

SENTENZE DEL 15.12

N. 05468/2015REG.PROV.COLL.

N. 03796/2015 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 3796 del 2015, proposto dalla Impresa Sangalli Giancarlo & C. s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Maurizio Boifava e Claudio De Portu, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Claudio De Portu in Roma, via Flaminia, n. 354;

contro

il Comune di Ferentino, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Alberto Fantini, con domicilio eletto presso lo studio Tonucci & Partners in Roma, via Principessa Clotilde, n. 7;

nei confronti di

la Lavorgna s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Verdicchio, con domicilio eletto presso la Segreteria della Sezione Quinta del Consiglio di Stato, piazza Capo di Ferro, n. 13;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lazio – Sezione di Latina n. 368/2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di raccolta differenziata dei rifiuti urbani e dei servizi connessi di igiene urbana nel Comune di Ferentino.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Ferentino e della Lavorgna s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 novembre 2015 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati Claudio De Portu, Alberto Fantini e Andrea Verdicchio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso n. 75 del 2015, notificato il 3/4 febbraio 2015 e ritualmente depositato dinanzi al T.A.R. per il Lazio – Sezione di Latina, l'Impresa Sangalli Giancarlo & C. s.r.l. (di seguito, la SANGALLI), premesso di avere partecipato alla gara indetta dal Comune di Ferentino, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento del servizio di raccolta differenziata dei rifiuti urbani e dei servizi connessi di igiene urbana, impugnava gli atti relativi a tale procedura.

In particolare, essa assoggettava a gravame la decisione della commissione giudicatrice di non ammetterla alla fase di valutazione delle offerte economiche per non aver superato, con la sua offerta tecnica, la soglia minima di punteggio prevista dal capitolo 12.1 del disciplinare («saranno ammesse alla fase di valutazione complessiva, solo gli operatori che per quanto riguarda l'offerta tecnica avranno totalizzato un punteggio di valore tecnico almeno pari a 50/70imi punti»).

La SANGALLI a fondamento del ricorso deduceva, con un unico e articolato motivo, le seguenti censure: violazione dell'art. 83, comma 2, e dell'art. 46, comma 1 *bis*, del d.lgs. n. **163/2006**, nonché dei principi informatori delle procedure di evidenza pubblica *sub specie* di abuso di discrezionalità, massima concorrenza e parità di trattamento; eccesso di potere per illogicità, irrazionalità, proporzionalità (adeguatezza) e ingiustizia manifesta.

La ricorrente deduceva, in sostanza, che la soglia prevista dal disciplinare, pari a 50/70 di punteggio di valore tecnico delle offerte, pur rientrando in astratto nella facoltà discrezionale dell'Amministrazione di privilegiare offerte particolarmente apprezzabili, nondimeno, per il fatto di risultare pari a circa il 75% del punteggio massimo conseguibile, e quindi di attestarsi su un livello molto superiore alla sufficienza, doveva essere giudicata illegittima, ponendo uno sbarramento che produceva effetti indebitamente restrittivi della concorrenza: tant'è che solo uno dei cinque concorrenti, ossia l'aggiudicataria, aveva superato la fase della valutazione tecnica.

La SANGALLI domandava anche la declaratoria d'inefficacia del contratto eventualmente stipulato in pendenza del gravame, con richiesta di subentro da parte sua e, in via subordinata, di risarcimento del danno per equivalente.

In via ulteriormente subordinata essa instava, infine, per la rinnovazione dell'intera procedura di gara.

Si costituivano in giudizio in resistenza al ricorso il Comune di Ferentino e la controinteressata Lavorgna s.r.l., aggiudicataria provvisoria dell'appalto.

2 All'esito del giudizio di prime cure, il Tribunale adito con la sentenza n. 368/2015 in epigrafe respingeva il ricorso.

3 Avverso tale decisione veniva proposto l'appello all'esame della Sezione da parte della soccombente, la quale ribadiva le proprie censure alla clausola in contestazione e sottoponeva a critica gli argomenti con i quali il primo Giudice le aveva disattese (rimarcando anche il mancato esame da parte del T.A.R. di taluni dei suoi argomenti).

Il Comune di Ferentino resisteva anche in questo secondo grado di giudizio all'impugnativa della SANGALLI, riproponendo la propria originaria eccezione d'irricevibilità per tardività dell'originario gravame e deducendone, comunque, anche l'infondatezza nel merito.

Resisteva all'appello anche l'aggiudicataria, che ne eccepiva l'inammissibilità sotto il profilo dell'irregolarità della sua notifica a mezzo di P.E.C., l'improcedibilità per mancata impugnazione della sopraggiunta aggiudicazione definitiva in proprio favore, e in ogni caso l'infondatezza.

La domanda cautelare proposta con l'appello è stata respinta dalla Sezione con

l'ordinanza del 12 maggio 2015, per carenza del necessario *periculum in mora*. Il successivo 16 giugno fra le parti appellate veniva stipulato il contratto d'appalto. L'appellante in seguito replicava alle eccezioni avversarie e insisteva per l'accoglimento dell'impugnativa.

Il Comune, dal canto suo, sviluppava ulteriormente le proprie difese della legittimità della clausola di sbarramento in contestazione e presentava uno scritto di replica. Alla pubblica udienza del 10 novembre 2015, la causa è stata trattenuta in decisione.

4 Rileva il Collegio che – in ragione dell'infondatezza dell'appello – si può prescindere, come già fatto dal Giudice di prime cure, dall'esame delle eccezioni formulate in rito dalle parti appellate.

5 Le doglianze a base dell'appello possono essere compendiate nelle seguenti critiche di fondo:

- il rilievo assegnato dal T.A.R. all'importanza dell'obiettivo comunale di raggiungere la percentuale minima di raccolta differenziata del 65 % sarebbe in contraddizione con il bando di gara, che all'unico criterio di valutazione incentrato sulla raccolta differenziata assegna un punteggio massimo di appena 13 punti, sui 70 complessivamente devoluti allo scrutinio delle offerte tecniche;
- la gara non concerne un appalto particolarmente complesso né innovativo, ma un usuale servizio di raccolta dei rifiuti, dato che la raccolta differenziata è una realtà da tempo radicata, e che il perseguimento della percentuale sopra indicata costituisce un obiettivo prestazionale perfino ovvio, siccome imposto dalla disciplina di settore, sicché il servizio oggetto della procedura non giustificherebbe la previsione di un «elevato standard tecnico-qualitativo», e, in particolare, l'esigenza del raggiungimento della medesima percentuale non giustificherebbe la previsione della clausola di sbarramento in contestazione;
- la soglia *sub judice* confliggerebbe con i principi elaborati in materia dalla giurisprudenza, la quale riterrebbe legittimo uno sbarramento del genere solo ove ancorato al raggiungimento di un grado di semplice sufficienza rispetto al punteggio totale attribuibile per il merito tecnico, o di poco superiore alla metà di tale punteggio, e, di contro, reputerebbe censurabile una previsione di soglia prossima al punteggio massimo assegnabile (la ricorrente, nel contestare l'abnorme consistenza della soglia oggetto di scrutinio, precisa che essa si attesterebbe al 71,42 % del massimo previsto per l'offerta tecnica);
- una soglia di questo tipo dovrebbe contemperare l'esigenza di conseguire prestazioni qualitativamente adeguate con quella di un livello ragionevole di concorrenzialità, laddove nel caso concreto, in cui solo una concorrente è stata ammessa – e per giunta di stretta misura - al prosieguo della procedura, questa seconda esigenza sarebbe stata lesa;
- una soglia di sbarramento tanto elevata, infine, avrebbe cagionato uno sbilanciamento, nella procedura di scelta del contraente, a favore dell'elemento qualitativo e a discapito di quello quantitativo, snaturando l'impostazione a base dello schema regolato dall'art. 83 del d.lgs. n. **163** del **2006**.

6 La Sezione ritiene che la disamina delle doglianze appena riassunte, suscettibili di trattazione congiunta in virtù della loro interdipendenza, debba prendere le mosse dal

dato normativo.

Invero, l'art. 83, comma 2, d.lgs n. **163** del **2006**, nel riferirsi alle gare imperniate sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, stabilisce quanto segue: «*Il bando di gara ... elenca(no) i criteri di valutazione e precisa(no) la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia deve essere appropriato*».

Il Tribunale ha condivisibilmente rilevato che essa - nel contemplare, appunto, il riconoscimento della possibilità per le stazioni appaltanti di fissare per la valutazione delle offerte delle soglie di sbarramento simili a quella in contestazione - denota l'infondatezza della censura di violazione dell'art. 46, comma 1 *bis*, d.lgs. cit..

L'Amministrazione ha introdotto nella *lex specialis* la clausola oggetto di scrutinio, nell'esercizio di uno specifico potere attribuitole dalla legge. Sicché la presente controversia si sostanzia, in pratica, nella verifica dell'appropriatezza -richiesta dalla disposizione testé trascritta- della scelta discrezionale così compiuta.

7 La Sezione ritiene che tale requisito di appropriatezza sia stato rispettato.

7a Nell'introdurre il *thema decidendum*, va rilevato come la definizione dei criteri da seguire nelle procedure di gara per la valutazione delle offerte dei concorrenti sia rimessa all'apprezzamento discrezionale delle stazioni appaltanti.

L'Amministrazione dispone, infatti, di ampi margini di discrezionalità nella determinazione non solo dei criteri da porre quale riferimento per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma anche delle relative formule matematiche (cfr. ad es. C.d.S., V, 12 giugno 2013, n. 3239; 22 gennaio 2015, n. 257; 18 giugno 2015, n. 3105).

Secondo il modulo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in particolare, la selezione del contraente deriva dal congiunto apprezzamento tecnico-discrezionale dei vari elementi che compongono le offerte secondo parametri di valutazione e ponderazione predeterminati dalla Stazione appaltante in funzione delle esigenze da soddisfare con lo specifico contratto, pur se con il vincolo che i criteri prescelti siano coerenti con le prestazioni che formano oggetto dell'appalto e pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto (cfr. l'art. 83 cit., comma 1).

Come riflesso di quanto esposto, il sindacato giurisdizionale nei confronti delle scelte amministrative operate in materia, tipica espressione di discrezionalità tecnico-amministrativa, è consentito unicamente nei casi di abnormità, sviamento o manifesta illogicità (V, 12 giugno 2013, n. 3239; 8 aprile 2014, n. 1668; 22 gennaio 2015, n. 257).

7b Questa impostazione rileva, naturalmente, anche nell'eventualità che la Stazione appaltante decida di avvalersi dello 'strumento' della «soglia di sbarramento» di cui al precedente paragr. 6, scelta che potrebbe pertanto essere censurata solo in presenza di macroscopiche irrazionalità, di incongruenze o di palesi abnormità (cfr., ad es., V, 18 novembre 2011, n. 6084).

La *ratio* di questo 'strumento' si ricollega all'esigenza specifica di addivenire, ai fini della singola, particolare procedura contrattuale, ad un livello qualitativo delle offerte particolarmente elevato, sì da comportare l'esclusione di quelle che, pur magari

astrattamente convenienti sul piano economico, non raggiungano però sul versante qualitativo lo standard che l'Amministrazione si prefigge.

Nessun dubbio è possibile, inoltre, sul fatto che l'applicazione del meccanismo di soglia di cui si tratta debba avvenire in coerenza con le specificità del contratto da concludere e con il complesso dei criteri di scelta del relativo contraente.

Orbene, nella vicenda in esame tutte le condizioni inerenti all'applicazione dello 'strumento' in esame sono state soddisfatte.

7c Nel caso concreto risulta del tutto ragionevole, in primo luogo, che la Stazione appaltante abbia configurato la propria procedura di scelta del contraente dando precipuo rilievo all'aspetto qualitativo delle offerte rispetto a quello economico. L'art. 5 del capitolato d'appalto indica gli «*obiettivi generali e specifici*» dell'affidamento. Tra i primi figura quello del «*raggiungimento degli obiettivi nazionali di raccolta differenziata (RD) in alta qualità, con minimo il 65 % del totale dei rifiuti prodotti*», unitamente all'ulteriore obiettivo, strettamente connesso, della «*riduzione dei rifiuti indifferenziati da inviare allo smaltimento in discarica*». L'indicato traguardo della raccolta differenziata, oltre a essere annoverato tra gli «*obiettivi generali*» dell'appalto, connota però significativamente anche il contenuto essenziale di entrambi gli «*obiettivi specifici*» enunciati dall'articolo, ambedue riguardanti appunto la necessità di migliorare la *performance* della raccolta differenziata.

Risulta pertanto *per tabulas* come il fine essenziale perseguito dall'Amministrazione con la esecuzione dell'appalto in questione riguardi proprio tale elemento.

Né il relativo scopo può essere considerato irrilevante osservando che esso costituirebbe un obiettivo prestazionale perfino ovvio, per il fatto di essere imposto dalla disciplina di settore.

Infatti, è incontestato che nel Comune di Ferentino la percentuale della raccolta differenziata al tempo dell'indizione della gara si caratterizzava ancora per un livello inferiore al 10 % . E questo dato, all'evidenza insuscettibile di essere trascurato, imponeva all'Amministrazione quale urgente priorità quella di emanare ogni atto volto ad innalzare tale livello e a raggiungere lo standard legale.

Ciò anche in linea con la correlativa necessità, per l'Ente, di perseguire una riduzione dei propri ingenti costi di gestione della frazione indifferenziata dei rifiuti, dal peso economico evidentemente inversamente proporzionale all'incremento delle sue attività di raccolta differenziata.

7d Da quanto esposto si desume, quindi, la coerenza della scelta del Comune di impostare la nuova gara per l'affidamento del proprio servizio d'igiene urbana imperniando la selezione sulla componente tecnica delle offerte, piuttosto che su quella economica, in modo da poter effettivamente privilegiare, grazie a questa valorizzazione dell'aspetto tecnico-qualitativo dell'affidamento, il primario obiettivo di un rapido miglioramento della *performance* della propria raccolta differenziata. Si desume, altresì, come una simile priorità ben potesse logicamente giustificare l'introduzione della «soglia di sbarramento» prevista dal comma 2 dell'art. 83 cit., che si ricollega proprio all'esistenza di un'esigenza specifica di addivenire, ai fini della singola procedura, ad un livello qualitativo delle offerte particolarmente elevato.

7e Né è possibile individuare a questo riguardo delle contraddizioni nella *lex specialis*, dalla ricorrente invece criticata in quanto all'unico criterio di valutazione incentrato sulla raccolta differenziata è assegnato un punteggio massimo limitato ad appena 13 punti, sui 70 complessivamente assegnabili in sede di scrutinio delle offerte tecniche.

Il bando di gara, in coerenza con l'esposizione che precede, destina la maggior parte dei punti, fino a 70/100, all'apprezzamento delle offerte tecniche, contenendo in 30/100 quelli riflettenti le offerte economiche.

La valorizzazione della raccolta differenziata, inoltre, non avviene solo attraverso il criterio sul quale la SANGALLI si è soffermata, giacché al mede

N. 05458/2015REG.PROV.COLL.

N. 04047/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DE

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4047 del 2015, proposto dal Comune di Pietra Marazzi, in persona del sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Scaparone, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Di Raimondo in Roma, via della Consulta, n. 50;

contro

La s.r.l. Impresa Olivotto, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Tita, Alessandra Carlin e Francesco Vannicelli, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via Varrone, n. 9;

nei confronti di

La s.r.l. Società Cabrini Albino, non costituita;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per il Piemonte - Sezione II - n. 188 del 30 gennaio 2015.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e contestuale appello incidentale dell'Impresa Olivotto s.r.l.;

Vista la memoria difensiva deposita dall'Impresa Olivotto in data 24 ottobre 2015;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 novembre 2015 il consigliere Vito Poli e uditi per le parti l'avvocato Mancini, su delega dell'avvocato Paolo Scarpone, e l'avvocato Cinquemani, su delega dell'avvocato Vannicelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'oggetto del presente giudizio è costituito, principalmente, dal provvedimento di esclusione della Impresa Olivotto s.r.l. (in prosieguo ditta Olivotto), dalla gara indetta nell'aprile del 2014 dal comune di Pietra Marazzi per l'esecuzione delle opere necessarie per la realizzazione di un argine sulla sponda sinistra del fiume Tanaro (cfr. verbale del seggio di gara in data 12 giugno 2014, comunicazione n. 2768 del 17 giugno 2014).

L'esclusione è stata basata sulla violazione dell'obbligo - stabilito a pena di esclusione dal bando (punto 16.2.2., n. 3, in correlazione con il Modello di dichiarazione di cui all'allegato C) – imposto a tutti gli amministratori e direttori tecnici dell'impresa di dichiarare personalmente l'assenza delle condizioni ostative di cui all'art. 38, co. 1, lett. b) - provvedimenti o procedimenti in corso applicativi di misure di prevenzione - e lett. m-ter) – c.d. mancanza di coraggio - del d.lgs. n. 163 del 2006 recante il codice dei contratti pubblici (nella specie è accaduto che i signori Alfio, Luca e Paolo Olivotto, tutti, contestualmente, legali rappresentanti e direttori tecnici, non hanno reso le richieste dichiarazioni e che la stazione appaltante non ha ritenuto sufficiente la dichiarazione rilasciata dal signor Antonio Olivotto, altro legale rappresentante e direttore tecnico della ditta, nell'interesse dei sopra indicati soggetti).

Il giudizio riguarda altresì il bando di gara, in parte qua, e l'aggiudicazione definitiva della gara in favore della Società Cabrini Albino s.r.l. (cfr. determinazione comunale n. 9 del 6 agosto 2014).

2. La ditta Olivotto ha impugnato i su indicati provvedimenti – con ricorso principale avverso l'esclusione e con motivi aggiunti per dedurre l'invalidità derivata dell'aggiudicazione definitiva – proponendo contestuale domanda di condanna della

stazione appaltante al risarcimento del danno.

Queste le censure poste a base dell'unico complesso motivo, articolato nel ricorso di primo grado (pagine 6 – 16 del ricorso):

a) invalidità (sub specie di nullità o illegittimità) del bando, per contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, co. 1-bis, del codice dei contratti pubblici, e con l'art. 47, co. 2, t.u. n. 445 del 2000, secondo cui «La dichiarazione resa nell'interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza»;

b) incongruità del Modello di cui all'Allegato C) rispetto al Modello di cui all'Allegato B), sotto il profilo che il primo esigeva la dichiarazione personale sull'assenza della causa ostativa di cui alla menzionata lett. b), mentre il secondo imponeva al solo legale rappresentante dell'impresa di rendere tale dichiarazione anche per conto degli altri amministratori, direttori tecnici e soci;

c) discrasia fra il Modello di cui all'Allegato C) e la clausola del bando (punto 16.2.2., n. 3, lett. a), perché il primo non imponeva la dichiarazione personale;

d) incoerenza del Modello di cui all'Allegato C) rispetto alla più volte menzionata previsione del bando, relativamente alla dichiarazione concernente il requisito di cui alla lett. m-ter), tale per cui si doveva ritenere autorizzata la formulazione della dichiarazione per conto terzi;

e) divieto di escludere concorrenti indotti in errore dalla modulistica allegata al bando di gara.

3. L'impugnata sentenza - T.a.r. per il Piemonte - Sezione II - n. 188 del 30 gennaio 2015 -:

a) ha dichiarato la nullità della clausola del bando, richiamando quella parte della giurisprudenza che ammette la presentazione, da parte del rappresentante dell'impresa, di dichiarazioni sull'insussistenza di cause di esclusione anche per altri soggetti che nell'impresa medesima devono possedere tali requisiti;

b) ha conseguentemente ritenuta illegittima l'esclusione della ditta Olivotto, basata su tale clausola;

c) ha negato la sussistenza dei presupposti per dichiarare l'inefficacia del contratto stipulato nelle more del giudizio;

d) ha condannato la stazione appaltante al risarcimento dei danni per equivalente

monetario;

e) ha posto le spese di lite a carico del comune.

4. Con atto ritualmente notificato e depositato – rispettivamente in data 29 aprile e 13 maggio 2015 – il comune di Pietra Marazzi ha interposto appello avverso la su menzionata sentenza, contestandone tutti i capi sfavorevoli.

5. Si è costituita in giudizio la ditta Olivotto, deducendo l'infondatezza in fatto e diritto del gravame principale; contestualmente, essa ha interposto appello incidentale, contestando la misura del risarcimento del danno liquidato dal T.a.r.

6. La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 10 novembre 2015.

7. L'appello principale del comune di Pietra Marazzi è fondato e deve essere accolto.

Preliminarmente, il Collegio osserva che, a seguito della proposizione degli appelli (principale e incidentale), è riemerso l'intero thema decidendum del giudizio di primo grado.

Il perimetro del giudizio di appello è circoscritto dalle censure ritualmente sollevate in primo grado, sicché non possono trovare ingresso le censure nuove proposte per la prima volta in questa sede in violazione del divieto dei nova sancito dall'art. 104, co.1, c.p.a. e della natura illustrativa delle memorie conclusionali (cfr. ex plurimis e da ultimo Cons. Stato, Sez. V, n. 673 del 2015; n. 5253 del 2014).

Pertanto, per comodità espositiva, saranno prese in esame direttamente le censure poste a sostegno del ricorso proposto in prime cure.

8. Le tesi e i motivi sviluppati nel ricorso di primo grado non sono suscettibili di favorevole esame, sia in fatto che in diritto, alla stregua dei consolidati principi elaborati dalla giurisprudenza (cfr. Cons. St., Ad. plen. nn. 16 del 2014 e 9 del 2014; Sez. V, n. 3605 del 2015; Sez. V, n. 2916 del 2015; Sez. V, n. 2839 del 2015; Corte giust. UE, Sez. X, 6 novembre 2014, C-42/13, Cartiera dell'Adda; 10 ottobre 2013, C-336/12, Manova, cui si rinvia a mente degli artt. 74 e 120, co. 10, c.p.a.).

Ritiene al riguardo il Collegio che, in base all'ordinamento di settore (artt. 38 e 46 codice dei contratti pubblici nel testo *ratione temporis* vigente), tutte le imprese che partecipano alle gare di appalto, incluse quelle raggruppate in a.t.i. o indicate quali ausiliarie in sede di avvalimento, devono possedere, a pena di esclusione, i requisiti generali soggettivi di affidabilità morale e professionale, rendendo obbligatoriamente le pertinenti dichiarazioni.

L'obbligo sostanziale e procedurale di cui al richiamato art. 38 cit., esprimendo un

inderogabile precetto imperativo a tutela di superiori interessi pubblici, integra in parte qua la disciplina di gara, silente sul punto (circostanza questa per altro non verificatasi nel caso di specie).

La formulazione letterale del menzionato art. 46, co. 1-bis impone di applicare la sanzione dell'esclusione alla violazione dell'art. 38, co. 2, cit., relativo alla presentazione delle dichiarazioni attestanti l'assenza delle relative condizioni ostative (quand'anche queste fossero in concreto inesistenti) e giustifica l'applicazione della sanzione espulsiva sia nelle ipotesi in cui la *lex specialis* di gara la preveda come conseguenza della sola assenza oggettiva dei requisiti di moralità (e non anche della loro mancata attestazione), sia quando (come verificatosi nel caso di specie) la stazione appaltante determini in modo puntuale le modalità dell'obbligo dichiarativo, scegliendo fra la dichiarazione «diretta» di cui all'art. 47, comma 1, t.u. n. 445 del 2000 e quella «indiretta» per conto terzi, prevista dal comma 2 del medesimo articolo.

In presenza di dichiarazioni richieste a pena di esclusione e radicalmente mancanti, resta precluso all'amministrazione l'esercizio del potere sul «soccorso istruttorio» (che si risolverebbe in una lesione del principio della *par condicio*): invero, la mancata allegazione di un documento o di una dichiarazione previsti a pena di esclusione non può essere considerata alla stregua di un'irregolarità sanabile, in applicazione del cd. «dovere di soccorso» di cui al più volte menzionato art. 46 e non ne è permessa l'integrazione o la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali.

Tale principio a maggior ragione si applica quando non sussistano equivoci o incertezze generati dall'ambiguità di clausole della legge di gara, potendosi al più ammettere in tale contesto l'integrazione solo quando i vizi sono chiaramente imputabili ad errore materiale, ma sempre che riguardino dichiarazioni o documenti non richiesti a pena di esclusione, non essendo, in quest'ultima ipotesi, consentita la sanatoria o l'integrazione postuma, che si tradurrebbe in una violazione dei termini massimi di presentazione dell'offerta e, in definitiva, in una violazione del principio di parità delle parti, che deve presiedere ogni procedura ad evidenza pubblica.

Le clausole del bando di gara – non smentite dalla Modulistica di cui all'Allegato C), unica a rilevare nella presente controversia - sono univoche nell'imporre l'obbligo, in capo a ciascun amministratore e direttore tecnico, di rilasciare una dichiarazione personale di assenza dei pregiudizi morali di cui alle più volte menzionate lett. b) e m-ter).

Le clausole del bando non hanno posto a carico dei concorrenti adempimenti particolarmente gravosi o discriminatori, non potendosi ritenere tali le previsioni inerenti le dichiarazioni personali sostitutive dell'atto di notorietà ex art. 47 t.u. n. 445 del 2000: esse soddisfano ragionevoli esigenze di speditezza dell'azione

amministrativa e di trasparenza della condotta delle imprese offerenti, valori particolarmente rilevanti, anche per il diritto europeo (cfr. in particolare l'art. 45 della direttiva 2004/18/CE), nel settore degli appalti pubblici.

Nella specie, l'amministrazione, in puntuale osservanza del bandodi gara e nel rispetto del principio della par condicio, ha doverosamente estromesso dalla gara la ditta Olivotto, per fatto ad essa imputabile in via esclusiva.

9. Quanto precede comporta l'accoglimento dell'appello principale (che ha evidenziato l'infondatezza del ricorso di primo grado) e la reiezione dell'appello incidentale, sicché – in riforma della sentenza impugnata - il ricorso di primo grado va respinto, con declaratoria di sopravvenuta carenza di interesse dei motivi aggiunti.

10. Le spese di ambedue i gradi di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo tenuto conto dei parametri stabiliti dal regolamento 10 marzo 2014, n. 55.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello n. 4047 del 2015, come in epigrafe proposto:

a) accoglie l'appello principale, respinge l'appello incidentale e, per l'effetto, in riforma integrale dell'impugnata sentenza, respinge il ricorso di primo grado e dichiara improcedibili i connessi motivi aggiunti;

b) condanna l'Impresa Olivotto s.r.l. a rifondere in favore del Comune di Pietra Marazzi le spese e gli onorari di ambedue i gradi di giudizio, che liquida in complessivi euro 8.000 (ottomila), oltre accessori come per legge (15% a titolo rimborso spese generali, I.V.A. e C.P.A.);

c) dispone che il contributo unificato versato in primo grado dall'Impresa Olivotto s.r.l. rimanga a carico di quest'ultima, mentre quello anticipato dal Comune di Pietra Marazzi per il giudizio davanti al Consiglio di Stato sia rimborsato dall'Impresa Olivotto s.r.l.

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

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

Luigi Maruotti, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Manfredo Atzeni, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere
L'ESTENSORE IL PRESIDENTE
DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/12/2015

IL SEGRETARIO

N. 05597/2015REG.PROV.COLL.
REPUBBLICA ITALIANA

N. 04345/
IN NOME DEL

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4345 del 2015, proposto da:
Servizi Associati Soc. Coop., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dall'Avv. Arturo Cancrini e dall'Avv. Francesco Vagnucci,
con domicilio eletto presso lo stesso Avv. Arturo Cancrini in Roma, via G. Mercalli,
n. 13;

contro

Ente per la Gestione Accentrata dei Servizi Condivisi – EGAS, in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Federico Rosati e
dall'Avv. Stefano Coen, con domicilio eletto presso Stefano Coen in Roma, piazza
Priscilla, n. 4;

nei confronti di

Coopservice S. Coop. p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dall'Avv. Ermes Coffrini, dall'Avv. Massimo Colarizi e
dall'Avv. Pierpaolo Salvatore Pugliano, con domicilio eletto presso lo stesso Avv.
Massimo Colarizi in Roma, viale Bruno Buozzi, n. 87;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. FRIULI VENEZIA GIULIA - TRIESTE: SEZIONE I n. 00161/2015, concernente l'affidamento della gestione in outsourcing del servizio di logistica per le aziende del servizio sanitario regionale – risarcimento dei danni

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Ente per la Gestione Accentrata dei Servizi Condivisi – EGAS nonché di Coopservice S. Coop. p.a.;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 ottobre 2015 il Cons. Massimiliano Nocelli e uditi per le parti l'Avv. Vagnucci, l'Avv. Rosati e l'Avv. Pugliano;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando di gara spedito per la pubblicazione nella G.U.U.E. il 15.4.2013, l'Azienda Ospedaliero Universitaria S. Maria della Misericordia di Udine – Dipartimento Servizi Condivisi ha indetto una procedura di gara aperta per l'affidamento della gestione in outsourcing del servizio di logistica per le Aziende del Servizio Sanitario Regionale per la durata di 48 mesi, per un importo pari ad € 14.201.000,00.
2. Servizi Associati Soc. Coop. (qui di seguito, per brevità, Servizi Associati) ha preso parte alla gara, classificandosi al secondo posto della graduatoria.
3. Al primo posto, invece, si è classificata Coopservice Soc. Coop. p.a., alla quale l'appalto è stato definitivamente aggiudicato con determinazione dirigenziale del Dipartimento Servizi Condivisi n. 954/2014 del 4.12.2014.
4. Servizi Associati, odierna appellante, in seguito all'accesso agli atti ha impugnato tuttavia avanti al T.A.R. Friuli Venezia Giulia l'aggiudicazione, evidenziando, in particolare, che l'offerta della Coopservice avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura per aver previsto l'applicazione, nei rapporti con i lavoratori adibiti all'esecuzione del servizio, di un contratto collettivo nazionale (di qui in avanti, sinteticamente, CCNL) non pertinente alle prestazioni dedotte in contratto.
5. Coopservice, più nello specifico, ha dichiarato di voler assumere i lavoratori con il CCNL, di carattere residuale, relativo al comparto generale Pulizie Servizi Integrati/Multiservizi, mentre la specificità delle prestazioni oggetto di gara e dedotte nello stesso schema di contratto, predisposto dalla stazione appaltante, avrebbe

postulato, secondo Servizi Associati, l'applicazione del diverso e più oneroso CCNL Logistica, Trasporto Merci e Spedizioni.

6. Tale circostanza, ad avviso della ricorrente in prime cure nonché odierna appellante, avrebbe irrimediabilmente viziato la partecipazione di Coopservice alla gara, falsando il confronto concorrenziale a tutto detrimento della Servizi Associati, che invece avrebbe correttamente impostato la propria offerta sui valori del pertinente CCNL della logistica, e dall'altro avrebbe dovuto indurre la stazione appaltante quanto meno ad attivare, ai sensi dell'art. 86, comma 3, del d. lgs. 163/2006, la verifica dell'anomalia nei confronti dell'offerta presentata da Coopservice, il cui utile, secondo l'appellante, sarebbe del tutto inidoneo a compensare il maggior costo derivante dal corretto inquadramento dei lavoratori con il CCNL Logistica, pari ad € 204.148,76.

7. La ricorrente ha perciò chiesto, in prime cure, l'annullamento dell'aggiudicazione, l'inefficacia del contratto e la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, per equivalente.

8. Si sono costituite per resistere al ricorso nel primo grado di giudizio l'Amministrazione e Coopservice, quest'ultima articolando anche un motivo di ricorso incidentale escludente, relativo alla cauzione provvisoria presentata dalla ricorrente.

9. Con sentenza n. 161 del 27.3.2015 il T.A.R. Friuli Venezia Giulia ha respinto il ricorso principale e dichiarato improcedibile quello incidentale, ritenendo che la lex specialis non imponesse l'applicazione di uno specifico CCNL, come assumeva invece Servizi Associati, e che la documentazione prodotta da questa, comunque, non comprovava affatto l'incongruità economica dell'offerta presentata da Coopservice.

10. Avverso tale sentenza ha proposto appello Servizi Associati, assumendone l'erroneità, e ne ha chiesto, previa sospensione, la riforma.

10.1. Si sono costituite l'Amministrazione appellata e la controinteressata Coopservice, entrambe per richiedere la reiezione del gravame.

11. Con ordinanza n. 2724 del 18.6.2015 il Collegio ha sospeso l'esecutività della sentenza impugnata.

12. Infine nella pubblica udienza del 29.10.2015 il Collegio, uditi i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

13. Ritiene il Collegio, in ciò rivedendo la sommaria delibazione del fumus boni iuris effettuata in sede cautelare con l'ordinanza n. 2724 del 18.6.2015, che l'appello proposto da Servizi Associati sia infondato e debba respinto.

14. La tesi dell'appellante, ampiamente argomentata, con dovizia di rilievi critici e richiami giurisprudenziali (pp. 3-20 del ricorso), riposa sull'assunto che l'illegittima applicazione di un CCNL non corrispondente alle prestazioni oggetto dell'appalto rende l'offerta economica formulata dall'attuale aggiudicataria, Coopservice, del tutto inammissibile e, conseguentemente, viziato l'operato della stazione appaltante che non ne ha disposto l'esclusione dalla gara.

14.1. Anche volendo prescindere dalla espressa previsione della *lex specialis* di gara, che avrebbe vincolato le imprese partecipanti alla gara all'applicazione di condizioni normative e retributive non inferiori a quelle previste dal CCNL del settore (art. 4, Norme per la partecipazione alla gara), l'Amministrazione aggiudicatrice, secondo l'appellante, avrebbe dovuto comunque necessariamente valutare la coerenza del CCNL applicato da Coopservice rispetto alla particolare tipologia e natura delle prestazioni dedotte in contratto.

14.2. L'appellante ne conclude, perciò, nel senso di una doverosa esclusione dell'offerta presentata da Coopservice (p. 20 del ricorso).

15. La tesi è infondata e deve essere respinta.

15.1. L'applicazione di un determinato contratto collettivo non può essere imposta dalla *lex specialis* alle imprese concorrenti quale requisito di partecipazione né la mancata applicazione di questo può essere a priori sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione, sicché deve negarsi in radice che l'applicazione di un determinato contratto collettivo anziché di un altro possa determinare, in sé, l'inammissibilità dell'offerta.

15.2. Questa Sezione ha peraltro di recente anche affermato che non possono non essere considerati, in sede di valutazione delle offerte, aspetti particolari che riguardano le diverse imprese, con la conseguenza che, ai fini di una valutazione sulla congruità dell'offerta, la stazione appaltante deve tenere conto anche delle possibili economie che le diverse singole imprese possono conseguire (anche con riferimento al costo del lavoro), nel rispetto delle disposizioni di legge e dei contratti collettivi (Cons. St., sez. III, 2.4.2015, n. 1743).

15.3. Un'offerta non può ritenersi anomala, ed essere esclusa da una gara, per il solo fatto che il costo del lavoro sia stato calcolato secondo valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi, occorrendo, perché possa dubitarsi della sua congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata (Cons. St., sez. III, 2.7.2015, n. 3329).

15.4. Posti questi principî dunque, se anche si volesse condividere la premessa dell'intero ragionamento, pur brillantemente svolto dall'appellante, secondo cui il

CCNL più appropriato, rispetto all'oggetto dell'appalto, è quello di Logistica, Trasporto Merci e Spedizioni e non quello Pulizie Servizi Integrati/Multiservizi, adottato da Coopservice, e che l'applicazione di tale contratto sarebbe stato addirittura previsto ed imposto dalla lex specialis, non per questo se ne potrebbe condividere la conclusione che, per ciò solo, essa dovesse essere esclusa dalla gara.

15.5. Il motivo quindi, in questa sua parte (pp. 4-20), è destituito di fondamento in diritto.

16. Occorre ora esaminare il secondo, e più pregnante, motivo di appello (pp. 20-17 del ricorso), con il quale Servizi Associati lamenta che, in ogni caso, l'operato dell'Amministrazione risulterebbe gravemente viziato anche nella parte in cui non ha attivato il sub-procedimento di verifica dell'anomalia per accertare l'effettiva congruità dell'offerta presentata in gara da Coopservice, nonostante la conclamata sussistenza, nel caso di specie, di "specifici elementi", ai sensi dell'art. 86, comma 3, del d. lgs. 163/2006.

16.1. Secondo la tesi dell'appellante, in sintesi, l'ingiustificata ed irragionevole applicazione del CCNL Pulizie, Servizi integrati/Multiservizi in luogo del CCNL Logistica, Trasporto Merci e Spedizioni ha consentito a Coopservice di offrire un costo della manodopera notevolmente più basso non solo sotto il profilo retributivo, ma anche sotto l'aspetto contributivo/assistenziale/assicurativo, ponendosi, così, nella condizione di poter formulare un decisivo ribasso sull'importo a base di gara che le ha permesso di vedersi aggiudicato l'appalto, pur avendo ottenuto un punteggio sensibilmente più basso sotto il profilo tecnico/qualitativo (31,48 a fronte dei 40 conseguiti dall'odierna appellante), con palese vulnerazione del fisiologico dispiegarsi di un leale e genuino confronto concorrenziale tra le imprese.

16.2. L'indebita applicazione del CCNL Multiservizi in luogo di quello della Logistica, prendendo a base di calcolo la medesima metodologia utilizzata dall'aggiudicataria (tabella ministeriale costi del lavoro) – avrebbe dato luogo ad una rilevante sottostima dei costi che, nella migliore delle ipotesi, ammonterebbe ad € 204.148,76 per l'intera durata dell'appalto, erodendo per quasi due volte l'utile atteso, pari ad €127.472,19, come si evincerebbe dalle tabelle riportate a pp. 22-23 del ricorso e dall'ulteriore dettagliato prospetto comparativo prodotto unitamente al ricorso.

16.3. Servizi Associati lamenta insomma che la stazione appaltante, nonostante tale vistosa incongruità dell'offerta, non l'avrebbe sottoposto alla verifica dell'anomalia, considerando che l'offerta presentata da Coopservice sarebbe addirittura in perdita, atteso che il maggior costo (€204.148,76) che l'aggiudicataria sarà costretta a sopportare per garantire ai lavoratori un trattamento conforme agli indici normativi di riferimento non è passibile di compensazione con l'importo atteso quale utile d'impresa (€127.472,19).

16.4. L'incidenza del contratto collettivo prescelto dal concorrente sulla congruità dell'offerta presentata, poi, è ancor maggiore alla luce della c.d. clausola sociale, prevista dalla lex specialis, considerato che gli addetti preposti alla gestione del servizio dall'appaltatore uscente risultano inquadrati nel CCNL Logistica, Trasporto Merci e Spedizioni, sicché l'applicazione del CCNL Pulizie/Multiservizi comporterebbe una significativa riduzione del trattamento retributivo e contributivo, con gravissima lesione proprio di quegli interessi che la stessa normativa è preordinata a salvaguardare.

17. Il motivo è anch'esso infondato.

17.1. La scelta dell'Amministrazione di attivare il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è ampiamente discrezionale e può essere sindacata, in conseguenza, davanti al giudice amministrativo solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto.

17.1. La giurisprudenza di questo Consiglio ha anche chiarito che le valutazioni sul punto devono essere compiute dall'Amministrazione in modo globale e sintetico, con riguardo alla serietà dell'offerta nel suo complesso e non con riferimento alle singole voci dell'offerta (fra le più recenti: Cons. St., sez. VI, 26.5.2015, n. 2662; Cons. St., sez. V, 6.5.2015, n. 2274).

17.2. Orbene, tutto ciò premesso, si deve rilevare che i dati riportati dall'appellante Servizi Associati sono stati ottenuti applicando un monte ore e qualifiche degli addetti al servizio che non trovano corrispondenza nell'offerta presentata dall'appellata Coopservice.

17.3. In altri termini, come ha osservato l'appellata nella propria memoria difensiva (pp. 17-18), l'appellante ha volontariamente posto a base dei propri calcoli una serie di presupposti che sono propri della sua offerta, ma non già di quella di Coopservice, poiché Servizi Associati ha dichiarato 3.332 ore/anno in più rispetto a Coopservice ed ha utilizzato dei livelli superiori a quelli sufficienti previsti per lo svolgimento del servizio.

17.4. La tabella riportata dall'appellata nella propria memoria difensiva (p. 18) dimostra che il costo annuo del personale dichiarato in sede di gara da Coopservice, pari ad €1.528.021,49, risultante dall'applicazione dei livelli retributivi di cui CCNL Multiservizi, si presenta sostanzialmente equivalente all'importo di €1.524.207,63, invece ricavabile dalla trasposizione, nell'offerta Coopservice, dei valori retributivi del diverso CCNL Logistica.

17.5. La differenza riscontrabile, dunque, è in realtà di poco superiore ad € 5.000,00/anno, una differenza del tutto trascurabile e che non intacca, nel

complessivo giudizio che sarebbe proprio di una eventuale anomalia, la congruità dell'offerta e la remuneratività dell'utile d'impresa, anche volendo seguire la tesi dell'odierna appellante.

17.6. Ciò che dimostra, peraltro, che i livelli retributivi del personale da riassorbire, in ragione della clausola sociale, non sono affatto inferiori, nel complesso, a quelli previsti dal CCNL Logistica, senza dire che la clausola sociale non può imporre all'impresa subentrante di prescegliere un determinato contratto collettivo, potendo questa scegliere diverso contratto collettivo, applicabile all'oggetto dell'appalto, che salvaguardi i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo.

18. L'obiezione di Servizi Associati nella memoria di replica depositata il 17.10.2015, secondo cui il ricalcolo del costo del lavoro proposto da Coopservice nell'ultima parte della propria memoria sarebbe totalmente inconferente, sia perché non suffragato dal benché minimo riscontro nei dati dell'offerta di Coopservice, sia perché finisce per tradursi in una indebita simulazione della verifica di anomalia colpevolmente omessa dalla stazione appaltante e non surrogabile in corso di causa, non coglie nel segno.

18.1. L'appellante anzitutto non ha contestato la correttezza del calcolo, limitandosi ad eccepire che esso non troverebbe minimo riscontro nei dati dell'offerta presentata da Coopservice, ma il numero delle ore e dei lavoratori è proprio quello contenuto nell'offerta di Coopservice, alla quale la stessa Coopservice nella propria memoria ha applicato il CCNL invocato dall'appellante, sicché, una volta appurato che i dati di base sono solo quelli e proprio quelli di Coopservice, è incontestabile e, di fatto, incontestata la correttezza del calcolo, con il risultato che ne consegue.

18.2. Inoltre l'obiezione secondo cui tale calcolo si risolverebbe in una simulazione della verifica dell'anomalia prova troppo e si ritorce contro l'appellante, che pure l'ha invocata, producendo una perizia di parte, proprio lamentando che la verifica dell'anomalia non fosse stata compiuta dalla stazione appaltante, sicché essa non può pretendere, dopo averla invocata in sede giudiziale per dimostrare l'incongruità dell'offerta, che la controparte non possa sviluppare una propria ipotetica valutazione della presunta anomalia a confutazione di quella avversaria.

18.3. Né giova all'appellante eccepire che i veri valori dell'offerta di Coopservice, quanto ai costi della manodopera, sarebbero quelli esaminati nella perizia di parte, a firma del dott. A.M. Bucossi, depositata in primo grado, poiché i costi sono stati calcolati sul numero di ore e sulle qualifiche impiegate da Servizi Associati, mentre ciò che rileva è il calcolo effettuato sulla base dei dati risultanti dall'offerta di Coopservice (cfr. doc. 3, p. 2, fasc. appellata Coopservice), alla quale la stessa Coopservice, nella sua memoria, ha applicato i costi del CCNL Logistica, al fine di dimostrare, del tutto legittimamente e convincentemente, che la differenza, rispetto all'applicazione del CCNL Imprese di pulizia, è di appena €5.000,00.

18.4. La tesi dell'appellante, dunque, è smentita in fatto, poiché di fronte a tale trascurabile differenza, che dimostra, anche alla prova dei fatti, l'irrelevanza del CCNL applicato dall'impresa aggiudicataria purché garantisca la congruità dell'offerta e il rispetto dei minimi salariali inderogabili per i lavoratori impiegati nelle mansioni richieste dalla natura e dall'oggetto dell'appalto («rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture», come recita l'art. 86, comma 3-bis, del d. lgs. 163/2006: v., sul punto, Cons. St., sez. III, 13.10.2015, n. 4699), la mancata attivazione del procedimento di anomalia, da parte della stazione appaltante, va immune da censura, rammentando il principio di diritto, sopra già richiamato, che la scelta dell'Amministrazione di attivare il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è ampiamente discrezionale e può essere sindacata, in conseguenza, davanti al giudice amministrativo solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto, qui non sussistenti.

18.5. Anche tale motivo, dunque, è destituito di fondamento e deve essere respinto.

19. In conclusione, per tutti i motivi esposti, l'appello deve essere respinto.

20. Le spese del presente grado di giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza dell'appellante nei confronti dell'Amministrazione, l'attuale Ente per la Gestione Accentrata dei Servizi Condivisi – EGAS, subentrato all'Azienda Ospedaliero Universitaria S. Maria della Misericordia di Udine, nonché dell'aggiudicataria Coopservice.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto da Servizi Associati Soc. Coop., lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Condanna Servizi Associati Soc. Coop. a rifondere in favore dell'Ente per la Gestione Accentrata dei Servizi Condivisi – EGAS le spese del presente grado di giudizio, che liquida in €3.000,00, oltre accessori come per legge.

Condanna Servizi Associati Soc. Coop. a rifondere in favore di Coopservice S. Coop. s.a. le spese del presente grado di giudizio, che liquida in €3.000,00, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 ottobre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Dante D'Alessio, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Alessandro Palanza, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE
DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/12/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

N. 05564/2015REG.PROV.COLL.
N. 06951/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Stato

IN NOME DE

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6951 del 2015, proposto da:
Area Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Giovanni Corbyons, Mariano Protto, con
domicilio eletto presso Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone, 44;

contro

Ministero della Giustizia, Procura della Repubblica presso il Tribunale di Imperia,
rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria in
Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LIGURIA - GENOVA: SEZIONE II n. 00404/2015, resa
tra le parti, concernente affidamento del servizio di noleggio impianti per
intercettazioni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero della Giustizia e di Procura della Repubblica presso il Tribunale di Imperia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 novembre 2015 il Cons. Francesco Mele e uditi per le parti gli avvocati Corbyons e l'avvocato dello Stato Noviello;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso proposto dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria, iscritto al n. 159/2015, la società AREA s.p.a., già gestore del servizio di fornitura a noleggio di apparati a supporto di attività di intercettazione per la Procura della Repubblica di Imperia, impugnava il mancato invito alla nuova gara informale indetta per la fornitura del predetto servizio.

Con sentenza n. 404/2015 del 24-4-2015 il Tribunale Amministrativo rigettava il ricorso.

Avverso la sentenza la società AREA s.p.a. ha proposto appello dinanzi a questo Consiglio di Stato, chiedendone la riforma e l'adozione di ogni provvedimento utile alla tutela della posizione giuridica della stessa, anche con la condanna dell'amministrazione ad estendere la procedura selettiva ovvero alla riedizione della gara.

Ha in proposito dedotto sedici motivi di appello, di seguito illustrati.

Si sono costituiti in giudizio il Ministero della Giustizia e la Procura della Repubblica di Imperia, rilevando l'infondatezza dell'appello e chiedendone il rigetto.

Le parti hanno prodotto memorie e depositato documentazione.

La causa è stata discussa e trattenuta per la decisione all'udienza del 10-11-2015.

DIRITTO

Con il primo motivo parte appellante censura la sentenza del Tar per violazione degli artt. 2 e 38 del d.lgs. n. 163/2006, per illogicità e contraddittorietà della motivazione e per violazione dell'articolo 3 della legge n. 241/1990.

Evidenzia, invero, che la pronuncia del giudice di prime cure avrebbe fondato la correttezza della condotta dell'amministrazione sull'articolo 38, lett. f) citato, il quale prevede l'esclusione dalle gare dei soggetti che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione

delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante.

Tuttavia, nella specie vi sarebbe stato un provvedimento implicito, non esternato e, dunque, privo di motivata valutazione.

La censura del difetto motivazionale viene ripresa nel quattordicesimo motivo dell'appello, sotto il profilo che la motivazione dell'atto era ancora più necessaria, in considerazione del fatto che il preesistente contratto tra le parti aveva continuato a svolgersi regolarmente, così ritenendosi la società idonea allo svolgimento del servizio, onde non si comprendevano affatto le ragioni per le quali, con il mancato invito, l'operatore economico era stato ritenuto inidoneo.

Con il secondo motivo denuncia violazione dell'articolo 3 della legge n. 241/1990, degli artt. 97, 111, 24 e 113 della Costituzione e dell'art. 21 octies della legge n. 241/1990, evidenziando che la determinazione di esclusione assume natura discrezionale e, dunque, doveva necessariamente essere esternata. Nella specie, l'amministrazione avrebbe fornito prova delle ragioni del mancato invito solo in corso di causa, producendo corrispondenza e documenti provenienti da organi di polizia giudiziaria. Tale documentazione, peraltro, integrerebbe una motivazione postuma, la quale, ai sensi dell'art. 21 octies, sarebbe ammissibile solo per l'attività vincolata della p.a., ma non per quella discrezionale, come quella che si esplicita nella esclusione per grave inadempienza.

La violazione dell'articolo 21 octies della legge n. 241/1990 viene dedotta anche con il sesto motivo di appello, nel quale si ribadisce che la richiamata norma può operare solo per l'attività vincolata della p.a., ma non anche per quella discrezionale.

Con il terzo motivo la società Area deduce il vizio di ultrapetizione del giudice di primo grado, considerando che mai la difesa dell'Amministrazione aveva invocato in giudizio il richiamato articolo 38, assumendo, a giustificazione della esclusione, l'avvenuta valutazione del grave inadempimento della società.

I richiamati motivi di appello possono essere trattati congiuntamente e, a giudizio della Sezione, non sono meritevoli di favorevole considerazione.

Tanto per le ragioni che di seguito si espongono.

Rileva in primo luogo il Collegio (con ciò confutandosi il terzo motivo) che, fondando il giudice di primo grado la propria decisione sul disposto degli artt. 2 e 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 163/2006, l'organo giudicante non è incorso in alcun vizio di ultrapetizione.

Invero, a fronte della contestazione da parte della società del mancato invito alla gara informale ed in considerazione della affermata esistenza, da parte

dell'amministrazione, di inadempienze dell'operatore nello svolgimento del pregresso rapporto contrattuale, il Tribunale si è limitato ad individuare la normativa sulla base della quale decidere la controversia, avuto riguardo alle contrapposte ragioni, di ordine sostanziale, rappresentate dalle parti.

Correttamente, dunque, l'organo giudicante ha specificato che: "...ai sensi dell'articolo 2 del D.Lgs. 12.4.2006, n.163, l'affidamento e l'esecuzione dei servizi e forniture deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di efficacia, tempestività e correttezza" e che "...in applicazione del citato principio generale, sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti di lavori, servizi e forniture e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che gestisce la gara, o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante".

Ciò premesso, se è vero che la citata norma prevede che l'esclusione venga disposta "secondo motivata valutazione della stazione appaltante", è altresì indubitabile che l'esistenza in tal senso di una valutazione discrezionale dell'amministrazione debba essere verificata avuto riguardo alla peculiarità della vicenda oggetto di causa, la quale si caratterizza per la circostanza che l'operatore non invitato era parte del pregresso rapporto contrattuale inerente lo svolgimento del medesimo servizio oggetto di nuovo affidamento.

In tale situazione, dunque, non può farsi esclusivo riferimento, ai fini dell'accertamento della concreta esistenza di una determinazione di non invito e della sua motivazione, agli atti specificamente inerenti la singola procedura concorsuale, ma occorre estendere l'indagine anche a quelli che hanno caratterizzato il rapporto contrattuale in scadenza.

Sicché la determinazione di mancato invito e le sue ragioni possono essere individuate anche in atti precedenti nei quali la pubblica amministrazione abbia in anticipo chiaramente palesato la propria volontà di non affidare il servizio per il futuro a tale operatore economico.

Tale valutazione, invero, ove esistente, esprime già le ragioni della "motivata valutazione" e va a costituire, nella nuova procedura, l'atto di mancato invito ovvero ad integrare, quanto a supporto motivazionale, l'atto implicito di mancato invito che, in assenza di espressa determinazione provvedimento, voglia individuarsi nel nuovo procedimento di affidamento del servizio.

Tanto è possibile, pur nella diversità formale dei procedimenti, in considerazione della identità dei soggetti coinvolti nelle vicende procedimentali e nel collegamento

tra il precedente rapporto contrattuale ed il nuovo procedimento di affidamento, configurando quest'ultimo l'attività amministrativa diretta alla formazione del nuovo contratto relativo al medesimo servizio.

Orbene, dagli atti di causa risulta la nota prot. n. 3875/14 dell'1-12-2014, a firma del Procuratore della Repubblica di Imperia, nella quale, in riscontro alle giustificazioni rese dalla società Area in ordine a disservizi e ad inadempimenti contestati, il suddetto organo, così si esprime: "...Alla luce di quanto sopra esposto ribadisco la mia convinzione del ricorrere dei presupposti per la risoluzione del contratto ed ancor più di quelli per recesso per giusta causa, essendo venuto meno il rapporto di fiducia. Gli ultimi fatti avvenuti proprio nei locali di questo Ufficio, unitamente agli altri disservizi, non mi lasciano in alcun modo tranquillo, avendo timore che indagini anche per fatti gravi e delicati possano essere gravemente pregiudicate dalla insufficienza delle risorse tecniche ed umane messe a disposizione dalla società Area. Ritengo però che vi sia una soluzione molto più semplice. E', infatti, quasi decorso il periodo di durata del contratto, 12 mesi a decorrere dal 31-3-2014. Alla scadenza il contratto non verrà rinnovato."

Come è ben evidente dal contenuto della suddetta nota, l'Amministrazione ha comunicato in maniera chiara ed inequivoca la volontà di non affidare, alla scadenza del contratto, nuovamente il servizio alla società Area e, dunque, in tal modo anche la determinazione di non invitarla alla successiva procedura concorsuale per l'affidamento del servizio.

Le ragioni di tale determinazione risultano, poi, ampiamente palesate nel contenuto della nota, nella quale si dà conto delle ragioni per le quali non vengono ritenute accoglibili le giustificazioni fornite da Area rispetto ai plurimi inadempimenti in precedenza contestati.

Per le ragioni sopra esposte, deve, di conseguenza, ritenersi che l'atto di mancato invito, pur se implicito nella nuova procedura, vi sia e che lo stesso sia assistito da "motivata valutazione", dovendosi al riguardo fare riferimento ad una determinazione che, se pur precedente, ha già espresso ad Area le ragioni per le quali non si intende più affidare alla stessa il servizio.

Il contenuto della suddetta nota esprime, inoltre, anche le ragioni (prossima scadenza del contratto) per le quali, pur in presenza di gravi violazioni, non si intende addivenire alla risoluzione o al recesso anticipato, manifestando comunque nel contempo la ferma volontà di non rinnovare il rapporto.

Dunque, la "motivata valutazione" esiste anche riguardo alla giustificazione del mancato invito, pur se con riferimento ad una impresa con la quale il precedente rapporto contrattuale si era svolto fino alla naturale scadenza.

Quanto alla dedotta violazione dell'articolo 21 octies della legge n. 241/1990, ritiene la Sezione che la stessa non sia in concreto configurabile.

E' ben vero che la suddetta norma opera in presenza di attività vincolata della pubblica amministrazione. Purtuttavia, va osservato che il giudice di prime cure ne ha fatto corretta applicazione, considerandosi che la assunta determinazione implicita di mancato invito assume, in considerazione della già espressa volontà dell'amministrazione di non rinnovare il contratto, natura di atto vincolato, il cui contenuto era già prefigurato nella citata nota del Procuratore della Repubblica dell'1-12-2014.

Si vuole in sostanza affermare che la discrezionalità dell'Amministrazione in ordine alla motivata valutazione circa la sussistenza di inadempimenti escludenti era già stata esercitata (e consumata) nella citata determinazione dell'1-12-2014; con la conseguenza, che il mancato invito si palesa come atto vincolato, meramente applicativo di una scelta già in precedenza espressa dall'organo pubblico.

Pertanto, correttamente il giudice di primo grado ha richiamato la disposizione di cui all'articolo 21 octies della legge n. 241/1990, secondo cui non è annullabile il provvedimento quando risulti che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Orbene, sia in considerazione del contenuto di tale norma, sia in relazione al chiaro tenore della citata nota del Procuratore della Repubblica dell'1-12-2014, è da escludersi che nella vicenda in esame vi sia stata una inammissibile integrazione postuma della motivazione.

Le considerazioni sopra svolte evidenziano, pertanto, l'infondatezza del primo, secondo, terzo, sesto e quattordicesimo motivo dell'appello.

Esse palesano, altresì, la non divisibilità delle censure proposte con il settimo ed ottavo motivo dell'appello, con le quali la sentenza del Tribunale viene censurata per illogicità, contraddittorietà, insufficienza ed omissione della motivazione, assumendosi che la stessa sarebbe apodittica e solo apparente.

Al riguardo la società appellante censura il passaggio motivazionale con il quale il giudice di primo grado ha affermato: "Ritenuto pertanto che, benchè la decisione di non invitare alla nuova gara la ditta ricorrente – di fatto escludendola – sia immotivata, nondimeno sia palese e comunque provato che il contenuto della decisione non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, sicchè essa non è comunque annullabile ai sensi dell'art. 21 octies L. n. 241/1990".

Evidenzia, in particolare, che verrebbe dato atto della carenza di motivazione del provvedimento implicito e, nel contempo, affermata la sua legittimità, rilevando,

altresì, che non sarebbe possibile comprendere perché il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso, atteso che tale valutazione discrezionale è di esclusiva competenza della p.a.

Rileva in proposito il Collegio che il censurato passaggio motivazionale trova legittimo fondamento nella natura vincolata dell'atto di mancato invito, così come sopra chiarito, e della conseguente possibile applicazione dell'articolo 21 octies della legge n. 241/1990.

Quanto alla ritenuta invasione, da parte del giudice, della sfera discrezionale propria della pubblica amministrazione, vi è da considerare che parimenti essa non sussiste, atteso che la Procura della Repubblica aveva già sostanzialmente reso tale motivata valutazione con la predetta nota dell'1-12-2014 e che il Tribunale, nei limiti del suo sindacato di legittimità, si è limitato a prendere atto della sussistenza degli episodi di negligenza e di inadempimento che l'amministrazione aveva contestato alla società ed, in relazione ai quali, quest'ultima si era determinata a non rinnovare il rapporto contrattuale.

Può a questo punto passarsi all'esame del quarto e del quinto motivo di appello, che attengono alle valutazioni compiute dal Tribunale in ordine agli episodi di grave negligenza posti in essere dalla società nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali.

Con il quarto motivo l'appellante deduce erroneità e/o illogicità della motivazione per erronea e/o falsa valutazione dei fatti, evidenziando che dagli atti non risulterebbe alcun episodio di grave negligenza e sottolineando altresì che tanto sarebbe escluso dalla circostanza che, pur dopo la scadenza del contratto, essa avrebbe svolto nuovi incarichi conferiti dal Tribunale di Imperia.

Con il quinto motivo lamenta violazione e/o errata applicazione dell'art. 64 c.p.a. ed erroneità per travisamento dei fatti, censurando la sentenza di prime cure nella parte in cui asserisce che la società non avrebbe contestato specificamente, così ammettendoli, i fatti addebitati.

Riferisce in proposito che gli addebiti sarebbero stati oggetto di specifica contestazione, sia in sede amministrativa (comunicazione del 6-11-2014) sia in sede giurisdizionale (memoria del 22-3-2015) e che l'insussistenza di inadempimenti sarebbe dimostrata anche dalla circostanza che tutti i servizi svolti dalla società Area erano stati regolarmente saldati.

Le censure non sono meritevoli di favorevole considerazione e non possono condurre alla riforma della gravata sentenza per le ragioni che di seguito si espongono.

Pur dandosi atto della circostanza che la società ha replicato alle contestazioni di inadempimento mosse dalla Procura della Repubblica, va, peraltro, evidenziato che

l'atto di esclusione (nella specie, mancato invito) è determinazione discrezionale rimessa alla stazione appaltante.

Si è sopra visto come tale determinazione sia contenuta nella citata nota dell'1-12-2014 e che la stessa sia intervenuta a seguito di numerose segnalazioni di disservizio nelle prestazioni contrattuali di Area ed, in particolare, per confutare le giustificazioni da quest'ultima rese con nota del 6-11-2014.

Ciò posto, si osserva che la difesa erariale ha depositato in primo grado documentazione dalla quale si rilevano disservizi ed inadempimenti, specificamente indicati e contestati alla ditta appellante (mancata puntuale evasione di chiamate al centro assistenza, ritardi nell'attivazione di operazioni di intercettazione, affidamento dei servizi a personale estraneo alla società Area senza autorizzazione, mancata presenza in Regione di personale qualificato, problematiche tecniche relative alle apparecchiature fornite).

Nella nota del 6-11-2014 la società Area in buona sostanza non contesta la veridicità di quanto segnalato dalla Procura della Repubblica, ma si limita ad evidenziare che le problematiche sono state risolte ed a specificare che verrebbero pretese misure organizzative non contemplate in contratto.

A tali giustificazioni la Procura della Repubblica ha puntualmente replicato, sia con riferimento ai disservizi di carattere tecnico ed alla loro incidenza sulla efficace attività di indagine sia con riferimento alla inadeguatezza delle risorse umane, specificando che la natura e la delicatezza del servizio richiedono la presenza in Regione di personale qualificato, che possa assicurare un intervento immediato, altresì ribadendo il grave inadempimento verificatosi, in un contratto secretato, affidando l'esecuzione delle prestazioni ad altra società senza richiedere alcuna preventiva autorizzazione.

Orbene, da quanto sopra rileva la Sezione che, nei limiti del sindacato consentito al giudice amministrativo sull'esercizio dell'attività discrezionale della pubblica amministrazione, la determinazione della Procura della Repubblica di non invitare la società appellante risulta legittima, validamente giustificando, in relazione alle argomentazioni svolte, il potere di mancato invito alla nuova gara.

Né può desumersi l'assenza delle gravi negligenze dall'avvenuto pagamento delle prestazioni, considerandosi che tale circostanza ben si giustifica in relazione alla scelta dell'amministrazione palesata nella citata nota dell'1-12-2014 (in luogo di ricorrere al recesso o alla risoluzione, proseguire comunque il rapporto fino alla naturale scadenza, escludendone il rinnovo).

Vanno, di conseguenza, respinti il quarto ed il quinto motivo di appello.

Può a questo punto passarsi alla disamina dei motivi dal nono al tredicesimo, con i quali la sentenza di prime cure viene censurata, nella determinazione reiettiva assunta, per non avere tenuto conto che l'esclusione della società Area, primario operatore del settore: a) contrasta con la libertà garantita dall'articolo 41 Cost., letta alla luce dei valori comunitari, risultando l'appellante arbitrariamente privata della possibilità di concorrere all'affidamento di un servizio in un mercato caratterizzato dalla presenza di un numero molto ristretto di operatori (nono motivo); b) contrasta con i valori di cui agli artt. 41 e 97 Cost., avendo l'esclusione arbitraria ed immotivata privato la società della possibilità di concorrere in parità di condizioni con gli altri operatori (decimo motivo); c) viola gli artt. 2, 17 e 27 del Codice Appalti, che impongono di rispettare negli affidamenti retti da procedura segreta i principi di economicità, imparzialità, trasparenza, proporzionalità, parità di trattamento ed apertura alla concorrenza (undicesimo motivo); d) viola gli articoli 62, 76, 79, 122, 123, 124 e 125 del d.lgs. n. 163/2006, in quanto nelle procedure di natura ristretta vi è obbligo per l'amministrazione di informare gli interessati, comunicando apposito avviso per manifestazione di interesse (dodicesimo motivo); e) viola la specifica normativa di settore di cui al d.m. Giustizia del settembre 2002 che richiama l'applicazione dei principi di pubblicità, economicità, efficacia, trasparenza, imparzialità, proporzionalità e parità di trattamento (tredicesimo motivo).

Parte appellante rinforza, poi, la richiesta di applicazione dei suddetti principi, facendo leva sulla sua posizione qualificata di precedente affidatario del servizio, rinvenendo anche una lesione del principio del legittimo affidamento derivantegli da tale qualità e dalla circostanza che comunque, sia pur successivamente alla scadenza dell'originario contratto, essa era stata richiesta di alcuni servizi da parte della Procura della Repubblica.

I motivi di ricorso sopra riportati non sono meritevoli di favorevole considerazione.

Va, invero, evidenziato, per quanto sopra esposto, che il mancato invito della società Area trova legittima giustificazione in una ragione impeditiva alla partecipazione espressamente stabilita dall'articolo 38 del d.lgs. n. 163/2006 ed in relazione alla quale, sia pure nei termini sopra precisati (nota dell'1-12-2014), l'amministrazione ha effettuato una sua motivata valutazione, che, nei limiti del sindacato consentito al giudice amministrativo, si presenta legittima.

Si è, dunque, in presenza di un mancato invito consentito dalla normativa, il quale non è arbitrario né irragionevole.

Di conseguenza, non possono essere utilmente invocati le norme ed i principi richiamati nei suddetti motivi di ricorso per dedurre la violazione, considerandosi che, in presenza di una ragione di esclusione espressamente prevista dall'ordinamento, tale violazione non sussiste.

Né parte appellante può utilmente invocare il principio del legittimo affidamento, riveniente dalla sua posizione di precedente contraente e dalla circostanza che comunque, sia pur dopo la cessazione dell'originario contratto, essa ha svolto ulteriori servizi per la Procura.

Osserva in proposito la Sezione che l'affidamento all'invito derivante dalla qualità di precedente contraente viene senz'altro meno nel caso in cui l'Amministrazione abbia in maniera espressa manifestato all'operatore economico di non volere più, scaduto il contratto, intrattenere rapporti giuridici con lo stesso in ragione di inadempienze e disservizi verificatisi.

Un legittimo affidamento non può neppure desumersi dalla circostanza che, pur dopo la scadenza del contratto, alla società siano stati comunque richieste alcune prestazioni.

Ritiene, invero, il Collegio che la chiara volontà manifestata con la predetta nota dell'1-12-2014 non possa dirsi superata dalla successiva richiesta di singole e specifiche prestazioni, laddove queste possono essere determinate dalle più svariate e contingenti esigenze, oltretutto relative a prestazioni singole e non inserite in un rapporto duraturo e continuativo.

Con il quindicesimo motivo la Area s.p.a. deduce: eccesso di potere per illogicità grave e manifesta; violazione degli artt. 3 e 97 Cost.; eccesso di potere per ingiustizia manifesta; nullità della sentenza per omessa motivazione.

Rileva in proposito che la disposta esclusione è arbitraria ed ingiusta, avendo la società adempiuto ai propri obblighi contrattuali, rilevando l'omessa motivazione della scelta dell'amministrazione; la sentenza sarebbe erronea, in quanto, travisando i fatti e sostituendosi a valutazioni discrezionali dell'amministrazione, assume esservi stato un inadempimento rilevante, sollevando peraltro l'amministrazione dall'onere motivazionale tramite una erronea applicazione dell'art. 21 octies della legge n. 241/1990.

La censura è infondata, richiamandosi in proposito le considerazioni già svolte in ordine alla esistenza di una motivata valutazione della p.a., all'avvenuto mero controllo di legittimità da parte dell'organo giudicante delle ragioni del mancato invito desumibili dalla documentazione prodotta in giudizio e comunque palesate dall'amministrazione alla società Area, nonché alla condivisibile applicazione nella peculiare fattispecie in esame dell'articolo 21 octies della legge n. 241/1990.

Il richiamo alle argomentazioni sopra svolte evidenzia, infine, la non condivisibilità del sedicesimo motivo di ricorso, con il quale, deducendosi violazione di legge ed eccesso di potere sotto molteplici profili, la sentenza gravata viene censurata per avere giustificato a posteriori la scelta implicita dell'amministrazione, ammettendo la

possibilità di una motivazione postuma, peraltro direttamente confezionata dal giudice di primo grado.

Come si è in precedenza visto, le ragioni del mancato invito, sostanzialmente espresse nella citata nota dell'1-12-2014 a cagione di inadempienze contestate alla società e risultanti dalla documentazione prodotta in giudizio dall'amministrazione, non sono state confezionate dal giudice di primo grado, ma rese dalla stessa amministrazione, essendosi il giudice limitato a vagliarne la legittimità e comunque a verificare la non annullabilità di un atto implicito, interno allo specifico procedimento, sostanzialmente vincolato per effetto di scelte già in precedenza espresse dalla Procura della Repubblica.

In conclusione, dunque, l'appello deve essere rigettato e la gravata sentenza confermata.

Sussistono, in relazione alla peculiarità della vicenda ed alla novità delle questioni affrontate, validi motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

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

Spese compensate.

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

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

Paolo Numerico, Presidente

Raffaele Potenza, Consigliere

Andrea Migliozi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Francesco Mele, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/12/2015

IL SEGRETARIO

N. 05651/2015REG.PROV.COLL.
N. 03489/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3489 del 2015, proposto dalla Diodoro Ecologia s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Pietro Referza, con domicilio eletto presso il dott. Antonio Ruggero Bianchi in Roma, Via Leonardo Greppi 77;

contro

Rieco s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Tommaso Marchese e Stefano Colombari, con domicilio eletto presso il dott. Alfredo Placidi in Roma, Via Cosseria 2;

nei confronti di

Comune di Silvi; Tekneko s.r.l.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. ABRUZZO n. 97/2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento della gestione del servizio di igiene urbana comunale per il periodo 2014/2021.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Rieco s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 novembre 2015 il Cons. Nicola Gaviano

e uditi per le parti l'avvocato Emanuela Paoletti su delega dell'avvocato Pietro Referza, nonché l'avvocato Giulio Cerceo su delega dell'avvocato Tommaso Marchese;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 La Rieco s.p.a. partecipava alla procedura d'appalto indetta dal Comune di Silvi per l'affidamento della gestione del servizio di igiene urbana per il periodo 2014-2021 classificandosi al terzo posto, dietro l'aggiudicataria Diodoro Ecologia s.p.a. (di seguito, anche la DIODORO) e la Tekneko s.r.l..

Con ricorso al T.A.R. per l'Abruzzo la stessa soc. Rieco (di seguito, la RIECO) impugnava, indi, il relativo bando, pubblicato il 18 ottobre 2013, con tutti gli atti della gara nonché la determina dirigenziale n. 292 del 30 giugno 2014 di aggiudicazione definitiva dell'appalto.

Con motivi aggiunti l'impugnativa veniva estesa al diniego di riesame in autotutela degli atti di gara formalizzato dal Comune in corso di causa con atto del 18 settembre 2014.

La controinteressata si costituiva in giudizio in resistenza al ricorso spiegando ricorso incidentale.

2 All'esito del giudizio di primo grado il Tribunale adito, con la sentenza n. 97/2015 in epigrafe, respinti il ricorso incidentale e l'eccezione della stessa controinteressata di tardività del gravame principale, accoglieva quest'ultimo: tanto sul rilievo che la Stazione appaltante in violazione degli artt. 2 e 83 del d.lgs. n. 163/2006 aveva ommesso di definire sub-criteri e sub-punteggi per quasi tutti le voci-criterio dell'appalto, e che i sub-criteri mancanti per la valutazione delle offerte tecniche erano stati stabiliti in seguito dalla Commissione in contrasto, anche sotto questo profilo, con il suddetto art. 83.

Il T.A.R. annullava pertanto il bando e, di riflesso, l'intera procedura di gara.

3 Avverso tale decisione seguiva allora la proposizione del presente appello alla Sezione da parte dell'aggiudicataria soccombente, che si doleva del rigetto dei primi due motivi del ricorso incidentale e della propria eccezione di tardività dell'impugnativa avversaria, della quale contestava, infine, l'accoglimento.

La RIECO resisteva all'appello, deducendone l'infondatezza e domandandone la reiezione.

La DIODORO con successiva memoria riprendeva e sviluppava, in particolare, il proprio secondo motivo d'appello, insistendo per il suo accoglimento.

L'appellata controdeduceva anche ai contenuti di tale memoria.

Le due contendenti presentavano infine degli scritti di replica.

Alla pubblica udienza del 24 novembre 2015 la causa è stata trattenuta in decisione.

4 L'appello è fondato.

Merita difatti accoglimento il suo assorbente secondo motivo, con il quale è stato riproposto il secondo mezzo del ricorso incidentale di prime cure, teso a far emergere l'illegittimità della partecipazione alla gara della RIECO a causa della violazione, da parte sua, delle norme in tema di oneri di sicurezza.

4a L'aggiudicataria con il proprio motivo ha dedotto che la RIECO, diversamente dalle altre concorrenti, non aveva indicato in nessun allegato della propria offerta l'importo corrispondente ai propri oneri di sicurezza aziendali, limitandosi a menzionare quello degli oneri (c.d. oneri da interferenze) già fissati dalla Stazione appaltante a monte della procedura.

4b Il Tribunale ha disatteso la censura osservando, in sintesi, che i costi di sicurezza della cui mancata indicazione si tratta avrebbero potuto rilevare unicamente ai fini della verifica di anomalia dell'offerta economica della RIECO. Inoltre, poiché la *lex specialis* non richiedeva -tantomeno a pena di esclusione- la loro indicazione, l'Amministrazione, anche in omaggio al vigente canone della tassatività delle cause di esclusione, non avrebbe potuto adottare misure espulsive prima di aver chiesto integrazioni istruttorie sul punto.

4c L'impostazione seguita dal primo Giudice, per quanto astrattamente non implausibile, non resiste, però, alle critiche mosse dall'appellante sulla scia degli indirizzi giurisprudenziali ormai convalidati dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio.

4c1 Conviene subito ricordare che tale Consesso con la decisione 20 marzo 2015 n. 3 ha enunciato il principio che "Nelle procedure di affidamento di lavori i partecipanti alla gara devono indicare nell'offerta economica i costi interni per la sicurezza del lavoro, pena l'esclusione dell'offerta dalla procedura anche se non prevista nel bando di gara".

La pronuncia ha puntualizzato, in particolare, che "l'omessa specificazione nelle offerte per lavori dei costi di sicurezza interni configura un'ipotesi di <<mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice>> idoneo a determinare <<incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta>> per difetto di un suo elemento essenziale, e comporta perciò, anche se non prevista nella *lex specialis*, l'esclusione

dalla procedura dell'offerta difettosa per l'inosservanza di un precetto a carattere imperativo che impone un determinato adempimento ai partecipanti alla gara (cfr. Cons. Stato, A.P. sentenza n. 9 del 2014), non sanabile con il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante ..., non potendosi consentire di integrare successivamente un'offerta dal contenuto inizialmente carente di un suo elemento essenziale”.

La medesima Adunanza Plenaria con la sua più recente sentenza 2 novembre 2015 n. 9 ha espresso, infine, l'avviso che “non sono legittimamente esercitabili i poteri attinenti al soccorso istruttorio, nel caso di omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, anche per le procedure nelle quali la fase della presentazione delle offerte si è conclusa prima della pubblicazione della decisione dell'Adunanza Plenaria n.3 del 2015”.

4c2 Al fine di approfondire il senso di questi riferimenti è necessario rammentare che l'Adunanza è stata chiamata a pronunciarsi sulla materia con l'ordinanza 16 gennaio 2015 n. 88 di questa Sezione, dalla quale è stata sollecitata a verificare, precisamente, se l'articolo 87, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006, riferito agli oneri di sicurezza c.d. aziendali, fosse “prescrizione di respiro universale ovvero norma relativa ai soli appalti di servizi e di forniture, cui si riferisce espressamente l'inciso finale con il rinvio "all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture.” ”

Questa Sezione, nell'occasione, ha infatti sottoposto all'esame dell'Adunanza la seguente impostazione.

“A fronte dell'ambiguità della sopra riportata disposizione sono maturate due differenti opzioni interpretative.

Secondo una prima lettura, di matrice estensiva, la ratio della norma, che impone ai concorrenti di indicare già nell'offerta l'incidenza degli oneri di sicurezza aziendali, risponde a finalità di tutela della sicurezza dei lavoratori e, quindi, a valori sociali e di rilievo costituzionale che assumono rilievo anche nel settore dei lavori pubblici. Anzi, proprio in quest'ultimo settore il ripetersi di infortuni gravi, dovuto all'utilizzo di personale non sempre qualificato, porta a ritenere che l'obbligo di indicare sin dall'offerta detti oneri debba valere ed essere apprezzato con particolare rigore. ...

Si è poi osservato (Cons. Stato, sez. III, 3 luglio 2013, n. 3565) che "tale indicazione costituisce sia nel comparto dei lavori che in quelli dei servizi e delle forniture un adempimento imposto dagli artt. 86 comma 3 bis e 87 comma 4, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 all'evidente scopo di consentire alla stazione appaltante di adempiere al suo onere di verificare il rispetto di norme inderogabili a tutela dei fondamentali interessi dei lavoratori in relazione all'entità ed alle caratteristiche del lavoro, servizio o fornitura da affidare; stante la natura di obbligo legale rivestita dall'indicazione, è irrilevante la circostanza che la lex specialis di gara non abbia richiesto la medesima

indicazione, rendendosi altrimenti scusabile una ignorantia legis; poiché la medesima indicazione riguarda l'offerta, non può ritenersene consentita l'integrazione mediante esercizio del potere/dovere di soccorso da parte della stazione appaltante, ex art. 46 comma 1 bis, cit. d.lg. n. 163 del 2006, pena la violazione della par condicio tra i concorrenti".

Tuttavia, recentemente, la giurisprudenza amministrativa (in particolare Cons. Stato, sez. V, 7 maggio 2014, n. 2343; 9 ottobre 2013, n. 4964) ha fornito una lettura diversa della norma, ritenendo che l'obbligo di indicare nell'offerta gli oneri di sicurezza aziendali riguardi solo gli appalti di servizi o di forniture ...".

“Seguendo questa linea interpretativa, si giunge ad affermare che "l'obbligo di dichiarare, a pena di esclusione, i costi per la sicurezza interna previsto dall'art. 87, comma 4, d.lgs. n. 163/2006 si applica alle sole procedure di affidamento di forniture e di servizi. ...

Alla luce di tali contrasti deve quindi rimettersi all'Adunanza Plenaria la soluzione della questione preliminare relativa all'estensione dell'articolo 87, comma 4, del codice dei contratti pubblici anche ai contratti relativi a lavori pubblici” (così l’ordinanza n. 88/2015 cit.).

4c3 Orbene, l’Adunanza Plenaria con la decisione 20 marzo 2015, n. 3, in aderenza alla struttura logica dell’ordinanza di rimessione, ha identificato il quesito rivoltole, appunto, nella possibilità o meno di una “estensione dell’articolo 87, comma 4, del Codice anche ai contratti pubblici relativi ai lavori” (corsivo qui aggiunto). E all’esito della propria analisi si è espressa al riguardo in senso affermativo, reputando incoerente “non imporre ai concorrenti, per i soli appalti di lavori, un identico obbligo di indicazione nelle offerte dei loro costi specifici” (n.d.r.: identico a quello previsto per gli appalti degli altri settori), e concludendo, pertanto, proprio con l’enunciazione dell’ “obbligo dei concorrenti di presentare i costi interni per la sicurezza del lavoro anche nelle offerte relative agli appalti di lavori” (cfr. i paragr. 1.4, 2.7 e 2.9 della sentenza n. 3; l’Adunanza ha da ultimo ribadito in questi termini il proprio decisum in occasione della sua successiva pronuncia 2 novembre 2015, n

4c4 La ricognizione che precede denota che le enunciazioni fatte dall’Adunanza Plenaria in materia di oneri di sicurezza si sono sostanziate in un’estensione, al settore degli appalti di lavori, di regole ritenute già in partenza vigenti per quello degli appalti di servizi.

L’impostazione alla base della pronuncia della Plenaria poggia, perciò, sul presupposto dell’applicabilità in primis delle regole dianzi viste proprio a questo secondo settore di appalti.

Ne consegue l’inaccettabilità della tesi della RIECO che in tema di appalti di servizi,

diversamente da quelli di lavori, non occorrerebbe (se non prescritta dal bando) l'indicazione in sede di offerta degli oneri di sicurezza c.d. interni/aziendali, dal momento che una simile lettura è incompatibile con il presupposto interpretativo sul quale l'anzidetta decisione n. 3/2015 è imperniata.

4c5 La giurisprudenza ha condivisibilmente sottratto a questo rigore, per un verso, gli appalti di servizi di natura prettamente intellettuale (v. ad es. C.d.S., V, 17 giugno 2014, n. 3054; III, 21 novembre 2014, n. 5746), e per altro verso, in caso di silenzio sul punto da parte della lex specialis, gli appalti di servizi rientranti nelle tipologie di cui all'all. II B del d.lgs. n. 163/2006 (l'art. 20 dello stesso Codice, infatti, non reca rinvio alle regole sugli oneri di sicurezza: v. ad es. C.d.S., V, 2 ottobre 2014, n. 4907; III, 4 marzo 2014, n. 1030).

Ma per gli appalti di servizi che, come quello in controversia, non rientrino nelle fattispecie derogatorie appena viste, e siano suscettibili di dar luogo a problematiche di sicurezza sul lavoro, il Collegio, pur non potendo disconoscere l'esistenza di pronunce diversamente orientate (in particolare, Sez. VI, 9 aprile 2015, n. 1798), è dell'avviso che la logica della posizione assunta dall'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 3/2015 imponga l'applicazione degli stessi principi qui riassunti nel precedente paragr. 4c1.

Ne consegue che le obiezioni opposte dalla RIECO al secondo motivo d'appello si rivelano infondate.

4d L'appellata ha insistito, in particolare, sulla circostanza di essersi attenuta, nella redazione della propria offerta, alle indicazioni della lex specialis e alla modulistica predisposta dalla Stazione appaltante, le quali, tuttavia, non solo non contemplavano la necessità dell'indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, ma non sarebbero state neppure compatibili con l'esposizione del relativo dato.

Se però si ha riguardo alla scheda in "ALLEGATO B" corredante il Modello 3 - "OFFERTA ECONOMICA", si può osservare quanto segue:

- il confronto tra le schede rispettivamente compilate dalle due contendenti (cfr. le pagg. 108 e 132 della produzione in primo grado della DIODORO) rende chiaro come il relativo modulo potesse agevolmente essere integrato con l'indicazione degli oneri di sicurezza c.d. interni o aziendali, come ha fatto appunto l'aggiudicataria;
- anche la RIECO aveva, del resto, ampiamente integrato, ma solo ad altri fini, il modulo della suddetta scheda pubblicato dall'Amministrazione (modulo che constava in origine di 13 voci, che sarebbero diventate ben 19 nella compilazione fattane dall'appellata: cfr. le pagg. 78 e 108 della produzione documentale testé citata): sicché l'omissione in cui la RIECO è incorsa è vieppiù ardua da giustificare.

4e La società appellata, infine, per l'eventualità che venisse accolta l'interpretazione normativa avversaria, ha dedotto la possibile incostituzionalità delle norme degli artt. 26, comma 6, d.lgs. n. 81/2008, nonché 86, comma 3-bis, e 87, comma 4, d.lgs. n. 163/2006, per violazione degli artt. 3 e 41 della Costituzione.

I dubbi così prospettati -peraltro, in forma apodittica- si presentano, tuttavia, manifestamente infondati.

La pur modesta incidenza quantitativa degli oneri aziendali di sicurezza sul valore dell'appalto in controversia non toglie che la relativa indicazione assolve, alla stregua della giurisprudenza dianzi citata, un'importante funzione connessa alla salvaguardia delle maestranze impiegate nello svolgimento dell'appalto.

L'adempimento dell'onere dichiarativo imposto dalla legge, d'altra parte, non presenta alcuna particolare onerosità o complessità per le aziende tenutevi, come conferma anche il fatto che nello specifico altre concorrenti vi abbiano adempiuto.

Poiché, infine, il servizio oggetto d'appalto nel caso concreto non è di natura tale da poter far escludere l'inerenza ad esso di implicazioni di tutela della sicurezza dei lavoratori, nello specifico non può nemmeno ritenersi dotata di rilevanza la prospettazione di parte secondo la quale l'applicazione agli appalti di servizi di regole simili a quelle degli appalti di lavori comporterebbe l'eguale trattamento di situazioni diverse.

Ne consegue che l'asserto di parte per cui le norme citate "si porrebbero in palese contrasto con il principio di ragionevolezza ... e ... di libera iniziativa economica" risulta carente, nei termini in cui presentato, del necessario principio di giustificazione.

5 Per le ragioni esposte l'appello deve trovare accoglimento. La riscontrata fondatezza dell'originario ricorso incidentale, dalla sicura valenza escludente, comporta invero l'inammissibilità dell'iniziale impugnativa della RIECO.

Com'è noto, infatti, l'Adunanza Plenaria, attraverso le proprie decisioni nn. 4 del 2011 e 9 del 2014, ha definito i rapporti tra ricorso principale e incidentale tracciando le seguenti coordinate:

- nel giudizio di primo grado avente a oggetto procedure di gara deve essere esaminato prioritariamente, rispetto al ricorso principale, il ricorso incidentale (c.d. escludente) che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso, ovvero sarebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'Amministrazione;

- la mera partecipazione di fatto alla gara pubblica non è elemento sufficiente al riconoscimento della legittimazione al ricorso, atteso che questa deriva da una qualificazione di carattere normativo e postula un esito positivo del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva: di conseguenza, la definitiva esclusione, o l'accertamento dell'illegittimità della partecipazione alla gara, impediscono, di regola, di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva: e il positivo riscontro della legittimazione al ricorso, sempre secondo le puntualizzazioni dell'Adunanza Plenaria, è necessario tanto per far valere un interesse, cd. finale, al conseguimento dell'appalto, quanto per perseguire un interesse meramente strumentale diretto alla caducazione dell'intera gara;

- una legittimazione impugnatoria del ricorrente in via principale – che sia stato estromesso dalla gara per atto dell'Amministrazione, ovvero, nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale - può essere riconosciuta soltanto ove l'aggiudicazione sia stata disposta a favore del solo concorrente rimasto in concreto in gara, e sempre che le offerte delle due contendenti siano denunziate affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale.

6 L'esito favorevole dell'appello non toglie, nondimeno, che le valutazioni espresse dal T.A.R. sull'illegittimità del bando posto a base della gara potranno formare oggetto di opportuna valutazione da parte della Stazione appaltante, al fine di verificare se ricorrano in concreto i presupposti per un eventuale intervento di annullamento della procedura in sede di autotutela amministrativa.

La scarsa chiarezza, infine, delle norme di legge disciplinanti la materia degli oneri di sicurezza, e le conseguenti incertezze manifestate in proposito dalla giurisprudenza, giustificano la compensazione tra le parti delle spese processuali del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo accoglie, e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso incidentale spiegato in primo grado e dichiara inammissibile l'originario ricorso principale.

Compensa tra le parti le spese processuali del doppio grado di giudizio.

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

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

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

Carlo Schilardi, Consigliere
L'ESTENSORE IL PRESIDENTE
DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/12/2015

IL SEGRETARIO

N. 05655/2015REG.PROV.COLL.

N. 04393/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Stato

IN NOME DEL

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4393 del 2015, proposto dalla società Telia Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanni Caputi, Pietro Falcicchio e Rosamaria Berloco, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Sardegna, 14;

contro

Comune di Capaccio, in persona del sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Marcello Fortunato, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Guido Lenza in Roma, via XX Settembre, 98/E;

nei confronti di

Gorrasi Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,

rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Brancaccio e Alberto La Gloria, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Taranto, 18;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per la Campania – sede staccata di Salerno - Sezione I, n. 331 del 9 febbraio 2015.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Capaccio e della società Gorrasi Costruzioni s.r.l.;

Viste le memorie difensive depositate dal Comune di Capaccio (in data 7 e 13 novembre 2015), dalla società Gorrasi Costruzioni s.r.l. (in data 7 e 12 novembre 2015) e dalla società appellante (in data 7 e 13 novembre 2015);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 novembre 2015 il consigliere Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati Borioni, su delega dell'avvocato Giovanni Caputi, e Alberto La Gloria;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'oggetto del presente giudizio è costituito dalla procedura di gara - indetta nel giugno 2014 dal comune di Capaccio per la progettazione esecutiva e la realizzazione del centro natatorio comunale - aggiudicata in via definitiva alla società Gorrasi Costruzioni s.r.l. (in prosieguo ditta Gorrasi, cfr. determinazione dirigenziale n. 66 del 27 ottobre 2014).

1.1. Il criterio di selezione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa con la previsione di varianti migliorative relative, inter alios, agli elementi della qualità architettonica, tipologia e caratteristiche dei materiali di finitura da utilizzare per i diversi componenti edilizi del sistema costruttivo (punti IV.2.1. e VI.2, lett. b.2 del Bando e punto 3.1. pagina 7, del Disciplinare).

1.2. Alla gara hanno partecipato sette imprese; al primo posto si è classificata la ditta Gorrasi con punti 97,42; al secondo posto si è classificata la società Telia Costruzioni s.r.l. (in prosieguo ditta Telia) con punti 89,34.

2. La ditta Telia ha impugnato davanti al T.a.r. per la Campania gli atti della procedura articolando due autonomi motivi di ricorso e proponendo domanda di risarcimento del danno.

La ditta Gorrasi ha proposto a sua volta ricorso incidentale affidato a tre autonomi motivi.

3. L'impugnata sentenza - T.a.r. per la Campania – sede staccata di Salerno - Sezione I, n. 331 del 9 febbraio 2015 -:

a) ha ritenuto dirimente, fondato e assorbente l'esame del primo motivo del ricorso incidentale nella parte cui ha introdotto una censura c.d. escludente;

b) ha ritenuto che la ditta Telia avrebbe dovuto essere esclusa per non aver dichiarato, in sede di gara, il nominativo dell'impresa subappaltatrice, venendo in rilievo una ipotesi di sub appalto c.d. necessario (caratterizzato dalla carenza di qualificazione della ditta Telia in relazione a tre categorie specializzate), e dovendosi pertanto ritenere insufficiente la semplice dichiarazione resa da quest'ultima di sub appaltare i lavori concernenti le suddette tre categorie speciali;

c) ha dichiarato inammissibile per carenza di interesse il ricorso principale della ditta Telia;

d) ha condannato il comune e la ditta Telia a rifondere le spese di lite in favore della ditta Gorrasi.

4. Con atto ritualmente notificato e depositato – rispettivamente in data 8 e 21 maggio 2015 – la ditta Telia ha interposto appello avverso la su menzionata sentenza:

a) con il primo mezzo (pagine 4 - 13), ha contestato l'accoglimento del primo motivo del ricorso incidentale di primo grado;

b) con il secondo e terzo mezzo (pagine 14 - 23), ha riproposto gli originari due motivi posti a sostegno del ricorso di primo grado e la domanda risarcitoria.

5. Si sono costituiti in giudizio il comune di Capaccio e la ditta Gorrasi deducendo l'inammissibilità e l'infondatezza del gravame in fatto e diritto; la ditta contro interessata ha riproposto i motivi a sostegno del proprio ricorso incidentale di primo grado non esaminati dall'impugnata sentenza.

6. La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 24 novembre 2015.

7. Preliminarmente, il Collegio osserva che:

a) il primo motivo dell'appello proposto dalla ditta Telia è manifestamente fondato alla luce dei principi da ultimo elaborati dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio, secondo cui l'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell'offerta non è mai obbligatoria, neppure nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione richiesta dalla disciplina di gara (cfr. sentenza n. 9 del 2015, cui si rinvia a mente del combinato disposto degli artt. 74 e 120, co. 10, c.p.a.); a tanto consegue il rigetto del primo motivo del ricorso incidentale proposto in primo grado dalla ditta Gorrasi;

b) a seguito della proposizione dell'appello da parte della ditta Telia e della riproposizione dei motivi a corredo del ricorso incidentale da parte della ditta Gorrasi, è riemerso l'intero thema decidendum del giudizio di primo grado, sicché, per ragioni di comodità espositiva, si prendono in esame direttamente i relativi motivi che ne costituiscono il perimetro invalicabile ai sensi dell'art. 104, co. 1, c.p.a.;

c) seguendo le coordinate ermeneutiche fissate dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio (cfr. sentenze nn. 7 del 2014, 9 del 2014 e 5 del 2015), poiché il secondo e terzo motivo del ricorso incidentale non introducono cause escludenti della ditta Telia ed essendo al contempo manifestamente inammissibili e infondati i motivi posti a corredo del ricorso principale di primo grado, si limiterà ad esaminare esclusivamente quest'ultima impugnativa.

7.1. Con il primo motivo del ricorso principale di primo grado (pagine 4 - 9), la ditta Telia ha dedotto che: I) la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere la ditta aggiudicataria perché la proposta di variante migliorativa relativa all'elemento T.1.2. – copertura della vasca della piscina – era inammissibile in quanto recante una soluzione tecnica eccedente i limiti inderogabili previsti dalla legge di gara; in particolare la ditta Gorrasi, invece di realizzare 16 pilastri di cemento armato gettati in opera, li ha sostituiti con 16 pilastri prefabbricati (e pareti esterne dell'involucro sempre in strutture prefabbricate); II) in ogni caso la commissione avrebbe dovuto assegnare all'offerta tecnica della ditta Gorrasi, in relazione all'elemento T.1.2., un punteggio pari a zero.

7.1.1. Il motivo è sia inammissibile che infondato e deve essere respinto nella sua globalità alla stregua delle seguenti considerazioni in fatto e diritto:

a) in base a un consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr. Corte giust. UE, 12 marzo 2015, C-538/13, eVigilio Ltd; Cons. Stato, Ad. plen., 30 luglio 2014, n. 16; Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9; Ad. plen., 30 gennaio 2014, n. 7; Sez. V, 27 marzo 2015, n. 1601, cui si rinvia ai sensi del combinato disposto degli artt. 74, 88, co.2, lett. d), e 120, co. 10, c.p.a.), deve ritenersi che:

I) il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, co. 1-bis, del codice dei contratti pubblici esige, ove richiamato in relazione allo scrutinio di offerte

tecniche, che le stesse debbano essere escluse solo quando siano a tal punto carenti degli elementi essenziali da ingenerare una situazione di «incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta», ovvero in presenza di specifiche clausole della legge di gara che tipizzino una siffatta situazione di incertezza assoluta;

II) la valutazione delle offerte – e dunque anche della loro “incertezza assoluta” – nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della commissione giudicatrice, rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta a tale organo, sicché le censure che impingono il merito di tale valutazione (opinabile) sono inammissibili, perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutorio, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134 c.p.a., fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica;

III) la previsione esplicita della possibilità di presentare varianti progettuali in sede di offerta (a fortiori per il tipo di gara in contestazione, un appalto di lavori basato sulla sola progettazione definitiva), è stata oggi generalizzata dall'art. 76 del codice dei contratti pubblici (per qualsivoglia appalto); l'amministrazione deve indicare, in sede di redazione della *lex specialis*, se le varianti sono ammesse e, in caso affermativo, identificare i loro requisiti minimi;

IV) la ratio della scelta normativa – nazionale e comunitaria - si fonda sulla circostanza che, allorché il sistema di selezione delle offerte sia basato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la stazione appaltante ha maggiore discrezionalità e soprattutto sceglie il contraente valutando non solo criteri matematici ma la complessità dell'offerta proposta alla luce della vantaggiosità della stessa in funzione dell'interesse proprio; nel corso del procedimento di gara, quindi, potrebbero rendersi necessari degli aggiustamenti rispetto al progetto base elaborato dall'amministrazione, favorevolmente apprezzabili perché ritenuti utili dalla medesima stazione appaltante; nel caso, invece, di offerta selezionata col criterio del prezzo più basso, poiché tutte le condizioni tecniche sono predeterminate al momento dell'offerta e non vi è alcuna ragione per modificare l'assetto contrattuale, non è mai ammessa la possibilità di presentare varianti;

V) in ogni caso, a prescindere dalla espressa previsione di varianti progettuali in sede di bando, deve ritenersi insito nella scelta del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa che, anche quando il progetto posto a base di gara sia definitivo, è consentito alle imprese di proporre quelle variazioni migliorative rese possibili dal possesso di peculiari conoscenze tecnologiche, purché non si alterino i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla *lex specialis* onde non ledere la par condicio;

b) la giurisprudenza ha elaborato alcuni criteri guida relativi alle varianti in sede di offerta:

I) si ammettono varianti migliorative riguardanti le modalità esecutive dell'opera o del servizio, purché non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto, che si ponga come del tutto alternativo rispetto a quello voluto dalla p.a.;

II) risulta essenziale che la proposta tecnica sia migliorativa rispetto al progetto base, che l'offerente dia contezza delle ragioni che giustificano l'adattamento proposto e le variazioni alle singole prescrizioni progettuali, che si dia la prova che la variante garantisca l'efficienza del progetto e le esigenze della p.a. sottese alla prescrizione variata;

III) viene lasciato un ampio margine di discrezionalità alla commissione giudicatrice, trattandosi dell'ambito di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

c) facendo applicazione dei su esposti principi al caso di specie, nonché alla stregua delle risultanze della documentazione versata in atti, emerge che:

I) le censure proposte sono inammissibili nella parte in cui sollecitano il giudice amministrativo a sostituirsi, al di fuori dei tassativi casi di giurisdizione di merito sanciti dall'art. 134 c.p.a., alle valutazioni rimesse alla commissione, che costituiscono manifestazione di una ampia discrezionalità tecnica;

II) le censure sono infondate anche in fatto, perché la commissione di gara ha ritenuto (sulla scorta di una opinabile ma legittima valutazione) che il progetto esecutivo dell'aggiudicataria non stravolge le linee fondamentali poste a base di quello preliminare e non presenta mende reali in tema di sicurezza, stabilità e conformità ai parametri richiesti;

III) la legge di gara ha previsto la possibilità di proporre varianti, senza comminare alcuna esclusione e precisando, altresì, i casi in cui la commissione avrebbe dovuto assegnare il punteggio zero (evenienze queste che non si sono verificate nel caso di specie);

IV) la valutazione dell'organo tecnico non risulta abnorme, in quanto quest'ultimo ha motivato in modo sintetico ma esaustivo sull'ammissibilità dell'offerta e sull'attribuzione dei punteggi ai vari elementi tecnici, senza sconfinare nell'arbitrio e rimanendo nei limiti della opinabilità;

V) le criticate innovazioni progettuali sono riferibili, nella sostanza, a migliorie proposte secondo quanto stabilito dalla legge di gara e non incidono, pertanto, su elementi essenziali del progetto base.

7.2. Con il secondo motivo del ricorso principale di primo grado (pagine 9 - 14), la ditta Telia ha sostenuto che l'impresa Gorrasi doveva essere esclusa dalla gara perché priva – al pari dell'impresa ausiliaria Opere s.r.l. - della qualificazione per la

categoria super specialistica OS 13 indispensabile per la costruzione di prefabbricati in cemento armato; tanto emergerebbe dalla risposta resa dalla stazione appaltante al chiarimento richiesto da una delle imprese concorrenti (di cui alla nota prot. n. 27617 del 9 luglio 2014).

7.2.1. Il motivo è inaccoglibile alla stregua delle seguenti considerazioni:

a) si premette che la stazione appaltante, attraverso il chiarimento di cui alla nota prot. n. 27617 del 9 luglio 2014, ha esercitato ex ante il “potere di soccorso”, sub specie di ruling contrattuale, secondo le coordinate esegetiche tracciate dalla più volte menzionata sentenza dell’Adunanza plenaria n. 9 del 2014 (successivamente, in senso conforme, cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 3562 del 2014, cui si rinvia a mente dell’art. 120, co. 10, c.p.a.): nelle gare d’appalto o di affidamento di servizi pubblici, in una situazione di obbiettiva incertezza derivante dalle clausole della legge di gara che risultino imprecisamente formulate o si prestino comunque ad incertezze interpretative, la risposta dell’amministrazione ad una richiesta di chiarimenti non costituisce una indebita e perciò illegittima modifica delle regole di gara ma una sorta di interpretazione autentica con cui la stazione appaltante chiarisce la propria volontà provvedimentale in un primo momento poco intellegibile, precisando e meglio delucidando le previsioni della lex specialis;

b) contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa della ditta Telia, il tenore letterale del chiarimento è univoco nel senso che, da un lato, ribadisce che per la <<...partecipazione alla gara è necessario possedere i requisiti (categoria e classifica) indicati nel bando e nel disciplinare a pena di esclusione.>>, dall’altro, che <<...nel caso la proposta dovesse effettivamente modificare la/le categorie dei lavori, in caso di aggiudicazione l’impresa aggiudicataria dovrà dimostrare anche il possesso della qualificazione ...come risultante dalla variazione della categoria/e dei lavori conseguenti alla presentazione della proposta migliorativa...>>; col che è assodato che il possesso del requisito relativo alla categoria OS 13 veniva in rilievo solo in occasione (ed allo scopo) della esecuzione del rapporto contrattuale e non ai fini della partecipazione alla procedura selettiva; in tale prospettiva è pacifico che la ditta Gorrasi – e la sua ausiliaria Opere s.r.l. - possiedono tutte le qualificazioni richieste dalla legge di gara per parteciparvi;

c) in ogni caso la ditta Gorrasi, nella sua proposta di variante, non si era impegnata a realizzare direttamente i materiali in cemento armato prefabbricato sicché legittimamente – come risulta dalla documentazione versata in atti – da un lato, non doveva essere in possesso della qualificazione per la categoria OS13, dall’altro, ha acquisito le strutture prefabbricate da una azienda specializzata munita della debita qualificazione nella categoria specialistica OS13.

8. In conclusione l’appello proposto dalla ditta Telia deve essere accolto solo in parte

e nei limiti dianzi precisati.

A tanto consegue, in riforma dell'impugnata sentenza, il rigetto del ricorso impugnatorio principale di primo grado (e della connessa domanda risarcitoria) nonché la parziale reiezione del ricorso incidentale di primo grado che nel resto diviene improcedibile.

9. Le spese di ambedue i gradi di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo tenuto conto dei parametri stabiliti dal regolamento 10 marzo 2014, n. 55 e fermo restando l'accollo definitivo del contributo unificato a carico della ditta Telia per entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

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

a) accoglie in parte l'appello nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza:

I) respinge il ricorso principale proposto in primo grado dalla società Telia Costruzioni s.r.l.;

II) in parte respinge e in parte dichiara improcedibile il ricorso incidentale proposto in primo grado dalla società Gorrasi Costruzioni s.r.l.;

b) condanna la società Telia Costruzioni s.r.l a rifondere in favore del Comune di Capaccio e della società Gorrasi Costruzioni s.r.l., le spese di ambedue i gradi di giudizio, che liquida in complessivi euro 10.000 (diecimila), oltre accessori come per legge (15% a titolo rimborso spese generali, I.V.A. e C.P.A.), per ciascuna parte.

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

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

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE
DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/12/2015

IL SEGRETARIO