l'immutabilità della causa petendi introdotta in primo grado. L'effetto devolutivo dell'appello, oggi consacrato dall'art. 104 c.p.a., dal quale discende il divieto - con le eccezioni ora previste dal c.p.a. - di porre nuove difese rispetto a quelle formulate innanzi al primo giudice, assicura che l'oggetto del giudizio del gravame non risulti più ampio di quello su cui si è pronunciato il giudice della sentenza appellata (Cons. St., sez. IV, 8 gennaio 2018, n. 76; 8 febbraio 2017, n. 549).

Ciò chiarito, il Collegio, in accoglimento di una eccezione sollevata dalla controinteressata, rileva l'inammissibilità di alcune censure dedotte con il secondo motivo, perchè non contenute nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado.

Nuovi sono i profili di illegittimità dell'aggiudicazione che deriverebbero come conseguenza della previsione di una parte della forza lavoro assicurata dall'apprendistato. É, quindi, inammissibile la censura la quale si afferma l'illegittima attribuzione del punteggio di "ottimo" attribuito al sub criterio "A2 Organizzazione del presidio" perché la Commissione non ha potuto considerare che il personale sarebbe stato assunto con contratto di apprendistato, circostanza questa che avrebbe portato ad assegnare un punteggio pari a zero o, tuttalpiù, a 1, con conseguente collocazione dell'appellante al primo posto in graduatoria, nochè la censura con la quale si denuncia l'inattendibilità dell'offerta nella parte relativa al costo della manodopera

8. Non è invece suscettibile di positiva valutazione la censura con la quale si afferma che l'aggiudicataria non ha la disponibilità delle attrezzature occorrenti per l'espletamento dell'appalto, che dovranno essere noleggiate.

Ritiene infatti il Collegio sufficiente l'impegno assunto dalla controinteressata, non essendo necessario, all'atto della presentazione della domanda e sino alla eventuale aggiudicazione, il possesso materiale dei beni, i cui costi erano stati invece indicati.

9. Parimenti priva di pregio è la censura sulla mancata indicazione dei costi della sicurezza contemplati, invece, nell'offerta economica con riferimento al personale che sarebbe stato impiegato nell'appalto.

10. Con la penultima censura, anch'essa dedotta con il secondo motivo, la ricorrente, infine, assume la mancanza di solidità economica e finanziaria dell'aggiudicataria in ragione della circostanza che è sottoposta a confisca da parte del Tribunale, non essendo sufficiente, contrariamente a quanto assume il giudice di primo grado, il possesso del fatturato specifico.

Anche tale motivo non è suscettibile di positiva valutazione non essendo provato l'effettiva incapacità finanziaria dell'aggiudicataria, che l'appellante sembra far derivare ex se dalla confisca di prevenzione.

La Acotras ha dimostrato il possesso dei requisiti economico-finanziari con la conseguenza che l'inaffidabilità dell'aggiudicataria avrebbe dovuto essere provata in concreto.

11. É infine inammissibile perché nuova la censura relativa alle conseguenze della partecipazione dell'aggiudicatario come Consorzio e la mancata valutazione dei costi necessari per l'apertura di una sede secondaria nel Comune di Foggia come dichiarato nell'offerta tecnica.

12. La reiezione delle censure volte a dimostrare l'anomalia dell'offerta economica del Consorzio Acotras induce il Collegio, alla luce dei principi esposti sub 5, a dichiarare non sindacabile la conclusione alla quale è pervenuto il Rup in ordine alla attendibilità dell'offerta stessa vista nel suo insieme.

Di qui l'infondatezza del secondo motivo di appello.

13. Con il terzo motivo si afferma che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per non aver presentato la documentazione attestante la conformità ai requisiti della norma internazionale ISO 9001:2015; erroneamente, quindi, è stata offerta la possibilità, con il

ricorso al c.d. soccorso istruttorio, di produrre tale documentazione in dieci giorni dalla richiesta.

Come condivisibilmente affermato dal Tar, si tratta del certificato che comprova il requisito previsto dal punto B, n. 1 del Disciplinare (valutazione di conformità del proprio sistema di gestione della qualità alla norma ISO 9001:2015) e non rappresenta certo un elemento dell'offerta.

Ne consegue l'ammissibilità del ricorso al soccorso istruttorio, atteso l'obbligo della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 83, comma 9, del Codice dei contratti pubblici, di attivare tale istituto; essendo volto ad attuare l'esigenza di massima partecipazione alle gare dei concorrenti, trova infatti il proprio limite solo nell'impossibilità di modificare un elemento dell'offerta tecnica e/o economica. Esso dunque, alla luce della disciplina dettata dal nuovo Codice dei contratti, non è ammesso laddove sopravvenga a colmare una iniziale e sostanziale inadeguatezza dell'offerta presentata dalla concorrente, consentendole di aggiustare il tiro e di modificare in itinere la propria partecipazione alla gara in danno delle altre concorrenti.

14. Le questioni vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c.. Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati, infatti, dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e, comunque, inidonei a supportare una conclusione di segno diverso.

15. In conclusione, per i suesposti motivi, l'appello va respinto e va, dunque, confermata la sentenza del Tar Puglia, sede di Bari, sez. II, n. 882 del 24 giugno 2019 che ha respinto il ricorso di primo grado.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio, che si liquidano in € 3.000,00 (euro tremila/00) in favore ciascuna parte costituita.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 aprile 2020, svoltasi da remoto in videoconferenza ex art. 84, comma 6, d.l. n. 18 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

L'ESTENSORE
Giulia Ferrari

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO