

N. 01115/2012 REG.PROV.COLL.  
N. 00572/2012 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 572 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

SPACE S.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv.ti Marcello Vignolo e Massimo Massa, con elezione di domicilio come da procura speciale in atti;

***contro***

La Regione Autonoma della Sardegna, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mattia Pani e Roberto Murrone, dell'Area Legale dell'Ente ed elettivamente domiciliata presso il medesimo Ufficio, in Cagliari, viale Trento n. 69;

***nei confronti di***

Unicity S.p.a., in persona del legale rappresentante in carica,

rappresentata e difesa dagli avv.ti Elio Leonetti, Francesco Scanzano e Matilde Mura, con elezione di domicilio come da procura speciale in atti;

F.S.G.- Forniture Servizi Generali Sas, in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

Imago Multimedia Snc, in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

Testaluna Srl, in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

Polonord Adeste Srl, in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

***per l'annullamento***

- della determinazione n. 938 del 21.6.2012, prot. 10593, firmata dal R.U.P. e dal Direttore del Servizio Beni Culturali dell'Assessorato Regionale alla Pubblica Istruzione, con cui sono stati approvati gli atti della gara per la prestazione di servizi e forniture di beni inerenti la produzione, documentazione, divulgazione e realizzazione di ricostruzioni tridimensionali di luoghi siti della cultura "Patrimonio Culturale Sardegna Virtual Archaeology", e la stessa gara è stata aggiudicata definitivamente alla ATI guidata da Unicity s.p.a.;

- nonché di tutti gli atti presupposti, collegati e consequenziali, e segnatamente, ove necessario, della nota R.U.P. prot. 8272 del 22.5.2012, di tutti i verbali di gara e degli atti della commissione, del R.U.P. e del Direttore del Servizio competente, limitatamente alle

parti in cui non hanno escluso l'ATI composta dalle controinteressate e le hanno invece aggiudicato la gara;  
e per il risarcimento  
di tutti danni derivanti dall'esecuzione degli atti illegittimi, in forma specifica mediante l'aggiudicazione della gara o, in alternativa, per l'equivalente, nella misura del mancato guadagno (che può stimarsi nel 18% del valore dell'offerta di SPACE S.p.a.) e della perdita dei requisiti professionali e quindi di chance di future ulteriori aggiudicazioni in capo alla ricorrente (che può liquidarsi in una somma pari alla metà del mancato utile).

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Sardegna e di Unicity Spa;

Visto il ricorso incidentale proposto da Unicity S.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv.ti Elio Leonetti, Francesco Scanzano e Matilde Mura, con elezione di domicilio come da procura speciale in atti, con il quale si impugnano tutti i verbali di gara, gli atti della commissione, del R.U.P. e del Direttore del Servizio Beni Culturali, limitatamente alle parti in cui il RTI SPACE è stato ammesso alla gara;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 novembre 2012 il dott. Marco Lensi e uditi per le parti i difensori come specificato nel

verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Col ricorso principale in esame SPACE S.p.a. chiede l'annullamento degli atti indicati in epigrafe, rappresentando quanto segue.

La ricorrente SPACE S.p.a. ha partecipato, quale capogruppo di un ATI, alla gara a procedura aperta, bandita dalla Regione Autonoma della Sardegna, per la prestazione di servizi e forniture di beni inerenti la produzione, documentazione, divulgazione e realizzazione di ricostruzioni tridimensionali di luoghi siti della cultura "Patrimonio Culturale Sardegna Virtual Archaeology".

La gara è stata infine aggiudicata in via definitiva all'ATI controinteressata guidata da Unicity s.p.a. e la ricorrente SPACE S.p.a. si è classificato al secondo posto della relativa graduatoria.

La SPACE S.p.a., ritenendo che l'ATI controinteressata dovesse essere invece esclusa dalla gara per una molteplicità di cause, ha quindi proposto il ricorso in esame, col quale si chiede l'annullamento della determinazione n. 938 del 21.6.2012, prot. 10593, firmata dal R.U.P. e dal Direttore del Servizio Beni Culturali dell'Assessorato Regionale alla Pubblica Istruzione, con cui sono stati approvati gli atti della gara per la prestazione di servizi e forniture di beni inerenti la produzione, documentazione, divulgazione e realizzazione di ricostruzioni tridimensionali di luoghi siti della cultura "Patrimonio Culturale Sardegna Virtual Archaeology", e la

stessa gara è stata aggiudicata definitivamente alla ATI guidata da Unicity s.p.a.; nonché di tutti gli atti presupposti, collegati e consequenziali, e segnatamente, ove necessario, della nota R.U.P. prot. 8272 del 22.5.2012, di tutti i verbali di gara e degli atti della commissione, del R.U.P. e del Direttore del Servizio competente, limitatamente alle parti in cui non hanno escluso l'ATI composta dalle controinteressate e le hanno invece aggiudicato la gara.

La ricorrente SPACE S.p.a. chiede altresì il risarcimento di tutti i danni derivanti dall'esecuzione degli atti illegittimi, in forma specifica mediante l'aggiudicazione della gara o, in alternativa, per l'equivalente, nella misura del mancato guadagno (che può stimarsi nel 18% del valore dell'offerta di SPACE S.p.a.) e della perdita dei requisiti professionali e quindi di chance di future ulteriori aggiudicazioni in capo alla ricorrente (che può liquidarsi in una somma pari alla metà del mancato utile).

A tal fine, SPACE S.p.a. avanza articolate censure di violazione di legge ed eccesso di potere sotto vari profili, e conclude per l'accoglimento del ricorso.

Con i successivi motivi aggiunti SPACE S.p.a. ha avanzato avverso gli atti impugnati ulteriori motivi di censura, per violazione del disciplinare, difetto dei requisiti richiesti per la partecipazione e dichiarazioni mendaci.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione intimata, sostenendo l'inammissibilità e l'infondatezza nel merito del ricorso, di cui si

chiede il rigetto.

Si è costituita in giudizio la controinteressata Unicity s.p.a., sostenendo l'inammissibilità e l'infondatezza nel merito del ricorso, di cui si chiede il rigetto.

La controinteressata Unicity s.p.a. ha altresì avanzato ricorso incidentale con il quale si impugnano gli atti di gara, tutti i verbali di gara, gli atti della commissione, del R.U.P. e del Direttore del Servizio Beni Culturali, limitatamente alle parti in cui il RTI SPACE è stato ammesso alla gara.

Con successive memorie le parti hanno approfondito le proprie argomentazioni, insistendo per le contrapposte conclusioni.

Alla pubblica udienza del 14 novembre 2012, su richiesta delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

#### DIRITTO

Col ricorso principale in esame si chiede l'annullamento della determinazione n. 938 del 21.6.2012, prot. 10593, firmata dal R.U.P. e dal Direttore del Servizio Beni Culturali dell'Assessorato Regionale alla Pubblica Istruzione, con cui sono stati approvati gli atti della gara per la prestazione di servizi e forniture di beni inerenti la produzione, documentazione, divulgazione e realizzazione di ricostruzioni tridimensionali di luoghi siti della cultura "Patrimonio Culturale Sardegna Virtual Archaeology", e la stessa gara è stata aggiudicata definitivamente alla ATI guidata da Unicity s.p.a.; nonché di tutti gli atti presupposti, collegati e consequenziali, e segnatamente, ove

necessario, della nota R.U.P. prot. 8272 del 22.5.2012, di tutti i verbali di gara e degli atti della commissione, del R.U.P. e del Direttore del Servizio competente, limitatamente alle parti in cui non hanno escluso l'ATI composta dalle controinteressate e le hanno invece aggiudicato la gara.

La ricorrente SPACE S.p.a. chiede altresì il risarcimento di tutti danni derivanti dall'esecuzione degli atti illegittimi, in forma specifica mediante l'aggiudicazione della gara o, in alternativa, per l'equivalente, nella misura del mancato guadagno (che può stimarsi nel 18% del valore dell'offerta di SPACE S.p.a.) e della perdita dei requisiti professionali e quindi di chance di future ulteriori aggiudicazioni in capo alla ricorrente (che può liquidarsi in una somma pari alla metà del mancato utile).

Con i successivi motivi aggiunti SPACE S.p.a. avanzato ulteriori motivi di censura avverso gli atti impugnati.

La controinteressata Unicity s.p.a. ha avanzato ricorso incidentale con il quale si impugnano gli atti di gara, tutti i verbali di gara, gli atti della commissione, del R.U.P. e del Direttore del Servizio Beni Culturali, limitatamente alle parti in cui il RTI SPACE è stato ammesso alla gara.

Poiché con il ricorso incidentale Unicity s.p.a. contesta l'ammissibilità del ricorso di SPACE S.p.a. per difetto di legittimazione e carenza d'interesse, in quanto il RTI avente come capogruppo la ricorrente SPACE S.p.a. avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per

violazione della normativa in tema di appalti e della *lex specialis* di gara, ritiene il collegio che debbano trovare applicazione anche nel caso di specie i principi affermati nella decisione n. 4/2011 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, riguardo alla efficacia "paralizzante" ovvero "escludente" del ricorso incidentale, da ultimo ribaditi con la sentenza del Consiglio di Stato, III sezione, n. 511 del 27 settembre 2012, secondo cui, qualora il ricorso incidentale abbia lo scopo di promuovere la verifica della legittimazione del ricorrente principale, è naturale che venga esaminato prioritariamente e che, se fondato, conduca a una declaratoria d'inammissibilità del ricorso principale.

Per quanto concerne la richiesta della ricorrente principale SPACE S.p.a., contenuta nella memoria del 31 ottobre 2012, che venga sollevata davanti alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 42 del codice del processo amministrativo per possibile violazione degli articoli 111 comma 2, 24, 97 e 113 comma 1 della costituzione, alla luce dell'interpretazione in questione, elaborata dal "diritto vivente", relativamente al rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, entrambi escludenti, deve ritenersi, in primo luogo, la non rilevanza della questione medesima posto che sarebbe - comunque e nel caso - consentita un'interpretazione della norma in questione conforme ai principi costituzionali, come, del resto si evince dal contenuto della sentenza dalla Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 21 giugno 2012, n. 10294.



Deve ritenersi, altresì, la manifesta infondatezza della questione medesima.

Deve ritenersi infatti che sussista, all'interno del procedimento giurisdizionale ed in particolare sotto il profilo della legittimazione a ricorrere, una sostanziale differenza tra la posizione del ricorrente principale e quella del ricorrente incidentale, per i motivi di seguito esposti.

Debitamente evidenziato e considerato che il procedimento giurisdizionale viene attivato dal ricorrente principale e quindi viene ad esistenza esclusivamente per iniziativa di quest'ultimo, deve ritenersi evidente e conforme ai consolidati principi di diritto in materia di legittimazione processuale, altresì pacificamente riconosciuti conformi ai principi costituzionali, che debba essere, in primo luogo, verificata la legittimazione di tale soggetto.

Sotto il predetto profilo, sussiste infatti una sostanziale differenza tra la predetta posizione del ricorrente principale (avuto riguardo al quale, si ribadisce, deve essere preliminarmente verificata la legittimazione all'attivazione del procedimento giurisdizionale), rispetto invece al ricorrente incidentale, il quale, in quanto aggiudicatario dell'appalto, in primo luogo, non ha inizialmente attivato il procedimento giurisdizionale, bensì, chiamato a resistere all'interno del procedimento giurisdizionale attivato dal ricorrente principale, si avvale dello strumento del ricorso incidentale proprio al fine di attivare la verifica della legittimazione del ricorrente

principale, mediante la proposizione di censure volte a contestare l'ammissione del ricorrente principale alla gara. Deve ritenersi evidente, a giudizio del collegio, la legittimazione dell'aggiudicatario alla proposizione del ricorso incidentale, proprio in quanto aggiudicatario dell'appalto, e, come tale, titolare di una posizione giuridica qualificata, ovviamente non posseduta invece dal ricorrente principale, senza necessità di ulteriori indagini.

Da quanto sopra evidenziato, consegue la necessità dell'esame prioritario del ricorso incidentale, che contesti, in primo luogo, la legittimità dell'ammissione alla gara della ricorrente principale, posto che, una volta riconosciuta la fondatezza del ricorso incidentale in tale parte, con conseguente esclusione soggetto ricorrente principale dalla gara, la posizione giuridica di quest'ultimo soggetto - da ritenersi escluso ab origine dalla gara- deve essere considerata alla stregua di un qualsiasi altro soggetto che risulti legittimamente escluso dalla gara e, come tale, non legittimato a contestare gli esiti della gara medesima.

Da quanto sopra evidenziato e alla luce, altresì, dei rilievi espressi in proposito nella citata sentenza del Consiglio di Stato, III sezione, n. 511 del 27 settembre 2012, deve ritenersi la manifesta infondatezza della questione di costituzionalità.

Per le medesime considerazioni, deve essere disattesa l'ulteriore richiesta della SPACE S.p.a. che sia sollevata questione pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Ciò stante, deve essere prioritariamente esaminato il ricorso incidentale.

Il ricorso incidentale deve essere accolto, stante la fondatezza della censura avanzata da Unicity s.p.a., secondo cui l'ATI SPACE doveva essere esclusa per non avere formulato correttamente la propria offerta economica, con conseguente violazione dell'articolo II.2.1 del bando di gara, degli articoli 13 e 14.3 del disciplinare di gara e dell'articolo 7 del capitolato speciale d'appalto.

Illegittimamente, nel caso di specie, la ricorrente principale ATI SPACE S.p.a., nella formulazione dell'offerta economica ha "scorporato" dal prezzo posto a base d'asta l'importo dei propri oneri di sicurezza aziendali e sull'importo risultante da tale operazione, ovviamente diverso ed inferiore da quello posto a base d'asta, ha applicato e calcolato in ribasso, modificando, in tal modo l'importo posto a base d'asta dall'amministrazione e in relazione al quale deve essere calcolato il ribasso.

Come correttamente evidenziato dalla ricorrente incidentale solamente i costi relativi alla sicurezza derivanti dalla valutazione dei rischi da interferenze non sono soggetti a ribasso, tanto che la Stazione appaltante ha indicato separatamente dall'importo a base d'asta tali oneri di sicurezza non soggetti al ribasso, qualificandoli in euro 0,00, mentre invece gli oneri di sicurezza da rischio specifico o aziendali, variano in relazione al contenuto dell'offerta economica delle singole imprese che partecipano alla gara e, costituendo

elemento dell'offerta economica, sono soggetti a ribasso (cfr. Consiglio di Stato, III Sezione, n. 212 del 19 gennaio 2012).

Ciò stante, deve ritenersi che l'ATI SPACE S.p.a. dovesse essere esclusa dalla gara per non avere formulato l'offerta economica in una percentuale sull'importo posto a base d'asta, bensì su un importo diverso da quello indicato nella lex specialis di gara.

Né, a giudizio del collegio, tale operato della SPACE S.p.a. può essere qualificato quale mero errore materiale che possa essere "corretto" dall'amministrazione in sede di valutazione delle offerte presentate, trattandosi, invece, nel caso di specie, di un'erronea formulazione dell'offerta economica da parte di un concorrente, che ha determinato una ulteriore e successiva non consentita "rielaborazione" da parte dell'amministrazione dell'offerta economica medesima.

Si osserva infatti che, nell'offerta economica dell'ATI SPACE vengono espressamente indicati quali "costi relativi alla sicurezza non soggetti a ribasso" (pari ad euro 26.656,00) quelli che invece sono gli oneri di sicurezza da rischio specifico o aziendali propri della ricorrente, che come tali erano invece soggetti a ribasso, con ciò palesandosi un vero e proprio errore logico, e non meramente materiale, nel calcolo del ribasso e del conseguente prezzo offerto, potendosi addirittura ritenere, in via teorica e di principio, che qualora l'ATI in questione avesse avuto un'esatta cognizione della situazione relativa ai costi relativi alla sicurezza non soggetti a ribasso

e a quelli invece soggetti a ribasso, avrebbe potuto formulare una diversa percentuale di ribasso, con la conseguenza che deve ritenersi arbitrario e quindi illegittimo qualunque intervento "correttivo" dell'amministrazione.

Illegittimamente pertanto la commissione giudicatrice, cui la questione era stata rimessa dal Direttore del Servizio Beni Culturali, nella seduta del 24 aprile 2012, ha "rielaborato" l'offerta economica di SPACE S.p.a. mediante l'applicazione del ribasso percentuale dal medesimo offerto sull'effettivo importo a base d'asta pari ad € 3.920.000,00, anziché sul diverso importo calcolato dalla società in questione, pervenendo all'individuazione di un prezzo offerto dal RTI SPACE che risulta oggettivamente diverso dal prezzo indicato dalla medesima ATI nella propria offerta economica.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente principale, tali errori nella formulazione dell'offerta economica devono ritenersi addebitabili esclusivamente alla ricorrente principale medesima, senza che possa rilevare come scusante quanto stabilito alla pagina 31 del disciplinare di gara in ordine al fatto che l'offerta economica fosse formulata con la specificazione dei costi relativi alla sicurezza, non soggetti a ribasso, posto che, nel caso di specie, tali costi di sicurezza non soggetti a ribasso erano stati individuati dalla stessa amministrazione in euro 0,00 e che per errore esclusivamente imputabile alla ricorrente principale vengono invece considerati nell'offerta economica "costi relativi alla sicurezza non soggetti a

ribasso" (pari ad euro 26.656,00) quelli che invece sono gli oneri di sicurezza da rischio specifico o aziendali propri della ricorrente.

Ribadito altresì il principio della immodificabilità, in via normale, dell'offerta economica da parte dell'amministrazione, nonché l'ulteriore principio della immodificabilità dell'offerta economica in corso di gara, deve conseguentemente ritenersi che l'ATI SPACE dovesse essere esclusa per non avere formulato correttamente la propria offerta economica, con conseguente violazione dell'articolo II.2.1 del bando di gara, degli articoli 13 e 14.3 del disciplinare di gara e dell'articolo 7 del capitolato speciale d'appalto.

Per le suesposte considerazioni, stante la fondatezza della censura sopra esaminata ed assorbito ogni ulteriore motivo di gravame, il ricorso incidentale deve essere accolto, con conseguente annullamento degli atti di gara nella parte in cui non procedono all'esclusione dalla gara della ricorrente principale SPACE S.p.a..

Dall'accoglimento del ricorso incidentale e dalla conseguente esclusione dalla gara della ricorrente principale SPACE S.p.a., consegue l'inammissibilità del ricorso principale e relativi motivi aggiunti per difetto di legittimazione e carenza d'interesse.

Le spese del giudizio devono essere poste a carico della ricorrente principale e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso incidentale e, per l'effetto, annulla gli atti di gara nella parte in cui non procedono all'esclusione dalla gara della ricorrente principale SPACE S.p.a.; conseguentemente, dichiara inammissibile il ricorso principale e relativi motivi aggiunti.

Condanna la ricorrente principale al pagamento delle spese del giudizio che liquida forfettariamente in € 3000,00 (tremila/00) a favore dell'amministrazione regionale e in € 3000,00 (tremila/00) a favore della controinteressata Unicity spa, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 14 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Aldo Ravalli, Presidente

Marco Lensi, Consigliere, Estensore

Grazia Flaim, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/12/2012

IL SEGRETARIO

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