**SENTENZE DEL 01.02.2017**

Pubblicato il 18/01/2017
N. 00184/2017REG.PROV.COLL.
N. 04322/2016 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4322 del 2016, proposto da:
Sieco s.p.a., in proprio e quale capogruppo mandataria Rti, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Vito Aurelio Pappalepore C.F. PPPVTI62S04A662Y, Giuseppe Rinaldi C.F. RNLGPP72C10B963G, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense,104;
Rti Cogeir Costruzioni s.r.l., Rti Impresa del Fiume Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dall'avvocato Vito Aurelio Pappalepore C.F. PPPVTI62S04A662Y, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense,104;
contro
Aro Taranto N.2, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Misserini C.F. MSSGPP73D01L049G, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;
Comune di Martina Franca, Comune di Crispiano, Comune di Laterza, Comune di Mottola, Comune di Palagianello, Comune di Statte non costituiti in giudizio;
nei confronti di
Avr s.p.a., Impresa Sangalli Giancarlo & C. s.r.l., Teorema s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dagli avvocati Francesco Vagnucci C.F. VGNFNC71S12H501P, Maurizio Boifava C.F. BFVMRZ64P23F205K, con domicilio eletto presso Francesco Vagnucci in Roma, piazza San Bernardo 101;
Agenzia delle Entrate, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Gen.Le dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;
Equitalia Sud Spa, Equitalia s.p.a., Comune di Afragola non costituiti in giudizio;
e con l'intervento di
ad opponendum:
Monteco s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Giampaolo Maria Cogo C.F. CGOGPL41P12F965C, Eugenio Mele C.F. MLEGNE44A12L860V, con domicilio eletto presso Giampaolo Maria Cogo in Roma, via Antonio Bertoloni, 1/E;
per la riforma
della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE: SEZIONE III n. 00692/2016, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio di igiene urbana raccolta e trasporto dei rifiuti urbani ed assimilati - ris.danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Aro Taranto N.2 e di Avr Spa e di Impresa Sangalli Giancarlo & C. Srl e di Teorema Spa e di Agenzia delle Entrate;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2016 il Cons. Oreste Mario Caputo e uditi per le parti gli avvocati Pappalepore, Misserini, Vagnucci, Stigliano Messuti, e Mele;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. Sieco s.p.a., in proprio e quale mandataria RTI con Cogeir Costruzioni s.r.l., Impresa del Fiume sp.a. (d’ora in poi Sieco R.T.I.), già aggiudicataria provvisoria, ha impugnato l’esclusione (prot. n° 22 del 22 Gennaio 2016) adottata dal comune di Martina Franca, quale capofila dell’Associazione dei Comuni A.R.O./TA/2, dalla procedura aperta indetta per l’affidamento del servizio di igiene urbana, raccolta e trasporto rifiuti urbani ed assimilati nei Comuni dell’A.R.O. TA/2.
Cumulativamente, oltre ad estendere l’impugnazione agli atti connessi e conseguenti, fra i quali l’aggiudicazione del contratto disposta in via definitiva in favore di R.T.I. AVR S.p.A.-Impresa Sangalli Giancarlo & C. S.r.l.-Teorema S.p.A., ha proposto domanda di declaratoria d’inefficacia del contratto (ove stipulato) e il risarcimento in forma specifica con l’aggiudicazione dell’appalto o, in subordine, il risarcimento del danno per equivalente monetario.
Ha precisato di essere in possesso dei requisiti ritenuti viceversa assenti dalla stazione appaltante: ossia quelli di ordine generale di cui all’art. 38 primo comma lettere f) e g) del Decreto Legislativo n° 163/2006, richiesti a pena di esclusione; e, inoltre, di aver prodotto la polizza fideiussoria relativa alla cauzione provvisoria rilasciata da parte di soggetto abilitato al rilascio di garanzie nei confronti del pubblico.
Conseguentemente, ha dedotto nei motivi d’impugnazione: violazione ed erronea applicazione degli artt. 38 lett. f), 46 e 75 Decreto Legislativo n° 163/2006; violazione ed erronea interpretazione dell’art. 45 della Direttiva 2004/18/UE; violazione dei principi di proporzionalità, ragionevolezza, par condicio, concorrenza; violazione dell’art. 57 della Direttiva 2014/24/UE; erronea presupposizione in diritto e carenza di motivazione.
Vizi che inficerebbero per illegittimità derivata tutti gli atti cumulativamente impugnati.
2. Si sono costituiti in giudizio l’Associazione dei Comuni A.R.O. n° 2 della Provincia di Taranto e l’Agenzia delle Entrate (Direzione di Bari) concludendo per la declaratoria d’inammissibilità ed, in ogni caso, per la reiezione del ricorso.
3. Il Tribunale amministrativo per la regione Puglia, Lecce, sez. III, ha respinto il ricorso.
Delibati i motivi dedotti dall’amministrazione appaltante a sostegno dell’impugnato provvedimento di esclusione dalla gara del R.T.I. ricorrente, preso atto dell’attestato, in data 21 Gennaio 2016, dall’Agenzia delle Entrate, Direzione Provinciale di Bari, i giudici di prime cure hanno ritenuto “legittimo ed insuperabile quello - autonomamente idoneo a giustificarlo - basato sulla carenza del requisito della regolarità tributaria”.
Vale a dire che, in ragione del mancato tempestivo pagamento delle rate del piano di ammortamento del debito fiscale rateizzato da parte di SI. ECO S.p.A, costituente causa di decadenza dal beneficio della rateizzazione tale da rendere immediatamente “certo, scaduto ed esigibile” e quindi “definitivamente accertato” il debito tributario, il Tribunale ha ritenuto sussistente il presupposto di fatto previsto quale causa d’esclusione di cui all’art. 38 primo comma lett. g) secondo comma del Decreto Legislativo 12 Aprile 2006 n° 163.
4. Appella la sentenza Sieco R.T.I. Resistono Aro Taranto N.2, Avr s.p.a., Impresa Sangalli Giancarlo & C. s.r.l., Teorema s.p.a. (d’ora in poi R.T.I. Avr s.p.a.), Agenzia delle Entrate. È intervenuta ad opponendum Monteco s.r.l.
5. Alla pubblica udienza del 15.12.2016 la causa, su richiesta delle parti, è stata trattenuta in decisone.
6. In limine va affermata la legittimazione all’intervento ad opponendum in appello di Monteco s.r.l. , capogruppo del raggruppamento divenuto – dopo che RTI Avr s.p.a. è stato escluso dalla gara con provvedimento impugnato ancora sub judice – aggiudicatario definitivo (d. 9 maggio 2016), cui non è stato notificato l’appello.
7. Col primo motivo d’appello, Sieco R.T.I. lamenta l’errore di giudizio in cui sarebbero incorsi i giudici di prime cure nel ritenere definitivamente accertata l’irregolarità tributaria nonostante l’impugnazione, innanzi alla Commissione tributaria provinciale di Bari, dell’intimazione di pagamento, della cartella esattoriale e dell’implicito provvedimento di revoca del beneficio della rateizzazione.
8. Il motivo è infondato.
8.1 Il pagamento dell’obbligazione tributaria, definitivamente accertata e quindi divenuta certa, liquida ed esigibile di cui a due distinte cartelle esattoriali, è stata rateizzato secondo il piano d’ammortamento concordato con l’ente impositivo.
Il mancato tempestivo pagamento dei ratei ha comportato, ai sensi dell’art. 3 bis, comma 4, d.lgs. n.462/1997, la decadenza dal beneficio della rateizazione di un debito tributario che già al momento della presentazione dell’offerta era oggetto del procedimento di riscossione.
Le cause del ritardato pagamento, l’esiguità temporale del ritardo, l’avvenuto successivo pagamento, contrariamente a quanto dedotto da RTI appellante, non fanno venir meno il fatto oggettivo della maturata decadenza dal beneficio.
Così come il ricorso tributario avverso le cartelle esattoriali notificate alla società per l’omesso tempestivo pagamento dei ratei, in quanto deducete vizi propri del solo procedimento esattivo, non incidono sulla definitività dell’obbligazione tributaria ex sé (a monte, già) certa, liquida ed esigibile (cfr., in termini, Cons. Stato, ad.plen. 20 agosto 2013 n. 20).
Dopo l’aggiudicazione provvisoria disposta in favore de RTI, verificata ex art. 48 d.lgs. n.163/2006 l’intervenuta decadenza dal beneficio della rateizzazione, correttamente la stazione appaltante ha adottato il provvedimento d’esclusione impugnato.
8.2 Né, seguendo il filo logico che intesse la trama delle censure in esame, è condivisibile evocare un’anodina categoria di “violazione tributaria transitoria” che, insussistente al momento di presentazione dell’offerta, semmai rileverebbe sub specie d’irregolarità ex art. 38 lett. g) d.lgs. n. 163/2006, ove concretantesi successivamente, solo al tempo dell’aggiudicazione del contratto.
In disparte la contraddizione in termini insita nel ritenere un fatto accaduto (recte: la violazione) ancora in fieri, l’argomento trascura di considerare che il debito tributario era già sussistente al momento di presentazione dell’offerta, e che il ritardato pagamento dei ratei d’ammortamento ha comportato la decadenza del beneficio della rateizzazione di un’obbligazione tributaria definitivamente accertata e già liquida ed esigibile.
8.3 Sotto altro profilo, mette conto rilevare che la regolarità contributiva, nell’economia del bando di gara mutuante la disciplina normativa, è un requisito necessario di partecipazione che deve essere posseduto dall’impresa partecipante alla procedura non solo al momento di scadenza del termine di presentazione dell’offerta ma per tutto l’arco temporale in cui s’articola il procedimento di gara (cfr., da ultimo, C.G.A. 8 febbraio 2016 n. 33).
In caso contrario, accedendo all’indirizzo patrocinato dall’appellante, la regolarizzazione postuma in corso di gara pregiudicherebbe la par condicio (cfr., Tar Lazio, Roma, 15 settembre 2015): dalla scansione temporale delle fasi del procedimento dipenderebbe il rilievo o meno del possesso del requisito.
La posizione soggettiva dell’offerente diverrebbe variabile dipendente del decorso (contingente) del tempo con cui si svolgono le operazioni di gara: un esito affatto antitetico ai principi di trasparenza e parità di trattamento che conformano ab imis le procedure concorrenziali pubbliche.
8.4 Venendo agli altri motivi d’appello, la normativa richiamata non presta il fianco ai dubbi di compatibilità con i principi comunitari già esclusi dal Tribunale e riproposti in appello.
È dirimente l’indirizzo assunto a riguardo da questa Sezione (n. 261 del 17 gennaio 2013 e n. 262 del 23 gennaio 2012) laddove, nelle fattispecie in esame, restringe (se non escludendo del tutto) i margini di valutazione riservati alla stazione appaltante, tale da scongiurare la violazione dei principi di proporzionalità o irragionevolezza sollevati dall’appellante.
Senza passare sotto silenzio l’inefficacia delle disposizioni contenute in direttive non esecutive a disciplinare situazioni giuridiche maturate, come quella che ne occupa, nel vigore del regime normativo anteriore (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 30 luglio 2014 n. 16).
9. L’infondatezza dell’appello consente di ritenere assorbiti i residui motivi con i quali vengono riproposte le censure non esaminate dal Tar.
10. Le spese di lite del presente grado di giudizio, come liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)
definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge
Condanna Sieco R.T.I. al pagamento delle spese di lite del presente grado di giudizio in favore di Aro Taranto N.2, R.T.I. Avr s.p.a., Agenzia delle Entrate e Monteco s.r.l. che si liquidano in complessivi 10.000) diecimila) euro, oltre diritti ed accessori di legge, da dividersi fra loro in parti uguali.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente
Sandro Aureli, Consigliere
Claudio Contessa, Consigliere
Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere
Oreste Mario Caputo, Consigliere, Estensore

Pubblicato il 12/01/2017
N. 00024/2017 REG.PROV.CAU.
N. 01719/2016 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA**
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana
(Sezione Prima)
ha pronunciato la presente

**ORDINANZA**

sul ricorso numero di registro generale 1719 del 2016, proposto da:

Tenax International S.r.l, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Capecchi e Paolo Coli, con domicilio eletto presso lo studio lo studio del primo in Firenze, via Giorgio La Pira 17;

contro
Publiambiente S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Fausto Falorni, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via dell'Oriuolo 20;
nei confronti di
Ravo S.p.a.;
per l'annullamento,
previa sospensione dell'efficacia,
- del provvedimento assunto in data 7.12.2016 dal Delegato da Publiambiente S.p.A. per l'espletamento della procedura aperta, pubblicata dalla medesima Publiambiente S.p.a., "per la fornitura di n. 2 macchine operatrici spazzatrici stradali di piccole dimensioni ad alimentazione elettrica a batterie e relativo contratto di assistenza full-service con opzione per l'acquisto fino a ulteriori n. 2 macchine alle stesse condizioni - CUP C56G16000540005 CIG 6796062FC3", provvedimento con il quale si è disposto quanto segue: "il concorrente non risulta ammissibile in quanto non possiede i requisiti minimi prescritti nel disciplinare di gara in merito alle forniture analoghe svolte, sia in relazione al periodo 2013-2015 che nel periodo 2016 precedente alla pubblicazione del bando di gara";
- del provvedimento prot. n. 8202 in data 12.12.2016, a firma del Responsabile del Procedimento di Publiambiente S.p.A., avente ad oggetto "gara n. 29/2016 - procedura aperta per la fornitura di n. 2 macchine operatrici spazzatrici stradali aspiranti di piccole dimensioni ad alimentazione elettrica a batterie e relativo contratto di assistenza full-service con opzione per l'acquisto fino a ulteriori n. 2 macchine alle stesse condizioni - CUP C56G16000540005 CIG 6796062FC3. Comunicazione esclusione (art. 76 comma 5 lett. B), D.Lgs. 50/2016";
- della lex specialis della gara di cui ai punti precedenti laddove il Titolo 3 - Sezione I del Disciplinare di Gara avente a rubrica "Requisiti di capacità tecnico-professionale" debba essere interpretato nel senso di non consentire la partecipazione alla procedura aperta di operatori economici che abbiano eseguito con buon esito, nel triennio antecedente la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, "forniture per almeno n. 4 spazzatrici aspiranti ad alimentazione elettrica con batterie al litio a favore di soggetto pubblici e privati";
- di tutti gli atti formati dal Delegato all'espletamento della procedura di gara e comunque dalla società resistente mediante i quali o sul presupposto dei quali si è ritenuto di dare luogo ad esclusione della ricorrente dalla procedura di gara;
- in ogni caso, del contratto che, medio tempore, dovesse essere stipulato da Publiambiente S.p.A. in relazione all'appalto per cui è giudizio;
- in parte qua, di tutti gli atti da essi presupposti o a essi successivi comunque inerenti l'illegittima esclusione della ricorrente dalla gara di cui sopra;
e comunque per l'accertamento del diritto di Tenax International S.r.l.al conseguimento del bene della vita rappresentato dalla partecipazione alla procedura di gara e dalla stipula del contratto di appalto di cui sopra.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Publiambiente S.p.a.;
Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;
Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;
Visti tutti gli atti della causa;
Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2017 il dott. Pierpaolo Grauso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato:
- che, sia pure con i limiti di sommarietà propri della cognizione cautelare, appare fondata l’eccezione di irricevibilità e inammissibilità del ricorso sollevata dalla difesa della stazione appaltante;
- che infatti l’art. 83 co. 8, secondo e terzo periodo, del D.Lgs. n. 50/2016 non sembra voler introdurre una disciplina innovativa del principio di tassatività delle cause di esclusione già enunciato dall’art. 46 co. 1-*bis* del D.Lgs. n. 163/2006, del quale costituisce la sostanziale riproduzione (in ossequio alle indicazioni impartite dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato con il parere n. 855 del 1 aprile 2016);
- che conseguentemente, pur nel vigore della nuova “codificazione” in materia di contratti pubblici, continua a dover essere qualificato in termini di annullabilità, e non di nullità, il vizio della legge di gara che si ponga in contrasto con precetti inderogabili di legge o regolamento in materia di requisiti di partecipazione alla procedura, ovvero detti una disciplina con essi incompatibile, senza per questo introdurre cause di esclusione violative del menzionato principio di tassatività (cfr. Cons. Stato, A.P., 25 febbraio 2014, n. 9);
- che, in presenza di clausole immediatamente escludenti, non sembra potersi dubitare della sussistenza di un onere di immediata impugnazione in capo a chi ne contesti la legittimità;
- che, per le assorbenti ragioni esposte, la domanda cautelare non può trovare accoglimento;
- che, nondimeno, occorre fissare l’udienza per la trattazione di merito della controversia, a norma dell’art. 120 co. 6-*bis* c.p.a.;
- che le spese della presente fase seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo;

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima) respinge la domanda cautelare e condanna la società ricorrente alla rifusione delle spese di fase, che liquida in complessivi euro 2.000,00, oltre agli accessori di legge.
Fissa per la trattazione di merito del ricorso l'udienza del 22 marzo 2017, ore di rito.
La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria del tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.
Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:
Armando Pozzi, Presidente
Bernardo Massari, Consigliere
Pierpaolo Grauso, Consigliere, Estensore

Pubblicato il 09/01/2017
N. 00025/2017REG.PROV.COLL.
N. 00373/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 373 del 2016, proposto dall’Azienda Ospedaliera San Paolo di Milano - Polo Universitario, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli Avvocati Marco Saverio Montanari (C.F. MNTMCS59P30A493E) e Donato Vigezzi (C.F. VGZDTG65C14F205Q), con domicilio eletto presso lo studio dell’Avv. Marco Saverio Montanari sito in Roma, largo del Nazzareno n. 8/11;

contro

la Siram Spa in proprio e quale capogruppo mandataria dell’Ati costituita con Manutencoop Facility Management Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli Avvocati Bruno Becchi (C.F. BCCBRN58M17F205F) e Loredana Grillo (C.F. GRLLDN70R68F205K), con domicilio eletto presso l’Avv. Giuseppe Graziosi in Roma, via Orazio, n. 3;
Manutencoop Facility Management Spa in proprio e quale Mandante dell’Ati costituita con la Siram Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli Avvocati Loredana Grillo (C.F. GRLLDN70R68F205K) e Bruno Becchi (C.F. BCCBRN58M17F205F), con domicilio eletto presso l’Avv. Giuseppe Graziosi in Roma, via Orazio, n. 3;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lombardia, sede di Milano, Sezione Terza, n. 2202 del 2015, resa tra le parti, concernente la revisione e l’adeguamento del corrispettivo per il servizio di gestione, manutenzione e riqualificazione degli impianti termici.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della società Siram Spa in proprio e quale capogruppo mandataria dell’Ati costituita con la Manutencoop Facility Management Spa, e di quest’ultima in in proprio e quale mandante dell’Ati costituita con la Siram Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 ottobre 2016 il Cons. Stefania Santoleri e uditi per le parti gli Avvocati Marco Saverio Montanari e Loredana Grillo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Il raggruppamento costituito dalle società ricorrenti in primo grado, nell’anno 2005, si è aggiudicato la gara per il servizio di gestione, manutenzione e riqualificazione degli impianti termici di condizionamento e tecnologici dell’Azienda Ospedaliera San Paolo di Milano, per un periodo di sei anni e per un importo complessivo pari a € 21.000.383,21, I.V.A. inclusa.

1.1 - Poiché l’art. 7 del contratto di servizio prevedeva la revisione periodica dei prezzi, le società hanno avanzato tale richiesta per i primi tre anni di contratto.

1.2 - Con la nota in data 26 marzo 2009, l’Azienda Ospedaliera ha comunicato alla Siram – in seguito all’incontro-colloquio del 24 marzo – “l’impegno (…) a riconoscere la revisione prezzi unicamente per le annualità e nella misura sotto indicata”, ovvero nessuna somma per l’annualità 2005/2006, la somma di € 296.178,50 per il periodo 2006/2007 e l’importo di € 373.719,90 per il periodo 2007/2008.

Nella stessa nota l’Azienda ha precisato che laddove la proposta fosse stata condivisa e accolta, si sarebbe proceduto a formulare un programma di corresponsione rateizzata delle predette somme. 1.3 - Ottenuta l’accettazione di Siram in data 9 aprile 2009, l’Azienda Ospedaliera, con la comunicazione del 5 maggio 2009, ha confermato l’intenzione di pagare, stabilendo altresì i relativi termini e importi della rateizzazione. In seguito all’accettazione della ricorrente, gli importi previsti sono stati regolarmente corrisposti.

2. - In data 26 settembre 2011, quando il contratto era già scaduto e l’A.T.I. ricorrente continuava a svolgere il servizio in regime di proroga, l’Amministrazione ospedaliera ha riscontrato la sua richiesta di procedere alla revisione prezzi per le annualità non ancora oggetto di liquidazione (ossia 2008/2009, 2009/2010 e 2010/2011) trasmettendo il documento istruttorio contenente la metodologia di calcolo sulla base del quale intendeva riconoscere la revisione.

Nella predetta relazione, nella quale erano stati utilizzati diversi criteri di calcolo rispetto a quelli usati in precedenza per le prime due annualità, ha chiarito che le somme già versate con riferimento a tali annualità avrebbero dovuto considerarsi alla stregua di acconti anche per quelle successive, che quindi avrebbero dovuto essere detratte dall’importo totale (pag. 5 della Relazione).

2.1 - Successivamente, con nota prot. n. 3640 del 27 febbraio 2012, l’Azienda ospedaliera ha comunicato di voler riconoscere a titolo di revisione prezzi un importo complessivo di € 231.476,40 oltre IVA (di cui € 132.321,64 oltre IVA per la quota combustibile, ed € 99.164,76 oltre IVA per la quota manodopera), specificando il metodo di revisione utilizzato.

Nella stessa nota l’Azienda Ospedaliera ha precisato, altresì, che per la stagione 2005/2006 - primo anno di esecuzione del contratto - la revisione non era dovuta e che l’Azienda aveva anticipato un acconto sulla revisione prezzi per l’anno 2009, pari agli importi proposti dal gestore per le stagioni 2006/2007 e 2007/2008 e che, pertanto, tali importi sarebbero stati detratti dall’importo totale dovuto da essa.

3. - Nel frattempo, con atto del 31 maggio 2011, è stata comunicata al RTI Siram l’adozione della deliberazione di proroga del contratto per il periodo 1/6/2011 – 30/9/2011 alla quale ha fatto seguito la sottoscrizione del contratto, intervenuta in data 18 ottobre 2011, con validità dal 1/6/2011 al 31/5/2012.

3.1 - Quanto alla revisione prezzi, l’art. 3.2 di tale contratto prevedeva che l’adeguamento dei prezzi era dovuto solo sulla quota combustibile soggetta a revisione “sulla base del prezzo dell’effettivo acquisto con riferimento di partenza al 01/06/2011”.

3.2 - Con successiva deliberazione n. 712 del 29/8/2012, l’Azienda Ospedaliera -, nelle more dell’effettiva adesione alla convenzione Consip S.p.A. “Servizio Energia Integrato 2- Lotto” –, ha fatto applicazione della previsione recata dall’art. 4.2 del contratto del 18.10.2011, ed ha prorogato il contratto per il periodo 1/6/2012 – 30/9/2012, data nella quale il rapporto contrattuale è definitivamente cessato.

3.3 - Con note in data 12.11.2012, 23.11.2012 e 30.1.2013 l’Azienda Ospedaliera ha rifiutato di pagare le fatture relative alla revisione sulla quota combustibile anche con riferimento al periodo di proroga del contratto, adducendo quale unica ragione ostativa alla liquidazione, il mancato previo accordo circa l’importo relativo alla revisione prezzi.

4. - Con ricorso proposto dinanzi al TAR per la Lombardia, sede di Milano, le società ricorrenti, in qualità di appartenenti a un Raggruppamento temporaneo di imprese (in seguito RTI Siram), hanno chiesto l’accertamento del proprio diritto alla revisione e adeguamento del corrispettivo per lo svolgimento delle prestazioni di cui al “Contratto per il servizio di gestione, manutenzione e riqualificazione degli impianti termici di condizionamento e tecnologici dell’Azienda Ospedaliera San Paolo” del 22 dicembre 2005, a decorrere dal quarto anno di contratto e quindi per le annualità 2008/2009, 2009/2010 e 2010/2011, nonché al contratto in proroga del 18 ottobre 2011 e successiva proroga tecnica disposta con deliberazione n. 712 del 29 agosto 2012, e quindi per il periodo 1 giugno 2011-30 settembre 2012, e la conseguente condanna dell’Azienda Ospedaliera resistente al pagamento in loro favore di una somma pari a complessivi € 1.788.206,84 + I.V.A. (€ 2.155.376,67, I.V.A. compresa).

4.1 - Si è costituita in resistenza l’Azienda Ospedaliera che ha chiesto il rigetto del ricorso.

5. - Con la sentenza impugnata il TAR ha accolto il ricorso.

6. - Avverso tale sentenza ha proposto appello principale l’Azienda Ospedaliera, mentre il RTI si è costituito in giudizio depositando memoria e proponendo anche appello incidentale.

7. - All’udienza pubblica del 6 ottobre 2016 l’appello è stato trattenuto in decisione.

8. - L’appello principale è fondato e va dunque accolto.

8.1 - E’ necessario riportare – in estrema sintesi – il contenuto della sentenza impugnata.

8.2 - Con riferimento alla richiesta di revisione prezzi per il triennio 2008-2009, 2009-2010, 2010-2011, il TAR, con il primo capo di sentenza, ha accolto il ricorso rilevando che:

- la controversia non riguardava il diritto ad ottenere la revisione prezzi, ma solo la misura della revisione;

- la questione rientrava nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell’art. 133, comma 1, lett. e) n. 2 c.p.a.

- l’aspetto controverso riguardava l’interpretazione dell’art. 7 del contratto di appalto stipulato il 22 dicembre 2005, che, a sua volta, rimandava alla norma recata dall’art. 6 della L. n. 537 del 1993, oggi trasfusa nell’art. 115 del codice dei contratti;

- era contrario a buona fede il comportamento dell’Azienda ospedaliera che aveva modificato unilateralmente i criteri per determinare l’importo da corrispondere a titolo di revisione prezzi per le ultime tre annualità, pretendendo di applicare tali nuovi criteri con efficacia retroattiva anche alle due annualità per le quali il pagamento era già avvenuto, sostenendo che tali pagamenti non sarebbero stati definitivi, trattandosi di meri acconti anche per le annualità successive;

- non erano stati rispettati neppure i principi che regolano l’autotutela amministrativa (ove fosse stata qualificata la posizione del contraente privato come portatore di interesse legittimo) poiché l’Azienda Ospedaliera non aveva spiegato perché avrebbe aspettato la completa esecuzione del contratto per procedere a porre nel nulla il precedente accordo, senza avere neppure la certezza del conseguimento di un risparmio certo.

8.3 - Con riferimento, invece, alla mancata revisione dei prezzi per il contratto in proroga del 18 ottobre 2011, e alla successiva proroga tecnica, il TAR, con il secondo capo di sentenza, ha rilevato che:

- il mancato raggiungimento dell’accordo tra le parti non poteva consentire il rinvio sine die del pagamento della somma a titolo di revisione prezzi, tenuto conto anche del tenore alquanto puntuale della clausola;

- l’ulteriore ragione addotta in sede processuale – e cioè l’inapplicabilità della revisione in ragione della durata annuale del contratto – costituiva un’inammissibile integrazione postuma della motivazione.

8.4 - Pertanto, il TAR ha così disposto: “vanno annullati gli atti che hanno imputato a titolo di acconto le somme già versate a titolo di revisione prezzi per le annualità 2006/2007 e 2007/2008, che devono invece essere considerate versate a titolo definitivo; per le annualità 2008/2009, 2009/2010 e 2010/2011, va fatto obbligo all’Azienda resistente di dare avvio a un procedimento istruttorio ex art. 6, comma 4, della legge n. 537 del 1993 (trasfuso nell’art. 115, del D. Lgs. n. 163 del 2006; cfr. anche T.A.R. Campania, Napoli, VIII, 5 febbraio 2015, n. 887), da svolgere in contraddittorio con le parti ricorrenti, per addivenire alla definitiva quantificazione del compenso revisionale, risultando illegittima la determinazione in via unilaterale del richiamato compenso a contratto completamente eseguito”.

8.4 - In relazione al secondo capo di domanda, il primo giudice ha riconosciuto la revisione prezzi nei termini previsti nel contratto per il periodo di proroga.

9. - Con il secondo e terzo motivo dell’appello principale, da esaminarsi prioritariamente per ragioni logiche, l’Azienda Ospedaliera ha dedotto che:

- la posizione dell’appaltatore in relazione alle modalità ed ai risultati della revisione è di interesse legittimo in ragione della discrezionalità dell’amministrazione sull’an debeatur;

- ciò comporta l’obbligo di impugnare nel termine decadenziale ordinario gli atti con i quali la stazione appaltante non solo definisce l’an della pretesa, ma individua – previa istruttoria ai sensi dell’art. 6 comma 4 della L. n. 537 del 1993 -, anche i criteri di calcolo del compenso revisionale;

- la giurisprudenza amministrativa più recente ha precisato che i risultati del procedimento di revisione prezzi sono espressione di facoltà discrezionale, che sfocia in un provvedimento autoritativo che deve essere impugnato nel termine decadenziale di legge;

- l’eccezione di tardività dell’impugnazione è rilevabile d’ufficio in ogni stato e grado del giudizio;

- l’omessa tempestiva impugnazione degli atti con i quali la stazione appaltante ha quantificato il compenso revisionale per le annualità contrattuali dal 2006 al 2011, rende inoppugnabile la quantificazione della somma operata dalla stazione appaltante, e pari ad € 231.476,40 contenuta nel provvedimento del 27 febbraio 2012, non tempestivamente impugnato;

- la ratio dell’istituto della revisione prezzi, contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, è quella di evitare che il corrispettivo del contratto di durata subisca aumenti incontrollati nel corso del tempo, tali da sconvolgere l’equilibrio finanziario sulla base del quale è intervenuta la stipulazione del contratto; solo in via mediata tutela l’interesse dell’impresa a non subire l’alterazione dell’equilibrio contrattuale conseguente alle modifiche dei costi sopraggiunte durante l’arco del rapporto;

- l’esigenza di contenimento della spesa ha indotto l’Azienda Ospedaliera a rivedere in autotutela il compenso revisionale già assegnato per le due prime annualità, provvedendo a rideterminare il compenso revisionale per l’intera durata del contratto.

9.2 - Le censure sono fondate.

- l' art. 6, comma 4, della L. n. 537 del 1993, come novellato dall' art. 44 della L. n. 724 del 1994, prevede che tutti i contratti pubblici ad esecuzione periodica o continuativa devono recare una clausola di revisione periodica del prezzo pattuito;

- tale disposizione, ora recepita nell'art. 115 del codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 163 del 2006) per quanto riguarda gli appalti di servizi o forniture, costituisce norma imperativa non suscettibile di essere derogata in via pattizia, ed è integratrice della volontà negoziale difforme secondo il meccanismo dell'inserzione automatica;

- la finalità dell’istituto è da un lato quella di salvaguardare l'interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi alle pubbliche amministrazioni non siano esposte col tempo al rischio di una diminuzione qualitativa, a causa dell'eccessiva onerosità sopravvenuta delle prestazioni stesse, e della conseguente incapacità del fornitore di farvi compiutamente fronte (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 maggio 2015 n. 2295; Consiglio di Stato, Sez. V, 20 agosto 2008 n. 3994), dall’altro di evitare che il corrispettivo del contratto di durata subisca aumenti incontrollati nel corso del tempo tali da sconvolgere il quadro finanziario sulla cui base è avvenuta la stipulazione del contratto (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 aprile 2014 n. 2052; Sez. III 4 marzo 2015 n. 1074; Sez. V 19 giugno 2009 n. 4079);

- l’obbligatoria inserzione di una clausola di revisione periodica del prezzo, da operare sulla base di un’istruttoria condotta dai competenti organi tecnici dell’amministrazione, non comporta anche il diritto all’automatico aggiornamento del corrispettivo contrattuale, ma soltanto che l’Amministrazione proceda agli adempimenti istruttori normativamente sanciti;

- in tal senso si è ripetutamente pronunciata la giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6275 e 24 gennaio 2013 n. 465), rilevando che la posizione dell'appaltatore è di interesse legittimo, quanto alla richiesta di effettuare la revisione in base ai risultati dell’istruttoria, poiché questa è correlata ad una facoltà discrezionale riconosciuta alla stazione appaltante (Cass. SS.UU. 31 ottobre 2008 n. 26298), che deve effettuare un bilanciamento tra l'interesse dell'appaltatore alla revisione e l'interesse pubblico connesso al risparmio di spesa, ed alla regolare esecuzione del contratto aggiudicato;

- in ordine alla fissazione dell'adeguamento spettante, è da escludere che la pretesa vantata dal privato fornitore abbia la consistenza di un diritto soggettivo perfetto suscettibile di accertamento e condanna da parte del giudice amministrativo; infatti, le citate disposizioni prescrivono che la determinazione sia effettuata dalla stazione appaltante all'esito di un'istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi;

- l'istituto della revisione prezzi si atteggia secondo un modello procedimentale volto al compimento di un'attività di preventiva verifica dei presupposti necessari per il riconoscimento del compenso revisionale, modello che sottende l'esercizio di un potere autoritativo tecnico-discrezionale dell'amministrazione nei confronti del privato contraente, potendo quest'ultimo collocarsi su un piano di equiordinazione con l'amministrazione solo con riguardo a questioni involgenti l'entità della pretesa;

- di conseguenza, la posizione del privato contraente si articolerà nella titolarità di un interesse legittimo con riferimento all' an della pretesa ed eventualmente in una situazione di diritto soggettivo con riguardo al quantum, ma solo una volta che sarà intervenuto il riconoscimento della spettanza di un compenso revisionale; peraltro tale costruzione, ormai del tutto ininfluente ai fini del riparto di giurisdizione, mantiene inalterata la sua rilevanza con riferimento alle posizioni giuridiche soggettive del contraente dell'amministrazione proprio per effetto dell'art. 133, lett. e), punto 2), c.p.a., che assoggetta l'intera disciplina della revisione prezzi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo;

- la qualificazione in termini autoritativi del potere di verifica della sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del compenso revisionale, comporta che il privato contraente potrà avvalersi solo dei rimedi e delle forme tipiche di tutela dell'interesse legittimo. Ne deriva che sarà sempre necessaria l'attivazione - su istanza di parte - di un procedimento amministrativo nel quale l’Amministrazione dovrà svolgere l'attività istruttoria volta all'accertamento della sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del compenso revisionale, compito che dovrà sfociare nell’adozione del provvedimento che riconosce il diritto al compenso revisionale e ne stabilisce anche l’importo. In caso di inerzia da parte della stazione appaltante, a fronte della specifica richiesta dell’appaltatore, quest’ultimo potrà impugnare il silenzio inadempimento prestato dall’Amministrazione, ma non potrà demandare in via diretta al giudice l’accertamento del diritto, non potendo questi sostituirsi all'amministrazione rispetto ad un obbligo di provvedere gravante su di essa (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 24 gennaio 2013 n. 465);

- i principi espressi in precedenza trovano conferma anche nelle costanti decisioni delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (ex multis S.U. 14090 del 2004, 4463/2009, 6016 e 19567/2011, 7176 e 12063/del 2014) secondo cui, in tema di revisione prezzi, la posizione dell'appaltatore di fronte alla facoltà dell'amministrazione di concederla ricorrendone i presupposti giuridici, ha natura di mero interesse legittimo, tutelabile dinanzi al giudice amministrativo. Di conseguenza la lex specialis del capitolato di appalto che si conformi a queste norme non può costituire ex sé un diritto soggettivo dell'appaltatore nella fase precedente il riconoscimento della revisione prezzi da parte dell'organo amministrativo competente, ed in tal modo derogare alla disciplina normativa sul relativo potere autoritativo e sulla conseguente giurisdizione del giudice amministrativo, anche sulla mancata risposta dell'amministrazione alla relativa richiesta dell'appaltatore poiché la sua posizione si colloca in un'area di rapporti in cui la P.A. che non è su base paritetica, pur essendo stato il contratto di appalto già stipulato (cfr. Cass. civ. Sez. Unite, Ord., 30/10/2014, n. 23067);

- ne consegue che i risultati del procedimento di revisione prezzi sono dunque espressione di facoltà discrezionale, che sfocia in un provvedimento autoritativo, il quale deve essere impugnato nel termine decadenziale di legge (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27 novembre 2015 n. 5375; 24 gennaio 2013 n. 465).

9.3 - Venendo al caso di specie deve ritenersi inammissibile l’azione di accertamento del diritto al compenso revisionale proposta in primo grado dal RTI Siram, atteso che il provvedimento che dispone la revisione prezzi e ne fissa i termini ha natura autoritativa: nei suoi confronti l’appaltatore è titolare della posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo e non di diritto soggettivo.

Il ricorrente in primo grado non poteva chiedere in via diretta l’accertamento del suo “diritto” ed il giudice non poteva statuire direttamente sul punto.

Del resto la sentenza del primo giudice è contraddittoria poiché da un lato ha considerato il giudizio come di mero accertamento, ma ha poi disposto l’annullamento degli atti di riconoscimento e quantificazione del compenso revisionale, senza avvedersi della loro omessa o tardiva impugnazione.

9.3.1 - Secondo l’appellato, invece, ciò sarebbe stato possibile perché - nel caso di specie - vi sarebbe già stato il riconoscimento del “diritto” al compenso revisionale, in quanto la stazione appaltante nel 2009 aveva ritenuto corretto il criterio di computo proposto dall’appaltatore, ed aveva liquidato l’importo da esso richiesto operando una rateizzazione delle somme riconosciute come spettanti.

9.3.2 - Secondo l’appellato, infatti, detto riconoscimento avrebbe avuto l’effetto di costituire in capo all’appaltatore il diritto soggettivo alla corresponsione del compenso revisionale non solo per le annualità 2006-2007 e 2007-2008, ma anche per quelle relative al successivo triennio, ora in contestazione.

10. - La tesi del RTI Siram non è condivisibile.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa dell’appellato, infatti, il diritto e la misura del compenso revisionale era stata concordata solo con riferimento al biennio precedente e non con riferimento all’intera durata del contratto, come può evincersi in modo chiaro dalla disamina della nota del 26 marzo 2009 (cfr. doc. n. 17) nella quale si dichiara espressamente che il riconoscimento della revisione prezzi riguarda unicamente le annualità 2006/2007 e 2007/2008 nella misura ivi indicata.

Sicchè la posizione giuridica soggettiva del RTI appellato non ha conseguito la natura di diritto soggettivo con riferimento alle annualità 2008/2009, 2009/2010 e 2010/2011, mantenendo quella di interesse legittimo.

10.1 - Dalla disamina degli atti adottati dall’Azienda Ospedaliera appellante in merito alla vicenda si evince che:

- il provvedimento del 26 settembre 2011 costituisce il documento istruttorio di cui all’art. 6 comma 4 della L. n. 537/1993, come può agevolmente evincersi dalla disamina della relazione allegata alla nota (pag. 3), nella quale si precisa che si tratta dell’istruttoria per la revisione prezzi condotta dai dirigenti responsabili dell’U.O. Approvvigionamenti dell’A.O. S. Paolo di Milano in relazione al contratto in questione; la relazione, inoltre, fa espresso riferimento all’art. 7 del contratto di appalto e richiama la stessa disposizione normativa sopra citata;

- il successivo provvedimento del 27 febbraio 2012 prot. n. 3640 costituisce l’atto autoritativo che, nel recepire i risultati dell’istruttoria svolta in precedenza, ha riconosciuto l’an ed in quantum spettante a titolo di revisione prezzi per l’intera durata del contratto di appalto;

- tale atto – per quanto concerne il periodo 2006/2007 e 2007/2008 - costituisce atto di autotutela, avendo l’Amministrazione accertato che le somme riconosciute in precedenza non erano state correttamente computate;

- l’esercizio del potere di autotutela è giustificato dall’esigenza di recupero del denaro pubblico erroneamente erogato, atteso che - a seguito dell’istruttoria svolta dall’esperto esterno -, l’Azienda Ospedaliera ha accertato che il compenso revisionale spettante all’appaltatore era di gran lunga inferiore a quello riconosciuto con atto del 26 marzo 2009.

10.2 - Ne consegue che il ricorrente in primo grado, per poter validamente azionare la propria pretesa, avrebbe dovuto provvedere alla tempestiva impugnazione del provvedimento dell’Azienda Ospedaliera del 27 febbraio 2012 (e del precedente atto istruttorio del 26 settembre 2011) che nel riconoscere il compenso revisionale ne aveva stabilito anche l’entità, disponendo nel contempo - nell’esercizio del potere di autotutela – anche il ricalcolo del compenso per le annualità precedenti (2006/2007 e 2007/2008) considerando le somme già erogate come semplici acconti.

10.3 - La mancata tempestiva impugnazione di detto atto autoritativo (e del precedente atto istruttorio ) ha comportato l’inoppugnabilità delle determinazioni assunte dall’Amministrazione nell’esercizio della potestà discrezionale di definire l’an ed il quantum del compenso revisionale e di disporre in sede di autotutela, ai sensi dell’art. 21 nonies della L. 241/90, l’annullamento della precedente determinazione datata 26 marzo 2009 di riconoscimento del compenso revisionale con riferimento al biennio 2006-2007 e 2007/2008.

Essa, infatti, aveva comportato – come accertato dall’esperto nella propria relazione - un indebito esborso di pubblico denaro, attesa l’errata commisurazione del compenso revisionale riconosciuto.

Nella relazione si evince, infatti, che per il contratto originario avente durata quinquennale la richiesta complessiva di compenso revisionale avanzata dall’ex appaltatore è stata pari ad € 2.282.266,55 a fronte di un compenso revisionale determinato dalla stazione appaltante in € 826.244,26 (cfr. p. 23 appello principale e pp. 4 e 7 della relazione dell’esperto).

10.4 - Quanto ai presunti vizi di legittimità del provvedimento di autotutela, e alla sua contraddittorietà alla disposizione recata dall’art. 21 nonies della L. 241/90 per il decorso del termine ragionevole di 18 mesi ivi previsto (p. 10-11 della memoria del 2 settembre 2016 di parte appellata), si tratta di questioni che avrebbero dovuto essere dedotte in sede di impugnazione del provvedimento autoritativo del 27 febbraio 2012, che non è stato però impugnato nei termini e che è divenuto, ormai, inoppugnabile.

10.5 - L’accoglimento dei suddetti motivi dell’appello principale comporta l’assorbimento delle ulteriori doglianze proposte avverso il primo capo di sentenza, relativo al compenso revisionale per le annualità 2008/2009, 2009/2010, 2010/2011 e all’esercizio del potere di annullamento in autotutela con riferimento al biennio 2006/2007, 2007/2008.

10.6 - In particolare, può essere assorbita anche la quarta doglianza, con la quale l’appellante ha dedotto la prevalenza del principio di causalità negoziale rispetto al principio di buona fede sulla base del quale il primo giudice ha fondato la propria decisione.

11. - L’esercizio del potere di autotutela amministrativa che consente alla pubblica amministrazione di disporre l’annullamento di propri atti illegittimi, specie quando comportano un indebito esborso di denaro pubblico, rende superflua la disamina dell’eccezione di inammissibilità sollevata dalla difesa dell’appellato in ordine alla “domanda riconvenzionale” proposta dall’Azienda Ospedaliera nel quarto motivo di appello, in relazione alla dedotta inapplicabilità al caso di specie dell’art. 2041 c.c. e alla conseguente eccezione di difetto di giurisdizione (pag. 6 memoria dell’appellato del 2/9/2016).

L’inoppugnabilità del provvedimento del 27 febbraio 2012 che dispone e quantifica il compenso revisionale, facendo applicazione del potere di autotutela, è infatti idoneo di per sé a disciplinare i rapporti economici tra le parti, sicchè non occorre l’espressa pronuncia del giudice in merito all’applicabilità al caso di specie dell’art. 2041 c.c.

11.1 - Del resto, nelle conclusioni dell’appello principale non si fa cenno alcuno ad una pronuncia in tema di arricchimento senza causa, essendosi limitata l’Azienda Ospedaliera ha chiedere in via principale di riformare la sentenza di primo grado “previo accertamento e riconoscimento in favore del RTI ricorrente in primo grado, per il periodo 1/6/2006 – 31/5/2011, unicamente della somma proposta dall’Azienda con nota provvedimentale del 27/2/2012, consolidatasi a seguito della mancata impugnazione nel termine decadenziale di legge (…) pari ad € 231.476,40 oltre I.V.A.”

12. - L’accoglimento della domanda principale che comporta la perdurante efficacia della determinazione della stazione appaltante del 27 febbraio 2012 (e del precedente documento istruttorio), consente, inoltre, di dichiarare inammissibili le eccezioni di inammissibilità sollevate nella memoria di costituzione dell’appellato (pag. 2 e 3), che tendono a paralizzare la domanda subordinata proposta dall’appellante.

13. - Deve essere invece respinto il primo motivo di appello incidentale proposto dal RTI Siram [(in via principale) (pag. 4-6)] con il quale l’appellante incidentale intende conseguire il pagamento del compenso revisionale negli importi ivi indicati, tenuto conto che l’inoppugnabilità del provvedimento autoritativo del 27 febbraio 2012 che ha stabilito l’an ed il quantum del compenso revisionale, e che ha disposto nel contempo l’esercizio del potere di annullamento in autotutela del provvedimento del 2009, costituisce – in considerazione dell’accoglimento della domanda principale proposta con l’appello principale - l’unico parametro di determinazione possibile del compenso revisionale.

14. - Per le medesime ragioni deve essere respinto anche il successivo motivo dell’appello incidentale, proposto in via subordinata, diretto a sostenere l’inapplicabilità dell’indice FOI nella determinazione del compenso revisionale.

Ciò vale, ovviamente, per la parte relativa al compenso revisionale relativo al contratto del 2005, e dunque limitatamente al primo capo di sentenza, non essendo stato ancora esaminato l’appello principale relativo al successivo capo di sentenza.

15. - Devono essere ora esaminate le doglianze relative al secondo capo di sentenza, relativo al riconoscimento del diritto alla revisione prezzi con riferimento al successivo contratto del 18 ottobre 2011 (relativo al periodo 1/6/2011- 31/5/2012) e alla successiva proroga di tale contratto fino al 30/9/2012.

15.1 - Come già rilevato in precedenza, il primo giudice ha accolto il capo di domanda diretto al riconoscimento del diritto alla revisione prezzi nei termini indicata nel contratto (art. 3.2 del contratto del 18 ottobre 2011).

Ha fondato la propria decisione rilevando che l’Azienda Ospedaliera aveva respinto la richiesta di revisione – relativa al solo combustibile - formulata dal RTI Siram con tre note, datate rispettivamente 12 e 23 novembre 2012 e 30 gennaio 2013, giustificandola con il solo mancato raggiungimento dell’accordo tra le parti, ritenendo detta motivazione del tutto inadeguata in quanto la stazione appaltante avrebbe dovuto avviare un tavolo di trattative e non rinviare sine die il pagamento della somma, tenuto anche conto del tenore puntuale della clausola contrattuale.

Ha poi ritenuto inammissibile – in quanto integrativa della motivazione – la ragione addotta dalla difesa dell’Azienda Ospedaliera in corso di causa, e cioè l’inapplicabilità della clausola revisionale nell’ambito di un contratto di durata annuale, rilevando – altresì – che trattandosi di clausola inserita nell’ambito di un contratto avente durata annuale, avrebbe necessariamente dovuto avere immediata applicazione.

16. - Con il sesto motivo di appello principale, l’Azienda Ospedaliera ha censurato tale capo di sentenza rilevando che:

- le parti avrebbero stipulato un nuovo di contratto di durata annuale avente un oggetto parzialmente diverso, essendo differenti le prestazioni richieste e il compenso spettante (cfr., nel dettaglio, p. n. 32 appello principale) e non un contratto in proroga come invece ritenuto nella sentenza di primo grado (p. 12);

- la legge non richiederebbe l’accordo delle parti per il riconoscimento del compenso revisionale e per la determinazione del quantum spettante (art. 115 D.Lgs. 163/06 che riprende quanto stabilito dall’art. 6, comma 4, della L. n. 537/93);

- il mancato accordo non avrebbe comportato l’obbligo di aprire un tavolo di trattative tra le parti, come sostenuto (erroneamente) dal primo giudice;

- nonostante la clausola contrattuale, il compenso revisionale non sarebbe dovuto, trattandosi di contratto di durata annuale.

17. - Ritiene innanzitutto il Collegio di dover precisare che le note dell’Azienda Ospedaliera, con le quali sono state restituite al mittente le fatture relative alle somme richieste a titolo di compenso revisionale, non hanno natura provvedimentale. Esse, infatti, si limitano a rappresentare all’appaltatore l’impossibilità di procedere al pagamento delle fatture in mancanza di un formale provvedimento di riconoscimento del diritto, e conseguente quantificazione del compenso revisionale da parte della stazione appaltante: non sussisteva, dunque, per il RTI Siram l’onere della loro impugnazione.

17.1 - Ne consegue che l’appaltatore, per conseguire il compenso revisionale, avrebbe dovuto attivarsi nel rispetto delle modalità utilizzabili in caso di inerzia di una pubblica amministrazione, e cioè ricorrendo alla procedura sul silenzio, come già rilevato in precedenza richiamando la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato.

17.2 - Nel caso di specie, però, la questione dell’inammissibilità della domanda di accertamento del diritto al compenso revisionale relativa al biennio in questione, non è stata dedotta come motivo di appello, sicchè il Collegio deve pronunciarsi sulla debenza o meno del compenso revisionale per il periodo 1/6/2011 – 31/5/2012 tenendo conto esclusivamente di quanto dedotto dalle parti e ritenuto nella sentenza di primo grado.

18. – Preliminarmente occorre distinguere la situazione relativa al periodo 1/6/2011 – 31/5/2012 (disciplinata dal contratto del 18 ottobre 2011) da quella relativa al periodo 1/6/2012 – 30/9/2012 (di cui alla delibera n. 712 del 29 agosto 2012, che a sua volta rinvia alle “medesime condizioni contrattuali di cui al contratto scaduto in data 31.5.2012”) (c.d. proroga tecnica), essendo applicabili alle due situazioni discipline differenti.

18.1 – Va preventivamente esaminata la questione relativa alla debenza del compenso revisionale con riferimento al contratto annuale stipulato il 18 ottobre 2011.

E’ necessario accertare preliminarmente la natura di tale contratto al fine di verificare se costituisce una proroga (come ritenuto dal RTI appellato) ovvero un rinnovo del precedente contratto stipulato nel 2005 (come invece dedotto dall’Azienda Ospedaliera): infatti, “mentre la proroga del termine finale di un appalto pubblico di servizi sposta solo in avanti la scadenza conclusiva del rapporto, il quale resta regolato dalla sua fonte originaria, il rinnovo del contratto comporta una nuova negoziazione tra i medesimi soggetti, ossia un rinnovato esercizio dell'autonomia negoziale, che rende incompatibile l'immediata applicazione imperativa della clausola di revisione prezzi" (Cons. Stato, V , 22 giugno 2010 n. 3892; id. n.3019 del 14 maggio 2010).

18.2 - Inoltre, in caso di proroga, vi sarebbe lo spostamento del termine di durata del precedente vincolo contrattuale già pluriennale, mentre nel caso di rinnovo, la durata del vincolo sarebbe soltanto annuale, così come pattuito dalle parti.

18.3 - Ritiene il Collegio condivisibile la tesi dell’appellante principale.

Dalla disamina del contratto stipulato il 18 ottobre 2011 emerge in modo chiaro che non può trattarsi di una proroga del vecchio contratto risalente al 2005, tenuto conto delle modifiche apportate alle prestazioni fornite dell’appaltatore e al corrispettivo dovuto per lo svolgimento del servizio da parte della stazione appaltante.

Si tratta, dunque, di un “rinnovo” e non di una “proroga” del precedente contratto.

18.4 - Ciò assume rilievo dirimente ai fini della questione controversa, in quanto la durata annuale del contratto è di per sé impeditiva al riconoscimento del compenso revisionale che si applica esclusivamente ai contratti di durata pluriennale, e ciò a prescindere dalle difforme clausola inserita dalle parti all’art. 3.2 del contratto.

18.5 - L’istituto della revisione prezzi nei contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi e forniture è soggetta al rispetto dei principi di ordine pubblico, tanto è vero che in caso di mancata previsione della clausola revisionale, ovvero di inserimento di una clausola difforme da quanto previsto dalla legge, opera il meccanismo dell’inserzione automatica della previsione normativa e della prevalenza con sostituzione automatica della clausola difforme ai sensi degli artt. 1419, comma 2, e 1339 c.c.

18.6 - Il riferimento normativo alla clausola revisionale non attribuisce, infatti, alle parti ampi margini di libertà negoziale, ma impone di tradurre sul piano contrattuale l’obbligo legale, definendo anche i criteri e gli essenziali momenti procedimentali per il corretto adeguamento del corrispettivo (Cons. Stato, Sezione V, 2/11/2009 n. 6709)

18.7 - La ratio e lo spirito della legge – che prevede la revisione del prezzo su base periodica - dimostra, infatti, che il legislatore ha inteso munire i contratti di forniture e servizi di un meccanismo di aggiornamento del corrispettivo alla dinamica dei prezzi registrata in un determinato intervallo temporale, secondo cadenze predeterminate, legando dunque l'adeguamento del prezzo al trascorrere di un significativo periodo di tempo (cfr. l'art. 33 della L. 28 febbraio 1986, n. 41, che escludeva la revisione per il primo anno; l'art. 6 della L. 24 dicembre 1993, n. 537, che rinviava a dati rilevati, elaborati e pubblicati con cadenza periodica; l'art. 115 del D.Lgs. n. 163 del 2006, che prevede una revisione periodica sulla base di costi standardizzati determinati "annualmente": art. 7, co. 4, lett. c) del D.Lgs. 163/06.

18.8 - E’ stato quindi ritenuto in giurisprudenza (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 9 maggio 2012, n. 2123; T.A.R. Puglia, Sezione di Lecce, sez. II, 29.11.2007, n. 4111), e dalla stessa A.V.C.P. (parere del 4/8/2008 rif. AG20-08 d.lgs. 163/06 articoli 114 – Codici 115.1 e parere n. 82 del 30/5/2012 rif. PREC 7/12/S d.lgs 163/06 articoli 115-Codici 115.1) che il compenso revisionale non è dovuto per il primo anno di contratto, in quanto, pur in assenza di un’espressa indicazione al riguardo ex art. 6 della legge 537 citata, i contratti pubblici ad esecuzione continuata o periodica vengono stipulati per più annualità per la cui la revisione va calcolata al termine di ogni anno.

19. - Ne consegue la fondatezza del sesto motivo di appello principale nella parte in cui ha censurato il capo di sentenza con la quale il primo giudice ha accolto la domanda del RTI diretta ad ottenere il compenso revisionale per il periodo 1/6/2011 – 31/5/2012.

19.1 - Nel caso di specie, infatti, non assume alcuna rilevanza la tesi del TAR secondo cui il riferimento alla durata annuale del contratto costituirebbe una inammissibile integrazione postuma della motivazione, poiché sussiste la preclusione normativa a prescindere da quanto rappresentato dall’Amministrazione.

19.2 - L’accoglimento del sesto motivo dell’appello principale comporta il rigetto dell’appello incidentale relativo allo specifico capo di domanda in questione (p. 6 e 8), tenuto conto dell’inapplicabilità del criterio revisionale previsto dall’art. 3.2 del contratto stipulato il 18 ottobre 2011.

20. - Resta da esaminare la questione relativa all’applicazione del compenso revisionale con riferimento al periodo di proroga del contratto del 18 ottobre 2011, e cioè dal 1/6/2012 al 30/9/2012.

In questo caso non opera la precedente preclusione relativa alla durata solo annuale del contratto e ricorre pacificamente l’ipotesi della proroga del precedente contratto.

20.1 - La questione controversa riguarda, dunque, la commisurazione del compenso revisionale, oggetto dell’ultimo punto del sesto motivo di appello principale (p. 35, 36) e correlativamente oggetto dell’appello incidentale, nella parte in cui contesta l’applicabilità dell’indice FOI in presenza di una specifica clausola che dispone in modo specifico sul criterio di calcolo della revisione del prezzo del combustibile (art. 3.2 del contratto), secondo cui la quota combustibile “potrà essere revisionata sulla base del prezzo dell’effettivo acquisto con riferimento di partenza al 01/06/2011”.

20.2 - Con l’appello principale l’Azienda Ospedaliera ha rilevato che il raggruppamento Siram non avrebbe dimostrato l’intervenuta variazione del prezzo del combustibile calcolato secondo l’indice FOI cui fa rinvio anche l’art. 115 del D.Lgs. 163/06: ha dunque concluso sostenendo che neppure detto compenso revisionale sarebbe dovuto.

20.3 - La doglianza va accolta sebbene nei termini in seguito precisati.

E’ opportuno richiamare i principi affermati dalla giurisprudenza in merito all’istituto della revisione prezzi, con la precisazione che i principi affermati con riferimento al vecchia normativa risultano applicabili anche dopo l’introduzione dell’art. 115 del d.lgs. 163/06, che ha recepito il vecchio testo dell’art. 6 c. 4 della L. n. 537/93.

“… i due periodi del comma 4 dell’art. 6 della L. n. 537/1993 enunciano altrettanti principi di estrema chiarezza: il primo impone la revisione periodica del prezzo di tutti i contratti pubblici ad esecuzione periodica e continuativa, il secondo stabilisce che l’entità di tale revisione deve scaturire dagli esiti di un’apposita istruttoria condotta dall’amministrazione.

Orbene, è vero che il successivo comma 6 individua all’uopo alcuni parametri statistici ai quali ancorare le valutazioni amministrative in materia, ma emerge con altrettanta evidenza che siffatto “modello istruttorio” è stato disciplinato dal Legislatore soltanto al fine di “orientare” (così è l’incipit del comma) l’operato della parte pubblica. Ne consegue che la carenza delle rilevazioni statistiche semestrali contemplate dal comma 6 non impedisce l’applicazione del precedente comma 4, rimanendo inalterato il potere-dovere dell’amministrazione di svolgere comunque un’istruttoria che – anche in assenza dei criteri predeterminati dall’art. 6 – deve comunque svolgersi nel rispetto del generale limite interno di ragionevolezza.” (Sez. V, 14 dicembre 2006, n. 7461)

“Poiché la disciplina legale dettata dall’art. 6, commi 4 e 6, cit. non è mai stata attuata nella parte in cui prevede l’elaborazione, da parte dell’ISTAT, di particolari indici concernenti il miglior prezzo di mercato desunto dal complesso delle aggiudicazioni di appalti di beni e servizi, rilevate su base semestrale, la lacuna, per giurisprudenza costante, è stata colmata mediante il ricorso al cosiddetto “indice F.O.I.” (… ).

Secondo tale indirizzo giurisprudenziale, l’utilizzo di quest’ultimo parametro non esonera la stazione appaltante dal dovere di istruire il procedimento, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto, al fine di esprimere la propria determinazione discrezionale, ma segna il limite massimo oltre il quale, salvo circostanze eccezionali che devono essere provate dall’impresa, non può spingersi nella determinazione del compenso revisionale.

In tal modo, si rispetta la ratio dell’art. 6 cit. consistente nel coniugare l’esigenza di interesse generale di contenere la spesa pubblica, con quella, parimenti generale, di garantire nel tempo la corretta e puntuale erogazione delle prestazioni dedotte nel programma obbligatorio.

L’istituto della revisione è infatti preordinato, nell’attuale disciplina, alla tutela dell’esigenza dell’amministrazione di evitare che il corrispettivo del contratto di durata subisca aumenti incontrollati nel corso del tempo tali da sconvolgere il quadro finanziario sulla cui base è avvenuta la stipulazione del contratto.

Solo in via mediata l’istituto tutela l’interesse dell’impresa a non subire l’alterazione dell’equilibrio contrattuale conseguente alle modifiche dei costi che si verifichino durante l’arco del rapporto e che potrebbero indurla ad una surrettizia riduzione degli standard qualitativi delle prestazioni.

Laddove, pertanto, l’impresa dimostri, durante l’istruttoria, l’esistenza di circostanze eccezionali che giustifichino la deroga all’indice F.O.I., la quantificazione del compenso revisionale potrà effettuarsi con il ricorso a differenti parametri statistici” (Cons. Stato Sez. V, 23 aprile 2012, n. 2052; Sez. V, 17 febbraio 2010, n. 935; 1° ottobre 2010, n. 7254; 19 giugno 2009, n. 4079; 20 agosto 2008, n. 3994; 9 giugno 2008, n. 2786; 14 dicembre 2006, n. 7461; 16 giugno 2003, n. 3373; 8 maggio 2002 n. 2461; 13 dicembre 2002 n. 4801).

20.4 - Pertanto, ritiene il Collegio, che sussista l’obbligo per la stazione appaltante di avviare l’istruttoria al fine di accertare se competa al RTI Siram il compenso revisionale per la quota carburante con riferimento al periodo di proroga tecnica (e cioè 1/6/2012 – 30/9/2012) facendo applicazione dell’indice FOI, criterio oggettivo che permette di conferire un principio di salvaguardia al sinallagma contrattuale e, nello stesso tempo, preservare gli equilibri della finanza pubblica, ma “laddove … l’impresa dimostri, durante l’istruttoria, l’esistenza di circostanze eccezionali che giustifichino la deroga all’indice F.O.I., la quantificazione del compenso revisionale potrà effettuarsi con il ricorso a differenti parametri statistici” (come ritenuto in giurisprudenza), ovvero sulla base dello stesso criterio individuato nell’art. 3.2 del contratto.

21. - In conclusione, per i suesposti motivi, l’appello principale va accolto, e per l’effetto, in riforma della sentenza di primo grado, va dichiarato in parte inammissibile ed in parte va respinto il ricorso di primo grado. Va respinto, inoltre, l’appello incidentale.

22. - Tenuto conto della complessità della questione controversa sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese relative al doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

così dispone:

- accoglie l’appello principale, e per l’effetto, in riforma della sentenza di primo grado, dichiara in parte inammissibile ed in parte respinge il ricorso di primo grado;

- respinge l’appello incidentale;

- compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati: Marco Lipari, Presidente Giulio Veltri, Consigliere Pierfrancesco Ungari, Consigliere
Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore Raffaello Sestini, Consigliere

Pubblicato il 09/01/2017
N. 00030/2017REG.PROV.COLL.
N. 04891/2016 REG.RIC.
N. 05136/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4891 del 2016, proposto da Siram s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall’Avvocato Alberto Bianchi (C.F. BNC LRT 54E16 G713Z), dall’Avvocato Andrea Fantappiè (C.F. FNT NDR 67M03 D612S) e dall’Avvocato Marco Selvaggi (C.F. SLV MRC 63R20 H501A), con domicilio eletto presso lo stesso Avvocato Marco Selvaggi in Roma, via Nomentana, n. 76;
contro
Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa – CNS, in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale mandataria della costituenda a.t.i. con Manital s.c.p.a., rappresentata e difesa dall’Avvocati Andrea Manzi (C.F. MNZ NDR 64T26 I804V), dall’Avvocato Francesco Rizzo (C.F. RZZ FNC 61C14 E471E) e dall’Avvocato Stefano Baccolini (C.F. BCC SFN 60B0 1L781Y) e dall’Avvocato Saverio Sticchi Damiani (C.F. STC SVR 75E11 D862Q), con domicilio eletto presso lo stesso Avvocato Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5;
Azienda Ospedaliera Universitaria “Ospedali RiunitiUmberto I – G. Lancisi – G. Salesi” di Ancona, non costituita in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 5136 del 2016, proposto dall’Azienda Ospedaliera Universitaria “Ospedali Riuniti Umberto I – G. Lancisi – G. Salesi” di Ancona, in persona del Direttore Generale pro tempore, rappresentata e difesa dall’Avvocato Galileo Omero Manzi (C.F. MNZ GLM 48A13 D996U), con domicilio eletto presso l’Avvocato Luca Spingardi in Roma, via Filippo Civinini, n. 12;
contro
Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa – CNS, in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale mandataria della costituenda a.t.i. con Manital s.c.p.a., rappresentata e difesa dall’Avvocati Andrea Manzi (C.F. MNZ NDR 64T26 I804V), dall’Avvocato Francesco Rizzo (C.F. RZZ FNC 61C14 E471E) e dall’Avvocato Stefano Baccolini (C.F. BCC SFN 60B0 1L781Y) e dall’Avvocato Saverio Sticchi Damiani (C.F. STC SVR 75E11 D862Q), con domicilio eletto presso lo stesso Avvocato Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5;
nei confronti di
Siram s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall’Avvocato Alberto Bianchi (C.F. BNC LRT 54E16 G713Z), dall’Avvocato Andrea Fantappiè (C.F. FNT NDR 67M03 D612S) e dall’Avvocato Marco Selvaggi (C.F. SLV MRC 63R20 H501A), con domicilio eletto presso lo stesso Avvocato Marco Selvaggi in Roma, via Nomentana, n. 76;
per la riforma
quanto al ricorso n. 4891 del 2016 e quanto al ricorso n. 5136 del 2016:
della sentenza del T.A.R. per le Marche – Ancona, Sezione I, n. 00291/2016, resa tra le parti, concernente l’affidamento del servizio di gestione dell’energia per presidi ospedalieri – risarcimento dei danni

visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;
visto l’atto di costituzione, nei rispettivi giudizi, del Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa – CNS e di Siram s.p.a.;
viste le memorie difensive;
visti tutti gli atti della causa;
relatore nell’udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2016 il Consigliere Massimiliano Noccelli e uditi per le parti l’Avvocato Marco Selvaggi, l’Avvocato Andrea Fantappiè, l’Avvocato Andrea Manzi, l’Avvocato Stefano Baccolini, l’Avvocato Saverio Sticchi e l’Avvocato Damiani Galileo Omero Manzi;
ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando di gara pubblicato il 4 agosto 2014 sulla G.U.U.E, l’Azienda Ospedaliera Universitaria “Ospedali Riuniti Umberto I – Lancisi – Salesi” di Ancona (di qui in avanti, per brevità, l’Azienda) ha indetto una procedura aperta per l’affidamento del Servizio Gestione Energia relativamente ai presidi ospedalieri di competenza dell’Azienda per la durata di sei anni.
1.1. All’esito delle operazioni di gara l’Azienda ha aggiudicato la gara a Siram s.p.a., classificatasi prima con un punteggio complessivo pari a 96,16 punti, mentre al secondo posto si è classificata l’a.t.i. guidata da Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa – CNS (di qui in avanti, per brevità, CNS), con un punteggio di 95,49 punti.
1.2. CNS ha però impugnato avanti al T.A.R. per le Marche l’aggiudicazione della gara, disposta in favore di Siram s.p.a. da parte dell’Azienda con determinazione n. 1077 del 16 dicembre 2015, e gli atti presupposti, e deducendo quattro motivi di illegittimità, ne ha chiesto l’annullamento, con conseguente aggiudicazione della gara in proprio favore, in via principale, o ripetizione dell’intera procedura, in via subordinata.
1.2. Si sono costituite l’Azienda e la controinteressata Siram s.p.a. per resistere al ricorso, del quale hanno chiesto la reiezione.
1.3. Il T.A.R. per le Marche, con la sentenza n. 291 del 10 maggio 2016, ha accolto il primo motivo di ricorso, relativo alla mancata indicazione degli oneri della sicurezza interna nell’offerta economica di Siram s.p.a., mentre ha respinto il secondo e il terzo motivo del ricorso ed ha assorbito il quarto motivo, dedotto solo in via subordinata.
1.4. Il primo giudice ha annullato gli atti impugnati, ma non ha accolto la domanda di aggiudicazione definitiva in favore di CNS, stante la possibilità, da parte della stazione appaltante, di sottoporre la sua offerta a verifica di anomalia, così come era accaduto per l’offerta di Siram s.p.a.
2. Avverso tale sentenza, nella parte in cui ha accolto il primo motivo di ricorso, hanno proposto separati appelli, rispettivamente rubricati al n. R.G. 4891/2016 e al n. R.G. 5136/2016, sia l’Azienda che Siram s.p.a. e ne hanno chiesto, previa sospensione, la riforma, con conseguente reiezione del ricorso proposto in primo grado da CNS.
2.1. Si è costituita in entrambi i giudizi di appello CNS che, con atto di costituzione depositato il 6 luglio 2016, ha dapprima riproposto, ai sensi dell’art. 101, comma 2, c.p.a., il motivo assorbito dal primo giudice, e con successivo appello incidentale, depositato il 13 luglio 2016, ha impugnato la sentenza nella parte in cui ha respinto il secondo e il terzo motivo dell’originario ricorso.
2.2. Nella camera di consiglio del 28 luglio 2016 il Collegio, ritenuto di dover decidere entrambe le cause nel merito per la complessità delle questioni sollevate, ne ha rinviato la trattazione all’udienza pubblica del 20 dicembre 2016.
2.3. In tale udienza il Collegio, sentiti i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.
3. Preliminarmente i due appelli separatamente proposti da Siram s.p.a. e dall’Azienda contro la stessa sentenza devono essere riuniti ai sensi dell’art. 96 c.p.a.
4. Gli appelli principali proposti da Siram s.p.a. e dall’Azienda, ciò premesso, sono fondati e devono essere accolti.
5. Il T.A.R. per le Marche ha accolto il primo motivo del ricorso proposto in primo grado da CNS ed ha ritenuto che Siram s.p.a. dovesse esclusa dalla gara perché essa, in violazione dell’art. 87, comma 4, del d. lgs. n. 163 del 2006, non avrebbe indicato gli oneri di sicurezza aziendali nella propria offerta economica.
5.1. Il primo giudice ha ritenuto di dover aderire all’orientamento, espresso da questo Consiglio di Stato nelle sentenze n. 3 e n. 9 del 2015 dell’Adunanza plenaria, in riferimento alla mancata indicazione degli oneri della sicurezza aziendale nell’offerta di Siram s.p.a.
5.2. La motivazione del primo giudice, nel nuovo quadro interpretativo nel frattempo maturato, non è condivisibile.
6. Questo Consiglio di Stato ha infatti precisato di recente il proprio orientamento nella recente sentenza n. 19 del 27 luglio 2016 dell’Adunanza plenaria e, pur mantenendo fermi i principî affermati nelle sentenze n. 3 e n. 9 del 2015, ne ha mitigato il rigore applicativo al ricorrere di alcune circostanze fattuali, che rendono l’automatica esclusione dell’impresa contrastante con i principî eurounitari della tutela dell’affidamento, della certezza del diritto, della parità di trattamento, della non discriminazione, della proporzionalità e della trasparenza.
6.1. L’Adunanza plenaria, più in particolare, ha ritenuto che, per le gare anteriori all’entrata in vigore del d. lgs. n. 50 del 2016, nelle ipotesi in cui l’obbligo di indicazione dei costi della sicurezza aziendale non sia stato specificato nella legge di gara e non sia contestato, dal punto di vista sostanziale, che l’offerta rispetti i costi minimi della sicurezza aziendale, l’esclusione della concorrente non possa essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l’offerta della stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri del soccorso istruttorio (Adunanza plenaria, 27 luglio 2016, n. 19).
6.2. Tali principi si attagliano perfettamente al caso di specie in quanto:
a) è pacifico che l’offerta dell’appellante principale, Siram s.p.a., è stata presentata non solo prima dell’entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, ma anche prima delle precedenti sentenze n. 3 e n. 9 del 2015 in una fase di incertezza interpretativa riguardante le disposizioni rilevanti nel presente giudizio;
b) la legge di gara non ha specificato ai concorrenti che vi fosse un loro obbligo di indicare nell’offerta, a pena di esclusione, gli oneri della sicurezza aziendale né tale specificazione era stata fornita con la predisposizione di moduli e formulari particolari che li contenessero;
c) l’offerta economica di Siram s.p.a., da un punto di vista sostanziale, rispetta i costi minimi della sicurezza aziendale perché tale dato non è mai stato posto in discussione né confutato da CNS ed è stato acclarato dalla stazione appaltante nel giudizio di anomalia, non impugnato da CNS, con la conseguenza che questa ha già verificato, in concreto, la congruità e l’affidabilità dell’offerta presentata dall’aggiudicataria, dal punto di visto sostanziale, rispetto al profilo in esame.
6.3. Non può che discenderne, pertanto, l’illegittimità della esclusione disposta dal T.A.R. per le Marche nella sentenza qui impugnata.
7. Tale conclusione, deve qui solo aggiungersi, è confermata, confortata e necessitata, anzi, dalla recente ordinanza della Corte di Giustizia UE, sez. VI, 10 novembre 2016, in C-140/16, in C-697/15 e in C-162/16, la quale ha affermato che «il principio della parità di trattamento e l’obbligo di trasparenza, come attuati dalla direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, devono essere interpretati nel senso che ostano all’esclusione di un offerente dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito dell’inosservanza, da parte di detto offerente, dell’obbligo di indicare separatamente nell’offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro, obbligo il cui mancato rispetto è sanzionato con l’esclusione dalla procedura e che non risulta espressamente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale, bensì emerge da un’interpretazione di tale normativa e dal meccanismo diretto a colmare, con l’intervento del giudice nazionale di ultima istanza, le lacune presenti in tali documenti».
7.1. Secondo il giudice europeo, infatti,«i principi della parità di trattamento e di proporzionalità devono inoltre essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di concedere a un tale offerente la possibilità di rimediare alla situazione e di adempiere detto obbligo entro un termine fissato dall’amministrazione».
7.2. Nell’ipotesi in cui infatti, come nella controversia in oggetto, una condizione per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione, pena l’esclusione da quest’ultima, non sia espressamente prevista dai documenti dell’appalto e possa essere identificata solo con un’interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale, «l’amministrazione aggiudicatrice può accordare all’offerente escluso un termine sufficiente per regolarizzare la sua omissione» (Corte di Giustizia UE, 27 giugno 2016, in C-27/15).
7.3. Il giudice europeo, tanto nell’ordinanza del 10 novembre 2016 che nella sentenza del 27 giugno 2016, ha ribadito che i principî di trasparenza e della parità di trattamento richiedono, infatti, che le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione a un appalto siano chiaramente definite in anticipo e rese pubbliche, in particolare gli obblighi a carico degli offerenti, affinché questi ultimi possano conoscere esattamente i vincoli procedurali ed essere assicurati del fatto che gli stessi vincoli valgono per tutti i concorrenti.
7.4. Questo Consiglio, come ha già statuito, del resto, in altre più recenti pronunce (v. Cons. St., sez. III, 27 ottobre 2016, n. 4527; Cons. St., sez. V, 23 dicembre 2016, n. 5444) in applicazione di quanto ha chiarito l’Adunanza plenaria e, ora, ha anche stabilito la Corte di Giustizia, non può pertanto che affermare la illegittimità dell’esclusione dell’impresa che non abbia indicato nella propria offerta economica gli oneri della sicurezza aziendale, al cospetto dalla loro mancata predeterminazione negli atti di gara, e conseguentemente non può che ritenere erronea l’esclusione di Siram s.p.a., disposta dal T.A.R. per le Marche, con conseguente riforma in parte qua della sentenza impugnata, laddove essa ha accolto il primo motivo dell’originario ricorso proposto da CNS.
7.5. L’offerta presentata da Siram s.p.a., sul piano sostanziale, risulta essere rispettosa degli obblighi stabiliti in materia di sicurezza aziendale, come è soprattutto emerso, in modo incontestabile e non contestato da CNS (con i conseguenti effetti ai sensi dell’art. 64, comma 2, c.p.a.), in sede di verifica dell’eventuale anomalia dell’offerta, laddove Siram s.p.a., nelle proprie giustificazioni a conferma della congruità dell’offerta, si è fatta carico di spiegare e documentare, nello specifico, anche i costi della sicurezza, indicando un importo di € 29.913,00, che risulta superiore a quello dichiarato dalla stessa CNS, pari ad € 16.000,00.
7.6. Le ragioni sin qui espresse, per l’accertata e incontestabile legittimità dell’offerta economica presentata da Siram s.p.a., sono assorbenti di ogni altro motivo e/o questione, sia sul piano giuridico che fattuale, proposto dagli odierni appellanti principali.
8. Devono ora essere esaminati i motivi di appello incidentale riproposti da CNS, il quale lamenta, a sua volta, che erroneamente il T.A.R. per le Marche abbia disatteso e respinto il secondo e il terzo motivo dell’originario ricorso, nonché il quarto motivo di detto ricorso, assorbito dalla sentenza qui impugnata e riproposto ai sensi dell’art. 101, comma 2, c.p.a. da CNS nell’atto di costituzione depositato il 5 luglio 2016.
9. L’appello incidentale è infondato e deve essere respinto.
10. Con un primo motivo (pp. 7-12 dell’appello incidentale depositato il 6 luglio 2016), anzitutto, CNS censura l’asserito errore del T.A.R. per le Marche nel respingere il secondo motivo dell’originario ricorso, con il quale CNS aveva denunciato la carenza, in capo a Siram s.p.a., dei requisiti prescritti dalla lex specialis per la partecipazione alla gara.
10.1. In particolare, come CNS aveva dedotto nel secondo motivo, Siram s.p.a. risulterebbe carente dei seguenti requisiti, prescritti dall’art. 6 del disciplinare di gara:
- punto 6.1.4.: l’espletamento, negli ultimi tre anni precedenti la pubblicazione del bando, dei servizi di gestione dell’energia, come quello oggetto di gara, per un importo globale pari ad almeno € 24.000.000,00, di cui almeno due pari ad € 5.000.000,00 ciascuno;
- punto 6.1.6.: la qualificazione SOA, in corso di validità, per le categorie OG1 (“Edifici civili ed industriali”), classifica III; OS28 (“Impianti termici e di condizionamento”), classifica III; OS30 (“Impianti interni elettrici, telefonici, radiotelefonici e televisivi”), classifica III.
10.2. Deduce l’appellante incidentale che il legale rappresentante di Siram s.p.a., con dichiarazione del 10 novembre 2014, ha ritenuto di attestare il possesso di tali requisiti, allegando:
a) in ordine al primo requisito, un elenco di contratti di servizi Gestione Energia con fatturato specifico relativo agli anni 2011, 2012 e 2013;
b) con riferimento al secondo requisito, la copia dell’attestazione SOA rilasciata da Protos SOA s.p.a. il 9 novembre 2010 e, all’approssimarsi della scadenza (8 novembre 2013), della validità triennale, sottoposta alla verifica triennale di cui all’art. 77 del d.P.R. n. 207 del 2010.
10.3. CNS in primo grado ha tuttavia dedotto che Siram s.p.a. si sarebbe spogliata di tali requisiti con la cessione, in favore di altra società (Gestione Integrata s.r.l.), dell’intero ramo di azienda, perdendo quindi le attestazioni di qualificazioni relative al ramo di azienda ceduto, così come i requisiti di capacità tecnico-professionale e di fatturato specifico realizzati nel detto quinquennio e, cioè, proprio i requisiti che ha invece impropriamente speso nella gara d’appalto di cui è causa.
10.4. Il T.A.R. per le Marche ha tuttavia respinto la censura perché ha rilevato, in ordine al punto 6.1.4. del disciplinare, che la cessione del ramo di azienda riguardava specifici contratti, non ricomprendenti quelli che hanno prodotto il fatturato che l’impresa ha dichiarato di possedere, mentre, in ordine al punto 6.1.6. del disciplinare, ha rilevato che l’attestazione SOA rilasciata il 7 novembre 2013 è stata confermata dalle verifiche e dalle attestazioni SOA successive, tra le quali la relazione SOA del 29 luglio 2015, versata in atti (p. 6 della sentenza impugnata).
10.5. L’appellante incidentale deduce però che, così ragionando, il T.A.R. per le Marche avrebbe erroneamente disatteso quanto questo stesso Consiglio di Stato nelle sentenze n. 811, n. 812 e n. 813 del 29 febbraio 2016 ha chiarito e, cioè, che:
- quanto alla perdita del requisito del fatturato, Siram s.p.a. si era spogliata dell’intero ramo di azienda e del diritto di utilizzare l’intero fatturato relativo all’anzidetto ramo, senza possibilità di distinzioni o limitazioni tra contratto e contratto;
- quanto alla perdita delle attestazioni SOA, ciò che era stato perduto non poteva costituire oggetto di successiva rinnovazione o verifica di validità triennale e, perciò, anche l’attestazione SOA sottoposta alla verifica triennale il 9 novembre 2013 doveva costituirsi inadeguata a garantirle la partecipazione alla gara.
11. Occorre dare preliminarmente atto che la questione della perdita dei requisiti per effetto della cessione del ramo d’azienda da Siram s.p.a. a Gestione Integrata s.r.l. è stata oggetto di pronunce non sempre allineate da parte di questo Consiglio di Stato (v., da un lato, le sentenze della sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 811, n. 812 e n. 813 e della sez. III, 12 novembre 2014, n. 5573 e 7 maggio 2015, n. 2296 e, dall’altro, quelle della sez. V, 18 ottobre 2016, n. 4347 e n. 4348).
11.1. Si può tuttavia prescindere dal contrasto tra tali pronunce, che imporrebbe di rimettere la questione all’Adunanza plenaria ai sensi dell’art. 99, comma 1, c.p.a., perché il caso in questione presenta elementi fattuali peculiari che consentono di prescindere, per la sua risoluzione, dal previo componimento di tale contrasto.
11.2. Al riguardo si deve osservare, quanto al requisito del fatturato, che Siram s.p.a. ha dimostrato di possedere il requisito del fatturato, anche indipendentemente dalla vexata quaestio dell’incidenza della cessione del ramo d’azienda sul permanente possesso dei requisiti, è nettamente superiore alla base d’asta indetta dall’Azienda, come il T.A.R. per le Marche ha osservato nella sentenza impugnata (p. 8), riferendosi a diversi contratti (Università di Parma, Azienda Ospedaliera di Pavia, etc.), non compresi nell’atto di cessione con argomentazione in fatto che è rimasta incontestata dalla stessa appellante.
11.3. Non giova all’appellante incidentale obiettare (p. 7 della memoria di replica depositata il 9 dicembre 2016) che non sarebbe possibile configurare una capienza residua nel ramo ceduto perché, a ben vedere, l’organizzazione aziendale può essere costituita da più rami di azienda, ma il singolo ramo di azienda non potrebbe avere una capienza non ceduta, versandosi altrimenti in ipotesi di una cessione di singoli cespiti e non di un ramo.
11.4. L’argomentazione della sentenza di questo Cons., sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 811, la quale ha osservato «come sia connaturale alla cessione del ramo di azienda il trasferimento non già di singoli cespiti ma di un complesso di beni e diritti organizzato per l’esercizio dell’impresa ed idoneo a generare profitto», quand’anche possa ritenersi condivisibile, si riferiva, infatti, alle qualificazioni SOA attinenti al ramo d’azienda ceduto e, cioè, all’erogazione di servizi di gestione integrata di complessi immobiliari pubblici e privati – c.d. facility management e property management – e non già al fatturato ceduto con l’atto di cessione.
11.5. È evidente che il fatturato non può essere oggetto di cessione in blocco, indistintamente, se non con riferimento ai singoli contratti dai quali deriva, come ha correttamente rilevato il T.A.R. per le Marche nella sentenza qui impugnata (pp. 7-8).
11.6. Come ha precisato la stessa sentenza n. 811 del 29 febbraio 2016, infatti, l’art. 4, sesto comma, del contratto di cessione, proprio con riferimento ai contratti di cui agli allegati F e G (Comune Milano Enpam e Poste) stabiliva che «la cessionaria subentra altresì alla cedente nel diritto di utilizzo, a qualsiasi fine, delle qualificazioni dei lavori eseguiti dal ramo di azienda G1 e dei relativi fatturati sviluppati dal ramo stesso nel quinquennio 2008-2012», senza riferirsi al fatturato di altri contratti.
11.7. Questo Consiglio ha ribadito, di recente, che anche il requisito del fatturato specifico ben può essere oggetto di cessione aziendale (v., da ultimo, Cons. St., sez. III, 30 giugno 2016, n. 2952), come è avvenuto nel caso di specie, ma esso può avere ad oggetto solo i contratti specificamente contemplati dall’atto e non già quelli in esso non menzionati, consentendosi diversamente ad un soggetto terzo, il cedente, di far valere un fatturato specifico non maturato in proprio e non espressamente riconosciutogli (o concessogli in varia forma, mediante cessione o avvalimento) dall’avente diritto.
11.8. Di qui la correttezza della sentenza impugnata, la quale ha ritenuto che Siram s.p.a. abbia potuto legittimamente vantare il fatturato relativo a contratti non costituenti espresso oggetto di cessione in favore di Gestione Integrata s.r.l. che, diversamente, finirebbe per avvalersi di un requisito – il fatturato specifico – non maturato nella propria pregressa esperienza e, comunque, non espressamente riconosciutole dalla cedente se non con riferimento ai quattro contratti stipulati con Poste Italiane s.p.a. e con quelli all’epoca in corso con il Comune di Milano, in contrasto, quindi, con quanto prevede espressamente il contratto di cessione del ramo d’azienda del 28 dicembre 2012 nell’art. 4.
12. Quanto alle attestazioni SOA, ancora, si deve qui chiarire che in sede di gara Siram s.p.a. ha dimostrato di possedere le qualificazioni di cui al punto 6.1.6. del disciplinare di gara, poiché ha prodotto l’attestazione SOA del 17 settembre 2014, diversa da quelle del 9 novembre 2010 e da quella del 7 novembre 2013, oggetto dei precedenti contenziosi, e con ciò ha provato, inequivocabilmente e incontestabilmente, il possesso dei requisiti richiesti.
12.1. Non risulta, infatti, che tale attestazione sia stata in alcun modo contestata dall’appellante incidentale, sicché essa comprova inconfutabilmente il possesso dei requisiti anche indipendentemente dalla questione della validità delle precedenti attestazione rilasciate nel 2010 e, in sede di rinnovo triennale, nel 2013.
12.2. Da tale attestazione risulta, in particolare, che Siram s.p.a. sia qualificata per la esecuzione dei lavori e per la prestazione dei servizi ricompresi, tra l’altro e per quanto rileva ai fini del presente giudizio, nelle categorie OG1, classifica III, OS28, classifica III, e OS30, classifica III.
12.3. L’intervenuta acquisizione di tale nuova certificazione SOA risulta conforme a quanto previsto dall’art. 76, comma 11, del d.P.R. n. 207 del 2010, applicabile ratione temporis alla vicenda di cui è causa, il quale stabilisce che «nel caso in cui l’impresa ricorra alla cessione del complesso aziendale, o di un suo ramo, la stessa può richiedere alla SOA una nuova attestazione, riferita ai requisiti oggetto di trasferimento, esclusivamente sulla base dei requisiti acquisiti successivamente alla cessione del complesso aziendale o del suo ramo».
12.4. E ciò, peraltro, senza dire che la qualificazione di Siram s.p.a., all’esito della successiva verifica richiesta ai sensi dell’art. 76, comma 11, del d.P.R. n. 207 del 2010, è stata ulteriormente attestata dall’organismo di certificazione SOA-GROUP su sollecitazione dell’ANAC con la nota prot. n. u/at/3963/2015 del 29 luglio 2015 indirizzata alla suddetta Autorità e alla Siram s.p.a. stessa (cfr. doc. 6 allegato alla memoria difensiva depositata dall’Azienda il 26 luglio 2016), nota richiamata a ragione anche dal T.A.R. nella sentenza qui impugnata (p. 6).
12.5. Divengono dunque del tutto irrilevanti, anche alla luce di tale nota, le ulteriori contestazioni svolte dall’appellante incidentale, CNS, rispetto alle precedenti attestazioni SOA, sulle quali si è pronunciato questo Consiglio nelle sentenze sopra citate, così come diviene irrilevante per la sua superfluità, al di là di ogni questione sulla sua ammissibilità nel giudizio di appello, la documentazione depositata da CNS il 29 novembre 2016 e, in particolare, la perizia giurata ai sensi dell’art. 76, comma 10, del d.P.R. n. 207 del 2010 e la nota n. 072102 dell’8 giugno 2015 inviata dall’ANAC a Siram s.p.a.
12.6. La nuova attestazione SOA regolarmente rilasciata il 17 settembre 2014 a Siram s.p.a. sgombra il campo da ogni ulteriore questione, anche interpretativa, emersa in precedenza e soprattutto priva di rilevanza, almeno in riferimento alla vicenda oggetto del presente contenzioso, la contestata questione della validità delle precedenti attestazioni SOA.
12.7. Non si può tuttavia, a conclusione della disamina di questo motivo, non richiamare quanto questa Sezione, per analoga vicenda, ha già osservato nella pronuncia n. 5706 del 17 dicembre 2015.
12.8. Occorre escludere in linea di principio a danno del cedente qualsiasi automatismo decadenziale conseguente alla cessione d’azienda, intendendosi con ciò affermare che occorre aver riguardo alla causa in concreto del negozio di cessione e al sottostante regolamento di interessi voluto dalle parti, in tutta la sua ampiezza, complessità e particolarità, per determinare se la cessione dei beni aziendali comporti, o meno, la perdita dei requisiti di cui alle attestazioni SOA in capo alla cedente.
12.9. Solo in questo modo, esaminando, cioè «quali conseguenze derivino sul piano della perdita del possesso dei requisiti di qualificazione alla luce del contratto di cessione in concreto stipulato», come ha affermato questa Sezione nella citata sentenza n. 5573 del 12 novembre 2014 e, altresì, ha chiarito anche la Sezione V nella sentenza n. 3245 del 26 giugno 2015, si può evitare, infatti, qualsiasi fuorviante discrasia o, da diversa prospettiva, si può assicurare, quanto al possesso dei requisiti, una perfetta aderenza tra la mera forma dell’elemento documentale consistente nell’attestazione SOA e la vera e solida sostanza dell’assetto aziendale conseguente alla cessione, che nel caso di specie aveva ad oggetto il solo e limitato ramo inerente alla gestione di patrimoni immobiliari.
13. In conclusione, per tutte le ragioni esposte, il primo motivo dell’appello incidentale deve essere respinto.
14. Con un secondo motivo (pp. 13-19 dell’appello incidentale depositato il 6 luglio 2016) CNS lamenta l’erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha respinto il terzo motivo dell’originario ricorso, con il quale essa aveva dedotto il «macroscopico errore materiale» compiuto dalla commissione giudicatrice nel penalizzare il progetto di Siram s.p.a. solo con il giudizio di «buono» anziché con quello di «ottimo» in riferimento al terzo degli undici parametri di valutazione, relativo alla «capacità organizzativa, struttura logistica, staff tecnico, personale operativo, attrezzature, mezzi e strumentazione messi a disposizione per l’erogazione del servizio».
14.1. Tale errore, deduce l’appellante incidentale, è risultato decisivo, perché, se la commissione avesse assegnato il punteggio massimo di 8 punti riconoscibile per il terzo parametro a CNS, questa si sarebbe aggiudicata la gara, classificandosi prima (pp. 18-19 dell’appello incidentale).
14.2. La commissione giudicatrice, nel motivare il giudizio di «buono» assegnato a Siram s.p.a., ha fatto riferimento ad una «criticità sopra rilevata» che non è dato rinvenire nel verbale n. 15 della seduta riservata del 16 luglio 2015, poiché l’unica criticità rilevata riguardava l’utilizzo del personale condiviso nell’offerta di altra concorrente, Gesta s.p.a., incorrendo in un errore materiale reso evidente anche dal riferimento alla pagina (25) e al volume (1) dell’offerta tecnica presentata dalla stessa Gesta s.p.a.
14.3. Il T.A.R. per le Marche, nel valorizzare la nota esplicativa della commissione giudicatrice del 27 gennaio 2016 depositata in primo grado, ha osservato che la commissione ha comunque fornito le ragioni dell’attribuzione del giudizio «buono» per effetto di una criticità riscontrata nell’utilizzo delle risorse condivise, chiarando, in sede processuale, di averla desunta dalle pp. 100-101 del volume A1 dell’offerta presentata da CNS, nella quale mancata l’indicazione del tempo impiegato, all’interno dell’appalto, del personale in parte dedicato e in parte condiviso.
14.4. Secondo il primo giudice quest’ultima precisazione non può considerarsi inammissibile integrazione postuma della motivazione, come pretenderebbe CNS, ma solo l’esplicazione, in sede processuale, dei riferimenti concernenti gli elementi fattuali che hanno dato luogo alla motivazione contestata, relativa all’assegnazione di un punteggio non corrispondente al massimo per la rilevazione di una criticità nell’utilizzo delle risorse condivise, mentre «sarebbe stato onere processuale della ricorrente dimostrare il contrario, cosa che invece non è avvenuta, limitandosi ad una contestazione essenzialmente formale» (p. 11 della sentenza impugnata).
14.5. L’appellante incidentale contesta tale motivazione perché deduce che la nota del 27 gennaio 2016 avrebbe una mera valenza dichiarativa assolutamente priva di un riscontro oggettivo e, come tale, sarebbe inidonea ad introdurre un fatto in assolvimento dell’onere probatorio, mentre diversamente sarebbe stato se la nota fosse stata corredata da un estratto dell’offerta tecnica di CNS, precisamente le pp. 100-101 del volume A1 richiamate dalla commissione, perché soltanto in questa ultima ipotesi si sarebbe introdotto nel giudizio un fatto che, stando a quanto dichiarato dall’organo valutativo addirittura dopo la notifica del ricorso di primo grado, avrebbe ingenerato ex post il convincimento della commissione.
14.6. Se così è, deduce CNS, si sarebbe al cospetto di una integrazione postuma della motivazione, come tale inammissibile.
15. Il motivo è infondato.
15.1. La nota esplicativa del 27 gennaio 2016 non costituisce una integrazione postuma della motivazione, ma un chiarimento in ordine alla criticità rilevate dalla Commissione, criticità che ha giustificato il giudizio di «buono» assegnato all’offerta di CNS per una criticità riscontrata nell’offerta in ordine all’utilizzo delle risorse condivise.
15.2. La circostanza che la criticità “sopra” rilevata, «relativa all’utilizzo delle risorse condivise», non fosse stata esplicitata dalla commissione giudicatrice nel verbale n. 15 anche in riferimento all’offerta di CNS, ma solo in riferimento a quella di Gesta s.p.a., per una presumibile disattenzione o svista nella compilazione del verbale, non toglie che tale criticità sussistesse anche nell’offerta di CNS, presentata in gara, sicché la nota esplicativa della commissione giudicatrice, diversamente da quanto assume l’appellante incidentale, non necessariamente avrebbe dovuto riportare l’offerta di CNS per assolvere alla sua valenza probatoria.
15.3. La carenza riscontrata dalla commissione giudicatrice nell’offerta presentata da CNS (la mancata indicazione, cioè, del tempo impiegato dalle diverse figure di personale dedicato e condiviso all’interno dell’appalto), infatti, non era stato contestata sostanzialmente nemmeno in primo grado dalla stessa CNS, come ha correttamente osservato dal T.A.R., e non lo è stata nemmeno in questo grado di giudizio, ai sensi e per gli effetti dell’art. 62, comma 2, c.p.a., dovendosi considerare quindi fatto pacifico.
15.4. Tale incontestata carenza sostanziale, riscontrata dalla commissione nell’offerta di CNS, come si evince dalla lettura del verbale n. 15 (per quanto incompleto nel suo richiamo alla parte precedente del verbale per una verosimile omissione materiale) e chiarita nella nota esplicativa del 27 gennaio 2016, pienamente giustifica il giudizio di «buono» assegnato all’offerta di CNS.
15.5. Ne segue, pertanto, la reiezione anche del secondo motivo di appello incidentale proposto da CNS.
16. Deve ora essere esaminato il quarto motivo del ricorso proposto in primo grado da CNS, assorbito dal primo giudice in seguito all’accoglimento del primo motivo, e qui riproposto dalla stessa CNS nell’atto di costituzione (pp. 7-13 dell’atto di costituzione depositato il 13 luglio 2016).
16.1. Con tale motivo la ricorrente in primo grado aveva dedotto la violazione dell’art. 84, comma 8, del d. lgs. n. 163 del 2006 perché i due componenti esterni della commissione giudicatrice, Prof. Marco D’Orazio e Prof. Costanzo Di Perna, erano stati nominati senza attingere da un elenco, formato sulla base di rose di candidati formati dalle Facoltà di appartenenza, ma su segnalazione diretta da parte dell’Università di appartenenza.
16.2. Il motivo è infondato e deve essere respinto.
16.3. Si deve rilevare che il Rettore dell’Università di Ancona ha segnalato solo due nominativi di docenti ritenuti competenti e disponibili per lo svolgimento dell’incarico richiesto e, preso atto di ciò, legittimamente il Direttore Generale dell’Azienda ha provveduto a nominarli componenti della commissione, non essendo possibile, stante l’indisponibilità di altri docenti disposti ad assumere l’incarico, selezionare i membri da un elenco che l’Università di Ancona non era in grado di fornire.
16.4. Il modus procedendi in esame risulta rispettoso dell’art. 84, comma 8, del d. lgs. n. 163 del 2006, diversamente da quanto assume CNS, perché la disposizione intende sottrarre la nomina dei componenti esterni della commissione «a possibili elementi di eccessiva discrezionalità o di arbitrio dell’amministrazione aggiudicatrice che possano pregiudicarne proprio la trasparenza e l’imparzialità» (Cons. St., sez. III, 28 febbraio 2014, n. 942), elementi di arbitrio da parte della commissione giudicatrice che, nel caso di specie, erano indubbiamente scongiurati dalla tassativa indicazione – l’unica, del resto, possibile – dei soli due docenti disponibili ad assumere l’incarico da parte del Rettore dell’Università di Ancona.
16.5. Ne deriva, pertanto, l’infondatezza del motivo qui riproposto da CNS.
17. In conclusione, per tutte le ragioni esposte, gli appelli principali proposti da Siram s.p.a. e dall’Azienda sono fondati e devono essere accolti, mentre deve essere respinto l’appello incidentale e il motivo assorbito proposti da CNS, sicché, in parziale riforma della sentenza qui impugnata, deve essere respinto integralmente respinto il ricorso proposto dalla stessa CNS in primo grado.
18. Possono essere comunque interamente compensate tra le parti, per la difficoltà interpretativa di alcune delle questioni esaminate, le spese del doppio grado del giudizio.
18.1. CNS, attesa la sua soccombenza, deve essere condannata a rimborsare in favore dell’Azienda e di Siram s.p.a. il contributo unificato rispettivamente corrisposto per la proposizione dei rispettivi appelli principali, mentre deve essere posto definitivamente a carico della stessa CNS il contributo unificato corrisposto per la proposizione dell’appello incidentale nonché del ricorso in primo grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli principali, come proposti da Siram s.p.a. e dall’Azienda Ospedaliero Universitaria “Ospedali Riuniti Umberto I – G. Lancisi – G. Salesi” di Ancona, previa loro riunione, li accoglie entrambi, mentre respinge quello incidentale, come proposto Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa – CNS, e per l’effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso proposto in primo grado da Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa – CNS.
Compensa interamente tra le parti le spese del doppio grado del giudizio.
Condanna Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa – CNS a rimborsare in favore di Siram s.p.a. e dell’Azienda Ospedaliero Universitaria Ospedali Riuniti “Ospedali Riuniti Umberto I – G. Lancisi – G. Salesi” di Ancona il contributo unificato rispettivamente corrisposto per la proposizione dei loro appelli principali.
Pone definitivamente a carico di Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa – CNS il contributo unificato corrisposto per la proposizione del ricorso in primo grado e dell’appello incidentale.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.
Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2016, con l’intervento dei magistrati: Lanfranco Balucani, Presidente Manfredo Atzeni, Consigliere Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere Giulio Veltri, Consigliere Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Pubblicato il 20/01/2017
N. 01034/2017 REG.PROV.COLL.
N. 12965/2016 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Seconda Bis)
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 12965 del 2016, proposto da:
Impresa individuale Antonio De Feo Restauri, in persona del titolare e legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Grisostomi Travaglini, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Civitavecchia, 7;
contro
Centrale Unica di Committenza della XI Comunità Montana Castelli Romani e Prenestini, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall’avv. Roberto Venettoni, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via C. Fracassini n. 18;
Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;
nei confronti di
Mc Appalti di Cristini Mattia, in persona del titolare dell’impresa individuale e legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Giancarlo Di Biase, con domicilio eletto presso lo studio dell’avv. Davide Tagliaferri in Roma, via Calabria, 56;
, per l’annullamento
Previa adozione di idonea misura cautelare,
- della nota prot. n. 00004566 del 3 novembre 2016 (doc. 1), con la quale la Stazione appaltante ha respinto l'istanza in autotutela presentata in data 13 ottobre 2016 dalla ricorrente, a seguito della comunicazione di esclusione del 12 ottobre 2016;
- della comunicazione via pec in data 12 ottobre 2016 con la quale è stata inviata alla ricorrente la nota prot. n. 00004272 dell'11 ottobre 2016 (anch'essa impugnata) (doc. 2) con cui la Amministrazione resistente ha disposto e comunicato alla ricorrente la esclusione automatica ai sensi e per gli effetti dell'art. 97, comma 8, del D. Lgs. n. 50/2016 e la proposta di aggiudicazione in favore della ditta controinteressata, trasmettendo formalmente il verbale di gara di seguito indicato;
- del verbale della Commissione di gara dell'11 ottobre 2016 (doc. 3) allegato alla nota di cui sopra nel quale la suddetta Commissione ha disposto, da un lato, l'esclusione automatica dell'offerta della odierna ricorrente ai sensi dell'art. 97, comma 8, del D. Lgs. n. 50/2016 e, dall'altro, la proposta di aggiudicazione in favore dell'impresa controinteressata;
- dell'aggiudicazione definitiva formatasi ai sensi e per gli effetti dell'art. 33 D. Lgs. n. 50/2016, richiamato espressamente dalla Lettera di invito (cfr. art. 19) a seguito dei 30 giorni trascorsi dalla proposta di aggiudicazione;
- per quanto occorrer possa della Lettera di Invito (doc. 4), qualora la Stessa sia da interpretare nel senso dato dalla Stazione appaltante, ossia che era espressamente prevista l'esclusione automatica dell'offerte anomale ai sensi dell'art. 97, comma 8, del D. Lgs. n. 50/2016;
- per quanto occorrer possa, del Comunicato esplicativo emesso dall'ANAC in data 5 ottobre 2016 (doc. 5), qualora lo Stesso sia da interpretare nel senso dato dalla Stazione appaltante, ossia che la Commissione possa ricorrere all'esclusione automatica delle offerte anomale ai sensi dell'art. 97, comma 8, del D. Lgs. n. 50/2016, anche nelle ipotesi in cui tale facoltà non sia stata espressamente indicata negli Atti di gara;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e comunque consequenziale, ancorché incognito, che incida sfavorevolmente nella sfera giuridico patrimoniale della ricorrente;
per la declaratoria di inefficacia
del contratto eventualmente stipulato e/o stipulando con la società aggiudicataria;
e per la conseguente condanna
della Comunità resistente al risarcimento in forma specifica, mediante aggiudicazione dell'appalto alla ricorrente e subentro nel contratto eventualmente stipulato ovvero, in subordine, al risarcimento per equivalente dei danni subiti dalla ricorrente in conseguenza dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio della MC Appalti di Cristini Mattia e dell’Autorità Nazionale Anticorruzione;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2016 la dott.ssa Ofelia Fratamico e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Con il ricorso in epigrafe il sig. Antonio De Feo, titolare dell’impresa individuale Antonio De Feo Restauri, ha chiesto al Tribunale di annullare, previa sospensione dell’efficacia, a) il provvedimento prot. n. 4566 del 3.11.2016 con cui la Centrale Unica di Committenza della XI Comunità Montana Castelli Romani e Prenestini aveva rigettato la sua istanza di autotutela in relazione all’esclusione dalla procedura negoziata per l’affidamento dei lavori così indicati: “Tuscolo – Luogo Primitivo dell’Anima”, Lotto: opere di archeologia nel Comune di Monte Porzio Catone, b) la nota prot. n. 4272 dell’11.10.2016, con cui l’Amministrazione le aveva comunicato la sua esclusione automatica dalla suddetta procedura, c) il verbale della Commissione di gara dell’11.10.2016, con cui era stata disposta l’esclusione stessa ed era stata proposta l’aggiudicazione in favore della controinteressata M.C. Appalti di Cristini Mattia; d) l’aggiudicazione definitiva; e) la lettera di invito, se da interpretare nel senso della previsione dell’esclusione automatica delle offerte anomale; f) il comunicato esplicativo dell’ANAC del 5.10.2016; g) ogni atto presupposto, connesso e comunque consequenziale del procedimento.
A sostegno della sua domanda la ricorrente ha dedotto: violazione di legge, violazione e falsa applicazione degli artt. 83 e 97 del d.lgs. n. 50/2016, della lex specialis (e, in particolare, degli artt. 18 e 19 della lettera d’invito), dell’art. 55 della direttiva 2004/18/CE, dell’art. 69 della direttiva 2014/24/UE e dell’art. 97 della Costituzione; violazione e falsa applicazione dei principi dell’autovincolo, della par condicio concorrentium e del favor partecipationis, eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, erroneità dei presupposti, travisamento di atti e fatti, erroneità della motivazione, illogicità e contraddittorietà, sviamento, sproporzione, manifesta ingiustizia.
Si sono costituite in giudizio la Centrale Unica di Committenza della XI Comunità Montana dei Castelli Romani e Prenestini e la controinteressata, impresa individuale M.C. Appalti di Cristini Mattia, chiedendo il rigetto del ricorso, in quanto infondato.
Alla camera di consiglio del 14.12.2016, fissata per la discussione della sospensiva, la causa è stata, dunque trattenuta in decisione ex art. 60 c.p.a., sussistendone i presupposti di legge.
La ricorrente, che, nella procedura indetta dalla Centrale Unica di Committenza, da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso, aveva presentato il maggior ribasso (40,500%) ed era stata per tale offerta automaticamente esclusa, ha impugnato la sua esclusione ed il rigetto da parte dell’Amministrazione della sua richiesta di autotutela su tale provvedimento, in primo luogo per violazione dell’art. 97 del d.lgs. n. 50/2016, deducendo che in mancanza di una espressa previsione nella lex specialis della possibilità di fare ricorso all’esclusione automatica così come disciplinata dall’art. 97 comma 8 del d.lgs.n.50/2016 la Stazione Appaltante non avrebbe potuto procedere all’esclusione automatica dell’offerta ritenuta anomala, ma avrebbe dovuto avviare il sub-procedimento di anomalia in contraddittorio con essa.
Tale censura è fondata e meritevole di accoglimento: il dettato dell’art. 97 comma 8 del d.lgs. n. 50/2016, che stabilisce che “per lavori, servizi e forniture, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso…, la stazione appaltante può prevedere nel bando l’esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2. In tal caso non si applicano i commi 4, 5 e 6. Comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci”, è chiaro nel richiedere espressamente all’Amministrazione che intenda avvalersi dell’esclusione automatica delle offerte anomale di indicare tale facoltà nel bando di gara con apposita clausola.
Gli artt. 18 e 19 della lettera di invito, per cui “la valutazione delle offerte anormalmente basse” sarebbe avvenuta “sulla base dei criteri indicati dall’art. 97 del d.lgs. n. 50/2016” e “secondo cui “nell’esercizio della facoltà prevista dall’art. 97 comma 1 del nuovo Codice” si sarebbe proceduto “alla valutazione della congruità delle offerte ritenute anormalmente basse secondo le modalità indicate dall’art. 97 del nuovo Codice” non recano, invece, alcuna espressa previsione in tal senso, richiamando, tra l’altro, una disposizione come il comma 1 dell’art. 97 del Codice indicativa proprio dell’assenza dell’esclusione automatica, in quanto relativa ai chiarimenti che gli operatori possono fornire in caso di offerte che appaiano anormalmente basse.
Alla luce di tali considerazioni e della necessità di interpretare la lex specialis secondo i principi comunitari di massima partecipazione e di rispetto del contradditorio con le imprese partecipanti - che, avversi ad ogni rigido automatismo, impongono di avvisare i concorrenti sulle conseguenze che la formulazione delle loro offerte potrebbe avere, permettendo loro, così di elaborarle in modo consapevole - il ricorso deve essere dunque accolto, con annullamento dell’esclusione della ricorrente dalla procedura, del diniego di autotutela da parte dell’Amministrazione e di tutti gli atti connessi e consequenziali del procedimento.
Nessuna illegittimità può, al contrario essere riscontrata né nei ricordati articoli della lettera d’invito, non interpretabili nel senso attribuito loro dall’Amministrazione, né nel Comunicato dell’ANAC, relativo all’impossibilità di procedere all’esclusione automatica anche ove espressamente prevista, quando il numero delle offerte ammesse sia inferiore a dieci ed all’opportunità di specificare tare eventualità nella documentazione di gara.
L’annullamento dell’esclusione della ricorrente, che aveva formulato l’offerta con il maggior ribasso, e di tutti gli atti connessi, stante il potere- dovere della Stazione Appaltante di concludere la procedura, costituisce soddisfazione in forma specifica dell’interesse fatto valere con il ricorso e rende superflua ogni pronuncia sulla domanda di risarcimento del danno per equivalente, proposta, del resto, solo in via subordinata.
Le spese tra la ricorrente e l’Amministrazione la seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo, mentre le spese tra la ricorrente e l’ANAC e la controinteressata possono essere compensate in considerazione della riconducibilità alla Stazione Appaltante dell’errore interpretativo all’origine della controversia.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis),
definitivamente pronunciando,
- accoglie il ricorso e, per l’effetto, annulla l’esclusione della ricorrente dalla gara e tutti gli atti connessi;
- condanna la Centrale di Committenza alla rifusione in favore della ricorrente delle spese di lite, liquidate in complessivi € 1.500,00 oltre al contributo unificato ed oltre agli accessori di legge;
- compensa le spese tra la ricorrente e l’ANAC e la controinteressata.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Elena Stanizzi, Presidente
Antonella Mangia, Consigliere
Ofelia Fratamico, Primo Referendario, Estensore

Pubblicato il 04/01/2017
**N. 00009/2017REG.PROV.COLL.**
**N. 03600/2016 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
**Il Consiglio di Stato**
**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3600 del 2016, proposto da:
Diette Gielle di Luigi Galantucci, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*rappresentata e difesa dagli avvocati Anna Lillo e Nicola Di Modugno, con domicilio eletto presso lo Studio Placidi in Roma, via Cosseria, 2;
***contro***
I.n.f.n. - Istituto Nazionale di Fisica Nucleare, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12;
***nei confronti di***
Professional Service s.r.l. in proprio e quale mandataria di r.t.i., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano Orlandi, con domicilio eletto presso l’avvocato Renato Caruso in Roma, via Cristoforo Colombo, 436;
Ati Gruppo Servizi Associati s.p.a. non costituita in giudizio;
***per la riforma***
della sentenza del T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *bis* n. 1429/2016, resa tra le parti, concernente l’affidamento del servizio di controllo continuativo degli impianti tecnologici, di primo intervento antincendio e di gestione delle situazioni di emergenza dei laboratori del Gran Sasso per tre anni;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Istituto Nazionale di Fisica Nucleare e della Professional Service s.r.l. in proprio e quale mandataria di r.t.i.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2016 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati Anna Lillo, Nicola Di Modugno, dello Stato Paola De Nuntis e Stefano Orlandi.;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

La Ditta Gielle di Luigi Galantucci aveva impugnato con ricorso al Tribunale amministrativo del Lazio la deliberazione della giunta esecutiva dell’I.N.F.N. - Istituto Nazionale di Fisica Nucleare n. 10808 del 2015, con la quale era stata disposta la revoca del provvedimento di aggiudicazione definitiva in suo favore della gara per il servizio di controllo continuativo degli impianti tecnologici, di primo intervento antincendio e di gestione delle situazioni di emergenza dei laboratori nazionali del Gran Sasso dell’I.N.F.N. per la durata di tre anni, con conseguente affidamento del contratto alla società Professional Service s.r.l., seconda classificata.
La predetta revoca era stata disposta in quanto era stato ritenuto che la ditta odierna ricorrente, aggiudicataria della gara in quanto prima classificata, non possedesse il requisito di partecipazione relativo al principale servizio analogo richiesto a pena di esclusione dal punto III.2.3 del bando di gara.
La ricorrente deduceva l’illegittimità degli atti impugnati per violazione e falsa applicazione dell’articolo 42 del d.lgs. n. 163 del 2006 nonché eccesso di potere per violazione del punto III.2.3 del bando di gara e del disciplinare tecnico, per ingiustizia manifesta, per violazione del principio della *par condicio*, per illogicità e per irrazionalità (primo motivo) e per violazione e falsa applicazione dell’articolo 2, commi 1, 42 e 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006 nonché degli artt. 47/par.2 e 48/par.3 della direttiva 2004/18 e dei principi comunitari di libera concorrenza e di non discriminazione delle piccole e medie imprese e per eccesso di potere per sviamento, per perplessità dell’azione amministrativa e per mancanza dei presupposti (secondo motivo).
L’I.N.F.N. si costituiva in giudizio e deduceva l’infondatezza nel merito del ricorso, ed inoltre produceva documentazione concernente la vicenda in data 8 ottobre 2015.
Con sentenza n. 1429 del 2 febbraio 2016 il Tribunale amministrativo respingeva il ricorso.
Veniva affermato in via generale che le Amministrazioni possono prescrivere requisiti di partecipazione alle gare pubbliche che si sostanziano nel comprovato svolgimento di servizi analoghi a quello che è oggetto di gara, al fine di conseguire la preventiva dimostrazione dell'affidabilità del concorrente con riguardo alle specifiche prestazioni contrattuali, ai sensi dell'art. 42, d.lgs. n. 163 del 2006. I bandi di gara possono, quindi, prevedere requisiti di capacità più rigorosi di quelli indicati dalla legge, purché non discriminanti e abnormi rispetto alle regole proprie del settore, rientrando nel potere discrezionale dell'Amministrazione aggiudicatrice la fissazione dei requisiti di partecipazione ad una singola gara anche superiori a quelli previsti dalla legge.
Con specifico riferimento alle predette ultime attività, alla luce di tutto quanto evidenziato, non risultava, a parere del giudice di primo grado, che la ricorrente avesse adeguatamente comprovato il possesso del requisito di capacità tecnica relativo in discussione in questa sede.
Per quanto attiene, poi, alla dedotta illegittimità del richiamato punto III. 2.3 nella parte in cui richiede che il possesso del suddetto requisito debba essere comprovato "a pena di esclusione" dalla "esecuzione di almeno un servizio d'importo non inferiore a quello a base di gara (IVA esclusa)", non si riteneva che la stazione appaltante avesse superato i limiti al potere discrezionale prima richiamati, soprattutto in relazione all’oggetto specifico dell’appalto in controversia.
La richiesta del possesso del c.d. contratto di punta, richiesta tramite la quale la stazione appaltante intendeva selezionare, a priori, la partecipazione di concorrenti in possesso di un certo grado di esperienza, comprovata appunto, dall'avere svolto singoli servizi di un rilievo economico certo era giustificata dalla particolare situazione di pericolo in cui si trovano i Laboratori Sotterranei del Gran Sasso, situazione tale da classificare l'attività ivi svolta come "a rischio di incidente rilevante", come peraltro indicato nelle premesse stesse del disciplinare tecnico; considerata inoltre la rilevanza a livello scientifico degli esperimenti ivi condotti, la stazione appaltante aveva legittimamente ritenuto che fosse necessario da parte dell'aggiudicatario il possesso di una particolare capacità tecnica e organizzativa la quale avrebbe potuto essere garantita esclusivamente da imprese che avevano già maturato un'esperienza specifica di analoga complessità la quale fosse adeguatamente testimoniata dall'esecuzione di un unico contrato analogo sia per attività che per importo complessivo.
La limitazione del *favor partecipationis* e del principio di libera concorrenza tra le imprese, che è insita nella previsione di requisiti di esperienza di un certo valore, trova — in un’ottica di adeguato bilanciamento tra le contrapposte esigenze — la sua giustificazione e, pertanto, la sua legittimità nella necessità di consentire l'ammissione alla procedura di gara delle sole imprese la cui idoneità tecnica sia comprovata dall'esecuzione di contratti di entità tale da garantire la buona esecuzione del servizio in gara - nella specie veniva sottolineato che tale esigenza era legata alla necessità di assicurare la completa incolumità di tutte le persone che quotidianamente avrebbero dovuto prestare la propria attività lavorativa all'interno dei laboratori sotterranei previsti per il servizio richiesto.
Quanto all'insufficienza degli importi dichiarati e di cui alla certificazione prodotta da parte della ricorrente, assumeva valore assorbente ai fini della comprova del possesso del requisito di capacità tecnica di cui al punto III. 2.3 del disciplinare tecnico, relativo all'espletamento del cd. servizio di punta, la ricorrente ha prodotto in allegato alla domanda di partecipazione alla procedura di cui trattasi esclusivamente la certificazione inerente il servizio svolto presso il Policlinico negli anni 2006-2014 e visto che il predetto servizio era stato correttamente ritenuto non analogo ai fini che interessano da parte della stazione appaltante, ne conseguiva che l'eventuale mancata corretta valutazione dei relativi importi ivi riportati non assumeva più alcuna rilevanza, essendo venuto a mancare il primo necessario requisito rappresentato, appunto, dall'espletamento di un servizio analogo da intendersi necessariamente nei sensi in precedenza indicati.
La pronuncia osservava che è l'oggetto complessivo del contratto di appalto e il riferimento alle sue specifiche peculiarità che integrano il parametro per valutare l'adeguatezza e la proporzionalità dei requisiti di partecipazione alla gara, specie con riferimento a quei requisiti che esprimono la capacità tecnica dei concorrenti. Quindi deve ritenersi che, una volta richiesto in sede di legge di gara, che debba essere comprovato lo svolgimento di servizi analoghi, la suddetta richiesta non possa essere limitata da parte della commissione ad alcune soltanto delle attività nelle quali si concretizza il servizio richiesto ma debba, invece, avere quale riferimento, proprio il predetto servizio nel suo complesso. Ne consegue che, ove i requisiti previsti per il servizio richiesto nel suo complesso venissero costruiti esclusivamente in relazione ad una sola porzione specifica del medesimo, questi difetterebbero sul piano dell'inerenza all'oggetto del contratto in quanto non sarebbero idonei a dimostrare effettivamente la capacità dei concorrenti rispetto al complessivo servizio da svolgere in favore dell'Amministrazione.
Con appello in Consiglio di Stato notificato il 29 aprile 2016 la Ditta Gielle impugnava la sentenza in questione e sollevava le seguenti censure:
1.Erroneità ed illegittimità della sentenza appellata per violazione dell’art. 42 del codice dei contratti pubblici relazionale disciplina di gara: III.2.3 del bando di gara e del disciplinare tecnico. Travisamento, motivazione errata, illegittima ed incoerente. Il giudice di primo grado ha ricostruito la questione della dimostrazione del requisito tecnico sulla svolto il servizio analogo ai sensi del disciplinare di gara cosiddetto servizio di punta, richiamando quanto eseguito dall’appellante presso il Policlinico Umberto I di Roma ed ignorando altri quattro servizi vantati presso altre amministrazioni, giungendo a definire le prestazioni presso il Policlinico con un servizio molto più ristretto di quello messo a gara dall’INFN, di ben più ampio spettro. In realtà la legge di gara, conformemente alla legge nazionale di matrice comunitaria, pretendeva dai concorrenti la dimostrazione di servizi analoghi, che non vuol dire identici, senza l’imposizione di un quantum ed un servizio di punta senza imposizioni di analogia. Quanto richiesto è conforme all’esigenza di acquisire conoscenza delle precedenti attività d’impresa maturate che dimostrino gli indici di capacità di eseguire la prestazione oggetto dell’appalto e che non deve comprendere addirittura servizi identici. Lo svolgimento di servizi identici non è consentito alle stazioni appaltanti dal principio della massima partecipazione alle gare, né i servizi analoghi possono essere impropriamente assimilati a questi ultimi. Inoltre il giudice di primo grado ha altresì esteso la richiesta dell’analogia anche al servizio di punta, elemento non previsto dalla legge di gara, ignorando così che quattro servizi vantati presso amministrazioni ospedaliere godevano di un importo complessivo che superava abbondantemente 3 milioni di euro, controprestazione dell’affidamento per cui è causa. Se poi si vanno a verificare le singole prestazioni di cui in gara, esse sono prestazioni tecniche semplici anche se di tipo di voci e corrispondenti ai servizi analoghi prestati dall’appellante per un importo che supera il valore di 6 milioni di euro.
2.Erroneità ed illegittimità della sentenza appellata per violazione degli artt. 3, comma 1, 42 e 46, comma 1 bis del codice dei contratti pubblici in relazione alla nullità della disciplina di gara punto III.2.3 del bando. Violazione e falsa applicazione dei principi di matrice comunitaria di libera e ampia concorrenza, di non discriminazione delle piccole e medie imprese. L'incompatibilità della disciplina di gara con la normativa comunitaria artt. 47/Par.2 e 48/Par.3 della direttiva 2004/18. Le richieste della legge di gara che impone capacità professionali di titolarità di almeno un servizio di importo non inferiore a quello base di gara non può essere considerata logica e proporzionata alla luce dei principi dell’evidenza pubblica e ciò nemmeno in considerazione della particolare situazione dei Laboratori Sotterranei del Gran Sasso. Non possono essere ammessi livelli del tutto particolari della capacità tecnico-professionale e della quantità dei servizi prestati o almeno di un singolo servizio prestato, poiché ciò restringerebbe in maniera abnorme la platea dei concorrenti in violazione di tutti i principi di matrice comunitaria che risiedono nella libera concorrenza, vista anche la possibilità dell’avvalimento, dell’avvalimento plurimo e del cumulo dei requisiti. In buona sostanza la dimostrazione del requisito di un servizio identico restringe la platea dei concorrenti al solo soggetto che ha già eseguito il servizio per la stazione appaltante.
La Gielle concludeva per l’accoglimento dell’appello con vittoria di spese ed insisteva per risarcimento del danno emergente, del lucro cessante e del danno curriculare.
Si costituivano in giudizio la stazione appaltante e l’aggiudicataria Professional Service s.r.l., le quali sostenevano l’infondatezza dell’appello e ne chiedevano il rigetto.
All’udienza del 13 dicembre 2016 la causa è passata in decisione.
Il Collegio ritiene che non vi siano le lamentate ragioni per disattendere la sentenza impugnata.
In primo luogo va ribadito il principio generale, pacifico in giurisprudenza, secondo cui i bandi di gara possono prevedere requisiti di capacità particolarmente rigorosi, purché non siano discriminanti e abnormi rispetto alle regole proprie del settore, giacché rientra nella discrezionalità dell'Amministrazione aggiudicatrice di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge. Il che in punto di adeguatezza corrisponde a un corretto uso del principio di proporzionalità nell’azione amministrativa: le credenziali e le qualificazioni pregresse debbono infatti – ai fini dell’efficiente risultato del contratto e dunque dell’interesse alla buona amministrazione mediante una tale esternalizzazione – essere attentamente congrue rispetto all’oggetto del contratto. Sicché tanto più questo è particolare, tanto più il livello dei requisiti da richiedere in concreto deve essere particolare. Errerebbe l’amministrazione pubblica che, non facendosi carico di un tale criterio di corrispondenza, aprisse incautamente la via dell’aggiudicazione a chi non dimostri inerenti particolari esperienze e capacità.
Naturalmente, sempre in ragione del criterio dell’adeguatezza, stavolta congiunto a quello della necessarietà, tali particolari requisiti vanno parametrati all'oggetto complessivo del contratto di appalto ed essere riferiti alle sue specifiche peculiarità, al fine di valutarne la corrispondenza effettiva e concreta alla gara medesima, specie con riferimento a quei requisiti che esprimono la capacità tecnica dei concorrenti.
Va qui rilevato che il laboratorio nazionale del Gran Sasso è un laboratorio di ricerca, appartenenti all'Istituto nazionale di fisica nucleare, dedicato allo studio della fisica delle particelle: si trova a circa 1000 m di altitudine ed è in parte situato all’esterno ed in parte è sotterraneo, con al di sopra 1.400 metri di roccia del massiccio più alto degli Appennini, con accesso nella parte sotterranea direttamente dal tunnel dell’autostrada *A24* Roma – L’Aquila – Teramo. Una tale collocazione ne fa, a quanto è dato conoscere, il più grande laboratorio sotterraneo del mondo, almeno secondo la descrizione fatta dallo stesso Istituto nazionale di fisica nucleare.
La collocazione, il tipo di esperimenti ivi svolti nel campo dell’astrofisica, nel rilevamento delle particelle e nella ricerca della materia oscura ed ancor più le apparecchiature in dotazione, sia quelli prettamente adatti allo svolgimento delle ricerche, sia quelli per l’uso della struttura, come particolari ascensori e macchinari per il condizionamento ed il pompaggio dell’aria, fanno del laboratorio del Gran Sasso un *unicum* che ragionevolmente giustifica e rende congrua la richiesta di requisiti più che specifici per l’affidamento del servizio di contrasto agli incendi (pur se, forzosamente, ne deriva un restringimento della concorrenza): si tratta invero di una struttura, con inerenti necessità di sicurezza (visto altresì l’oggetto dell’attività da proteggere), del tutto speciale e diversa da quella sia pure notevole e complessa del Policlinico universitario di Roma Umberto I.
Se si prende in puntuale considerazione il dato di esperienza circa il cosiddetto *servizio di punta*, requisito specifico che deve essere in possesso dei concorrenti per l’ammissione alla gara, va considerato che nella specie risultava essere da parte della Ditta Gielle di Luigi Galantucci quello prestato presso il Policlinico di Roma, avente ad oggetto “la manutenzione ordinaria e straordinaria nonché l’organizzazione, la gestione e le modalità di esecuzione della manutenzione da effettuarsi sui sistemi mobili di estinzione (estintori), sulla rete idrica antincendio e sugli impianti fissi di rilevazione, segnalazione e allarme antincendio installati negli edifici del Policlinico Umberto I e nelle sedi esterne”. Sicché è ragionevole e di immediata rilevazione che le prestazioni oggetto di tale ultimo precedente affidamento non corrispondevano, per entità e caratterizzazioni, in ragione di quanto testé rilevato, a quello di cui in controversia.
Non dimostra il contrario il mero importo economico di quella precedente spesa: senza dubbio ingente, ma riferibile alla vastità della struttura ospedaliera (una delle più importanti d’Italia): non vi è invece una dimostrata congruenza con quanto posto in gara per il laboratorio di fisica del Gran Sasso; il cui servizio da aggiudicare concerne il controllo continuativo degli impianti tecnologici, di primo intervento antincendio e di gestione delle situazioni di emergenza del laboratorio. Sicché, per la assoluta disomogenità delle grandezze, appariva più che ragionevole escludere un tendenziale equilibrio nella comparazione tra i due servizi, come depongono del resto sia la diversa conformazione dei luoghi, sia la differenza delle prestazioni dovuta tanto ai macchinari da controllare, quanto alle prestazioni ulteriori di primo intervento e di gestione delle emergenze.
L'elencazione degli impianti da controllare contenuta nel disciplinare tecnico, oltre alle già viste differenze ambientali, comporta un’ampiezza di responsabilità che poco appaiono aver a che vedere con i compiti di mero controllo degli estintori e della pur complessa rete idrica ed allarmistica antincendio di un grande ospedale. Appare evidente che il controllo degli impianti di indici, elettrici, di ventilazione, di rilevazione automatica degli incendi, di rivelazione di fughe di gas, di rilevamento di presenza di liquidi sul pavimento, di misura delle temperature in locali sotterranei, del livello di inquinanti da traffico veicolare e dei sistemi di compartimentazione delle zone per mezzo di portoni taglia-fuoco, di filtri antifumo e comunque di primo intervento in un complesso come quello prima descritto, non sono realmente paragonabili con quanto già prestato a favore del Policlinico Umberto I.
Insomma, nel caso in esame non sussiste la lamentata illegittimità dell’Amministrazione, per la ragione che appariva sussistere l’assenza delle richiesto servizio di punta analogo a quello di gara dall’Istituto Nazionale di Fisica Nucleare. Il che è sufficiente per il rigetto dell’appello e la conferma della sentenza impugnata.
Le spese di giudizio si liquidano in dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l’effetto, conferma la sentenza impugnata.
Condanna l’appellante al pagamento delle spese di giudizio, liquidandole in complessivi €. 3.000,00 (tremila/00) oltre agli accessori di legge a favore di ciascuna delle parti intimate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:
Giuseppe Severini, Presidente
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere
Fabio Franconiero, Consigliere
Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore
Alessandro Maggio, Consigliere