

APPALTI: Contratti della P.A. – Gara – Principio del c.d. one shot temperato – Finalità e casi in cui deve essere applicato – Limiti.

Tar Lombardia - Milano, Sez. IV, 27 luglio 2022, n. 1801

“[...] pur in assenza di un giudicato in senso proprio, si deve fare applicazione del «principio del c.d. one shot temperato, formatosi in sede giurisprudenziale per evitare che l'amministrazione possa riprovedere per un numero infinito di volte ad ogni annullamento in sede giurisdizionale; tanto comporta che è dovere della stessa pubblica amministrazione riesaminare una seconda volta l'affare nella sua interezza, sollevando tutte le questioni rilevanti, con definitiva preclusione (per l'avvenire, e, in sostanza, per una terza volta) di tornare a decidere sfavorevolmente per il privato; tale principio costituisce il punto di equilibrio tra due opposte esigenze, quali la garanzia di inesauribilità del potere di amministrazione attiva e la portata cogente del giudicato di annullamento con i suoi effetti conformativi» [...]”.

FATTO

Con ricorso notificato in data 6 luglio 2021 e depositato il 9 luglio successivo, la società ricorrente ha impugnato, unitamente agli atti presupposti, la determinazione dirigenziale dell'A.S.S.T. dei Sette Laghi n. 765 del 10 giugno 2021, comunicata con nota prot. n. 41511 dell'11 giugno 2021, con la quale, in relazione alla “*procedura aperta per l'affidamento del servizio di trasporto pazienti e trasporto materiali all'interno e tra le varie strutture dell'ASST dei Sette Laghi*”, si è deliberato (i) di prendere atto dell'esclusione definitiva dal R.U.P. della società Rekeep S.p.A. ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c ed e, del D. Lgs. n. 50 del 2016, in esecuzione della sentenza n. 183/2021 del T.A.R. della Lombardia, (ii) di ridefinire la graduatoria della gara e (iii) di aggiudicare il servizio alla società Copura – Cooperativa Pulizie Ravenna soc. coop. per il periodo dal 15 luglio 2021 al 14 luglio 2024, con opzione di rinnovo per ulteriori tre anni, alle condizioni economiche contenute nell'offerta presentata.

Con deliberazione del Direttore Generale n. 943 del 9 agosto 2018, l'A.S.S.T. dei Sette Laghi ha avviato una procedura aperta per l'affidamento, avente durata triennale eventualmente rinnovabile, del servizio di trasporto pazienti e trasporto materiali all'interno e tra le varie strutture dell'A.S.S.T., con un valore pari a € 9.873.390,00, oltre I.V.A., da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Alla gara hanno preso parte cinque operatori e all'esito della valutazione delle offerte, stante l'estromissione di un concorrente, è stata stilata la seguente graduatoria: 1) Rekeep S.p.A., 97,95 punti; 2) Cooperativa Pulizie Ravenna soc. coop.,

92,38 punti; 3) Markas S.r.l., 90,04 punti; 4) R.T.I. Plurima/Pulitori ed Affini, 86,65 punti. Espletato il procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte, con determinazione dirigenziale n. 203 del 26 luglio 2019, il servizio è stato aggiudicato alla Rekeep S.p.A. L'odierna ricorrente Markas ha impugnato l'aggiudicazione dinanzi a questa Sezione, che con sentenza del 1° giugno 2020, n. 981, ha accolto il ricorso e i motivi aggiunti, annullando gli atti impugnati e imponendo la rivalutazione delle offerte da parte della Stazione appaltante. Quest'ultima, all'esito della rinnovata verifica, con determinazione dirigenziale n. 998 del 27 luglio 2020, ha confermato la graduatoria e l'aggiudicazione in favore di Rekeep. In esito a ciò, la ricorrente Markas ha proposto un nuovo ricorso che, con sentenza del 19 gennaio 2021, n. 183, è stato accolto da questa Sezione, che ha ordinato alla Stazione appaltante di *“valutare nuovamente e motivatamente – nel rispetto di quanto risultante dalla presente sentenza – le offerte delle imprese Rekeep e Copura, rispettivamente prima e seconda classificata nella graduatoria finale d'appalto”*. Con l'atto impugnato nel presente giudizio, la Stazione appaltante, dopo aver preso atto dell'esclusione di Rekeep S.p.A. da parte del R.U.P., ha aggiudicato il servizio alla società Copura – Cooperativa Pulizie Ravenna soc. coop. per il periodo dal 15 luglio 2021 al 14 luglio 2024, con opzione di rinnovo per ulteriori tre anni, alle condizioni economiche contenute nell'offerta presentata.

Assumendo l'illegittimità dell'aggiudicazione in favore di Copura, per palese incongruità della sua offerta, la ricorrente ne ha chiesto l'annullamento per violazione dell'art. 97 del D. Lgs. n. 50 del 2016, per incongruità dell'offerta, per eccesso di potere per errore sui presupposti e conseguente travisamento, per difetto di istruttoria e di motivazione, per illogicità, per contraddittorietà e per ingiustizia grave e manifesta.

Si sono costituite in giudizio l'Azienda Socio Sanitaria Territoriale dei Sette Laghi e Copura soc. coop., che hanno chiesto il rigetto del ricorso.

Con l'ordinanza n. 800/2021 è stata respinta la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati e fissata l'udienza pubblica per la trattazione del merito della controversia; tale pronuncia è stata confermata in sede cautelare d'appello con l'ordinanza n. 5801/2021.

Con l'ordinanza n. 191/2022 è stato sospeso il presente giudizio, in attesa del passaggio in giudicato della causa pendente innanzi alla Terza Sezione del Consiglio di Stato (R.G. n. 1229/2021), avente a oggetto l'appello avverso la sentenza di questa Sezione n. 183/2021, impugnata da Rekeep S.p.A., originaria prima classificata, poi esclusa dalla gara; in data 12 aprile 2022, la difesa della parte ricorrente ha chiesto la fissazione dell'udienza di merito al fine di decidere la controversia, atteso

che il giudizio assunto come pregiudiziale non risulta ancora concluso stante l'avvenuta proposizione del ricorso per Cassazione avverso la sentenza n. 491/2022 del Consiglio di Stato.

In prossimità dell'udienza di trattazione del merito della controversia, i difensori delle parti hanno depositato memorie e documentazione a sostegno delle rispettive posizioni; in particolare, è stata segnalata l'avvenuta stipula del contratto d'appalto e l'affidamento del servizio in favore di Copura a far data dal 15 ottobre 2021.

Alla pubblica udienza del 15 luglio 2022, il Collegio, preso atto delle richieste dei difensori delle parti di passaggio in decisione della causa sugli scritti e senza discussione, ha trattenuto in decisione la controversia.

DIRITTO

1. Il ricorso è fondato.

2. Con l'unica articolata censura si assume l'illegittimità della (rinnovata) aggiudicazione in favore della controinteressata Copura soc. coop., sebbene risulti evidente la manifesta incongruità dell'offerta dalla stessa presentata sia con riguardo al costo del lavoro che ai costi dei macchinari e dei prodotti di consumo, cui deve aggiungersi anche l'assenza di copertura economica di alcuni servizi offerti (ad esempio, gli automezzi); ciò sarebbe avvenuto nonostante l'emanazione di due sentenze di questo Tribunale (n. 981/2020 e n. 183/2021) che hanno annullato la pregressa aggiudicazione in favore della controinteressata, disponendo il rinnovo della procedura di verifica della congruità dell'offerta dalla stessa presentata.

2.1. La doglianza è fondata.

Va premesso che questa Sezione, con la sentenza n. 183 del 19 gennaio 2021 (appellata – R.G. n. 1229/2021 – ma non sospesa negli effetti), ha accolto il ricorso proposto dalla odierna ricorrente Markas avverso la graduatoria finale riferita all'appalto de quo, anche nella parte in cui l'offerta della seconda classificata Copura, poi divenuta aggiudicataria in seguito all'estromissione dalla gara di Rekeep, è stata ritenuta congrua dal R.U.P., all'esito della rinnovazione della valutazione imposta con la pregressa sentenza n. 981 del 1° giugno 2020. In particolare, la Sezione ha evidenziato che *«la nuova valutazione non si sottrae alle censure di difetto di istruttoria e di motivazione, oltre che di violazione dell'art. 97 del codice. Per quanto riguarda il costo del lavoro, la sentenza del TAR n. 981/2020 ha evidenziato che, applicando i coefficienti ministeriali al monte ore indicato da Copura, i costi di quest'ultima aumenterebbero di circa 208.000,00 euro a fronte di un utile di circa 15.000,00 euro (punto 10.1.2 della sentenza). Nel verbale del 29.6.2020, con riguardo al costo del lavoro, si sostiene che, all'interno della cooperativa, i soci sono incentivati a non essere assenteisti, per cui al termine dell'esercizio sociale il ristorno è distribuito fra i soci stessi in*

proporzione alle ore lavorate. In pratica, il minore assenteismo proverebbe lo scostamento del costo del lavoro dalle tabelle ministeriali. L'argomento di Copura, fatto proprio dal RUP, non appare convincente. Infatti, non essendo Copura il gestore uscente, non si comprende in base a quali dati oggettivi la stessa possa ipotizzare un basso assenteismo nell'appalto di cui è causa. La giurisprudenza, per i casi di scostamento dalle tabelle ministeriali, pone in capo all'impresa la prova rigorosa dei costi effettivamente sostenuti, soprattutto allorché lo scostamento dipende da fattori (malattia, maternità ed in genere assenze), che non rientrano nella disponibilità dell'impresa stessa (cfr., fra le più recenti, la sentenza del TAR Lazio, sede di Latina, 14.5.2020, n. 152). Dai documenti versati in giudizio, risulta altresì che Copura si avvarrebbe diffusamente delle ore c.d. supplementari; tuttavia si tratta di una tipologia di lavoro non obbligatoria ed applicabile ai lavoratori a tempo parziale (cfr. sul lavoro supplementare, l'art. 6 del D.Lgs. 81/2015), per cui la stessa non può di per sé provare uno scostamento così ampio dalle tabelle ministeriali (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I-ter, sentenza n. 12873/2016). Per quanto riguarda, poi, il costo del materiale di consumo, la sentenza n. 981/2020 pone in risalto la circostanza che Copura segnala un costo di circa 1.800,00 euro, a fronte degli oltre 82.000,00 euro indicati dall'attuale ricorrente (punto 10.2 della sentenza), quindi oltre 45 volte il primo valore ($1.800 \times 45 = 81.000$). Per spiegare una simile sproporzione (si tenga presente che l'appalto ha durata triennale con eventuale rinnovo per altri tre anni, cfr. il doc. 2 della ricorrente), il RUP evidenzia che la cooperativa avrebbe quantificato il mero costo dei prodotti per la sanificazione, attraverso un preventivo del proprio fornitore, mentre l'impresa Rekeep avrebbe inserito anche i costi del combustibile per i mezzi di trasporto (cfr. il doc. 5 della resistente, pag. 8). Si tratta, però, di un'affermazione apodittica ed in apparente contrasto con quanto risultante dalle tabelle comparative delle offerte presentate, inserite dal RUP nella propria relazione (si vedano le pagine 7 ed 8 di quest'ultima), nelle quali i costi per "attrezzature e macchinari" sono distinti da quelli per "prodotti e materiali di consumo" e questi ultimi, nel caso di Copura, sono estremamente più bassi di quelli indicati invece dalle altre due imprese partecipanti».

Allo stato tale sentenza, sebbene non passata in giudicato, deve essere presa a riferimento per la definizione del contenzioso – essendo inopportuno procrastinare la sospensione del presente giudizio in attesa della decisione dell'appello (R.G. n. 1229/2021), a sua volta oggetto di sospensione (Consiglio di Stato, III, ord. n. 7192/2021) – poiché la Sezione, nell'accogliere il ricorso dell'odierna ricorrente, ha conformato lo svolgimento dell'ulteriore attività della Stazione appaltante in vista della rivalutazione della congruità dell'offerta presentata da Copura.

2.2. Passando all'esame delle contestazioni formulate in sede di ricorso, si deve partire dalla determinazione del costo del lavoro da parte di Copura che, a giudizio della ricorrente, risulterebbe notevolmente sottodimensionato.

Secondo la richiamata sentenza n. 183/2021, l'asserito ridotto tasso di assenteismo giustificato con gli incentivi a favore dei soci lavoratori, che spiegherebbe lo scostamento del costo del lavoro dalle tabelle ministeriali, non risulta convincente, poiché Copura non essendo il gestore uscente, non disporrebbe dei dati oggettivi sulla base dei quali ipotizzare un basso assenteismo nell'appalto di cui è causa. Inoltre anche il ricorso alle ore c.d. supplementari non risulta idoneo a provare uno scostamento così ampio dalle tabelle ministeriali, trattandosi di una tipologia di lavoro non obbligatoria e applicabile solo ai lavoratori a tempo parziale; sul punto la stessa controinteressata, anche in sede defensionale, ha segnalato che il ricorso al lavoro supplementare avverrà nella misura minima del 15% (cfr. all. 5 al ricorso, pag. 6).

Il R.U.P., in sede di rivalutazione dell'offerta, ha ritenuto che i dati prodotti da Copura in relazione all'assenteismo fossero affidabili in quanto registrati nell'ambito della medesima azienda nell'anno 2017 (pag. 4 all. 3 al ricorso, che richiama tabella n. 2 all. 5 al ricorso). Tuttavia, come già rilevato attraverso la sentenza n. 183/2021, si tratta di dati sull'assenteismo riferiti ai soli dipendenti di Copura e relativi all'attività svolta dalla stessa, che non considerano i lavoratori alle dipendenze del gestore attuale i quali, in forza della clausola sociale (art. 6 del Capitolato speciale d'appalto: all. 14 al ricorso), transiteranno presso il nuovo affidatario. Quindi, il riferimento posto a base della valutazione non è pertinente, non riferendosi direttamente alla forza lavoro impegnata nello specifico appalto messo a gara, da cui discende l'inattendibilità delle conclusioni raggiunte dal R.U.P. L'assenza di riscontri documentali specifici e puntuali a supporto degli scostamenti evidenziati non consente di condividere il giudizio positivo in relazione alla congruità del costo del lavoro indicato nell'offerta dell'aggiudicataria Copura, considerato anche l'impatto dello stesso sulla sostenibilità complessiva dell'offerta (che determinerebbe una perdita di circa € 200.000 all'anno); peraltro, si è già rilevato che il ricorso al lavoro supplementare avverrà con una incidenza del 15% (cfr. all. 5 al ricorso, pag. 6), lasciando scoperto il restante 85% della forza lavoro. In relazione a ciò va richiamata la consolidata giurisprudenza secondo la quale sebbene «*i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali non costituiscono un limite inderogabile, [gli stessi] rappresentano pur sempre un parametro di valutazione della congruità dell'offerta, di modo che l'eventuale scostamento da tali parametri delle relative voci di costo, pur non legittimando ex se un giudizio di anomalia, può essere accettato sempre che risulti puntualmente e rigorosamente giustificato* (Cons. Stato, Sez. III, 14 maggio 2018, n. 2867; Cons. Stato, Sez. V, 18 dicembre 2017,

n. 5939; Cons. St., sez. V, 9 aprile 2015, n. 1813). Il limite all'ammissibilità di siffatti scostamenti (nel rispetto dei minimi retributivi stabiliti in sede di contrattazione collettiva) riveste, dunque, carattere "giustificativo": le discordanze dalle predette tabelle debbono essere perciò giustificate sulla scorta di una dimostrazione puntuale e rigorosa ed accompagnate da significativi ed univoci dati probatori, al di là di generiche affermazioni dell'impresa; se, infatti, l'aggiudicataria è in linea generale gravata dell'onere di giustificare i costi proposti (essendo a tal fine ammessa a fornire spiegazioni e giustificazioni su qualsiasi elemento dell'offerta ed anche su voci non direttamente indicate dalla stazione appaltante come incongrue, come chiarito da Cons. Stato, Ad. Plen, 29 novembre 2012, n. 36), a maggior ragione tale prova puntuale e rigorosa è richiesta quando il costo del lavoro non è coincidente con quello medio tabellare (Cons. Stato, Sez. V, 30 novembre 2020, n. 7554). Anche l'eventuale riferimento a valutazioni statistiche ed analisi aziendali, che evidenzino una particolare organizzazione imprenditoriale a giustificazione di tali scostamenti, vanno documentate e comprovate dall'offerente e la relativa valutazione tecnico-discrezionale al riguardo è rimessa alla Stazione appaltante» (Consiglio di Stato, V, 28 giugno 2021, n. 4867; anche, VI, 28 settembre 2021, n. 6533; T.A.R. Lombardia, Milano IV, 20 giugno 2022, n. 1430).

Non appare idonea a infirmare le conclusioni raggiunte l'applicazione a beneficio di Copura delle aliquote I.N.P.S. e I.N.A.I.L., unitamente all'azzeramento della rivalutazione del T.F.R. e all'annullamento dell'aliquota I.R.A.P. in favore della stessa, visto che lo scostamento del costo di lavoro orario rispetto alle tabelle ministeriali è molto rilevante (pari in media all'11% su un totale di 86 lavoratori) e nella Relazione del R.U.P. (all. 3 al ricorso, pag. 3) non è affatto quantificato l'impatto specifico degli sgravi fiscali, contributivi e previdenziali in precedenza richiamati.

2.3. Inoltre nei giustificativi dell'offerta di Copura non sono nemmeno indicati i costi per il Coordinatore del servizio e per il Referente dell'Appalto, che dovrebbero ammontare a circa € 60.000 annui (ricavato sulla base delle tabelle ministeriali), con una ulteriore inattendibilità dell'offerta (sulle esigenze di stabilità e affidabilità dell'offerta, cfr. Consiglio di Stato, V, 3 febbraio 2021, n. 1001).

Non colgono nel segno le difese delle controparti processuali laddove affermano la tardività della contestazione, visto che si tratta di elementi che fanno parte dell'offerta e di cui se ne deve giustificare il costo, come già rilevato in sede di ricorso R.G. n. 1362/2020 (pag. 39), definito con la sentenza n. 183/2021; inoltre, nell'offerta tecnica di Copura si garantisce la "presenza di figure responsabili di riferimento in servizio 24 ore su 24, 365 giorni l'anno" (all. 10 al ricorso, pag. 36), che devono necessariamente essere presenti sul campo e il cui onere finanziario avrebbe dovuto essere inserito tra i costi della manodopera dello specifico appalto, non potendo essere riferito a

spese trasversali dell'appaltatore riguardanti più commesse (cfr. Consiglio di Stato, 19 ottobre 2021, n. 7036).

2.4. Quanto poi al costo “*Costo delle attrezzature e dei macchinari*” indicato in € 46.095,55 annui, nelle giustificazioni rese dalla controinteressata la somma di € 30.055,40 va a coprire il costo degli automezzi (pag. 10, all. 5 al ricorso), mentre le restanti attrezzature dovrebbero avere dei costi non superiori all'importo residuo di circa € 16.000 (macchine e attrezzature meccaniche, palmare mobile, stampanti, ecc.). In primo luogo, la censura deve essere ritenuta tempestiva, perché solo in sede di rivalutazione Copura ha inserito le spese degli automezzi nei costi delle attrezzature, evidenziando che «*il costo annuo complessivo stimato per gli automezzi e ricompreso nella voce di costo “Costo delle attrezzature e dei macchinari” è pari quindi a € 30.055,40*» (pag. 10, all. 5 al ricorso). Venendo al merito della contestazione, va rilevato che il preventivo del fornitore dei (restanti) prodotti che vengono quotati in totale a circa € 13.500 (all. 6 ai giustificativi: all. 5 al ricorso), oltre a non essere corroborato da alcuna documentazione a supporto della sua attendibilità, non riguarda neppure tutte le restanti attrezzature da fornire, non essendo ricomprese nel ridetto preventivo tutte le apparecchiature informatiche (palmare mobile Opticon h28, stampanti, monitor del sistema informatico, ecc.), indicate in sede di offerta tecnica da Copura (pagg. 7-10 del progetto tecnico: all. 10 al ricorso). Tali ultimi dispositivi hanno un costo che rende non congrua la cifra di € 16.000 prevista per macchinari e attrezzature (solo il citato palmare è stato quotato a € 505 al pezzo, nel preventivo fornito alla stessa Copura con riguardo a un identico appalto svolto presso l'Azienda U.S.L. di Bologna: pag. 30, all. 15 al ricorso). Non può al contrario ritenersi accettabile quanto dichiarato sul punto dal R.U.P., ovvero che “*Copura dichiara per altro di usare nell'appalto anche apparecchiature in ottimo stato e provenienti da precedenti appalti. Per queste apparecchiature non sarà necessario sostenere degli investimenti*” (all. 4 al ricorso, pag. 6), poiché tale affermazione risulta del tutto indeterminata sia con riferimento alla tipologia dei prodotti cui si fa riferimento che alla loro quantità.

Nella specie, oltre alla radicale carenza di giustificativi sui prezzi di alcuni prodotti, non risulta nemmeno rispettato il principio secondo il quale «*grava sulla commissione di gara l'onere di esigere un'esposizione analitica dei costi dichiarati e di svolgere, rispetto al preventivo offerto, una puntuale verifica di congruità che tenga conto – vieppiù in presenza di beni non direttamente prodotti o commercializzati in regime di esclusiva dal fornitore – di informazioni supplementari più conferenti rispetto alle indicazioni contenute nel preventivo acquisito onde comprovarne, eventualmente alla stregua di dati incrociati, la relativa affidabilità in ossequio ai principi che governano il mercato concorrenziale a partire da quello più elementare che muove dalla ricerca di*

un profitto come scopo ultimo di ogni strategia commerciale. Diversamente opinando, e cioè rinunciando ad esercitare qualsivoglia vaglio critico sui preventivi allegati a corredo dell'offerta, potrebbe essere vanificata la missione a presidio della quale si pone il sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, sottraendo in tutto o in parte i costi dichiarati al necessario giudizio di congruità con il rischio concreto di pratiche ed intese commerciali elusive» (Consiglio di Stato, III, 30 luglio 2020, n. 4850).

2.5. Quanto al materiale di consumo, il cui costo è indicato in € 1.782,95 da Copura, non è stato presentato alcun ulteriore elemento giustificativo rispetto alle fasi precedenti, nonostante la sentenza n. 183/2021 abbia ritenuto palesemente sproporzionato, in negativo, l'importo offerto dall'aggiudicataria (inferiore di oltre 45 volte rispetto a quello offerto dalla ricorrente) e assolutamente apodittico il giudizio di congruità espresso dal R.U.P., il quale anche in fase di rinnovo della valutazione ha ammesso che il preventivo prodotto non ha incluso tutte le voci di costo, avendo *“contabilizzato esclusivamente le spese relative ai prodotti della pulizia e non altri costi di materiale di consumo”* (pag. 6 all. 4 al ricorso).

Al fine di individuare un adeguato termine di comparazione – sebbene lo stesso non possa avere valore assoluto – si può far riferimento ai costi indicati dalla stessa Copura riguardo al richiamato appalto svolto dalla stessa Cooperativa presso l'Azienda U.S.L. di Bologna, avente a oggetto l'affidamento dell'identico servizio di trasporto interno pazienti per le strutture ospedaliere, che sono nettamente più alti di quelli riferiti all'appalto oggetto di controversia (pag. 33, all. 15 al ricorso). Ne discende l'incongruità – *rectius*, la mancata dimostrazione di congruità – anche di tale voce di costo.

2.6. Anche le spese generali, quotate a € 35.594,19 e non puntualmente giustificate, ma soltanto specificate nelle varie sottovoci (all. 9 al ricorso, pagg. 7 e 8), appaiono incongrue, tenuto conto che la ricorrente le ha quantificate in € 128.300,00 e l'altra partecipante Rekeep a € 80.513,28.

L'importo di tale voce, come pure quello relativo all'utile di impresa dichiarato (pari a € 15.781,20), non può assolutamente compensare la sottostima delle precedenti voci di costo. Da ciò deriva la complessiva inaffidabilità e incongruità dell'offerta presentata dalla controinteressata Copura soc. coop.

2.7. A ciò consegue l'accoglimento della suesposta doglianza.

3. La fondatezza della scrutinata censura, previo assorbimento dei restanti motivi del ricorso, determina l'accoglimento del gravame e l'annullamento dell'aggiudicazione in favore di Copura – Cooperativa Pulizie Ravenna soc. coop.

4. Nella specie, pur in assenza di un giudicato in senso proprio, si deve fare applicazione del «*principio del c.d. one shot temperato, formatosi in sede giurisprudenziale per evitare che l'amministrazione possa riprovvedere per un numero infinito di volte ad ogni annullamento in sede giurisdizionale; tanto comporta che è dovere della stessa pubblica amministrazione riesaminare una seconda volta l'affare nella sua interezza, sollevando tutte le questioni rilevanti, con definitiva preclusione (per l'avvenire, e, in sostanza, per una terza volta) di tornare a decidere sfavorevolmente per il privato; tale principio costituisce il punto di equilibrio tra due opposte esigenze, quali la garanzia di inesauribilità del potere di amministrazione attiva e la portata cogente del giudicato di annullamento con i suoi effetti conformativi*» (Consiglio di Stato, VI, 4 maggio 2022, n. 3480; altresì, III, 2 febbraio 2021, n. 946; II, 14 aprile 2020, n. 2378; C.G.A.R.S., 18 maggio 2022, n. 597; T.A.R. Lombardia, Milano, II, 28 maggio 2021, n. 1322).

Non deve ritenersi preclusa l'applicazione di tale principio al caso di specie, come sostenuto dalla difesa della controinteressata, poiché in linea generale devono comunque essere posti dei limiti alla reiterazione all'infinito del potere amministrativo, soprattutto in presenza di un provvedimento giurisdizionale di annullamento, cui deve aggiungersi la circostanza che il provvedimento impugnato, sebbene tuteli l'interesse conservativo della controinteressata, ha comunque natura negativa per la ricorrente, che non può ritenersi in posizione recessiva rispetto alla prima (per l'applicazione del principio del “*one shot temperato*” in materia di appalti: Consiglio di Stato, V, 8 gennaio 2020, n. 144; T.A.R. Lombardia, Milano, II, 18 luglio 2022, n. 1706). Quindi, non è più consentito alla Stazione appaltante, dopo aver svolto almeno due valutazioni, scaturite dalle sentenze n. 981/2020 e n. 183/2021, in ordine alla congruità dell'offerta dell'aggiudicataria Copura, procedere a un ulteriore esame della stessa.

5. Pertanto, l'intervenuto esaurimento del potere della Stazione appaltante di rivalutare la congruità dell'offerta di Copura – in applicazione del principio del “*one shot temperato*” – impone di affidare l'appalto alla ricorrente Markas.

Essendo stato stipulato il contratto tra la Stazione appaltante e Copura (all. 9 e 10 dell'A.S.S.T.), lo stesso deve essere dichiarato inefficace a partire dalla data di comunicazione della presente sentenza. In conseguenza di ciò, la Stazione appaltante, previa verifica della sussistenza di tutti i presupposti di legge, dovrà aggiudicare la gara in favore della ricorrente Markas S.r.l., che proseguirà nell'espletamento del servizio posto a gara per un (intero) triennio a partire dalla data di stipula del contratto. Il subentro nell'esecuzione del contratto per la sua intera durata esclude la produzione di qualsiasi tipologia di danno in capo alla parte ricorrente.

6. Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso indicato in epigrafe, secondo quanto specificato in motivazione.

Condanna l'A.S.S.T. dei Sette Laghi di Varese e la controinteressata Copura soc. coop. al pagamento delle spese di giudizio in favore della società ricorrente nella misura di € 2.000,00 (duemila/00) ciascuna (pari a complessivi € 4.000,00), oltre oneri e spese generali; dispone altresì la rifusione del contributo unificato in favore della parte ricorrente a carico dell'A.S.S.T. dei Sette Laghi di Varese.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 15 luglio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere

Antonio De Vita, Consigliere, Estensore

IL SEGRETARIO