



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2993 del 2011, proposto da:

SELI MANUTENZIONI GENERALI SRL, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Lucio Laurenti, Barbara Savorelli e Francesco De Marini, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, via Visconti Venosta n. 7;

***contro***

COMUNE DI MILANO, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Maria Rita Surano, Maria Teresa Maffey e Paola Cozzi domiciliato presso gli Uffici dell'Avvocatura civica, in Milano via Andreani n. 10;  
COMMISSARIO STRAORDINARIO DELEGATO DEL GOVERNO PER LA REALIZZAZIONE DELL'EXPO 2015, non costituito;

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, in persona del Presidente del Consiglio p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata presso gli Uffici di quest'ultima in Milano, via Freguglia n. 1;

***nei confronti di***

COOP. MUCAFER s.c.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Nicola Marcone, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Stefania Innizzotto in Milano, Via A. Verga n. 5;

***per l'annullamento***

del verbale della seduta del 29 aprile 2011, con il quale la Commissione di gara ha escluso per presunta anomalia l'offerta presentata dalla Seli Manutenzioni Generali S.r.l., nella gara n. 90/2010, indetta dal Comune di Milano, ed ha conseguentemente aggiudicato in via definitiva la procedura all'odierna controinteressata;

della determinazione dirigenziale n. 1/2011 del 12 gennaio 2011, con la quale il responsabile del procedimento ha ritenuto anomala e quindi inaffidabile l'offerta della Seli Manutenzioni Generali s.r.l.;

dei verbali delle sedute del 16/11/2010, 02/12/2010, 29/12/2010, 13/01/2011, 15/03/2011, 15/04/2011 tenute dal Gruppo di Lavoro nominato per l'esame delle giustificazioni;

del silenzio diniego formatosi, ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. n. 53/2010, sul preavviso di ricorso avverso il provvedimento di esclusione e la conseguente aggiudicazione definitiva alla controinteressata;

i verbali della Commissione di Gara del 19 ottobre 2010 e del 3 novembre 2010; la deliberazione della Giunta Comunale n.5/42 del 13 febbraio 2006; la determinazione dirigenziale n. 970/2010 del 2 agosto 2010; la determinazione dirigenziale n. 144/2007 del 28 dicembre 2007, il Bando di gara nella parte in cui deroga alle

ordinarie norme che regolano l'affidamento dei contratti pubblici, nonché tutti gli atti connessi;

nonché in subordine

dell'ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri del 18 ottobre 2007 n. 3623, nella parte in cui autorizza il Commissario straordinario delegato per la predisposizione degli interventi necessari alla migliore presentazione della candidatura della Città di Milano quale sede dell'Expo 2015 a derogare alle disposizioni normative indicate all'art. 3 della medesima ordinanza;

dell'ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri 19 gennaio 2010 n. 3840, nella parte in cui amplia le ipotesi di deroga alla normativa ordinaria disposte dalla o.p.c.m. n.3627/2007 cit.;

del provvedimento del Commissario straordinario di governo n. 1 del 9 marzo 2010 – rubricato “Expo 2015 – determinazione dei criteri procedurali per l'affidamento delle opere pubbliche e dei servizi di ingegneria ed architettura del Comune di Milano” nella parte in cui determina criteri procedurali in deroga alle norme ordinarie per le procedure di affidamento delle opere pubbliche del Comune di Milano indicate nelle'elenco allegato e previste nel programma triennale 2009-2011 e dai programmi precedenti;

del provvedimento del Commissario straordinario di governo n. 4 del 14 giugno 2010 – rubricato “Expo 2015 – determinazione dei criteri procedurali per l'affidamento delle opere pubbliche e dei servizi di ingegneria ed architettura del Comune di Milano” nella parte in cui determina criteri procedurali in deroga alle norme ordinarie per le procedure di affidamento delle opere pubbliche del Comune di Milano indicate nelle'elenco allegato e previste nel programma triennale 2009-2011 e dai programmi precedenti;

del connesso provvedimento del Commissario straordinario del governo n. 6 del 9 settembre 2010 – rubricato “Integrazione dell'elenco delle opere pubbliche allegato al provvedimento n. 1 del 9 marzo 2010”, nella parte in cui amplia l'elenco delle opere pubbliche sottoposte al regime derogatorio;

In via derivata, per l'illegittimità dei provvedimenti di cui sopra che consentono la deroga alle norme ordinarie per le procedure di affidamento delle opere pubbliche del Comune di Milano, di ogni provvedimento conseguente e/o connesso, ed in particolare ed espressamente del Bando di gara, della determina a contrarre, dei verbali di gara e dei provvedimenti che hanno definito la selezione del qua;

nonché

per la declaratoria di nullità, annullamento e/o per la dichiarazione di intervenuta caducazione e/o inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more del giudizio, con conseguente adozione dei provvedimenti di cui all'art. 122 del d.lgs. n. 104/2010;

per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento del danno in forma specifica e di conseguire l'aggiudicazione ex art. 124 d.lgs. n. 104/2010, anche mediante subentro nel contratto stipulato nelle more ed, in via subordinata, per equivalente economico per la illegittima esclusione e la mancata aggiudicazione alla costituenda ATI ricorrente della gara de quo.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Milano e di Presidenza del Consiglio dei Ministri e di Coop. Mucafer s.c.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 ottobre 2012 il dott. Stefano Celeste Cozzi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Milano, con bando spedito alla GUCE in data 13 settembre 2010, ha indetto una gara aperta (importo a base d'asta 7.574.500,84 IVA esclusa), da aggiudicarsi con il criterio del massimo ribasso, per l'affidamento dei lavori di edilizia residenziale sociale, e relative urbanizzazioni, da realizzarsi nell'area di proprietà comunale sita in Via del Ricordo.
2. All'esito delle operazioni di gara, risultava migliore offerente l'impresa Salis Manutenzioni Generali s.r.l. (odierna ricorrente), che offriva un ribasso del 53,999%.
3. La stazione appaltante procedeva quindi al calcolo della soglia di anomalia e, constatato che l'offerta della ricorrente oltrepassava tale soglia, sottoponeva quest'ultima al relativo controllo.
4. Il sub procedimento di controllo si concludeva con il provvedimento della Commissione di gara del 29 aprile 2011, con il quale si disponeva l'esclusione della ricorrente dalla gara per anomalia della sua offerta, e si aggiudicava definitivamente l'appalto alla Coop Mucafer s.c.p.a.
5. Avverso tale provvedimento, ed avverso gli atti ad esso presupposti (in particolare gli atti con i quali, in attuazione della normativa speciale concernente l'evento "Expo 2015", si è attribuita al Comune di Milano la possibilità di non osservare alcune disposizioni contenute nel codice dei contratti pubblici in materia di procedure di aggiudicazione), Seli Manutenzioni Generali s.r.l. proponeva ricorso dinanzi al TAR Lazio.
6. Si costituivano in giudizio, per opporsi al gravame, il Comune di Milano, la Presidenza del Consiglio dei Ministri e Coop Mucafer s.c.p.a.
7. Nella camera di consiglio fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, il Giudice sollevava d'ufficio regolamento di competenza.
8. Il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 5556 del 18 ottobre 2011, stabiliva la competenza del TAR della Lombardia.
9. Il giudizio veniva quindi riassunto dinanzi a questo Tribunale e assegnato alla Sezione che, con ordinanza n. 1801 del 5 dicembre 2011, accoglieva l'istanza cautelare e, con separata ordinanza n. 422 del 6 febbraio 2012, disponeva l'espletamento di una verifica.
10. Il verificatore depositava la propria relazione in data 20 marzo 2012.
11. In prossimità dell'udienza fissata per la trattazione del merito, le parti depositavano memorie, insistendo nelle rispettive conclusioni.
12. Tenutasi la pubblica udienza in data 4 ottobre 2012, la causa è stata trattenuta in decisione.
13. Preliminarmente va osservato che può essere omesso l'esame delle eccezioni preliminari sollevate dalle parti resistenti stante l'infondatezza nel merito del ricorso.
14. Passando dunque al merito, ritiene il Collegio che, per ragioni logiche ed espositive, sia opportuno esaminare prioritariamente la doglianza contenuta nel punto II.2 del ricorso, con la quale l'interessata lamenta che la valutazione di anomalia sarebbe stata nella sostanza formulata da un organo incompetente (il Responsabile Unico del Procedimento); valutazione alla quale avrebbe aderito del tutto acriticamente la Commissione di gara, organo a suo dire, competente in materia..
15. La doglianza è infondata.
16. In caso di aggiudicazione di appalti di lavori di importo superiore alla soglia comunitaria, da affidarsi con il criterio del massimo ribasso, in base all'art. 89, comma secondo, del d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 (oggi sostituito dall'art. 121, comma 2, del d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, ma applicabile alla fattispecie di causa *ratione temporis*), qualora "...il soggetto che presiede la gara, individui offerte che presentano un ribasso percentuale superiore a

quello considerato soglia di anomalia in base alle disposizioni di legge, sospende la seduta e comunica i nominativi dei relativi concorrenti (...) al responsabile del procedimento. Questi, avvalendosi di organismi tecnici della stazione appaltante, esamina le giustificazioni presentate dai concorrenti (...) e valuta la congruità delle offerte”.

17. Come si vede, tale disposizione è chiara nell'attribuire al responsabile unico del procedimento la competenza in materia di valutazione di congruità delle offerte. Il soggetto che presiede la gara ha il solo compito di ufficializzare la decisione: egli invero "...alla riapertura della seduta pubblica, pronuncia l'esclusione delle offerte giudicate non congrue e aggiudica l'appalto" (cfr. art. 89, comma 2, cit.).

18. La ratio della disposizione è peraltro facilmente comprensibile, atteso che il responsabile del procedimento è organo interno dell'amministrazione particolarmente qualificato, come tale soggetto maggiormente in grado di apprezzare la sostenibilità economica delle offerte rispetto all'organo preposto alla conduzione della gara il quale, nel caso di aggiudicazione con il criterio del massimo ribasso, svolge funzioni aventi perlopiù carattere formale, volte ad assicurare il corretto espletamento delle operazioni e ad accertare quale dei concorrenti abbia proposto il pezzo più conveniente.

19. Parte della giurisprudenza perviene a conclusioni differenti, affermando che la competenza in materia di accertamento dell'anomalia delle offerte appartiene alla commissione di gara (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 10 settembre 2012 n. 4772; id., sez. VI, 15 luglio 2010 n. 4584).

20. Tale conclusione è però spiegabile in ragione del fatto che nei casi ivi esaminati si verteva in tema di appalti di servizio, e/o in tema di appalti di lavori da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (laddove è sempre presente una commissione di gara composta da elementi particolarmente qualificati deputati a svolgere funzioni non solo formali ma concernenti anche valutazioni sostanziali) per i quali, prima dell'entrata in vigore del d.P.R. n. 207/2010, non sussisteva norma analoga a quella contenuta nel citato art. 89, comma 2, del d.P.R. n. 554/99 (ora, ai sensi degli artt. 121 e 284 del d.P.R. n. 207/2010, anche per tale tipologia di appalti dovrebbe peraltro applicarsi la disciplina testé illustrata)

21. La stazione appaltante, nel caso concreto, ha quindi dato corretta applicazione alle disposizioni normative che governano le procedure di gara, affidando al responsabile del procedimento (coadiuvato da uno speciale gruppo di lavoro istituito ai sensi dell'art. 15 del regolamento comunale) il compito di valutare le congruità delle offerte individuate come potenzialmente anomale.

22. Va pertanto ribadita l'infondatezza della doglianza.

23. Conviene ora esaminare la censura di cui al punto III.6, con la quale la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 66 della direttiva 2004/18/CE in quanto la stazione appaltante, nel procedere al giudizio di congruità, invece di esaminare l'offerta presentata nel suo complesso, avrebbe sottoposto ad esame voci di costo corrispondenti solo al 65,4463% dell'importo complessivo dell'appalto

24. Anche questa censura è infondata.

25. La stazione appaltante, nel caso concreto, si è correttamente limitata a chiedere delucidazioni in merito a quelle voci di costo che a suo giudizio apparivano incongrue. Tale modo di procedere è del tutto logico e comprensibile, posto che non si vede per quale motivo si debba onerare il concorrente di fornire (inutili) spiegazioni anche in merito quelle voci che, invece, appaiono giustificate.

26. Va peraltro osservato che il sub procedimento di verifica dell'anomalia, attualmente disciplinato dall'art. 88 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, si caratterizza per essere scevro da ingiustificati formalismi (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 23 luglio 2012 n. 4206); il concorrente, pertanto, non è rigidamente vincolato dalla richiesta formulata dalla stazione appaltante, essendo egli invece libero di far riferimento, nel fornire la giustificazione complessiva della

propria offerta, a tutti gli elementi considerati rilevati, comprese quelle voci di costo (magari a lui particolarmente favorevoli in grado di compensare squilibri creati da altre voci) non contemplate dalla richiesta stessa.

27. La giurisprudenza richiamata dall'interessata (Corte di Giustizia CE, 27 novembre 2001, cause riunite C - 285/99 e C-286/99; Consiglio Stato, sez. IV, 11 aprile 2006 n. 2023) non è peraltro pertinente, in quanto essa fa riferimento ad un regime previgente (disciplinato dall'art. 21, comma 1 bis, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, introdotto dall'art. 7 del decreto legge 3 aprile 1995, n. 101, convertito con la legge 2 giugno 1995, n. 216) caratterizzato da maggiore rigidità, nel quale i concorrenti erano obbligati a fornire giustificazioni preventive, limitate al 75% delle voci di costo dell'offerta, senza poter far valere le proprie ragioni dopo l'apertura delle buste e prima dell'adozione del provvedimento di esclusione.

28. Va dunque ribadita l'infondatezza della doglianza.

29. Si può ora passare all'esame delle censure che investono il punto sostanziale della controversia, nelle quali la ricorrente contesta le valutazioni formulate dalla stazione appaltante in merito alla congruità dell'offerta da essa presentata.

30. In proposito l'interessata rileva che il giudizio di anomalia si fonda su elementi di costo che possono essere ricondotti a tre profili: a) costo della manodopera; b) costi delle attrezzature e del materiale; c) tempi di esecuzione.

31. Con riferimento al primo profilo, lamenta che la stazione appaltante avrebbe ritenuto l'incongruità della sua offerta sulla base del mero scostamento della stessa dai valori medi riportati nelle tabelle ANCE – Assimpredil, senza considerare che detti valori sarebbero frutto di elaborazioni statistiche generali; ed avrebbero quindi valenza relativa, potendo ogni operatore dimostrare che, nella propria impresa, il costo della manodopera è in concreto inferiore rispetto ad essi.

32. Quanto al secondo profilo (quello concernente il costo delle attrezzature), la ricorrente afferma che la stazione appaltante avrebbe dato rilievo ad elementi particolari di costo aventi scarso valore economico, valorizzando voci del tutto insignificanti al fine di formulare il giudizio complessivo di incongruità.

33. Sottolinea la stessa che, secondo un pacifico orientamento giurisprudenziale, il giudizio di anomalia dovrebbe invece riguardare l'offerta nel suo complesso, onde accertare se essa possa globalmente considerarsi o meno economicamente sostenibile.

34. Infine, con riferimento ai tempi di esecuzione, l'interessata evidenzia che la stazione appaltante ha ritenuto l'incongruità dei tempi indicati nella sua offerta rilevando la loro non aderenza ai tempi indicati dal progettista in apposite schede elaborate per la redazione del computo metrico estimativo di progetto. Tale valutazione sarebbe, a suo dire, sorretta da motivazione apodittica in quanto, non avendo essa avuto modo di poter accedere alle succitate schede, non le sarebbe possibile valutare la correttezza e coerenza delle conclusioni tratte dall'Amministrazione.

35. In proposito il Collegio osserva quanto segue.

36. Gli apprezzamenti effettuati dalla Stazione appaltante in merito alla congruità delle offerte formulate dai concorrenti nelle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici sono, secondo una consolidata opinione, caratterizzati da esercizio di discrezionalità tecnica (Consiglio di Stato sez. VI, 7 settembre 2012 n. 4744).

37. Secondo un preferibile orientamento della giurisprudenza, inaugurato da una fondamentale pronuncia del Consiglio di Stato (cfr. Consiglio Stato sez. IV, 9 aprile 1999 n. 601), la discrezionalità tecnica, pur comportando valutazioni opinabili, non si identifica con la discrezionalità amministrativa e, quindi, con il merito. Quando si esercita tale tipologia di discrezionalità non si decide cosa sia più opportuno fare ai fini della miglior tutela dell'interesse pubblico (in ciò consiste la discrezionalità amministrativa), ma si apprezza la sussistenza dei presupposti applicativi dalla norma attributiva del potere, utilizzando regole tecniche e compiendo valutazioni non certe quanto, appunto, opinabili.

38. Il giudice, nel sindacare la discrezionalità tecnica, non deve limitarsi ad un sindacato estrinseco finalizzato ad accertare se la valutazione dell'amministrazione sia palesemente erronea od irrazionale, ma può spingersi ad un sindacato intrinseco che faccia applicazione delle stesse regole tecniche utilizzate dall'autorità amministrativa, volto ad accertare l'attendibilità della valutazione compiuta sotto il profilo della appropriatezza del criterio tecnico prescelto e della correttezza del procedimento applicativo seguito (cfr. T.A.R. Roma Lazio sez. III, 8 febbraio 2011 n. 1216).

39. Anche questo orientamento afferma tuttavia che il giudice non può mai sostituire le proprie valutazioni (o quelle del suo consulente) a quelle formulate dall'amministrazione dovendo egli limitarsi, come detto, a vagliarne l'attendibilità.

40. L'argomento verrà sviluppato nel prosieguo.

41. Per ora è sufficiente osservare che, anche in applicazione di questi principi, il Collegio ha disposto l'espletamento di una verifica volta ad accertare se la stazione appaltante avesse o meno compiuto valutazioni corrette nell'ambito del giudizio di anomalia dell'offerta presentata dalla ricorrente.

42. Il verificatore, in contraddittorio con le parti in causa, ha accertato che l'apprezzamento compiuto è in sostanza corretto, rilevando l'attendibilità dei giudizi di incongruenza formulati in merito al costo della manodopera ed in merito ai tempi di esecuzione del contratto (è stato invece accertata la sostanziale inattendibilità del giudizio formulato in merito al costo delle attrezzature).

43. In particolare, per quanto riguarda il costo della manodopera, si è accertato che la ricorrente si è discostata in maniera apprezzabile (19%) dai valori riportati nelle tabelle ANCE Assimpredil senza fornire adeguate spiegazioni al riguardo.

44. In proposito si sottolinea che se è vero che, in base ad un consolidato orientamento giurisprudenziale, lo scostamento dalle tabelle ufficiali non può costituire di per sé elemento decisivo fondante il giudizio di anomalia, è altrettanto vero che, in base alla stessa giurisprudenza, è però necessario che gli scostamenti vengano adeguatamente giustificati attraverso la produzione di analisi aziendali svolte dall'offerente (cfr. ex multis Consiglio di Stato, sez. III, 28 maggio 2012 n. 3134) che, nel caso concreto, sono mancate.

45. Anche per quanto riguarda i tempi di esecuzione del contratto, il verificatore ha accertato la sostanziale attendibilità del giudizio formulato dall'Amministrazione rilevando che solo per alcune lavorazioni il concorrente è riuscito a fornire adeguate spiegazioni in merito alla correttezza dei tempi indicati; e che per il resto vi è un forte scostamento (non giustificato) rispetto ai dati elaborati da organi specializzati (tabelle Sole 24 ore).

46. Si ritiene pertanto che il giudizio di anomalia formulato dalla stazione appaltante nella fattispecie concreta sia corretto e che, quindi, lo stesso sia immune alle censure dedotte dalla ricorrente.

47. Anche il motivo in esame è quindi infondato.

48. Rimangono ora da esaminare le doglianze, contenute nel punto III del ricorso, che lamentano la violazione dell'art. 88 del d.lgs. n. 163/2006, per mancata effettuazione dell'audizione orale prevista dalla norma nonché, in subordine, l'irragionevolezza di tale omissione procedimentale (giustificata dalla stazione appaltante invocando esigenze di celerità), stante l'esiguità dei tempi risparmiati.

49. Ritiene il Collegio che, per le seguenti ragioni, le censure siano infondate.

50. Stabilisce il comma 4 della citata disposizione che "prima di escludere l'offerta, ritenuta eccessivamente bassa, la stazione appaltante convoca l'offerente (...) e lo invita a indicare ogni elemento che ritenga utile".

51. Aggiunge il quinto comma che "se l'offerente non si presenta alla data di convocazione stabilita, la stazione appaltante può prescindere dalla sua audizione".

52. Come si vede tali disposizioni impongono alla stazione appaltante di effettuare un'audizione orale del

concorrente, prima di procedere alla sua esclusione.

53. Va precisato che l'obbligo di audizione orale non è esplicitamente previsto dalla normativa comunitaria. L'art. 55.2, della direttiva 2004/18/CE (innovando rispetto alle previsioni contenute nella direttiva 93/37/CE) si limita ad estendere il contraddittorio alla fase di verifica delle giustificazioni fornite dall'offerente (in precedenza il contraddittorio si esauriva nella richiesta di giustificazioni scritte), senza tuttavia imporre, come detto, la necessità di un'audizione orale.

54. Ciò precisato, va osservato che il Comune di Milano ha omesso tale passaggio procedurale invocando le disposizioni di cui al combinato disposto degli artt. 5, comma 2, della legge 24 febbraio 1992 n. 225 e 5 bis, comma 5, del d.l. 7 settembre 2001 n. 343, convertito con legge 9 novembre 2001 n. 401, che consentono la realizzazione di interventi afferenti a "Grandi eventi" a mezzo di ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente; e ascrivendo l'opera di cui è causa alla categoria di interventi funzionali alla realizzazione di Expo 2015, dichiarato "Grande evento" con d.p.c.m. 30 agosto 2007 n. 27065.

55. In fase cautelare, la Sezione ha osservato che i presupposti necessari all'applicazione della normativa derogatoria non paiono integrati; e ciò in quanto l'appalto di cui si tratta consiste nella realizzazione di lavori di edilizia residenziale sociale, e relative urbanizzazioni, da realizzarsi in un'area di proprietà comunale, per i quali è difficile cogliere il nesso funzionale che li lega ad Expo 2015.

56. Nella presente fase di merito il Collegio conferma le proprie valutazioni, ma si domanda se l'omissione del passaggio procedurale consistente nell'audizione orale debba senz'altro condurre all'annullamento degli atti impugnati.

57. Va invero osservato che, da un punto di vista squisitamente pratico, l'annullamento degli atti impugnati disposto per ragioni puramente formali non potrebbe arrecare alcun concreto vantaggio al ricorrente. Si è già visto che il giudizio di anomalia è nella sostanza attendibile; e che tale attendibilità è stata accertata dal verificatore, il quale ha formulato le proprie osservazioni dopo aver acquisito gli elementi di giudizio nel contraddittorio delle parti, le quali sono state anche sentite oralmente nel corso della procedura svolta dinanzi a lui (cfr. verbale di verifica del 29 marzo 2012 depositato in atti).

58. E' del tutto evidente, pertanto, che l'Amministrazione, a seguito dell'accoglimento del ricorso, non potrebbe far altro che confermare quanto già statuito, disponendo nuovamente l'esclusione della ricorrente dalla gara, pur se in esito a rinnovato procedimento nel quale sia svolta l'audizione orale. La quale, tuttavia, si risolverebbe, a questo punto, in un mero adempimento formale svuotato di ogni contenuto, posto che non si vede quale nuovo elemento di valutazione possa utilmente dedurre l'offerente a proprio vantaggio.

59. Ci si può dunque domandare, sulla base delle considerazioni testé svolte, se sia possibile applicare alla fattispecie in esame l'art. 21 octies, comma 2, della legge 7 agosto 1990 n. 241.

60. Stabilisce tale norma che "non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

61. La disposizione contempla due ipotesi accomunate dall'accertata correttezza sostanziale della decisione assunta dalla p.a.. La prima ipotesi, prevista nel primo periodo, riguarda i provvedimenti vincolati: in questo caso l'annullamento non è pronunciabile qualunque sia il vizio formale o procedimentale riscontrato. La seconda ipotesi, prevista nel secondo periodo, riguarda i provvedimenti discrezionali: in questo caso l'annullamento non è

pronunciabile solo se il vizio procedurale consiste nell'omissione dell'inoltro dell'avviso di avvio del procedimento all'interessato.

62. A prima vista, parrebbe che tali disposizioni non si attaglino alla fattispecie in esame: non la prima, in quanto, per pacifica opinione giurisprudenziale, il provvedimento di esclusione dalle gare disposta per anomalia dell'offerta non è considerato atto vincolato ma discrezionale (seppur connotato da discrezionalità tecnica); non la seconda, in quanto l'omissione procedimentale riscontrata non riguarda l'avviso di avvio del procedimento ma l'audizione orale del concorrente.

63. In proposito la Sezione intende svolgere due considerazioni.

64. In primo luogo, intende verificare se effettivamente la valutazione di anomalia dell'offerta sia frutto di attività discrezionale.

65. Sul punto, va osservato che, in diverse pronunce, la Sezione ha rilevato che di discrezionalità tecnica vera e propria può parlarsi solo nel caso in cui presupposto applicativo della norma attributiva del potere sia non già un fatto in sé considerato, ma la qualificazione che di esso ne dà la pubblica amministrazione assumendo a parametro valutativo l'interesse pubblico. In altre parole, vi è vera e propria discrezionalità (tecnica) quando la legge, ai fini dell'esercizio del potere, impone alla p.a. di attribuire ad un fatto una certa qualità, da apprezzare alla stregua dell'interesse pubblico primario perseguito dalla stessa (cfr. T.A.R. Lombardia Milano, Sez. III, 6 aprile 2009, n. 3153).

66. Anche nella discrezionalità amministrativa la p.a. è chiamata ad operare una scelta sulla base dell'interesse pubblico, ma la discrezionalità tecnica si distingue da essa per due elementi: perché la seconda, a differenza della prima, è funzionale non già ad individuare il contenuto più opportuno da dare al provvedimento, ma ad individuare la sussistenza di un presupposto applicativo della norma attributiva del potere; e perché nella discrezionalità tecnica l'interesse pubblico assume rilievo in maniera isolata, e manca quindi quella attività di comparazione con gli interessi pubblici secondari e con gli interessi privati che caratterizza invece la discrezionalità amministrativa.

67. In ambito contrattuale, esempio di esercizio di discrezionalità tecnica si ha nella fattispecie contemplata dall'art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 163/2006, che impone l'esclusione dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici dei soggetti che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, abbiano commesso gravi errori nell'esecuzioni di precedenti contratti.

68. In questa ipotesi il potere di esclusione è riservato ad un apprezzamento discrezionale della p.a. la quale deve qualificare, utilizzando quale parametro di valutazione anche l'interesse pubblico perseguito, l'inadempimento o l'errore in precedenza commessi dal concorrente, al fine di stabilire se essi siano di gravità tale da determinare la rottura del rapporto fiduciario che deve necessariamente intercorrere con il concorrente (cfr. Cassazione civile, sez. un., 17 febbraio 2012 n. 2312).

69. Secondo il Collegio, non viene al contrario in rilievo la discrezionalità tecnica quando presupposto applicativo della norma attributiva del potere sia il fatto in sé considerato.

70. In questo caso, pur se l'accertamento dipende dall'espletamento di operazioni complicate che possono dar luogo a risultati opinabili, la discrezionalità manca del tutto in quanto la p.a. è chiamata ad accertare la mera sussistenza di un fatto senza dover procedere alla sua qualificazione alla stregua dell'interesse pubblico perseguito: la Sezione ha definito tali accertamenti "valutazioni tecniche complesse non discrezionali"; ed ha affermato che, proprio in ragione dell'assenza di qualsiasi apprezzamento dell'interesse pubblico, per essi è possibile procedere ad un sindacato forte che consenta al giudice (per mezzo del consulente) di sostituirsi alla p.a. nell'accertamento del fatto (cfr. TAR Lombardia Milano sent. n. 3153/09 cit.).

71. Ritiene il Collegio che la valutazione di anomalia dell'offerta possa essere ascritta a quest'ultima categoria.



72. Se si ritiene, come sembra fare la giurisprudenza prevalente, che tale valutazione consista unicamente nel verificare se i costi sostenuti dall'offerente siano o meno coperti dal prezzo proposto nell'offerta e, quindi, tali da generare un utile non irrisorio, si deve altresì ritenere che essa si risolva in sostanza in una mera operazione matematica e, dunque, in un'operazione valutativa, per quanto complessa, volta al mero accertamento della sussistenza di un fatto in sé considerato, che non involge alcun apprezzamento dell'interesse pubblico perseguito dalla stazione appaltante e che, per tali ragioni, non presenta i caratteri della discrezionalità.

74. Ne consegue che al provvedimento di esclusione per ritenuta anomalia dell'offerta presentata dal concorrente può ritenersi applicabile il primo periodo del secondo comma del citato art. 21 octies della legge n. 241/90 (riguardante, come detto, gli atti vincolati); sicché una volta accertata dal giudice la sostanziale correttezza della scelta operata, non sarà possibile pronunciare l'annullamento qualunque siano le violazioni procedurali riscontrate.

75. Ciò è quanto accaduto nella fattispecie di cui è causa, nella quale, come visto, è stata accertata in giudizio la sostanziale correttezza delle valutazioni operate dal Comune di Milano. Ne consegue la non annullabilità dell'atto impugnato.

76. Ritiene peraltro il Collegio (e qui si viene alla seconda considerazione) che, sulla base delle ragioni che verranno appresso sviluppate, l'annullamento non possa comunque pronunciarsi, anche volendo ritenere che il giudizio di congruità dell'offerta sia connotato da effettiva discrezionalità. La discrezionalità può ritenersi effettivamente sussistente se si ammette che il giudizio di anomalia non scaturisce in maniera automatica dall'accertata insostenibilità dei costi rilevati nell'offerta, ma anche da un apprezzamento della p.a. volto a valutare, alla luce dei propri interessi, se l'assenza o l'esiguità dell'utile ovvero, addirittura, la perdita siano o meno decisivi per minare l'affidamento circa la corretta esecuzione del contratto.

77. Come anticipato, il secondo periodo dell'art. 21 octies, comma 2, della legge n. 241/90, stabilisce che anche i provvedimenti discrezionali non possono essere annullati qualora sia verificata in giudizio la loro sostanziale correttezza. Tuttavia, in questa ipotesi, secondo la lettera della legge, l'effetto salvifico si produce solo in caso di omissione dall'avviso di avvio del procedimento.

78. La Sezione ha tuttavia di recente affermato che tale disposizione è applicabile, in via analogica, anche quando sia mancato l'inoltro, non già dell'avviso di avvio del procedimento, ma del preavviso di rigetto di cui all'art. 10 bis della legge n. 241/90, stante l'omogeneità funzionale e strutturale dei due adempimenti procedurali (cfr. T.A.R. Milano Lombardia, sez. III, 13 settembre 2011 n. 2209).

79. A maggior ragione deve ammettersi l'applicazione analogica della stessa disposizione qualora la violazione riscontrata riguardi anch'essa un passaggio del procedimento, funzionale alla garanzia del contraddittorio, così come lo sono le due comunicazioni suindicate, ma abbia, rispetto a queste ultime, un impatto meno rilevante sugli interessi dell'amministrato. E' invero assurdo, a parere del Collegio, consentire la salvezza di un provvedimento quando, prima della sua adozione, sia stato del tutto precluso al destinatario di far valere i propri interessi, non avendo questi, in ragione del mancato inoltro dell'avviso di avvio del procedimento, neppure avuto contezza della sussistenza dello stesso; e negarla quando il destinatario, pur avendo partecipato al procedimento, non abbia potuto fruire di alcuni passaggi procedurali specifici che gli avrebbero consentito solo una migliore illustrazione dei propri interessi e delle proprie ragioni.

80. Nel caso concreto, come anticipato, il ricorrente ha partecipato attivamente al sub procedimento di verifica dell'anomalia; pertanto, la mancata effettuazione dell'audizione orale non gli ha precluso di far valere dinanzi alla p.a. i propri interessi. Ne consegue che, in applicazione dell'art. 21, octies, comma 2, secondo periodo, della legge n. 241/90, l'omissione di tale passaggio procedimentale non può ritenersi decisivo ai fini della pronuncia di

annullamento dell'atto qui impugnato.

81. Preme al Collegio ribadire che persuadono della bontà delle argomentazioni teoriche sin qui sviluppate considerazioni eminentemente pratiche: si richiama in proposito quanto sopra rilevato circa l'inutilità per il ricorrente di una pronuncia di annullamento basata su rilievi aventi esclusivamente carattere formale.

82. Le doglianze dedotte sono pertanto tutte infondate; altrettanto infondata è di conseguenza la domanda risarcitoria.

83. Per queste ragioni il ricorso deve essere respinto.

La complessità delle questioni trattate induce il Collegio a disporre la compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio dei giorni 4 ottobre 2012 e 23 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Silvana Bini, Primo Referendario

Stefano Celeste Cozzi, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/12/2012

IL SEGRETARIO

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