

Publicato il 22/11/2017

N. 01042/2017 REG.PROV.COLL.  
N. 00507/2017 REG.RIC.

 logo

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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 507 del 2017, proposto dalla Mengozzi S.p.A., in persona dell'Amministratore delegato pro tempore, sig. Gianfranco Piras, rappresentata e difesa dall'avv. Massimiliano Brugnoletti e con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Antonio Sartori, in Venezia, San Polo, n. 2988

*contro*

Regione Veneto, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Ezio Zanon ed Antonella Cusin e con domicilio eletto presso la sede dell'Avvocatura Regionale, in Venezia, Cannaregio, n. 23

*per l'annullamento,*

*previa sospensione dell'efficacia,*

- del bando di gara della Regione Veneto per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e conferimento ad impianti di smaltimento/recupero dei "rifiuti speciali pericolosi e non

pericolosi” a favore di alcune Aziende Sanitarie venete e dell’A.R.P.A.V., pubblicato nella G.U.R.I. il 20 aprile 2017;

- del disciplinare di gara in parte qua;
- del capitolato speciale;
- degli allegati al capitolato;
- dei “format” di offerta economica;
- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, compresa la deliberazione di indizione della gara.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Vista la domanda di sospensione dell’esecuzione degli atti impugnati, presentata in via incidentale dalla ricorrente;

Visto l’atto di costituzione in giudizio della Regione Veneto;

Viste la memoria difensiva e la documentazione della Regione Veneto;

Vista l’ordinanza n. 241/2017 del 18 maggio 2017, con cui è stata respinta l’istanza cautelare;

Vista, altresì, l’ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2621/2017 del 23 giugno 2017, con cui è stato respinto l’appello proposto contro la precedente;

Viste la memoria e l’ulteriore documentazione della Regione Veneto;

Vista la memoria di replica della ricorrente;

Visti tutti gli atti della causa;

Nominato relatore nell’udienza pubblica del 18 ottobre 2017 il dott. Pietro De Berardinis;

Uditi i difensori presenti delle parti costituite, come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue

## FATTO

La ricorrente, Mengozzi S.p.A. (“Mengozzi”), espone che con bando pubblicato nella G.U.R.I. del 20 aprile 2017 la Regione Veneto ha indetto una procedura aperta per l’affidamento del servizio di raccolta, trasporto e conferimento ad impianti di smaltimento/recupero dei rifiuti speciali pericolosi e non pericolosi a favore di alcune Aziende Sanitarie e dell’A.R.P.A.V..

Il servizio da affidare – aggiunge la ricorrente – ha come oggetto principale la raccolta, il trasporto e lo smaltimento di una particolare categoria di rifiuti, i rifiuti sanitari a rischio infettivo, identificati con il C.E.R. n. 180103, che coprono circa l’80% della commessa.

La gara ha un valore totale di € 38.029.915,22 e una durata di cinque anni ed è suddivisa in sei lotti, ripartiti per raggruppamenti di Enti sanitari su base territoriale. Il criterio di aggiudicazione è quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Senonché – lamenta la Mengozzi S.p.A. – i prezzi al chilogrammo posti a base d’asta per tipologia di rifiuto (e in particolare il prezzo a base d’asta per il rifiuto C.E.R. 180103, pari ad € 1.06 per kg.), così come gli importi complessivi ottenuti dalla moltiplicazione di detti prezzi per il quantitativo annuo dei rifiuti prodotti, sarebbero gravemente sottostimati, al punto da non consentire neppure di coprire i costi necessari all’esecuzione del servizio.

Ciò premesso, con il ricorso in epigrafe la Mengozzi ha impugnato il bando e gli altri atti di gara del pari in epigrafe, chiedendone l’annullamento, previa concessione di misure cautelari, e deducendo a supporto del gravame i seguenti motivi:

1) violazione degli artt. 23, 30 e 35 del d.lgs. n. 50/2016, violazione dell’art. 18 della direttiva n. 24/2014, carenza ed erronea istruttoria

nella determinazione del prezzo a base d'asta, perché i prezzi fissati a base d'asta non consentirebbero di formulare offerte remunerative, in quanto non sarebbero sufficienti a coprire i costi del servizio (ed in particolare i costi di: trasporto; personale dedicato alla raccolta, compresi gli autisti per il trasporto; fornitura dei contenitori per la raccolta; smaltimento; attrezzature varie, ad es. casse mobili). In particolare, detti costi ammonterebbero per il lotto n. 1 a € 2,221/kg., per il lotto n. 2 a € 1,843/kg., per il lotto n. 3 a € 1,834/kg., per il lotto n. 4 a € 1,753/kg., per il lotto n. 5 a € 1,707/kg. e per il lotto n. 6 a € 1,777/kg.: in tutti questi casi, quindi, e omettendo di considerare ulteriori costi (es. la sicurezza interna), i costi riferiti supererebbero il prezzo a base d'asta (€ 1,06/kg.) e, del resto, i prezzi di aggiudicazione di gare analoghe svoltesi in altre Regioni, come pure i prezzi attuali praticati dalle Aziende Sanitarie contemplate nella gara della Regione, sarebbero nettamente superiori a quello a base d'asta;

2) in subordine, violazione dell'art. 23 del d.lgs. n. 50/2016, nonché violazione dell'art. 26 del d.lgs. n. 81/2008, atteso che nella lex specialis di gara non sarebbero stati indicati i costi della sicurezza cd. da interferenza, con conseguente impossibilità per i concorrenti di formulare un'offerta corretta e consapevole.

Si è costituita in giudizio la Regione Veneto, depositando una memoria con documenti sui fatti di causa ed eccependo, in via pregiudiziale, l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione e carenza di interesse a ricorrere, nonché, nel merito, la sua infondatezza.

Con ordinanza n. 241/2017 del 18 maggio 2017 è stata respinta l'istanza cautelare della ricorrente, sul rilievo del difetto sia del fumus

boni juris, sia del periculum in mora. Avverso detta ordinanza la ricorrente ha interposto appello, respinto dal Consiglio di Stato, Sez. V, con ordinanza n. 2621/2017 del 23 giugno 2017, attesa la già intervenuta fissazione dell'udienza di merito davanti al giudice di primo grado.

In vista dell'udienza pubblica la Regione Veneto ha depositato una memoria difensiva ed ulteriore documentazione, insistendo nelle eccezioni di rito e di merito già formulate.

La Mengozzi, dal canto suo, ha depositato memoria di replica, controdeducendo alle eccezioni della difesa regionale ed insistendo per l'accoglimento del ricorso.

All'udienza pubblica del 18 ottobre 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

Formano oggetto di impugnazione gli atti (bando, disciplinare, capitolato speciale, ecc.) della gara indetta dalla Regione Veneto per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e conferimento ad impianti di smaltimento/recupero dei rifiuti speciali (ed in specie di quello classificato con C.E.R. n. 180103) delle Aziende Sanitarie venete e dell'A.R.P.A.V..

In sede cautelare il Tribunale ha evidenziato la carenza di fumus boni juris del ricorso proposto, in ragione, tra l'altro, della mancanza di una prova certa del carattere escludente delle clausole ritenute lesive. Da tale avviso il Collegio ritiene – pur all'esito del più approfondito esame proprio della fase di merito del giudizio – di non doversi discostare in relazione al primo motivo di ricorso, proposto in via principale dalla Mengozzi. Per conseguenza, vanno condivise – con riguardo al citato primo motivo – le eccezioni di inammissibilità per

carenza di legittimazione attiva, nonché per carenza di interesse a ricorrere, formulate dalla Regione Veneto nelle sue difese.

Ed invero, nel caso ora all'esame la Mengozzi ha proposto impugnativa autonoma ed immediata di talune clausole della lex specialis di gara (ed in specie, con il primo motivo, di quelle concernenti il prezzo a base d'asta), sull'assunto che si tratti di clausole cd. escludenti, quali clausole impeditive della partecipazione. Si tratterebbe, infatti, di clausole impeditive della formulazione di un'offerta economica idonea a coprire i costi del servizio e, quindi, immediatamente lesive dell'interesse della società a contrattare con la stazione appaltante. Sotto il profilo della legittimazione ad agire sarebbe, perciò, irrilevante che la Mengozzi non abbia partecipato alla gara.

Con il secondo motivo, la ricorrente ha poi censurato in subordine la legge di gara, per non avere la stessa indicato i costi della sicurezza cd. da interferenza: anche per questo verso si giustificerebbe l'impugnazione immediata in parte qua degli atti di gara, trattandosi di omissione che – a sua volta – non consentirebbe ai concorrenti di formulare un'offerta consapevole.

L'assunto in questione è stato, però, contestato dalla difesa regionale, la quale ha eccepito come le clausole impugnite non rientrerebbero tra quelle cd. escludenti, tali da giustificare l'impugnazione immediata, senza onere di concorrere alla gara. Si tratterebbe, in realtà, di clausole non preclusive della partecipazione alla gara (come sarebbe dimostrato, tra l'altro, dall'avvenuta presentazione di offerte da parte di tre ditte) e che, dunque, qualora ritenute illegittime, dovrebbero essere impugnate insieme all'atto applicativo che ne

concretizzi la lesione in capo al soggetto, a condizione, però, che quest'ultimo abbia partecipato alla procedura di affidamento.

Nella prospettazione della Regione, quindi, non essendo quelle impugnate clausole immediatamente escludenti e non avendo, perciò, le stesse efficacia immediatamente lesiva degli interessi della ditta ricorrente, da un lato il ricorso sarebbe inammissibile per carenza di interesse ad agire. Dall'altro, non vi sarebbe l'esonero dall'onere di concorrere alla gara (che deriva, appunto, dalla presenza di clausole tali da rendere oggettivamente impossibile o estremamente difficoltosa la presentazione di un'offerta), cosicché, sul piano delle condizioni dell'azione, rileverebbe la mancata partecipazione alla gara da parte della Mengozzi S.p.A., che comporterebbe il difetto di legittimazione ad agire in capo alla medesima società.

Il Collegio condivide, in relazione al primo motivo di gravame, le ora riportate argomentazioni della Regione, alla luce della giurisprudenza più recente di questo Tribunale, la quale induce ad escludere che, nella fattispecie qui in esame, con il suddetto primo motivo siano state impuginate clausole cd. escludenti.

Ha, in particolare, affermato di recente questo Tribunale (T.A.R. Veneto, Sez. III, 21 luglio 2017, n. 731), che nelle gare d'appalto sono clausole della *lex specialis* immediatamente lesive e, pertanto, immediatamente impugnabili senza attendere la loro concreta applicazione da parte della stazione appaltante, in primo luogo le clausole che determinano una sicura preclusione all'ammissione alla gara di un potenziale concorrente. Si tratta, cioè, di clausole che certamente e senza alcun margine di opinabilità conducono all'esclusione del concorrente, o aspirante tale, che versi in una

situazione incompatibile con quella prevista, a pena di esclusione, dalla *lex specialis*.

In secondo luogo, l'onere dell'impugnazione immediata di clausole contenute negli atti di indizione della gara può sussistere ove le relative clausole impediscano, indistintamente a tutti i concorrenti, una corretta e consapevole elaborazione dell'offerta. Come osserva la copiosa giurisprudenza citata nell'arresto in esame, tale situazione si verifica ove la legge di gara preveda disposizioni abnormi che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara, ovvero abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta, o, ancora, condizioni negoziali che configurino il rapporto contrattuale in termini di eccessiva onerosità e di obiettiva non convenienza, ed ancora imposizione di obblighi *contra jus*.

Viceversa, l'onere di immediata impugnazione del bando di gara deve escludersi nei riguardi delle clausole dotate solo di astratta e potenziale lesività, la cui idoneità a produrre un'effettiva lesione potrebbe essere valutata unicamente all'esito della procedura selettiva, ove detto esito sia negativo per l'interessato: in tale ipotesi il termine per impugnare gli atti di gara, che eventualmente abbiano concretizzato la lesione della posizione giuridica dedotta in giudizio, non può che decorrere dalla conoscenza del provvedimento di aggiudicazione in favore di terzi.

Al riguardo, va poi premesso in linea generale che, come rammentato dalla giurisprudenza (C.d.S., Sez. III, 19 ottobre 2015, n. 4789), le stazioni appaltanti sono dotate di un'ampia discrezionalità, da esplicarsi entro i limiti legalmente prestabiliti, nell'individuazione degli elementi caratterizzanti un qualsiasi appalto di servizi, in

particolare delle prestazioni che devono essere richieste agli offerenti, delle loro modalità di esecuzione e del prezzo che verrà corrisposto per l'esecuzione dei servizi, e ciò come diretta conseguenza del potere discrezionale amministrativo, nonché della circostanza che nessun operatore privato è obbligato a contrarre con l'Ente pubblico interessato allo svolgimento del servizio.

Tuttavia, il Legislatore ha previsto dei temperamenti alla libertà di scelta delle stazioni appaltanti, per garantire, oltre che il rispetto di finalità sociali, anche le imprese operanti nel mercato, tramite il mantenimento di una corretta dinamica concorrenziale.

La remuneratività dell'appalto dipende, in definitiva, dal valore complessivo delle voci costituenti il contenuto del rapporto contrattuale, con la conseguenza che l'eventuale mancata remuneratività di una parte del suo oggetto potrà bene essere compensata dal complessivo beneficio ricavabile dallo svolgimento dell'appalto.

Ciò premesso, le doglianze dedotte dalla Mengozzi con il primo motivo sarebbero riconducibili, in astratto, al secondo tipo di clausole cd. escludenti più sopra indicate, lamentando la società che le clausole della legge di gara gravate renderebbero impossibile la formulazione di un'offerta in grado di coprire i costi del servizio, attesa l'assoluta incapienza della base d'asta.

Osserva tuttavia il Collegio che, se è vero che, in linea di principio ed in astratto, le clausole della legge di gara attinenti alla fissazione della base d'asta, di cui si lamenta l'inadeguatezza ai fini della formulazione di una corretta e concorrenziale offerta economica, sono comprese tra le clausole cd. escludenti, soggette ad impugnazione immediata entro il termine decorrente dalla pubblicazione del bando (C.d.S.,

Sez. III, 2 febbraio 2015, n. 491), nondimeno nel caso in esame le clausole attinenti al prezzo posto a base d'asta non si rivelano tali da impedire indistintamente a tutti i potenziali concorrenti una corretta e consapevole formulazione dell'offerta.

In altre parole, quella prefigurata dalla Mengozzi S.p.A. si presenta non già come un'impossibilità oggettiva, a carico di ogni potenziale concorrente, ma come una mera difficoltà soggettiva, in capo alla singola ricorrente, di formulare un'offerta competitiva.

Segnatamente, la società muove dall'assunto secondo cui, poiché gli impianti siti in Veneto capaci di smaltire rifiuti speciali pericolosi sono solo cinque ed hanno una capacità minima, non in grado di coprire neppure il quantitativo di uno dei lotti, i rifiuti oggetto di gara dovranno essere trasportati fuori Regione e conferiti all'impianto di proprietà della stessa Mengozzi, sito in Forlì, trattandosi dell'impianto più prossimo.

Da un lato, tuttavia, tale assunto non è adeguatamente comprovato dalla ricorrente; dall'altro lato, di esso la ricorrente fa un'applicazione eccessiva e che non sembra corretta, poiché esclude in radice la possibilità di utilizzare gli impianti siti in Veneto anche solo pro quota ed anche solo per la ridotta parte di rifiuti che – stando alla sua ricostruzione – detti impianti potrebbero assorbire. Ne risultano, così falsati i calcoli attinenti sia al chilometraggio del trasporto dei rifiuti e ai conseguenti costi (del carburante, di manutenzione dei mezzi, di ammortamento degli stessi), sia al costo del personale (in termini di ore di lavoro degli addetti al trasporto).

Desta molte perplessità anche il calcolo dei costi di smaltimento dei rifiuti, da un lato perché, nella ricostruzione della Mengozzi, la disponibilità – come da legge di gara – di un secondo impianto, che

sarebbe quello della Biosud S.r.l., ubicato in Lecce (v. all. 28 al ricorso), comporterebbe un costo di convenzionamento (€ 0,30/kg.) addirittura superiore al costo dell'effettivo smaltimento dei rifiuti, da eseguire presso l'impianto di proprietà della ricorrente sito in Forlì (€ 0,248/kg.). Dall'altro, per la mancata esplorazione, da parte della società, di opzioni alternative.

A ciò si aggiunga che vi sono anche altri elementi, indicati dalla difesa regionale, che confermano come i conteggi e le simulazioni predisposte dalla ricorrente abbiano carattere unilaterale, nel senso di denotare non già un'oggettiva impossibilità della formulazione di un'offerta, ma la (potenziale) minore competitività dell'offerta della predetta Mengozzi.

Ed invero, in primo luogo non solo il costo del trasporto, ma anche i costi della manutenzione e dell'ammortamento degli automezzi sono diversi da operatore ad operatore, in ragione dell'assetto economico-aziendale. Lo stesso vale poi per il costo del personale (che – osserva la Regione – può variare da azienda ad azienda, a seconda del tipo di contratto e delle agevolazioni, anche fiscali, di cui può godere il concorrente) e per i contenitori. Questi ultimi, infatti, non sono prodotti da un solo produttore, cosicché ogni concorrente potrà rivolgersi ad un diverso fornitore, che potrà praticare prezzi distinti, magari in funzione delle quantità acquistate; inoltre – nota la Regione – il costo dei contenitori può variare a seconda non solo del fatto che siano monouso o riutilizzabili (come riferito dalla ricorrente), ma anche in ragione del loro peso.

Né può valere il raffronto con altre gare d'appalto, tantomeno se effettuate in altre Regioni, attese – come condivisibilmente eccepito dalla difesa regionale – le particolarità che ogni procedura possiede.

Del resto, a ben guardare i dati attinenti alle altre procedure non sono così univoci come pretende la ricorrente: ed invero – a fronte dei dati da essa presentati – ve ne sono altri forniti dalla Regione ed attinenti ai prezzi del servizio eseguito dalla Mengozzi presso l'Azienda U.L.S.S. n. 18 di Rovigo (€ 0,96/kg.: cfr. doc. 7 depositato dalla Regione il 29 settembre 2017) ed alla convenzione stipulata dalla medesima società con l'Agenzia Regionale per l'Emilia Romagna Intercent-ER (€ 0.93/Kg. per i rifiuti con codice C.E.R. 180103: v. la bozza della convenzione depositata dalla Regione come doc. 10 il 16 maggio 2017), che dimostrerebbero la piena congruità del prezzo posto a base d'asta nella procedura per cui è causa.

La difesa regionale aggiunge poi un ulteriore elemento, sul quale ci si soffermerà più oltre, e cioè la circostanza dell'avvenuta presentazione di tre offerte per la gara in discorso, ciò che confermerebbe la sostenibilità economica del prezzo a base d'asta.

Non convincono le contrarie argomentazioni formulate a sostegno delle proprie tesi dalla ricorrente nella memoria di replica.

In dettaglio, la Mengozzi – richiamata ancora una volta la giurisprudenza in tema di impugnazione immediata delle cd. clausole escludenti della *lex specialis* senza onere di presentazione dell'offerta e rilevata la riconducibilità a dette clausole anche di quelle che comportino la fissazione di una base d'asta incongrua (il che, peraltro, come si è sopra osservato, è pacifico e incontestato: v. C.d.S., Sez. III, n. 491/2015, cit.) – con riguardo alla fattispecie concreta obietta:

- che non potrebbe sostenersi che essa non ha fornito alcuna prova dell'incapienza della base d'asta, essendo noto che nel giudizio amministrativo chi invoca la tutela della propria posizione giuridica è

tenuto a fornire non già la piena prova di quanto asserito, ma può limitarsi al cd. principio di prova e cioè a fornire una credibile ricostruzione della realtà. Nel caso di specie tale “principio di prova” sarebbe stato ben offerto dalla ricorrente, cosicché il Tribunale potrebbe disporre una verifica ex art. 66 c.p.a., o una consulenza tecnica d’ufficio ex art. 67 c.p.a., come del resto auspicato dalla Sezione V<sup>^</sup> del Consiglio di Stato con la già ricordata ordinanza n. 2621/2017 del 23 giugno 2017, resa in sede di appello cautelare;

- che sarebbe erroneo il richiamo, da parte della difesa regionale, all’intervenuta presentazione di tre offerte, quale prova della congruità e legittimità della base d’asta, poiché la presentazione di sole tre offerte per una gara, in linea di principio, assai appetibile (in quanto avente un importo di quasi € 40.000.000,00 e con durata di cinque anni prorogabili) dimostrerebbe, invece, come molte imprese del settore abbiano rinunciato a presentare un’offerta praticamente in perdita;

- che, comunque, dei sei lotti messi a gara, per il lotto n. 1 non vi sarebbe nessuna offerta, per i lotti nn. 2, 3 e 4 avrebbero partecipato solo due concorrenti e soltanto per i lotti nn. 5 e 6 sarebbero tre i concorrenti che hanno presentato offerta;

- che sarebbero, altresì, inconferenti i richiami al prezzo praticato dall’allora U.L.S.S. di Rovigo, in quanto si trattava di un appalto aggiudicato con il criterio del prezzo più basso e per il servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti presso una sola Azienda U.L.S.S., nonché al prezzo stipulato con Intercent-ER, essendo l’impianto di proprietà della Mengozzi ubicato in Emilia Romagna e, quindi, in prossimità delle sedi dove il relativo servizio è eseguito.

Ad avviso del Collegio, però, nessuna delle suesposte obiezioni coglie nel segno.

In proposito va premesso che la circostanza dell'intervenuta presentazione di offerte per la gara in esame, sebbene importante, come meglio si dirà infra, tuttavia non può essere enfatizzata, nel senso che essa – diversamente da quanto ritiene la Regione – non può intendersi come la prova decisiva che nel caso de quo non ci si trovava dinanzi a clausole cd. escludenti e che il prezzo a base d'asta era stato stabilito in modo congruo e legittimo.

Così opinando, infatti, da un lato si andrebbe praticamente a negare che la previsione di una base d'asta incapiente possa mai rientrare tra le clausole cd. escludenti, soggette all'onere di immediata impugnazione, giacché basterebbe la mera presentazione di un'offerta, per assurda ipotesi anche in rialzo, a farlo escludere: ma ciò, come si è visto, contrasta con l'insegnamento giurisprudenziale, a tenor del quale, ove la *lex specialis* presenti una base d'asta con valore inadeguato e insufficiente, la stessa dovrà essere immediatamente impugnata, nel termine di decadenza decorrente dalla data di pubblicazione del bando, trattandosi dell'impugnazione di una clausola sostanzialmente impeditiva della partecipazione alla gara (cfr. C.d.S., Sez. III, n. 491/2015, cit.).

D'altro lato, in base agli atti ed allo stadio attuale di svolgimento della procedura, nella vicenda in esame manca qualsiasi elemento per poter affermare che le offerte presentate siano o meno congrue e sostenibili dal punto di vista economico, e, dunque, che esse supportino o meno la congruità e, per tal via, la legittimità del prezzo a base d'asta.

Quest'ultima considerazione, tuttavia, vale altresì a confutare le obiezioni della società ricorrente e, soprattutto, la richiesta di disporre una verifica o una C.T.U.: infatti, ad oggi non è dato sapere il contenuto delle offerte presentate, in specie di quelle economiche e, quindi, se vi siano state o no offerte congruenti con il prezzo a base d'asta (ossia non in rialzo rispetto al medesimo); a fortiori, la gara non è pervenuta alla fase del rilevamento, da parte della Commissione, degli eventuali profili di anomalia delle offerte e del conseguente avvio della fase di verifica delle offerte anormalmente basse ex art. 97 del d.lgs. n. 50/2016.

Allo stato non pare quindi possibile disporre una verifica, né una C.T.U., poiché l'organismo verificatore o il consulente tecnico non potrebbero far altro che svolgere le medesime operazioni e valutazioni che la Commissione di gara non ha ancora effettuato e/o ultimato, con il corollario che il giudice, attraverso l'attività dei propri ausiliari, si troverebbe ad esercitare poteri che la P.A. non ha ancora esercitato, in violazione della regola di cui all'art. 34, comma 2, c.p.a.. Del resto, l'ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2621/2017 cit. – intervenuta in un momento in cui non era ancora scaduto il termine di partecipazione alla gara – ha suggerito in termini solo eventuali l'utilizzo della verifica o della consulenza.

Né quanto appena detto comporta una deminutio di tutela per la ricorrente. Ed infatti:

- o non si riscontrerà nessuna anomalia e/o incongruità delle offerte presentate ed allora risulterà in tal maniera confermato ex post che la previsione della base d'asta contenuta nella legge di gara non impediva in assoluto la presentazione di offerte economicamente sostenibili e, quindi, non integrava una clausola cd. escludente, e che

la ricorrente aveva solamente preteso di far valere la sua difficoltà soggettiva a formulare un'offerta competitiva;

- ovvero nessuna delle offerte presentate sarà esente da anomalie e/o incoerenze e/o incongruità sul piano economico ed allora alla stazione appaltante non resterà che prendere atto dell'esito negativo della gara ed assumere le determinazioni conseguenti. Quest'ultima conclusione vale, a fortiori, per l'ipotesi in cui uno o più lotti della procedura siano andati deserti, come – a detta della Mengozzi – si è verificato per il lotto n. 1.

In definitiva, perciò, la circostanza che nel caso di specie siano state presentate offerte, almeno per taluni dei lotti messi a gara, è rilevante e da essa il Collegio non può prescindere: non già – si ripete – nel senso che tale circostanza rechi la prova decisiva dell'infondatezza delle tesi della ricorrente, poiché sono altri gli elementi, più sopra delineati, da cui si ricava ex ante l'assenza di un'oggettiva e generale impossibilità di formulazione dell'offerta economica; ma nel più limitato senso che da essa discende l'impossibilità per questo giudice di disporre una verifica o una consulenza tecnica, a pena, in caso contrario, di violare la regola di cui all'art. 34, comma 2, c.p.a..

In relazione, infine, alla questione del prezzo praticato dall'Azienda U.L.S.S. di Rovigo ed a quello concordato con Intercent-ER, le argomentazioni della Mengozzi provano troppo, nel senso che esse, a ben vedere, dimostrano la fondatezza dell'eccezione della difesa regionale, per cui non si possono richiamare i prezzi riferiti ad altre gare bandite in Italia, date le particolarità che ciascuna procedura possiede. Inoltre, appare inconferente l'argomento incentrato sul diverso criterio di aggiudicazione dell'appalto dell'U.L.S.S. Rovigo (prezzo più basso) rispetto a quello seguito nella vicenda per cui è

causa (offerta economicamente più vantaggiosa). Ed invero, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa postula la necessità di combinare l'elemento "prezzo" con l'elemento "qualità", in modo che al prezzo non sia attribuito un peso ponderale sproporzionato rispetto a quello degli altri elementi, per consentire, da un lato, alla stazione appaltante di conseguire il risultato migliore e più conveniente e, dall'altro, ai partecipanti di confidare in una valutazione dell'offerta trasparente ed uniforme (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 31 luglio 2017, n. 9119; id., Sez. III, 10 giugno 2015, n. 8155): esso, tuttavia, non sta certo a significare che la P.A. non debba cercare di ottenere un prezzo per essa vantaggioso.

In conclusione, pertanto, per tutte le suesposte ragioni il primo motivo del ricorso in epigrafe risulta inammissibile e, comunque, infondato, non avendo esso ad oggetto, in concreto, l'impugnazione di una clausola della legge di gara cd. escludente.

Venendo, ora, al secondo motivo di ricorso, osserva il Collegio che anche in questo caso la censura ivi dedotta ha ad oggetto un vizio della lex specialis di gara – la mancata indicazione dei costi della sicurezza cd. da interferenza – che, ove sussistente, onera all'immediata impugnazione della stessa lex specialis, giacché si tratta di omissione che non consente l'utile presentazione dell'offerta e, per l'effetto, è sostanzialmente impeditiva della partecipazione (cfr., ex multis, T.A.R. Toscana, Sez. I, 13 gennaio 2015, n. 54; T.A.R. Liguria, Sez. II, 28 novembre 2013, n. 1449).

Nel caso di specie, tuttavia, la censura è infondata in fatto.

Negli appalti di servizi, infatti, i costi per la sicurezza cd. da interferenza (e cioè quelli che servono a eliminare i rischi da interferenza, intesa come contatto rischioso tra il personale del

committente e quello dell'appaltatore, o tra il personale di imprese diverse che operano nella stessa sede aziendale con contratti differenti; costi non assoggettati a ribasso) vengono quantificati a monte dalla stazione appaltante nel D.U.V.R.I. (Documento unico per la valutazione dei rischi da interferenze) ex art. 26 del d.lgs. n. 81/2008 (cfr. C.d.S., A.P., 20 marzo 2015, n. 3; T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 29 ottobre 2015, n. 417).

Orbene, nel caso de quo la difesa regionale ha documentato che i lotti in cui è suddiviso l'appalto presentano ciascuno un D.U.V.R.I., pubblicato nel sito istituzionale della stazione appaltante, che reca l'indicazione dei costi della sicurezza cd. da interferenza (v. i foliari nn. 2, 3, 4, 5, 6 e 7 della Regione Veneto, datati tutti 15 maggio 2017).

Se ne evince che il secondo motivo è destituito di fondamento.

In definitiva, pertanto, il ricorso va dichiarato inammissibile relativamente al primo motivo con esso dedotto (motivo che, comunque, è infondato). È, invece, infondato e da respingere con riguardo al secondo motivo.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto – Sezione Prima (I<sup>^</sup>), così definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile ed infondato, nei termini di cui in motivazione.

Condanna la ricorrente al pagamento in favore della Regione Veneto delle spese e degli onorari di causa, che liquida in via forfettaria in € 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Venezia, nella Camera di consiglio del giorno 18 ottobre 2017, con l'intervento dei magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Pietro De Berardinis, Consigliere, Estensore

Nicola Fenicia, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**  
**Pietro De Berardinis**

**IL PRESIDENTE**  
**Maurizio Nicolosi**

**IL SEGRETARIO**