

N. 03918/2015REG.PROV.COLL.

N. 00613/2015 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

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 613 del 2015, proposto da:

Gsa - Gruppo Servizi Associati S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Luca Ponti, Luca De Pauli, con domicilio eletto presso Enrico Di Ienno in Roma, viale Mazzini, 33;

contro

Elisicilia Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Innocenti, con domicilio eletto presso Antonella D'Andrea in Roma, Via Francesco Denza N. 20;

Azienda Ospedaliera "Papa Giovanni XXIII", rappresentato e difeso dagli avv. Alberto Colombo, Federico Tedeschini, con domicilio eletto presso Federico Tedeschini in Roma, largo Messico, 7;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA DI BRESCIA: SEZIONE I n. 00002/2015, resa tra le parti, concernente l'accesso in corso di causa – affidamento del servizio di pronto intervento antincendio presso l'A.O. "Papa Giovanni XXIII"

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Elisicilia Srl e di Azienda Ospedaliera "Papa Giovanni XXIII";

Visto l'appello incidentale di Elisicilia s.r.l.;

Visto il ricorso incidentale di G.S.A. Gruppo servizi associati s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 giugno 2015 il Pres. Pier Giorgio Lignani e uditi per le parti gli avvocati De Pauli, Colombo, Tedeschini e Innocenti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. L'Azienda Ospedaliera di Bergamo con atto del 27 dicembre 2012 ha indetto una gara – con il criterio dell'offerta più vantaggiosa - per l'affidamento del servizio di pronto intervento antincendio, per la durata di 48 mesi, rinnovabili per altri 48, con una spesa globale stimata (per il totale di 96 mesi) di euro 2.400.000 più IVA.

Sono pervenute tre offerte valide, fra le quali quella di G.S.A. Gruppo Servizi Associati soc. cons. p.a., e quella di Elisicilia s.r.l..

All'esito dell'esame delle offerte è risultata aggiudicataria G.S.A., con 60 punti per l'offerta tecnica e 40 punti per l'offerta economica; seconda classificata Elisicilia, con 42 punti per l'offerta tecnica e 38,39 per quella economica.

2. Con ricorso al T.A.R. della Lombardia, sezione staccata di Brescia, Elisicilia ha impugnato l'aggiudicazione e gli atti presupposti, connessi e conseguenti (R.G. 1074/2013).

Il ricorso introduttivo era basato essenzialmente su un solo aspetto di fatto (sia pure presentato dalla ricorrente come implicante la violazione di una pluralità di principi, di norme del codice degli appalti e di clausole della *lex specialis*). In concreto veniva dedotto che con nota del 6 settembre 2013 l'Azienda aveva segnalato ai concorrenti che era giunto a scadenza il termine di 180 giorni di irrevocabilità delle offerte, nonché quello delle cauzioni provvisorie; li aveva pertanto invitati a confermare l'offerta e a rinnovare la cauzione provvisoria, fissando all'uopo il termine del 18 settembre 2013.

Il ricorso segnalava, ancora, che mentre gli altri concorrenti avevano adempiuto entro il termine indicato, G.S.A. aveva adempiuto non prima del 4 ottobre 2013 – data successiva non solo alla scadenza prefissata per quell'adempimento, ossia il 18 settembre, ma anche alla data (20 settembre) della seduta nella quale il seggio di gara aveva proceduto all'apertura delle offerte economiche ed all'aggiudicazione provvisoria in favore di G.S.A..

Donde la richiesta di annullamento dell'aggiudicazione in favore di G.S.A., di dichiarazione d'inefficacia del contratto e di risarcimento del danno, con preferenza per il risarcimento in forma specifica e solo in subordine per equivalente.

La ricorrente si riservava altresì di chiedere l'accesso ai documenti della gara, con particolare riferimento all'offerta tecnica dell'aggiudicataria e alle giustificazioni dell'anomalia dell'offerta; e si riservava altresì di proporre motivi aggiunti all'esito dell'accesso.

3. Nel corso del giudizio di primo grado, la materia del contendere si è accresciuta per effetto dei seguenti atti:

(a) la controinteressata G.S.A. ha proposto ricorso incidentale "preclusivo", tendente a dimostrare che la ricorrente Elisicilia in realtà doveva essere esclusa dalla gara per vizi formali dell'offerta;

(b) la ricorrente Elisicilia ha introdotto una domanda di accesso, ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a., esponendo che le sue richieste presentate direttamente all'Azienda appaltante erano state accolte solo in parte, in quanto era stato negato accesso all'offerta tecnica ed alle giustificazioni del prezzo con l'argomento che tali documenti contenevano informazioni costituenti segreto tecnico e commerciale.

4. Il T.A.R. di Brescia ha deciso la controversia con sentenza n. 2/2015, con la quale:

(a) ha respinto il ricorso incidentale "preclusivo" di G.S.A. giudicando che gli asseriti vizi formali dell'offerta di Elisicilia non fossero tali da comportare l'esclusione dalla gara;

(b) ha respinto il ricorso principale di Elisicilia, giudicando non rilevante ai fini della legittimità dell'aggiudicazione il ritardo con il quale G.S.A. aveva presentato la conferma della propria offerta e la polizza di rinnovo della cauzione provvisoria;

(c) ha accolto la domanda di accesso proposta da Elisicilia, giudicando che, considerate le circostanze, e la natura e l'oggetto dell'appalto, non vi sia ragione di ritenere che la documentazione tecnica presentata da G.S.A. a corredo dell'offerta e a giustificazione del prezzo contenga segreti industriali e commerciali.

5. G.S.A. Gruppo Servizi Associati s.p.a. (già G.S.A. Gruppo Servizi Associati soc. cons. p.a.) ha proposto appello contro la sentenza, con atto notificato in data 16 gennaio 2015 e depositato il 27 gennaio successivo, limitatamente al capo della sentenza con la quale è stata accolta la domanda di accesso alla documentazione tecnica. L'appellante segnala anche l'eventualità di una rimessione pregiudiziale alla Corte di Giustizia C.E., per alcuni profili interpretativi dell'art. 6 della direttiva C.E. n. 18 del 2004.

Con atto depositato il 25 febbraio 2015, e previamente notificato, Elisicilia ha proposto appello incidentale investendo il capo della sentenza con il quale erano state respinte le censure da essa dedotte contro l'aggiudicazione in favore di G.S.A..

Con atto depositato il 13 marzo 2015, e previamente notificato, G.S.A. ha proposto a sua volta un "ricorso incidentale" investendo il capo della sentenza con il quale era stato respinto il suo ricorso incidentale preclusivo proposto in primo grado.

L'Azienda Ospedaliera si è costituita difendendo la legittimità dei suoi atti con argomentate memorie.

6. Nel corso del giudizio d'appello sono stati emessi i seguenti provvedimenti cautelari:

- (a) il decreto 16 febbraio 2015, n. 711, ha sospeso fino alla camera di consiglio l'esecutività della sentenza nel capo relativo all'accoglimento della domanda di accesso di Elisicilia;
- (b) l'ordinanza cautelare collegiale 26-27 marzo 2015, n. 1361, ha confermato la sospensione parziale già disposta con decreto ed ha fissato la trattazione del merito dell'intera controversia all'udienza odierna.

Le parti hanno sviluppato le proprie difese con memorie scritte. Quindi la controversia è passata in decisione.

7. Conviene prendere in esame prioritariamente il "ricorso incidentale" proposto nel giudizio di appello dall'appellante principale G.S.A..

Si pone il problema se sia ammissibile che nell'ambito dello stesso giudizio una stessa parte (in questo caso G.S.A.) impugnò con atti diversi e in tempi altrettanto diversi distinti capi della medesima sentenza.

Quanto meno in prima approssimazione, la risposta sembrerebbe dover essere negativa. Chi ha motivo di appellare una sentenza non può frazionare nel tempo la sua impugnazione formulando prima alcune censure e poi altre.

8. A questa conclusione si potrebbe obiettare: (a) che la sentenza si è pronunciata su due controversie distinte (il ricorso di Elisicilia contro l'aggiudicazione, e la domanda di accesso agli atti della gara) occasionalmente riunite in un solo giudizio, sicché gli appelli potevano essere a loro volta distinti; (b) che l'interesse di G.S.A. a riproporre in appello il suo ricorso incidentale preclusivo è sorto solo in conseguenza dell'appello incidentale di Elisicilia.

Questi argomenti possono apparire suggestivi, ma dato e non concesso che in astratto siano sostenibili, in concreto non sono pertinenti alla presente fattispecie.

Ed invero, non è esatto dire che il T.A.R. si sia pronunciato su due controversie distinte. Vi è stata, e vi è, una sola controversia, ed è l'impugnazione proposta da Elisicilia contro l'aggiudicazione della gara in favore di G.S.A.; il "*bene della vita*" desiderato da Elisicilia era il subentro a G.S.A. nell'aggiudicazione e nel contratto. La domanda di accesso agli atti, proposta in corso di causa come previsto dall'art. 116, comma 2, c.p.a., aveva senso e interesse per Elisicilia solo in quanto strumentale alla formulazione di eventuali motivi aggiunti e quindi al conseguimento di quell'unico "*bene della vita*".

Specularmente, l'interesse di G.S.A. è – soltanto o comunque primariamente – quello di conservare il "*bene della vita*" ossia l'aggiudicazione e il contratto. Questo interesse era messo in pericolo anche dal semplice accoglimento della domanda di accesso, nella misura in cui all'accesso potessero far seguito motivi aggiunti contro l'aggiudicazione. Dunque G.S.A. aveva interesse a riproporre il suo ricorso incidentale di primo grado già nel momento in cui impugnava il capo della sentenza relativo all'accesso, e quand'anche non fosse mai intervenuto l'appello contrapposto di Elisicilia.

9. Alla stessa conclusione si perviene anche se si vuol considerare che, appellando il capo relativo all'accesso, G.S.A. volesse proteggere la segretezza delle proprie informazioni aziendali, intesa come un "*bene della vita*" in sé. Anche in questa prospettiva, infatti, G.S.A. aveva interesse, sin dal momento della proposizione dell'appello principale, a contestare la regolarità della partecipazione di Elisicilia alla gara, e con essa l'ammissibilità di tutte le domande proposte in giudizio dalla stessa Elisicilia.

Si può anche aggiungere che proprio tale connessione fra il ricorso incidentale "escludente" proposto da G.S.A. in primo grado, e la domanda di accesso di Elisicilia, aveva dato motivo a questa Sezione di annullare, con ordinanza n. 3688/2014, l'ordinanza del T.A.R. n. 349/2014, che aveva accolto la domanda di accesso senza aver prima esaminato il ricorso incidentale di G.S.A..

Infine, una volta appurato che l'interesse di G.S.A. ad opporsi all'ammissione di Elisicilia alla gara sussisteva già con riferimento al contenzioso sull'accesso, e quindi era attuale prima ancora che Elisicilia proponesse il suo appello incidentale, il "ricorso incidentale" di G.S.A. risulta tardivo.

Invero - dato e non concesso che, in linea di principio, chi propone appello principale possa limitarsi ad investire un capo della sentenza, e successivamente proporre un ricorso integrativo che investe un altro capo ancorché avesse sin dall'inizio uguale interesse ad impugnare anche il secondo capo - intuitivamente la seconda impugnazione soggiace al termine stabilito in via generale per la proposizione degli appelli incidentali dall'art. 96, comma 3, c.p.a.: sessanta giorni dalla notificazione dell'appello principale, ridotti a trenta nelle controversie di cui all'art. 120 c.p.. Nel caso in esame, G.S.A. ha notificato alle controparti il ricorso incidentale il 6 marzo 2015, mentre l'appello principale era stato notificato il 16 gennaio 2015.

10. Concludendo sul punto, il "ricorso incidentale" depositato da G.S.A. il 13 marzo 2015 va dichiarato inammissibile.

11. Conviene ora prendere in esame l'appello incidentale di Elisicilia, che da un certo punto di vista ha carattere prioritario in quanto corrisponde al ricorso principale proposto in primo grado dalla stessa parte, e respinto dal T.A.R..

11.1. La questione è se abbia comportato decadenza (e quindi esclusione dalla gara) il ritardo con il quale G.S.A. ha provveduto a confermare la propria offerta e a rinnovare la cauzione provvisoria, dopo che il responsabile del procedimento aveva invitato a farlo essendo decorsi i termini di centottanta giorni previsti rispettivamente dall'art. 11 comma 6 e dall'art. 75 comma 5 del d.lgs. 163/2006.

L'amministrazione ha considerato utile l'adempimento tardivo; ed il T.A.R. ha giudicato nello stesso senso, basandosi sull'argomento che il r.u.p., pur indicando un termine, non lo aveva qualificato come perentorio e che in definitiva rientrava nella facoltà dell'amministrazione appaltante accettare quegli adempimenti. In proposito il T.A.R. ha citato anche un precedente giurisprudenziale (Cons. Stato, sez. VI, 24 giugno 2010, n. 4019).

Questo Collegio ritiene di confermare questo punto della decisione.

11.2. Quanto al termine di validità dell'offerta, *rectius* di durata del vincolo di irrevocabilità dell'offerta, si osserva che il termine di cui all'art. 11, comma 6, del codice dei contratti, è posto essenzialmente nell'interesse dell'offerente, nel senso che decorso quel termine egli è libero di ritirare l'offerta e uscire dalla gara, senza incorrere in sanzioni; ma è altrettanto libero di non ritirarla.

La volontà di non avvalersi della facoltà di ritirare l'offerta, pur dopo che la scadenza del termine lo consentirebbe, può essere esternata in modo espresso – non necessariamente entro un termine qualsivoglia - ma anche *per facta concludentia*, ad es. con la sottoscrizione del contratto: una volta che ciò sia accaduto, invero, sarebbe ozioso discutere di una facoltà di ritiro non esercitata.

Beninteso resta salva la potestà dell'ente appaltante di esigere una dichiarazione esplicita di conferma, per intuibili ragioni di ordine del procedimento. In effetti nella presente vicenda il responsabile del procedimento ha chiesto ai concorrenti di dare conferma, e di farlo entro una certa data, ma non ha specificato che quest'ultimo termine fosse imposto a pena di decadenza. Secondo i principi generali (fra cui quello che nel dubbio si deve favorire la pluralità dei concorrenti) si deve dunque intendere che la violazione del termine "non" comportasse decadenza ossia esclusione dalla gara.

Peraltro, accettando la conferma tardiva di G.S.A., e concludendo con questa il contratto, l'ente ha dato la sua interpretazione autentica nel senso che il termine non fosse perentorio; il che gli ha consentito di giovare dell'offerta oggettivamente più vantaggiosa sia in termini di qualità che in termini di prezzo. Ritenere illegittima un'aggiudicazione fatta in queste condizioni sarebbe prestare ossequio al più sterile formalismo.

11.3. Considerazioni analoghe possono essere fatte anche per il rinnovo tardivo della cauzione provvisoria.

Si può dare per acquisito in giurisprudenza che le irregolarità, l'insufficienza e la stessa inesistenza della cauzione provvisoria non possono dar luogo ad esclusione dalla gara, ma solo ad un "soccorso istruttorio". Peraltro, quando è stata pronunciata l'aggiudicazione definitiva, il rinnovo della cauzione era stato già effettuato – mentre quando è stata pronunciata l'aggiudicazione provvisoria la cauzione originaria non era ancora scaduta benché il r.u.p. ne avesse già sollecitato il rinnovo. Pertanto l'Azienda committente non ha avuto bisogno di ricorrere al "soccorso istruttorio" in quanto la cauzione era stata già regolarizzata.

11.4. In conclusione, l'appello incidentale di Elisicilia deve essere respinto.

12. Si passa ora all'esame dell'appello principale di R.S.A., concernente il capo della sentenza che ha accolto la domanda di accesso formulata da Elisicilia nel corso del giudizio di primo grado.

### 12.1. Conviene ripercorrere l'iter di tale domanda di accesso.

Va ricordato, innanzi tutto, che Elisicilia aveva proposto ricorso al T.A.R. con atto notificato il 29 novembre 2013 e depositato il 3 dicembre successivo, contestando l'illegittimità dell'aggiudicazione della gara a G.S.A., con riferimento solamente al problema procedimentale che si è esaminato sopra (tardivo adempimento di G.S.A. alla richiesta dell'Azienda di confermare l'offerta e di rinnovare la cauzione provvisoria). Non erano dedotte altre censure; in particolare, nessuna contestazione veniva fatta con riferimento al miglior punteggio assegnato all'offerta di G.S.A. e/o al minor punteggio assegnato all'offerta di Elisicilia; né con riferimento all'esito positivo della verifica della supposta anomalia dell'offerta aggiudicataria.

In precedenza, Elisicilia con lettera del 5 novembre 2013 aveva formulato istanza di accesso, chiedendo copia dei seguenti atti di gara: (a) documentazione amministrativa prodotta da G.S.A.; (b) documentazione tecnica prodotta dal G.S.A.; (c) offerta tecnica di G.S.A.; (d) verbali di gara, sia della commissione amministrativa sia della commissione tecnica, comprese le note del presidente della commissione tecnica del 3 aprile 2013, del 6 settembre 2013, e dell'11 settembre 2013; (e) documentazione relativa alla verifica di anomalia effettuata nei confronti della controinteressata, comprese la nota del 23 settembre 2013, la risposta di G.S.A., e il verbale della seduta riservata del 17 ottobre 2013; (f) i log di sistema generati dalla piattaforma SinTel.

L'Azienda Ospedaliera, con nota dirigenziale dell'8 novembre 2013, aveva accolto solo in parte l'istanza, concedendo copia degli atti formati dagli organi preposti alla gara nonché copia dell'offerta economica della controinteressata, ma non l'offerta tecnica di quest'ultima e le giustificazioni dell'offerta economica.

Elisicilia aveva reiterato l'istanza di accesso con lettera dell'8 novembre 2013 relativamente alla documentazione mancante. L'Azienda Ospedaliera, con nota dirigenziale del 14 novembre 2013, aveva comunicato alla controinteressata la richiesta della ricorrente. G.S.A. aveva autorizzato solamente il rilascio di copia di alcune pagine dell'offerta tecnica, affermando che nella parte restante sarebbero contenuti segreti tecnici e commerciali. Preso atto di questa risposta, l'Azienda Ospedaliera, con nota dirigenziale del 20 novembre 2013, aveva negato in via definitiva l'accesso alla documentazione su cui G.S.A. aveva posto il veto.

Contro il diniego la ricorrente ha attivato l'azione di accesso, con atto notificato il 4 dicembre 2013 e depositato il 5 dicembre 2013, incardinandola ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a., nel giudizio d'impugnazione testé introdotto davanti allo stesso T.A.R..

Il T.A.R. ha accolto la domanda di accesso con ordinanza n. 349 del 3 aprile 2014, ordinando all'Azienda di comunicare alla ricorrente Elisicilia la documentazione richiesta. Tale ordinanza è stata impugnata da G.S.A. e il Consiglio di Stato, con ordinanza 15 luglio 2014, n. 3688, ha annullato l'ordinanza, affermando che il ricorso sull'accesso non avrebbe potuto essere deciso prima del ricorso incidentale di G.S.A., avendo quest'ultimo, potenzialmente, un effetto escludente.

Infine, con la sentenza ora appellata, il T.A.R. ha nuovamente accolto la domanda di accesso.

### 12.2. Tanto premesso, viene in rilievo il primo motivo dell'appello di G.S.A., con il quale viene riproposta l'eccezione di inammissibilità della domanda di accesso per difetto d'interesse.

Secondo la prospettazione di Elisicilia, l'accesso avrebbe lo scopo di consentire la formulazione di (eventuali) motivi aggiunti all'impugnazione da essa proposta contro gli atti di gara. Peraltro, va sottolineato che la maggior parte degli atti della gara era stata già messa a disposizione di Elisicilia prima che essa proponesse il suo ricorso introduttivo al T.A.R.; gli atti sottratti all'accesso per effetto dell'opposizione di G.S.A. sono solo due: (a) una parte dell'offerta tecnica di G.S.A., e precisamente quella parte che a detta di G.S.A. concerne segreti aziendali; (b) le giustificazioni fornite da G.S.A. nel subprocedimento di verifica della supposta anomalia.

L'accesso dovrebbe dunque essere finalizzato a formulare censure contro il punteggio di merito attribuito all'offerta tecnica di G.S.A., ovvero contro l'accettazione delle giustificazioni.

### 12.3. Ma se questo è vero, appare dirimente (come sostenuto dall'appellante) il dato di fatto che nel ricorso introduttivo Elisicilia non aveva formulato alcuna censura contro le due suddette determinazioni degli ufficiali di gara.

Il ricorso introduttivo, si è già detto, conteneva unicamente una censura relativa al ritardo con il quale G.S.A. aveva eseguito alcuni adempimenti procedurali richiesti in una fase avanzata della gara. Il testo complessivo di quel ricorso lasciava intendere che, almeno allo stato, Elisicilia non aveva alcuna obiezione da fare al miglior punteggio assegnato alla controinteressata, né all'accettazione delle giustificazioni; così come non aveva nulla da eccepire riguardo al punteggio da essa stessa ricevuto, certamente non lusinghiero (42 punti su 60 per l'offerta tecnica, e 38,39 su 40 per quella economica, a fronte del totale di 100/100 ricevuto dalla controinteressata).

Eppure, alla data di presentazione del ricorso introduttivo, Elisicilia aveva già preso visione della maggior parte degli atti della gara, compresa una parte dell'offerta tecnica di G.S.A.. Quindi era presumibilmente già in grado di formulare censure ulteriori a quelle – di oggetto molto ristretto – espresse nel ricorso. Avrebbe potuto farlo nello stesso ricorso introduttivo, ovvero, a tutto concedere, con motivi aggiunti da notificare entro il termine di trenta giorni decorrente dal momento in cui erano stati messi a sua disposizione, in più riprese, gli atti diversi da quelli rispetto ai quali G.S.A. aveva manifestato la sua opposizione.

Non è pertinente l'obiezione che non si poteva pretendere la formulazione di motivi "al buio".

Non è compito di questo Collegio individuare le censure che Elisicilia sarebbe stata in grado di proporre sulla base degli atti di cui aveva ottenuto l'esibizione; cioè praticamente tutti gli atti della gara tranne una parte dell'offerta tecnica di G.S.A. e le giustificazioni prodotte da quest'ultima ai fini della verifica. Ma è intuitivo che tale esibizione consentiva di censurare – qualora vi fosse stata materia per farlo – ogni ipotizzabile vizio di procedura, nonché la generalità dei vizi riconducibili all'eccesso di potere, primo fra tutti il difetto di motivazione.

La ricorrente avrebbe cioè potuto denunciare, quanto meno, una erronea (o immotivata) supervalutazione qualitativa dell'offerta avversaria, e/o una erronea (o immotivata) sottovalutazione qualitativa dell'offerta propria; oppure una erronea (o immotivata) sottovalutazione dei (presunti) elementi di anomalia dell'offerta avversaria; in un caso e nell'altro basandosi sui verbali della commissione e sulle motivazioni ivi espresse (o non espresse). Fermo restando che il compito, che incombeva sulla ricorrente, non era quello di dimostrare solo che l'offerta di G.S.A. presentasse qualche manchevolezza, erroneamente non considerata dalla commissione; ma anche che si trattava di manchevolezze tanto rilevanti da comportare la sottrazione a G.S.A. di almeno 20 dei 60 punti di merito che le erano stati assegnati (tanto infatti occorreva per colmare non solo lo scarto di 18 punti per l'offerta tecnica, ma anche l'ulteriore scarto di quasi 2 punti per l'offerta economica).

Peraltro, il verbale n. 1 della commissione tecnica, del 4-6 settembre 2013, reca *in extenso* le motivazioni delle valutazioni espresse riguardo ai singoli aspetti dell'offerta tecnica di ciascun concorrente. La ricorrente avrebbe ben potuto dedurre, ad es., che quelle motivazioni non erano adeguate, o non coerenti con i punteggi conclusivamente assegnati, se questo era il caso. Mentre il contenuto di quei due soli atti che, da ultimo, sono rimasti sottratti all'accesso (uno dei due peraltro solo parzialmente) poteva essere utile alla parte ricorrente, al più, per sviluppare e integrare alcuni profili delle censure che avesse già proposto; più probabilmente sarebbe stato utile alle parti resistenti per dimostrarne l'infondatezza.

La mancata formulazione, da parte della ricorrente Elisicilia, di qualsivoglia censura attinente a tutti quegli aspetti essenziali, implica l'acquiescenza alle determinazioni degli organi della gara, e di conseguenza la mancanza di interesse a perseguire l'esibizione di quei soli atti che ancora non le erano stati esibiti. Ogni ipotetico motivo aggiunto, proposto in queste condizioni, sarebbe inevitabilmente dichiarato tardivo.

12.4. Considerazioni analoghe possono essere fatte con riferimento al problema della verifica dell'anomalia.

Al riguardo va notato che la verifica dell'offerta aggiudicataria si è resa necessaria solo perché essa aveva totalizzato 100 punti su 100, ossia il massimo tanto per la parte tecnica che per la parte economica; non è stato evidenziato alcun elemento idoneo a far sospettare che il ribasso offerto fosse esagerato. In realtà, a fronte di una base d'asta di 2.400.000 milioni di euro (IVA esclusa) l'offerta di G.S.A. era pari a 2.194.272 e quella di Elisicilia era pari a 2.286.076,80: come si vede lo scarto tra le due offerte era di soli 92.000 euro, certamente non abissale né tale da ingenerare sospetti. Tanto è vero che nel suo ricorso Elisicilia non ha toccato questo argomento.

Peraltro, il verbale dell'apposita commissione (verbale n. 3 del 17 ottobre 2013) riporta in modo esteso ed analitico le motivazioni dell'accettazione delle giustificazioni, e anzi riporta in modo sia pure sintetico, ma intelligibile, i punti essenziali delle giustificazioni stesse.

Il totale silenzio mantenuto da Elisicilia nel suo ricorso di primo grado, riguardo alla congruità del prezzo offerto da G.S.A., e alla fondatezza delle articolate motivazioni con le quali l'apposita commissione aveva accettato le relative giustificazioni, non può non valere come acquiescenza.

In questa luce appare evidente che la mancata esibizione delle giustificazioni di G.S.A. non ha comportato apprezzabili ostacoli alla difesa di Elisicilia; l'istanza di accesso sarebbe stata ammissibile solo se finalizzata ad acquisire elementi utili ad integrare, per quanto occorresse, motivi d'impugnazione che fossero stati già proposti, ma non sono stati proposti. Donde l'inammissibilità della domanda di accesso per difetto di interesse. Resta così assorbita la questione della prevalenza dell'interesse di G.S.A. alla protezione della riservatezza aziendale.

12.5. In conclusione, l'appello principale di G.S.A. deve essere accolto, e in riforma della sentenza appellata deve essere rigettata l'istanza per l'accesso agli atti presentata da Elisicilia.

13. Nel suo complesso, pur con la dichiarazione di inammissibilità del ricorso incidentale di G.S.A., il contenzioso viene definito in senso pienamente favorevole (sul piano sostanziale) a quest'ultima nonché all'Azienda Ospedaliera, e in senso sfavorevole ad Elisicilia: pertanto la statuizione sulle spese sarà a carico di Elisicilia e a favore delle altre due parti; e ciò per i due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) così provvede: (a) dichiara inammissibile l'appello incidentale di G.S.A.; (b) rigetta l'appello incidentale di Elisicilia; (c) accoglie l'appello principale di G.S.A. e in riforma della sentenza appellata dichiara inammissibile l'istanza per l'accesso proposta da Elisicilia incidentalmente nel ricorso di primo grado.

Condanna Elisicilia s.r.l. al pagamento delle spese legali in favore delle due controparti costituite, liquidandole per ciascuna di esse in euro 3.000 per ciascuno dei due gradi di giudizio, oltre agli accessori dovuti per legge (ivi compreso il rimborso del contributo unificato, se assolto).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 giugno 2015 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente, Estensore

Carlo Deodato, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/08/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)