

Potere di sindacato del G.A. in materia di prezzi e di caratteristiche tecniche posti a base d'asta

di Antonietta Sgobba

Data di pubblicazione: 29-12-2017

1. Qualora una ditta operante nel settore oggetto di gara abbia impugnato la *lex specialis*, fornendo un consistente principio di prova circa l'inadeguatezza dei prezzi posti a base d'asta e la carenza di motivazione in ordine alla scelta delle caratteristiche tecniche dei prodotti da fornire, ossia uno studio estremamente dettagliato nell'analisi dei costi e delle tipologie dei beni da fornire, non espressamente contestato dalla parte resistente, va ritenuta illegittima l'intera procedura di gara, con conseguente caducazione anche dell'aggiudicazione, ove intervenuta.

2. In tema di valutazione delle prove nel processo amministrativo, la giurisprudenza ha avuto occasione di affermare che in caso di mancata controdeduzione della parte resistente alla perizia giurata prodotta dalla parte ricorrente, trova applicazione il principio di non contestazione, alla cui stregua i fatti non contestati confluiscono nel concetto di prova: l'organo giudicante può disporre un'attività istruttoria solo se la parte costituita abbia contestato specificamente le prospettazioni avversarie, senza tuttavia portare adeguati mezzi di prova a supporto delle controdeduzioni presentate (art. 64 c.p.a.).

Guida alla lettura

La sentenza n. 2733/2017 del TAR Catania, *latu sensu*, costituisce un'importante pregevole battuta d'arresto rispetto all'orientamento secondo cui, in materia di prezzi e di caratteristiche dei servizi e/o delle forniture a base d'asta, al G.A. andrebbe riconosciuto un potere di sindacato "debole", in quanto trattasi di scelte discrezionali della P.A. (cfr. C.d.S., sez. V, 26 luglio 2016, n. 3359; nello stesso senso TAR Lazio, Roma, 22 dicembre 2016, n. 12766).

Se, difatti, è vero, com'è vero, che per il principio di non contestazione, posto dal TAR Catania a fondamento della propria pronuncia, se non contestati da parte dell'Amministrazione resistente devono ritenersi <<provati i fatti e le circostanze dedotte dal ricorrente>> (cfr. TAR Toscana, Firenze, sez. III, 18 gennaio 2017, n. 60), è parimenti incontrovertibile che, qualora, in corso di causa, il ricorrente abbia puntualmente e documentalmente confutato le argomentazioni addotte dalla Stazione appaltante a difesa delle proprie scelte discrezionali, il G.A. non può esimersi dall'approfondire in maniera più accurata, sul piano istruttorio, le questioni sottoposte al suo vaglio, "banalmente" trincerandosi dietro l'indirizzo pretorio per cui <<la stazione appaltante è dotata di un'ampia discrezionalità ... nell'individuazione degli

elementi caratterizzanti un qualsiasi appalto di servizi, in particolare le prestazioni che devono essere richieste agli offerenti, le loro modalità di esecuzione e il prezzo che verrà corrisposto per l'esecuzione dei servizi, e ciò come diretta conseguenza, oltre che del potere discrezionale amministrativo, anche della circostanza che nessun operatore privato è obbligato a contrarre con l'Ente pubblico interessato allo svolgimento del servizio>> (cfr. C.d.S., sez. III, 19 ottobre 2015, n. 4789).

A ben vedere, dunque, affermando che *<<l'organo giudicante può disporre un'attività istruttoria solo se la parte costituita abbia contestato specificamente le prospettazioni avversarie, senza tuttavia portare adeguati mezzi di prova a supporto delle controdeduzioni presentate (art. 64 c.p.a.)>>*, il TAR Catania ha espresso un concetto estremamente rilevante, in quanto ha riconosciuto che in caso di cause incentrate principalmente su perizie e controperizie tecniche, il G.A. deve necessariamente compiere tutte le verifiche istruttorie del caso, avvalendosi degli strumenti della verifica e della consulenza tecnica d'ufficio ex artt. 66 e 67 c.p.a..

Il che, come detto, rappresenta un punto di svolta e/o quantomeno di "rottura" rispetto a quella parte della giurisprudenza che, invece, in caso di contenziosi caratterizzati da un altissimo tecnicismo, rimanendo ancorata al retaggio per cui le questioni sollevate debbano essere ricondotte ai parametri del giudizio amministrativo sulla discrezionalità tecnica, è estremamente restia a riconoscere la necessità di fare ricorso alla verifica o alla consulenza tecnica (cfr., tra le tante, TAR Lazio, Roma, sez. III *Quater*, 22 dicembre 2016, n. 12766).

Ciò stante e tenuto conto che, come insegnato da autorevole dottrina^[1], *<<l'oggetto del processo amministrativo non>> è <<più riducibile alla oramai stucchevole querelle se riguardi il rapporto o l'atto>>*, nel senso quindi che alla giustizia amministrativa deve essere riconosciuta una veste sostanzialistica, ci si auspica che, sia pure entro i confini dell'accertamento della ragionevolezza e della logicità delle scelte della P.A., il G.A. eserciti in maniera più penetrante il proprio potere di sindacato in materia di prezzi e di caratteristiche dei servizi e/o delle forniture a base d'asta, così come in quella di verifica di anomalia, posto che è proprio in siffatte materie che spesso si annidano fenomeni distorsivi della concorrenza e/o violativi dei principi di trasparenza e di buon andamento ex art. 97 Cost..

[1] Cfr. G.P. CIRILLO, in "La transizione della giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo", in articoli e note 2/2014, www.lexitalia.it.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia**sezione staccata di Catania (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2051 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Commerciale Sicula S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Vincenzo Vinciprova, con domicilio eletto presso il suo studio in Catania, P.zza. Giovanni Verga, 16;

contro

Comune di Catania, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Walter Perez, domiciliato in Catania, via Umberto 151, presso l'Ufficio legale dell'Ente;

nei confronti di

Celauro Service S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo

-della determinazione a contrarre prot. 05/244 del 9-9-2016, emessa dal Dirigente della Direzione LL.PP. e Protezione Civile del Comune di Catania, per il noleggio di bagni chimici da installare, in occasione degli sbarchi dei migranti, presso il Porto di Catania;

-del Capitolato Speciale d'Appalto, allegato alla determina a contrarre prot. 05/244 del 9-9-2016;

-della RDO n. 1339161 del 23-9-2016 e dell'allegata scheda tecnica;

-dei chiarimenti forniti con nota prot. 343312 del 30-9-2016;

- di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale, anche se non conosciuto;

quanto al ricorso per motivi aggiunti:

-del provvedimento di ammissione della società Celauro Service s.r.l.;

-del provvedimento di aggiudicazione provvisoria della gara;

-della determinazione dirigenziale n. 05/291 del 07.11.2016, con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della gara in favore della controinteressata.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Catania;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 ottobre 2017 la dott.ssa Maria Stella Boscarino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso introduttivo del presente giudizio, notificato il 5/6 ottobre 2016 e depositato il successivo 20 ottobre, la ricorrente, dopo aver premesso di essere operatore, da oltre vent'anni, nel settore della locazione, pulizia e spurgo di bagni mobili ecologici, esponeva che, avendo visualizzato la richiesta di offerta (RDO) n. 1339161 del 23-9-2016, il 27 settembre 2016 formulava una richiesta di chiarimenti, in esito alla quale, avendo rilevato la grave carenza economica e tecnica del capitolato posto alla base della gara, stabiliva di non partecipare alla gara stessa, proponendo il ricorso in epigrafe, affidato ai seguenti motivi:

I motivo: illegittimità della RDO per essere stata emessa da Ufficio diverso da quello individuato nella determina a contrarre. Nella determinazione a contrarre prot. 05/244 del 09.09.2016 era stato previsto, al punto 4, che all'affidamento dell'appalto provvedesse la Direzione Ragioneria Generale Provveditorato Economato, A.P. Forniture Beni e Servizi. Ma la procedura di affidamento è stata poi seguita non dall'Ufficio designato, ma dalla Direzione LL.PP. e Protezione Civile.

Il motivo: il RUP risultante nella RDO e nella nota di chiarimenti prot. 343312 del 30.09.2016 sarebbe privo di poteri, non essendo stato nominato nella determina a contrarre.

III motivo: progettazione dell'appalto carente - assenza di relazione tecnico-illustrativa, dei calcoli degli importi per l'acquisizione dei servizi, del prospetto economico degli oneri complessivi necessari. Al Capitolato Speciale d'Appalto non risulta allegato alcun altro documento progettuale e men che meno la relazione tecnico-illustrativa necessaria a

rappresentare le premesse ed il contesto in cui occorre operare. Ciò dipende anche dal fatto che, nonostante la Determina Dirigenziale prot. n. 05/356 del 20.11.2015 avesse previsto, in capo al responsabile della posizione organizzativa, che venisse approntata la "Redazione Piano Obiettivo di Soccorso ed Assistenza in Emergenza Sbarchi", non vi è traccia - o quanto meno non è stato rinvenuto sul sito istituzionale - di tale piano. L'assenza di tale piano e dell'attività progettuale prevista e richiesta nei commi 14 e 15 dell'art. 23 del D.Lgs. 50/2016 renderebbero assolutamente arbitrarie, illogiche ed immotivate tutte le scelte compiute dal Comune resistente - sia nella determina a contrarre, che nel RDO conseguente - in ordine alle caratteristiche dei bagni, alle modalità di espletamento del servizio ed al prezzo posto a base di gara.

In particolar modo non si comprenderebbero le ragioni sottostanti alla scelta di richiedere alla ditta aggiudicataria di collocare al porto di Catania i bagni mobili entro e non oltre due ore dalla richiesta, che potrebbe pervenire in qualunque ora della giornata e sette giorni su sette (festivi inclusi). Tale prescrizione, di fatto restringe la concorrenza alle sole imprese che hanno la sede operativa nel territorio di Catania e Comuni limitrofi.

In secondo luogo, non si comprendono le ragioni della scelta delle caratteristiche tecniche dei bagni, previste nell'art. 2 del CSA allegato alla determina a contrarre e della scheda tecnica allegata alla RDO, difformi da quelle previste dalla norma UNI EN ISO 16194:2012 e per di più restringendo la concorrenza ai soli possessori di bagni SEBACH TOP-SAN che sono brevettati.

Inoltre, secondo un esperimento condotto dall'Università di Catania - Dipartimento di Microbiologia e Ginecologia, i bagni dotati di sistemi di schermatura non garantirebbero condizioni di igienicità superiori a quelli che ne sono privi.

In terzo luogo, non vi sarebbe traccia di alcuna attività istruttoria volta alla determinazione del prezzo a base d'asta (euro 8.750,00 iva inclusa).

E comunque, il prezzo unitario previsto è di appena euro 119,00 per bagno, per la durata di un giorno ed incluso l'intervento di pulizia-spurgo supplementare, oltre a quello finale, asseritamente assolutamente insufficiente a coprire i costi di esecuzione.

Infatti, secondo lo studio dal titolo "Analisi del ciclo operativo dei servizi di locazione e pulizia/spurgo dei servizi igienici mobili a funzione chimica e analisi dei costi ad esso correlati" emanato dall'Università di Catania - Dipartimento di Economia e Impresa, il costo unitario varia da un minimo di euro 275,55 (nel caso di un solo bagno per un giorno) ad un massimo di euro 1.251,38 (per 3 bagni ed aggiungendo l'intervento di pulizia-spurgo supplementare), ben al di sopra del prezzo unitario previsto nella procedura di gara de qua, pari ad euro 119,00.

L'Amministrazione ricorrente si costituiva in giudizio in data 28.10.2016, depositando memoria difensiva in cui rappresentava – tra l'altro- che alla procedura selettiva aveva partecipato solamente la società Celauro Service S.r.l., alla quale era stato aggiudicato il servizio.

In data 02.11.2016 veniva trattata l'istanza di misura cautelare, che però veniva respinta con

Ordinanza n. 815/2016 sotto il profilo del danno.

Di seguito la ricorrente depositava ricorso per motivi aggiunti, impugnando il provvedimento di ammissione alla gara della società Celauro Service S.r.l., i provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva, disposta con la Determinazione Dirigenziale n. 05/291 del 07.11.2016 del Dirigente della Direzione LL.PP. e Prot. Civ., il contratto d'appalto stipulato, l'eventuale provvedimento di approvazione del contratto e ogni altro atto presupposto e/o consequenziale, anche se non conosciuto.

Per un verso, la ricorrente precisava alcuni aspetti relativi alle censure formulate nel ricorso introduttivo.

Avverso gli atti impugnati con il ricorso per motivi aggiunti venivano formulate le seguenti ulteriori censure:

I motivo aggiunto: omessa verifica nel corso della fase di ammissione delle cause di esclusione e dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali di cui al combinato disposto degli artt. 80 e nell'art. 204, comma 1, lett. b), D.Lgs. 50/2016.

Il motivo aggiunto (erroneamente rubricato come terzo motivo): omessa verifica delle cause di esclusione di cui al combinato disposto degli artt. 32, comma 7, e 80 del D.Lgs. 50/2016 nel corso della fase di aggiudicazione definitiva.

Parte ricorrente, dopo aver indicato le uniche cause d'esclusione verificate in capo all'aggiudicataria, lamentava l'omessa verifica della causa d'esclusione di cui all'art. 80, comma 4 (mancata acquisizione della certificazione dall'Agenzia delle Entrate e da altre agenzie fiscali, al fine di verificare l'assenza di violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse), nonché l'assenza di alcuna attività istruttoria volta alla verifica della sussistenza o meno delle cause d'esclusione di cui all'art. 80, commi 5 e 6, del D.Lgs. n. 50/2016, con conseguente illegittimità dell'aggiudicazione definitiva.

III motivo aggiunto (erroneamente rubricato come IV motivo): Precedenti esclusioni della società Celauro Service S.r.l. da gare d'appalto per false dichiarazioni circa il possesso dei requisiti; sussistenza della causa d'esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del del D.Lgs. 50/2016.

IV motivo aggiunto (erroneamente rubricato come V motivo): mancata dichiarazione, da parte della società Celauro Service S.r.l., della sussistenza di un decreto di convalida di sequestro penale per reato in materia di gestione di rifiuti - Sussistenza della causa d'esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. e), del del D.Lgs. 50/2016.

V motivo aggiunto (erroneamente rubricato come VI motivo): la società Celauro Service S.r.l. avrebbe offerto bagni mobili con caratteristiche difformi da quelle richieste nell'art. 2 del C.S.A. (precisamente, anziché i prescritti bagni SEBACH TopSan, bagni SATELLITE, conformi alla norma UNI EN 16 194:2012 - così come quelli che usa la società ricorrente- ma non

rispondenti alle caratteristiche -peraltro contrarie alla norma UNI EN 16194:2012- richieste nell'art. 2 del C.S.A.).

Con successiva memoria la ricorrente precisava che nella nuova procedura selettiva (RDO 1 1500714) la stazione appaltante aveva rimosso quasi tutti i rilievi ostativi alla partecipazione e oggetto del giudizio in epigrafe.

In particolare, come rilevabile dalla lettura dell'art. 2 del Capitolato Speciale d'Appalto per nuova RDO 1500714 (Doc. 2, depositato il 19.04.2017), non venivano chiesti più bagni mobili dotati con sistema di separazione, ma semplicemente bagni mobili conformi alla norma UNI EN 16194. Così come, dalla Risposta del RUP prot. 73343 del 27.02.2017 (Doc.3, depositato il 19.04.2017), la ricorrente aveva rilevato che, in quest'ultima procedura selettiva, la stazione appaltante aveva eseguito un vero e proprio studio sui costi di produzione del servizio richiesto, basandosi sull'analisi dei costi predisposta dall'Università di Catania.

Quanto ai motivi aggiunti, con particolare riferimento riguardo alla dedotta carenza del requisito di regolarità fiscale, la ricorrente produceva una PEC dell'Agenzia delle Entrate di Agrigento riportante numerose pendenze definitivamente accertate già notificate alla data di esperimento della procedura selettiva per cui è causa.

Con ordinanza istruttoria numero 1050/17 depositata in data 15.05.2017 questa Sezione, rilevato che alla Celauro Service S.r.l. non era stato notificato il ricorso introduttivo (e d'altra parte, nell'ambito del ricorso per motivi aggiunti notificato alla predetta impresa aggiudicataria, non era stato trascritto per intero il predetto atto introduttivo del giudizio, essendo stata unicamente riportata la rubrica relativa alle varie censure) e che dunque era necessario regolarizzare il contraddittorio, onerava la ricorrente di notificare a detta società copia del ricorso introduttivo, disponendo, contemporaneamente, l'acquisizione, dal Comune intimato, di documentati chiarimenti.

L'Amm.ne in data 5 luglio 2017 depositava gli allegati al bando (il documento Consip, capitolato tecnico, che disciplina l'abilitazione di fornitori per il mercato elettronico della PA per la fornitura di servizi per eventi; nonché il CSA redatto dal comune) e i documenti acquisiti dall'aggiudicataria.

Con successiva memoria, la ricorrente precisava di aver tempestivamente provveduto ad integrare il contraddittorio, depositando in data 19.06.2017 la copia del ricorso e dell'ordinanza notificati; inoltre, evidenziava come la produzione documentale versata in atti dal Comune di Catania, in data 06.07.2017, in ottemperanza della medesima ordinanza, risultava aver ulteriormente confermato le censure svolte nei precedenti atti difensivi.

Infatti, non era stata in alcun modo comprovata la sussistenza di attività di progettazione in ordine alla scelta di richiedere – nell'art. 3, lett. a), del Capitolato Speciale d'Appalto (doc. 2, prodotto unitamente al ricorso introduttivo) e nell'art. 3, lett. a) della scheda tecnica allegata al RDO (doc. 4, prodotto unitamente al ricorso introduttivo) - che la ditta appaltatrice dovesse collocare al porto di Catania bagni mobili entro e non oltre due ore dalla richiesta, che potrebbe pervenire in qualunque ora della giornata e sette giorni su sette (festivi inclusi).

Inoltre, l'Allegato 1A al Bando "EVENTI 2010" non risultava contenere alcuna prescrizione sulle

modalità di calcolo dei fattori produttivi necessari all'esecuzione del servizio.

Dall'esame dell'allegato 1A al Bando, invece, sarebbe possibile evincere (al paragrafo 5.4.8.1) che i bagni mobili debbono avere caratteristiche costruttive conformi alla normativa UNI EN ISO 16194:2012 (doc. 8, prodotto unitamente al ricorso introduttivo), che, come già argomentato dalla ricorrente, non prevede la tipologia di bagni chiesta dall'amministrazione resistente e, per di più, brevettata da altra azienda concorrente e perciò nemmeno disponibile sul libero mercato.

Anche le doglianze contenute nel ricorso per motivi aggiunti risultavano confermate, avendo l'Amministrazione resistente dimostrato di avere verificato solamente alcuni dei requisiti generali, ma non tutti quelli richiesti e previsti dall'art. 80 del codice dei contratti.

Nell'udienza pubblica del giorno 18 ottobre 2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

I. Preliminarmente devono essere trattate alcune questioni in rito.

Per quanto attiene all'eccezione, formulata dal Comune di Catania, con riferimento alla procura relativa al ricorso introduttivo, che sarebbe stata rilasciata con firma digitale, la stessa dev'essere respinta, non trovando alcuna rispondenza negli atti depositati al fascicolo d'ufficio, dove la procura risulta cartacea e sottoscritta in tale formato.

II. Quanto all'interesse al ricorso, la ricorrente, a pagina 21 del ricorso per motivi aggiunti, precisa che, nonostante l'amministrazione resistente abbia, nel corso del giudizio, aggiudicato la gara, residua l'interesse all'annullamento degli atti impugnati ai sensi dell'articolo 34, comma 3, del cpa, ai fini risarcitori.

Il ricorso deve quindi essere trattato e deciso, in conformità al pacifico principio (su cui da ultimo cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 14/08/2017, n. 4001) secondo il quale ai sensi dell'art. 34 comma 3, c.p.a. quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta, su istanza dell'interessato, l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori.

III. Il Comune sostiene che la ricorrente sarebbe priva di legittimazione per non aver partecipato alla gara.

L'eccezione risulta infondata, alla stregua del condivisibile principio giurisprudenziale secondo il quale l'illegittimità di regole inidonee a consentire una corretta e concorrenziale offerta economica incide direttamente sulla formulazione dell'offerta, impedendone la corretta e consapevole elaborazione, sicché non sussiste l'onere di partecipazione alla procedura di colui che intenda contestarle, in quanto le ritiene tali da impedirgli l'utile presentazione

dell'offerta e, dunque, sostanzialmente impeditive della sua partecipazione alla gara.

Secondo la giurisprudenza (cfr., ad esempio, Consiglio di Stato sez. IV 11 ottobre 2016 n. 4180), devono considerarsi "immediatamente escludenti" (anche) clausole non afferenti ai requisiti soggettivi, ma attinenti alla formulazione dell'offerta, sia sul piano tecnico che economico laddove esse rendano (realmente) impossibile la presentazione di una offerta; disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (cfr. Cons. Stato sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980); condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135).

L'eccezione risulta, conseguentemente, infondata.

IV. In conformità al pacifico principio giurisprudenziale (per tutte v. Consiglio di Stato sez. IV 19 marzo 2015 n. 1514) secondo il quale nel processo amministrativo la legittimazione attiva, in quanto condizione dell'azione, è accertabile anche ex officio in ogni stato e grado del giudizio atteso che ogni giudice ha il potere e il dovere di verificare se ricorrono le condizioni cui l'ordinamento subordina la possibilità che egli emetta una decisione nel merito, il Collegio si pone d'ufficio la questione della sussistenza o meno della legittimazione attiva in capo alla ricorrente, sotto diverso profilo rispetto quello evidenziato dal Comune, ritenuto, come visto sopra, infondato.

Per giurisprudenza pacifica, nel processo amministrativo, la legittimazione a ricorrere presuppone infatti il riconoscimento dell'esistenza di una situazione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, riferita ad un bene della vita oggetto della funzione svolta dall'Amministrazione investita dall'azione esperita.

Nel caso in questione, la legittimazione della ricorrente in quanto impresa del settore (qualificazione affermata ma non comprovata mediante un certificato camerale o analoga documentazione) non costituisce oggetto di contestazione, e tale circostanza, congiuntamente all'esame della documentazione prodotta dalla ricorrente in corso di causa, relativa agli atti di una successiva gara d'appalto alla quale essa ha partecipato, induce il Collegio ritenere integrata sufficientemente la prova della legittimazione al ricorso in quanto correlata ad una situazione differenziata di operatore economico di settore.

V. Nel merito, il ricorso introduttivo risulta fondato.

Ai fini dell'accoglimento risulta, infatti, assorbente l'esame dei motivi di ricorso con i quali è stata contestata l'inadeguatezza dei prezzi posti a base di gara e la carenza di motivazione in ordine alla scelta delle caratteristiche tecniche dei bagni previste nel capitolato speciale allegato alla determina a contrarre, tutte questioni puntualmente argomentate dalla ricorrente ma sulle quali l'Amministrazione nelle proprie difese non ha offerto argomenti contrari, limitandosi, in sede di ottemperanza all'ordinanza istruttoria di questa Sezione, a riepilogare le decisioni assunte circa le caratteristiche tecniche contenute nel capitolato speciale di appalto.

La ricorrente, sulle questioni sollevate con il ricorso introduttivo, ha offerto un consistente principio di prova depositando uno studio eseguito dall'Università di Catania dal quale si evince con chiarezza l'incongruità del costo stimato per la fornitura.

Lo studio, estremamente dettagliato nell'analisi dei costi della fornitura in questione, tenendo presente gli obblighi di legge riguardo il conferimento dei rifiuti di che trattasi, nonché i costi per la sicurezza, incomprimibili, perviene ad un calcolo del costo standard di una ipotetica commessa (24 servizi igienici mobili per un periodo di otto settimane con tre interventi di pulizia- spurgo programmati per ciascuna settimana, quindi per un totale di 24 interventi di pulizia spurgo su 24 servizi) pari ad euro 27.082,49, precisando che tale prezzo è sufficiente a coprire i costi variabili, ma non quelli fissi ed inoltre non consente alcun margine di utile, con la conclusione che un prezzo a base d'asta al di sotto di tale importo non potrebbe che comportare l'illegittimità del bando di gara.

A fronte di tale relazione, particolarmente attendibile avuto riguardo alla qualificazione della struttura che è stata investita dell'incarico, risulta di tutta evidenza l'incongruità dell'importo un importo a base d'asta della gara in questione, pari ad euro 8.750,00, riferito ad un numero ben più elevato di servizi chimici (60) con 20 svuotamenti, e di tale discrasia l'Amministrazione non è stata in grado di offrire alcuna spiegazione nel corso del giudizio in questione.

Ora, la giurisprudenza (T.A.R. Toscana, sez. III di Firenze, 21/06/2016, n. 1046), in tema di valutazione delle prove nel processo amministrativo ha avuto occasione di affermare che in caso di mancata controdeduzione della parte resistente alla perizia giurata prodotta dalla parte ricorrente, trova applicazione il principio di non contestazione, alla cui stregua i fatti non contestati confluiscono nel concetto di prova: l'organo giudicante può disporre un'attività istruttoria solo se la parte costituita abbia contestato specificamente le prospettazioni avversarie, senza tuttavia portare adeguati mezzi di prova a supporto delle controdeduzioni presentate (art. 64 c.p.a.).

Nel caso in questione, nessuna specifica contestazione viene sollevata avverso la relazione prodotta dalla ricorrente e tanto esime (anche in relazione alla particolare attendibilità dell'organismo incaricato dello studio) dall'approfondire ulteriormente la tematica mediante eventuale verifica.

Sotto un secondo profilo, l'ulteriore studio commissionato dalla ricorrente all'Università di Catania (depositato quale documento numero 10 allegato al ricorso introduttivo) conclude, dopo apposito esperimento scientifico, nel senso delle deteriori condizioni di igienicità dei bagni chimici prescelti dall'Amministrazione per la gara in esame (enunciate all'articolo 2, punto 6, del capitolato speciale d'appalto, che prescrive strutture dotate di contenitori con apposito sistema di schermatura/rigenerazione, in grado di impedire schizzi, vista dei reflui, contaminazioni) rispetto l'altra tipologia (senza sistema di separazione) che, oltretutto, è conforme alla norma UNI EN ISO 16194:2012.

Lo studio eseguito dall'Università degli studi di Catania dimostra che il dispositivo di schermatura-separazione non garantisce che non siano visibili all'utente le deiezioni all'interno del serbatoio reflui e, anzi, se la leva manuale non viene azionata correttamente da

ogni utente possono porsi gravi problemi di natura igienico sanitaria; il sistema di separazione non può impedire che l'utente venga colpito da schizzi, anzi il rischio è pari, se non maggiore, rispetto il caso di utilizzo di bagni chimici con serbatoio aperto; il bagno in questione non è dotato di capacità autopulente; la presenza del nastro separatore comporta il rischio di esalazione di cattivi odori e di veicolazione di malattie infettive.

Conseguentemente, la restrizione della fornitura per cui è causa a tale tipologia di bagno mobile risulta ingiustificata, né l'Amministrazione in corso di giudizio ha in alcun modo offerto prova contraria rispetto alla (qualificata) documentazione tecnica allegata da parte ricorrente, sicché valgono le argomentazioni spese sopra.

D'altra parte, la scelta di tali tipologie di bagni chimici non si evince neppure dal documento Consip (trasmesso dal comune in ottemperanza all'ordinanza istruttoria), che si limita a richiedere (sub 5.4.8) che i bagni chimici da noleggiare rispettino le caratteristiche di cui alla norma UNI EN 16194/2012.

Pertanto, attesa la fondatezza delle richiamate censure, il ricorso dev'essere accolto, previo assorbimento degli ulteriori profili al cui esame parte ricorrente non mantiene alcun interesse.

VI. Dall'annullamento degli atti di indizione della gara consegue il travolgimento dell'aggiudicazione, affetta dal vizio di invalidità derivata e tanto esime dall'indagare le specifiche censure mosse contro la posizione dell'aggiudicataria.

VII. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano (ai sensi del DM 55/2014) in dispositivo, ponendo le stesse a carico dell'Amministrazione resistente, mentre si ritiene sussistano evidenti ragioni (legate all'estraneità della ditta aggiudicataria ai vizi degli atti di indizione della gara) per disporre l'integrale compensazione tra la ricorrente e la controinteressata.

(omissis)