

Civile Ord. Sez. U Num. 40546 Anno 2021

Presidente: CURZIO PIETRO

Relatore: GRAZIOSI CHIARA

Data pubblicazione: 17/12/2021

ORDINANZA

sul ricorso R.g. n. 17881/2020 proposto da:

SO.GE.SI S.p.a., in persona dell'Amministratore delegato e legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via degli Scipioni 288, presso lo studio dell'avvocato Luigi STRANO, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato Andrea ZANETTI;

- **ricorrente** -

contro

SERVIZI OSPEDALIERI S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliato in Roma, Via Cicerone 49, presso lo studio degli avvocati Gaetano DI GIACOMO e Enzo Maria ACCARINO, che la rappresentano e difendono;

- **controricorrente** -

e contro

UMBRIA SALUTE E SERVIZI S.C.A.R.L., in persona dell'Amministratore unico e legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via Cicerone 44, presso lo studio dell'avvocato Giovanni CORBYONS, rappresentata e difesa dall'avvocato Mario RAMPINI;

- **controricorrente** -

nonché contro

AZIENDA OSPEDALIERA DI PERUGIA, AZIENDA OSPEDALIERA SANTA MARIA DI TERNI, AZIENDA UNITA' SANITARIA LOCALE UMBRIA 1, AZIENDA UNITA' SANITARIA LOCALE UMBRIA 2 e HOSPITAL SERVICES S.r.l.;

- **intimati** -

avverso la sentenza n. 1470/2020 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 02/03/2020;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 28/09/2021 dal Consigliere CHIARA GRAZIOSI.

RITENUTO CHE:

Con bando del 23 novembre 2015 Umbria Salute S.c. a r.l. indiceva una gara d'appalto per il servizio di lava-noleggio e ricondizionamento di dispositivi tessili e di superfici antidecubito delle Aziende Sanitarie e Ospedaliere della regione Umbria, gara poi vinta da Servizi Ospedalieri S.p.A., risultando seconda SO.GE.SI. S.p.A.

Quest'ultima - per quanto qui interessa - impugnava l'aggiudicazione davanti al Tar Umbria, che, con sentenza n. 467/2018, rigettava l'impugnazione.

SO.GE.SI. proponeva appello, per cui il Consiglio di Stato disponeva, con sentenza non definitiva n. 1540/2019, verifica ex articolo 66 c.p.a., chiedendo al verificatore *"se, alla stregua della disciplina di gara e della normativa alla stessa applicabile, dei criteri tecnici applicati o applicabili, nonché alla luce delle giustificazioni rese in corso di gara, il giudizio di non anomalia dell'offerta della Servizi Ospedalieri s.p.a. sia da ritenersi viziato da inattendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza"*



quanto al criterio tecnico ed al procedimento applicativo, in particolare sotto il triplice aspetto:

a) dell'assenza di adeguata analiticità delle informazioni richieste ed errori di calcolo nelle elaborazioni numeriche;

b) dell'inesatta, incompleta ed insufficiente quantificazione dei costi;

c) dell'incoerenza ed assenza di voci di costo rispetto a quanto proposto nell'offerta tecnica".

Il Consiglio di Stato precisava inoltre che, *"in tutti i casi, dovranno essere oggetto di verifica le prospettazioni di censura contenute nel ricorso di SO.GE.SI., sulla base delle difese svolte in giudizio dalle parti"*.

In seguito, con ulteriore sentenza con non definitiva n. 3454/2019, il Consiglio di Stato chiariva che *"le risultanze dell'incidente istruttorio ... non potranno aver altra utilizzazione che quella di consentire al Giudice di verificare che la valutazione dei prezzi offerti e dei costi proposti non abbia determinato un errato giudizio circa l'attendibilità e la sostenibilità dell'offerta di Servizi Ospedalieri S.p.A., risultata la migliore offerta in gara, nel suo complesso"*.

Con sentenza definitiva n. 1470/2020 il Consiglio di Stato ha rigettato l'appello compensando le spese. Nella motivazione ha dato atto che il verificatore aveva *"concluso il proprio operato con esiti non conclusivi, presentando due ipotesi opposte (A e B), la prima che riconosce un pur modesto utile d'impresa, negando l'anomalia, e la seconda che lo nega"* e che l'appellante aveva quindi *"insistito per la tesi dell'anomalia"*. Analizzando tuttavia dettagliatamente il risultato della verifica, è comunque pervenuto ad affermare che la migliore offerta era proprio quella di Servizi Ospedalieri, *"meritevole di essere messa alla prova mediante l'affidamento del servizio posto a gara, ferma restando la necessità di un adeguato controllo amministrativo e di un efficace presidio giurisdizionale circa la successiva fase di esecuzione del rapporto contrattuale"*.

SO.GE.SI. ha presentato ricorso, articolato in due motivi, da cui si sono difese con rispettivo controricorso Umbria Salute e Servizi Ospedalieri.

Servizi Ospedalieri in seguito ha depositato ai sensi dell'articolo 372 c.p.c. la sentenza n. 7668/2020 del Consiglio di Stato con cui è stato respinto il ricorso di revocazione proposto da SO.GE.SI. avverso la sentenza del Consiglio di Stato qui impugnata.

Entrambi i controricorrenti hanno poi depositato memoria.

4

CONSIDERATO CHE:

1.1 Il primo motivo denuncia violazione degli articoli 111, ottavo comma, Cost., 362 c.p.c. e 110 c.p.a., violazione dei limiti esterni della giurisdizione, eccesso di potere giurisdizionale rispetto alle attribuzioni della pubblica amministrazione nonché per violazione del limite di sindacato di legittimità del giudice amministrativo ai sensi degli articoli 7 e 34, secondo comma, c.p.a., illegittimo sconfinamento nel merito amministrativo e violazione del principio di separazione dei poteri.

Richiamato l'insegnamento della giurisprudenza di questa Suprema Corte in ordine all'eccesso del potere giurisdizionale quale sostituzione della volontà del giudice a quella della P.A. pur formalmente rispettando la formula dell'annullamento (in particolare S.U. 3 marzo 2020 n. 5905), si sostiene che il Consiglio di Stato sarebbe sconfinato nel merito amministrativo quanto alla *"valutazione di congruità dell'offerta della ditta aggiudicataria della gara d'appalto"*.

Lo stesso Consiglio di Stato, nella sentenza non definitiva n. 1540/2019, aveva riconosciuto che *"il giudizio di congruità della Commissione si limita a richiamare le voci di costo oggetto delle giustificazioni tabellari, senza esternare alcuna effettiva valutazione"* e altresì che *"le giustificazioni consistono in sostanza in mere tabelle di esposizione delle voci di costo"* per cui *"dal procedimento di verifica dell'anomalia non è possibile trarre elementi realmente giustificativi sulla completezza e congruità dei costi, ma soltanto*

4


informazioni su quella che, secondo l'offerente, sarebbe la struttura dei costi sottesi all'offerta". Per tale rilevata assenza di elementi giustificativi comprovanti la congruità dell'offerta di Servizi Ospedalieri, con la stessa sentenza non definitiva il Consiglio di Stato aveva disposto la verifica, formulando quesiti diretti ad una "sostanziale ripetizione" del procedimento di verifica di congruità; il verificatore non rispondeva però con una soluzione univoca, bensì con due alternative, la seconda delle quali prospettante una offerta "anomala con grave perdita di utile" dell'ammontare di € 2.334.708,15. Osserva la ricorrente che "l'approdo ambiguo e non risolutivo del verificatore era motivato dallo stesso tecnico incaricato in più punti della relazione di verifica con riferimento alla rilevata carenza di elementi giustificativi forniti da Servizi Ospedalieri alla apposita commissione di gara in fase di valutazione di congruità": richiamate quindi varie pagine della relazione di verifica, il motivo ne riporta pure alcuni passi, per sostenere poi che "il verificatore giungeva alle stesse conclusioni espresse dal giudice di appello nella sentenza non definitiva circa la carenza di giustificativi dell'offerta di Servizi Ospedalieri che potessero validamente supportare il giudizio di congruità formulato dalla Commissione di gara".

Pertanto il giudice d'appello avrebbe dovuto annullare l'aggiudicazione e rimettere alla stazione appaltante le decisioni sull'anomalia dell'offerta di Servizi Ospedalieri; al contrario, avrebbe rigettato il gravame "sulla base di una personale ed estemporanea valutazione di congruità dell'offerta" in base a "considerazioni apodittiche e probabilistiche sulla sostenibilità economica dei costi dell'aggiudicataria", in particolare affermando: "indipendentemente dalla sopra esaminata distinzione ed atomizzazione fra i diversi profili economico-finanziari ed ipotetica formulazione di scenari organizzativi e gestionali diversi, la migliore offerta emersa dal confronto concorrenziale attivato dalla stazione appaltante risulta, anche all'esito della disposta verifica, economicamente sostenibile secondo le scelte imprenditoriali dichiarate dalla concorrente nell'ambito della propria libertà e responsabilità d'impresa, e quindi meritevole di essere messa alla prova mediante l'affidamento del servizio posto a gara, ferma restando la necessità di un adeguato controllo amministrativo e di un

5



efficace presidio giurisdizionale circa la successiva fase di esecuzione del rapporto contrattuale". Dunque, pur constatando l'assenza delle spiegazioni necessarie a giustificare un'offerta palesemente anomala secondo i parametri dell'articolo 97, terzo comma, d.lgs. 50/2016, il Consiglio di Stato avrebbe formulato un autonomo giudizio di congruità senza ancoraggio ad elementi concreti, riferendosi poi ad una messa alla prova e ad un controllo amministrativo della fase di esecuzione che in realtà sarebbero elementi di valutazione futuri e incerti, non sostitutivi di quella "seria verifica di congruità che avrebbe dovuto svolgere soltanto l'Amministrazione appaltante nella sede amministrativa propria, sulla base di elementi contabili concreti". In realtà il Consiglio di Stato non avrebbe potuto "esprimere una valutazione di congruità dell'offerta che potesse sanare o comunque compensare il rilevato deficit istruttorio della Commissione di congruità": di qui "l'indebito sconfinamento del giudice amministrativo nell'ambito del puro merito amministrativo", che infatti si configura nel caso in cui l'indagine del giudice amministrativo, "eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, divenga strumentale a una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto" (S.U. 19 marzo 2020 n. 7455). E nel caso in esame "il Consiglio di Stato ha sì confermato la legittimità del provvedimento di aggiudicazione ... ma è giunto a tale conclusione sulla base di una autonoma e non consentita rivalutazione delle congruità dell'offerta che neppure il verificatore era stato in grado di effettuare".

La stessa giurisprudenza amministrativa, d'altronde, non avrebbe "mai tollerato tale sconfinamento nel merito amministrativo, ammettendo soltanto un sindacato limitato alla verifica ab extrinseco del corretto esercizio della discrezionalità tecnica"; e ciò in coerenza con S.U. 17 febbraio 2012 nn. 2312 e 2313, pronunce "che, cassando con rinvio al Consiglio di Stato decisioni invadenti la sfera di merito dell'Amministrazione, avevano stigmatizzato l'utilizzo improprio della c.t.u. nel processo amministrativo".

In conclusione il Consiglio di Stato nel caso in esame avrebbe ecceduto i limiti della giurisdizione di legittimità perché, pur avendo formalmente aderito alla



volontà dell'Amministrazione di aggiudicare l'appalto a Servizi Ospedalieri, per rigettare l'appello avrebbe *"invaso la sfera di valutazione del merito amministrativo, statuendo sulla congruità dell'offerta dell'aggiudicataria sulla base di considerazioni diverse ed ulteriori rispetto a quelle espresse dalla Stazione Appaltante"*.

1.2.1 Il motivo si impernia, a ben guardare, sulla conformazione dell'apparato motivazionale della sentenza impugnata. La stessa ricorrente, infatti, riconosce che "nel caso di specie il Consiglio di Stato ha sì confermato la legittimità del provvedimento di aggiudicazione" (ricorso, pagina 11), tentando però di "uscire" da tale ammissione proprio sulla base di una diretta censura motivazionale relativa alla questione della congruità dell'offerta dell'aggiudicataria, questione che peraltro costituiva il nucleo dell'appello e, a priori, del giudizio di primo grado.

La stessa ricorrente, invero, espone nella premessa del ricorso di avere impugnato l'aggiudicazione davanti al Tar lamentando, precisamente nei motivi aggiunti, *"l'illegittimità dell'aggiudicazione in quanto l'offerta della Servizi Ospedalieri, diversamente rispetto a quanto erroneamente ritenuto dalla Commissione di congruità nominata dalla Stazione Appellante, era anomala"*; e avverso la sentenza con cui ciò il Tar aveva rigettato era stato proposto appello (ricorso, pagina 3). A ben guardare, la ricorrente non ha indicato in tale premessa quali fossero le censure d'appello, ma dal complessivo contenuto del ricorso si evince comunque che queste reiteravano quel che era stato addotto in primo grado. Il che viene poi confermato - si nota *ad abundantiam* - proprio dalla motivazione della sentenza qui impugnata, laddove si rileva che l'attuale ricorrente aveva *"insistito per la tesi dell'anomalia affrontando partitamente le singole voci e le singole presunte criticità dell'offerta avversaria, risultata la migliore all'esito della procedura di gara"* (sentenza impugnata, pagina 3).

1.2.2 E' dunque evidente che, in effetti, il ricorso non denuncia uno sconfinamento del Consiglio di Stato, bensì si sforza - inequivocamente - a schermare e trasformare il necessario vaglio dell'appello, come esternato

appunto in motivazione, in un eccesso di potere da parte del giudice davanti al quale era stato proposto.

Tale forzatura emerge altresì dalle argomentazioni - come sopra si è visto - artificialmente estrapolate dalle due precedenti sentenze non definitive, come se da queste insorgesse un vincolo, senza peraltro giungere neppure a definirle giudicato cui la sentenza definitiva avrebbe dovuto adeguarsi.

Il Consiglio di Stato, in realtà, ha esercitato la sua *potestas iudicandi* in relazione appunto al contenuto dell'appello, contenuto che, appunto, lo ha condotto ad effettuare anche un vaglio tecnico necessario per accertare la legittimità del provvedimento di aggiudicazione, in piena correttezza e quindi senza incorrere in alcuno sconfinamento, come da tempo ha chiarito la giurisprudenza di queste Sezioni Unite quali giudice del riparto.

1.2.3 Consolidata giurisprudenza di queste Sezioni Unite, invero, ha più volte riconosciuto che, nelle pronunce del Consiglio di Stato, l'eccesso di potere giurisdizionale, "sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, preclusa al giudice amministrativo, non è configurabile allorquando vengano sindacate le valutazioni compiute dalle commissioni di gara ... in sede di verifica dell'anomalia di un'offerta, non attenendo tale controllo al merito dell'azione amministrativa, ma all'esercizio della discrezionalità tecnica" (così S.U. ord. 21 dicembre 2005 n. 28265, cui è conforme, tra gli arresti massimati, S.U. ord. 10 agosto 2011 n. 17143); esprimendosi nello stesso senso per un caso - evidentemente affine - di appalto di opere pubbliche, inoltre, S.U. 16 luglio 2014 n. 16239 (la cui massima è la seguente: "In tema di appalto di opere pubbliche, il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni della commissione di gara in sede di verifica dell'anomalia di un'offerta non configura eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento, non attenendo tale controllo al merito dell'azione amministrativa, ma all'esercizio di discrezionalità tecnica") ne ha rimarcato la conformità con l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che ha dato luogo alla sentenza, sostanzialmente coeva, n.8 del 2014, laddove si afferma che "la sfera di valutazione della congruità dell'offerta è espressione di discrezionalità tecnica della stazione appaltante,

8


come tale sempre suscettibile di sindacato esterno nei profili dell'eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, erronea valutazione dei presupposti o contraddittorietà", ritenendo poi S.U. 16239/2014 che questo si ponga "in linea con l'orientamento espresso da queste Sezioni Unite (il riferimento è alle già citate S.U. 17143/2011 e S.U. 28265/2005).

Questa corretta impostazione, atta a non "formalizzare" - nel senso negativo del termine - la giurisdizione riconoscibile al giudice amministrativo, è stata da ultimo rivisitata su un piano generale dall'approfondita S.U. ord. 9 marzo 2020 n. 6691, per una fattispecie in cui, tra l'altro, il giudice amministrativo si era avvalso della verifica.

Ribaditi i limiti del potere giurisdizionale amministrativo - e quindi dato atto, seguendo una consolidata formula, che eccesso del potere sussiste *"quando con la sua decisione il giudice amministrativo, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato e sconfinando nella sfera del merito, istituzionalmente riservato alla pubblica amministrazione, compia una diretta e concreta valutazione della opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà del giudicante di sostituirsi a quella dell'Amministrazione"* (in conformità a plurimi arresti antecedenti sempre di queste Sezioni Unite: le sentenze 9 novembre 2011 n. 23302, 31 maggio 2016 n. 26183 e 21 febbraio 2017 n. 4395, nonché le ordinanze 5 giugno 2018 n. 14437 e 26 agosto 2019 n. 21689) -, l'ordinanza 6691/2020 così si esprime: *"È però inscindibilmente connaturato alla sua funzione che l'ambito del controllo di legittimità del giudice amministrativo esiga la pienezza del sindacato non solo sul fatto sottostante il provvedimento devoluto al suo esame, ma pure sulle valutazioni, anche e soprattutto di ordine tecnico, operate dall'amministrazione, col solo ovvio limite del divieto di sostituzione diretta di una propria scelta a quella dell'autorità amministrativa... Non cessa quindi il giudice amministrativo di essere, in quanto tale, il giudice della legittimità, intesa come correttezza dei criteri e dei parametri applicati o considerati - tecnici o giuridici poco importa - per giungere alla concreta scelta operata dall'amministrazione ... in altri*

termini, non significa sostituirsi alle scelte di merito dell'amministrazione individuare i confini entro i quali la potestà di questa, per rimanere legittima, deve restare, nemmeno quando tale individuazione comporta il travolgimento della scelta di merito che li ha violati" (tra i recenti arresti massimati cfr. pure S.U. ord. 9 gennaio 2020 n. 158).

1.2.4 La giurisprudenza invocata dalla ricorrente, poi, non è contrastante con tale insegnamento, vale a dire non può incidere sulla evidenziata inammissibile conformazione del motivo, al contrario anzi confermando - si nota *ad abundantiam* - la piena correttezza, sotto il profilo della giurisdizione, della sentenza qui impugnata.

Proprio S.U. 3 marzo 2020 n. 5905, infatti, lungi dal sorreggere la - si ripete, forzata -prospettazione della ricorrente, dopo avere richiamato e condiviso il costante paradigma giurisprudenziale relativo all'eccesso di potere da parte del giudice amministrativo ("*le decisioni del giudice amministrativo sono viziate dell'eccesso di potere giurisdizionale ... laddove detto giudice, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato e sconfinando nella sfera del merito, riservato alla P.A., compia una diretta e concreta valutazione della opportunità e della convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'Amministrazione, così esercitando una giurisdizione di merito in situazioni che avrebbero potuto dare ingresso soltanto ad una giurisdizione di legittimità (dunque, all'esercizio di poteri cognitivi e non anche esecutivi) o esclusiva, o che comunque ad essa non avrebbero potuto dare ingresso*"), puntualizza - così da evitare il fraintendimento deprivante della *potestas iudicandi* che la ricorrente qui in ultima analisi persegue - che, pur non potendo certo il giudice amministrativo sostituire con un proprio provvedimento quello impugnato, "*anche le eventuali contestazioni in punto di fatto*" occorre che siano "*risolte dal giudice, quando da tali contestazioni dipenda la legittimità del provvedimento amministrativo*": e nel caso in esame la congruità dell'offerta fonda la legittimità del provvedimento amministrativo di aggiudicazione denegata dall'attuale

ricorrente, per cui essendo contestata - come si è visto, sia in primo sia in secondo grado - il giudice amministrativo non può arrestarsi su quella soglia che può definirsi esteriorità formale del provvedimento stesso, ovvero - come ancora condivisibilmente rimarca l'arresto invocato - sui suoi "*profili giuridico-formali*", dovendo estendere invece il suo esame "*anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicarne della legittimità*".

Non è poi pertinente l'ulteriore arresto invocato nel motivo, S.U. 19 marzo 2020 n. 7455, pure non massimato, attinente ad una fattispecie di giurisdizione contabile che non presenta comunanze con il caso in esame. Parimenti, non si ravvisa pertinenza nelle sentenze di queste Sezioni Unite, nn. 2312 e 2313 del 17 febbraio 2012, invocate dalla ricorrente per avere "stigmatizzato l'utilizzo improprio della c.t.u. nel processo amministrativo", ovvero per un profilo che non può non ricondursi che ad un eventuale *error in procedendo* per applicazione non corretta di uno strumento istruttorio.

Il motivo, in conclusione, patisce una evidente inammissibilità.

2.1 Il secondo motivo denuncia violazione dell'articolo 111, ottavo comma, Cost. e degli articoli 362 c.p.c. e 110 c.p.a., violazione dei limiti esterni della giurisdizione, eccesso di potere giurisdizionale rispetto alle attribuzioni della pubblica amministrazione e per violazione del limite di sindacato di legittimità del giudice amministrativo ex articoli 7 e 34, secondo comma, c.p.a., illegittimo sconfinamento nel merito amministrativo e violazione del principio di separazione dei poteri.

Il Consiglio di Stato sarebbe incorso nell'eccesso di potere giurisdizionale anche per aver "*superato e persino disatteso le risultanze della verifica*".

La relazione di verifica, pur avendo ammesso, nel primo degli scenari proposti (scenario A), che l'offerta dell'aggiudicataria potrebbe essere inutile, ha comunque rilevato che le cifre dichiarate dall'aggiudicataria non erano veritiere in nessuna delle due ipotesi (A e B), e che la Commissione di congruità non aveva percepito le "*enormi discrepanze*" sussistenti tra le cifre dichiarate e quelle reali. Si trascrive al riguardo un passo della relazione per

sostenere che è stato espressamente segnalato che l'offerta era *"affetta da rilevantisimi elementi di incertezza"* quanto alla sua congruità.

La stessa giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato sez. III, 19 ottobre 2017 n. 4848) riconosce che nel processo amministrativo la verifica *"è diretta ad appurare la realtà oggettiva delle cose, e si risolve essenzialmente in un accertamento diretto ad individuare ... la sussistenza di determinati elementi, ovvero a conseguire la conoscenza dei fatti, la cui esistenza non sia accertabile o desumibile con certezza dalle risultanze documentali"*. Pertanto, a differenza della consulenza tecnica d'ufficio di cui all'articolo 67 c.p.a. - diretta a *"consentire al giudice di acquisire un giudizio tecnico"* -, la verifica di cui all'articolo 66 c.p.a. costituisce uno strumento probatorio finalizzato a *"un mero accertamento tecnico di natura non valutativa"*, dal cui esito il giudice può discostarsi se ne esplicita adeguatamente le ragioni, valutando con attenzione tutti gli elementi esposti (ulteriore insegnamento della giurisprudenza amministrativa).

E dunque, *"ove il verificatore non risponda univocamente al quesito"*, il giudice non può fondare la sua decisione su eventuali verifiche postume della pubblica amministrazione, in quanto altrimenti *"abdicata al suo ruolo"*, da un lato perché rimette la decisione alla pubblica amministrazione stessa negando la propria giurisdizione (v. S.U. ord. 7 aprile 2020 n. 7738), e dall'altro perché decide *"con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati"*, così violando l'articolo 34, secondo comma, c.p.a. e violando pure i limiti esterni della sua giurisdizione (v. ancora S.U. ord. 7 aprile 2020 n. 7738).

Tanto premesso, si sostiene che il Consiglio di Stato avrebbe violato *"l'ambito della giurisdizione in generale ed i limiti esterni della propria giurisdizione"* quanto al capo della sentenza relativo alla censura dell'attuale ricorrente sul *"mancato computo dei costi del personale di II livello dell'offerta di Servizi Ospedalieri"*.

L'appellante aveva lamentato che per tale personale, pur previsto dall'aggiudicataria nell'offerta tecnica, non era stato quantificato il costo

12


nell'appalto, rendendo così l'offerta *"in perdita"* ovvero inammissibile; e il verificatore non sarebbe *"stato in grado di rispondere"* al relativo quesito del giudice, affermando che la mancata valorizzazione dei costi del personale di II livello concerne *"una questione giuslavoristica in merito alla quale non si possiedono le competenze tecniche necessarie"*. Il verificatore, peraltro, pur ammettendo di non poter accertare se detto costo fosse stato o meno computato nel prezzo offerto, *"ha quantificato in due diversi costi nelle due distinte ed opposte ipotesi"*, dato sul quale la ricorrente argomenta riportando pure uno stralcio motivazionale della sentenza impugnata (*"La dedotta mancata valorizzazione economica delle proposte contenute nell'offerta tecnica, con conseguente sottostima di Euro 1.602.428,50, riguarda essenzialmente l'inquadramento del personale, con particolare riguardo al gestore di commessa, al responsabile della logistica ed ai referenti hub e di guardaroba, ma il verificatore, pur formulando più ipotesi sul punto, non ha potuto escludere che in base alle scelte organizzative dell'impresa possa non esservi alcuna sottostima di costo. Anche in questo caso, dunque, non risulta comprovato alcun profilo di anomalia che la concorrente non possa evitare attuando congruamente l'offerta proposta nell'ambito della propria libertà e responsabilità d'impresa"*) per dedurre che *"la sentenza è affetta da una violazione dell'ambito generale della giurisdizione"*, in quanto, visto l'espresso diniego da parte del verificatore di competenze giuslavoristiche sulla censura dell'attuale ricorrente, il Consiglio di Stato avrebbe dovuto decidere la questione proprio sotto il profilo giuslavoristico, mentre avrebbe invece compiuto *"una negazione della propria giurisdizione"*.

E laddove, poi, il Consiglio di Stato esclude che sia stato provato un profilo di anomalia potendo la concorrente attuare *"congruamente l'offerta proposta nell'ambito della propria libertà e responsabilità d'impresa"*, la sua sentenza risulta viziata in quanto non si fonda su una valutazione giuridica bensì su una *"ipotesi futura ed incerta in relazione al comportamento dell'azienda"* nell'esecuzione del contratto: anche qui si riscontrerebbe, pertanto, una negazione della propria giurisdizione da parte del Consiglio di Stato, con conseguente violazione dell'ambito generale della giurisdizione.



2.2 Anche questo motivo non è realmente sostenuto dagli arresti invocati, bensì patisce una evidente inammissibilità. Specificamente a proposito di una valutazione tecnica come rientrante nella *potestas iudicandi* del giudice amministrativo, da ultimo tra le pronunce massimate, è stato nettamente escluso l'eccesso di potere da S.U. ord. 9 gennaio 2020 n. 158.

La massima di tale ordinanza, infatti, ben coglie il centro dell'insegnamento nel senso che "non sussiste eccesso di potere giurisdizionale nella decisione del Consiglio di Stato che si discosti dalla valutazione tecnica espressa dal verificatore il cui parere sia stato richiesto nel corso del giudizio amministrativo", essendosi dinanzi ad "uno strumento processuale cognitivo e non valutativo di fatti rilevanti ai fini della decisione, le cui contestazioni costituiscono censure strettamente interne all'esercizio della giurisdizione". In motivazione, poi, si rimarca che in un caso di verifica deve "escludersi in modo radicale qualsiasi vincolatività ... sulla autonomia della cognizione del giudice amministrativo rispetto alle conclusioni assunte in sede di accertamento tecnico", considerato che anche l'accertamento tecnico si pone "all'interno dell'attività valutativa delle risultanze istruttorie che costituisce il nucleo del processo decisionale" giudiziale. E viene fatto riferimento a S.U. 30 marzo 2017 n. 16893, non massimata, che pure ha escluso lo sconfinamento del Consiglio di Stato dai limiti del suo potere giurisdizionale effettuando una valutazione divergente da quella di un verificatore.

Non si può negare, in realtà, che quel che la censura investe è radicalmente incluso nell'esercizio della *potestas iudicandi*, onde ricade ineludibilmente nel paradigma della inammissibilità in questa sede.

In conclusione, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile, con conseguente condanna della ricorrente a rifondere alle controricorrenti le spese processuali, liquidate come da dispositivo.

Sussistono ex articolo 13, comma 1 quater, d.p.r. 115/2012 i presupposti per il versamento da parte della ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo

14



unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1 bis dello stesso articolo.

P.Q.M.

Dichiara inammissibile il ricorso e condanna la ricorrente a rifondere le spese processuali alle controricorrenti, liquidate per ciascuna in un totale di € 10.000, oltre a € 200 per esborsi e agli accessori di legge.

Ai sensi dell'articolo 13, comma 1 quater, d.p.r. 115/2002 dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1 bis dello stesso articolo 13.

Così deciso in Roma il 28 settembre 2021

Il Presidente