

## Sentenze del 31.05

N. 02228/2016REG.PROV.COLL.  
N. 00028/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 28 del 2016, proposto dalla s.r.l. Pescatore Servizi alle Imprese, rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzina Salvatore, con domicilio eletto presso il signor Enzo Giardiello in Roma, via Vito Giuseppe Galati, n.100/C;

contro

Il Ministero dell'Interno e l'Agenzia del Demanio, in persona dei rispettivi rappresentanti legali pro tempore, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti di

Il signor Roberto Antonio Bruno, rappresentato e difeso dagli avvocati Marcello Fortunato e Sergio Gambardella, con domicilio eletto presso il signor Guido Lenza in Roma, via XX Settembre, n. 98/E;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per il Lazio, Sede di Roma, Sez. I ter, n. 11248/2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di custodia, recupero ed acquisto di veicoli oggetto di sequestro o fermo amministrativo;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno, dell'Agenzia del Demanio e del signor Roberto Antonio Bruno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 aprile 2016 il Cons. Carlo Deodato e uditi per le parti gli avvocati Vincenzina Salvatore, Marcello Fortunato, Sergio Gambardella e l'avvocato dello Stato Marco La Greca;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con la sentenza impugnata il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio dichiarava inammissibile, per carenza di interesse e di legittimazione a ricorrere, il ricorso n. 16724 del 2014 con cui la s.r.l. Pescatore Servizi alle Imprese (d'ora innanzi Pescatore) aveva impugnato l'affidamento, da parte dell'Agenzia del Demanio e del Ministero dell'interno, al controinteressato sig. Roberto Antonio Bruno, quale mandatario di un'A.T.I. (d'ora innanzi ATI Bruno), del servizio di recupero, custodia e acquisito dei veicoli sequestrati per l'ambito provinciale di Avellino.

Avverso la predetta decisione proponeva appello la società Pescatore, contestando la correttezza della declaratoria di inammissibilità del proprio ricorso di primo grado, riproponendo le censure dedotte a sostegno di quest'ultimo e concludendo per l'annullamento dei provvedimenti gravati dinanzi al TAR, in riforma della sentenza impugnata.

Resistevano l'Agenzia del Demanio, il Ministero dell'interno, e l'ATI Bruno, difendendo la correttezza della statuizione dichiarativa dell'inammissibilità del ricorso di primo grado, contestando la fondatezza dei motivi (riproposti in appello) intesi a dimostrare l'illegittimità dell'affidamento del servizio impugnato dinanzi al TAR e concludendo per la reiezione del gravame con conseguente conferma della sentenza impugnata.

L'appello veniva trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 28 aprile 2016.

## DIRITTO

1.- Come già rilevato in fatto, il TAR ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto dalla società Pescatore, che non aveva partecipato alla procedura, contro l'aggiudicazione all'ATI Bruno del servizio di recupero, custodia e acquisito dei veicoli sequestrati per l'ambito provinciale di Avellino, sulla base degli assorbenti rilievi che la ricorrente, ancorchè avesse originariamente ricevuto l'affidamento del predetto servizio, lo aveva, tuttavia, poi perso per effetto della risoluzione del contratto disposta (sulla base dell'interdittiva antimafia che l'aveva colpita) in data 18 novembre 2008, mentre il successivo annullamento d'ufficio in data 19 ottobre 2010 della medesima interdittiva non poteva legittimare la reintegrazione della società interessata nel contratto originario, siccome correttamente e doverosamente risolto (come stabilito dal Consiglio di Stato con sentenza n. 5117 del 2012), e che, quindi, la ricorrente fosse sprovvista della titolarità di una posizione soggettiva differenziata e qualificata che la legittimasse all'impugnazione degli esiti provvedimentali di un procedimento selettivo al quale non aveva preso parte.

L'appellante società Pescatore contesta la correttezza della predetta statuizione, assumendosi titolare di un interesse qualificato all'impugnazione dell'affidamento del servizio all'ATI Bruno ed insistendo nel sostenere l'illegittimità di quest'ultimo, per mezzo della riproposizione in appello delle censure non esaminate dal TAR.

2.- L'appello è infondato, alla stregua delle considerazioni di seguito esposte, e va respinto.

3.- Deve premettersi una sintetica ricognizione delle regole che presidiano l'identificazione della sussistenza in capo a un'impresa che non ha partecipato a una procedura di affidamento di un appalto pubblico di un interesse che la legittimi ad impugnarne la determinazione conclusiva.

L'Adunanza Plenaria ha, al riguardo, chiarito che la regola generale dell'identificazione della legittimazione al ricorso esclusivamente in capo alle imprese che hanno partecipato alla procedura oggetto di contestazione ammette solo le deroghe relative alle posizioni del soggetto che contesta la scelta della stazione appaltante di bandire la gara, dell'operatore di settore che assume l'illegittimità di un affidamento diretto e dell'impresa che impugna una clausola del bando escludente, siccome illegittimamente prescrittiva di un requisito di partecipazione o di qualificazione non posseduto dalla ricorrente (Cons. St., Ad. Plen. 7 aprile 2011, n. 4).

Con la medesima decisione, è stato, altresì, precisato che, al di fuori delle deroghe tassative appena sintetizzate, l'unico criterio alla cui stregua dev'essere verificata la condizione dell'azione in esame resta quello per cui «la legittimazione al ricorso, nelle controversie riguardanti l'affidamento dei contratti pubblici, spetti esclusivamente ai soggetti partecipanti alla gara, poiché solo tale qualità si connette all'attribuzione di una posizione sostanziale differenziata e meritevole di tutela» (Ad. Plen. cit.).

Orbene, in coerenza con tali parametri di giudizio, che non si ravvisa alcuna ragione per non applicare alla fattispecie controversa, va rilevato, per un verso, che la società Pescatore non ha partecipato alla procedura che si è conclusa con l'impugnata aggiudicazione all'ATI Bruno e, per un altro, che non sussiste alcuna delle tre ipotesi di deroga tassativamente individuate dall'Adunanza Plenaria per riconoscere la legittimazione al ricorso anche ai soggetti che non hanno partecipato alla procedura, per escludere la sussistenza, in capo all'odierna ricorrente, di qualsivoglia posizione soggettiva, differenziata e qualificata, che la legittimi, come tale, alla proposizione del gravame in esame.

La stessa appellante, peraltro, si limita ad assumersi provvista di legittimazione al ricorso sulla sola base della propria qualifica di operatore del settore, allegando, altresì, la sussistenza dell'interesse strumentale alla rinnovazione della procedura (alla quale si ritiene titolata a partecipare).

Senonchè, come già rilevato, la mera qualità di operatore economico del settore non consente, di per sé, al di fuori delle ipotesi sopra individuate, la proposizione di un ricorso contro gli atti di una procedura alla quale l'impresa ricorrente non ha partecipato, non valendo, da sola, ad integrare gli estremi della titolarità di una posizione soggettiva differenziata e qualificata nella quale si risolve la legittimazione al ricorso (secondo i criteri identificativi ut supra enunciati).

Resta, peraltro, del tutto ininfluyente, ai fini del giudizio di ammissibilità del ricorso al TAR, la documentata allegazione della sussistenza di concrete possibilità di aggiudicazione del servizio, in esito all'auspicata nuova gara, posto che, in ogni caso, la predetta dimostrazione non varrebbe ad attribuire alla ricorrente la legittimazione di cui risulta carente.

4.- Alle considerazioni che precedono conseguono, in definitiva, il rigetto dell'appello e la conferma della impugnata declaratoria di inammissibilità del ricorso di primo grado, che esime il Collegio dalla disamina, nel merito, dei motivi del gravame originario, riproposti in appello.

5.- Le spese del presente grado di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello n. 28 del 2016, come in epigrafe proposto, lo respinge e condanna la società appellante a rifondere le spese del presente grado di giudizio, che liquida in complessivi Euro 3.000,00 oltre accessori di legge, se dovuti, in favore delle Amministrazioni statali costituite e in complessivi Euro 2.500,00, oltre accessori di legge, se dovuti, in favore del sig. Bruno Roberto Antonio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 aprile 2016, con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/05/2016

N. 02095/2016REG.PROV.COLL.  
N. 09940/2015 REG.RIC.  
N. 09517/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9940 del 2015, proposto da:  
Aurea Società Cooperativa, rappresentata e difesa dall'avvocato Michele Spagna, con domicilio eletto presso l'avvocato Luigi Albisinni in Roma, Via F. Cesi 72;

contro

Comune di Arienzo, rappresentato e difeso dall'avv. Marco Cocilovo, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo in Roma, Via in Arcione, 98;

nei confronti di

Promotec S.r.l.;

sul ricorso numero di registro generale 9517 del 2015, proposto da:  
Promotec S.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Abbamonte, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo in Roma, Via degli Avignonesi, 5;

contro

Comune di Arienzo, rappresentato e difeso dall'avv. Marco Cocilovo, con domicilio eletto presso Marco Cocilovo in Roma, Via in Arcione, 98;

nei confronti di

Aurea Società Cooperativa, rappresentata e difesa dall'avvocato Michele Spagna, con domicilio eletto presso l'avvocato Luigi Albisinni in Roma, Via F. Cesi 72;

per la riforma:

quanto al ricorso n. 9940 del 2015:

del dispositivo di sentenza del T.a.r. Campania, Napoli, Sezione VIII n. 5167/2015 ed inoltre della sentenza n. 5625/2015 resi tra le parti, concernenti affidamento del servizio di direzione lavori, misurazione e contabilità, assistenza al collaudo inerente l'intervento di potenziamento e sistemazione delle rete idrica comunale;

quanto al ricorso n. 9517 del 2015:

del dispositivo di sentenza del T.a.r. Campania, Napoli, Sezione VIII n. 5167/2015 ed inoltre della sentenza n. 5625/2015 resi tra le parti, concernenti affidamento servizio di direzione lavori, misurazione e contabilità, assistenza al collaudo inerente l'intervento di potenziamento e sistemazione della rete idrica comunale;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli recanti motivi aggiunti nei confronti della sentenza;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Arienzo e di Aurea Società Cooperativa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 aprile 2016 il Cons. Raffaele Prospero e uditi per le parti gli avvocati Michele Spagna, Angela Romano su delega dell'avvocato Andrea Abbamonte;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Aurea Soc. Coop. e Promotec S.r.l. partecipavano alla procedura di gara, indetta dal Comune di Arienzo, per l'affidamento del servizio di direzione lavori, misurazione e contabilità, assistenza al collaudo, nonché coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione dei lavori per l'intervento di potenziamento e sistemazione della rete idrica cittadina.

La gara era stata bandita con procedura aperta e con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La Promotec S.r.l. risultava aggiudicataria provvisoria e quindi definitiva, con un punteggio complessivo di 95, mentre la Aurea Soc. Coop., unica altra concorrente rimasta in gara, si classificava seconda con un punteggio complessivo di 73,26.

Aurea Soc. Coop. impugnava i risultati della gara con ricorso al TAR della Campania, iscritto al R.G. 745 del 2015, lamentando la mancata esclusione dell'aggiudicataria, in quanto quest'ultima aveva indicato quale direttore dei lavori un architetto e non un ingegnere, come invece avrebbe richiesto l'oggetto dell'appalto inerente al "potenziamento e sistemazione della rete idrica cittadina", ai sensi degli artt. 51 e 54 del R.D. n.2537/1925, alla luce dei quali sarebbe dovuta essere interpretata la normativa dettata dal bando di gara, da ritenersi illegittima ove interpretata nel senso inteso dalla stazione appaltante; inoltre la mancata esclusione dell'aggiudicataria anche per l'ulteriore ragione che questa non avrebbe dimostrato il possesso dei requisiti tecnici necessari, in quanto avrebbe riferito il requisito posseduto dal socio alla società, pur se ormai era scaduto il periodo di cinque anni dalla costituzione della società, previsto dall'art. 253, comma 15, del codice dei contratti pubblici, ribadendo, inoltre, anche sotto tale profilo, la violazione la violazione degli artt. 51 e 54 del R.D. n.2537/1925.

Si costituiva in giudizio la Promotec s.r.l., contestando le tesi della ricorrente.

La controinteressata Promotec s.r.l. proponeva poi ricorso incidentale, contestando la sussistenza in capo alla ditta ricorrente in via principale dei requisiti necessari per poter partecipare alla gara.

Nelle more della camera di consiglio cautelare, il Comune di Arienzo provvedeva, con determinazione prot. n.104 del 13 aprile 2015, a revocare in autotutela la gara di appalto in questione, disponendo la nomina di una figura interna al Comune e, in particolare, dell'Ingegnere responsabile del III Settore.

Aurea Soc. Coop. proponeva motivi aggiunti avverso quest'ultimo provvedimento chiedendone l'annullamento, in forza della manifesta illogicità del motivo posto dal Comune di Arienzo a fondamento della revoca, visto il rinvio nel breve termine della camera di consiglio.

La medesima parte ricorrente proponeva poi ulteriori motivi aggiunti nei confronti delle seguenti delibere n. 109/2015, 120/2015 e 121/2015 di nomina nelle funzioni di direttore operativo e contabilizzatore, ispettore di cantiere e coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione.

Nello stesso tempo anche la Promotec impugnava, con autonomo ricorso, iscritto al R.G. 2587/2015, il provvedimento di revoca n. 104 del 13 aprile 2015, sostenendone l'illegittimità e chiedendo, altresì, il risarcimento del danno.

Il Comune si costituiva nei ricorsi di cui al R.G. 745/2015 ed al R.G. 2587/2015 ed in questo ultimo anche la Aurea Soc. Coop.

Il T.A.R. della Campania con le ordinanze n. 1183/2015 e n. 1178/2015 rigettava entrambe le istanze cautelari proposte in ambedue i ricorsi, ma il Consiglio di Stato, rispettivamente con le ordinanze n. 3693/2015 e n. 3698/2015, riformava le ordinanze impugnate accordando la tutela cautelare.

Con la sentenza n. 5625 del 3 dicembre 2015 il TAR della Campania riuniva i ricorsi R.G. 745/2015 e R.G. 2587/2015, ritenendoli connessi sia in senso soggettivo, sia in senso oggettivo, vista l'identità dei provvedimenti impugnati e della procedura di gara.

Per ragioni di ordine logico di priorità il TAR procedeva dapprima all'esame delle censure proposte nei confronti del provvedimento di revoca contenute nei due ricorsi per motivi aggiunti, sia per il procedimento n. R.G. 745/2015, sia per il n. R.G. 2587/2015, visto che dall'infondatezza di queste sarebbe derivato il venir meno dell'interesse a ricorrere del ricorrente principale e di quello incidentale nel procedimento di cui al R.G. 745/2015, aventi a oggetto gli atti di gara allo stato revocata.

Il giudice di primo grado prescindeva dall'eccezione di inammissibilità di cui al ricorso R.G. 2587/2015 e affermava da subito la legittimità del provvedimento di revoca impugnato in riferimento al ricorso per motivi aggiunti di cui al R.G. 745/2015 ed al ricorso iscritto al R.G. 2587/2015.

La revoca era stata giustificata con la necessità di provvedere con la massima urgenza alla nomina del direttore dei lavori per non perdere il finanziamento per i lavori in controversia: questi riguardavano il potenziamento e la sistemazione della rete idrica ed erano stati ammessi a finanziamento da parte della Regione Campania con il decreto Dirigenziale n.893 del 20 giugno 2014, decreto era seguita in data 30 giugno 2014, la stipulazione di apposita convenzione tra la Regione Campania e il Comune di Arienzo.

I tempi occorrenti per la definizione del giudizio dinanzi al TAR aveva inibito la sottoscrizione del contratto di appalto e conseguentemente la nomina del direttore dei lavori e l'attesa avrebbe potuto compromettere il finanziamento dei lavori, in quanto il termine contrattuale per l'esecuzione dei lavori era stabilito in 270

giorni a far data dal verbale di consegna e comunque, secondo la predetta convenzione, erano finanziabili le spese effettuate entro il 31 dicembre 2015.

La nomina di personale interno aveva reso necessaria la revoca in autotutela della gara di appalto indetta con determina dirigenziale n. 45 del 14.5.2014, ed i principi di buon andamento e di economicità dell'azione pubblica, oltre al risparmio per le casse comunali, rendevano indispensabile che tale passaggio: infatti era sopraggiunta la disponibilità da parte del responsabile dell'ufficio tecnico comunale ad assumere l'incarico di direzione dei lavori.

Da un lato infatti, la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento di revoca era giustificata dalle richiamate esigenze di celerità e dall'altro il Collegio riteneva che sarebbe stato comunque applicabile alla fattispecie in questione il disposto dell'art.21 octies della legge 7 agosto 1990 n.241, in quanto il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Quanto agli altri vizi lamentati, il Collegio rilevava come l'ordinamento giuridico riconosceva in via generale ad un'amministrazione potesse revocare l'affidamento dell'incarico e l'intera procedura di gara di gara, fino alla stipula del contratto di appalto, qualora l'affidamento non fosse più rispondente all'interesse pubblico, salve le conseguenze di natura risarcitoria o indennitarie.

Nel caso di specie poi la motivazione di interesse pubblico fornita dal Comune, consistente nelle ragioni di urgenza di far iniziare i lavori dell'appalto collegato, per il rischio di perdere il finanziamento relativo a quest'ultimo, giustificava del tutto la revoca, anche indipendentemente dalle ragioni per cui tale rischio si era determinato e del fatto che ciò fosse collegato alla pendenza di un ricorso, poiché la proposizione di un ricorso giurisdizionale non privava l'amministrazione del potere di provvedere sulla situazione portata all'attenzione del giudice e di intervenire in sede di autotutela sugli stessi provvedimenti impugnati.

Tali ragioni rendevano edotti della legittimità del provvedimento.

La lamentata mancata previsione di un indennizzo in conseguenza dell'atto di revoca non poteva rendere legittima la revoca stessa, poiché da tale mancata previsione non discendeva efficacia viziante della revoca, ma una legittimazione per il privato ad azionare la relativa pretesa patrimoniale innanzi al giudice amministrativo.

Né potevano rilevare le questioni concernenti i risparmi di spesa oppure la contraddizione tra la scelta iniziale di esternalizzare la direzione dei lavori e quella successiva di internalizzarlo, oppure ancora aspetti di responsabilità precontrattuale della P.A., poiché tali aspetti erano già assistiti dalla motivazione del provvedimento di revoca.

L'accertata legittimità della revoca escludevano altresì la fondatezza di una domanda risarcitoria, poiché il giudice di primo grado da un lato non rinveniva un'adeguata dimostrazione del danno e dall'altro non poteva essere riferita ad una responsabilità di carattere precontrattuale collegata alla violazione dell'affidamento del privato e delle regole di correttezza e buona fede, a fronte di un atto di revoca legittimo.

Quindi, con l'infondatezza del ricorso della Promotec s.r.l. e di quello per motivi aggiunti formulato dalla Aura Soc. Coop. avverso l'atto di revoca, dovevano essere respinti anche gli ulteriori motivi aggiunti formulati da Aurea avverso gli ulteriori atti di nomina delle funzioni di direttore operativo e contabilizzatore, ispettore di cantiere e coordinatore della sicurezza ed evidente difetto di interesse e di venivano improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse, sia il ricorso principale, che quello incidentale formulati nel ricorso di cui al R.G. n. 745 del 2015, essendo venuta meno l'intera procedura di gara, mentre dovevano essere rigettate le residue censure proposte da Aurea nel ricorso di cui al R.G. n. 745/2015, fondate su motivi di illegittimità derivata e doveva essere rigettato il ricorso di cui n. 2587 del 2015, compresa la domanda risarcitoria.

La Promotec impugnava dapprima in Consiglio di Stato il dispositivo della sentenza n. 5625 del 3 dicembre 2015 e quindi proponeva il 21 dicembre 2015 motivi aggiunti nei confronti della sentenza stessa una volta pubblicata integralmente con la motivazione.

L'appellante si doleva dapprima della disapplicazione delle norme in materia di necessità della comunicazione dell'avvio del procedimento di revoca, considerato che l'aggiudicazione definitiva è idonea ad ingenerare legittimo affidamento in tal maniera da imporre l'instaurazione del contraddittorio procedimentale prima di un passaggio così radicale.

In secondo luogo venivano censurati i passaggi della sentenza del TAR della Campania in materia di assolvimento degli oneri di motivazione della revoca in parola, in realtà del tutto insufficienti che la revoca era stata operata sulla scorta di una mera valutazione di opportunità nemmeno ancorata ad una verifica istruttoria della convenienza economica delle gestioni ed in totale obliterazione dei principi di buona fede e l'affidamento dell'amministrato; altrettanto illegittima era la mancata contestualità, ritenuta non necessaria dal giudice di primo grado, della fissazione di un indennizzo ai sensi dell'art. 21 quinquies della L. 241 del 1990, così come era illogico il richiamo alle "lungaggini" dei tempi di definizione del processo amministrativo, soprattutto ove si fosse andato a rilevare la gara era stata bandita il 14 maggio 2014 ed era trascorso oltre un anno per giungere all'aggiudicazione definitiva, senza ignorare l'accelerazione processuale dei giudizi in materia di appalti.

Da ultimo, quanto ai costi sostenuti, la sentenza è erronea, poiché il risparmio per le casse pubbliche è del tutto inesistente rispetto all'offerta dell'aggiudicataria e non si comprende come tale evenienza sia sopraggiunta dopo tanto tempo.

La Promotec s.r.l. concludeva per l'accoglimento dell'appello con vittoria di spese.

Con motivi aggiunti proposti il 9 dicembre 2015 seguenti l'impugnazione del dispositivo della sentenza, anche Aurea soc. coop. reagiva avverso la sentenza di primo grado, deducendo anch'essa la violazione dei principi e dei limiti posti all'esercizio della autotutela da parte del Comune di Arienzo, ivi compresa l'invocata urgenza a titolo di motivazione, e la contraddittorietà del comportamento della P.A., la quale aveva dapprima richiamato unità di personale proprio per procedere poi all'internalizzazione del servizio e ad un risparmio di spesa ampiamente smentito dai fatti.

Aurea reiterava poi le censure di cui al ricorso introduttivo, inerenti l'illegittimità dell'indicazione di un architetto in luogo di un ingegnere quale direttore dei lavori da parte dell'aggiudicataria Promotec e contestava ancora le ragioni di cui al ricorso incidentale della stessa aggiudicataria, peraltro dichiarato improcedibile con la sentenza impugnata e non più ripreso da Promotec con le censure proposte in appello.

Anche Aurea concludeva come in atti con vittoria di spese.

Il Comune di Arienzo si è costituito in entrambi gli appelli, sostenendone l'infondatezza e chiedendone il rigetto.

All'odierna udienza del 20 8 aprile 2016 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

Gli appelli devono essere riuniti ai sensi dell'art. 96 del codice del processo amministrativo, in quanto volti avverso la medesima sentenza.

Le censure contenute nei due appelli e proposte avverso il provvedimento di autotutela adottato dal Comune di Arienzo sono caratterizzate da diversi profili di fondatezza.

Se l'emanazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva non è sufficiente in generale per superare la potestà della pubblica amministrazione di emanare atti di secondo grado, impediti solo dalla sussistenza del seguente contratto con l'aggiudicatario, si deve però rilevare che la posizione dell'aggiudicatario definitivo non è rimosibile in base a presupposti di fatto di scarsa consistenza così come quelli invocati dalla resistente P.A.

Si deve considerare innanzitutto quanto deliberato dal Comune non appare configurare un annullamento d'ufficio giustificato in primo luogo da ragioni giuridiche, ma esso riveste la tipologia della revoca per sopravvenuti motivi di opportunità, motivi che si dovrebbero rinvenire tra il non previsto contenzioso giurisdizionale apertosi a seguito dell'aggiudicazione, contenzioso che avrebbe portato l'affidamento definitivo a tempi lunghi e comunque alla perdita dei finanziamenti, alla possibilità sopravvenuta di "internalizzare" la direzione dei lavori idraulici oggetto della gara ed infine la minor spesa derivante alle casse comunali da tale "internalizzazione".

Ora, come si è appena ritenuto, la revoca dell'aggiudicazione definitiva può sempre intervenire, ma deve essere accompagnata da ragioni convincenti sull'interesse della pubblica amministrazione coinvolta tanto da non comprimere oltre la giusta misura l'affidamento del privato e soprattutto deve essere corredata da un'applicazione corretta delle norme in materia e dei principi generali dell'ordinamento giuridico.

Nel caso di specie, si deve ritenere patentemente illegittima una deliberazione di ritiro di un'aggiudicazione definitiva in vista del formarsi di un contenzioso giurisdizionale, sia perché ciò porterebbe ad una chiara ed evidente violazione della tutela dei diritti degli interessi dei soggetti, principio garantito dall'art. 24 della Costituzione, e ciò in un campo ove la velocizzazione dei processi negli ultimi anni non può essere messa in discussione, se non cadendo in grave mala fede e senza ignorare i lunghi tempi amministrativi richiamati dalle parti appellanti che hanno preceduto l'aggiudicazione in questione; sia perché una diversa interpretazione potrebbe portare facilmente ed assurdamente ad una continua elusione di qualsiasi forma di tutela giurisdizionale.

Non è poi del tutto comprensibile la vicenda della modificazione delle decisioni del Comune di "esternalizzare" dapprima il servizio di direzione dei lavori acquedottistici ponendolo in gara e quindi, in tempi non lunghi, del rinvenimento delle proprie risorse interne che permettevano l'"internalizzazione", trattandosi tra l'altro individuare figure professionali di carattere apicale esistenti nella pianta organica comunale.

Ancora, sono del tutto inadeguati richiami ai risparmi, poiché l'aggiudicazione definitiva alla Promotec s.r.l. comportava una spesa superiore di qualche centinaio di Euro, rispetto alle corresponsione da erogare al personale interno su grandezze finanziarie di alcune decine di migliaia di Euro; la mancata spesa per la variante progettuale e poi un fatto successivo alle decisioni della P.A. e non è tale da sconvolgere le conseguenze economiche dell'intera operazione.

Se a tali conclusioni si aggiungono la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento di revoca con il conseguente mancato ascolto delle parti interessate, passaggio che avrebbe implicato la spendita di pochi giorni e la mancata previsione di un indennizzo, rinviabile ma nemmeno menzionata, si comprendono appieno le ragioni degli appellanti.

L'annullamento della revoca impugnata comporta la reviviscenza dell'aggiudicazione definitiva in favore di Promotec s.r.l. e della procedibilità dei motivi svolti in primo grado e reiterati in appello da Aurea Soc. Coop. avverso tale aggiudicazione.

Anche detti motivi sono fondati.

Il r.d. 23 ottobre 1925 n. 2537 recante il regolamento delle professioni di architetto e di ingegnere esclude per via degli artt. 51 e 54 comma 3 senza dubbi interpretativi la possibilità che un architetto possa, in luogo

di un ingegnere, condurre i lavori relativi ad opere idrauliche: e la Promotec s.r.l. aveva indicato l'architetto Franco Zaccaro, proprio amministratore unico e direttore tecnico, quale direttore dei lavori di sistemazione della rete idrica di Arienzo per cui è controversia.

Per le considerazioni suesposte i due appelli riuniti devono essere raccolti per quanto concerne la revoca dell'aggiudicazione definitiva, mentre va altresì accolto l'appello di Aurea Soc. Coop. avverso quest'ultima in quanto affidata alla Promotec s.r.l..

Spese come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti e previamente riuniti, li accoglie nei termini di cui in motivazione e per l'effetto riforma negli stessi sensi la sentenza impugnata.

Condanna il Comune di Arienzo al pagamento delle spese per entrambi i gradi di giudizio nei confronti di Aurea Soc. Coop. liquidandole in complessivi €. 5.000,00 (cinquemila/00) oltre agli accessori di legge ivi compreso il rimborso del contributo unificato, mentre le compensa nei confronti di Promotec s.r.l..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 aprile 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/05/2016

N. 01889/2016REG.PROV.COLL.

N. 00083/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 83 del 2014, proposto da:

Prodeo S.p.A.,

in persona dell'Amministratore delegato p.t.,

rappresentata e difesa dagli avv.ti Alberto Fantini ed Angelo Clarizia ed elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo, in Roma, via Principessa Clotilde, 2,

contro

il COMUNE di BISCEGLIE,

in persona del Sindaco p.t.,

costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'avv.to Nicola Calvani ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Arturo Sforza, in Roma, via Ettore Rolli, 24-C/11

nei confronti di

- CNI S.p.a.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv.to Gennaro Notarnicola ed elettivamente domiciliata presso il dott. Alfredo Placidi, in Roma, via Cosseria, 2;

- IMPRESA STELLA GIUSEPPE – TRASPORTI E TRASLOCHI,

in persona del legale rappresentante p.t.,

non costituitasi in giudizio;

- INFORMATICA TECNOLOGIE SERVIZI S.r.l.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

non costituitasi in giudizio;

- il COMUNE di RUTIGLIANO,

in persona del Sindaco p.t.,

non costituitosi in giudizio;

- EUROLOGISTICA S.r.l.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

non costituitasi in giudizio;

- BENI STABILI GESTIONI S.p.A. – Società di Gestione del Risparmio,

in persona del legale rappresentante p.t.,

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv.to Giovanni Vittorio Nardelli ed elettivamente domiciliata presso il dott. Alfredo Placidi, in Roma, via Cosseria, 2;

- GESFIN S.p.A.,  
in persona del legale rappresentante p.t.,  
non costituitasi in giudizio,

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA – BARI - SEZIONE I n. 01338/2013, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di archiviazione, custodia e gestione della documentazione dell'archivio del comune di Bisceglie.

Visto il ricorso, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune appellato e delle controinteressate CNI e Beni Stabili Gestioni;

Visto che non si sono costituite le altre parti intime;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Data per letta, alla pubblica udienza del 7 aprile 2016, la relazione del Consigliere Salvatore Cacace;

Uditi, alla stessa udienza, gli avv.ti Angelo Clarizia ed Alberto Fantini per l'appellante, l'avv. Sforza, in sostituzione dell'avv. Nicola Calvani, per il Comune e gli avv. ti Gennaro Notarnicola e Lancieri, quest'ultimo in sostituzione dell'avv. Giovanni Vittorio Nardelli, per le controinteressate;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

#### FATTO e DIRITTO

Il giudizio ha ad oggetto gli atti relativi alla procedura d'appalto indetta dal Comune di Bisceglie per l'affidamento del servizio di archiviazione, custodia e gestione della documentazione dell'archivio comunale, terminata con l'aggiudicazione in favore di CNI S.p.a., mentre il raggruppamento IMPRESA STELLA GIUSEPPE –INFORMATICA TECNOLOGIE SERVIZI S.r.l. e l'impresa Prodeo S.p.A., ricorrente originaria ed odierna appellante, si classificavano rispettivamente al secondo ed al terzo posto della graduatoria di gara.

Il T.A.R., con la sentenza indicata in epigrafe, ha respinto il ricorso proposto da Prodeo S.p.A., come s'è detto terza graduata, avverso la legge di gara ( nella parte in cui ha previsto l'attribuzione di un punteggio sintetico con corrispondente scala di valori in sede di valutazione delle offerte tecniche ), nonché avverso l'aggiudicazione, i presupposti atti di ammissione alla gara delle prime due graduate e la valutazione delle offerte tecniche compiuta dalla Commissione di gara.

Avverso detta sentenza è rivolto l'appello all'esame, che contesta punto per punto le statuizioni reiettive del Giudice di primo grado.

Si sono costituiti in giudizio, per resistere, il Comune di Bisceglie, la controinteressata aggiudicataria e la controinteressata locataria dell'immobile da adibire a magazzino, di cui l'aggiudicatario ha dichiarato la disponibilità ai fini della partecipazione alla procedura di gara in forza di un contratto di locazione, del quale la ricorrente ha chiesto in via incidentale nel presente giudizio la declaratoria di nullità.

Non si sono costituite le altre parti evocate.

Tutte le parti costituite hanno prodotto memorie ( quelle private anche in replica ) a sostegno delle rispettive domande e difese.

La causa è stata chiamata e trattenuta in decisione alla udienza pubblica del 7 aprile 2016.

L'appello è infondato.

Va respinta la doglianza volta alla esclusione dalla gara della seconda graduata sul presupposto del mancato possesso da parte della stessa del requisito del fatturato per servizi analoghi nell'ultimo triennio pari ad almeno Euro 327.272,73.

Ed invero, ai fini della dimostrazione del possesso del requisito (di ordine economico-finanziario e di carattere tecnico-professionale) di cui si tratta, in applicazione del principio del favor participationis, devono considerarsi certamente utili anche le precedenti esperienze analoghe a quelle oggetto dell'appalto, ove ad esse collegate alla stregua di un ragionevole criterio di analogia o di inerenza ( cfr. Cons. St., V, 5 settembre 2014, n. 4529 e 23 marzo 2015, n. 1568 ).

Ciò posto, detto requisito è sicuramente ravvisabile nel caso di specie, in quanto è documentato lo svolgimento, nel triennio di riferimento, da parte dell'A.T.I. seconda graduata, di servizi di movimentazione, archiviazione, custodia e gestione di archivi per un importo pari ad Euro 142.811,04 ( ditta Stella Giuseppe, mandataria ) e di servizi di supporto al sistema informatico amministrativo e sanitario pari a circa Euro 1.200.000,00 ( ditta I.T.S. – Informatica, Tecnologie e Servizi, mandante, in relazione alla quale viene del tutto inammissibilmente dedotta per la prima volta in appello e per di più con mera memoria la doglianza della "evidente anomalia" del prevalente possesso del requisito ), questi ultimi, in particolare, assimilabili, in termini sostanziali e funzionali, all'attività di gestione oggetto della procedura, ove si tenga conto del fatto che detta attività di "supporto al sistema informatico" si concretizza tra l'altro, come risulta dagli atti, anche nella "alimentazione di banche dati amministrative e sanitarie" (non scorporabile quanto a fatturato), che ricomprende il "supporto per la gestione" di "archivi", il cui carattere prettamente "informatico", dal quale l'appellante pretende di trarre l'ontologica diversità dei servizi stessi rispetto a quelli contemplati dalla procedura di cui trattasi, non vale certo ad escluderne la rilevanza ai fini della valutazione da parte della stazione appaltante della solidità economica e della capacità professionale del concorrente ( cui è sottesa la richiesta del requisito in questione ), ove si consideri che la documentata attività "informatica" comunque riguarda anche la gestione di archivi ( ch'è appunto l'oggetto del servizio qui posto in gara ), che il servizio stesso a norma dell'art. 2 del Capitolato d'appalto comprende varie "fasi lavorative" fra cui la "inventariazione e archiviazione anche su supporto informatico" ( lett. b) del comma 1 ) ed infine che proprio in tale prospettiva tra i parametri di valutazione dell'offerta tecnica (v. art. 4 del Capitolato d'appalto) è prevista anche la "qualità delle attrezzature e dei sistemi informatici adottati per lo svolgimento del servizio", la cui pertinenza ai servizi informatici è del resto immanente, come correttamente deduce il Comune, alla "accentuata da tempo informatizzazione della p.a.: pag. 4 mem. del 4 marzo 2016 ).

L'accertata infondatezza dell'unica censura rivolta avverso la collocazione in graduatoria della seconda classificata comporta l'inammissibilità per carenza di interesse del secondo e terzo motivo di appello, rivolti avverso la posizione dell'aggiudicataria, ché anche da una loro eventuale fondatezza non deriverebbe lo scorrimento della graduatoria fino ad arrivare alla posizione della ricorrente ( Cons. St., III, 16 aprile 2014, n. 1927 ).

Quanto all'ultima censura d'appello, con cui si reitera il motivo diretto a denunciare l'illegittimità della lex specialis di gara laddove ha previsto criteri di valutazione dell'offerta tecnica che si assumono non adeguatamente dettagliati, nonché la carenza motivazionale del conseguente giudizio reso dalla Commissione di gara:

- esso è inammissibile quanto al primo profilo, atteso che la sua eventuale fondatezza si rivela, nelle sue conseguenze di carattere conformativo, del tutto incompatibile con l'interesse primario all'aggiudicazione della gara fatto valere dalla ricorrente ( v. il ricorso di primo grado, laddove si chiede la declaratoria del "diritto della ricorrente di subentrare" nel contratto ), essendo pacifico che il suo eventuale accoglimento comporterebbe la riedizione della gara a partire dalla riformulazione dell'avviso di gara ( che reca appunto i contestati criterii ), laddove invece la ricorrente mira al massimo "ad annullare il solo segmento procedimentale relativo alla valutazione delle offerte tecniche" ( pag. 16 ric. orig. ) e ciò peraltro in netta contraddizione con la deduzione d'appello, secondo cui "l'obbligo di predeterminare a monte, nella legge di gara, i criteri e le modalità applicati per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa è ovviamente preordinato al rispetto del principio della parità di trattamento e vale ad assicurare la trasparenza necessaria al fine di consentire a qualsiasi offerente di essere preventivamente informato e, quindi, di determinarsi di conseguenza, calibrando la propria offerta in ragione dei punteggi massimi previsti" ( pagg. 22 – 23 app. );

- esso è parimenti inammissibile laddove deduce "l'illogicità e contraddittorietà" delle motivazioni rese dalla Commissione di gara nella valutazione delle offerte tecniche, ch'è profilo di doglianza del tutto diverso ( e, quindi, nuovo, in violazione del disposto dell'art. 104, comma 1, c.p.a. ) dalla mera insufficienza motivazionale di tale valutazione, lamentata col ricorso di primo grado;

- esso è infondato laddove ripropone tale tesi, alla luce della relativa disposizione dell'avviso di gara ( secondo cui "i punteggi per ogni singolo parametro saranno determinati mediante l'attribuzione di un giudizio sintetico secondo la scala di valori cui corrisponde la gradazione del punteggio come di seguito riportata ..." ), da cui consegue che la distribuzione dei punteggi fra un minimo ed un massimo predeterminato ( da 0,1 ad 1,00 ) non deve essere giustificata dalla Commissione con uno specifico giudizio circa le ragioni concrete poste a base della attribuzione dei punti, essendo all'uopo sufficiente il solo giudizio finale ( eccellente, ottimo, distinto, buono, sufficiente, insufficiente, scarso, nullo ) individuato dalla legge di gara in corrispondenza di ciascun punteggio ( 1 – 0,9 – 0,8 – 0,7 – 0,6 – 0,5 – 0,4 – 0,3 – 0,2 – 0,1 ), utile di per sé a rendere trasparente e conoscibile dai partecipanti alla gara la valutazione dei singoli parametri; ciò, del resto, risponde al principio, pacifico in giurisprudenza, secondo cui il punteggio numerico assegnato agli elementi di valutazione integra una sufficiente motivazione quando siano prefissati con chiarezza ed adeguato grado di dettaglio ( e ciò non è in discussione nel presente giudizio in virtù della veduta declaratoria di inammissibilità della relativa impugnazione ) i criterii di valutazione e questi prevedano un minimo ed un massimo di punteggio in corrispondenza di una griglia particolareggiata di giudizi, sì che gli uni coordinatamente con gli altri consentono al concorrente di ripercorrere il percorso valutativo compiuto e quindi di controllare la logicità e la congruità del giudizio tecnico, non ritualmente aggredito sotto questo profilo, come s'è visto, col ricorso introduttivo del presente giudizio.

Il ricorso deve essere conclusivamente respinto, con conseguente conferma, nei sensi di cui sopra, della sentenza impugnata.

Le spese, liquidate nella misura indicata in dispositivo, séguono, come di regola, la soccombenza.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, lo respinge e, per l'effetto, conferma, nei sensi di cui in motivazione, la sentenza impugnata.

Condanna l'appellante alla refusione di spese ed onorarii del presente grado in favore degli appellati costituiti, liquidandoli in Euro 4.000,00= oltre oneri accessori di legge in favore di ciascuna parte, per complessivi Euro 12.000,00= oltre oneri accessori di legge.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, addì 7 aprile 2016, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quinta – riunito in Camera di consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere, Estensore

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/05/2016

N. 01879/2016REG.PROV.COLL.  
N. 10718/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10718 del 2015, proposto da:

Cofely Italia s.p.a., in persona del procuratore speciale avvocato Francesco Pasquali, rappresentato e difeso dagli avvocato Giorgio Fraccastoro e Michele Guzzo, con domicilio eletto presso il primo, in Roma, via Piemonte, 39;

contro

Comune di Bologna, in persona del sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giulia Carestia, Maria Montuoro e Giorgio Stella Richter, con domicilio eletto presso quest'ultimo, in Roma, Via Orti della Farnesina, 126;

nei confronti di

CCC - Consorzio Cooperative Costruzioni società cooperativa, in persona del presidente e legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale capogruppo del raggruppamento temporaneo di imprese con Montanari s.p.a., Azionaria prodotti asfaltico bituminosi affini s.p.a., Impresa Melegari s.r.l. società unipersonale, rappresentata e difesa dagli avvocati Diego Vaiano e Marco Dugato, con domicilio eletto presso il primo, in Roma, Lungotevere Marzio, 3;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. EMILIA-ROMAGNA – BOLOGNA, SEZIONE II, n. 947/2015, resa tra le parti, concernente una procedura di affidamento della gestione degli impianti tecnologici, manutenzione strutture edili, climatizzazione ed energia degli immobili appartenenti al patrimonio del Comune di Bologna

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Bologna e di CCC - Consorzio Cooperative Costruzioni società cooperativa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 aprile 2016 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Michele Guzzo, Giorgio Stella Richter e Marco Dugato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. La Cofely Italia s.p.a. impugnava davanti al Tribunale amministrativo per l'Emilia-Romagna – sede di Bologna gli atti della procedura di affidamento del servizio novennale di gestione degli impianti tecnologici, manutenzione delle strutture edili, di climatizzazione e fornitura di energia per gli immobili destinati ad attività scolastica, uffici giudiziari, musei, biblioteche e gli altri immobili di importanza cittadina appartenenti al patrimonio del Comune di Bologna, per il periodo maggio 2015 – 30 aprile 2024, da quest'ultimo indetta con bando pubblicato il 24 novembre 2014 ed aggiudicata all'esito della selezione mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base d'asta di € 157.294.390,86 (di cui € 127.144.390,86 per servizi ed € 30.150.000,00 per lavori) al raggruppamento temporaneo di imprese con capogruppo il Consorzio Cooperative Costruzioni società cooperativa (determinazione di prot. n. 144170 del 15 maggio 2015).

2. Con la sentenza in epigrafe il Tribunale amministrativo adito respingeva l'impugnativa, donde il presente appello dell'originaria ricorrente, al quale resistono l'amministrazione e la controinteressata.

## DIRITTO

1. Nel riproporre alcuni dei motivi del ricorso di primo grado, la Cofely Italia, seconda classificata nella procedura di gara oggetto di giudizio, contesta innanzitutto il giudizio di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria.

In particolare, nel primo motivo d'appello l'originaria ricorrente sostiene che l'offerta del Consorzio CCC sarebbe anomala e da escludere sotto un duplice ed alternativo profilo: perché recante l'offerta di investimenti per la riqualificazione tecnologica degli impianti in misura inferiore a quella minima prevista dalla stazione appaltante a pena di esclusione per le componenti "produzione calore" e "fornitura energia elettrica" in cui si articola l'appalto (rispettivamente: euro 11.000.000 e 1.000.000); o perché recante un prezzo complessivo per entrambi i servizi superiore al valore posto a base di gara. Le censure in esame si fondano sul presupposto di fatto secondo cui in sede di verifica dell'anomalia del ribasso offerto l'aggiudicatario, al fine di «far quadrare i conti che non tornavano» (pag. 3 della memoria conclusoria), avrebbe rimodulato la percentuale di utile ottenibile dai singoli servizi tra i primi ed i secondi giustificativi, e cioè, rispettivamente: da 4,88 a 10,68 per cento per la "produzione calore" e da 1,79 a 22,11 per cento per la "fornitura energia"). Su questo presupposto, la Cofely Italia sostiene che controparte avrebbe dovuto essere esclusa anche per questa inammissibile modifica delle voci di prezzo.

2. Il motivo è infondato.

Il Consorzio CCC ha innanzitutto offerto un ammontare di investimenti tecnologici superiore al minimo richiesto dal Comune di Bologna. Ciò risulta in modo incontrovertibile dallo schema di offerta (modello 3) redatto dall'aggiudicatario e recante i valori di € 11.18.798 per la produzione di calore ed € 1.086.653 per la fornitura di energia elettrica, contro i rispettivi minimi di 11.000.000 e 1.000.000 di euro previsti. Come già rilevato dal Tribunale amministrativo, va sul punto precisato che nel manifestare questa volontà contrattuale il concorrente era vincolato dalle opzioni predeterminate dalla stazione appaltante, nel senso che il primo doveva scegliere tra gli interventi già proposti e valorizzati singolarmente dalla seconda nel capitolato speciale d'appalto posto a base di gara. Il Consorzio odierno controinteressato si è quindi attenuto a questa richiesta.

3. In sede di verifica di congruità dell'offerta il Comune di Bologna ha poi richiesto un'analisi del ribasso offerto in gara, con scomposizione delle voci del prezzo in relazione a tutte le componenti del servizio. In riscontro a ciò, l'aggiudicatario ha debitamente esposto i propri costi per ciascun servizio, e cioè la produzione di calore, la fornitura di energia elettrica e gli interventi di riqualificazione degli impianti.

Come invece sottolinea l'amministrazione resistente, i secondi giustificativi hanno riguardato i soli investimenti offerti per i predetti interventi, per cui la rimodulazione delle voci di costo dedotta da Cofely Italia non è in alcun modo configurabile.

Al medesimo riguardo, nelle prime giustificazioni il Consorzio CCC ha indicato costi netti € 7.439.638,00 per gli impianti tecnologici deputati alla produzione di energia termica ed € 641.160,00 per gli impianti elettrici.

4. Sulla base di ciò l'odierna appellante assume che tali importi, maggiorati delle spese generali (5%) e dell'utile medio dichiarato nelle medesime giustificazioni (3%), tenuto conto del ribasso offerto sugli investimenti pari al 25% della base d'asta, comporterebbe valori inferiori a minimi previsti dalla stazione appaltante, e cioè € 10.621.202,97 ed € 912.926,35 rispettivamente per la produzione di calore e la fornitura di energia elettrica (tabelle a pag. 18 e 19 dell'appello).

5. Tale assunto appare tuttavia frutto di un travisamento delle risultanze del sub-procedimento di verifica di anomalia dell'offerta.

In realtà, come emerge dalle seconde giustificazioni, recante la scomposizione delle voci di costo degli investimenti, le spese generali e l'utile netto stimato dal Consorzio CCC si pongono su valori superiori a quelli medi dichiarati per l'intero contratto d'appalto nei primi giustificativi. In particolare, la percentuale complessiva e onnicomprensiva di spese generali ed utile per gli interventi di riqualificazione risulta rispettivamente, di circa il 15,70 e di oltre il 27 per cento.

Pertanto, in primo luogo nessun superamento del prezzo a base d'asta è configurabile, se non, con evidente stravolgimento dei dati forniti dall'aggiudicatario nel corso della verifica di congruità, rapportando queste percentuali ai valori medi riferiti al contratto d'appalto nella sua globalità.

Inoltre, sul punto l'amministrazione resistente e la controinteressata hanno chiarito, in modo del tutto plausibile, che tale maggiore peso ponderale dell'ammontare dato dalle spese generali e dell'utile rispetto ai rispettivi valori medi dei servizi previsti in generale nel contratto traggono la loro ragione nella necessità di sostenere oneri per attività di progettazione ed amministrative e nel carattere frammentario degli interventi.

6. Alla luce dei rilievi finora svolti, il giudizio di congruità espresso dal Comune di Bologna si rivela immune dalle censure mosse dall'odierna appellante, risultando quindi superflua la c.t.u. da quest'ultima richiesta al riguardo.

7. Con il secondo motivo d'appello la Cofely Italia deduce un ulteriore profilo di anomalia dell'offerta della controinteressata, consistente nella mancata corrispondenza tra le figure professionali addette al servizio quali indicate da quest'ultima nella propria offerta tecnica ed il costo per esso previsto in sede di verifica di congruità, pari a 107 persone per 8 ore al giorno per 5 giorni all'anno), con un onere stimato in € 2.350.949,50, in relazione a complessive 101.970 ore lavorate per le attività di manutenzione, e rispettivamente di € 749.824 per complessive 27.524 ore lavorate per attività di gestione amministrativa. Sul punto, l'appellante sostiene che applicando il monte orario ex adverso dichiarato al numero delle persone addette parimenti specificato dal controinteressato, il costo giustificato in sede di verifica dell'anomalia sarebbe sottostimato di quasi 3 milioni di euro.

8. Anche questo motivo si basa su un'erronea lettura delle giustificazioni offerte dal Consorzio CCC ed è pertanto infondato.

Come evidenziato dalle parti appellate, l'impiego dei 107 addetti è previsto in modo discontinuo ed in ciò nessun profilo di anomalia è ravvisabile, dal momento che si tratta da un lato di attività non continuative (in particolare la manutenzione degli impianti e degli edifici) e tali da potere essere svolte in contemporanea con altre commesse (ciò anche per le attività di carattere amministrativo).

Pertanto, non risulta corretto inferire da ciò l'insostenibilità dell'offerta economica di controparte, come invece assume Cofely Italia, moltiplicando il monte orario per il numero di persone indicato dal Consorzio controinteressato. Prova di ciò si ricava dal fatto che le 101.970 ore previste per la manutenzione, suddivise per 8 ore per 5 giorni alla settimana darebbero un risultato pari ad una media di poco più di 49 addetti complessivamente.

9. Con il terzo motivo d'appello viene riproposta la censura secondo cui il Consorzio CCC avrebbe proposto un sistema informatico di gestione del servizio non presente sul mercato al momento dell'offerta, denominato ManPro.net. 3.0 (Cloudsolution), e dunque una prestazione impossibile.

10. Anche questo motivo è infondato.

La stessa appellante riconosce che in base al capitolato d'appalto le concorrenti non erano tenute ad offrire uno specifico sistema informatico presente sul mercato, ma un servizio dedicato esclusivamente al contratto da affidare. Inoltre, come risultante dagli atti di causa, per il software indicato dall'aggiudicatario, il quale costituisce un'evoluzione di quello impiegato nel precedente servizio, peraltro con Cofely Italia nella veste di mandante del Consorzio CCC, quest'ultimo aveva ottenuto dalla ditta fornitrice un impegno alla relativa messa a disposizione (doc. n. 10 delle produzioni del controinteressato nel giudizio di primo grado).

11. Nel quarto motivo d'appello Cofely Italia deduce in via subordinata alcune censure dirette all'annullamento parziale della gara.

In primo luogo, l'appellante sostiene che sarebbe viziata la fase di valutazione delle offerte, alla luce del parere di precontenzioso dell'ANAC n. 207 del 25 novembre 2015, nel quale l'Autorità di settore ha rilevato che l'oggetto del contratto in contestazione è restrittivo della concorrenza, per la eterogeneità delle prestazioni in esso previste.

12. Questa doglianza è tuttavia qui inammissibile per contrasto con il c.d. divieto dei nova espresso dall'art. 104, comma 1, Cod. proc. amm., non essendo stato proposto nel ricorso di primo grado, come riconosciuto dalla stessa appellante. Non è dato pertanto a questo giudice in questa sede conoscerne.

13. Nel medesimo motivo Cofely Italia ripropone inoltre la censura nei confronti della commissione giudicatrice, per esservi stata nominata quale componente la geom. Anna De Pietri, coniugata con un dipendente di una delle ditte indicate dal Consorzio CCC aggiudicatario quale esecutrice del contratto.

Il motivo di impugnazione va respinto per le motivazioni già espresse dal Tribunale amministrativo, cioè per la circostanza che il commissario in questione si è dimesso in ragione proprio di tale causa di incompatibilità prima della fase di valutazione delle offerte, avendo dunque partecipato alle sole attività non decisive della commissione svoltesi fino all'apertura dei plichi delle concorrenti ed alla verifica dell'integrità e della completezza degli stessi, delle buste e della documentazione in essi contenuta (sedute pubbliche del 10 e 19 febbraio 2015).

Tanto precisato, contrariamente a quanto deduce l'appellante, affinché l'addebito di incompatibilità possa condurre ad un accertamento di illegittima composizione della commissione di giudicatrice ed al conseguente annullamento delle attività da questa svolte, è necessario che la causa ostativa possa avere avuto riflessi sulla valutazione tecnica delle offerte presentate in sede di gara, dunque possa esservi il sospetto di alterazione della competizione a favore della concorrente nei cui confronti è configurabile la

situazione di conflitto di interessi. Ciò si evince in particolare dall'art. 84 (Commissione giudicatrice nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) d.lgs. n. 163 del 2006, il quale prevede che in caso di selezione mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa «la valutazione» debba essere svolta da una commissione in relazione al quale sono di seguito (o mediante implicito rinvio a norme generali, come l'art. 51 Cod. proc. civ.) disciplinati i requisiti di professionalità ed imparzialità finalizzati a tutelare il bene giuridico qui fatto valere dalla Cofely Italia, e cioè la neutralità ed indipendenza di giudizio in ordine ai profili di carattere tecnico delle offerte.

Senonché, questa evenienza non si appare essersi verificata nel caso di specie, proprio in conseguenza della tempestiva sostituzione del commissario, come sopra specificato.

14. Cofely Italia ripropone quindi la censura di illegittimità del bando di gara nella parte in cui è ivi prevista quale categoria SOA di lavori prevalenti la OG1 (relativa a lavori di costruzione, manutenzione o ristrutturazione di interventi puntuali di edilizia, ivi compresi gli interventi relativi ad impianti ed opere accessorie), sebbene le opere previste consistano in interventi specialistici e di manutenzione invece riconducibili alle categorie OG11 e OS28 e 30. Al medesimo riguardo, l'appellante contesta inoltre la richiesta della classifica IV-bis, abilitante l'esecuzione di lavori sino all'importo di € 3.500.000, a fronte di un valore di 30.150.000, richiedente quindi l'VIII classifica, ed il requisito aggiuntivo previsto dall'art. 61, comma 6, del regolamento di esecuzione del codice appalti (cifra di affari nel quinquennio antecedente pari a 2,5 l'importo a base di gara).

15. Il motivo è inammissibile, perché le previsioni di lex specialis censurate non risultano avere leso gli interessi della Cofely Italia, la quale, da un lato, ha potuto partecipare ed è stata regolarmente ammessa alla gara in contestazione, e dall'altro lato, non prospetta che il Consorzio CCC sarebbe invece privo dei più rigorosi requisiti che invece a suo giudizio il Comune di Bologna avrebbe dovuto prevedere.

16. Con l'ultima censura Cofely Italia si duole del fatto che nell'attribuzione dei punteggi mediante il metodo aggregativo-compensatore, la commissione abbia effettuato una doppia riparametrazione, e cioè non solo rapportando al coefficiente 1 il punteggio più alto assegnato per ciascun elemento di valutazione delle offerte, e ragguagliano gli altri in proporzione, ma per avere ripetuto la stessa operazione con i singoli punteggi così ottenuti rispetto al punteggio massimo di 75 previsto per l'offerta tecnica.

17. Anche questo motivo è inammissibile per difetto di interesse.

L'appellante si limita infatti a lamentare che per effetto di ciò si sarebbe consumata una «palese distorsione» della formula matematica, senza tuttavia specificare e dimostrare se ed in che misura tale asserita scorretta applicazione della medesima avrebbe avuto un decisivo rilievo nell'aggiudicazione della gara a favore del Consorzio CCC.

18. Respinte dunque tutte le censure di illegittimità della procedura di gara, devono conseguentemente essere respinte le domande di reintegrazione in forma specifica mediante subentro nel contratto e di risarcimento per equivalente.

19. Residua l'esame del motivo d'appello concernente il capo della pronuncia di primo grado relativo alla condanna alle spese di tale giudizio, quantificate dal Tribunale amministrativo in € 28.000,00 per ciascuna parte resistente al ricorso, e così per un totale di € 56.000,00.

Pur riconoscendo che il valore dell'appalto è elevato, Cofely Italia osserva che «una siffatta quantificazione delle spese non trova riscontro nelle pronunce dei giudici amministrativi, se non quando vengono rilevati profili di temerarietà che nella fattispecie certamente non sussistono», richiamando al riguardo il citato recente parere di precontenzioso con cui l'ANAC ha ravvisato profili di restrizione della concorrenza nella gara in questione (pag. 40 dell'atto d'appello).

20. Questo motivo può essere accolto.

Infatti, secondo una prassi consolidata (da ultimo ribadita da questo Consiglio di Stato nella sentenza della III Sezione del 31 marzo 2016, n. 1262) il giudice amministrativo usa procedere alla liquidazione degli onorari in misura forfetaria, senza necessariamente attenersi ai valori fissati dalla tariffa professionale. Non solo: quei valori, ai sensi della tariffa professionale oggi vigente, cioè le tabelle allegate al decreto del Ministro della giustizia n. 55 del 10 marzo 2014, costituiscono meri parametri indicativi della quantificazione, di ausilio dell'applicazione dei criteri generali di cui all'art. 2 e 4 dello stesso decreto (importanza dell'opera, caratteristiche, urgenza e pregio dell'attività prestata, importanza, natura, difficoltà e valore dell'affare ecc.) e non vincolanti in sé.

Tutto ciò premesso, e proprio in considerazione di questo appena rammentato, si ritiene qui congrua una moderazione delle somme liquidate dal giudice di primo grado. Tale moderazione è insita nella misura indicata in dispositivo, che è comprensiva anche dell'addebito delle spese del presente giudizio d'appello, in cui la Cofely Italia è nel merito – vale a dire nella parte dominante del gravame - risultata nuovamente soccombente e che perciò vanno a comporre l'entità complessiva che ora si liquida.

20. In conclusione, l'appello deve essere accolto limitatamente al motivo concernente la condanna alle spese pronunciata dal Tribunale amministrativo di Bologna, con conferma del rigetto dell'azione di annullamento e delle conseguenti domande.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte limitatamente alla condanna alle spese, che quantifica per il doppio grado di giudizio nella misura complessiva di € 25.000,00 in favore di ciascuna parte resistente, oltre agli accessori di legge, respingendolo per il resto.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 aprile 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/05/2016

N. 05733/2016 REG.PROV.COLL.

N. 06799/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

## SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6799 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla Nuceria Adesivi S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Tommaso Pallavicini, con domicilio eletto presso lo stesso avv. Tommaso Pallavicini in Roma, Via Confalonieri, 5; contro

IPZS - Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona del Ministro p.t., Ministero della Salute, in persona del Ministro p.t., Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust, in persona del legale rappresentante p.t., tutti rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato preso i cui Uffici sono domiciliati in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

- della nota prot. n. 0024726 del 22.4.2015 nella parte in cui l'Istituto Poligrafico Zecca dello Stato S.p.a. (di seguito anche IPZS) ha comunicato alla ricorrente l'avvenuta revoca della gara n. 5691422;

- della nota prot. n. 4068 del 13.4.2015 (conosciuta in data 4.5.2015) con la quale il medesimo Istituto ha disposto la revoca della gara suddetta;

- per quanto occorrer possa, della determina n. 75 del 2.12.2014 (conosciuta in data 4.5.2015) con la quale l'Amministratore delegato dell'IPZS ha disposto la sospensione della gara in oggetto;

- di ogni ulteriore atto presupposto, connesso e comunque consequenziale che incida sfavorevolmente sulla sfera giuridico-patrimoniale della società ricorrente;

nonché, con successivi motivi aggiunti, per l'annullamento:

- dell'estratto del Piano Industriale IPZS 2015 – 2017 (approvato dal C.d.A. dell'IPZS nella seduta del 19.11.2014 e conosciuto dalla ricorrente soltanto a seguito del suo deposito nella presente causa) laddove riconosce che i bollini farmaceutici sono prodotti da IPZS in regime di privativa;

- per quanto occorrer possa, di ogni ulteriore atto presupposto, connesso e comunque consequenziale che incida sfavorevolmente sulla sfera giuridico-patrimoniale della ricorrente;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di IPZS - Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.a., del Ministero dell'Economia e delle Finanze, del Ministero della Salute, dell'Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 gennaio 2016 il dott. Claudio Vallorani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

## FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato sulla GUUE in data 17.10.2014 l'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.a. (di seguito anche IPZS) indiceva la procedura di gara n. 5691422 avente ad oggetto l'affidamento della fornitura di n. 2.700 milioni di bollini farmaceutici (c.d. BOF, bollino ottico farmaceutico, destinato ad essere apposto su tutte le confezioni di prodotti farmaceutici immessi in commercio), suddivisa in due lotti

per i seguenti quantitativi stimati: lotto 1, n. 1.620 milioni di bollini; lotto 2, n. 1.080 milioni (doc. 4 ric). Il termine ultimo per la presentazione delle offerte veniva fissato al 4.12.2014 ma il giorno precedente il sistema informatico dell'IPZS, accessibile dall'indirizzo [www.eproc.ipzs.it](http://www.eproc.ipzs.it), attraverso il quale soltanto era possibile partecipare alla gara, risultava bloccato rendendo impossibile all'impresa ricorrente e a chiunque altro di poter presentare un'offerta in gara.

La Nuceria Adesivi s.r.l., società specializzata nella produzione di etichette autoadesive e fornitore uscente dell'IPZS per la fornitura del medesimo prodotto oggetto della gara, dichiara che aveva (e ha) interesse a partecipare alla procedura in esame al fine di potersi aggiudicare la commessa, come peraltro dimostrerebbero le attività preparatorie compiute in vista della presentazione della domanda di partecipazione, resa impossibile dal "sistema" informatico. Dopo reiterate richieste di chiarimenti ed informazioni la Nuceria Adesivi riceveva la nota prot. n. 24726 del 22.4.2015 (impugnata) con la quale l'Istituto comunicava l'avvenuta revoca della gara.

In data 4.5.2015, a seguito di formale accesso agli atti ex artt. 22 e ss. L. n. 241 del 1990, la società ricorrente poteva avere cognizione della nota prot. 4068 del 13.4.2015 (doc. 2 ric.), approvata dal C.d.A. nella seduta svoltasi nella medesima data, ove si fornisce la motivazione della determinazione di revoca assunta dall'Istituto, nei termini seguenti: "...In considerazione della valutazione di un nuovo assetto organizzativo aziendale in funzione del quale era ipotizzabile un diverso bilanciamento delle produzioni interne e di quelle esternalizzate, tra cui anche quella dei bollini farmaceutici in un'ottica di internazionalizzazione, con determina del 2 dicembre 2014 n. 75 dell'Amministratore Delegato, è stata disposta la sospensione della gara in oggetto per il tempo necessario alla costituzione del nuovo assetto produttivo correlato anche alla definizione della procedura di acquisto di nuovi impianti per la stampa roll-to-roll dei bollini. Atteso che si è successivamente deciso di internalizzare la produzione di bollini farmaceutici entro il corrente anno e che si è addivenuti alla sottoscrizione dei contratti per l'acquisizione delle 11 macchine da stampa che saranno consegnate nei prossimi mesi, si ritiene di revocare la gara in oggetto, ai sensi dell'art. 21 quinquies della legge n. 241/1990" .

Alla luce della motivazione addotta a supporto della revoca disposta dall'IPZS, la Nuceria Adesivi ha ritenuto di insorgere avverso la medesima e gli ulteriori e connessi atti amministrativi in epigrafe evidenziati, proponendo il ricorso per cui è causa, spedito per la notifica in data 22.5.2015 e, quindi, depositato entro il termine di rito.

2. La ricorrente deduce l'illegittimità della revoca della gara per i seguenti motivi:

I) Violazione e falsa applicazione di legge con riferimento, in particolare, agli artt. 1, 3 e 21 quinquies della Legge n. 241 del 1990, all'art. 2 D.lgs. n. 163 del 2006, agli artt. 3, 41 e 97 Cost.; eccesso di potere sotto vari profili: la motivazione della revoca non sarebbe conforme ai presupposti pretesi dall'art. 21 quinquies (nel testo risultante a seguito della modifica introdotta dall'art. 25, comma 1, lettera b-ter D.L. n. 133 del 2014), da cui la ricorrente enuclea il presupposto costituito dal "mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento", condizione palesemente assente nella specie, giacché il provvedimento impugnato mostra di fondarsi: a) sulla decisione di internalizzare la produzione dei bollini farmaceutici, quando in realtà tale intenzione era presente ben prima della pubblicazione degli atti di gara (nell'ottobre del 2014) come dimostrerebbe il bilancio dell'Istituto del 2013 (doc. 13 ric.); b) sulla intervenuta sottoscrizione dei contratti per l'acquisto di n. 11 nuove macchine a stampa, quando la decisione di acquistarle risale al settembre 2013, quando veniva indetta da IPZS la gara per la loro acquisizione; pertanto, ad avviso della ricorrente, entrambe le situazioni di fatto erano presenti e conosciute al momento dell'indizione della gara poi revocata; la motivazione, inoltre, sarebbe carente anche sul piano dell'adeguata ponderazione dell'interesse pubblico che la gara n. 5691422 era diretta a soddisfare, atteso che la produzione degli indispensabili bollini farmaceutici potrebbe subire rallentamenti e interruzioni a causa della repentina "internalizzazione";

II) Violazione e falsa applicazione degli artt. 41, 43 e 117 Cost; degli artt. 2 e 3 della legge n. 559/1996; dell'art. 1, comma 23, D.L. n. 1/2012; dell'art. 106 TFUE; del principio di proporzionalità; eccesso di potere sotto svariati profili: sulla base dell'articolato quadro normativo da essa ricostruito, la società ricorrente contesta che possa riconoscersi all'IPZS un diritto di esclusiva nella fabbricazione del BOF; mancherebbe in particolare un "referente normativo espresso, di rango primario o comunque derivante direttamente e in modo non equivoco da una norma di rango primario"; in particolare, ad avviso della ricorrente, la Legge n. 559 del 1966 e ss.mm.ii. (in tema di ordinamento dell'Istituto Poligrafico Zecca dello Stato) esprimerebbe

soltanto l'interesse statale al controllo dei bollini ma non la riserva nella mano pubblica della produzione degli stessi, mentre le disposizioni che equiparano il bollino farmaceutico alle "carte valori" (la cui produzione è in effetti riservata al Poligrafico) derivano da decreti del MEF e cioè da fonti normative secondarie se non meri atti di natura amministrativa, comunque espressione di una "scelta tecnica" che sarebbe in contrasto con le seguenti disposizioni nazionali e euro-unitarie: art. 41 Cost. a tutela della libertà di iniziativa economica; art. 43 Cost. che ammette limitazioni a detta libertà ma per la salvaguardia di interessi che siano anch'essi di rango costituzionale; l'art. 117 Cost. che impone al legislatore nazionale il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e, in primo luogo, del principio di concorrenza; l'art. 106 TFUE a mente del quale "2. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione."; aggiunge la ricorrente che non sussisterebbero neanche ipotetiche ragioni tecniche a giustificazione del regime di riserva come dimostrerebbe la circostanza di fatto che "da sempre" l'IPZS si avvale di imprese private di fiducia per integrare la produzione dei bollini farmaceutici; inoltre l'attribuzione di un diritto di esclusiva o di riserva a favore dell'IPZS non sarebbe neanche giustificato dall'interesse pubblico sotteso alla produzione di queste particolari etichette autoadesive, il quale può ricondursi da un lato nella sicurezza del prodotto e dall'altro nella pubblica fede (limitando il rischio di contraffazioni rispetto a prodotti particolarmente "delicati" come sono i medicinali): ad avviso della società ricorrente (che richiama il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa di matrice europea), non sarebbe "necessario sacrificare la libera iniziativa economica, potendo (lo Stato) garantire comunque il rispetto dei controlli esistenti e le specifiche tecniche di produzione anche in regime di libero mercato"; al riguardo, a sostegno della sua tesi, parte ricorrente invoca la segnalazione AGCM del 26 maggio 2011 ed il parere AGCM del 14.2.2014 nonché Cons. Stato, sez. IV, 24.5.2013, n. 2820 la quale ha negato la fondatezza della pretesa di IPZS a vedersi riconosciuto un regime di esclusiva nella produzione degli scontrini per il gioco del lotto.

3. Si sono costituiti con il patrocinio dell'Avvocatura Generale dello Stato per resistere al ricorso l'IPZS, il Ministero dell'Economia e delle Finanze e il Ministero della Salute. I menzionati Ministeri, nella prima memoria prodotta, deducono il loro difetto di legittimazione passiva in quanto estranei alla procedura aperta per cui è causa. L'Avvocatura dello Stato ha depositato una seconda memoria difensiva in data 17.10.2015 nella quale si espongono in modo più dettagliato le vicende che hanno condotto, in un primo tempo, all'indizione della procedura aperta e, quindi, alla sua sospensione e revoca. La difesa erariale, in sintesi, evidenzia che:

- l'Istituto vanta la titolarità del diritto di esclusiva nella produzione dei bollini farmaceutici equiparati alle "carte-valori", come riconosciuto, prima, dal D.M. Economia e Finanze del 4.8.2003 e ss.mm.ii e, attualmente, dal D.M. MEF del 23.12.2013;
- la produzione dei BOF si adegua a "stringenti e speciali misure di sicurezza e controlli qualitativi/quantitativi, utilizzando un supporto di sicurezza a tre strati realizzati presso gli stabilimenti dell'Istituto medesimo al fine di garantire una efficace azione di contrasto alle possibili frodi in danno della salute pubblica, del SSN e dell'Erario (D.M. Salute 30 maggio 2014)";
- in forza dei decreti del Ministero della Sanità del 29.2.1988 (art. 4) e del 30 maggio 2014 (art. 4), l'Istituto si può anche avvalere, sotto la sua responsabilità, di un adeguato numero di aziende fiduciarie, secondo necessità;
- nel recente passato, a seguito dei rilievi dell'AVCP (oggi ANAC) che aveva criticato l'affidamento delle forniture da parte di IPZS ad un numero limitato di fornitori di fiducia, in assenza di procedura competitiva, l'Istituto indiceva in data 24.2.2011 una gara comunitaria nel rispetto del d.lgs. n. 163 del 2006 per l'affidamento (suddiviso in più lotti) di un quantitativo di 5,2 miliardi di bollini farmaceutici autoadesivi per il periodo 2011-2015; il lotto 3 di detta procedura veniva aggiudicato all'odierna ricorrente Nuceria Adesivi S.r.l.;
- successivamente l'Istituto decideva di avviare un progetto di internalizzazione della produzione dei bollini prevedendo un graduale aumento della quota di produzione interna e la progressiva riduzione degli ordini di acquisto da rivolgere ai fornitori esterni;

- il programma, a dire dell'IPZS, veniva "rallentato" a causa di alcune criticità tecniche rilevate su alcuni impianti a tecnologia digitale entrati in funzione nel 2012 nonché per la mancata pubblicazione, da parte del Ministero della Salute, del nuovo decreto sui bollini farmaceutici, circostanza che avrebbe impedito la tempestiva acquisizione delle nuove macchine da stampa;

- in ragione di ciò e stante la necessità di dover comunque garantire la fornitura dei bollini, l'Istituto indicava il bando della gara per cui è causa, pubblicato in GUUE in data 17.10.2014;

- successivamente, nella seduta del 19.11.2014, il nuovo Consiglio di Amministrazione (nominato dal MEF con atto del 19.9.2014), approvava il nuovo Piano Industriale (doc. 2 AGS) che prevedeva nelle sue linee guida l'aumento della quota di produzione interna, sulla totalità dei bollini, fino al 77%; la decisione determinava la necessità di procedere ad un diverso assetto organizzativo aziendale stante il diverso bilanciamento delle produzioni interne e di quelle esternalizzate;

- in questa nuova prospettiva strategica si inquadra la determinazione dell'IPZS n. 75 del 2.12.2014 (anch'essa impugnata in questa sede) che ha disposto la sospensione della procedura di gara per il tempo necessario alla definizione del nuovo assetto produttivo, anche in considerazione dell'incerto esito delle due cause in quel momento pendenti dinanzi al TAR Lazio e promosse da due distinte imprese (Graphi Mecc. S.r.l. e Atlantic Zeiser S.r.l.) per l'impugnazione della procedura di gara per l'acquisizione, da parte del Poligrafico, di n. 11 impianti per la stampa "roll-to-roll" di bollini farmaceutici;

- entrambi i ricorsi venivano rigettati dal TAR Lazio, rispettivamente, con le sentenze n. 2009 e 2010 del 2015 depositate il giorno 3.2.2015;

- il favorevole esito dei giudizi consentiva all'IPZS di addivenire alla stipula dei contratti di acquisto dei macchinari per la stampa necessari per poter internalizzare tutta la stampa dei bollini farmaceutici, nella misura programmata dal Piano Industriale;

- in conseguenza di ciò, nella seduta del 13 aprile 2015, preso atto di quanto precede, il C.d.A. dell'Istituto deliberava la revoca della procedura di gara per cui è causa.

4. Conosciuto il citato Piano Industriale 2015 – 2017, a seguito del deposito di copia di esso nel fascicolo di causa in data 13.10.2015, la Nuceria Adesivi S.r.l. ha ritenuto di impugnare tale Piano e di chiederne l'annullamento "in parte qua" con atto di motivi aggiunti inviato a notifica in data 2.11.2015. Le censure ivi articolate coincidono con quelle esposte nel secondo motivo di ricorso e, pertanto, non richiedono una specifica descrizione.

5. In vista della pubblica udienza la società ricorrente ha depositato in data 24.10.2015 apposita memoria denominata "di replica", diretta a contestare le avverse deduzioni erariali articolate nella prima e nella seconda memoria in atti.

6. Alla pubblica udienza del 4.11.2015 la causa è stata rinviata a nuova udienza su concorde istanza delle parti. Alla pubblica udienza del 27 gennaio 2016 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. La decisione della causa richiede una sintetica disamina del quadro normativo di riferimento, puntualmente descritto negli atti difensivi della ricorrente.

Ai sensi dell'art. 2, comma 1, L. 13.7.1966, n. 559 (sul nuovo ordinamento dell'Istituto Poligrafico dello Stato) "1. L'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato ha per compiti la produzione e la fornitura della carta, delle carte valori, degli stampati e delle pubblicazioni anche su supporti informatici, nonché dei prodotti cartotecnici per il fabbisogno delle amministrazioni dello Stato."

Il successivo comma 10-bis (aggiunto dall' art. 17-bis, comma 1, D.L. 21 giugno 2013, n. 69, nel testo integrato dalla legge di conversione 9 agosto 2013, n. 98 ) dispone che "Ai fini del presente articolo, ferme restando le specifiche disposizioni legislative in materia, sono considerati carte valori i prodotti, individuati con decreto di natura non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze, aventi almeno uno dei seguenti requisiti:

a) sono destinati ad attestare il rilascio, da parte dello Stato o di altre pubbliche amministrazioni, di autorizzazioni, certificazioni, abilitazioni, documenti di identità e riconoscimento, ricevute di introiti, ovvero ad assumere un valore fiduciario e di tutela della fede pubblica in seguito alla loro emissione o alle scritturazioni su di essi effettuate;

b) sono realizzati con tecniche di sicurezza o con impiego di carte filigranate o similari o di altri materiali di sicurezza ovvero con elementi o sistemi magnetici ed elettronici in grado, unitamente alle relative infrastrutture, di assicurare un'adeguata protezione dalle contraffazioni e dalle falsificazioni".

In attuazione di quanto disposto dal predetto comma è stato emanato dal Ministero dell'economia e delle finanze il D.M. 23 dicembre 2013 a mente del quale (articolo unico) "Ai sensi e per gli effetti dell' art. 2, comma 10-bis, della legge 13 luglio 1966, n. 559 e successive modificazioni e integrazioni, sono considerati carte valori i prodotti di cui al documento Allegato A". Tra le numerose tipologie elencate nel predetto Allegato, sono contemplati, al punto 12, i "Bollini per farmaci da dispensare dal Servizio sanitario nazionale". Il successivo art. 3 della Legge 559 del 1966, prevede inoltre che "In casi eccezionali, determinati da sovraccarico di commesse o da ragioni tecniche, l'Istituto può affidare, ove il Provveditorato generale dello Stato ne ravvisi l'opportunità, a stabilimenti di terzi, l'esecuzione di determinate forniture fatta esclusione di quelle relative alla Gazzetta Ufficiale, alla Raccolta delle leggi e dei decreti della Repubblica e alla stampa delle carte-valori."

L'origine storica dei moderni bollettini ottici farmaceutici (BOF) si rinviene nell'art. 12 della Legge 26/04/1982, n. 181 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 1982), il quale testualmente prevedeva (comma 2): "Il Ministro della sanità, al fine di assicurare un più rigoroso controllo della spesa farmaceutica, è autorizzato ad adottare con proprio decreto disposizioni per l'impiego nelle confezioni di specialità medicinali di fustellati o di bollini autoadesivi a lettura e ad annullamento automatici."

Successivamente il D.L. 30.10.1987, n. 443 (convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma primo, L. 29 dicembre 1987, n. 531) intervenne a prevedere che "A decorrere dal 1° marzo 1988 le confezioni delle specialità medicinali erogabili dal Servizio sanitario nazionale e dei galenici sono dotate di bollini aventi il requisito dell'autoadesività. Con decreto del Ministro della sanità, da emanarsi entro il 31 dicembre 1987, sono dettate disposizioni in ordine alle caratteristiche tecniche dei bollini autoadesivi e alle modalità della loro adozione." (v. art. 2, comma 5).

Dopo diversi interventi normativi successivi, da parte del Ministero della Salute, principalmente diretti al progressivo aggiornamento tecnico delle modalità realizzative e applicative dei bollini autoadesivi (vedi, tra gli altri, il D.M. 2.8.2001), è da ultimo intervenuto il Decreto del Ministero della Salute del 30.5.2014, Pubblicato nella Gazz. Uff. 18 luglio 2014, n. 165, il quale prevede, per quanto di interesse in questa sede che:

- "1. Il codice identificativo dei medicinali ad uso umano, di seguito definito "codice AIC", è il numero attribuito dall'Agenzia Italiana del Farmaco con il provvedimento per l'immissione in commercio in Italia.  
2. Il confezionamento esterno del medicinale è dotato, a cura del produttore del medicinale, di un bollino conforme alle prescrizioni del presente decreto la cui produzione è a cura dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, di seguito "Istituto".  
3. Ciascun bollino è identificato univocamente dalla combinazione del codice AIC e del numero progressivo assegnato dall'Istituto." (Art. 1 D.M. cit.);

- "1. Nel rispetto dei principi di sicurezza in materia di carte valori, i titolari di AIC si approvvigionano del bollino di cui al presente decreto direttamente o tramite soggetto delegato presso l'Istituto il quale assicura modalità di forniture adeguate alle esigenze produttive dei titolari stessi; a tale scopo l'Istituto provvede direttamente ovvero può, sotto la propria responsabilità, avvalersi di aziende opportunamente selezionate secondo le disposizioni previste dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni.

2. Le forniture dei bollini da parte dell'Istituto sono effettuate sulla base di condizioni da convenirsi con i titolari di AIC in Italia nel rispetto dei seguenti principi:

a) la fornitura ha per oggetto bollini conformi alle prescrizioni del presente decreto pronti per l'impiego da parte dei produttori di medicinali;

b) il prodotto è fornito franco stabilimento indicato dal titolare AIC in Italia con modalità di confezionamento e di trasporto atte a garantirne la sicurezza;

c) l'Istituto provvede alla fornitura entro il tempo massimo di giorni sessanta dal ricevimento dell'ordine, salvo diverse modalità determinate dal Ministero della salute o dall'Agenzia Italiana del Farmaco in casi eccezionali e per ragioni di salute pubblica.

3. Le condizioni di cui al comma 2 sono comunicate dall'Istituto al Ministero della salute e all'Agenzia Italiana del Farmaco.

4. L'Istituto registra i numeri assegnati a ciascun lotto di produzione di bollini, mantenendo memoria dei numeri forniti a ciascuna azienda per l'applicazione sulle singole confezioni.

5. I produttori di medicinali predispongono misure organizzative idonee a garantire condizioni di sicurezza per la custodia e per l'impiego dei bollini nel ciclo di produzione dei medicinali ed adottano modalità di registrazione atte a dare dimostrazione del carico e dello scarico dei bollini stessi." (art. 4 D.M. cit.).

8. Così delineato il quadro normativo nel cui ambito si inquadrano i fatti di causa, il Collegio può ora esaminare il primo motivo di ricorso, con il quale la Nuceria Adesivi deduce la non conformità della motivazione del provvedimento di revoca impugnato ai requisiti prescritti dall'art. 21 – quinquies L. n. 241 del 1990.

Il motivo è infondato.

Nonostante la riformulazione del comma 1 dell'art. 21 – quinquies (ad opera dell'art. 25, comma 1, lett. b-ter D.L. n. 133 del 2014) che non fa più riferimento semplicemente al "mutamento della situazione di fatto" ma, in modo più specifico, al "mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento", è tuttavia evidente che i presupposti per l'esercizio del potere di autotutela non si esauriscono nel solo mutamento della situazione fattuale rispetto a quella esistente al momento dell'adozione del provvedimento di primo grado, atteso che la disposizione in esame contempla le ulteriori e ben distinte ipotesi dei "sopravvenuti motivi di pubblico interesse" e della "nuova valutazione dell'interesse pubblico originario", espressioni che implicano entrambe l'esercizio di un potere ampiamente discrezionale in capo all'Amministrazione procedente, legittimata a riesaminare la scelta pregressa, compiuta con l'adozione dell'atto di primo grado, anche soltanto sulla base di una migliore e più approfondita valutazione dell'interesse pubblico, anche a prescindere da mutamenti del quadro fattuale. L'ampia discrezionalità da riconoscere all'esercizio del potere di revoca appare particolarmente evidente nella presente fattispecie, nella quale viene in considerazione la revoca di una di gara, disposta prima dello spirare del termine di presentazione delle offerte, in un momento in cui la stessa Società ricorrente non aveva ancora presentato la propria domanda di partecipazione. Si tratta di una situazione nella quale nessun affidamento sulla favorevole conclusione della procedura selettiva poteva essersi ingenerato nelle imprese partecipanti o (come la Nuceria) solo intenzionate a partecipare alla gara. E' noto, infatti, il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui la decisione della stazione appaltante di procedere alla revoca dell'aggiudicazione provvisoria e di non dar corso definitivo alla gara svolta, in presenza di ragioni di pubblico interesse, non sarebbe neanche da classificare come attività di secondo grado, (diversamente dal ritiro dell'aggiudicazione definitiva) atteso che, nei confronti di tale determinazione, l'aggiudicatario provvisorio vanta soltanto un'aspettativa non qualificata o di mero fatto alla conclusione del procedimento e che la non conferma o revoca dell'aggiudicazione provvisoria non costituisce attività di secondo grado, ma rientra nell'unico procedimento di gara e nella medesima sequenza procedimentale ( cfr. Cons. Stato Sez. V, 02-05-2013, n. 2400; Cons. Stato, sez. V, 18 luglio 2012, n. 4189; id. sez. V 20 aprile 2012, n. 2338; T.A.R. Toscana sez. I 21 settembre 2011, n. 1407). Se ciò è vero con riguardo alla revoca dell'aggiudicazione provvisoria, varrà a maggior ragione per la revoca anticipata degli atti di una gara ancora "in fieri" e in fase preliminare, rispetto alla quale, dunque, può riconoscersi in capo alle imprese partecipanti soltanto un interesse non qualificato alla conclusione del procedimento, a cui corrisponde una valutazione massimale e tendenzialmente prevalente dell'interesse pubblico la quale, per sua natura, non impone alla S.A. l'articolazione di una motivazione approfondita che giustifichi il sacrificio dell'interesse (meramente partecipativo) del soggetto privato, diversamente da quanto invece accade di fronte alla revoca o all'annullamento "ex officio" di un'aggiudicazione definitiva, alla quale pure si applica l'art. 21 quinquies della Legge 241 del 1990, consentendosi il ritiro di essa anche in ipotesi di rivalutazione dell'interesse pubblico originario, ovvero per mero ius poenitendi, ma a condizione che, solo in questa fattispecie, vi sia un'approfondita motivazione circa l'interesse pubblico perseguito, dovendo esso emergere con assoluta chiarezza e linearità (TAR Toscana, Sez. I, 11-02-2016, n. 238).

9. In questo quadro di principio appare adeguatamente motivata e coerente la scelta dell'IPZS di revocare la gara per l'affidamento dell'appalto per la fornitura dei bollini farmaceutici, tenuto conto della scelta strategica emersa nel Piano Industriale 2015 – 2017 (doc. 2 res.) e rappresentata nella nota prot. n. 4068 del 13.4.2015 (doc. 2 ric.) di incrementare fortemente la quota di produzione interna, anche in considerazione delle maggiori potenzialità produttive assicurate dall'acquisizione di n. 11 nuove macchine da stampa. Per le ragioni già esposte non può ritenersi illegittima detta motivazione in rapporto all'art. 21 – quinquies in ragione della prevedibilità delle predette circostanze al momento dell'indizione della gara nell'ottobre del 2014 (assume, infatti, il ricorrente che l'incremento dell'autoproduzione era già desumibile

dal bilancio 2013 mentre la decisione di ricorrere al mercato per l'acquisto dei nuovi macchinari risale al settembre 2013): come si è detto, la determinazione di revoca può anche prescindere dal mutamento non prevedibile di circostanze di fatto, potendo assumersi in dipendenza di sopravvenuti motivi di interesse pubblico o sulla base di una rivalutazione di esso (a condizioni di fatto immutate).

Pertanto la puntuale esposizione dei fatti contenuta nella seconda memoria erariale (vedi pagg. 3 – 5), non contestata da parte ricorrente in punto di fatto, dimostra che in realtà la scelta dell'Istituto Poligrafico di sospendere (prima) e revocare (poi) la gara è maturata in realtà anche in ragione dell'evolversi del quadro fattuale, legato in particolare all'esito favorevole del contenzioso sulla gara per la fornitura dei macchinari che consentiva all'Ente di poter decisamente puntare sull'incremento dell'autoproduzione, essendosi superata quella situazione di incertezza che l'aveva indotto, in un primo momento, ad indire la presente gara al fine (apprezzabile) di evitare il rischio di interruzioni nell'approvvigionamento di bollini da parte dei titolari di AIC.

Pertanto, seppure è vero che la gara per l'acquisizione dei macchinari era già stata da tempo bandita al momento della pubblicazione del bando (in data 17.10.2014), il contenzioso introdotto da due delle imprese partecipanti ha indotto in un primo tempo l'Istituto ad indire, prudenzialmente, anche la gara per la fornitura dei bollini per cui è causa e, successivamente, a revocarla nel momento in cui, a seguito delle favorevoli sentenze del TAR Lazio nn. 2009/2015 e 2010/2015 e dell'ordinanza del Consiglio di Stato n. 1084 dell'11.3.2015 che ne respingeva la sospensiva, poteva addivenire alla stipula dei contratti di acquisto dei macchinari di stampa.

Per tale ragione possono apprezzarsi nella determinazione di revoca anche elementi fattuali riconducibili al paradigma del mutamento delle condizioni fattuali, non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento.

Il primo motivo deve pertanto essere respinto.

10. Non merita accoglimento neanche il secondo motivo con il quale la Nuceria Adesivi contesta l'esistenza in capo a IPZS di un diritto di esclusiva nella fabbricazione dei bollini farmaceutici.

In realtà il regime di riserva, ad avviso del Collegio, è con chiarezza desumibile dall'inequivocabile formulazione del combinato disposto dei commi 1 (secondo cui "1. L'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato ha per compiti la produzione e la fornitura della carta, delle carte valori, degli stampati e delle pubblicazioni anche su supporti informatici, nonché dei prodotti cartotecnici per il fabbisogno delle amministrazioni dello Stato.") e 2 dell'art. 10 bis dell'art. 2 della Legge n. 559 del 1966. Quest'ultimo (aggiunto dall' art. 17- bis, comma 1, D.L. 21 giugno 2013, n. 69, nel testo integrato dalla legge di conversione 9 agosto 2013, n. 98), come già osservato, dispone che "Ai fini del presente articolo, ferme restando le specifiche disposizioni legislative in materia, sono considerati carte valori i prodotti, individuati con decreto di natura non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze, aventi almeno uno dei seguenti requisiti: a) sono destinati ad attestare il rilascio, da parte dello Stato o di altre pubbliche amministrazioni, di autorizzazioni, certificazioni, abilitazioni, documenti di identità e riconoscimento, ricevute di introiti, ovvero ad assumere un valore fiduciario e di tutela della fede pubblica in seguito alla loro emissione o alle scritturazioni su di essi effettuate;

b) sono realizzati con tecniche di sicurezza o con impiego di carte filigranate o similari o di altri materiali di sicurezza ovvero con elementi o sistemi magnetici ed elettronici in grado, unitamente alle relative infrastrutture, di assicurare un'idonea protezione dalle contraffazioni e dalle falsificazioni".

E' intervenuto in attuazione della richiamata disposizione di legge il decreto del MEF del 23.12.2013 che, nell'elenco contenuto di cui all'Allegato A, annovera "i bollini per farmaci da dispensare dal SSN" tra le "carte valori". Quest'ultima previsione, seppur di fonte secondaria, trova nella norma di legge che la legittima (il comma 10 bis cit.) un preciso fondamento normativo di rango primario, dal momento che essa si attaglia e conforma pienamente ai due criteri fissati dalle sopra trascritte lettere a) e b) dell'art. 10 bis dell'art. 2 della Legge n. 559/1966. Sotto il primo profilo (lett. a) cit.), invero, non sembra revocabile in dubbio che il bollino autoadesivo (BOF) apposto sulla singola confezione è destinato ad attestare il rilascio, da parte dello Stato, dell'autorizzazione all'immissione in commercio (AIC) del prodotto farmaceutico, dal momento che, secondo la previsione dell'art. 1, comma 3, D.M. 30 maggio 2014, ciascun bollino è identificato univocamente dalla combinazione del codice AIC e del numero progressivo assegnato dall'Istituto. Più ampiamente, il BOF assume "un valore fiduciario e di tutela della fede pubblica" anche in funzione della prevenzione di possibili frodi nel commercio di prodotti, quali i medicinali, meritevoli della

massima protezione a tutela della salute pubblica. Sotto l'ulteriore profilo considerato dalla lett. b) del comma 10 bis cit. non è contestabile che i bollini siano realizzati con tecniche dirette ad "assicurare un'idonea protezione dalle contraffazioni e dalle falsificazioni", sulla base di un preciso disciplinare tecnico di fonte ministeriale (vedi D.M. 2.8.2001 e s.m.i.) ma anche in forza delle prassi e dei protocolli amministrativi da sempre seguiti dall'Istituto ed ispirati a criteri rigorosi nella custodia, nella movimentazione, nel conteggio dei pezzi, nella lavorazione della carta filigranata da utilizzare nella fabbricazione dei bollini.

Pertanto non vi è dubbio che nella specie (e diversamente dal caso degli scontrini della lottomatica affrontato da Cons Stato, Sez. IV, Sent., 24/05/2013, n. 2820) sussista un'effettiva riserva in favore di IPZS, a proposito della stampa dei bollini farmaceutici autoadesivi, la quale risulta fondata su "un referente normativo espresso, di rango primario o comunque derivante direttamente ma in modo inequivoco da una norma di rango primario" (Cons. Stato cit.).

La norma dell' art. 3, comma 3, della L. 13 luglio 1966, n. 559 che affida in esclusiva al Poligrafico la stampa delle c.d. carte valori, è pienamente pertinente alla specie in quanto le disposizioni sopra richiamate riconducono in modo espresso i bollini alle carte valori, sottoponendoli ad un particolare regime che vede nell'IPZS l'Ente istituzionalmente deputato alla loro produzione "ex lege" ed in esclusiva.

11. Non a caso anche l'AGCM ha ammesso che per alcuni prodotti normativamente individuabili "la normativa in questione sembra, pertanto, attribuire al Poligrafico il ruolo di fornitore esclusivo delle amministrazioni statali per determinate categorie di beni e servizi...Per talune categorie di prodotti la ragione giustificatrice delle esclusive potrebbe risiedere nell'esigenza di far eseguire all'interno del settore pubblico la produzione, per agevolare i necessari controlli dello Stato" (cfr. le segnalazioni menzionate dalla difesa erariale AS126 del 27.2.1998 e AS840 del 26.5.2011).

Il peculiare regime giuridico è in definitiva riassunto dall'art. 5 comma 1, del D.M. 2.8.2001 secondo il quale "1. Nel quadro dei principi di sicurezza enunciati in premessa, le aziende farmaceutiche si approvvigionano del bollino di cui al presente decreto presso l'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, il quale assicura modalità di forniture adeguate alle esigenze produttive delle aziende stesse. A tale scopo l'Istituto si avvale anche, sotto la sua responsabilità, di un adeguato numero di aziende fiduciarie, secondo necessità." Ciò significa che è rimessa alle valutazioni tecnico-produttive dell'Istituto la decisione di avvalersi o meno di fornitori privati in caso di insufficienza dei propri mezzi di produzione a soddisfare l'intera domanda dei bollini proveniente dalle aziende farmaceutiche. Il vincolo dell'indizione della procedura competitiva in conformità ai principi del d.lgs. n. 163 del 2006 viene dunque in rilievo soltanto nel caso in cui l'Istituto intenda rivolgersi al mercato per la parte di produzione a cui non è in grado di far fronte in proprio. Nessun obbligo sussiste viceversa nel caso in cui l'Ente intenda integralmente farsi carico della produzione nell'esercizio del diritto di esclusiva che la legge gli riconosce.

12. L'interesse pubblico a sostegno del monopolio legale di IPZS su questa particolare produzione appare evidente sotto molteplici profili: - prevenzione di frodi nel commercio dei prodotti farmaceutici, - tutela della salute pubblica; - monitoraggio di una componente assai rilevante della spesa pubblica quale la spesa farmaceutica; - tracciabilità del farmaco. L'impiego di tecniche e sistemi produttivi "internalizzati" e riservati all'Istituto appare essere quello che meglio assicura, in assoluto, la prevenzione di frodi in commercio e la circolazione di medicinali sicuri e non contraffatti. Trattasi di "missione", supportata da un interesse pubblico primario di particolare rilievo anche sul piano costituzionale, la quale giustifica la deroga alle norme sulla concorrenza contemplata dall'art. 106, par. 2, TFUE, allorquando l'applicazione di tali norme a determinati enti pubblici, o soggetti altrimenti incaricati dalla pubblica Autorità, possa costituire ostacolo "all'adempimento, in linea di diritto o di fatto, della specifica missione loro affidata".

Seguendo infatti la giurisprudenza comunitaria, l'operatività del regime derogatorio di cui al paragrafo 2 dell'art. 106 citata è ammessa nella concomitanza delle seguenti condizioni (vedi Corte di Giustizia CE sent. 21.9.1999, causa C-67/96; sent. 17.5.2001, causa C-340/99):

- che l'attività svolta dall'impresa con diritto pubblico di esclusiva sia oggettivamente un servizio economico di interesse generale o un monopolio fiscale che l'impresa svolge su incarico della pubblica autorità (nella specie l' "incarico" discende direttamente dalla legge italiana);
- che le disposizioni comunitarie in materia di concorrenza ostacolano l'adempimento della particolare missione affidata (nella specie la produzione dei bollini anti-contraffazione);

- che la limitazione dell'applicazione delle norme dei Trattati non comprometta lo sviluppo degli scambi in misura contraria agli interessi dell'Unione

L'attribuzione riservata all'IPZS della produzione delle "carte valori" - categoria nella quale debbono oggi certamente annoverarsi anche i bollini oggetto della gara revocata (vedi comma 10 bis art. 2, Legge n. 559 del 1966; D.M. 23.12.2013) - e l'assoggettamento di tale produzione ai penetranti controlli dell'Autorità (non attuabili nei confronti di imprese private in regime di libero mercato) costituiscono misure proporzionate allo scopo perseguito, in quanto massimamente idonee a prevenire possibili contraffazioni dei bollini farmaceutici, certamente molto più agevoli e non facilmente controllabili ove la produzione di essi si aprisse al libero mercato (come accaduto, ad esempio, per i titoli di viaggio ATAC o per gli scontrini del gioco del lotto).

Per tutte le ragioni che precedono anche il secondo motivo merita di essere respinto.

13. Per le stesse ragioni vanno respinti anche i motivi aggiunti proposti da Nuceria Adesivi con i quali si reiterano le medesime censure proposte con il secondo motivo del ricorso introduttivo.

Peraltro il ricorso per motivi aggiunti appare, prima ancora che infondato, inammissibile in quanto ha ad oggetto il Piano Industriale IPZS 2015-2017, il quale:

- non è atto autoritativo, espressione di una potestà pubblicistica, trattandosi di atto aziendale assunto dai vertici dell'IPZS nell'esercizio degli ordinari poteri statutari e privatistici che competono agli organi direttivi di una qualsiasi società per azioni;

- non è in ogni caso produttivo di effetti lesivi immediatamente riferibili alla sfera giuridico-patrimoniale della Società ricorrente, trattandosi di atto di programmazione aziendale i cui effetti lesivi sono semmai rimessi alla concreta adozione di successivi atti esecutivi.

14. Per tutte le ragioni che precedono tanto il ricorso quanto i motivi aggiunti proposti dalla Nuceria Adesivi S.r.l. debbono essere respinti.

Le spese seguono la soccombenza e sono regolate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, respinge tanto il primo quanto i secondi.

Condanna Nuceria Adesivi S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., alla refusione degli onorari di causa in favore dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., che liquida in Euro 3.000,00 (tremila/00), oltre oneri tutti di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Gabriella De Michele, Presidente

Daniele Dongiovanni, Consigliere

Claudio Vallorani, Referendario, Estensore

N. 02082/2016REG.PROV.COLL.

N. 00382/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 382 del 2016, proposto da Aversa Fabio in proprio e nella qualità di legale rappresentante della Ditta Individuale "Il Grifone di Aversa Fabio", rappresentato e difeso dall'avvocato Angela Ferrara, con domicilio eletto presso Giuseppe Placidi in Roma, Via Cosseria N 2; contro

Impresa Europolice S.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Geremia Biancardi, con domicilio eletto presso l'avvocato Maria Cristina Lenoci in Roma, Via E. Gianturco, 1;

nei confronti di

Società Alba S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Ottavio Basso, Marcello Fortunato, con domicilio eletto presso l'avvocato Guido Lenza in Roma, Via XX Settembre, 98/E;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Campania, Sezione Staccata di Salerno, Sez. I n. 2655/2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di portierato e del controllo degli accessi delle sedi aziendali;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Impresa Europolice S.r.l. e della Società Alba S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 aprile 2016 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati Angela Ferrara, Michele Perrone su delega dell'avvocato Geremia Biancardi, Maurizio Boifava in dichiarata delega dell'avvocato Marcello Fortunato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando del 13 febbraio 2015 la società Alba, società a capitale pubblico interamente partecipata dal Comune di Battipaglia e svolgente il servizio d'igiene urbana sul territorio comunale, aveva indetto una procedura di gara per l'affidamento del servizio di portierato e controllo accessi sedi aziendali – CIG 6127267CAC, da effettuarsi presso la sede della stessa società e presso la sede "Isola Ecologica" in Via Spineta, loc. Villani in Battipaglia o presso eventuale altra sede aziendale in Battipaglia, mediante la modalità del cottimo fiduciario ai sensi dell'art. 125 comma 11 del d. Lgs. 163 del 2006, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, ai sensi dell'art. 82 d. Lgs. 163 del 2006, per un importo complessivo di € 123.000, oltre IVA e per una durata di dieci mesi.

La ditta "Il Grifone di Aversa Fabio", dopo i passaggi di rito veniva dichiarata aggiudicataria con provvedimento del 28 settembre 2015 prot. n. 4216, cominciando a svolgere il servizio dal 1 ottobre seguente; l'altra concorrente Europolice s.r.l., che aveva praticato un ribasso del 26,10% in costanza di una soglia di anomalia stabilita nel 20,975% ed era stata esclusa per l'incongruità dell'offerta in special modo per quanto concerneva il costo del lavoro degli cinque dipendenti ritenuti comunque insufficienti del numero, proponeva ricorso davanti al TAR della Campania, Sezione staccata di Salerno, formulando le seguenti censure: ingiustizia manifesta – eccesso di potere – illogicità manifesta ed erroneità fattuale del giudizio di congruità dell'offerta – Contraddittorietà – Violazione e falsa applicazione artt. 86 – 87 e ss. d. Lgs. 163 del 2006 – Difetto d'istruttoria – Difetto di motivazione.

Si costituiva in giudizio la Alba s. r. l., eccependo preliminarmente l'inammissibilità del ricorso, per omessa impugnazione del provvedimento dirigenziale in data 4.05.2015, prot. n. 2025, di non aggiudicazione del servizio e concludendo nel merito per l'infondatezza dell'impugnativa.

Nella camera di consiglio del 16.07.2015, la Sezione accoglieva la domanda cautelare ai fini del riesame, riesame che veniva svolto in data 16 settembre 2015 e riportato nel verbale depositato nel fascicolo di causa.

Il 15 ottobre 2015 la ricorrente depositava atto di motivi aggiunti, diretto avverso gli atti e provvedimenti con i quali erano state confermate le precedenti determinazioni.

Avverso tali ultimi atti Europolice esponeva le seguenti censure:

Elusione dell'obbligo di provvedere – Eccesso di potere per illogicità manifesta ed erroneità fattuale del giudizio di congruità dell'offerta – Contraddittorietà – Violazione e falsa applicazione artt. 86 – 87 e ss. d. Lgs. 163 del 2006 – Difetto d'istruttoria – Difetto assoluto di motivazione.

La Alba s. r. l. depositava quindi brevi note in cui, sul presupposto della mancata impugnativa del verbale della Commissione di gara del 16.09.2015, da parte della ricorrente, concludeva per l'improcedibilità dell'atto introduttivo del giudizio.

Si costituiva in giudizio il controinteressato Aversa Fabio, sostenendo l'inammissibilità dei motivi avversari quanto tesi a censurare valutazioni discrezionali proprie della commissione giudicatrice e per il resto del tutto infondati.

Con sentenza n. 2655 depositata il 18 dicembre 2011, il TAR di Salerno dichiarava dapprima improcedibile il ricorso originario per sopravvenuto difetto d'interesse, visto che con l'avvenuto riesame delle proprie determinazioni da parte della stazione appaltante la primitiva esclusione aveva perso qualsiasi lesività, travolgendo anche l'eccezione di inammissibilità sollevata dall'Alba s.r.l. E quindi dichiarava meritevole di accoglimento i motivi aggiunti.

Il ragionamento del giudice di primo grado partiva dalla motivazione dell'originario provvedimento di esclusione, (verbale del 30.04.2015) ossia: "le giustifiche relativamente alla legge 407 sono solo per n. 5 dipendenti di cui anche part time e che pertanto gli stessi non potranno assicurare lo svolgimento del servizio così come richiesto, ad esclusione di ulteriore ricorso a straordinario e aumento di personale". A seguito del riesame disposto dal Tribunale, veniva adottato il nuovo provvedimento di esclusione (verbale del 16.09.2015), impugnato con i motivi aggiunti, recante la seguente motivazione: premesso che, in relazione alle 11.000 ore di svolgimento del servizio e sulla scorta dei dati sul costo del lavoro forniti dalla stessa Europolice (ovvero: costo orario € 8,26 e costo medio annuo € 13.264,24 per 1702 ore medie lavorative annue, dai quali si ricavano n. 141,83 ore medie mensili per ciascun addetto), sono necessari n. 7,75 addetti per l'esecuzione del servizio, la ditta ricorrente "solo in data 14.09.2015 ha proceduto alla trasformazione dei contratti dei 5 dipendenti l. n. 407 in full time", quindi "solo in data 14.09.2015 la forza lavoro indicata per l'esecuzione del servizio risulta essere superiore a quella determinata e quindi solo in data successiva all'offerta prodotta dalla ditta Europolice (24.02.2015)".

Con i motivi aggiunti la ricorrente aveva dedotto che la stazione appaltante non aveva esaminato tutta la documentazione prodotta, in sostanziale elusione della citata ordinanza cautelare, che essa aveva dimostrato di disporre di un numero di lavoratori sufficiente all'esecuzione del servizio, coerentemente con l'offerta economica presentata, che era errato il coefficiente di ore medie mensili, diverso da quello riferito alla potenzialità organizzativa della singola azienda, che il numero degli addetti doveva calcolarsi adottando un coefficiente annuo di riferimento di 48 ore settimanali, che, sulla scorta di tali deduzioni, erano sufficienti n. 5,7 unità per lo svolgimento del servizio.

Secondo la lex specialis, l'offerta economica delle ditte concorrenti avrebbe dovuto sostanziarsi nella mera indicazione del ribasso offerto, sul prezzo complessivo a base di gara senza riferimenti al numero di dipendenti impiegato: ciò consentiva di affermare che le indicazioni, fornite successivamente dal concorrente, in particolare nell'ambito del procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta, non integravano un'indebita modificazione postuma dell'offerta, ma erano, esclusivamente funzionali a dimostrare la sostenibilità economica del prezzo offerto e, quindi, la congruità dell'offerta economica: ciò anche sulla base degli art. 86 e 87, d. lg. 12 aprile 2006 n. 163, per i quali la verifica della congruità di un'offerta potenzialmente anomala ha natura globale e sintetica, vertendo sulla serietà, o meno, dell'offerta nel suo insieme, e a tal fine l'impresa chiamata a dimostrare la non anomalia della propria offerta deve in sostanza comprovare la corrispondenza tra il prezzo offerto in gara e il punto minimo di

equilibrio economico dell'affare che è collegato alla somma di tutti i fattori di costo, contrattualmente rilevanti, che sono stati posti a base dell'elaborazione del suo business plan.

Quindi, anche ammettendo che il numero di unità lavorative, necessarie per lo svolgimento del servizio, fosse pari a 7,75, come ritenuto dalla commissione di gara - e non 5,7, come invece sostenuto dalla ricorrente - era la stessa Amministrazione resistente a riconoscere la congruità del costo orario (€ 8,26/h) indicato dall'impresa ricorrente, relativamente ai dipendenti assunti ai sensi dell'art. 8, comma 9, l. n. 407/1990, per i quali essa aveva titolo a beneficiare dei relativi sgravi contributivi.

Quanto al numero dei dipendenti suscettibile di venire in rilievo ai fini della dimostrazione della congruità dell'offerta, assumendo l'amministrazione che esso è pari, alla data di presentazione delle offerte, a 4,75 unità, avendo 2 dei 5 dipendenti, assunti ai sensi della legge citata, un contratto di lavoro part time per l'87,50% trasformato in contratto in full time solo a decorrere dal 14.09.2015, lo scarto pari a sole 0,25 unità, ciò non appariva, secondo il TAR, difforme da norme generali o speciali, mentre l'impresa doveva solo dimostrare, che essa disponeva di un numero di unità lavorative sufficienti ai fini dell'esecuzione del servizio con costi compatibili con il prezzo, offerto in sede di partecipazione alla gara.

Vi era poi da rilevare che i lavoratori assunti ai sensi dell'art. 8, comma 2, l. n. 223/1991, avevano un costo orario come accertato dallo stesso consulente dell'Amministrazione resistente pari ad € 5,82 - quindi addirittura inferiore al costo orario di € 8,26, indicato dall'impresa ricorrente in sede di giustificazioni; ora le unità lavorative suscettibili di venire in rilievo per la giustificazione del prezzo offerto, assunte ai sensi della legge citata, erano pari a 1,875, come affermato nella predetta relazione del consulente di parte resistente: esse, sommate alle 5, in precedenza indicate, portano il numero di dipendenti, il cui costo orario era coerente con l'offerta dell'impresa ricorrente, a 6,875.

Infine, a determinare la corrispondenza se non la differenza per eccesso tra il numero di dipendenti di cui disponeva l'impresa ricorrente, beneficiari di agevolazioni contributive tali da rendere compatibile il relativo costo con il prezzo offerto, e quello, ritenuto necessario dalla stessa stazione appaltante ai fini dell'esecuzione del servizio (7,75), soccorreva il dipendente Buondonno Liberato, assunto il 20.03.2015 - ovvero, poco dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte - ai sensi della l. 183/2014, il cui costo orario, pari ad € 8,26, era leggermente superiore a quello determinato dall'impresa.

In conclusione, quindi, i dipendenti destinati dall'impresa ricorrente allo svolgimento del servizio, aventi un costo orario compatibile con l'offerta economica dalla stessa prodotta, erano pari a n. 7,875, superiore alle n. 7,75 unità, ritenute - dalla stessa stazione appaltante - necessarie, per l'esecuzione del servizio medesimo: le giustificazioni formulate dalla ricorrente in sede di verifica dell'anomalia condotta dalla stazione appaltante a seguito del riesame disposto dal Tribunale, non potevano essere considerate un'apodittica rimodulazione delle voci di costo senza alcuna motivazione, bensì di una legittima operazione di business planning.

Con appello in Consiglio di Stato notificato il 16 gennaio 2016 Fabio Aversa nella qualità di legale rappresentante della ditta "Il Grifone" impugnava la sentenza in questione, ribadendo dapprima l'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo disattesa del TAR, per la mancata espressa impugnazione del provvedimento n. 2025 del 4 maggio 2015 di esclusione della ricorrente originaria; in secondo luogo il giudice di primo grado aveva ignorato l'illegittima rimodulazione in sede di giustificazioni dell'offerta da parte dell'appellata ed aveva ripercorso le competenze della stazione appaltante senza verificare la sussistenza di illogicità nel giudizio di incongruità, ma ad essa sostituendosi percorrendo un inammissibile esame discrezionale; la modificazione del numero di addetti da parte di Europolice non costituiva una giustificazione, ma un elemento nuovo apportato ad un'offerta ormai immutabile ed il TAR aveva illegittimamente superato elementi inesistenti al momento dell'offerta; in terzo luogo l'appellante ribadiva le proprie censure sul travalicamento dei poteri giurisdizionali da parte del TAR, rammentando la grave anomalia dell'offerta di Europolice, in cui si era descritta la modesta retribuzione da corrispondere ai cinque dipendenti di cui due a tempo parziale, numero largamente ed indebitamente aumentato in sede di giustificazioni, questione basilare del tutto ignorata dalla sentenza impugnata, così come ignorato era il numero delle ore lavorate, dalle quali si desumeva ampiamente un numero di dipendenti certamente superiore ai cinque dell'offerta ed anche travisato poi dal TAR e senza considerare poi la presenza di un lavoratore assunto dopo la domanda di partecipazione; in quinto luogo non vi sono prove degli sgravi contributivi vantati ed anche i costi di settore sono riferiti ad altro c.c.n.l., quello delle guardie giurate e non quello, differente degli addetti alla custodia.

L'appellante concludeva per la riforma della sentenza impugnata con vittoria di spese.

Si costituivano in giudizio l'Alba s.r.l. sostenendo le ragioni dell'appellante e la Europolice s.r.l., sostenendo l'infondatezza dell'appello e chiedendo la conferma della sentenza impugnata.

All'odierna udienza del 28 aprile 2015 la causa è passata in decisione.

## DIRITTO

Preliminarmente va sgombrato il campo dall'eccezione di inammissibilità sollevata da Alba s.r.l., poiché la medesima è stata negativamente risolta dal giudice di primo grado e dunque una sua riproposizione doveva avvenire mediante appello e non tramite memoria di costituzione.

Nel merito l'appello proposto da Fabio Aversa è fondato almeno sotto due profili.

In primo luogo corrisponde a verità il fatto che la sentenza impugnata abbia del tutto ripercorso l'iter valutativo compiuto dalla stazione appaltante per sindacare i contenuti e la congruità dell'offerta di Europolice s.r.l., poiché è stata operata una vera e propria valutazione tecnica del rapporto tra numero di unità lavorative necessarie per lo svolgimento del servizio - su questo fatto si dovrà ritornare - i costi orari e la presenza dell'ammontare di sgravi contributivi, la corrispondenza o differenza per eccesso tra numero di dipendenti cui disponeva l'impresa ricorrente in primo grado e la compatibilità con il servizio offerto, analizzando altresì i costi di un dipendente a tempo pieno e di un dipendente a tempo parziale rispetto alla necessità del servizio ed alla offerta economica, valutando inoltre le trasformazioni dei vari rapporti di lavoro alle dipendenze dell'appellata da tempo parziale a tempo pieno e la loro incisività in rapporto alla prestazione da affidare.

Pacifica giurisprudenza richiede che il giudice dinanzi alle valutazioni delle offerte sottoposte ad esame di congruità a fronte della sussistenza di anomalia, verifichi se la valutazione sia stata condotta secondo un metro logico e razionale e non si sia caduti nell'applicazione di regole arbitrarie, senza però ripercorrere l'esame dell'offerta, parafrasandone i termini concreti rispetto alla prestazione da aggiudicare; in breve, la rinnovazione dell'esame da parte del Collegio giudicante, svolgendo passo per passo le valutazioni rispetto ai singoli aspetti dell'offerta, attua una sostituzione del giudice amministrativo nei confronti del potere amministrativo, ponendosi in contrasto il principio della separazione dei poteri.

In secondo luogo, e qui le censure dell'appellante acquistano una maggiore pregnanza, la Europolice ha sostanzialmente modificato i contenuti della propria offerta in sede di rinnovate valutazioni da parte della stazione appaltante e tale fenomeno, pur registrato dalla sentenza del T.AR., non è stato considerato nella sua pur grave illegittimità, dimostrata nei dati forniti di nuove assunzioni e di trasformazioni di contratti di lavoro a tempo parziale in contratti di lavoro a tempo pieno.

Se l'anomalia investiva dapprima il solo ribasso - del 26,10% - è del tutto evidente che l'analisi dell'offerta non poteva che investire tutto quanto rappresentato da Europolice, ivi compreso il numero e le ore lavorate dai dipendenti da porre a svolgere il servizio in questione: se Europolice ha fornito questi dati nonostante la gara dovesse aggiudicarsi con il criterio dell'offerta più bassa, l'Alba s.r.l. era tenuta a verificare la congruità sulla base complessiva di tutti gli elementi forniti, i quali soli potevano dare la misura della congruità dell'offerta medesima.

Ora, l'offerta presentata da Europolice ha evidenziato la messa a disposizione di cinque addetti per i servizi di portierato e di controllo degli accessi delle sedi aziendali, di cui due a tempo a tempo parziale - nella specie i sigg.ri Napolitano, Durello, Caliendo, Minichino e Coppola, questi ultimi due a tempo parziale - a parere della commissione del tutto insufficienti per le ore richieste e ciò a prescindere dai costi orari dovuti, anche dei quali era palese l'insufficienza, visto il passaggio nelle more a livelli superiori degli interessati, quindi ad una retribuzione che non trovava rispondenza nell'offerta economica della ricorrente in primo grado; ma assumono ruolo fondamentale gli elementi prodotti da Europolice solamente il 14 settembre 2015, inerenti la trasformazione dei rapporti sopraddetti a tempo parziale in rapporti a tempo pieno, e ancor più l'assunzione dei sigg.ri Liberato Buondonno - il 20 marzo 2015 - e Antonio Notaro - il 2 maggio 2015 - avvenuta per entrambi non solo dopo la presentazione dell'offerta, ma dopo la seduta di apertura delle buste contenenti l'offerta delle concorrenti.

Questi elementi, insieme alla predetta trasformazione dei rapporti a tempo parziale, è avvenuta in un momento successivo alla presentazione dell'offerta ed è stata utilizzata a mò di giustificazione delle anomalie riscontrate; a prescindere che tali modificazioni andavano inevitabilmente a modificare il prezzo

offerto, falsando del tutto la graduatoria e ponendosi in rotta di collisione con il principio della par condicio tra concorrenti, venivano a costituire non una giustificazione, ma un'inammissibile modificazione strutturale dell'offerta, dunque della futura proposta contrattuale, in una fase di termini largamente scaduti ed in una fase, la giustificazione delle anomalie, che deve verificare la serietà di un'offerta nei suoi termini di formulazione e la cui modificazione si pone quindi in contrasto irrimediabile tanto dello scopo principale della stessa verifica, quanto con i principi posti a governo dello svolgimento delle pubbliche gare. Per le suesposte considerazioni l'appello deve essere accolto con la conseguente riforma della sentenza impugnata ed il rigetto del ricorso di primo grado.  
Spese come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Condanna l'appellata Europolice s.r.l. al pagamento a favore dell'appellante delle spese per i due gradi di giudizio, liquidandole in complessivi €. 6.000,00 (seimila/00) oltre agli accessori di legge ed alla restituzione del contributo unificato, mentre le compensa nei confronti dell'Alba s.r.l..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 aprile 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/05/2016

N. 02111/2016REG.PROV.COLL.

N. 05888/2014 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 5888 del 2014, proposto dalla società Zaffiro Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Maurizio Balletta e Giovanni Castelluccio, con domicilio eletto presso Alessio Petretti in Roma, via degli Scipioni, 268/A;  
contro

Presidenza del Consiglio dei Ministri, Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della protezione civile, rappresentate e difese per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale sono domiciliate in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Regione Campania, in persona del Presidente p.t. della Giunta regionale, non costituita in giudizio;  
nei confronti di

Botta Costruzioni s.a.s. di Botta Giovanni e Rocco, in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;

per l'esecuzione

del decreto del Presidente della Repubblica 16 gennaio 2014.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Presidenza del Consiglio dei Ministri e della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della protezione civile;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 28 aprile 2016 il cons. Giuseppe Castiglia e uditi per le parti l'avvocato Alessio Petretti (su delega dell'avvocato Balletta) e l'avvocato dello Stato Tidore;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società Zaffiro Costruzioni s.r.l. ha partecipato alla gara per l'affidamento dei lavori urgenti per la messa in sicurezza d'emergenza del sistema franoso di Montaguto, indetta dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Commissario delegato ex art. 15 dell'O.P.C.M. n. 3591 del 2007.

Classificatasi al secondo posto, ha impugnato con ricorso straordinario l'aggiudicazione in favore dell'A.T.I. Botta Costruzioni ed Eurocostruzioni.

2. Sul parere favorevole del Consiglio di Stato (sez. I, 22 ottobre 2013, n. 4544/2010), il ricorso è stato accolto con decreto del Presidente della Repubblica 16 gennaio 2014.

3. La Zaffiro Costruzioni ha quindi diffidato la Presidenza del Consiglio dei Ministri e la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della protezione civile a dare esecuzione al decreto.

4. A seguito della mancata risposta delle Amministrazioni, ha agito in via ottemperanza – ex art. 112, comma 2, c.p.a. – contro la Presidenza del Consiglio (nella doppia veste sopra riportata) e la Regione Campania, quale successore della Presidenza – Dipartimento della protezione civile ai sensi dell'O.P.C.M. n. 73 del 2 aprile 2013.

5. La società ricorrente ha chiesto l'integrale ottemperanza del decreto o, in caso di impossibilità di esecuzione in forma specifica, la condanna al risarcimento del danno per equivalente, compreso il danno

curriculare, con imposizione delle astreintes ex art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a. per il caso dell'ulteriore ritardo.

6. La Presidenza del Consiglio si è costituita in giudizio declinando la propria legittimazione passiva, perché le funzioni del Commissario delegato sarebbero cessate e - a norma dell'O.P.C.M. n. 73 del 2013 e dell'art. 1, comma 422, della legge 27 dicembre 2013, n. 147 - al suo posto sarebbe subentrata la Regione Campania.

7. Il su menzionato comma 422 recita:

“Alla scadenza dello stato di emergenza, le amministrazioni e gli enti ordinariamente competenti, individuati anche ai sensi dell'articolo 5, commi 4-ter e 4-quater, della legge 24 febbraio 1992, n. 225, subentrano in tutti i rapporti attivi e passivi, nei procedimenti giurisdizionali pendenti, anche ai sensi dell'articolo 110 del codice di procedura civile, nonché in tutti quelli derivanti dalle dichiarazioni di cui all'articolo 5-bis, comma 5, del decreto-legge 7 settembre 2001, n. 343, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 novembre 2001, n. 401, già facenti capo ai soggetti nominati ai sensi dell'articolo 5 della citata legge n. 225 del 1992. Le disposizioni di cui al presente comma trovano applicazione nelle sole ipotesi in cui i soggetti nominati ai sensi dell'articolo 5 della medesima legge n. 225 del 1992 siano rappresentanti delle amministrazioni e degli enti ordinariamente competenti ovvero soggetti dagli stessi designati”.

8. Nel presente giudizio di ottemperanza, la legittimazione passiva spetterebbe dunque alla sola Regione Campania, citata in giudizio ma non costituita.

9. La società ha contestato l'eccezione di difetto di legittimazione e ha sostenuto che, nel caso questa sia ritenuta fondata, il ricorso andrebbe accolto nei confronti della Regione Campania; in via subordinata, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale della disposizione di legge richiamata per contrasto con l'art. 24 Cost. e con gli artt. 6 e 1 del primo Protocollo addizionale C.E.D.U., nonché per le ulteriori censure sviluppate da alcune Regioni in giudizi diretti di costituzionalità.

10. Considerato che, nei confronti della normativa di legge ricordata, alcune Regioni avevano promosso giudizio diretto di costituzionalità, censurando fra l'altro, nell'ambito dei diversi profili di supposta illegittimità, la previsione di una successione a titolo universale nei giudizi pendenti (ricorsi n. 8 e n. 12 del 2014, quest'ultimo proposto proprio dalla Regione Campania), la Sezione ha sospeso il giudizio con ordinanza 5 febbraio 2015, n. 572.

11. La Sezione ha premesso che, tenuto conto della natura sostanzialmente giurisdizionale dell'atto che decide il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, per la sua esecuzione è ammesso il ricorso in ottemperanza (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9 e n. 10).

12. Con sentenza 21 gennaio 2016, n. 8, la Corte costituzionale ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale prospettate.

13. Con domanda depositata il 30 gennaio 2016, la società ricorrente ha riassunto il processo, chiedendo la fissazione dell'udienza.

14. Con memoria depositata il successivo 17 febbraio, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, alla luce della ricordata decisione della Corte costituzionale, ha insistito per la declaratoria di difetto della propria legittimazione passiva.

15. In data 24 marzo 2016, la Zaffiro Costruzioni ha depositato una perizia sulla quantificazione del danno sofferto, articolata nelle seguenti tre distinte voci:

a) mancato utile d'impresa indicato forfettariamente nel 10% dell'importo dovuto a titolo di costo delle lavorazioni e spese generali;

b) mancato addebito all'appalto di una quota di spese generali fisse dell'impresa;

c) danno curriculare.

16. Alla camera di consiglio del 28 aprile 2016, il ricorso è stato chiamato e trattenuto in decisione.

17. In via preliminare, il Collegio rileva che:

a) va dichiarato il difetto di legittimazione passiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri per effetto della normativa sopravvenuta, prima ricordata, giudicata legittima dalla Corte costituzionale;

b) il processo prosegue nei confronti della sola Regione Campania, non costituita in giudizio.

18. Senza riprendere dal fondo l'esame di temi ampiamente discussi e approfonditi, il Collegio ritiene che la struttura dell'illecito extracontrattuale della P.A. non diverga dal modello generale delineato dall'art. 2043 c.c. Ne sono dunque elementi costitutivi: quello soggettivo (dolo o colpa), il nesso di causalità, il danno, l'ingiustizia del danno medesimo.

19. Peraltro, ai fini del risarcimento, non è necessario l'accertamento dell'elemento soggettivo là dove, come nella specie, il risarcimento funga da strumento necessariamente sostitutivo della non più possibile tutela in forma specifica, poiché il rimedio risarcitorio risponde al principio di effettività della tutela previsto dalla normativa comunitaria, sulla base degli autonomi principi sviluppati nel tempo dalla Corte di giustizia UE (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 dicembre 2011, n. 6919; sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 482; sez. V, 31 dicembre 2014, n. 6450; tutte con riferimento anche alla giurisprudenza comunitaria). Si può dunque prescindere dalla prova della colpa della stazione appaltante.

20. Quanto agli altri presupposti dell'obbligazione risarcitoria, il Collegio - alla stregua di consolidati e risalenti principi elaborati dalla giurisprudenza di questo Consiglio, in tema di determinazione del danno da mancata aggiudicazione di gara d'appalto (cfr. ex plurimis Cons. Stato, sez. V, 31 dicembre 2014, n. 6450 e n. 6453; sez. V, 21 luglio 2015, n. 3605; sez. IV, 21 marzo 2016, n. 1130; Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3), dai quali non intende discostarsi - rammenta che:

a) ai sensi degli artt. 30, 40 e 124, comma 1, c.p.a., il danneggiato deve offrire la prova dell'an e del quantum del danno che assume di aver sofferto;

b) spetta all'impresa danneggiata offrire la prova dell'utile che in concreto avrebbe conseguito, qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, poiché nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (ex art. 64, commi 1 e 3, c.p.a.); quest'ultimo, infatti, in tanto si giustifica in quanto sussista la necessità di equilibrare l'asimmetria informativa tra Amministrazione e privato la quale contraddistingue l'esercizio del pubblico potere ed il correlato rimedio dell'azione di impugnazione, mentre non si riscontra in quella consequenziale di risarcimento dei danni, in relazione alla quale il criterio della c.d. vicinanza della prova determina il riespandersi del predetto principio dispositivo sancito in generale dall'art. 2697, primo comma, c.c.;

c) la valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 cod. civ., è ammessa soltanto in presenza di situazione di impossibilità - o di estrema difficoltà - di una precisa prova sull'ammontare del danno;

d) le parti non possono sottrarsi all'onere probatorio e rimettere l'accertamento dei propri diritti all'attività del consulente tecnico d'ufficio neppure nel caso di consulenza cosiddetta "percipiente", che può costituire essa stessa fonte oggettiva di prova, demandandosi al consulente l'accertamento di determinate situazioni di fatto, giacché, anche in siffatta ipotesi, è necessario che le parti stesse deducano quantomeno i fatti e gli elementi specifici posti a fondamento di tali diritti;

e) la prova in ordine alla quantificazione del danno può essere raggiunta anche mediante presunzioni; per la configurazione di una presunzione giuridicamente rilevante non occorre che l'esistenza del fatto ignoto rappresenti l'unica conseguenza possibile di quello noto, secondo un legame di necessarietà assoluta ed esclusiva (sulla base della regola della «inferenza necessaria»), ma è sufficiente che dal fatto noto sia desumibile univocamente quello ignoto, alla stregua di un giudizio di probabilità basato sull'«id quod plerumque accidit» (in virtù della regola della «inferenza probabilistica»), sicché il giudice può trarre il suo libero convincimento dall'apprezzamento discrezionale degli elementi indiziari prescelti, purché dotati dei requisiti legali della gravità, precisione e concordanza, mentre non può attribuirsi valore probatorio ad una presunzione fondata su dati meramente ipotetici;

f) va esclusa la pretesa di ottenere l'equivalente del 10% dell'importo a base d'asta, sia perché detto criterio esula storicamente dalla materia risarcitoria, sia perché non può essere oggetto di applicazione automatica ed indifferenziata (non potendo formularsi un giudizio di probabilità fondato sull'«id quod plerumque accidit» secondo il quale, allegato l'importo a base d'asta, può presumersi che il danno da lucro cessante del danneggiato sia commisurabile al 10% del detto importo);

g) anche per il c.d. danno curricolare il creditore deve offrire una prova puntuale del nocimento che asserisce di aver subito (il mancato arricchimento del proprio curriculum professionale), quantificandolo in una misura percentuale specifica applicata sulla somme liquidata a titolo di lucro cessante.

21. Facendo applicazione dei su esposti principi al caso di specie, risulta evidente l'inaccogliabilità delle domande proposte dalla Zaffiro Costruzioni, la quale:

a) si è limitata a chiedere l'esecuzione in forma specifica del decreto decisorio o, in subordine, il risarcimento del danno per equivalente, ma non ha provato che, una volta annullata l'aggiudicazione in favore dell'impresa prima classificata, sarebbe risultata prima in graduatoria e quindi aggiudicataria, dovendosi tenere conto dell'esito del ricalcolo delle offerte e dell'accertamento di possibili mancanze dei

necessari requisiti soggettivi (a norma, rispettivamente, degli artt. 86 e 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163);

b) non può fondatamente chiedere che, in mancanza di proprie specifiche allegazioni probatorie, la liquidazione possa basarsi su una c.t.u., il cui apporto concreto è risultato meramente verbale e non ha fornito la prova della percentuale di utile effettivo che l'impresa avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, con riferimento all'offerta economica presentata al seggio di gara (si veda invece la fattispecie decisa da Cons. Stato, sez. IV, 14 marzo 2016, n. 992, ove la consulenza ha offerto la prova rigorosa del danno subito), ovvero su un giudizio di equità (c.d. correttiva e integrativa), al di fuori dei presupposti sanciti dall'art. 1226 c.c.;

c) ha domandato il risarcimento del danno patito avuto riguardo alle spese generali fisse dell'impresa, relative al funzionamento della struttura organizzativa della sede aziendale, mentre - conformemente a un consolidato orientamento del giudice amministrativo - non è ristorabile il danno per spese e costi di partecipazione alla gara, per le spese generali e legali e spese di progettazione, perché che la partecipazione alle gare d'appalto comporta per i partecipanti dei costi che ordinariamente restano a carico delle imprese medesime, sia in caso di aggiudicazione che in caso di mancata aggiudicazione (cfr. per tutte Cons. Stato, sez. IV, 17 febbraio 2014, n. 744; sez. III, 10 aprile 2015, n. 1839);

d) il danno curriculare, a sua volta, ferma restando la sua puntuale allegazione, può essere equitativamente liquidato in una percentuale del mancato utile effettivamente provato, che qui è del tutto mancata, perché l'impresa ricorrente non ha fornito la prova dell'entità della sorte capitale dovuta a titolo di mancato utile effettivo.

22. A tanto consegue, in conclusione, il rigetto della domanda formulata in via principale, come pure di quella subordinata.

23. Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante: fra le tante, per le affermazioni più risalenti, Cass. civ., sez. II, 22 marzo 1995, n. 3260, e, per quelle più recenti, Cass. civ., sez. V, 16 maggio 2012, n. 7663). 22. Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a condurre a una conclusione di segno diverso.

24. Tenuto conto della novità della questione, le spese del presente giudizio possono essere compensate fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- a) dichiara il difetto di legittimazione passiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri;
- b) respinge il ricorso;
- c) compensa fra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 aprile 2016 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente

Raffaele Greco, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere

Giuseppe Castiglia, Consigliere, Estensore