

N. 05356/2013 REG.PROV.COLL.
N. 00198/2013 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 il Lazio
(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 198 del 2013, proposto da La Lucentezza s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Giacomo Valla, per il presente giudizio elettivamente domiciliato in Roma, alla via Cosseria n. 2, presso lo studio dell'avv. Alfredo Placidi;

contro

AMA S.p.A., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Pietro Cavasola, presso il cui studio è elettivamente domiciliata, in Roma, via A. Depretis n. 86;

nei confronti di

ROMA MULTISERVIZI S.p.A., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Gennaro Terracciano e Vincenzo Barrasso, presso lo studio del primo elettivamente domiciliata, in Roma, largo Arenula n.34;

per l'annullamento

- del provvedimento del Direttore di AMA S.p.A. n. 34 del 6 dicembre 2012, del provvedimento del Direttore di AMA S.p.A. n. 34 del 6 dicembre 2012, di aggiudicazione definitiva a ROMA MULTISERVIZI S.p.A. dell'appalto dei servizi di pulizia, sanificazione e mantenimento del decoro delle sedi della stazione appaltante per la durata di 36 mesi;

- nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale, compresi i verbali di gara, in particolare il n. 10 del 1° ottobre 2012, il n. 11 dell'8 ottobre 2012 ed il n. 12 del 24 ottobre 2012, e le determinazioni della Commissione in essi formalizzate, nella parti in cui hanno ammesso e hanno poi aggiudicato l'appalto a ROMA MULTISERVIZI S.p.A., nonché la nota del 2 novembre 2012, prot. n. 58578/U a firma del responsabile del procedimento che, respingendo le osservazioni della ricorrente, ha confermato l'aggiudicazione provvisoria;

per la declaratoria

di inefficacia del contratto – ove medio tempore stipulato – e del diritto della ricorrente di conseguire l'aggiudicazione, con subentro nel rapporto;

e per la condanna

della stazione appaltante al risarcimento del danno subito dalla ricorrente, da quantificarsi tenendo conto del mancato profitto e della maggiore qualificazione per l'illegittima omessa aggiudicazione in proprio favore.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di AMA S.p.A e di ROMA MULTISERVIZI S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 maggio 2013 il dott. Roberto Politi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando del 30 gennaio 2012, AMA ha indetto una gara – da espletarsi con il sistema dell’offerta economicamente più vantaggiosa (importo a base d’asta di € 11.400.000,00, di cui € 9.120.000,00 per prestazioni a canone ed € 2.280.000,00 per prestazioni extracanone) – per l’affidamento dei servizi di pulizia, sanificazione e mantenimento del decoro delle proprie sedi in Roma, per la durata di 36 mesi.

In esito alla gara il miglior progetto è risultato quello della ricorrente (punti 47,5/60), mentre quello di ROMA MULTISERVIZI (partecipata da AMA al 51%) ha conseguito punti 45,99/60.

In esito all’apertura delle offerte economiche, tuttavia, pur a fronte di un’offerta di La Lucentezza (canone annuo pari ad € 2.265.270,36) maggiormente conveniente rispetto a quella di ROMA MULTISERVIZI (ove considerata comprensiva anche delle attività extracanone), la Commissione di gara attribuiva a quest’ultima un

maggior punteggio, attraverso una operazione che, secondo quanto prospettato dalla ricorrente, avrebbe avuto illegittima connotazione interpretativa e “manipolativa”.

Queste le censure dedotte con il presente mezzo di tutela:

1) Violazione del disciplinare di gara e del capitolato speciale. Violazione del principio di *par condicio* e dei principi generali in materia di procedimenti ad evidenza pubblica. Eccesso di potere (sviamento, erroneità e travisamento dei presupposti)

Nell'evidenziare come, dalla tabella di prezzo per le “attività a canone” risulti con chiarezza il prezzo offerto da ROMA MULTISERVIZI per i servizi di pulizia, sanificazione e mantenimento del decoro (compensati, appunto, con un “canone”), la ricorrente pone in evidenza che la stazione appaltante ha erroneamente valutato il contrasto del relativo importo annuo complessivo (€ 2.206.829,91) con le singole voci di prezzo (atteso che esse si riferiscono anche ad attività di presidio ed extracanone).

La commissione di gara, in particolare, nel ritenere che il prezzo di € 666.197,07, offerto da ROMA MULTISERVIZI, si riferisse alle sole attività extracanone, lo ha estrapolato dall'offerta riguardante le attività a canone, consentendo alla controinteressata di fruire del maggior punteggio per l'offerta economica.

L'importo di € 1.540.632,84, preso a riferimento da AMA ai fini dell'attribuzione del punteggio per l'offerta economica di ROMA MULTISERVIZI, non comprenderebbe gli oneri legati all'attività di presidio, che invece viene compensata con il canone alla luce delle

pertinenti previsioni di *lex specialis*.

Diversamente rispetto al computo effettuato dalla commissione di gara, al monte ore offerto da ROMA MULTISERVIZI per le attività a canone (fra esse compresa quella di presidio) corrisponde un costo complessivo di € 2.206.829,91 (e non di € 1.549.000,00, come ritenuto dal seggio di gara).

Né, nella fattispecie, verrebbe in considerazione alcun errore di calcolo suscettibile di essere emendato dalla commissione: la quale, piuttosto, avrebbe posto in essere una operazione della quale parte ricorrente sostiene il carattere illegittimamente “manipolativo” rispetto alla sostanza dell’offerta economica presentata dalla controinteressata.

2) Violazione dell’art. 7.10 del disciplinare di gara. Eccesso di potere (sviamento; difetto dei presupposti).

In violazione dell’epigrafata prescrizione, la controinteressata avrebbe omesso di allegare nella busta B la “dichiarazione di offerta tecnica”: per l’effetto assumendosi che ROMA MULTISERVIZI avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura selettiva *de qua*.

3) Violazione del disciplinare di gara. Eccesso di potere (sviamento, difetto dei presupposti)

L’aggiudicataria, inoltre, avrebbe omesso di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativi entro il termine di 10 giorni di cui all’art. 48 del D.Lgs. 163/2006.

Assume al riguardo parte ricorrente l’erroneità dell’assunto (non perentorietà del termine in discorso) a fondamento dell’ammissione,

da parte della commissione di gara, della documentazione come sopra tardivamente presentata da ROMA MULTISERVIZI.

Né rileverebbe il fatto che la ricorrente aveva allegato alla documentazione prodotta in sede di gara copia della certificazione della camera di Commercio, atteso che tale documento non risulterebbe essere una copia conforme e, comunque, la relativa validità (semestrale) sarebbe spirata.

Soggiunge inoltre La Lucentezza che è stata tardivamente prodotta anche la documentazione concernente la proroga della cauzione provvisoria.

4) Violazione del disciplinare di gara. Eccesso di potere (sviamento, difetto dei presupposti). Violazione dell'art. 38 del D.Lgs. 163/2006.

Nell'osservare che l'art. 7.1 del disciplinare di gara prevedeva che la domanda di partecipazione dovesse essere redatta – a pena di esclusione – in conformità al fac-simile allegato *sub* 1 al disciplinare stesso, rileva parte ricorrente come alla pag. 12 dello schema di domanda compilato dalla controinteressata ROMA MULTISERVIZI risulti omessa la dichiarazione in ordine all'esistenza di procuratori speciali.

5) Violazione del principio della *par condicio*. Eccesso di potere (sviamento)

Parte ricorrente lamenta la vulnerazione del principio di *par condicio*, quale conseguenza della partecipazione maggioritaria detenuta dalla stazione appaltante (AMA) nel capitale dell'aggiudicataria ROMA MULTISERVIZI.

6) Violazione dell'art. 86 del D.Lgs. 163/2006. Eccesso di potere (sviamento; difetto di istruttoria)

Da ultimo, parte ricorrente denuncia che il ribasso offerto dalla controinteressata-aggiudicataria, per come determinato dalla commissione di gara, sia tale da indurre ragionevoli dubbi sull'affidabilità di ROMA MULTISERVIZI (in proposito sottolineandosi come il ribasso da quest'ultima offerto verrebbe a raggugiarsi al 48,69%, sì da imporre una verifica di congruità dell'offerta stessa).

Conclude parte ricorrente insistendo per l'accoglimento del gravame, con conseguente annullamento degli atti oggetto di censura.

Chiede, inoltre, che il contratto, ove *medio tempore* stipulato, venga dichiarato inefficace, con subingresso della stessa La Lucentezza nel rapporto negoziale inerente l'esecuzione del servizio dedotto in appalto.

Sollecita ulteriormente parte ricorrente il riconoscimento del pregiudizio (a titolo di utile non conseguito e di danno curriculare) sofferto a seguito dell'esecuzione dell'atto impugnato (coordinata al tempo durante il quale la stessa non abbia potuto eseguire l'appalto), con riveniente accertamento del danno e condanna dell'Amministrazione intimata alla liquidazione della somma a tale titolo spettante.

AMA, costituitasi in giudizio, ha eccepito l'infondatezza delle esposte doglianze, invocando la reiezione dell'impugnativa.

Omogenee conclusioni sono state rassegnate da ROMA

MULTISERVIZI, parimenti costituitasi in giudizio, la quale ha preliminarmente eccepito la tardività del gravame e, nel merito, ha analiticamente controdedotto rispetto alle censure esposte nell'atto introduttivo.

La stessa ROMA MULTISERVIZI, con atto notificato alle controparti e depositato in giudizio il 4 marzo 2013, ha proposto ricorso incidentale, contestando la legittimità:

- della determinazione del Direttore Generale di AMA n. 34 del 6 dicembre 2012, recante approvazione della graduatoria definitiva della procedura aperta per l'affidamento dei servizi di pulizia, sanificazione e mantenimento del decoro delle sedi della stazione appaltante per la durata di 36 mesi, limitatamente alla parte in cui è stata inclusa in detta graduatoria anche la ricorrente La Lucentezza;
- di ogni altro atto presupposto, coordinato e/o consequenziale, con particolare riferimento ai verbali di gara, nella parte in cui omettono di disporre l'esclusione dalla procedura della stessa La Lucentezza.

Con tale mezzo di tutela, ROMA MULTISERVIZI, a seguito di accesso agli atti di gara esperito il 7 febbraio 2013, assume l'illegittima ammissione alla gara della ricorrente principale in ragione del seguente unico, articolato, profilo di censura:

Violazione, falsa applicazione degli artt. 2, 11 commi 4 e 6, 87 del D.Lgs. 163/2006, nonché del bando e del disciplinare di gara. Violazione dei principi di unicità, certezza, determinatezza ed attendibilità dell'offerta, nonché del divieto di offerta alternativa e/o plurima. Violazione della *par condicio* e della imparzialità dell'azione

amministrativa. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e contraddittorietà manifesta.

La Lucentezza, secondo quanto dalla ricorrente incidentale argomentato, avrebbe indicato nell'offerta tecnica un monte ore diverso da (e superiore a) quello contenuto nell'offerta economica ai fini della quantificazione dei costi per il personale: per l'effetto assumendosi la violazione dei richiamati principi di unicità ed univocità dell'offerta stessa.

La domanda di sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato, dalla parte ricorrente proposta in via incidentale, è stata da questo Tribunale accolta con ordinanza n. 766, pronunciata nella Camera di Consiglio del 13 febbraio 2013.

Il ricorso viene ritenuto per la decisione alla pubblica udienza del 15 maggio 2013.

DIRITTO

1. Va, in primo luogo, esclusa la fondatezza dell'eccezione di irricevibilità del ricorso principale, che ROMA MULTISERVIZI ha argomentato assumendo che la decorrenza del termine di trenta giorni per la proposizione dell'impugnativa andrebbe collocata al 1° ottobre 2012, data nella quale si è tenuta (con la presenza di un rappresentante della ricorrente La Lucentezza) la riunione della Commissione, la cui attività di valutazione dell'offerta dell'aggiudicataria è stata da quest'ultima denunciata a fondamento dei vizi dedotti con l'atto introduttivo.

Si osserva, al riguardo, che:

- il comma 5 dell'art. 120 c.p.a. stabilisce che “per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo, il ricorso, principale o incidentale e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all' articolo 66, comma 8, dello stesso decreto; ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto”;
- l'art. 79, comma 2, lettera c) del D.Lgs. 163 del 2006, impone alle stazioni appaltanti di comunicare “ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta selezionabile, le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto o delle parti dell'accordo quadro”;
- il comma 5, lettera a) del medesimo art. 79, stabilisce che l'Amministrazione comunica d'ufficio “l'aggiudicazione definitiva, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per presentare dette impugnazioni, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se dette impugnazioni non siano state ancora respinte con pronuncia giurisdizionale

definitiva”.

Sulla base delle univoche indicazioni emergenti dalle riportate disposizioni, si è in giurisprudenza formato un univoco convincimento in ordine alla individuazione della decorrenza del termine *dequo* con riferimento alla data di ricezione della comunicazione ex art. 79, comma 5, lett. a), del D.Lgs. 163/2006 (cfr., ex multis, Cons. Stato, Ad. Plen., 31 luglio 2012 n. 31; Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 2011 n. 5883; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 15 novembre 2012 n. 420; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 4 aprile 2012 n. 1578).

Nel soggiungere come omogenea tesi interpretativa sia riscontrabile, con riguardo alla conoscenza dell'aggiudicazione definitiva, anche anteriormente all'entrata in vigore del c.p.a. e del Codice dei contratti pubblici (cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2008 n. 4259; T.A.R. Veneto, sez. I, 25 giugno 2007 n. 2030; Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 2007 n. 3303, Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 2006 n. 1534; Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2004 n. 2006; Cons. Stato, sez. V, 1° marzo 2003 n. 1139; T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 12 novembre 2002 n. 7071), va esclusa la condivisibilità dell'eccezione in rito come sopra formulata dalla difesa della controinteressata, atteso che, nella fattispecie all'esame, il ricorso principale è stato tempestivamente notificato (31 dicembre 2012) rispetto alla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva (6 dicembre 2012) ad opera di AMA S.p.A.

2. Viene, poi, in considerazione la (speculare) eccezione di

irricevibilità che la ricorrente principale La Lucentezza ha formulato con riferimento alla proposizione del ricorso incidentale ad opera dell'aggiudicataria ROMA MULTISERVIZI.

Assume la stessa ricorrente principale (si confronti, al riguardo, la memoria depositata il 13 marzo 2013) la tardività del ricorso incidentale, in quanto notificato (il 1° marzo 2013) oltre il termine di giorni trenta stabilito dall'art. 120 c.p.a. con decorrenza dalla notificazione del ricorso principale (avvenuta, nei confronti di ROMA MULTISERVIZI, alla data del 4 gennaio 2013).

Di contro, la ricorrente incidentale ha posto in evidenza che la proposizione di siffatto mezzo di tutela ha fatto seguito all'accesso agli atti di gara da ROMA MULTISERVIZI espletato il 7 febbraio 2013: di talché, rispetto alla conoscenza degli elementi documentali acquisita per effetto dell'accesso medesimo, il ricorso incidentale sarebbe stato tempestivamente proposto.

2.1 La questione, come sopra posta, merita approfondimento alla luce della non stabilizzata configurazione del quadro interpretativo di riferimento.

Va, innanzi tutto, osservato che, secondo quanto disposto dall'art. 120, comma 5, c.p.a., “per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso, principale o incidentale, e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, o, per i bandi e gli

avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8, dello stesso decreto; ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto. Per il ricorso incidentale la decorrenza del termine è disciplinata dall'articolo 42”.

Il comma 1 del precedente art. 42, come sopra richiamato, prevede, a sua volta, che “le parti resistenti e i controinteressati possono proporre domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale, a mezzo di ricorso incidentale. Il ricorso si propone nel termine di sessanta giorni decorrente dalla ricevuta notificazione del ricorso principale. Per i soggetti intervenuti il termine decorre dall'effettiva conoscenza della proposizione del ricorso principale”.

Fermo il dimidiamento ex art. 120 (di tal guisa che il termine per la notificazione del ricorso incidentale, per le controversie da tale disposizione contemplate, si ragguaglia a trenta giorni), la questione sottoposta all'esame del Collegio concerne l'individuazione della decorrenza del termine per la proposizione del predetto mezzo di tutela; e, cioè, se essa vada collocata:

- al momento della notificazione del ricorso principale (come induce a ritenere la lettera dell'art. 42 c.p.a.)
- o, eventualmente, al momento (in ipotesi, successivo) nel quale il ricorrente incidentale, a mezzo di accesso agli atti, abbia avuto cognizione piena della emersione di profili (non soltanto paralizzanti l'azione principale, ma addirittura) escludenti il ricorrente che abbia introdotto il giudizio.

Tale problematica intercetta, con ogni evidenza, la connotazione “escludente” del ricorso incidentale (ovvero, la circostanza che con tale mezzo possono essere fatti valere profili incidenti sulla legittimità stessa della partecipazione alla procedura di gara del ricorrente principale): di talché, nel caso di fondatezza del ricorso incidentale, quest’ultimo (del quale venga, conseguentemente, accertata l’illegittimità dell’ammissione alla procedura selettiva) viene a trovarsi privato dell’interesse a dolersi degli esiti della gara.

Fermi i contrastanti, quanto ampiamente noti, sviluppi dell’ampio dibattito giurisprudenziale in ordine all’ordine di trattazione del ricorso principale rispetto al ricorso incidentale (e viceversa), non stabilizzati con carattere di definitività dalla sentenza dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 7 aprile 2011 n. 4 (si confronti, al riguardo, il non certamente omogeneo convincimento espresso, rispetto alle tesi in essa contenute, dalla Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con sentenza 21 giugno 2012 n. 10294; nonché le perplessità della stessa giurisprudenza amministrativa: cfr. T.A.R. Lazio, sez. I-bis, 10 gennaio 2012 n. 197; T.A.R. Liguria, sez. II, 2 novembre 2011 n. 1497, T.R.G.A. Trentino Alto Adige, Trento, 28 ottobre 2011 n. 269, T.A.R. Basilicata, 2 agosto 2011 n. 447, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 29 luglio 2011 n. 2016, T.A.R. Lazio, sez. III, 1° luglio 2011 n. 5806), proprio l’individuazione della decorrenza del termine per la proposizione del ricorso (principale) ha formato, di recente, oggetto di rinnovata attenzione.

Intende il Collegio riferirsi all’ordinanza della Sezione VI del

Consiglio di Stato 11 febbraio 2013 n. 790, con la quale sono state rimesse all'Adunanza Plenaria le seguenti questioni:

I) "Se il quadro normativo nazionale in tema di impugnativa in sede giurisdizionale degli atti relativi a procedure di aggiudicazione di gare ad evidenza pubblica (e, segnatamente, il comma 5 dell'articolo 120 del c.p.a., letto in combinato disposto con il comma 2, lettera c), con il comma 5 e con il comma 5-quater dell'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163) debba essere inteso, anche alla luce della matrice comunitaria che lo ispira (direttiva 89/665/CE come modificata dalla direttiva 2007/66/CE), nel senso che il termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso principale:

a) decorre dal giorno della ricezione della comunicazione di cui al comma 2, lettera c) e di cui al comma 5 dell'articolo 79 del 'codice dei contratti' nel solo caso in cui la presunta violazione delle disposizioni comunitarie e nazionali poste a fondamento del ricorso sia immediatamente percepibile dal contenuto di tale comunicazione, mentre

b) decorre dal giorno in cui è stato possibile ottenere integrale accesso agli atti della procedura ai sensi del comma 5-quater del medesimo articolo 79 (e comunque non oltre il decimo giorno dalla comunicazione di cui al comma 2, lettera c) e di cui al comma 5 del medesimo articolo) nel caso in cui la presunta violazione non fosse percepibile dal contenuto della dichiarazione e sia resa palese solo a seguito dell'esperito accesso agli atti".

II) Nel caso in cui il tenore delle disposizioni della cui interpretazione

si discute – e, segnatamente, del comma 5 dell’articolo 120 del c.p.a., letto in combinato disposto con il comma 2, lettera c), con il comma 5 e con il comma 5-quater dell’articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 – non sia suscettibile dell’interpretazione dinanzi ipotizzata sub I), “Se si ritenga compatibile con i principi costituzionali di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale (articolo 24, Cost.) e con il principio comunitario dell’effetto utile il quadro normativo nazionale in tema di impugnativa in sede giurisdizionale degli atti relativi a procedure di aggiudicazione di gare ad evidenza pubblica, per la parte in cui – per un verso – assoggetta a un termine notevolmente accelerato l’impugnativa degli atti in questione e – per altro verso – determina una ulteriore, sostanziale, riduzione dei termini per l’impugnativa nelle ipotesi in cui la presunta violazione non sia direttamente percepibile dal contenuto della dichiarazione di cui al richiamato articolo 79 e sia resa palese solo a seguito dell’esperto accesso agli atti (in tal modo ponendo a carico del soggetto ricorrente lo sfavorevole effetto processuale dell’ulteriore riduzione del termine effettivamente a disposizione ai fini dell’impugnativa e per un numero di giorni pari a quello necessario per avere piena conoscenza degli atti della gara possibile oggetto di impugnativa e dei relativi profili di illegittimità)”.

2.2 Ritiene il Collegio che i dubbi interpretativi, la cui definizione è stata, come sopra, rimessa all’Adunanza Plenaria, rivelino chiari tratti di contiguità con la problematica ora all’esame.

Anche in questo caso, la norma del codice di rito individua con

chiarezza il termine dal quale decorre lo *spatium* concesso per la proposizione del mezzo di tutela (termine che, se per il ricorso principale decorre dalla comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione, per il ricorso incidentale va "ancorato" alla notificazione del mezzo principale di tutela, in ragione del quale sorge, in capo al ricorrente incidentale, il necessario interesse a dolersi degli esiti di gara, piuttosto che dell'ammissione stessa del ricorrente principale alla procedura selettiva).

Soprattutto nella seconda ipotesi (sussumibile nel *genus* del ricorso incidentale cd. "escludente"; e suscettibile, come si è detto, di privare il ricorrente principale della legittimazione a ricorrere al sindacato giurisdizionale), la conoscenza degli (eventuali) profili di illegittimità dell'ammissione di quest'ultimo non necessariamente accede al contenuto del ricorso principale; né, altrimenti, può conseguire, con carattere di univoca concludenza, alla acquisizione conoscitiva dei verbali di gara.

Piuttosto, eventuali profili inficianti la legittimità dell'ammissione alla gara del ricorrente principale ben possono venire in considerazione in ragione della conoscenza della documentazione di gara che non sia nella disponibilità dell'aggiudicatario/ricorrente incidentale: e la cui integrale percezione non può non essere veicolata dall'accesso agli atti (come appunto avvenuto nella fattispecie all'esame).

In tale evenienza, viene quindi a porsi l'interrogativo se la decorrenza del termine per il ricorso incidentale, piuttosto che essere collocata al momento della notificazione del ricorso principale, vada diversamente

individuata con riferimento alla data della integrale conoscenza degli atti di gara, come sopra veicolata dall'accesso.

L'adesione alla sistematica interpretativa da ultimo indicata, con ogni evidenza, propone un "differimento" del termine per la proposizione del ricorso incidentale, suscettibile di venire "attratto" in una sfera di disponibilità della parte, nella misura in cui la relativa decorrenza venga ad accedere (e, conseguentemente, a collocarsi con riferimento) alla scelta del momento in cui l'aggiudicatario intenda effettuare l'accesso documentale.

La riveniente "incertezza" sulla disciplina dei termini processuali *de quibus* – potenzialmente confligente con l'esigenza di celerità che presidia il rito speciale ex art. 120 c.p.a. – può senz'altro incontrare opportuna sistemazione concettuale ove si consideri che, anche a voler accedere alla prospettazione (pur problematicamente) esposta dalla VI Sezione con la sopra richiamata ordinanza, in ogni caso un "punto di equilibrio [può] essere individuato in una lettura del complessivo quadro normativo tale, per cui il *dies a quo* per il decorso del termine decadenziale d'impugnativa sia posticipato sino al decimo giorno dalla comunicazione di aggiudicazione ex art. 79 (ossia al momento in cui il concorrente, agendo in modo diligente, potrà aver avuto conoscenza integrale della documentazione di proprio interesse, attivando le modalità semplificate di accesso agli atti di cui al medesimo comma 5-quater)".

Tale conclusione, ad avviso del Collegio, integra (ovviamente, con riserva di apprezzare la decisione che l'Adunanza Plenaria è stata,

sulla questione, chiamata a rendere) un persuasivo temperamento fra necessaria certezza (dell'individuazione del *dies a quo* di decorrenza) dei termini processuali e rispetto della effettività della tutela (non altrimenti assicurabile se non all'interno della consentita ed effettiva possibilità di integrale conoscenza degli atti amministrativi a tal fine rilevanti).

Sul punto, può quindi convenirsi in ordine al principio per cui la decorrenza del termine per la proposizione del ricorso incidentale, perlomeno nei casi in cui la relativa attitudine "escludente" postuli la conoscenza degli atti di gara concernenti la partecipazione del ricorrente principale (*rectius*: la pretesa illegittimità dell'ammissione di quest'ultimo) vada collocata:

- non già al momento della notificazione del ricorso principale, ma
- alla (successiva) scadenza del termine di dieci giorni per l'effettuazione dell'accesso ex art. 79 del Codice dei contratti

di talché il termine stesso verrebbe a commisurarsi a complessivi giorni 40 (10 + 30), con individuazione del relativo *dies a quo* dal momento della notificazione del ricorso principale.

Se è vero che, una volta legalmente acquisita conoscenza del ricorso principale, per l'aggiudicatario sorge l'interesse alla (eventuale) proposizione del ricorso incidentale, è altrettanto vero che, da quest'ultimo, sia pretendibile un contegno necessariamente diligente, che si traduca – nel citato termine di dieci giorni *ex art. 79* – nell'esperimento dell'accesso agli atti al fine di acquisire elementi documentali (eventualmente) utili al fine di contestare (all'interno e

per mezzo del ricorso incidentale cd. “escludente”) la legittimità dell’ammissione del ricorrente alla procedura di gara.

2.3 Quanto sopra esposto persuade della tardività del ricorso incidentale all’interno della presente vicenda contenziosa esperito da ROMA MULTISERVIZI.

Infatti, come precedentemente posto in luce, il ricorso principale presentato dalla società La Lucentezza è stato notificato il 4 gennaio 2013.

Il ricorso incidentale, come pure sottolineato, è stato notificato a mezzo posta alla ricorrente principale (nonché nei confronti di AMA) il 1° marzo 2013.

Evidente è la tardività del mezzo di tutela all’esame rispetto al pur ampliato termine di complessivi giorni 40 indicato al precedente punto 2.2: per l’effetto dovendosi dare atto della irricevibilità del ricorso incidentale stesso.

3. Viene, dunque, all’esame il contenuto del ricorso principale, proposto da La Lucentezza s.r.l. avverso il provvedimento del Direttore di AMA S.p.A. n. 34 del 6 dicembre 2012, recante aggiudicazione definitiva a ROMA MULTISERVIZI S.p.A. dell’appalto dei servizi di pulizia, sanificazione e mantenimento del decoro delle sedi della stazione appaltante per la durata di 36 mesi.

3.1 Va, innanzi tutto, esclusa la fondatezza dell’argomento di doglianza (di cui al quinto motivo di ricorso) con il quale parte ricorrente ha lamentato la vulnerazione del principio di *par condicio* tra i soggetti ammessi alla selezione *de qua*, in conseguenza della

partecipazione maggioritaria detenuta dalla stazione appaltante (AMA) nel capitale dell'aggiudicataria ROMA MULTISERVIZI.

Quest'ultima, in particolare, è una società a capitale misto pubblico-privato, partecipata al 51% da AMA S.p.A. e per il rimanente 49% da Manutencoop FM S.p.A. e La Veneta Servizi.

Ciò osservato, la censura all'esame – formulata, peraltro, in modo affatto generico; e non circostanziata da elementi di carattere almeno indiziario volti ad illustrare la concreta portata decettiva assunta, sullo svolgimento della gara, dalla presenza di una impresa concorrente partecipata dalla stazione appaltante – non presenta elementi di condivisibilità.

Se non si dimostra sufficiente, al fine di inferire (con il necessario carattere di concludenza dimostrativa) la presenza di tipologie inficianti, sostenere (cfr. pag. 26 del ricorso introduttivo) che “non è possibile ... attendersi imparzialità da un'amministrazione aggiudicatrice che detiene la maggioranza della partecipazione azionaria di una delle imprese partecipanti alla gara”, va *ex adverso* rilevato come proprio lo svolgimento di una pubblica procedura selettiva sia suscettibile di scongiurare, *ex ante*, l'emersione di fenomeni distorsivi della concorrenza e della *par condicio* (laddove, evidentemente, non venga compiutamente comprovato che proprio il rapporto societario abbia costituito fondamento per emersioni invalidanti dello svolgimento della gara).

Nel rammentare come il divieto posto dal comma 9 dell'art. 23-bis del decreto legge 112/2008 (e successive modificazioni, introdotte dal

decreto legge 135/2009 e dalla legge n. 166/2009), sia stato abrogato dall'art. 1, comma 1, del D.P.R. 18 luglio 2011, n. 113, a decorrere dal 21 luglio 2011, in conseguenza della proclamazione del risultato del referendum indetto con decreto del Presidente della Repubblica 23 marzo 2011, va comunque escluso che, anche nella vigenza del divieto di che trattasi, operasse una preclusione oggettiva e/o assoluta alla partecipazione a pubbliche gare in capo alle società miste o, comunque, partecipate da soggetto pubblico.

Siffatta interpretazione, del resto, si porrebbe in contrasto con la disposizione di cui all'art. 13 del decreto legge 4 luglio 2006 n. 223 (convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 della legge 4 agosto 2006 n. 248).

Tale norma, nel prevedere specifiche preclusioni alla partecipazione alle gare delle società miste, espressamente esclude dall'ambito oggettivo del divieto i servizi pubblici locali, con ciò consentendo alle società miste (anche se la gara per la scelta del socio non abbia contemplato le modalità operative del servizio), la partecipazione alle gare tese all'affidamento di tali servizi.

Il divieto in parola va interpretato nel senso che esso non colpisce *tout court* le società miste costituite con socio scelto con gara che non sia tesa a definire anche le modalità operative di gestione del servizio (preclusione soggettiva), ma nel senso che esso si rivolge alle società che gestiscono un servizio non affidato mediante gara: sicché le società miste, anche se non rientranti nell'ipotesi di cui all'art. 23-bis, comma 2, lett. b, possono senz'altro ottenere la gestione di ulteriori

servizi, partecipando alle relative gare, purché risultino affidatarie di altri servizi conferiti a seguito di procedure ad evidenza pubblica.

Nell'osservare come la Sezione, proprio con riferimento alla partecipazione di ROMA MULTISERVIZI ad una procedura di gara indetta da AMA S.p.A., abbia già avuto modo di pronunciarsi nel senso della consentita ammissione dell'odierna controinteressata (si confronti, in proposito, la sentenza 18 giugno 2010 n. 18980, confermata dalla Sezione VI del Consiglio di Stato con sentenza 23 giugno 2011 n. 3807), va dunque escluso che la doglianza all'esame riveli, sotto il profilo ora esaminato, profili di condivisibilità.

3.2 Né, d'altro canto, sempre con riferimento al quinto motivo di ricorso, dimostra attitudine inficiante la dichiarazione resa, in ambito di gara, dal legale rappresentante di ROMA MULTISERVIZI, circa l'assenza di situazioni di controllo azionario rispetto ad altro soggetto partecipante alla procedura selettiva.

La previsione a fondamento della dichiarazione di che trattasi (art. 38, lett. m-quater), del D.Lgs. 13 aprile 2006 n. 163), nello stabilire che “sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale”, si

riferisce infatti, con ogni evidenza, alla presenza di incroci azionari fra i partecipanti alla gara: e non può trovare estensione, in ragione della chiara tassatività che presidia il divieto di che trattasi, anche con riferimento alle situazioni di controllo riferibili alla stazione appaltante.

4. Se il quinto motivo di ricorso (il cui prioritario esame riviene dalla valenza in ipotesi assolutamente escludente che la fondatezza delle relative censure avrebbe potuto rivelare sulla possibilità stessa, per ROMA MULTISERVIZI, di prendere parte alla gara indetta da AMA S.p.A.) non rivela, giusta quanto precedentemente osservato, elementi di fondatezza, diversamente il primo degli articolati argomenti di doglianza merita accoglimento.

Con esso, parte ricorrente assume che, nell'esame delle offerte tecniche ed economiche, il seggio di gara sarebbe pervenuto, attraverso una operazione asseritamente "manipolativa" della domanda presentata dall'odierna controinteressata, alla individuazione di una più conveniente offerta economica, realizzata attraverso lo scorporo delle attività cd. extracanonone.

4.1 L'analisi della doglianza impone la previa ricognizione della *lex specialis* di gara.

In primo luogo, l'art. 3 del disciplinare di gara prevedeva che "l'importo complessivo massimo presunto di spesa per l'intera durata di 36 mesi è pari ad euro 11.400.000,00 ..., di cui euro 140.000,00 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso. L'importo complessivo massimo presunto di spesa è così composto:

- a) euro 9.120.000,00, IVA esclusa, per prestazioni a canone, di cui euro 111.999,99 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso;
- b) euro 2.280.000,00, IVA esclusa, per prestazioni extracanone, di cui euro 29.000,01 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso”.

Nel rilevare come il punto 1. dell’art. 7.9 dello stesso disciplinare di gara imponesse ai partecipanti di dettagliare espressamente il monte-offerto, “suddiviso per sedi ed articolato fra attività ordinaria e presidio”, va ulteriormente osservato come la tipologia prestazionale da ultimo indicata sia esplicitata dall’art. 6.3 del capitolato speciale, alla stregua del quale il servizio di presidio contempla “la presenza nella fascia oraria prevista di addetti dotati di cerca persone o di telefono cellulare, per l’esecuzione di interventi a richiesta di pulizia o di piccola manutenzione ordinaria”; ulteriormente precisando che “le attività assegnate alle risorse dedicate al servizio di presidio sono:

- le attività periodiche tese al mantenimento del decoro delle strutture e degli impianti ...;
- le attività a richiesta di piccola manutenzione ordinaria tesa al mantenimento del decoro delle strutture e degli impianti, con particolare riferimento all’impianto elettrico, idrico-sanitario, interventi murari ed affini, serramenti ...”.

Nel soggiungere che, alla stregua della previsione da ultimo riportata, “l’organico di presidio non potrà essere dedicato alle attività ordinarie relative al servizio di pulizia e sanificazione”, va poi rilevato come il successivo art. 9 (criteri di aggiudicazione) stabiliva, quanto al punteggio economico (per un massimo di punti 40), che potevano

essere attribuiti:

- punti 30, “con riferimento al canone annuo offerto per la remunerazione dei servizi a canone”
- punti 10, “con riferimento alla percentuale offerta, da applicare al “Prezziario della Regione Lazio anno 2010”, per la remunerazione dei servizi extra-canone”.

All'interno dello stesso art. 9, risulta poi riportata la formula per l'attribuzione del punteggio, con la specificazione che il “monte-ore soglia” è “pari a 118.000 ore di attività, sia ordinaria sia di presidio, ricomprese nel canone”.

È agevole inferire da quanto riportato come le attività extra-canone non ricomprendano quelle cd. “di presidio”.

Considerazione, questa, che trova conferma nell'art. 6.1 del capitolato tecnico, laddove viene precisato che “l'Assuntore dovrà eseguire, altresì, le attività di pulizia e di sanificazione extracanone: tali attività saranno remunerate sulla base dei preventivi che verranno predisposti dall'Assuntore a seguito delle richieste di attività da parte di AMA”.

4.2 L'offerta di ROMA MULTISERVIZI reca l'indicazione di un canone annuo pari ad € 2.206.829,91, risultante dalla sommatoria:

- del canone annuo per i servizi di pulizia, sanificazione e mantenimento del decoro, pari ad € 1.540.632,84
- del canone annuo per le attività di presidio ed attività extracanone di pulizia e sanificazione per € 666.197,07.

Una prima considerazione impone di rilevare come l'offerta di ROMA MULTISERVIZI abbia commassato in un'unica voce di

offerta (per un totale di € 666.197,07):

- le attività di presidio, che sono senz'altro compensate con il canone, alla luce di quanto precedentemente osservato
- e le altre attività extracanone.

Nel verbale n. 10, la Commissione di gara “ai fini dell'applicazione della formula prevista dal disciplinare di gara per l'attribuzione del punteggio economico”, ha ritenuto “di dover considerare, quale canone annuo offerto da ciascun concorrente, la sommatoria delle voci di canone derivanti dalle tariffe/voci unitarie di prezzo – omnicomprensive fisse ed invariabili ed applicabili a tutte le tipologie di sedi – indicate da ogni singolo concorrente nella prima tabella di pag. 6 dell'allegato 3 “facsimile offerta economica” al disciplina di gara”.

I risultati dell'anzidetto computo hanno condotto l'organo di gara a considerare, quanto all'offerta di ROMA MULTISERVIZI, il solo importo di € 1.540.632,84, nell'offerta stessa indicato come canone annuo per i servizi di pulizia, sanificazione e mantenimento del decoro.

L'operato della Commissione di gara, alla luce di quanto osservato, si presta senz'altro a fondata critica, atteso che il conseguimento dell'importo da ultimo indicato è avvenuto attraverso l'arbitrario scorporo, dal totale del prezzo richiesto da ROMA MULTISERVIZI, dell'intero importo per le attività di presidio ed extracanone.

L'organo di gara ha erroneamente escluso le attività di presidio da quelle compensate con il canone, estrapolando pertanto dall'offerta

dell'odierna controinteressata un importo (pari ad € 666.197,07) comprensivo di entrambi le attività da ultimo indicate: laddove, diversamente, andavano computate nelle attività a canone anche quelle destinate al presidio.

Diversamente rispetto a quanto argomentato dalla difesa di AMA (memoria dell'11 marzo 2013), non rilevano certamente, ai fini della esclusa sussumibilità dell'attività di presidio nelle attività extracanone, la circostanza che il personale ad essa addetto sia dotato di cerca-persone o di telefono cellulare, per l'esecuzione di interventi a richiesta di pulizia o di piccola manutenzione ordinaria.

Questi ultimi, in particolare, vengono dall'art. 6.3 del disciplinare di gara contemplate unitamente alle “attività periodiche tese al mantenimento del decoro delle strutture e degli impianti (quali controlli e verifiche conoscitive dello stato conservativo degli elementi edili ed impiantistici, programmazione ed effettuazione degli interventi di piccola manutenzione ordinaria)”, che evidentemente esulano dalla eseguibilità a domanda o su richiesta.

Né, alla stessa stregua, può inferirsi dalla esclusa adibizione dell'organico di presidio alle “attività ordinarie relative al servizio di pulizia e sanificazione” la conseguenza che l'attività di presidio sia da qualificarsi nel novero delle attività extra-canone.

Nel dare atto della confusa modalità redazionale che ha assistito la predisposizione della *lex specialis* di gara (con riferimento alla quale, sarebbe stato tutt'altro che disagevole definire, con chiare e puntuali indicazioni, le diverse tipologie di attività – a canone o extra-canone –

ricomprese nell'appalto), non può comunque il Collegio omettere di stigmatizzare l'operazione evidentemente manipolativa posta in essere dalla Commissione di gara quanto alla valutazione dell'offerta economica di ROMA MULTISERVIZI.

Se è pur vero che tale intervento, in una certa misura, trova giustificazione proprio nella perplessa e contraddittoria formulazione del capitolato speciale e dei relativi allegati, nondimeno l'individuazione dell'offerta economica della suddetta impresa, per come quantificata in € 1.540.632,84 (previa estrapolazione del prezzo del presidio e delle attività extra-canone), è chiaramente erroneo; ed incontra elementi di puntuale contraddittorietà laddove si consideri che la stessa ROMA MULTISERVIZI, nella predisposizione del prospetto analitico rappresentante il costo economico del personale (per un ammontare pari ad € 2.082.546,09, largamente superiore all'importo dell'offerta per come "ricostruito" dalla commissione di gara) – ha indicato un monte-ore annuo di 123.900 ore, identico a quello previsto nella relazione tecnica della stessa offerente (pag. 28) per i servizi di pulizia, di piccola manutenzione e di presidio.

4.3 Da quanto sopra esposto deriva la conseguenziale erroneità del punteggio attribuito a ROMA MULTISERVIZI per l'offerta economica delle prestazioni a canone (che ha visto la controinteressata prevalere sull'odierna ricorrente in ragione di punti 29,52, a fronte dei punti 22,98 riconosciuti a La Lucentezza).

E deriva, conseguentemente, l'illegittimità dell'aggiudicazione disposta nei confronti dell'odierna controinteressata, atteso che, come

dimostrato dalla parte ricorrente, laddove fosse stata considerata per ROMA MULTISERVIZI un'offerta (correttamente) ragguagliata ad € 2.206.829,91, allora:

- il punteggio da quest'ultima conseguito per l'offerta economica sarebbe stato pari a punti 28,54 in luogo dei punti 29,52 invece attribuiti dalla commissione di gara)

- mentre La Lucentezza si sarebbe vista riconoscere, alla voce di che trattasi, punti 28,23 (in luogo dei punti 22,98 attribuiti in esito alla gara)

con postergazione di ROMA MULTISERVIZI rispetto all'odierna ricorrente nella conclusiva graduatoria (punti complessivi 84,53 contro 85,73).

5. A fronte della rilevata fondatezza del primo motivo, sufficiente al fine di determinare l'annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore di ROMA MULTISERVIZI, ritiene peraltro il Collegio, al fine di un'esauritiva disamina del sottoposto *thema decidendum*, di sottoporre a valutazione anche il terzo profilo di censura, con il quale parte ricorrente ha argomentato la tardività della risposta fornita da ROMA MULTISERVIZI alla richiesta di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti e dichiarati nella domanda di partecipazione alla gara.

5.1 Il disciplinare di gara prevedeva, al riguardo, un termine – espressamente indicato come “perentorio” – pari a dieci giorni.

Nel verbale n. 12, la Commissione di gara, pur nel prendere atto che l'aggiudicataria ha “prodotto la copia del certificato di iscrizione al

Registro delle imprese ... oltre il termine assegnato ...” ha ritenuto “in ogni caso comprovato il requisito di cui al punto III.2.2 del Bando di gara ed al punto 7.1.2 lett. b) del Disciplinare di gara, atteso che detto termine, relativamente alle richieste ex art. 48, non era qualificato ... come termine perentorio ... e considerato che il possesso di tale requisito già risultava attestato dalla stessa ROMA MULTISERVIZI S.p.A. con la copia del certificato di iscrizione al Registro delle imprese prodotto, all’atto della presentazione dell’offerta, tra i documenti contenuti nella relativa busta A”.

Va in proposito preliminarmente puntualizzato che la richiesta rivolta dalla stazione appaltante all’aggiudicataria ed alla seconda classificata, ai sensi dell’art. 48, comma 2, del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, indicava, quale termine, le ore 12.00 del 22 ottobre 2012; mentre la documentazione di che trattasi è stata trasmessa da ROMA MULTISERVIZI con fax alle ore 12.44.

Se la quantificazione del ritardo rispetto al termine indicato non rileva (atteso che i 44 minuti eccedenti rispetto all’orario come sopra fissato pongono, comunque, la trasmissione documentale effettuata dall’aggiudicataria oltre la scadenza del termine stesso: non potendosi, con ogni evidenza, accedere ad una impropria “graduazione” della gravità del mancato tempestivo adempimento in ragione della commisurazione temporale del ritardo), deve darsi atto che il termine in questione, come sottolineato dalla difesa di AMA, riveste carattere (meramente) sollecitatorio e non perentorio.

5.2 Deve innanzi tutto osservarsi che l’art. 48 del D.Lgs. 12 aprile

2006 n. 163 prevede che:

- “le stazioni appaltanti prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. Quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'art. 6 comma 11” (comma 1);
- “la richiesta di cui al comma 1 è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta e alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione”.

Con Determina 21 maggio 2009 n. 5 (“Linee guida per l'applicazione dell'art. 48 del decreto legislativo n. 163/2006”), l'Autorità per la

Vigilanza sui contratti pubblici – AVCP ha affermato che:

- “In merito alla natura del termine di dieci giorni, entro cui i concorrenti sorteggiati devono documentare i requisiti richiesti nel bando ed oggetto di autodichiarazione, non si può che ribadire quanto dedotto dalla Autorità nell'atto di regolazione n. 15/2000, come confermato peraltro, da concorde giurisprudenza. Il termine di dieci giorni è perentorio e improrogabile, nel senso che il suo obiettivo decorso senza che il sorteggiato abbia fatto pervenire alla stazione appaltante la necessaria documentazione implica l'automatico effetto dell'esclusione dalla gara, dell'incameramento della cauzione provvisoria e della segnalazione alla stessa Autorità per i provvedimenti di competenza. Né assume rilievo l'effettivo possesso dei requisiti da parte dell'operatore economico ovvero la documentazione degli stessi successivamente al decorso dei dieci giorni assegnati, dal momento che, per come è formulata la norma, rileva, al fine della produzione degli effetti sanzionatori, il solo dato, obiettivo e formale, dell'inadempimento nel termine prescritto”;
- mentre “il comma 2 dell'articolo 48 prevede che la richiesta della documentazione probatoria venga rivolta anche all'aggiudicatario ed al secondo graduato, nel caso in cui gli stessi non siano stati già in precedenza sorteggiati. L'inadempimento comporta anche in questo caso l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione alla Autorità oltre che la revoca dell'aggiudicazione o l'esclusione. Qui la norma non pone il termine di dieci giorni per la presentazione della documentazione di comprova dei primi due classificati, come avviene,

in base al comma 1, per i concorrenti sorteggiati. Infatti, per come è formulata la parte iniziale del comma 2, La richiesta di cui al comma 1 è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria ..., il riferimento al termine di dieci giorni riguarda la richiesta che deve inoltrare la stazione appaltante ai suddetti concorrenti e, in quanto riferito all'attività di pubblici poteri, al suddetto termine non può riconoscersi che natura sollecitatoria”.

5.3 Con riferimento all'interpretazione dei commi 1 e 2 dell'art. 48, la giurisprudenza ha ritenuto che il termine per comprovare il possesso dei requisiti di cui all'art. 48, comma 2, con riferimento all'aggiudicatario e al secondo graduato, abbia carattere ordinatorio-sollecitatorio, a differenza del termine stabilito dal comma 1 del medesimo art. 48, concernente la verifica a campione delle imprese offerenti sorteggiate, che ha natura perentoria (cfr. Cons. Stato, sez. V, ord.za 31 marzo 2012 n. 1886).

Il (solo) comma 1 dell'art. 48 del D.Lgs. 163 del 2006 è, infatti, preordinato ad assicurare il regolare e rapido espletamento della procedura di gara e la tempestiva liquidazione dei danni prodotti dalla alterazione della stessa a causa della mancanza dei requisiti da parte dell'offerente, di modo che esso risulta strumentale rispetto all'esigenza di garantire imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa: con la conseguenza che il termine entro il quale l'impresa offerente, sorteggiata a campione per il controllo in ordine al possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-

organizzativa, è tenuta ad ottemperare alla richiesta della stazione appaltante, ha natura perentoria (Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2010 n. 8739), poiché, pur non essendo qualificato tale dalla lettera della norma, tale perentorietà è insita nella automaticità della comminatoria prevista per la sua inosservanza (Cons. Stato, sez. VI, 8 marzo 2012 n. 1321 e sez. IV, 16 febbraio 2012 n. 810).

Se, come osservato, la natura perentoria attribuita a tale termine deriva dalle ragioni di celerità e certezza che caratterizzano le procedure di aggiudicazione e dalla necessità di chiusura del procedimento nel più breve tempo possibile (cfr. T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 9 febbraio 2012 n. 106; C.G.A.R.S., 15 aprile 2009 n. 233; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 8 ottobre 2009 n. 1608; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, sent. 16 dicembre 2010 n. 4849; Cons. Stato, sez. VI, 15 giugno 2009 n. 3804; T.A.R. Lazio, Latina, 5 novembre 2010 n. 1864; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 23 luglio 2009 n. 7493; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 5 luglio 2010 n. 1648), considerazioni alle precedenti inassimilabili consentono di diversamente atteggiare la qualificazione del termine di cui al comma 2 dello stesso art. 48, non presidiato da sovrapponibili esigenze di funzionalità/celerità/certezza delle operazioni di gara.

5.4 Le considerazioni sopra esposte inducono il Collegio a ribadire l'illustrato convincimento giurisprudenziale in ordine all'esclusa configurazione in termini di perentorietà del termine *ex* art. 48, comma 2, del D.Lgs. 163/2006: per l'effetto dovendo darsi atto dell'infondatezza della censura all'esame.

6. Sia pure nei limiti dell'esaminato primo motivo di ricorso, il gravame rivela fondatezza suscettibile di condurre all'annullamento dell'avversata aggiudicazione.

In ragione della mancata stipula del contratto in favore dell'originaria aggiudicataria ROMA MULTISERVIZI, non vi è luogo a provvedere in ordine alla richiesta, dalla parte ricorrente formulata subordinatamente all'eventuale formalizzazione del predetto atto negoziale, di declaratoria di inefficacia del contratto.

Né vi è luogo a provvedere in ordine all'istanza, dalla parte ricorrente pure formulata, di risarcimento per equivalente monetario, atteso che la posizione giuridica pretensiva fatta valere da La Lucentezza è suscettibile di integrale soddisfacimento a fronte dell'aggiudicazione che la stazione appaltante disporrà in favore di quest'ultima (collocatasi al secondo posto della conclusiva graduatoria), a seguito e per l'effetto del disposto annullamento dell'aggiudicazione originariamente disposta in favore della parte controinteressata.

Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così dispone:

- dichiara irricevibile il ricorso incidentale proposto da ROMA MULTISERVIZI S.p.A.;
- accoglie, nei limiti di quanto indicato in motivazione, il ricorso

principale proposto da La Lucentezza s.r.l.; e, per l'effetto, annulla in tali limiti gli atti con il predetto mezzo di tutela avversati.

Condanna AMA S.p.A. e ROMA MULTISERVIZI S.p.A. al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente La Lucentezza s.r.l., in ragione di € 2.500,00 (euro duemila e cinquecento/00) per ciascuna delle anzidette parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Roberto Politi, Consigliere, Estensore

Roberto Caponigro, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/05/2013

IL SEGRETARIO

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