

SENTENZE DEL 30.11

N. 05289/2015REG.PROV.COLL.
N. 06666/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 6666 del 2015, proposto dalla Emmeci Motori e Componenti s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Carlo Contaldi La Grotteria e Paolo Pittori, domiciliata presso il loro studio, in Roma, Lungotevere dei Mellini 24;

contro

Ama s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Damiano Lipani e Francesca Sbrana, con domicilio eletto presso il primo, in Roma, via Vittoria Colonna 40;

nei confronti di

Romana Diesel s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Stefania Masini e Fabrizio Dionisio, con domicilio eletto presso la prima, in Roma, via Gramsci 24;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO – ROMA, SEZIONE II-BIS, n. 9560/2015, resa tra le parti, concernente una procedura di affidamento in appalto della fornitura di ricambi per autoveicoli Iveco utilizzati nei servizi di igiene urbana;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle s.p.a. Ama e Romana Diesel;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 novembre 2015 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Carlo Contaldi La Grotteria, Damiano Lipani, Francesca Sbrana e Nino Paolantonio, su delega dell'avvocato Maria Stefania Masini;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La AMA s.p.a. indiceva una procedura di affidamento in appalto per la fornitura di ricambi ai propri autoveicoli di marca Iveco utilizzati nel servizio di igiene urbana, per la durata di 36 mesi, del valore complessivo di € 6.900.000, suddiviso in due lotti, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (bando pubblicato il 6 ottobre 2014).

2. Con ricorso al TAR Lazio – sede di Roma la Emmeci Motori e Componenti s.r.l., partecipante alla gara, censurava sotto vari profili il bando, il disciplinare ed il capitolato speciale d'appalto, per avere previsto una triplice tipologia di ricambi: originali, di primo impianto ed equivalenti, in asserito contrasto con la normativa comunitaria in materia, e per essere stato posto a base di gara un listino prezzi di una determinata casa produttrice (Iveco) in posizione privilegiata con la concorrente Romana Diesel s.p.a.

3. Con successivi motivi aggiunti la Emmeci impugnava la propria esclusione dalla gara, disposta

all'esito della verifica di anomalia, dopo che la propria offerta era risultata la migliore per entrambi i lotti (provvedimento in data 24 marzo 2015, prot. n. 16323, con il quale veniva anche incamerata la cauzione provvisoria).

4. Il giudice di primo grado adito:

- esaminava dapprima i motivi aggiunti e li respingeva, sul rilievo che l'esclusione era stata legittimamente disposta a fronte di una modifica dell'offerta tecnica, che la Emmeci aveva operato dichiarando che la fornitura sarebbe consistita in ricambi originali in misura prevalente ed anche di primo impianto ed equivalenti, mentre in sede di offerta la stessa aveva indicato la sola prima tipologia, ottenendo così il punteggio massimo di 10 punti previsto per tale criterio di valutazione dell'offerta (contro i 5 e 0 rispettivamente previsti per i ricambi di primo impianto ed equivalenti, in relazione al sub-criterio di valutazione «*disponibilità di ricambi offerti*»);

- in dichiarata applicazione dei principi affermati dall'Adunanza plenaria 7 aprile 2011, n. 4, dichiarava conseguentemente improcedibile il ricorso, a seguito del riscontro *a posteriori* dell'assenza di un titolo di legittimazione («*una situazione sostanziale*») abilitante la Emmeci a contestare la *lex specialis*.

5. Con il presente appello quest'ultima contesta entrambe queste statuizioni e ripropone i motivi del proprio ricorso.

Resiste al mezzo l'Ama.

6. Con ordinanza interlocutoria n. 4050 del 31 agosto 2015 la Sezione ha disposto l'integrazione del contraddittorio nei confronti della Romana Diesel s.p.a., cui nelle more è stato definitivamente aggiudicato l'appalto. In seguito a ciò quest'ultima si è costituita nel presente giudizio per resistere all'appello.

DIRITTO

1. Con il presente appello la Emmeci censura:

- innanzitutto l'esclusione disposta in proprio danno, negando che la proposta di fornitura di un *blend* di ricambi, con quelli originali in misura prevalente e per il resto di primo impianto ed equivalenti, determini una modifica della propria offerta, in cui erano stati indicati i soli originali sulla base della triplice alternativa "secca" consentita dal modello di dichiarazione predisposto dall'ente aggiudicatore; ciò in considerazione del fatto che la tripartizione di ricambi in questione non ha fondamento normativo (I motivo);

- (in via autonoma) il conseguente incameramento della cauzione provvisoria, che assume non esserle imputabile (II motivo);

- la statuizione di improcedibilità del ricorso emessa dal TAR, sul presupposto che il rigetto dell'impugnativa contro l'esclusione dalla gara privi la Emmeci di un legittimo titolo di partecipazione alla stessa, in relazione alla quale l'appellante oppone di avere censurato con tale ricorso la gara già a partire dal bando, nelle parti immediatamente lesive (III motivo);

- l'illegittimità della *lex specialis* per questa parte, mediante la riproposizione dei motivi di ricorso non esaminati dal giudice di primo grado per effetto della dichiarazione di improcedibilità; motivi diretti nel loro complesso a stigmatizzare l'effetto di illegittima restrizione concorrenziale determinata dalla ridetta tripartizione di ricambi da fornire e dalla conseguente modulazione dei punteggi per l'offerta tecnica, nonché per via della riserva prevista in favore dell'ente aggiudicatore di non accettare in alcuni casi ricambi di primo impianto o equivalenti, ed infine per l'impiego del listino degli autoricambi Iveco ai fini dell'offerta economica (motivi da IV a VI).

2. Così riassunta la complessiva prospettazione alla base del presente appello, deve innanzitutto rilevarsi che le deduzioni dell'appellante sono fondate nella parte in cui contestano, da un lato, il fondamento normativo tra ricambi originali e di primo impianto o equipaggiamento (e cioè quelli forniti al produttore del veicolo da altra impresa, ma originariamente installati sul veicolo e commercializzati dal primo), nonché, dall'altro lato, la discriminazione tra i medesimi ricambi e quelli equivalenti. Infatti, in base al regolamento 2002/1400/CE, ("relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico"):

- «*per «pezzi di ricambio originali» si intendono i pezzi di ricambio la cui qualità è la stessa di quella dei componenti usati per l'assemblaggio dell'autoveicolo e che sono fabbricati secondo le specifiche tecniche e gli standard di produzione forniti dal costruttore per la produzione di componenti o pezzi di ricambio dell'autoveicolo in questione, ivi compresi i pezzi di ricambio prodotti sulla medesima linea di produzione di detti componenti. Si presume, salvo prova contraria, che di tali pezzi di ricambio sono*

pezzi di ricambio originali se il produttore di pezzi di ricambio certifica che la qualità degli stessi corrisponde a quella dei componenti usati per l'assemblaggio dell'autoveicolo in questione e che detti pezzi di ricambio sono stati fabbricati secondo le specifiche tecniche e gli standard di produzione del costruttore degli autoveicoli» [art. 1, comma 1, lett. t)];

- «per «pezzi di ricambio di qualità corrispondente» si intendono esclusivamente i pezzi di ricambio fabbricati da qualsiasi impresa che possa certificare in qualunque momento che la qualità di detti pezzi di ricambio corrisponde a quella dei componenti che sono stati usati per l'assemblaggio degli autoveicoli in questione [art. 1, comma 1, lett. u)] ».

3. Il regolamento in questione, la cui vigenza è stata prorogata dal regolamento 2010/461/UE, prevede i casi di esenzione ai sensi dell'art. 81, comma 3, del trattato sulla comunità europea (allora vigente) dal divieto di intese restrittive della concorrenza, al fine di accrescere la competizione nel mercato automobilistico ed in particolare nel segmento relativo alle revisioni e manutenzioni, sottraendo l'automobilista dall'obbligo di rivolgersi ad officine autorizzate dalla casa madre al fine di mantenere la garanzia da quest'ultima rilasciata al momento dell'acquisto del mezzo.

4. Per quanto rileva nel presente giudizio, questo obiettivo è stato appunto perseguito, come deduce l'appellante, consentendo di rivolgersi a fornitori di ricambi equivalenti e cioè di qualità corrispondenti agli originali, secondo la definizione sopra riportata, non contemplando in alcun modo invece la categoria dei ricambi di primo impianto. Ciò è reso manifesto dal considerando n. 19, il quale esplicita l'obiettivo di non esentare gli accordi «*che limitano la vendita di pezzi di ricambio originali o di qualità corrispondente, da parte dei membri del sistema di distribuzione, a riparatori indipendenti che li usano per fornire servizi di riparazione o manutenzione»*, ed è attuato con il disposto dell'art. 4, comma 1, lett. k), il quale include tra le restrizioni vietate, quelle incidenti sulla «*facoltà del distributore o del riparatore autorizzato di ottenere pezzi di ricambio originali o di qualità corrispondente da una impresa terza di propria scelta e di utilizzarli per la riparazione o la manutenzione di autoveicoli»*.

5. Tutto ciò premesso, occorre stabilire se, come asserisce l'appellante nel primo motivo, la specificazione da essa fornita in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, secondo cui i ricambi forniti non sarebbero stati esclusivamente originali (marca Iveco, vale a dire quella degli automezzi di Ama), malgrado la dichiarazione in questo senso resa in sede di presentazione dell'offerta medesima non ne comporti alcuna modifica sostanziale.

6. In base alla ricognizione della normativa comunitaria svolta gli assunti di Emmeci sono fondati. Da tale ricognizione risulta infatti insussistente il presupposto a base dell'esclusione impugnata, e cioè che tra la presentazione dell'offerta e le giustificazioni ad essa relative fornite dall'odierna appellante in sede di verifica dell'anomalia sia intervenuta una modifica sostanziale delle relative caratteristiche. Una volta chiarito che i ricambi equivalenti sono quelli aventi caratteristiche tecniche e sono idonei a fornire prestazioni corrispondenti a quelli originali, non vi è ragione alcuna per discriminarli sul piano della valutazione dell'offerta e ritenere pertanto che essa sia stata modificata nel corso della gara. Ciò che risulta invece determinante, ai sensi dell'art. 68 cod. contratti pubblici, la cui violazione è stata ritualmente dedotta dalla Emmeci, è che l'offerta contempli effettivamente prodotti aventi caratteristiche tecniche e funzionali equivalenti, essendo legittima l'esclusione dalla gara solo una volta accertato che tale rispondenza non sussiste (cfr. *ex multis*: Sez. III, 30 aprile 2014, n. 2273).

7. L'erronea impostazione dell'Ama si annida in realtà sin dalla rigida tripartizione tra ricambi originali, di primo impianto ed equivalenti, entro la quale le concorrenti erano tenute ad esprimere una sola opzione («*una soltanto delle alternative barrando la relativa casella»* del modello appositamente predisposto: allegato 2 al disciplinare). Infatti, per le ragioni poc'anzi evidenziate, l'esclusione della Emmeci ne costituisce una diretta conseguenza.

A quest'ultimo riguardo, non è sostenibile l'assunto, fatto invece proprio dal TAR, che le concorrenti avrebbero dovuto specificare a mezzo di postille l'effettiva composizione della fornitura da offrire. Non spetta infatti al concorrente emendare vizi da cui la normativa di gara è in ipotesi affetta, potendo lo stesso chiedere eventualmente chiarimenti, sulla base di una sua mera facoltà.

8. Tanto meno in contrario a quanto sinora rilevato possono essere condivise le deduzioni difensive dell'Ama e dell'aggiudicataria Romana Diesel.

Quest'ultima in definitiva finisce per riconoscere la fondatezza delle censure dell'appellante, ammettendo che la suddivisione tra le tre tipologie di ricambi enucleata dall'Ama in sede di gara «*esiste (...)ontologicamente»* (pag. 10 della memoria costitutiva della controinteressata), ma trascurando che la discrezionalità amministrativa costituisce una facoltà di scelta tra diverse opzioni legittime, vale a dire consentite dalla legge e non già dalla supposta natura delle cose. Per le stesse ragioni, non può essere

ritenuta legittima una scelta che, a dire dell'ente aggiudicatore, era intesa a «*riconoscere valore premiale all'offerta di ricambi originali in luogo di quelli "di primo impianto" ovvero di quelli equivalenti*» (pag. 9 della memoria difensiva dell'Ama), se la stessa, lungi dall'estrinsecarsi nei limiti fissati dalla legge, li violi.

Detto in altri termini, l'obiettivo di selezionare offerte migliori è indiscutibilmente legittimo, ed anzi è uno dei principi che informa il sistema degli appalti pubblici (art. 2, comma 1, d.lgs. n. **163/2006**), purché tuttavia non si producano effetti ingiustificatamente discriminatori (cfr. la disposizione ora citata) ed in ogni caso sempre che le scelte adottate dall'amministrazione siano effettivamente rispondenti a questo scopo.

9. Deve ancora essere confutato il rilievo secondo cui la valorizzazione dei ricambi originali è in realtà conseguente alla necessità, esplicitata dal capitolato speciale d'appalto, di garantire la sicurezza del veicolo o limitare le emissioni inquinanti (§ 1.1.2 e allegato 1 del capitolato).

In realtà, da nessuna previsione della *lex specialis* emerge se effettivamente i ricambi originali assicurino *performance* superiori rispetto a quelli equivalenti sotto i profili ora accennati, tanto più che nel citato allegato 1 i ricambi non sostituibili con quelli equivalenti sono ben 62.

10. Deve del pari essere disatteso anche l'assunto secondo cui la tripartizione di ricambi in esame non avrebbe leso gli interessi della Emmeci, avendo questa presentato l'offerta migliore.

Al riguardo è sufficiente richiamare quanto poc'anzi accennato e cioè che la conseguenza immediata di tale non consentita suddivisione è stata proprio l'esclusione dell'odierna appellante dalla gara in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, motivata sulla base di un'asserita modifica sostanziale della stessa rispetto all'opzione formulata dalla concorrente in sede di compilazione del modello, che tale scelta rigida aveva imposto.

11. In ragione di tutto quanto finora rilevato risulta illegittima anche l'escussione della cauzione provvisoria, dovendosi quindi accogliere anche il secondo motivo d'appello.

12. Fondato è anche il terzo, diretto a censurare la dichiarazione di improcedibilità del ricorso contro la normativa di gara.

L'erroneità di tale statuizione del TAR non è peraltro solo consequenziale al rigetto dei motivi aggiunti, ma anche autonomamente evincibile dal fatto che, anche in caso di rigetto di questo mezzo, la Emmeci aveva impugnato la *lex specialis* nelle parti lesive senza attendere l'esito conclusivo della gara, azionando in questo modo l'interesse giuridicamente rilevante a rimuovere quegli aspetti incidenti sulla possibilità di formulare un'offerta consapevole, a causa dell'onere del tutto sproporzionato conseguente all'ingiustificata valorizzazione dei ricambi originali. Al riguardo deve quindi ritenersi applicabile al caso di specie il principio, affermato dall'Adunanza plenaria con la sentenza 29 gennaio 2003, n. 1, secondo cui in questa ipotesi è eccezionalmente configurabile un onere di immediata impugnazione del bando, che la Emmeci ha dunque ritualmente assolto.

Peraltro, quand'anche volesse ritenersi che tale onere non era configurabile, in ogni caso la tempestiva impugnazione *in parte qua* della normativa di gara non consentiva di ritenere, anche una volta respinti i motivi aggiunti contro l'esclusione, sopravvenuto in capo della medesima Emmeci un difetto di interesse a coltivare il ricorso. Ciò sulla base del rilievo, più volte sopra evidenziato, che le ragioni dell'esclusione derivano in via immediata dalla suddivisione operata nel capitolato speciale tra le tre diverse tipologie di ricambi già censurata mediante il ricorso originario e, conseguentemente, che una volta rimosse all'origine le relative previsioni di *lex specialis* tale esclusione non si sarebbe verificata.

13. Devono a questo punto essere esaminati i motivi riproposti a mezzo del presente appello.

14. In ragione di tutto quanto finora rilevato sono fondati quelli diretti a censurare la normativa di gara nella parte in cui, da un lato, l'Ama si è immotivatamente riservata la facoltà di non accettare ricambi non originali (§ 1.1.2 e allegato 1 al capitolato speciale), e dall'altro lato ha posto a base di gara la suddivisione di ricambi nelle tre categorie più volte richiamate, anche ai fini della graduazione del punteggio tecnico (§ 7.8 e 9 del disciplinare, § 1.2 del capitolato).

L'illegittimità di queste previsioni di *lex specialis* deriva dunque dal loro contrasto con la normativa europea in materia di ricambi di autoveicoli nonché, come fondatamente dedotto dalla Emmeci, dall'obbligo evincibile dall'art. 68, commi 2, 4, 7 e 8, cod. contratti pubblici per le stazioni appaltanti di accettare le offerte di prodotti aventi caratteristiche tecniche e funzionali equivalenti.

15. Sono quindi fondate anche le censure relative al riferimento operato nella normativa di gara ad una fabbricazione o provenienza determinata dei ricambi, nel caso di specie il listino della Iveco, come parametro per la formulazione dei ribassi da valutare ai fini dei punteggi per l'offerta economica, ed in particolare sotto forma di soglia minima di sconto per ciascuna categoria di ricambio contemplata dal

medesimo listino, con comminatoria espressa di esclusione (§ 7.9 del disciplinare di gara).
Il citato art. 68 d.lgs. n. **163/2006** consente, al comma 13, di operare un simile riferimento per definire le specifiche tecniche della fornitura, quando altrimenti non sarebbe possibile ottenere «*una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto*», occorrendo poi che le stazioni appaltanti motivino le ragioni di questa impossibilità (in questo senso: Sez. IV, 30 maggio 2013, n. 2976). Non costituisce per contro un'opzione consentita dalla disposizione in esame quella di riferirsi ad una specifica produzione per la formulazione da parte dei concorrenti dell'offerta economica. In questo caso la competizione concorrenziale, nel rispetto delle caratteristiche tecniche del prodotto eventualmente definite a mezzo di specifiche di una provenienza determinata, deve essere lasciata alle libere determinazioni degli operatori economici partecipanti alla procedura di affidamento. Il richiamo ad una determinata produzione anche per la formulazione del ribasso si traduce invece in un possibile vantaggio concorrenziale a favore di soggetti economicamente integrati con la produzione richiamata, i quali sono così posti in condizione di applicare una "scontistica" concordata o consentita con la casa madre, riproducendo quelle forme di intesa commerciale che il citato regolamento 2002/1400/CE intende contrastare.

16. In conclusione, l'appello deve essere accolto, dovendosi quindi riformare la sentenza di primo grado e, in accoglimento del ricorso e dei motivi aggiunti di Emmeci, annullare l'esclusione e prima ancora il disciplinare di gara ed il capitolato tecnico, nelle parti impugnate con il primo. Le spese del doppio grado di giudizio possono nondimeno essere compensate tra tutte le parti per la notevole complessità delle questioni controverse.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso ed i motivi aggiunti colà proposti dalla Emmeci Motori e Componenti s.r.l., annullando gli atti con essi impugnati nei termini indicati in motivazione.

Compensa integralmente tra tutte le parti le spese del doppio grado di giudizio.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

N. 05280/2015REG.PROV.COLL.
N. 08719/2015 REG.RIC.

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

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8719 del 2015, proposto da:
Ministero della Difesa, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale, domiciliata in Roma,
Via dei Portoghesi 12;

contro

Slem Srl in proprio e quale Capogruppo Mandataria Ati, Ati - Rica Srl, Ati - Scardi Ristorazione Srl, Rti - Gam Srl, Progetto 2000 Soc. Coop., Quadrelle 2001 Soc. Coop., Ati - As Catering di Ada Spadafora & Co. Sas, rappresentati e difesi dall'avv. Luca Tozzi, con domicilio eletto presso l'avv. Lodovico Visone in Roma, Via del Gesù, 62;

nei confronti di

Ladisa Spa;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE I BIS n. 10167/2015, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di ristorazione collettiva mediante catering completo presso i reparti dell'arma dei carabinieri dislocati sull'intero territorio nazionale.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Slem Srl in proprio e quale Capogruppo Mandataria Ati e di Ati - Rica Srl e di Ati - Scardi Ristorazione Srl e di Rti - Gam Srl e di Progetto 2000 Soc. Coop. e di Quadrelle 2001 Soc. Coop. e di Ati - As Catering di Ada Spadafora & Co. Sas;

Viste le memorie difensive;

Visto l'art. 60 del codice del processo amministrativo

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2015 il Cons. Andrea Migliozi e uditi per le parti l'avv. Tozzi e l'avvocato dello Stato D'Elia i quali vengono previamente avvisati della possibilità di definire la causa con sentenza in forma semplificata

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Società coop Quadrelle 2001 partecipava quale mandante di una costituenda ATI con capogruppo mandataria Slem srl alla procedura ristretta di gara bandita dal Comando generale dell'Arma dei carabinieri per l'affidamento del servizio di ristorazione collettiva mediante catering con riferimento al lotto 4 relativo alle regioni Abruzzo, Molise, Campania, Puglia, Basilicata, Calabria e Sicilia.

Dopo l'aggiudicazione in via provvisoria della gara in favore dell'ATI Slem, la stazione appaltante, in sede di controllo dei requisiti dichiarati in via sostitutiva, rilevava l'asserita falsità dei certificati di qualità Iso inerenti la società mandante Quadrelle 2001 e per tale motivo disponeva l'esclusione dalla gara della suindicata ATI, provvedendo altresì alla escussione della polizza fideiussoria prestata a titolo di cauzione.

Avverso tali determinazioni nonché avverso l'aggiudicazione definitiva avvenuta in favore della società Ladisa spa, Slem srl proponeva innanzi al Tar del Lazio rispettivamente ricorso principale e atto di motivi aggiunti, denunciando la illegittimità degli atti gravati sotto vari profili. L'adito Tribunale amministrativo con sentenza n. 10167/2015 respingeva il gravame proposto avverso la esclusione dalla gara, mentre accoglieva il ricorso relativamente all'impugnata escussione della garanzia e tanto sul rilievo che nella specie era mancata una specifica valutazione della gravità degli addebiti mossi alla società partecipante alla gara si da non potersi giustificare la sanzione della disposta escussione della cauzione.

Il Ministero della Difesa ha impugnato tale decisum nella parte in cui ha accolto l'impugnativa riguardante la escussione della cauzione provvisoria deducendo, con un unico motivo di gravame, la erroneità di tale statuizione, in sostanza, per errata interpretazione dell'art. 48 del testo unico degli appalti (dlgs.n. **163/2006**).

Più specificatamente parte appellante facendo riferimento peraltro a pronunce di questo Consesso rileva che l'atto di incameramento della cauzione è conseguenza afflittiva automatica della disposta esclusione dalla gara, prevista ex lege, senza che sia necessaria una previa attività valutativa della gravità della violazione commessa dal concorrente alla procedura selettiva.

Si è costituita in giudizio la Società Quadrelle 2001, che ha rilevato la legittimità delle statuizioni assunte sul punto dal giudice di primo grado contestando la fondatezza dell'appello sotto due fondamentali profili:

perché l'art.48 del dlgs n. **163/06** non è applicabile alla procedura concorsuale de qua;

perché deve ritenersi errata la esclusione dalla gara dell'ATI Slem, ricorrendo in capo alla mandante Quadrelle 2001 i requisiti soggettivi di cui all'art. 39 del citato testo unico sugli appalti .

Alla camera di consiglio del 10 novembre 2015 la causa è stata introitata per la decisione.

DIRITTO

In primo luogo la Sezione decide di definire la causa con sentenza in forma semplificata sussistendo le condizioni di cui all'art.60 c.p.a

Ciò preliminarmente precisato, la statuizione del primo giudice che sancisce la illegittimità della disposta escussione della cauzione provvisoria prestata dalla Società Quadrelle 2001 deve essere confermata, ma per ragioni diverse da quelle esposte nella impugnata sentenza.

L'incameramento della cauzione come più volte rilevato da questo Consiglio di Stato (Sez. V 10/9/2012 n. 4778; di recente , questa Sezione 9/6/2015 n. 2829) si configura come misura sanzionatoria costituente conseguenza automatica del provvedimento di esclusione .

Invero, è stato osservato nelle suindicate circostanze che i criteri di esclusione dalla partecipazione alle gare sono dati in funzione della trasparenza della posizione dei concorrenti e non ritengono necessaria la prova della colpa nella formazione delle dichiarazioni presentate, dovendosi tener presente che nella specie l'esclusione è avvenuta proprio in ragione di un rilevato difetto dei requisiti da dichiararsi ex art.38 del dlgs n. **163/2006**.

Aderendosi a questa tesi interpretativa ne deriva che l'assunto del Tar secondo cui nel caso de quo necessitava far precedere la determinazione di incameramento da una valutazione sulla gravità dell'addebito contestato alla Società Quadrelle si appalesa privo di pregio mentre, specularmente, fondata si rivela la tesi difensiva di parte appellante che fonda il suo motivo di gravame proprio sul carattere automatico della escussione intesa come misura sanzionatoria applicabile ex lege .

Nondimeno, rileva il Collegio che la stazione appaltante non poteva procedere alla escussione della cauzione per una ragione che si pone a monte della problematica sopra esposta, ravvisabile, precipuamente, nel fatto che l'art. 48 citato non è applicabile tout court alla fattispecie, come correttamente e fondatamente fatto rilevare dalla Società qui appellata nella memoria di resistenza.

Il titolo II del dlgs n. **163/06** che si occupa dei contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice annovera l'art. 21 relativo agli appalti aventi ad oggetto i servizi elencati sia nell'allegato A sia nell'allegato B .

Ora oggetto della gara per cui è causa risulta essere per tabulas il servizio di ristorazione collettiva mediante catering e la ristorazione è tra gli appalti di servizi inseriti nell'allegato II B del codice dei contratti .

Questo sta a significare, in base ad una coordinata lettura del disposto legislativo, che la procedura ristretta posta in essere rientra a pieno titolo tra i servizi esclusi ai quali non è applicabile la norma di

cui all'art.48 dettata a proposito della escussione della cauzione provvisoria.

In tali sensi si è peraltro già espressa questa Sezione con sentenza n.2853 del 25/2/2014 proprio in occasione della definizione di una gara avente ad oggetto il servizio ristorazione (da svolgersi in quella circostanza in favore della polizia penitenziaria) e il Collegio ritiene di aderire pienamente a tale decism.

D'altra parte occorre rilevare che nella lex specialis di gara non risulta vi sia una prescrizione che preveda l'escussione della cauzione provvisoria conseguentemente alla disposta esclusione alla gara di un concorrente, senza quindi che la stazione appaltante si sia posto al riguardo un autovincolo.

Insomma non v'è per il caso di specie una norma di rango legislativo e neppure di tipo regolamentare che regga l'irrogazione della misura affittiva costituita dalla escussione della cauzione provvisoria; e se così è la determinazione assunta nei confronti di Quadrelle 2001 deve ritenersi illegittima.

Conclusivamente l'appello va respinto e l'impugnata sentenza confermata sia pure con diversa motivazione, nei sensi sopra resi.

Quanto alle spese del giudizio, avuto riguardo alla peculiarità della vicenda, delle stesse si può disporre la compensazione tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo Rigetta .

Compensa tra le parti le spese del giudizio

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Raffaele Potenza, Consigliere

Andrea Migliozi, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

Francesco Mele, Consigliere

**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 7974 del 2012, proposto da:

Latorre s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria della A.T.I. con l'impresa Padovano Vittorio da Taranto, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Muscatello, con domicilio eletto presso il dottor Alfredo Placidi in Roma, Via Cosseria, n. 2;

contro

Comune di Bari, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Rossana Lanza e Rosa Cioffi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Roberto Ciociola in Roma, viale delle Milizie, n. 2;

nei confronti di

Ciccimarra Carlo e Figli s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Paolo Bello e Michele Castellano, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Arnaldo Del Vecchio in Roma, viale Giuseppe Mazzini, n. 73;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Puglia – Bari, Sezione I, n. 01183/2012, resa tra le parti;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Bari e della Ciccimarra Carlo e Figli s.r.l.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 giugno 2015 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti l'avvocato Francesco Muscatello e l'avvocato Roberto Ciociola, su delega degli avvocati Rosa Cioffi e Rossana Lanza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1.- La Latorre s.r.l., quale mandataria - capogruppo dell'A.T.I. con l'impresa Padovano Vittorio da Taranto, ha partecipato alla gara, indetta dal Comune di Bari in data 8 febbraio 2010, per l'aggiudicazione dell'appalto del servizio di trasporto scolastico da svolgere in favore degli alunni frequentanti le scuole dell'infanzia, primarie e secondarie, per il periodo 2010 – 2012, suddivisa in sei lotti, all'esito della quale è risultata aggiudicataria in via provvisoria dei lotti n. 4 e 6.

Nella seduta del 24 gennaio 2011 la commissione di gara ha disposto l'esclusione di detta società per carenza del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n.163 del 2006, in dichiarata esecuzione della determinazione dirigenziale, datata 4 gennaio 2011, con cui il Comune di Bari aveva accertato a carico della società stessa grave negligenza e malafede nell'esecuzione di precedente appalto di trasporto alunni (con riferimento all'anno scolastico 2006-2007) a seguito della presa conoscenza delle risultanze del procedimento penale a carico del titolare della società, rinviato a giudizio per i reati di cui agli artt. 355, 356 e 640 del c.p..

2.- Con ricorso al T.A.R. Puglia, Bari, la Latorre s.r.l. ha chiesto l'annullamento di detto provvedimento di esclusione e della presupposta determinazione del Dirigente la ripartizione politiche educative, giovanili e sportive del Comune di Bari del 4 gennaio 2011 n. 2011/00009 - 2011/210/00001 avente ad oggetto "Servizio trasporto scolastico. Accertamento grave negligenza e malafede", nonché di tutti gli atti presupposti, indicati nell'epigrafe del ricorso di primo grado. La società ha anche chiesto il risarcimento del danno mediante tutela in forma specifica, o, in subordine, per equivalente, nonché il ristoro del danno biologico – esistenziale e dei costi sostenuti per la partecipazione alla gara e alla procedura in questione (oltre a rivalutazione monetaria ed interessi), nonché ha chiesto la declaratoria di inefficacia, ai sensi dell'art. 122 del c.p.a., del contratto stipulato o stipulando con l'odierna controinteressata relativamente ai lotti di interesse.

Successivamente la citata società con motivi aggiunti ha chiesto l'annullamento della determinazione n. 2011/05871 - 2011/210/00440 del 12 agosto 2011 del Dirigente della ripartizione politiche educative e giovanili del Comune di Bari, adottata a conclusione del procedimento di riesame espletato in esecuzione dell'ordinanza del Consiglio di Stato, Sezione V, n. 2679 del 2011 (di accoglimento della domanda di tutela cautelare introdotta con il ricorso).

3.- Il T.A.R., con la sentenza in epigrafe indicata, ha respinto il ricorso ed i motivi aggiunti.

4.- Con il ricorso in appello in esame la citata società ha chiesto l'annullamento e la riforma di detta sentenza, nonché il risarcimento del danno assuntamente subito, deducendo i seguenti motivi:

a) Motivazione insufficiente, erronea e contraddittoria rispetto al vizio di legittimità articolato nel ricorso al T.A.R. e rubricato con il n. 2.

Con la sentenza impugnata sarebbe stato erroneamente sostenuto che la pendenza dell'indagine penale sui contestati episodi di grave negligenza nel pregresso rapporto fosse sufficiente sul piano logico a minare il rapporto di fiducia ed ad escludere l'affidabilità professionale dell'impresa.

Sono state quindi riproposte le critiche formulate in primo grado con riguardo alla motivazione dell'impugnato provvedimento, escludendo la rilevanza delle violazioni ivi elencate.

b) Motivazione erronea ed inadeguata in ordine alla reiezione della questione comunitaria e, in subordine, all'eccezione di costituzionalità contenuta nel motivo rubricato al n. 3) del ricorso di primo grado.

La previsione di cui all'art. 38, comma 1, lettera f), del d. lgs. n. 163 del 2006 non troverebbe valido supporto, nella sua formulazione e nei suoi effetti, nella Direttiva comunitaria che ha recepito e nei principi cardine dell'ordinamento comunitario.

Inoltre detta norma sarebbe in contrasto con gli artt. 3 e 41 della Costituzione, in relazione agli artt. 4, 24, 35 e 97 della stessa.

c) Motivazione erronea ed inadeguata in ordine alla reiezione del motivo rubricato con il n. 1) del ricorso al T.A.R..

Il primo giudice erroneamente avrebbe respinto il motivo di ricorso con il quale era stata dedotta l'incompetenza o la violazione del dovere di astensione per incompatibilità del dirigente che aveva presieduto la gara ed aveva poi accertato la mala fede della aggiudicataria.

d) Motivazione erronea ed inadeguata in ordine alla reiezione delle censure relative al provvedimento dirigenziale di riesame contenute nell'atto di motivi aggiunti.

Con la impugnata sentenza sarebbe stato erroneamente sostenuto, con riguardo all'adottato provvedimento di riesame, che con esso era stata data pieno e motivato riscontro alle censure contenute nel ricorso.

Sono state quindi riproposte le censure formulate con i motivi aggiunti in primo grado.

e) Sono state infine reiterate sia le deduzioni svolte in primo grado circa l'illegittimità derivata del provvedimento di esclusione da quella della determinazione dirigenziale impugnata, sia le domande di risarcimento del danno ingiusto.

5.- Con atto depositato l'11 dicembre 2012 si è costituita in giudizio la Ciccimarra Carlo e Figli s.r.l., che ha chiesto la reiezione dell'appello perché irricevibile, inammissibile ed infondato.

6.- Con atto depositato il 21 dicembre 2012 si è costituito in giudizio il Comune di Bari, che ha eccepito l'inammissibilità e l'improcedibilità dell'appello, nonché ne ha dedotto l'infondatezza, richiamando anche, ex art. 101 del c.p.a., le difese, conclusioni e deduzioni formulate in primo grado.

7.- Con memoria depositata il 6 giugno 2015 il Comune di Bari, premesso che era venuto a conoscenza degli accertamenti di polizia giudiziaria effettuati nei confronti del titolare della società Latorre solo in occasione della notifica della richiesta di rinvio a giudizio dello stesso, ha dedotto l'infondatezza dei motivi posti a base dell'appello, in particolare sostenendo che nel caso di specie la pendenza di un'indagine penale su contestati episodi di grave negligenza nel pregresso rapporto contrattuale, nonché la gravità degli addebiti sarebbero stati oggetto di legittima valutazione discrezionale, a nulla valendo la circostanza che l'inadempienza fosse stata commessa da lungo tempo. Ha quindi affermato l'insussistenza di incompatibilità tra la normativa di cui trattasi e l'art. 45 della Direttiva comunitaria n. 2004/18 e l'infondatezza della sollevata questione di costituzionalità, concludendo per la declaratoria di inammissibilità o per la reiezione del gravame.

8.- Con memoria depositata l'8 giugno 2015 la società appellante ha evidenziato che, con sentenza n. 2359 del 2014, il Tribunale di Bari, prima sezione penale, ha disposto, con riguardo ai fatti di cui trattasi, l'assoluzione dell'imputato per insussistenza del fatto ed ha rimarcato che il T.A.R. Puglia Bari, Sezione I, con sentenza n. 1251 del 2012 ha accolto il ricorso proposto dalla ditta Sabato Viaggi (assuntamente) con riguardo agli stessi addebiti mossi alla appellante; ha quindi ribadito e precisato la richiesta di risarcimento dei danni subiti, concludendo per l'accoglimento dell'appello e di tutte le domande formulate, specificate e quantificate.

9.- Con memoria depositata il 12 giugno 2015 il Comune di Bari ha replicato alle avverse difese, in particolare evidenziando di aver proposto appello (che ha assunto il n. di r.g. 7573 del 2012) contro detta sentenza n. 1251 del 2012 e contestando l'ammissibilità e la fondatezza delle deduzioni e domande risarcitorie formulate dalla appellante.

10.- Con memoria depositata il 12 giugno 2015 la Ciccimarra Carlo e Figli s.r.l. ha replicato alle deduzioni della appellante, in particolare evidenziando l'irrelevanza della sentenza di assoluzione emanata dalla Autorità giudiziaria penale (peraltro solo nel mese di gennaio 2015, dopo anni dall'emanazione del provvedimento impugnato) in quanto, per procedere all'esclusione del concorrente

per grave negligenza lesiva del rapporto fiduciario con la s.a., non sarebbe necessario che essa sia giurisdizionalmente accertata, essendo la relativa valutazione rimessa alla discrezionalità della Amministrazione.

11.- Con memoria depositata il 13 giugno 2015 la Latorre s.r.l. ha replicato alle avverse argomentazioni difensive, in particolare evidenziando che il Comune di Bari non avrebbe effettuato alcun accertamento autonomo e diretto rispetto agli elementi dell'indagine penale e nessuna valutazione dei profili ivi rappresentati, nonché che comunque sarebbero state insufficienti le irregolarità contestate a sorreggere la dichiarazione di negligenza e mala fede.

12.- Alla pubblica udienza del 24 giugno 2015 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati della appellante e del Comune di Bari, come da verbale di causa agli atti del giudizio.

13.- La Sezione ritiene l'appello infondato.

14.- Con il primo motivo di gravame, premesso che il T.A.R. Puglia, Bari, ha accolto, con sentenza n. 1251 del 2012, il ricorso della Sabato Viaggi che avrebbe subito gli stessi addebiti della appellante, è stata in primo luogo censurata l'impugnata sentenza laddove, con riguardo al requisito di cui all'art. 38, comma 1, lettera f), del d. lgs. n. 163 del 2006 (attinente alla affidabilità professionale), dapprima avrebbe affermato che il potere della stazione appaltante di contestare gravi negligenze riguardanti un precedente rapporto contrattuale con la stessa Amministrazione che ha indetto la gara è discrezionale e soggetto al sindacato giurisdizionale nei soli limiti della illogicità o errore sui fatti, mentre avrebbe poi sostenuto, in assunta contraddizione con l'operato del Comune di Bari, che la violazione dei doveri professionali riconducibili a gravi negligenze o malafede deve essere connotata dall'elemento psicologico della colpa grave.

E' stata inoltre censurata la sentenza laddove ha sostenuto che la pendenza dell'indagine penale sui contestati episodi di grave negligenza nel pregresso rapporto contrattuale, anche se non vincolante, poteva essere oggetto di valutazione discrezionale ai fini dell'esclusione, in quanto sufficiente sul piano logico a minare il rapporto di fiducia ed ad escludere l'affidabilità professionale dell'impresa, a nulla valendo la circostanza che la inadempienza fosse stata commessa in epoca molto pregressa.

La tesi che una semplice indagine penale sia sufficiente ad incidere sull'elemento fiduciario sarebbe smentita sia dalla esistenza del principio costituzionale della presunzione di innocenza, sia dalla circostanza che l'indagine stessa sarebbe stata generata dalla inadeguata attività di personale assistente alle dipendenze di un operatore che sarebbe ancora gestore del servizio e sia dal fatto che si sarebbe trattato di un affidamento limitato nella durata e risalente nel tempo (poi confermato per un quadriennio, anche dopo la richiesta di rinvio a giudizio) che non avrebbe dato luogo ad alcuna irregolarità, come da attestazioni dei dirigenti scolastici interessati.

Secondo la appellante il Comune avrebbe trasfuso gli esiti dell'istruttoria penale nel provvedimento impugnato senza verificare se l'impresa avesse effettivamente procurato pericoli e senza motivare adeguatamente con riguardo alla avvenuta rilevazione di situazioni di anomalia nella esecuzione del servizio de quo e alla sussistenza dell'elemento psicologico della grave negligenza o malafede.

Il potere esercitato dal Comune, anche se permeato di discrezionalità, sarebbe sindacabile dal giudice amministrativo non con riguardo alla individuazione del punto di crisi dell'elemento fiduciario, ma alla sussistenza di vizi di legittimità propria attinenti alla logicità e sufficienza della motivazione del provvedimento conseguente. All'esito di tale indagine non potrebbe che emergere che gli errori contestati all'impresa sarebbero stati di modesta entità, circoscritti ad aspetti meramente formali e privi di ripercussioni sulla qualità del servizio.

Sono state quindi riproposte le critiche formulate in primo grado con riguardo alla motivazione dell'impugnato provvedimento, criticando la rilevanza delle violazioni ivi elencate.

14.1.- Il collegio premette che è irrilevante ai fini del decidere la circostanza che con sentenza n. 1251 del 2012 il T.A.R. Puglia, Bari, ha accolto il ricorso della Sabato Viaggi (assuntamente attinente a fatti collegati a quelli oggetto della presente fattispecie) nell'assunto che gli errori apparivano di modesta gravità ed inidonei a comportare concrete ripercussioni sulla qualità del servizio e sulla sicurezza degli utenti; ciò in quanto detta sentenza non è passata in giudicato, ma è stata appellata presso questa Sezione, ove ha assunto il n. di r.g. 7573 del 2012.

14.2.- Pure irrilevante ai fini della decisione della causa in esame, per le argomentazioni che saranno di seguito svolte, è la circostanza che con sentenza n. 2359 del 2014 il Tribunale di Bari, prima sezione penale, ha concluso per l'assoluzione, per insussistenza del fatto, del titolare della società appellante con riguardo al procedimento penale dalla cui conoscenza è stato originato il provvedimento impugnato.

L'art. 38, comma 1, lett. f), del d. lgs. n. 163 del 2006 stabilisce infatti che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti e stipulare i relativi contratti, i soggetti "che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante".

L'esclusione dalla gara d'appalto prevista da detta norma, si fonda sulla necessità di garantire l'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali della Pubblica Amministrazione fin dal momento genetico. Non rileva pertanto che i fatti valutati dall'Amministrazione per addivenire alla decisione di rilevare grave negligenza o malafede nell'esercizio di un precedente rapporto contrattuale tra le parti, se oggetto di indagine penale, siano sub iudice, né che non siano stati oggetto di condanna, poiché ciò che giustifica la scelta di esclusione è solo l'imperizia emersa nel corso dell'attività professionale, che a sua volta ha leso quel rapporto di fiducia nella capacità professionale dell'impresa.

La legge non esclude che determinati fatti di rilievo penale, laddove costituenti ipotesi di grave errore professionale, possano essere valorizzati ai fini della sussistenza della causa ostativa di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163 del 2006, indipendentemente dalla astratta configurabilità o meno della causa ostativa contemplata alla precedente lettera c). In altri termini, un determinato fatto penalmente rilevante può essere inquadrato alternativamente o cumulativamente, a seconda del verificarsi dei rispettivi presupposti di legge, all'interno delle due disposizioni normative (lettera c e lettera f), non rinvenendosi nel sistema contrattualistico pubblico alcun divieto alla sussumibilità delle fattispecie di reato nella categoria del grave errore professionale e, per converso, alcuna riserva del penalmente sensibile alla categoria della moralità professionale strettamente intesa. Ne discende che ciò che rileva ai fini dell'applicabilità dell'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163 del 2006, è solo che un determinato fatto, quantunque avente qualificazione penale, possa essere forma di manifestazione di un grave errore professionale, prescindendosi in ogni caso dalla sussistenza di una pronuncia giudiziale passata in giudicato, come è invece previsto dalla precedente lett. c).

Ben poteva quindi la stazione appaltante porre a base della valutazione della sussistenza dell'elemento fiduciario effettuata nell'anno 2011 fatti emersi dalla conoscenza del giudizio penale in questione, anche se non ancora oggetto di pronuncia passata in giudicato.

A nulla vale che la relativa procedura si sia successivamente conclusa con sentenza del Tribunale di Bari, I Sezione Penale, n. 2359/2014 del 15 ottobre 2014, di assoluzione dei signori Maria Giannelli e Michelangelo Latorre dai reati loro ascritti per insussistenza del fatto. La sussistenza delle circostanze di fatto apprezzate con il provvedimento impugnato non è stata infatti esclusa da detta sentenza penale (come meglio sarà evidenziato nel prosieguo), sicché ben poteva la s.a. tenerne conto ai fini della emanazione del giudizio circa la sussistenza dell'elemento fiduciario di cui trattasi.

14.3.- Ciò posto, va osservato che il concetto normativo di "violazione dei doveri professionali" cui la norma in questione fa riferimento abbraccia un'ampia gamma di ipotesi, riconducibili alla negligenza,

all'errore ed alla malafede, purché tutte qualificabili "gravi" (Consiglio di Stato, sez. III, 13 maggio 2015, n. 2388) e richiede che la responsabilità risulti accertata e provata con qualsiasi mezzo di prova, senza la necessità di una sentenza passata in giudicato (Consiglio di Stato, sez. VI, 4 dicembre 2006, n. 7104) o di un accertamento della responsabilità del contraente per l'inadempimento in relazione ad un precedente rapporto contrattuale, quale sarebbe richiesto per l'esercizio di un potere sanzionatorio, ma è sufficiente una motivata valutazione dell'Amministrazione in ordine alla grave negligenza o malafede nell'esercizio delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara.

Ai fini dell'accertamento della legittimità del provvedimento di esclusione dalla gara, pertanto, assume rilievo decisivo la circostanza che la stazione appaltante illustri compiutamente le ragioni per le quali - in considerazione dei pregressi rapporti contrattuali - sia venuto meno un adeguato livello di fiducia nei confronti dell'impresa partecipante.

L'esercizio di detto potere, in quanto discrezionale, è soggetto al sindacato del giudice amministrativo nei soli limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti.

Tanto premesso, non ritiene la Sezione che i fatti posti a base del discrezionale provvedimento impugnato in primo grado siano stati irrazionalmente o erroneamente ritenuti idonei dall'Amministrazione a minare il rapporto fiduciario con la società appellante, in quanto dalla motivazione dello stesso risulta adeguatamente riscontrata la loro attitudine a dimostrare la sussistenza di grave negligenza o malafede nell'esecuzione del pregresso contratto di cui trattasi, a nulla valendo il fatto che gli eventi in questione siano stati commessi in epoca molto pregressa (Consiglio di Stato, Sezione V, 21 gennaio 2011, n. 409).

Infatti, nei confronti della Latorre s.r.l., con il provvedimento impugnato sono state poste a giustificazione della adottata determinazione le seguenti circostanze di fatto:

- 1) L'utilizzo di quattro mezzi della ditta Giannelli (non facente parte dell'A.T.I. aggiudicataria del servizio);
- 2) L'utilizzo per l'espletamento del servizio di un automezzo, targato CZ401EJ, di proprietà della ditta Giannelli, privo della revisione periodica per il periodo febbraio-maggio 2007;
- 3) L'impiego di un automezzo, targato CA525YL di proprietà della ditta Latorre, in sostituzione degli automezzi dichiarati dalla ditta come principali, nell'espletamento del servizio di trasporto scolastico, nel mese di marzo 2007, in sostituzione di mezzi eventualmente usati per gite;
- 4) L'impiego per l'espletamento del servizio di un automezzo, targato CR671SJ, di proprietà della ditta Latorre, privo della prevista revisione periodica per il mese di maggio 2007.
- 5) L'uso di personale della ditta Giannelli (quattro autisti ed un assistente);
- 6) L'essere risultato che un autista della società Latorre (signor Paolo Cantalluddo), dall'esame del libro matricola, era stato in carico sino al 30 dicembre 2006, senza dichiarazioni della stessa ditta circa specifiche sostituzioni;
- 7) L'essere risultato che un autista (signor Raffaele Annoscia) era stato in carico sul libro matricola della ditta Giannelli sino al 31 marzo 2007, senza apparenti specifiche sostituzioni;
- 8) L'essere risultati annotati sul libro matricola assistenti non per l'intero periodo del trasporto scolastico ma per un periodo inferiore.

Con riguardo alla prima delle elencate circostanze la citata sentenza n. 2359/2014 ha escluso la rilevanza penale del fatto che la ditta Giannelli non avesse la titolarità di tutti i mezzi necessari per assicurare il servizio e che si fosse servita, all'uopo, di personale e mezzi della ditta individuale Giuseppe Latorre, stante la sussistenza di un contratto di somministrazione reciproca tra esse ditte di

autonoleggio ed "il distacco" dei dipendenti, sicché all'atto della effettuata dichiarazione della disponibilità di otto mezzi per lo svolgimento del servizio di trasporto alunni, la ditta Giannelli sapeva di poterli utilizzare in ragione di detto accordo.

Al riguardo rileva il collegio che tanto non esclude che la stazione appaltante potesse apprezzare comunque negativamente, ai fini della valutazione dell'elemento fiduciario, l'utilizzo di mezzi appartenenti ad una ditta estranea all'ATI aggiudicataria.

Con riferimento alla seconda ed alla quarta di dette circostanze va rilevato che detta sentenza penale non fa alcun esplicito e puntuale riferimento e menzione degli automezzi indicati nell'impugnato provvedimento, limitandosi ad affermare genericamente che dagli atti di P.G. non erano emersi dati certi in ordine all'effettivo utilizzo di mezzi privi di revisione e ad escludere l'esistenza del compimento di artifici e raggiri con riguardo ai residui addebiti.

Con riguardo alla terza, alla sesta, alla settima e all'ottava delle citate circostanze pure non risultano riferimenti puntuali nella sentenza penale di cui trattasi, essendo ivi contenuto solo il generico assunto che l'utilizzazione di mezzi con targa diversa da quella indicata era stato effettuato per sopperire alla carenza di mezzi per la cui revisione occorrevano tempi lunghi.

Quanto alla quinta delle riferite circostanze si rinviene nella sentenza de qua solo il riferimento al distacco temporaneo di dipendenti tra le ditte Giannelli e Latorre, senza obbligo di comunicazione, sicché è confermata la sussistenza del fatto discrezionalmente apprezzato dalla stazione appaltante.

Ritiene quindi il collegio che, con riferimento all'impiego di personale dipendente di altra ditta e all'utilizzo di mezzi di proprietà della medesima, sostanzialmente non esclusi da detta sentenza penale, correttamente la stazione appaltante abbia qualificato tali comportamenti come palesi violazioni sia di disposizioni del disciplinare (art. 13) e del capitolato (artt. 12 e 20) che soddisfacevano l'interesse pubblico a consentire un adeguato standard di sicurezza nello svolgimento del servizio oggetto dell'appalto di cui trattasi, sia dei canoni di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto da parte dell'appaltatore.

E' stato quindi non illogicamente ritenuto dalla stazione appaltante che i comportamenti in questione avessero costituito grave inadempimento contrattuale, sotto il profilo della violazione del dovere di diligenza qualificata da un comportamento colposo o doloso, e che fossero idonei ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario con la s.a..

Non ritiene invero la Sezione condivisibili le critiche in proposito già formulate in primo grado ed ora riproposte dall'appellante, sostenendo, in particolare che: a) l'osservanza tardiva dell'onere di sottoposizione a revisione periodica dei mezzi adibiti a trasporto scolastico sarebbe stata irrilevante per mancato impiego dei mezzi stessi; b) nessuna norma avrebbe prescritto che i mezzi utilizzati dovessero essere di proprietà; c) sarebbe mancata la possibilità di tempestiva comunicazione di sostituzioni del personale autista e di assistenza e l'impiego di personale non correttamente inquadrabile sarebbe stato irrilevante perché l'interesse del committente sarebbe leso solo dal mancato o non corretto espletamento del servizio da parte di personale competente; d) l'utilizzo di persona non dipendente sarebbe stato giustificato dalla possibilità di distacco dei lavoratori; e) l'elemento fiduciario si sarebbe consolidato nel tempo; f) non avrebbero potuto le condotte contestate incidere sulla moralità della concorrente in assenza di condanna.

Tali censure non appaiono infatti idonee a dimostrare la illogicità delle motivazioni poste a base del provvedimento impugnato, perché la mancata sottoposizione a revisione ha comportato l'impossibilità dell'utilizzo di mezzi di trasporto contrattualmente previsti, il ricorso a personale di altre ditte ha rappresentato sicuro indice di inadeguatezza delle risorse umane a disposizione della appellante e comunque il complesso delle rilevate inadempienze era indice di non corretta gestione del servizio.

14.4.- In conclusione le censure formulate con il motivo in esame sono incondivisibili.

15.- Con il secondo motivo di gravame è stato dedotto che il recepimento della direttiva comunitaria 2004/18, effettuato con il d. lgs. n. 163 del 2006, avrebbe dato ingresso alla previsione, di cui all'art. 38, comma 1, lettera f), ritenuta ostativa alla partecipazione della appellante alla gara de qua; tuttavia la previsione del predetto art. 38 non troverebbe valido supporto nella sua formulazione e nei suoi effetti, in detta direttiva e nei principi cardine dell'ordinamento comunitario.

Sarebbe inconferente al riguardo la considerazione del primo giudice che anche la U.E. ha elevato il requisito dell'affidabilità professionale a requisito di partecipazione alle gare, perché il reale problema sarebbe costituito dalla gravità dell'errore professionale compiuto e dalle modalità di accertamento dello stesso, non essendo compatibili con le disposizioni comunitarie l'ampiezza ed indeterminatezza delle previsioni di cui a detto art. 38, nonché le modalità di esplicazione delle stesse e, di conseguenza, i poteri discrezionali riconosciuti alla s.a. al riguardo.

Sarebbe quindi disapplicabile in parte qua la norma interna, in ossequio alla teoria del c.d. "atto chiaro", e da effettuare la verifica della compatibilità della disposizione applicata dal Comune di Bari con i principi e le norme del diritto comunitario. Sarebbero inoltre insufficienti le osservazioni che il primo giudice ha formulato con riguardo alla eccepita incostituzionalità dell'art. 38 (sostenendo che una interpretazione costituzionalmente orientata dello stesso consente il contemperamento del principio di buona amministrazione con quello di libera iniziativa economica) in quanto la norma sarebbe in contrasto con gli artt. 3 e 41 della Costituzione, in relazione agli artt. 4, 24, 35 e 97 della stessa, perché introdurrebbe una fattispecie indeterminata ed ampia e rimetterebbe il relativo accertamento a valutazioni ampiamente discrezionali della s.a., idonee ad incidere sul diritto di iniziativa economica mediante la valutazione di irregolarità che, essendosi presumibilmente verificate nella fase paritetica del rapporto con la P.A., avrebbe dovuto essere regolata dal diritto comune (che impone l'accertamento delle stesse in sede giudiziaria e il rispetto dell'equilibrio tra le posizioni dei contraenti).

15.1.- Osserva in proposito la Sezione che il vigente d.lgs. n. 163 del 2006 si presenta come fonte di recepimento della disciplina comunitaria e si propone di armonizzare la disciplina dei lavori pubblici con quella degli altri settori.

L'art. 38, comma 1, lett. f), di esso d. lgs. deve essere quindi interpretato in modo coerente con le indicazioni desumibili dall'art. 45, par. 2, lett. d), della Direttiva 31 marzo 2004 n. 2004/18/CE, che consente l'esclusione di ogni operatore economico "che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice". Poiché tale formula corrisponde a quella della seconda parte del citato art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs., deve ritenersi che in via generale la normativa comunitaria consenta di qualificare come ostativo qualsiasi episodio di errore che caratterizzi la storia professionale degli aspiranti concorrenti, purché sia abbastanza grave da metterne in dubbio l'affidabilità. La norma nazionale vigente riproduce quella comunitaria e di conseguenza rende rilevanti tutti gli errori professionali commessi.

Tanto esclude la condivisibilità della tesi della appellante che non sarebbero compatibili con detta Direttiva l'ampiezza ed indeterminatezza della previsione di cui a detto art. 38, nonché le modalità di esplicazione delle della stessa ed il potere discrezionale riconosciuto alla s.a. al riguardo, essendo la norma comunitaria di eguale ampiezza rispetto a quella attuativa ed atteso che tale ampiezza appare idonea a comportare alcuna violazione dei principi comunitari e nazionali posti a presidio del favor participationis, nonché del diritto alla iniziativa economica costituzionalmente garantito; ciò considerato anche che detto potere deve esplicarsi mediante una motivata valutazione dell'Amministrazione in ordine alla grave negligenza o malafede nell'esercizio delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara, motivazione che è soggetta, ancorché discrezionale, al vaglio di logicità da parte dell'Organo giurisdizionale.

15.2.- Quanto alla eccezione di incostituzionalità della norma in esame va in primo luogo rilevato che esigenze di eguaglianza (art. 3 cost.), buona amministrazione (art. 97 cost.), proporzionalità e soprattutto di tutela del diritto di iniziativa economica (art. 41 cost.) non sono idonee ad escludere la rilevanza delle contestazioni di condotte connotate, come nel caso che occupa, dall'elemento soggettivo

gravemente colposo dell'impresa, che esclude applicazioni della norma stessa ingiustificatamente penalizzanti del diritto di iniziativa economica, con una sorta di discrezionale esclusione unilateralmente decretata dalla stazione appaltante da ogni futuro rapporto contrattuale.

In secondo luogo può ritenersi che la valutazione che l'art. 38, comma 1, lettera f) del d. lgs. n. 163 del 2006 rimette alla stazione appaltante non sia comunque idonea a violare il principio di libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 della Costituzione perché:

a) è volta ad incidere su un rapporto contrattuale in fieri e non produce quindi alcun effetto sul rapporto iure privatorum a suo tempo intercorso tra la s.a. e l'appaltatore, in quanto trattasi di valutazione discrezionale rimessa alla P.A. da svolgere nella fase anteriore alla stipula di un nuovo e diverso contratto, tesa a tutelare l'esigenza costituzionalmente prevista di tutela del buon andamento dell'azione amministrativa, da contemperare con quella di libertà di iniziativa economica;

b) incentra il compito demandato alla stazione appaltante nella valutazione "della grave negligenza o mala fede nell'esecuzione delle prestazioni affidate" da parte dell'impresa partecipante alla procedura di gara, che rimanda allo scrutinio, sotto il profilo oggettivo o soggettivo, del comportamento tenuto dall'impresa nel corso dell'esecuzione del rapporto contrattuale, prescindendo del tutto dalla valutazione dell'inadempimento o inesattezza della prestazione ex art. 1218 c.c. (Consiglio di Stato, sez. V, 28 settembre 2015, n. 4512) riservata al diritto comune.

In terzo luogo la posizione del concorrente che abbia commesso violazioni dei doveri professionali non può essere utilmente equiparata, al fine di dedurre una violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione, con la diversa situazione di quello che non abbia commesso esse violazioni; in realtà, la violazione della par condicio tra i concorrenti deriverebbe piuttosto dal ritenere uguali le due situazioni, ammettendo in gara chi abbia posto in essere le violazioni suddette.

16.- Con il terzo motivo d'appello è stato sostenuto che il primo giudice, nel respingere il motivo del ricorso introduttivo del giudizio con il quale era stata dedotta l'incompetenza o la violazione del dovere di astensione per incompatibilità del dirigente che aveva presieduto la gara di cui trattasi ed aveva accertato la mala fede della aggiudicataria, avrebbe fatto applicazione analogica dell'orientamento giurisprudenziale che nega la sussistenza di incompatibilità del funzionario che svolga le funzioni di presidente della commissione di gara e sia anche competente ad approvarne gli atti.

Ma detto principio sarebbe inconferente perché relativo ad una situazione non assimilabile a quella di specie, in quanto sarebbe diversa l'approvazione degli esiti di una procedura da parte del soggetto che la ha presieduta dall'annullamento della procedura che ha presieduto ed aggiudicata e di cui non condivide il risultato facendo uso dell'ampio potere discrezionale attribuitogli.

16.1.- Osserva al riguardo il Collegio che, ai sensi del comma 3 dell'art. 107 del d.lgs. n. 267 del 2000 sono attribuiti ai dirigenti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dai medesimi organi, tra i quali in particolare, secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente, "a) la presidenza delle commissioni di gara e di concorso; b) la responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso".

Poiché non sussiste incompatibilità tra le funzioni di presidente della commissione di gara e quella di responsabile del procedimento, analogamente si deve ritenere che non possa sussistere incompatibilità di un dirigente dell'ente locale che abbia svolto le funzioni di presidente del seggio e di responsabile del procedimento, al quale sia stato anche attribuito il compito di approvare gli atti della commissione di gara (Consiglio di Stato, sez. V, 27 aprile 2012, n. 2445).

Tra i poteri dell'Organo che procede all'approvazione degli atti di gara rientrano anche quelli di verifica della sussistenza di tutti i presupposti di legge sottostanti e quindi anche quello di accertare la sussistenza del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lettera f), del d. lgs. n. 163 del 2006.

Neppure potevano sussistere cause di incompatibilità di cui all'art. 92, comma 5, del d.P.R. n. 554 del

1999, non essendo stata neppure dedotta dall'appellante (e comunque risultando indimostrata) la sussistenza di interesse personale o professionale del dirigente di cui trattasi comportante l'insorgenza del dovere di astensione.

17.- Con il quarto motivo di gravame è stato dedotto che, a seguito dell'accoglimento, con ordinanza cautelare del Consiglio di Stato n. 2679 del 2011, della domanda cautelare della ricorrente, che ha disposto il riesame dei provvedimenti impugnati in relazione alle singole fattispecie poste a base degli stessi, tenendo conto delle argomentazioni poste a base dell'atto d'appello, il Comune di Bari si sarebbe limitato a ripercorrere, con il provvedimento di riesame n. 2011/05871-2011/210/0040 del 12 agosto 2011, l'iter logico giuridico seguito.

Con la impugnata sentenza sarebbe quindi stato erroneamente sostenuto, con riguardo ad esso provvedimento, che con esso era stata data piena contezza degli elementi contenuti nel ricorso, con particolare riferimento ai mezzi ed al personale impiegato nell'espletamento del servizio ed era stata resa esauriente motivazione in merito alla grave negligenza o malafede pregressa di cui trattasi (giustificata dalla rilevanza della violazione degli obblighi informativi circa la sostituzione degli automezzi e del personale prescritti dal capitolato, che avrebbe comportato la lesione dell'interesse pubblico alla incolumità degli utenti).

In particolare, il capo di sentenza di cui trattasi farebbe riferimento ad esigenze di tutela e di sicurezza mai messe in pericolo né su piano formale, né sul piano effettivo del servizio.

L'appellante ha quindi riproposto le censure formulate con i motivi aggiunti in primo grado, criticando le motivazioni poste a base del negativo provvedimento emesso a seguito del riesame disposto in sede giurisdizionale.

17.1.- La Sezione non ritiene di poter valutare positivamente il motivo in esame, atteso che il provvedimento di riesame di quello di accertamento, a carico della società stessa, di grave negligenza e malafede nell'esecuzione di precedente appalto di trasporto alunni - adottato a seguito di ordinanza della Sezione che ha accolto l'appello cautelare (affermando che l'atto d'appello presentava elementi giustificanti il riesame in relazione alle singole fattispecie poste a base degli impugnati provvedimenti tenendo conto delle argomentazioni poste a base dell'atto d'appello) - appare aver dato adeguato e non illogico riscontro motivazionale a tutte le censure con esso formulate, evidenziando violazioni del capitolato e dei canoni di correttezza e lealtà nell'esecuzione del contratto rilevanti, a prescindere dalla circostanza che le esigenze di tutela degli utenti e di sicurezza del trasporto non sarebbero mai state messe in pericolo.

Con l'atto di riesame, infatti - premesso che prima della comunicazione di chiusura delle indagini il Comune non era venuto a conoscenza di fatti che potessero indurre ad una valutazione di grave negligenza (sicché le proroghe e gli affidamenti susseguiti all'appalto per il periodo 2006/2007 non potevano interpretarsi come valutazione favorevole del pregresso comportamento dell'impresa) - è stato asserito che dai fatti in questione emergeva una difformità nelle modalità di prestazione del servizio da parte della Latorre s.r.l. rispetto a quanto dichiarato con nota del 13 novembre 2006 e la violazione di disposizioni del capitolato speciale e dei canoni di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto da parte dell'appaltatore, che è tenuto a comunicare tempestivamente alla s.a. la sostituzione dei mezzi (ex art. 12 del capitolato), nonché ad essere in regola con la copertura assicurativa e con la revisione (art. 20 del capitolato). I fatti giustificativi dedotti dalla appellante non sono stati ritenuti idonei a giustificare il pregresso comportamento non conforme a canoni di lealtà e correttezza nella esecuzione dell'appalto da parte della stessa perché, anche se era stato fatto ricorso a strumenti che avrebbero potuto legittimare l'uso di altro personale e mezzi, non erano mai state comunicate alla s.a. le avvenute modifiche e sostituzioni rispetto a quanto dichiarato.

In particolare con riferimento ai mezzi è stato rilevato che tutte le sostituzioni erano avvenute di fatto ed in via arbitraria, con irrilevanza della deduzione che esse erano state effettuate per mantenere il numero dei mezzi effettivi, non essendo state comunicate ed autorizzate; inoltre, con riguardo ai mezzi non revisionati, è stato affermato che risultava da dichiarazioni che essi avevano anche circolato, il che,

per espressa previsione contrattuale avrebbe comportato la risoluzione del contratto. Con riferimento al personale è stato osservato che l'utilizzo di mezzi e personale di altra ditta estranea all'appalto non era stato irrilevante, come sostenuto dalla appellante, atteso che essa aveva dichiarato alla P.A. di utilizzare un apparato organizzativo completamente diverso da quello poi effettivamente utilizzato, in violazione del rapporto appaltante-appaltatore. E' stato infine asserito con l'atto di riesame che il corrispettivo per il servizio era stato corrisposto in buona fede, non essendo ancora conosciute dette circostanze e che le attestazioni dei dirigenti scolastici riguardavano solo il numero delle corse effettuate.

Tutte dette osservazioni nel loro complesso, a prescindere dalle contestazioni contenute nei motivi aggiunti con riguardo ad alcuni dei rilievi cui sopra è stato fatto cenno (in particolare con riferimento alle dichiarazioni relative alla circolazione di mezzi privi di revisione, che non sarebbe mai stata ufficialmente accertata), non appaiono al collegio affette da palese irragionevolezza o da decisivi errori di fatto e non si ritengono censurabili in questa sede, in particolare non essendo i fatti contestati dalla appellante di per sé decisivi ai fini della adottata determinazione, non essendo stato da essa provato, ma solo adombrato, che il Comune fosse a conoscenza delle indagini penali di cui trattasi sin dall'anno 2006, nonché essendo stato inadeguatamente dimostrato l'assunto che le irregolarità in questione non avessero di fatto comportato inadeguatezza del servizio espletato e che il personale di una ditta estranea all'appalto utilizzato fosse regolarmente stato da questa assunto.

18.- La reiezione dei sopra esaminati motivi di appello comporta l'impossibilità di positiva valutazione da parte del collegio delle reiterate censure di illegittimità derivata del provvedimento di esclusione da quella della determinazione dirigenziale impugnata, nonché della domanda di risarcimento del danno ingiusto.

All'infondatezza dei motivi di ricorso non può, infatti, conseguire l'inaccogliabilità della domanda di risarcimento danni dei quali l'appellante chiede il ristoro, perché non è stato dimostrato il nesso di causalità tra essi danni e l'attività dell'Amministrazione, non potendo essere considerata ingiusta o illecita la condotta da essa tenuta in esecuzione di provvedimenti riconosciuti legittimi (Consiglio Stato, sez. V, 14 febbraio 2011, n. 965).

19.- L'appello deve essere conclusivamente respinto e deve essere confermata la prima decisione.

20.- Nella complessità delle questioni trattate il collegio ravvisa eccezionali ragioni per compensare, ai sensi degli artt. 26, comma 1, del c.p.a. e 92, comma 2, del c.p.c., le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, respinge l'appello in esame.

Compensa le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 giugno 2015 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 20/11/2015

IL SEGRETARIO

N. 00696/2015 REG.PROV.COLL.
N. 00036/2012 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
II Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata
(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso avente numero di registro generale 36 del 2012, proposto da:

- Associazione temporanea tra professionisti "Prospero Antonio Ciminelli e Vincenzo di Pizzo", rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Scalfati, con domicilio eletto presso la dott.ssa Rossella Orlando, in Potenza, alla via A. Pertini n. 4;

contro

- Comune di Francavilla sul Sinni, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Mariano Emilio Lanza, da intendersi domiciliato, ai sensi dell'art. 25, n. 1, lett. a) cod. proc. amm., presso la Segreteria di questo Tribunale;

per la condanna

- del Comune di Francavilla sul Sinni al pagamento di spettanze professionali, alla corresponsione di un indennizzo ai sensi dell'art. 1227 e 1237 cod. civ., e al risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Francavilla sul Sinni;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 settembre 2015 il referendario Benedetto Nappi e uditi per le parti gli avvocati Massimo Scalfati e Emilio Mariano Lanza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Col presente ricorso, spedito per la notificazione il 7 gennaio 2012 e depositato il successivo 18 gennaio 2013, l'Associazione temporanea tra professionisti in epigrafe ha chiesto la condanna dell'Amministrazione resistente al pagamento di spettanze professionali, alla corresponsione di un indennizzo ai sensi degli artt. 1227 e 1237 cod. civ. e al risarcimento del danno derivante da "*lungaggini*" del procedimento amministrativo.

1.1. In punto di fatto, parte ricorrente ha esposto che:

- il Comune intimato ha incaricato parte ricorrente della progettazione preliminare di "parcheggi e marciapiedi nel centro urbano". La relativa convenzione è stata stipulata il 10 novembre 2000;

- tale attività è stata regolarmente espletata;

- con successivo provvedimento n. 21/2001, lo stesso Comune ha affidato a parte ricorrente anche l'incarico della progettazione definitiva ed esecutiva, direzione e contabilità lavori, nonché

coordinamento per la progettazione ed esecuzione dei lavori della predetta opera pubblica. La convenzione disciplinante detto incarico è stata stipulata il 27 aprile 2001;

- in data 31 luglio 2001 parte ricorrente ha consegnato il progetto definitivo, successivamente approvato con deliberazione giuntale n. 115/2001;
- il 1° giugno 2002 è stato consegnato anche il progetto esecutivo;
- con successiva deliberazione giuntale n. 117 del 24 ottobre 2007 è stata stabilita una rimodulazione della citata opera pubblica;
- l'Amministrazione comunale, con nota del 24 novembre 2007, ha invitato parte ricorrente alla rielaborazione del progetto esecutivo in coerenza con tale rimodulazione;
- con nota del 22 dicembre 2007, l'associazione deducente ha proposto di svolgere gratuitamente tale ulteriore attività progettuale, a condizione di ottenere l'affidamento dell'ulteriore incarico di: "*seguire tutta la procedura espropriativa, comprensiva di frazionamento e di atti consequenziali*";
- tale ulteriore incarico è stato conferito con provvedimento n. 135 del 30 giugno 2008, ed il relativo compenso è stato stabilito nella misura di euro 24.480,00;
- in data 29 settembre 2008 parte ricorrente ha consegnato il progetto definitivo rimodulato;
- successivamente, nel mese di febbraio 2009, parte deducente ha trasmesso parcella professionale per un totale di euro 23.512,12, concernente i compensi per le seguenti attività: progetto definitivo; progetto esecutivo; sicurezza: coordinamento per la progettazione; piano particellare d'esproprio;
- l'Ente intimato, tuttavia, ha provveduto alla liquidazione dei soli compensi relativi alla redazione del progetto definitivo e del piano particellare d'esproprio;
- con deliberazione giuntale n. 112 dell'8 agosto 2011 si è stabilito di non dare più esecuzione ai lavori di cui trattasi;
- infine, con provvedimento n. 190 del 5 settembre 2011, il Comune resistente ha stabilito: "*la decadenza ipso iure della convenzione d'incarico prot. n. 3081 del 30 aprile 2001*" per la parte non espletata, ovverosia direzione dei lavori, contabilità e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione dei lavori, in quanto: "*non si è dato né si darà corso all'esecuzione dell'intervento di <Realizzazione di parcheggi e marciapiedi nel centro urbano> per il venire meno dell'oggetto convenzionale*".

1.2. In diritto, l'a.t.p. ricorrente ha invocato l'applicazione degli artt. 2227, 2237 e 2043 del codice civile, nonché della legge n. 143/1049.

2. Alla pubblica udienza del 28 gennaio 2015 il Collegio ha ravvisato esigenze di completamento del quadro istruttorio, disponendo, con ordinanza n. 73/2015, apposito incumbente in capo al Comune resistente. Nel contempo, ha indicato a parte ricorrente, ai sensi dell'art. 73, n. 3, cod. proc. amm., la questione, rilevata d'ufficio, della ravvisata carenza di giurisdizione del giudice amministrativo, relativamente all'azione di condanna alla liquidazione delle spettanze professionali e dell'indennizzo di cui agli artt. 2227 e 2237 del codice civile.

3. Parte ricorrente ha depositato memoria su tale questione in data 24 febbraio 2015, insistendo per la sussistenza, nel caso di specie, della giurisdizione del giudice amministrativo.

4. L'Amministrazione comunale ha ottemperato a quanto richiesto in data 12 marzo 2015.

5. In data 22 settembre 2015 il Comune di Francavilla sul Sinni si è costituito in giudizio, eccependo, in rito, il difetto di giurisdizione, nonché, nel merito, l'infondatezza del ricorso.

6. Alla pubblica udienza del 23 settembre 2015 i procuratori delle parti hanno precisato le rispettive posizioni ed il ricorso è stato trattenuto in decisione.

7. Il ricorso è in parte inammissibile, per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, ed in parte infondato, alla stregua della motivazione che segue.

8. Parte ricorrente, col presente ricorso, ha chiesto la condanna dell'Amministrazione intimata: a) alla corresponsione di "*un indennizzo dovuto in conseguenza della revoca del provvedimento amministrativo di incarico professionale e per il mancato guadagno professionale*"; b) al pagamento ai ricorrenti del: "*residuo delle loro spettanze professionali, soltanto parzialmente corrisposte, per la parte di lavoro fin qui svolta*"; c) il risarcimento del danno ingiusto che sarebbe derivato: "*dall'adozione del provvedimento soprindicato che arriva a porre una fine inattesa alle lungaggini di un procedimento amministrativo*", da liquidarsi in via equitativa, ai sensi dell'art. 1226 cod. civ..

8.1. Osserva, al riguardo, il Collegio che il provvedimento comunale n. 190/2011, con il quale è stata disposta la "*decadenza ipso jure*", per la parte non espletata, del contratto disciplinante l'incarico professionale del 2001, concerne in tutta evidenza la sola fase dell'esecuzione di tale accordo, e non quella del suo conferimento. Orbene, al giudice amministrativo, secondo quanto disposto dagli artt. 244

d.lgs. n. 163/2006, e 133, lett. e), n. 1, cod. proc. amm., spetta la cognizione delle sole controversie inerenti alle procedure di affidamento degli appalti pubblici, con esclusione di ogni domanda riguardante la fase dell'esecuzione dei relativi contratti (cfr., *ex multis*, C.d.S., sez. III, 17 ottobre 2011, n. 5545). In altri termini, spetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione di comportamenti ed atti assunti prima dell'aggiudicazione, nonché nel periodo compreso tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, mentre la successiva fase, che comprende l'intera disciplina di esecuzione del rapporto contrattuale, connotandosi per l'assenza di poteri autoritativi in capo al soggetto pubblico, è rimessa alla cognizione del giudice ordinario (cfr. Cass. civ., SS.UU., ord. 6 settembre 2010, n. 19049), e ciò anche se la decisione dell'Amministrazione in ordine al rapporto sia adottata nelle forme dell'atto amministrativo (cfr. Cass. civ., SS.UU., 19 novembre 2001, n. 14539; *id.* 12 maggio 2006 n. 10998).

8.2. Ne consegue che le domande rispettivamente volte alla percezione di pretese spettanze professionali, e dell'indennizzo di cui agli artt. 2227 e 2237 cod. civ., vanno ricondotte nell'alveo della giurisdizione del giudice ordinario, presso cui il giudizio, relativamente a tali profili, potrà essere riproposto nel termine di cui all'art. 11, n. 2, cod. proc. amm.

9. Va poi disattesa, in disparte ogni rilievo sulla sua evidente genericità, la domanda volta al risarcimento del danno ingiusto derivante dalle "*lungaggini di un procedimento amministrativo*", in quanto il Collegio deve rilevare l'assenza di qualsivoglia allegazione da parte della ricorrente in merito ai danni subiti. Peraltro, parte ricorrente neppure ha formulato alcun parametro plausibile utile alla liquidazione del danno. Invero, in giurisprudenza si è condivisibilmente avuto modo di affermare che è possibile: "*[...] far ricorso alla liquidazione in via equitativa, quando sussistano i presupposti indicati dall'art. 1226 c.c., solo a condizione che l'esistenza del danno sia comunque dimostrata e pur sempre sulla scorta di elementi idonei a fornire parametri plausibili di quantificazione*" (Cass. civ., sez. I, 15 febbraio 2008, n. 3794; T.A.R. Lombardia, sez. III, 2 settembre 2015, n. 1923).

10. Dalle considerazioni che precedono discende, in parte, la declaratoria di inammissibilità del ricorso e, per il resto, il suo rigetto.

11. Sussistono giusti motivi, in ragione delle peculiarità della questione, per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata, definitivamente pronunciando sul ricorso, per come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara inammissibile, e per il resto lo rigetta, nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Potenza, nella camera di consiglio del giorno 23 settembre 2015, con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Pasquale Mastrantuono, Consigliere

Benedetto Nappi, Referendario, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 21/11/2015

N. 13003/2015 REG.PROV.COLL.

N. 04751/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4751 del 2015, proposto da:

Italposte Radio Recapiti s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo RTI con Fulmine Group s.r.l. e Selecta s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Alessandro Pallottino e Valentina Canale, con domicilio eletto presso lo studio dei difensori, in Roma, Via Oslavia, 12;

contro

Ama s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Alessandra De Luca, Pietro Cavasola e Marco Iannacci, con domicilio eletto presso lo studio degli ultimi due in Roma, Via A. Depretis,86;

Poste Italiane s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dal prof. avv. Carlo Malinconico, con domicilio eletto presso lo studio del difensore, in Roma, corso Vittorio Emanuele II, N. 284;

Postel s.p.a.;

per l'annullamento:

- dell'aggiudicazione definitiva, comunicata in data 12.03.2015, della gara bandita da A.M.A. S.p.A. per l'affidamento del "servizio di trattamento, stampa e consegna delle comunicazioni Tariffa Rifiuti";
- di ogni altro atto precedente e/o successivo, comunque connesso o collegato, ed in particolare modo:
 - di tutti i verbali di gara;
 - della lex specialis di gara (bando, disciplinare di gara, capitolato tecnico e relativi allegati) nonché dei chiarimenti forniti dalla stazione appaltante;
 - di tutti gli atti di gara successivi al provvedimento di aggiudicazione, in particolar modo del contratto ove stipulato;

nonché per l'esercizio dell'azione risarcitoria e/o per il subentro nell'eventuale contratto stipulato.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ama s.p.a. e di Poste Italiane s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del giorno 21 ottobre 2015 il Cons. Silvia Martino;

Uditi gli avv.ti, di cui al verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. Espone parte ricorrente di avere partecipato alla gara indetta da Ama s.p.a. per l'affidamento del servizio di "trattamento, stampa e consegna delle comunicazioni Tariffa Rifiuti", della durata di trentasei mesi, e per un importo complessivo di euro 14.540.052,00, di cui al bando pubblicato sulla GUUE in data 25.2.2014, e

nella GURI del 24.2.2014.

In seguito ad una rettifica apportata al disciplinare di gara, i termini venivano riaperti con avviso di rettifica pubblicato in GUUE dell'8.4.2014 e nella GURI del 14.4.2014.

All'esito della valutazione della documentazione amministrativa, venivano dichiarati idonei alle fasi successive della gara solo tre raggruppamenti: RTI capeggiato da Poste Italiane s.p.a., RTI capeggiato da Italposte Radio Recapiti s.r.l. e RTI capeggiato da Nexive s.p.a..

Il criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con l'attribuzione di un massimo di 60 punti per la parte tecnica e massimo 40 per la parte economica.

L'attribuzione dei punteggi era disciplinata dall'art. 9 del disciplinare di gara.

All'esito della valutazione delle offerte tecniche, venivano attribuiti i seguenti punteggi:

- 1) RTI Poste Italiane punti 52,40 su 60;
- 2) RTI Italposte punti 43,60 su 60;
- 3) RTI Nexive, punti 31 su 60.

La graduatoria delle offerte economiche risultava pertanto la seguente:

- 1) RTI Nexive, importo triennale offerto pari ad euro 4.935.267,00, punti ottenuti 26,42 su 40;
- 2) RTI Italposte, importo triennale offerto pari ad euro 5.635.933,02, punti ottenuti 24,50 su 40;
- 3) RTI Poste Italiane, importo triennale offerto pari ad euro 7.390.265,10, punti ottenuti 19,67 su 40.

Dalla somma del punteggio tecnico con quello economico, è scaturita, infine, la seguente graduatoria:

- 1) RTI Poste Italiane punti 72,07;
- 2) RTI Italposte punti 68,10;
- 3) RTI Nexive punti 57,42.

La gara è stata aggiudicata ad un raggruppamento che ha offerto un importo di quasi due milioni di euro in più rispetto a quello della seconda classificata, odierna ricorrente, secondo la quale tale risultato è dipeso dalla combinazione di alcuni elementi "anomali" per effetto dei quali essa ritiene che il bando fosse tale da "favorire" il concorrente che si è aggiudicata la gara.

All'uopo, deduce:

I) VIOLAZIONE DEL DISCIPLINARE DI GARA, ART. 9 "CRITERIO DI AGGIUDICAZIONE"; VIOLAZIONE DELL'ART. 283, COMMA 2, DEL D.P.R. N. 207/2010, IN MERITO ALL'ERRATO CALCOLO DEL PUNTEGGIO DA ATTRIBUIRE ALL'ELEMENTO PREZZO.

L'art. 9 del disciplinare prevedeva l'applicazione della seguente formula matematica:

$$C_i = 1 - (A_i / A_{base})^4$$

dove:

C_i = coefficiente attribuito al concorrente i esimo.

A_i = valore dell'offerta (importo) del concorrente i esimo

A_{base} = valore dell'offerta (importo) a base d'asta.

Nei verbali di gara non è stato esplicitato il calcolo effettuato, essendosi la Commissione limitata ad indicare i prezzi offerti ed i punteggi attribuiti a ciascun concorrente.

Andando, però, ad applicare la formula del disciplinare, risultano i seguenti punteggi:

- 1) RTI Nexive punti 39,47 anziché 26,42 su 40;
- 2) RTI Italposte punri 39,09 anziché 24,50 su 40;
- 3) RTI Poste punti 37,33 anziché 19,76 su 40.

L'errore commesso dalla Commissione di gara è stato quello di non elevare alla quarta il coefficiente risultante dal rapporto tra offerta del concorrente e base d'asta.

Tale criterio era stato introdotto, secondo quanto chiarito dalla stazione appaltante, "nell'ottica di premiare adeguatamente l'elemento tecnico dell'offerta".

Ove si fosse applicata correttamente la formula matematica prevista dal disciplinare, si sarebbe ottenuta la

seguinte graduatoria definitiva:

- 1) RTI Poste con totali 89,73 punti;
- 2) RTI Italposte con totali 82,29 punti;
- 3) RTI Nexive con totali 70,47 punti.

Parte ricorrente evidenzia che il proprio interesse all'accoglimento di questa censura deriva dalla (asserita) fondatezza dai successivi motivi di ricorso.

Ritiene infatti che, ove l'amministrazione avesse operato sulla base della corretta applicazione dei parametri indicati dal bando, ma anche secondo una corretta applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la gara avrebbe dovuto esserle aggiudicata.

II. VIOLAZIONE DELL'ART. 89 DEL D.LGS. N. 162/2006, ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DI ISTRUTTORIA IN MERITO ALL'ELEVATO PREZZO POSTO A BASE D'ASTA. VIOLAZIONE DEL BANDO (ART. IV.2.19, E DEL DISCIPLINARE DI GARA (ART.9). VIOLAZIONE DELL'ART. 83 DEL D.LGS. N. 163/2006 PER MANCATA APPLICAZIONE DEL CRITERIO DELL'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA. VIOLAZIONE DELL'ART. 97 COST., DELL'ART. 2 DIRETTIVA CE 18/2004, DELL'ART. 2 DEL D.LGS. N. 163/2006 IN TEMA DI CONCORRENZA E LIBERA CIRCOLAZIONE, DEL PRINCIPIO DI MASSIMA PARTECIPAZIONE ALLE GARE PUBBLICHE NONCHÉ DEI PRINCIPI DI BUON ANDAMENTO ED ECONOMICITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

L'elemento prezzo sarebbe stato del tutto ignorato, come dimostrato dal fatto che il servizio appaltato al RTI capeggiato da Poste Italiane costerà ad Ama 2 milioni di euro in più rispetto a quanto le sarebbe costato se eseguito da Italposte.

Ciò è dovuto ad una serie di fattori anomali che la ricorrente aveva già cercato di evidenziare alla stazione appaltante in sede di chiarimenti.

Il primo fattore anomalo è l'importo a base di gara, pari ad euro 14.540.052,00.

Parte ricorrente richiama, a titolo di confronto, la base d'asta del triennio precedente, che era di soli euro 6.600.000,00. Si tratta, sottolinea, dello stesso servizio, fatta eccezione per le quantità, che, nell'odierno bando, sono effettivamente più elevate, ma non in misura – essa ritiene – tale da giustificare una significativa elevazione del costo complessivo.

Richiama, al riguardo, l'art. 89 del codice dei contratti, a norma del quale al fine di stabilire il prezzo base dei bandi le stazioni appaltanti debbono tenere conto del miglior prezzo di mercato.

Significativa sarebbe la circostanza che, nel caso di specie, tutti i concorrenti abbiano potuto formulare le proprie offerte applicando dei ribassi molto elevati.

Ama, per operare correttamente, avrebbe dovuto rifarsi o ai prezzi che sta attualmente pagando per gli identici servizi posti a gara nel 2010, o, comunque, al prezzario di riferimento del fornitore del servizio universale, Poste italiane, per la fascia di mercato riservata all'utenza "business".

Le cifre utilizzate, invece, sarebbero iperboliche e, comunque, fuori dal mercato in cui operano i concorrenti.

Parte ricorrente ha poi esemplificato il suo ragionamento mostrando i risultati che si sarebbero ottenuti moltiplicando i prezzi unitari utilizzati da AMA nella precedente gara per le quantità di servizi richiesti nella nuova gara.

Il risultato ottenuto è un importo di euro 8.149.483,02 che supera di quasi due milioni l'importo del precedente affidamento del 2010, ma che è comunque molto lontano dalla base dell'odierna gara, pari a euro 14.540.052,00.

Il ribasso del 50% sull'importo di gara che ha consentito a Poste Italiane di aggiudicarsi la commessa, sarebbe del tutto virtuale, perché l'importo a base di gara è stato artatamente elevato, con effetto distorsivo della concorrenza.

Partendo da una base d'asta così alta, la retta che dovrebbe attribuire via via punteggi più alti alle offerte

con il massimo ribasso, ad un certo punto, si trasforma in una curva, e questo avviene a partire da ribassi superiori al 50%. Ne consegue che, applicando il punteggio economico che si ottiene con la formula matematica indicata nel disciplinare, pur essendovi tra l'offerta dell'aggiudicataria e quella della ricorrente oltre due milioni di euro di differenza, vi sono solo 1,76 punti di scarto (che diventano peraltro 4,83 se viene utilizzato il punteggio effettivamente attribuito dalla Commissione).

In sostanza, l'elemento prezzo non è stato adeguatamente valorizzato e la gara è stata aggiudicata prettamente su componenti tecniche in relazione alle quali l'ex monopolista per la fornitura del servizio universale non può temere concorrenza alcuna.

Secondo Italposte, partendo da una congrua base d'asta (pari ad euro 9.000.000,00) e lasciando inalterate le offerte presentate dai concorrenti, si sarebbero ottenuti per la parte economica, i seguenti punteggi:

- 1) RTI Nexive 36,38;
- 2) RTI Italposte punti 33,85;
- 3) RTI Poste punti 21,81.

In tal modo le offerte economiche sarebbero state adeguatamente valorizzate e la ricorrente avrebbe potuto tranquillamente superare l'inevitabile distanza di punti tra la propria offerta tecnica e l'offerta tecnica di Poste Italiane, che è l'unico operatore in grado di poter garantire determinate prestazioni quali quelle legate al numero dei dipendenti ovvero al numero di centri di recapito dislocati sul territorio. Semplicemente cambiando la base d'asta si sarebbe avuto un risultato ben diverso e la ricorrente si sarebbe collocata al primo posto con punti 77,45.

Italposte richiama, al riguardo, quanto deliberato dall'ANAC con riferimento agli appalti di servizi postali (determinazione n. 7 del 24.11.2011).

L'Autorità, pur affermando che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è l'unico criterio "idoneo a valorizzare le soluzioni, sia dal punto di vista operativo che da quello economico", ha tuttavia precisato che le formule di attribuzione dei punteggi "devono essere tali da rendere possibile l'attribuzione dell'intero range dei punteggi, variabile da zero al massimo fissato dal bando".

III) VIOLAZIONE DELL'ART. 2 DEL D.LGS. N. 163/2006. VIOLAZIONE DELL'ART. 97 COST.: PRINCIPI DI TUTELA DELLA CONCORRENZA, MASSIMA PARTECIPAZIONE, TRASPARENZA, ECONOMICITÀ, BUON ANDAMENTO, VIOLAZIONE DELLE DIRETTIVE COMUNITARIE 97/67/CE, 2002/39/CE E 2008/6/CE IN MATERIA DI LIBERALIZZAZIONE DEL SERVIZIO POSTALE.

Parte ricorrente stigmatizza poi la formulazione del criterio di attribuzione del punteggio tecnico previsto dall'art. 9, lett. e) del disciplinare di gara, relativo al "numero di addetti impiegati per l'erogazione del servizio nel territorio del Comune di Roma" che ha previsto:

- 5 punti oltre i 1.000 addetti;
- 3 punti tra 300 e 1.000 addetti;
- 0 punti sotto i 300 addetti.

In sede di chiarimenti, Ama ha affermato di ritenere che il numero degli addetti al recapito "è un elemento sicuramente rilevante ai fini della migliore esecuzione del servizio posto a gara in quanto strettamente legato alla possibilità di effettuare un ingente numero di recapiti [...] in un lasso temporale molto breve [...]", con l'ulteriore precisazione che l'interesse della stazione appaltante è quello di avere "le opportune e necessarie garanzie in ordine alla corretta e tempestiva esecuzione di un servizio fondamentale per la medesima stazione appaltante, in quanto relativo al recapito della tariffa con la quale è remunerata l'intera gestione dei servizi ambientali di Roma Capitale [...]".

Italposte – richiamate le direttive che, a livello europeo, hanno scandito la progressiva liberalizzazione dei servizi postali nonché la posizione, tuttora qualificabile come dominante, di Poste Italiane nel mercato dell'insieme dei servizi postali rientranti nel servizio universale (deliberazione AGCM A441 n. 24293) – ricorda però che, secondo le "Linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici nei settori postali", di cui

alla determinazione ANAC n. 3 del 9.12.2014, il requisito dell'organico medio non può essere individuato quale requisito di partecipazione, ma deve essere più propriamente qualificato come condizione di esecuzione del contratto.

Secondo le suddette Linee guida la quota proporzionata di organico potrebbe essere la seguente:

- un addetto ogni 120.000 pezzi di posta ordinaria da spedire nell'arco dell'anno;
- un addetto ogni 30.000 pezzi di raccomandata da spedire nell'arco di un anno;
- un addetto ogni 17.143 pezzi di notifiche eseguite a mezzo di messo comunale, da spedire nell'arco di un anno.

Seguendo queste indicazioni, per effettuare circa 3 milioni di spedizioni l'anno, sarebbe stato sufficiente un organico di circa 25 addetti.

Ama, nel caso in esame, avrebbe di fatto circoscritto il numero dei competitori prevedendo di attribuire ben cinque punti su sessanta a chi avesse potuto impiegare oltre 1.000 addetti e solo 0 punti a chi ne avesse potuto impiegare "soltanto" 299.

Si sono costituite, per resistere, AMA s.p.a. e Poste Italiane s.p.a..

Con memoria del 4.5.2015, ha in primo luogo rappresentato che la scelta della base di gara è avvenuta secondo gli effettivi bisogni della stazione appaltante, tenendo conto dei volumi resisi necessari per lo svolgimento dell'affidamento del servizio per il precedente triennio.

L'importo a base d'asta è stato quindi calcolato sulla base delle tabelle ministeriali (prezzi, al netto dell'IVA, di cui al d.m. 12.5.2006 per la posta massiva) e delle delibere n. 286/12/Cons e 640/2014 dell'Agcom per la posta raccomandata Pro, tenuto conto dei documenti di pagamento emessi nel corso dell'ultimo anno consuntivato 2012.

Evidenzia, comunque, che moltiplicando i prezzi a base d'asta utilizzati nella gara del 2010 per le quantità dei servizi richiesti nella gara attuale, si ottiene il risultato di euro 15.515.099, ben maggiore, quindi, della base d'asta oggetto di impugnativa.

La scelta dell'azienda risponde ai criteri di buon andamento, efficacia ed efficienza della p.a., ed è comunque rispettosa della regola contenuta nell'art. 29 del Codice dei contratti, secondo cui il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici è basato "sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA", ovvero "dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto".

Evidenzia comunque che se, in ipotesi, la lex specialis di gara fosse stata inficiata da erronea determinazione della base d'asta, con effetti distorsivi della concorrenza, tale vizio avrebbe impedito la stessa presentazione di offerte corrette (ovvero, effettivamente concorrenziali), e, pertanto, avrebbe dovuto essere tempestivamente denunciato, nei termini di decadenza decorrenti dalla pubblicazione del bando.

Quanto alla formula prescelta, AMA sottolinea che, nelle gare rette dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i metodi di attribuzione del punteggio possono essere molteplici e variabili e consentire di pervenire a risultati non sempre coincidenti.

In particolare, per quanto riguarda l'offerta economica, possono essere utilizzati, oltre al criterio proporzionale, anche quello progressivo, con svariate curve di progressività.

Peraltro, nelle gare da assegnare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il pericolo da evitare è che si addivenga ad uno "svilimento" della valutazione della componente tecnica a scapito di quella del prezzo e non già quello contrario.

In altri termini, in questo tipo di gara, rientra nella discrezionalità della stazione appaltante la determinazione dell'incidenza del prezzo nella valutazione dell'offerta.

Nella fattispecie, il differenziale tra le due offerte economiche è stato di circa 5 punti a favore di Italposte, ma la gara è stata vinta da Poste Italiane che ha ottenuto un punteggio tecnico nettamente maggiore (52,40/60 contro 43,6/60).

Quanto al punteggio attribuito in rapporto alla consistenza dell'organico messo a disposizione da ciascun offerente, Ama sottolinea di avere voluto "premiare" quei concorrenti che fosse in grado di offrire più addetti per l'esecuzione del servizio, in quanto tale caratteristica in grado di offrire maggiori garanzie di una corretta e celere esecuzione del servizio.

Il numero di addetti consente infatti di effettuare un ingente numero di recapiti in un lasso temporale molto breve e in un territorio molto esteso.

Il criterio, comunque, non ha impedito la partecipazione alla gara né della ricorrente (che ha ottenuto 3 dei 5 punti disponibili) né delle altre imprese che hanno presentato offerta.

Poste Italiane, con la memoria del 4.5.2015, ha in particolare argomentato in ordine al carattere artificioso della ricostruzione della base d'asta ritenuta congrua dalla ricorrente.

Evidenza che essa muove dall'assunto, del tutto erroneo, secondo cui, modificando la base d'asta, le offerte sarebbero rimaste immutate.

Dopo avere posto a raffronto la base d'asta del 2010 con quella oggetto di contestazione, secondo lo stesso calcolo illustrato da Ama, ritiene che elemento determinante, nel caso in esame, sia il significativo aumento delle quantità che ha caratterizzato il nuovo affidamento rispetto a quello del triennio precedente.

Propone anche un raffronto con i prezzi unitari grazie ai quali Poste si è aggiudicata la gara nel 2010.

Applicando tali prezzi alle quantità odierne si ottiene comunque un valore di euro 10.802,507,80, molto superiore a quello ipotizzato dalla ricorrente.

Ne deriva che, anche riparametrando i punteggi con la nuova base d'asta (secondo la fictio proposta in ricorso), Poste avrebbe comunque ottenuto 31,3 punti economici che, sommati ai 52,4 tecnici, le avrebbero comunque consentito di sopravanzare Italtel con uno scarto di oltre tre punti.

Quanto alle Linee Guida dell'ANAC, ricorda che esse non erano state ancora pubblicate alla data del bando e che, comunque, applicando le rese di ANAC ai volumi di gara (1.460.000 invii da recapitare in cinque giorni 2 volte all'anno), risultano comunque necessari 995 addetti, dato in linea con quanto previsto dal bando per attribuire il massimo del punteggio.

Peraltro, anche utilizzando la base d'asta riparametrata, e togliendo i due punti in più guadagnati per il parametro in esame, Poste risulterebbe sempre vincitrice.

Sarebbe poi contraddittorio che parte ricorrente contesti, da un lato, l'appiattimento dell'attribuzione del punteggio economico e, dall'altro, lamenti l'omessa elevazione alla quarta prevista dalla formula matematica del disciplinare, pur essendosi tale omissione tradotta, a detta della stessa ricorrente, in un incremento dei punti di scarto per la componente economica dell'offerta.

L'utilizzo di formule paraboliche, anziché lineari, è stato comunque ritenuto del tutto legittimo dalla giurisprudenza amministrativa.

Poste chiede poi che, ai fini della condanna alle spese, venga adeguatamente valorizzata la circostanza che parte ricorrente non abbia previamente trasmesso l'informativa di cui all'art. 243 bis, comma 1, del Codice dei Contratti.

Ne invoca, comunque, la responsabilità aggravata ai sensi dell'art. 96 c.p.c. e 26 c.p.a., ai fini della condanna al risarcimento del danno derivante dal ritardo nell'esecuzione del contratto e, comunque, al pagamento del doppio delle spese liquidate.

Con ordinanza n. 1938 del 7.5.2015, la Sezione ha respinto l'istanza cautelare.

In data 13.5.2015, Italtel ha avanzato una richiesta istruttoria finalizzata ad accertare:

"1) se la formula matematica utilizzata dalla commissione di gara per l'attribuzione del punteggio economico è diversa da quella indicata nel bando di gara;

2) se l'importo a base di gara è eccessivamente elevato in base ai prezzi già utilizzati da AMA per l'affidamento del precedente servizio e/o ai prezzi di listino (business) praticati dal gestore del servizio universale (Poste italiane);

3) se la correlazione della base d'asta eccessivamente elevata e della formula matematica con elevazione alla quarta prevista dal bando per l'attribuzione del punteggio economico, possa aver comportato l'effetto distorsivo di "neutralizzare" l'elemento prezzo in palese violazione del principio in base al quale "nella graduazione del punteggio per le offerte di prezzo occorre anche valorizzare lo scarto tra le offerte, con uno scarto di punteggio che, se anche non rigidamente proporzionale, rifletta tuttavia la differenza tra le offerte in modo effettivo" (Cons. St., sez. VI, sentenza n. 6023 del 15.11.2011);

4) se le previsioni del bando sui punteggi da attribuire a seconda del numero degli addetti impiegati per l'erogazione del servizio sono del tutto sproporzionate, rispetto a quanto indicato nelle "Linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici nei settori postali" approvata dall'ANAC con determinazione n. 3 del 9.12.2014;

5) se lo svilimento dell'elemento prezzo, unitamente all'esaltazione di requisiti tecnici sui quali Poste è in posizione dominante rispetto agli altri operatori, possa avere comportato un effetto distorsivo della concorrenza, in favore del solo gestore del servizio universale".

In vista della camera di consiglio istruttoria fissata per il 1° luglio 2015, Italposte ha quindi depositato un parere a firma del prof. Vincenzo Visco Comandini.

Le parti resistenti hanno controdedotto alla richiesta istruttoria con memorie del 27.6.2015.

La Sezione, ha respinto l'istanza, con ordinanza collegiale n. 9771 del 20.7.2015, sull'assunto che essa, per un verso, riguardasse "non già la valutazione tecnica di una quaestio facti, bensì l'apprezzamento, sotto il profilo giuridico, degli stessi motivi di ricorso" e che, per l'altro, la stessa tendesse ad acquisire "elementi di fatto in relazione ai quali incombeva alla parte ricorrente il relativo onere probatorio".

In vista della pubblica udienza del 21.10.2015, le parti hanno depositato memorie conclusionali e di replica.

Italposte ha in primo luogo replicato all'eccezione di tardività opposta da AMA, sull'assunto che l'impugnazione di una clausola del bando recante una formula matematica di calcolo del punteggio da attribuire all'offerta economica non è suscettibile di essere riconosciuta a priori come lesiva e non può che essere impugnata contestualmente al provvedimento di aggiudicazione ad altro concorrente.

Pertanto, la lesione dell'interesse della ricorrente è divenuta concreta ed attuale solo nel momento in cui anche Poste Italiane ha partecipato alla medesima gara, "andando inevitabilmente ad aggiudicarsela grazie alla concomitanza dei tre fattori anomali e distorsivi della concorrenza da noi censurati con il presente ricorso".

Ha insistito nella censura riguardante l'incongruità della base d'asta, sull'assunto che la stazione appaltante era tenuta a rilevare, a tal fine, "il miglior prezzo di mercato", il quale, nel caso di specie, sarebbe rappresentato dal prezzo al quale Poste Italiane si è aggiudicata la gara nel 2010.

Ritiene irrilevante, pertanto, l'importo che si ottiene applicando ai volumi attuali i prezzi posti alla base della precedente gara poiché anche essi si sono rivelati fuori mercato.

Richiama, al riguardo, le valutazioni contenute nella perizia di parte in cui il prof. Visco Comandini ha sottolineato come Ama abbia errato nell'individuazione del tipo di prodotto posto a base di gara (posta massiva anziché posta time) e, comunque, nel non attenersi ai prezzi effettivamente pagati per il precedente affidamento, in quanto pur trattandosi di prodotti regolamentati, gli stessi, comunque, non sfuggono oggi alle regole del mercato.

Basandosi sui prezzi effettivamente pagati da Ama per il precedente affidamento, il perito di parte ha stimato come importo di base d'asta congruo la cifra di euro 9.384.200,00.

Nel caso di specie, a causa della combinazione della formula matematica scelta con un importo a base d'asta eccessivamente elevato si è avuta una drastica riduzione del range di punti messo a disposizione dei concorrenti per l'elemento prezzo, di talché dei 40 punti messi a disposizione ne sarebbero stati assegnati, in realtà, meno di 5.

Infatti, ad un divario economico di quasi due milioni di euro esistente tra l'offerta di Poste Italiane e quella

della ricorrente è corrisposto un divario di punteggio di soli 4,83 punti (applicando in maniera errata la formula prevista dal bando), o peggio ancora di soli 1,76 punti (se la Commissione avesse correttamente applicato la formula prevista nel bando).

Per quanto riguarda il punteggio relativo al parametro dell'organico medio – premesso che solo Poste Italiane può contare su un numero di 1.000 dipendenti in un solo Comune – parte ricorrente, sulla scorta dei rilievi del proprio consulente, stima che, ai fini del servizio di cui trattasi, il punteggio massimo avrebbe dovuto essere attribuito alle aziende con più di 265 addetti, con conseguente irrazionalità della distribuzione dei pesi attribuiti dalla *lex specialis* per il profilo in esame.

Ama, dal canto suo, ha sviluppato le proprie argomentazioni difensive con particolare riguardo alla determinazione della base d'asta, in merito alla quale, oltre a rimarcare che eventuali vizi relativi ad essa avrebbero dovuto essere fatti valere nel termine di decadenza decorrente dalla pubblicazione del bando, ha ricordato come, per pacifica giurisprudenza, la stazione appaltante goda di ampia discrezionalità, fatto salvo il limite della manifesta irragionevolezza o illogicità.

Nello specifico, ha ribadito che l'importo affidato con il precedente servizio si è rivelato insufficiente a causa della sottostima delle quantità presunte e delle maggiori spese dovute, in particolare, all'aumento delle frequenze di emissione dei solleciti domestici e allo svolgimento di ulteriori attività connesse ad intervento di recupero dell'evasione, con la conseguenza che, per lo svolgimento del servizio pregresso, sono stati spesi in totale Euro 8.045.555,26.

In occasione della nuova gara si è quindi proceduto sulla base di una nuova stima delle quantità, mentre i prezzi sono stati calcolati sulla base delle tabelle ministeriali di cui al d.m. 12.5.2006 per la posta massiva e delle delibere n. 286/12/CONS e 640/2014 dell'AGCOM per la posta raccomandata PRO.

Quanto alla formula per l'attribuzione del punteggio economico, l'amministrazione ritiene di avere operato nell'ambito di discrezionalità consentito dalla scelta del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, essendo quindi libera di decidere l'incidenza del prezzo nella valutazione dell'offerta ed avendo comunque adeguatamente valorizzato la componente economica. Ha sottolineato, al riguardo, che tra l'offerta economica della ricorrente e quella di Poste Italiane, vi è comunque un divario di 5 punti, mentre la vittoria di quest'ultima è stata determinata dal punteggio nettamente maggiore conseguito per l'offerta tecnica.

Quanto ai rilievi concernenti il parametro di valutazione relativo all'organico addetto al servizio, fa osservare che, comunque, neanche l'assegnazione del punteggio massimo conseguibile per tale profilo consentirebbe alla ricorrente di colmare il gap con la prima graduata.

Poste Italiane ha ribadito che i calcoli effettuati da Italposte costituiscono un artificio logico, al fine di prospettare una gara "virtuale", con parametri diversi da quelli reali e da essa stessa costruiti.

Applicando alle quantità del 2014 i prezzi unitari della gara 2010, si ottiene infatti un valore addirittura superiore alla base d'asta 2014 (15,5 milioni contro 14,5 milioni).

Inoltre, se anche si applicassero alle quantità della gara 2014 i prezzi unitari con i quali Poste si è aggiudicata la gara nel 2010, si otterrebbe comunque un valore di molto superiore a quello indicato dalla ricorrente come base d'asta, che non tiene conto degli aumenti tariffari intervenuti negli ultimi cinque anni e allo stato applicati al servizio.

Analizzando ad oggi i valori allora offerti, l'importo di aggiudicazione della precedente gara sale a euro 10.822.507,80, ben superiore a quello ipotizzato dalla ricorrente.

Poste sarebbe risultata vincitrice, con uno scarto di oltre 3 punti, anche con una base d'asta redatta sulla base di quanto invocato dalla ricorrente.

Ha quindi richiamato tutto quanto già in precedenza argomentato in ordine alla formula "parabolica" di attribuzione del punteggio economico, nonché in ordine al fatto che comunque, a fronte di una formula diversa, e di un diverso importo a base di gara, anche il comportamento delle imprese partecipanti sarebbe

stato diverso.

Di talché viene meno la ricostruzione attraverso cui la ricorrente asserisce che la gara, diversamente configurata, avrebbe dovuto esserle sicuramente aggiudicata.

Ad ogni buon conto, pur utilizzando una diversa base d'asta, e pure espungendo il punteggio relativo al numero di addetti, Poste Italiane risulterebbe comunque vincitrice in quanto lo scarto tra le due offerte, ricalcolato in base alla simulazione proposta dalla ricorrente, è di oltre tre punti.

In replica, Italtel evidenzia che, come confermato anche dal consulente di parte, il riferimento ai prezzi dei prodotti universali fissati per via regolatoria, ai sensi della direttiva europea 6/2008), deve ritenersi improprio ai fini della fissazione della base d'asta, in quanto essi rappresentano il prezzo massimo che l'operatore universale Poste Italiane può fissare per l'erogazione di tali servizi ma non quello effettivo che può essere anche significativamente inferiore; evenienza che è oggi ancora più reale dopo la liberalizzazione dei servizi postali di cui al d.lgs. n. 58/2011.

Ribadisce che il confronto va effettuato non tra i prezzi posti a base d'asta nel 2010 e nel 2014 ma fra i prezzi pagati nel 2010 e quelli utilizzati per la nuova gara.

Rispetto al ricalcolo effettuato da Poste Italiane per la base d'asta, reputa più attendibile quello di euro 9.384.200,00, effettuato dal proprio consulente, alla stregua del quale essa avrebbe ottenuto un punteggio economico tale da consentirle di aggiudicarsi la gara.

Richiama poi le conclusioni del consulente anche in relazione al numero ottimale di addetti da adibire al servizio.

Nelle conclusioni, in via subordinata, oltre a rinnovare la richiesta di ammissione di consulenza tecnica d'ufficio, insiste, comunque, per la caducazione dell'intera procedura di gara.

Poste Italiane rileva che, attraverso la consulenza tecnica di parte, la ricorrente ha cercato di introdurre nel giudizio considerazioni di puro merito amministrativo.

Comunque, ritiene che le sue argomentazioni siano inficiate da un evidente errore logico, consistente nella sottovalutazione dell'elemento quantitativo, che differenzia la gara del 2014 da quella del 2010 e che ha inciso anche sull'aspetto tecnico – organizzativo.

Quanto all'argomento secondo cui nessun operatore né in Italia né in Europa, può contare su un numero di più di 1.000 dipendenti, si tratta di rilievo solamente suggestivo, atteso che il disciplinare di gara non richiede che il concorrente abbia un tale numero di addetti, ma solo che si organizzi in modo tale da poterne disporre. Semplicemente, la ricorrente ha ritenuto di non caricarsi un onere ulteriore per dare un servizio migliore.

Ama, richiamate tutte le proprie argomentazioni in ordine all'irricevibilità delle censure che contestano l'importo a base di gara, esprime poi alcuni rilievi critici sulla consulenza di parte.

In primo luogo - premesso che anche il prof. Visco Comandini ammette che la maggiore onerosità del nuovo affidamento dipende dal fatto che sono richiesti molti più volumi di posta - sottolinea come la scelta di fare riferimento, per la determinazione della base d'asta, alle tariffe ministeriali per la posta massiva, fosse finalizzata a consentire la massima partecipazione e la massima apertura al mercato. Tale importo è apparso infatti il più idoneo per gli invii ordinari, in quanto il prezzo praticato da uno specifico operatore (nel caso di specie, quello relativo al prodotto Posta Time di Poste Italiane) avrebbe potuto limitare la concorrenza.

Appare d'altronde significativo che nessuno dei cinque concorrenti abbia inteso impugnare il bando al momento della sua pubblicazione, lamentando l'incongruità della base d'asta, e che solo a seguito dell'aggiudicazione definitiva Italtel abbia ritenuto di contestarne l'importo.

Quanto alle Linee Guida dell'Anac di cui alla determinazione n. 3/2014, sottolinea che neanche l'Autorità esclude la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di indicare valori differenti, a seguito di un'analisi delle caratteristiche e del territorio da coprire.

Alla luce delle peculiarità del territorio della Capitale, caratterizzato da nodi logistici che si alternano con zone ad elevata densità abitativa e zone agricole ed industriali dislocate su una superficie complessiva di 1285 kmq, la scelta dell'amministrazione è stata quella di avere risorse in numero elevato e disponibile in modo capillare sul territorio.

Il ricorso è stato infine assunto in decisione alla pubblica udienza del 21.10.2015.

DIRITTO

1. La controversia in esame attiene alla gara indetta da Ama s.p.a. al fine di aggiudicare il servizio di "trattamento, stampa e consegna della comunicazioni Tariffa Rifiuti", per il periodo 2014 – 2016.

1.1. In via preliminare, occorre esaminare l'eccezione di irricevibilità sollevata da Ama, secondo la quale, nella parte in cui stabilisce una base d'asta, asseritamente incongrua, il bando avrebbe dovuto essere immediatamente impugnato.

In particolare, ove la *lex specialis* di gara fosse stata effettivamente inficiata da erronea determinazione della base d'asta, con effetti distorsivi della concorrenza, tale vizio avrebbe impedito la stessa presentazione di offerte corrette (ovvero, effettivamente concorrenziali), e, pertanto, avrebbe dovuto essere tempestivamente denunciato, nei termini di decadenza decorrenti dalla pubblicazione del bando.

1.2. Ricorda il Collegio che la giurisprudenza amministrativa ha ravvisato un onere di immediata impugnazione, non solo in ordine alla previsione di requisiti soggettivi non posseduti dall'istante, bensì anche "quando le clausole impediscano — indistintamente a tutti i concorrenti — una corretta e consapevole elaborazione della propria proposta economica; in tali casi, infatti, si pregiudica il corretto esercizio della gara, in violazione dei cardini procedurali della concorrenza e della par condicio tra tutti i partecipanti alla gara. Ciò avviene in particolare quando ricorrono:

- a) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile;
- b) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta;
- c) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente;
- d) imposizione di obblighi *contra ius* (es. cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto);
- e) gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come ad es. quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbito dall'aggiudicatario), ovvero siano presenti formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" pt.);
- f) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza non soggetti a ribasso" (Cons.St., sez. IV ^, sentenza n. 5671 del 7.11.2012).

Per quanto in particolare riguarda la determinazione della base d'asta, in verità, il caso più frequente, inverso a quello qui in esame, è quello della sua incapienza, a causa della fissazione di un valore non adeguato ed insufficiente a remunerare il costo del lavoro, in violazione dell'art. 86, comma 3 – bis, del d.lgs. n. 163/2006, ovvero di altre componenti dell'offerta.

Siffatte illegittimità incidono direttamente sulla formulazione di quest'ultima, impedendone la corretta e consapevole elaborazione, sicché la lesività della disciplina di gara va immediatamente contestata, senza attendere l'esito della gara, per rilevare il pregiudizio che da quelle previsioni è derivato, ed anzi "nemmeno sussiste l'onere di partecipazione alla procedura di colui che intenda contestarle, in quanto le ritiene tali da impedirgli l'utile presentazione dell'offerta, e, dunque, sostanzialmente, impeditive della sua partecipazione alla gara" (Cons. St., sez. III^, 2 febbraio 2015, n. 491).

Nel caso in esame, parte ricorrente asserisce che la base d'asta è "iperbolica" e "fuori mercato" e che tale

circostanza, unita all'adozione di una formula di attribuzione del punteggio economico di tipo non lineare, ha impedito una adeguata valorizzazione della componente economica dell'offerta.

Tale pregiudizio, però, sarebbe divenuto attuale solo nel momento in cui è stata ammessa alla gara anche Poste Italiane s.p.a., ovvero un competitor che, essendo già monopolista del settore in esame, nonché attuale incumbent, può formulare offerte tecniche non replicabili dai concorrenti.

Ad ogni buon conto, le formule matematiche di calcolo del punteggio da attribuire all'offerta economica non sono suscettibili di essere percepite e/riconosciute a priori come lesive, e non sussiste, pertanto, un onere di immediata impugnazione.

1.3. Il Collegio rileva, in primo luogo, che non hanno formato oggetto di specifica contestazione da parte di Italpost né i criteri di attribuzione del punteggio tecnico (salvo che per il sottocriterio "numero di addetti impiegati per l'erogazione del servizio nel territorio del Comune di Roma"), né, a monte, la stessa scelta del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In sostanza, alcun appunto viene mosso ad Ama per avere optato non già per l'acquisizione di un servizio standardizzato (come ad esempio il servizio Posta Time o gli analoghi prodotti presenti sul mercato) bensì di un prodotto calibrato sulle proprie esigenze.

Di talché, le considerazioni di parte ricorrente relative al carattere, asseritamente non replicabile dell'offerta tecnica da parte dei competitors di Poste, sono rimaste mere argomentazioni difensive, e non si sono tradotte nell'individuazione di vizi specifici della disciplina di gara.

In secondo luogo, il carattere asseritamente "iperbolico" della base d'asta, non è stato censurato di per sé, bensì, in rapporto alla formula matematica di attribuzione del punteggio economico.

Pertanto - indipendentemente dal fatto che la ricorrente, soggettivamente, consideri il prezzo quale unico aspetto della commessa in ordine al poteva effettivamente competere - in assenza di una vera critica all'intera impostazione della gara, deve con la stessa convenirsi che la lesività della clausole relative all'attribuzione del punteggio economico poteva essere valutata soltanto all'esito, per essa negativo, della procedura selettiva.

In definitiva:

- Italpost ha partecipato ad una gara oggettivamente contendibile, in relazione alla quale ha potuto presentare un'offerta potenzialmente competitiva;
- in base alla prospettazione ricorsuale, l'offerta economica non è stata adeguatamente valorizzata, per effetto dell'applicazione della formula matematica prevista dal disciplinare ad una base d'asta sovrastimata e, comunque, illegittimamente determinata.

Ne deriva che l'oggetto del contendere non è, in sé, la base d'asta, quanto l'attribuzione del punteggio economico.

Trova allora applicazione il pacifico orientamento giurisprudenziale secondo cui "l'onere dell'immediata impugnazione del bando di gara pubblica va escluso nei riguardi delle clausole dotate solo di astratta e potenziale lesività, la cui idoneità a produrre un'effettiva lesione potrebbe essere valutata unicamente all'esito della procedura selettiva, ove negativo per l'interessato e, pertanto, non sono immediatamente impugnabili le clausole relative all'individuazione del criterio di aggiudicazione, alle modalità di valutazione delle offerte e alla attribuzione dei punteggi" (così, da ultimo, TAR Lazio, sez.III[^] quater, sentenza n. 11347/2015 del 22.9.2015).

L'eccezione di irricevibilità, in definitiva, deve essere rigettata.

2. Sempre in via preliminare, le parti resistenti hanno dedotto che Italpost è carente di interesse a coltivare le censure basate sulla determinazione della base d'asta.

La ricorrente ha infatti sviluppato tale critica mediante una simulazione tendente a dimostrare che, attraverso la fissazione di un importo coerente con quello che essa ritiene il miglior prezzo di mercato relativo al settore in esame, si sarebbe con certezza aggiudicata la gara.

Ama e Poste hanno però fatto osservare che, in presenza di una differente base d'asta, le imprese avrebbero ricalibrato le proprie offerte, sia sul piano tecnico che economico, di talché, dall'accoglimento di siffatte censure, non potrebbe automaticamente derivare l'aggiudicazione della gara a Italtel.

2.1. Rileva il Collegio che l'interesse sotteso all'impugnazione della disciplina di gara, nella parte relativa alla determinazione della base d'asta, riveste carattere quantomeno strumentale, poiché il suo accoglimento restituirebbe alla ricorrente la chance di aggiudicarsi la gara, attraverso la rinnovazione del procedimento (sulla rilevanza dell'interesse strumentale, cfr. ex plurimis, Cons. St., sez. IV^a, sentenza n. 4986 del 6.10.2014).

Per quanto occorrer possa si rileva che Italtel, in sede di memoria conclusionale, ha espressamente domandato, sia pure prospettandola come una richiesta subordinata, l'annullamento di "tutti gli atti di gara".

Si tratta, peraltro, della stessa domanda formulata in via principale, atteso che l'aggiudicazione definitiva a Poste Italiane non è stata impugnata per vizi propri, bensì soltanto di illegittimità derivata dai vizi che, asseritamente, affliggono la "lex specialis".

Anche sotto questo profilo, pertanto, il ricorso rimane ammissibile e procedibile.

3. Ciò posto, nel merito, nell'ordine logico delle questioni assume rilievo centrale quella relativa alla legittimità della formula matematica prescelta per l'attribuzione del punteggio economico, in rapporto all'individuazione della base di gara.

3.1. In primo luogo, giova ricordare che la scelta del criterio più idoneo per l'aggiudicazione di un pubblico appalto, tra l'offerta economicamente più vantaggiosa e il prezzo più basso, è espressione della discrezionalità della stazione appaltante, ed è censurabile solo per evidente irrazionalità o travisamento dei fatti (così ancora da ultimo, Cons. St., sez. V^a, sentenza n. 3121 del 18.6.2015)

Ai fini dell'individuazione dall'offerta economicamente più vantaggiosa, l'amministrazione ha ampi margini di discrezionalità nella scelta dei criteri da valorizzare ai fini della comparazione delle offerte, come pure nella determinazione della misura della loro valorizzazione (Cons. St., sez. III^a, sentenza n. 205 del 21.1.2015).

In tale ottica, spetta quindi all'amministrazione "dare il peso relativo di ciascun elemento, a seconda delle peculiarità specifiche dell'appalto e, dunque della preminenza che, nel caso concreto, rivesta l'elemento economico (prestazione particolarmente semplice), ovvero l'elemento tecnico (prestazione particolarmente complessa)" (TAR Napoli, sezione VIII^a, sentenza n. 4522/2013).

Ciò, in linea con quanto previsto dall'art. 83, comma 1, del Codice dei contratti, che richiede all'amministrazione di predeterminare criteri "pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto".

Per quanto in particolare riguarda la determinazione dell'incidenza del prezzo nella valutazione dell'offerta, la stazione appaltante gode di ampia discrezionalità anche nella scelta della formula matematica da impiegare per la valutazione dell'offerta economica (Cons. St., sez. V^a, sentenza n. 3229/2013), con l'unico limite della proporzionalità e della ragionevolezza, ossia dell'equilibrio tra prezzo e qualità, in modo da non svilire sensibilmente o completamente l'uno o l'altro (cfr. Cons. St., sez. V^a 15 novembre 2011, n. 6023), nonché dei canoni di trasparenza e par condicio, in modo da consentire a tutti i concorrenti di calibrare la propria offerta (Cons. St., sez. V^a, 10 gennaio 2013, n. 88).

E' quindi pacifico che, in assenza di specifici vincoli normativi, anche formule di tipo non lineare, come quella qui in esame, siano pienamente lecite, in quanto finalizzate a discentivare sconti eccessivi sul prezzo a scapito della componente qualitativa dell'offerta (cfr. sul punto TAR Lazio, sez. III^aquater, sentenza n. 2522 del 4 marzo 2014; in precedenza, Cons.St., sez. V, 18 ottobre 2011, n. 5583).

Ciò che conta è che nell'assegnazione dei punteggi, "venga utilizzato tutto il potenziale range differenziale previsto per ciascuna voce ed in particolare della voce prezzo, al fine di evitare uno svuotamento di

efficacia sostanziale della componente economica dell'offerta".

Tuttavia, l'utilizzazione dell'intero potenziale del punteggio attribuibile in astratto all'offerta economica non può comportare "che la circostanza di aver presentato un'offerta economica migliore possa da sola giustificare l'aggiudicazione dell'appalto, proprio per la decisiva considerazione che nel metodo di scelta del contraente con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa deve tenersi conto anche dell'offerta tecnica e ben può accadere che possa risultare economicamente più vantaggiosa anche un'offerta che non sarebbe tale se si considerasse solo l'elemento economico" (CS. sez. V[^], sentenza n. 3802/2013).

I rilievi della giurisprudenza sono condivisi anche dall'ANAC secondo cui "La scelta del peso da attribuire a ciascun criterio di valutazione dell'offerta è rimessa, quindi, caso per caso, alla stazione appaltante, in relazione alle peculiarità specifiche dell'appalto e, dunque, all'importanza che, nella specifica ipotesi, hanno il fattore prezzo ed i contenuti qualitativi. Conseguentemente, le scelte concretamente poste in essere nelle clausole della lex specialis rientrano nella discrezionalità della stazione appaltante, che può essere sindacata solo se manifestamente illogica o irragionevole.

Unico vincolo posto dal legislatore, comunitario e nazionale, è che tanto il prezzo quanto gli aspetti di carattere qualitativo dell'offerta siano oggetto di valutazione, atteso che l'aggiudicazione con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, anche nel "considerando" n. 46 della citata direttiva n. 18/2004, è ritenuta quella che tende a garantire il miglior rapporto tra qualità e prezzo.

In sintesi, dunque, può affermarsi che, quando per l'aggiudicazione della gara sia stato prescelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, rientra nella discrezionalità della stazione appaltante la determinazione della incidenza del prezzo nella valutazione dell'offerta, senza che esista un peso minimo (o massimo) predeterminato per tale criterio, purché la natura propria del criterio, postulante la ricerca di un equilibrio tra prezzo e qualità, necessariamente correlato alla specificità di ciascun affidamento, non venga tradita, riconoscendosi al criterio prezzo un peso ponderale sproporzionato rispetto a quello attribuito agli altri criteri da tenere in considerazione nella scelta dell'offerta migliore, invece di combinare il prezzo con tali altri criteri onde assicurare, da un lato, alla stazione appaltante il risultato migliore e più conveniente e, dall'altro, consentire ai partecipanti di confidare in una uniforme valutazione dell'offerta [...]"

(determinazione n. 7 del 24.11.2011 recante "Linee guida per l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'ambito dei contratti di servizi e forniture").

3.2. Nel caso di specie, la formula matematica prescelta risulta anzitutto coerente con la preminenza assegnata dalla disciplina concorsuale all'aspetto tecnico dell'offerta (60/100).

L'effetto dichiaratamente perseguito dalla stazione appaltante, come dalla stessa affermato in sede di chiarimenti ai concorrenti, è stato infatti quello di "premiare adeguatamente il merito tecnico dell'offerta, evitando che la valutazione della componente qualitativa delle singole offerte (ovverosia la parte tecnica) possa essere "svilita" dalla valutazione della componente quantitativa delle singole offerte (ovverosia la parte economica)".

Si tratta di una finalità che, invero, non è in discussione, come pure non forma oggetto di critica la ragionevolezza della formula in rapporto alla "natura, all'oggetto e alle caratteristiche" della commessa. In concreto, la commissione di gara ha poi omesso di effettuare la prescritta elevazione alla quarta, di fatto attenuando il lamentato effetto di appiattimento dei punteggi economici.

Ad ogni buon conto, anche nell'ipotesi in cui fosse stata effettuata tale operazione, gli stessi esempi numerici elaborati dalla ricorrente dimostrano che non sarebbe stata neutralizzata in toto l'incidenza dell'elemento economico dell'offerta, né che sarebbe stata impiegata soltanto una parte del range differenziale, posto che, comunque, lo sconto offerto dalla ricorrente le avrebbe consentito di guadagnare punti 37,33 su 40 e quindi di sopravanzare Poste di punti 1,76.

L'errore della Commissione si è quindi risolto a vantaggio della ricorrente poiché la differenza di punteggio

è stata pari a punti 4,83.

Si tratta ora di verificare se l'applicazione della formula matematica prescelta sia stata, per così dire, distorta, dalla determinazione della base d'asta.

Come già evidenziato, infatti, la formula non è stata criticata in sé, quanto per effetto della sua combinazione con tale importo.

Al riguardo, l'assunto di Italpost è che, nella costruzione della gara - impregiudicata la necessità delle maggiori quantità richieste da Ama - siano stati utilizzati prezzi palesemente incongrui ed oggettivamente inferiori a quelli di mercato, in violazione dell'art. 89 del d.lgs. n. 163/2006, nella parte in cui prescrive che "Al fine di stabilire il prezzo base nei bandi o inviti, di valutare la convenienza o meno dell'aggiudicazione, nonché al fine di stabilire se l'offerta è o meno anormalmente bassa, laddove non si applica il criterio di cui all'articolo 86, comma 1, le stazioni appaltanti tengono conto del miglior prezzo di mercato, ove rilevabile" (comma 1).

Nello specifico, nella consulenza di parte si afferma che mentre, per gli invii raccomandati, la scelta di Ama di utilizzare come servizio di riferimento la raccomandata Pro di Poste Italiane, risulta corretta, viceversa, per gli invii ordinari, vi sarebbe un "disallineamento competitivo tra il servizio offerto da Poste Italiane e quelli forniti dai concorrenti. Infatti, il servizio di Posta Massiva, in quanto universale, può essere fornito solo ed esclusivamente da Poste Italiane. I concorrenti infatti offrono servizi non universali, cosiddetti di recapito a data e ore certe, che pur appartenendo al medesimo mercato rilevante [...] del prodotto universale di Poste Italiane, presentano però alcune differenze da questo, differenze che nel caso in questione sono importanti".

In particolare "Posta Massiva sarebbe stato [...] il corretto servizio di riferimento per la gara se la stazione appaltante avesse avuto la necessità di recapitare un'elevata percentuale di invii in aree extraurbane [...] dove Poste Italiane è l'unico operatore [...]. Non è invece il corretto riferimento quando, come nel caso della gara AMA [...] la percentuale degli invii extraurbani è minima (solo il 2,2% degli invii ordinari rivolti alle utenze domestiche, 4,7% per quelle non domestiche)".

Inoltre il riferimento della stazione appaltante ai prezzi indicati dal d.m. del 12.5.2006 e della delibere 286/12/CONS e 684/14 per la Posta raccomandata "appare comunque improprio, in quanto i prezzi dei prodotti universali fissati in via regolatoria ai sensi della direttiva europea 6/2008, costituiscono sempre e solo il prezzo massimo che l'operatore universale Poste Italiane può fissare per l'erogazione di tali servizi, non quello effettivo, che può essere anche significativamente inferiore [...]".

3.2.1. Le argomentazioni di Italpost, ulteriormente sviluppate nella consulenza di parte, appaiono al Collegio non condivisibili nella misura in cui sembrano implicare che il servizio messo a gara abbia un prezzo di mercato oggettivamente e sicuramente "rilevabile".

La scelta del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa evidenzia infatti, di per sé, che la stazione appaltante era alla ricerca non già di un servizio standardizzato o, per così dire, preconfezionato, bensì calibrato sulle proprie specifiche esigenze.

I prezzi di riferimento utilizzati non sono poi un importo autonomamente elaborato da Ama, bensì corrispondono ai prezzi fissati a livello regolamentare con decreto ministeriale per il servizio universale di Posta Massiva, e quindi al "prezzo massimo" pagabile per un servizio avente, almeno in parte, caratteristiche analoghe a quello di cui si verte, in cui lo stesso consulente di parte ammette che una percentuale degli invii riguarda zone extraurbane, generalmente considerate non profittevoli dai nuovi entranti sul mercato dei servizi postali.

A rigore, pertanto, l'operato della stazione appaltante risulta conforme a quanto prescritto dall'art. 89, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006, secondo cui "Salvo quanto previsto dall'articolo 26, comma 3, legge 23 dicembre 1999, n. 488, a fini di orientamento le stazioni appaltanti prendono in considerazione i costi standardizzati determinati dall'Osservatorio ai sensi dell'articolo 7, gli elenchi prezzi del Genio civile,

nonché listini e prezziari di beni, lavori, servizi, normalmente in uso nel luogo di esecuzione del contratto, eventuali rilevazioni statistiche e ogni altro elemento di conoscenza”, nonché all’art. 29, stesso decreto, là dove, in ordine al “calcolo del valore stimato dei contratti pubblici” stabilisce che esso “tiene conto dell’importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto”.

Ad ogni buon conto - sul piano sostanziale - reputa il Collegio che ove Ama avesse costruito la base di gara facendo riferimento ai prezzi offerti da Poste Italiane per la gara precedente, ovvero ai prezzi dalla stessa praticati per il servizio Posta Time, avrebbe sicuramente impedito ai competitor meno efficienti di poter replicare le condizioni tecniche dell’offerta dell’incumbent.

Al contrario, prendendo quale prezzo di riferimento quello, più elevato, del prodotto universale, ha dato la possibilità ai concorrenti di competere, volendo, anche sul piano tecnico.

L’assunto di parte ricorrente - secondo cui le condizioni tecniche dell’offerta di Poste Italiane sono in assoluto non replicabili, con la conseguenza che la concorrenza avrebbe potuto esplicitarsi esclusivamente sulla componente economica della gara – è rimasta infatti un’asserzione indimostrata e comunque estranea al thema decidendum, nell’ambito del quale non hanno formato oggetto di censura né l’oggetto della gara, né la scelta del criterio di aggiudicazione, né, infine, il complesso dei punteggi attribuibili all’offerta tecnica, salvo che nella parte relativa alla quotazione del “numero di addetti impiegati per l’erogazione del servizio”, parametro che, in concreto, non ha avuto incidenza determinante ai fini della valutazione dell’offerta tecnica.

Infatti, il divario tra il punteggio tecnico complessivo conseguito da Poste Italiane (pari a punti 52,40) e quello della ricorrente (pari a 43,60), è risultato superiore a quello massimo di cinque punti attribuibile per il profilo in esame, con la conseguenza che, dall’accoglimento di tale motivo, essa non potrebbe comunque ricavare alcuna utilità.

4. Appare infine inammissibile per evidente carenza di interesse, anche il primo motivo, relativo all’applicazione della formula matematica di attribuzione del punteggio economico.

Come già in precedenza evidenziato, la circostanza che la commissione di gara non abbia proceduto alla elevazione alla quarta, così come previsto dal disciplinare, ha infatti avvantaggiato e non già danneggiato la ricorrente.

In particolare, nella graduatoria delle offerte economiche stilata dalla commissione, Italposte figura al secondo posto con punti 24,50 su 40, mentre Poste consegue punti 19,67 su 40.

Nella graduatoria definitiva Poste ottiene 72,07 punti e Italposte 68,10 punti.

Se la commissione avesse applicato correttamente la formula matematica operando la riparametrazione prevista dal disciplinare, Italposte avrebbe conseguito punti 39,09 su 40 e Poste punti 37,33 su 40.

Nelle graduatoria finale, ciò si sarebbe tradotto in un distacco di quasi 7 punti tra la prima e la seconda classificata (89,73 punti contro 82,29).

Pertanto, anche dall’accoglimento della censura in esame, la società non potrebbe ricavare alcuna utilità.

5. In definitiva, per quanto appena argomentato, il ricorso deve essere respinto.

Non si ravvisano, tuttavia, i presupposti per la condanna al pagamento della sanzione di cui all’art. 26, comma 2, c.p.a. richiesta da Poste Italiane.

La lite temeraria postula, invero, la consapevolezza della palese infondatezza della domanda e delle tesi proposte a suo supporto ovvero la mancanza della normale diligenza per l’acquisizione di tale consapevolezza (Cons. St., sez. V^a, sentenza n. 4383/2014), laddove, nel caso in esame, le argomentazioni della ricorrente potevano essere ragionevolmente sostenute.

5.1. La spese, infine, seguono come di regola la soccombenza, e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, sez. II[^], definitivamente pronunciando sul ricorso, di cui in premessa, lo respinge.

Condanna la ricorrente alla rifusione delle spese di giudizio che si liquidano, complessivamente, in euro 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre accessori, come per legge, in favore di AMA s.p.a., ed euro 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre accessori, come per legge, in favore di Poste Italiane s.p.a..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2015

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
II Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana
(Sezione Seconda)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1644 del 2015, proposto da SAFITAL s.r.l. e M.G.A. Manutenzioni Generali Autostrade s.r.l., rappresentate e difese dall'avv. Claudio De Portu, con domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R. in Firenze, Via Ricasoli 40;

contro

ANAS s.p.a. - Compartimento della Viabilità per la Toscana e ANAS s.p.a. Società con Socio Unico, rappresentate e difese dall'Avvocatura distr.le dello Stato, presso i cui uffici sono domiciliate in Firenze, Via degli Arazzieri 4;

nei confronti di

- Delta Costruzioni s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Daniele Villa, con domicilio eletto presso l'avv. Marco Mariani in Firenze, Via Lamarmora 53;
- Gielle Costruzioni e Restauro Società cooperativa, n.c.;

per l'annullamento

- del provvedimento ANAS - Viabilità per la Toscana del 02.09.2015 (prot. CFI-0021739-P), nonchè, per quanto occorrer possa, della relativa nota di comunicazione trasmessa a mezzo PEC il 03.09.2015 (prot. CFI-0021740-P), con il quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore della RTI tra le imprese Delta Costruzioni Srl - Gielle Costruzioni e Restauro Società cooperativa, in relazione alla gara "*FILAV029-15 - SS- 1 "Aurelia" dal km 222+600 al km 319+900. Lavori di manutenzione straordinaria. Lavori di innalzamento del livello di sicurezza dell'arteria stradale del km 222+600 al km 319+900 mediante riqualificazione o integrazione delle opere d'arte idrauliche in cemento armato, di sostegno del corpo stradale e complementari*"; nonchè, per quanto occorrer possa

- di ogni altro atto presupposto o conseguente, ivi compresa l'aggiudicazione provvisoria e i verbali di gara, ivi inclusi quelli delle sedute del 29.07.2015 e del 26.08.2015;

- del diniego tacito di autotutela, ai sensi dell'art. 243-bis, comma 6, D.Lgs. **163/20006**, formatosi in data 03.10.2015, in ragione della previa istanza della odierna ricorrente Safital, trasmessa a mezzo PEC il 18.09.2015, rimasta priva di riscontro;

e, ove occorrente, per la dichiarazione di inefficacia del contratto, ove lo stesso venga stipulato, e con espressa istanza delle imprese ricorrenti Safital ed MGA a voler subentrare nello stesso, ai sensi e per gli effetti dell'art. 122 CPA,

e, in via di risarcimento e/o di consequenzialità, per il riconoscimento della spettanza, in favore del RTI costituendo Safital-MGA, della aggiudicazione in proprio favore e della acquisizione della commessa, ovvero, in via subordinata, per il riconoscimento del risarcimento per equivalente monetario, da quantificarsi nel caso in corso di causa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ANAS s.p.a. e di Delta Costruzioni s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 novembre 2015 il dott. Carlo Testori e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1) Nel ricorso in epigrafe si espone quanto segue:

- le società Safital s.r.l. e M.G.A. Manutenzioni Generali Autostrade s.r.l. hanno partecipato in costituendo R.T.I. alla procedura aperta (FILAV029-15) indetta dal Compartimento della viabilità per la Toscana di ANAS s.p.a. per l'aggiudicazione di "*Lavori di innalzamento del livello di sicurezza dell'arteria stradale del km 222+600 al km 319+900 mediante riqualificazione o integrazione delle opere d'arte idrauliche in cemento armato, di sostegno del corpo stradale e complementari*" sulla S.S. 1 "Aurelia" (importo a base di gara € 4.625.500,00; criterio di aggiudicazione: al prezzo più basso);

- a conclusione della procedura è risultato primo classificato in graduatoria il costituendo R.T.I. tra Delta Costruzioni s.r.l. e Gielle Costruzioni e Restauro Società cooperativa, che ha preceduto il costituendo raggruppamento tra le imprese ricorrenti; e con provvedimento del 2/9/2015 la stazione appaltante ha disposto l'aggiudicazione definitiva della gara al concorrente primo graduato;

- con informativa ai sensi dell'art. 243-bis del Codice dei contratti pubblici Safital s.r.l. e M.G.A. Manutenzioni Generali Autostrade s.r.l. hanno chiesto all'ANAS di annullare in autotutela l'aggiudicazione disposta, in quanto l'offerta delle imprese aggiudicatrici doveva essere esclusa dalla gara; ma tale istanza non ha avuto esito.

Perciò Safital e M.G.A. hanno proposto il ricorso in epigrafe, per resistere al quale si sono costituite in giudizio ANAS s.p.a. e Delta Costruzioni s.r.l.

Nella camera di consiglio del 5 novembre 2015 il Collegio, sentite sul punto le parti costituite, ha trattenuto in decisione la causa per definirla con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 del c.p.a.

2) Con l'unico motivo di ricorso le imprese ricorrenti deducono l'illegittimità dell'aggiudicazione disposta in favore del costituendo R.T.I. tra Delta Costruzioni s.r.l. e Gielle Costruzioni e Restauro Società cooperativa sostenendo che l'offerta presentata da tale raggruppamento doveva essere esclusa perché mancante dell'indicazione relativa ai costi per la sicurezza aziendali, richiesti dal disciplinare di gara, in conformità con quanto sancito dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza 20 marzo 2015 n. 3.

3) Il ricorso è fondato.

Il disciplinare di gara prescriveva nella parte relativa all'offerta economica: "*L'offerta dovrà altresì contenere l'indicazione dei costi relativi alla sicurezza da rischio specifico (o aziendali) ex art. 86 comma 3bis del D.Lgs. 163/06, che dovranno risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori oggetto dell'appalto*".

Le imprese controinteressate hanno dichiarato di offrire un ribasso del 36%, precisando inoltre: "*Che i costi alla sicurezza da rischio specifico (o aziendali) ex art. 86 comma 3 del D.Lgs 163/06, che dovranno risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori oggetto dell'appalto sono di €*". In sostanza, come affermato nel ricorso, le predette imprese non hanno fornito nessuna indicazione circa i costi relativi alla sicurezza aziendali.

Trattandosi di un appalto di lavori, trova applicazione il seguente principio di diritto sancito dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 3 del 2015: "*Nelle procedure di affidamento di lavori i partecipanti alla gara devono indicare nell'offerta economica i costi interni per la sicurezza del lavoro, pena l'esclusione dell'offerta dalla procedura anche se non prevista nel bando di gara*". A tale conclusione l'Adunanza plenaria è giunta affermando che "*ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis, del Codice, l'omessa specificazione nelle offerte per lavori dei costi di sicurezza interni configura un'ipotesi di <<mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice>> idoneo a determinare <<incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta>> per difetto di un suo elemento essenziale, e comporta perciò, anche se non prevista nella lex specialis, l'esclusione dalla procedura dell'offerta difettosa per l'inosservanza di un precetto a carattere imperativo che impone un determinato adempimento ai partecipanti alla gara (cfr. Cons. Stato, A.P. sentenza n. 9 del 2014), non sanabile con il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante, di cui al comma 1 del medesimo articolo, non potendosi consentire di integrare successivamente un'offerta dal contenuto inizialmente carente di un suo elemento essenziale*".

Nel caso in esame l'omissione rilevata nell'offerta del raggruppamento aggiudicatario contrasta non solo con il principio di cui sopra, ma anche con l'espressa previsione del disciplinare di gara; l'offerta in questione doveva dunque essere esclusa dalla procedura concorsuale, come sostenuto dalle società ricorrenti.

Nelle sue difese Delta Costruzioni s.r.l. contesta la tesi secondo cui i principi enunciati nella sentenza dell'Adunanza plenaria n. 3/2015 sarebbero applicabili alla gara di cui si controverte e afferma:

- che l'obbligo di indicare i costi di sicurezza aziendali è funzionale alla successiva ed eventuale fase di verifica dell'anomalia, fase non prevista nella procedura concorsuale in esame; tale circostanza, unita alla mancanza nella *lex specialis* di gara di un'espressa previsione che prevedesse l'esclusione dell'offerta in caso di mancata indicazione dei costi in questione, porta a concludere per la legittimità della partecipazione alla gara stessa del R.T.I. capeggiato da Delta Costruzioni s.r.l. e, quindi, dell'aggiudicazione in suo favore;

- che i costi fissi aziendali sulla sicurezza erano comunque determinabili in base alle certificazioni di qualità secondo le norme 9001/08 prodotte dal raggruppamento aggiudicatario.

Le difese della controinteressata non bastano per modificare le conclusioni già raggiunte. Va innanzitutto premesso che è priva di qualsiasi fondamento la pretesa di ricavare il dato mancante dalle certificazioni relative alla qualità aziendale. Quanto alle altre considerazioni si osserva, in primo luogo, che non fa venir meno la necessità di indicare i costi di sicurezza interni (o aziendali) in un appalto di lavori la circostanza che il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso; in proposito è pertinente il richiamo alla recentissima sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 2 novembre 2015 n. 9, che ha ribadito i principi enunciati nella sentenza n. 3/2015 pronunciandosi (in un giudizio di cui era parte l'odierna ricorrente Safital s.r.l.) relativamente ad una procedura ristretta per lavori indetta con il criterio del prezzo più basso. Ma, anche a voler accedere alle tesi dell'impresa aggiudicataria, si deve rilevare che comunque il criterio in questione non è incompatibile con la verifica dell'anomalia; è vero che nel caso in esame il disciplinare prevedeva, ai sensi dell'art. 86 comma 1 del D.Lgs. n. **163/2006**, la determinazione della soglia di anomalia e l'esclusione automatica delle offerte pari o superiori a detta soglia, ma lo stesso disciplinare prevedeva altresì: "*In presenza di un numero di offerte valide inferiore a 10 non si procederà alla esclusione automatica, fermo restando il potere della Stazione Appaltante di valutare la congruità delle offerte ritenute anormalmente basse*". Nel caso specifico le offerte ammesse in gara sono risultate più di 10, ma tale circostanza era verificabile solo successivamente alla presentazione delle offerte, che dunque dovevano necessariamente essere formulate in modo completo, dunque comprensivo anche dell'indicazione relativa ai costi di sicurezza aziendali.

4) In conclusione, il ricorso merita accoglimento per quanto riguarda l'azione impugnatoria e conseguentemente va annullata l'aggiudicazione della gara disposta in favore del costituendo R.T.I. tra Delta Costruzioni s.r.l. e Gielles Costruzioni e Restauro Società cooperativa. Tanto basta per soddisfare le pretese delle società ricorrenti, tenuto conto che il contratto non è stato stipulato e che l'ulteriore corso della procedura, anche ai fini di una nuova aggiudicazione, deve essere rimesso alle determinazioni che la stazione appaltante assumerà quando rientrerà in possesso della documentazione relativa alla gara: documentazione che, come comunicato da ANAS s.p.a. con nota del 29/10/2015 depositata in giudizio dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, è stata acquisita in originale dalla Procura della Repubblica di Firenze in data 30/9/2015.

Le spese di causa vanno poste a carico delle parti soccombenti (ANAS s.p.a. e Delta Costruzioni s.r.l.) e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe nei sensi precisati in motivazione e conseguentemente annulla il provvedimento di aggiudicazione impugnato.

Condanna ANAS s.p.a. e Delta Costruzioni s.r.l. al pagamento delle spese del giudizio in favore delle società ricorrenti nella misura di € 2.000,00 (duemila/00) oltre agli accessori di legge a carico di ciascuna delle predette parti soccombenti.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 5 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Romano, Presidente

Carlo Testori, Consigliere, Estensore

Luigi Viola, Consigliere

