

N. 05155/2013REG.PROV.COLL.
N. 09177/2012 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 9177 del 2012, proposto da:

De Vizia Transfer s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Angelo Clarizia e Gennaro Macri, con domicilio eletto presso il primo, in Roma, via Principessa Clotilde 2;

contro

Comune di Anagni, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Lilli, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via di Val Fiorita 90;

Tra.de.co. s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Aldo Loiodice e Filippo Vinciguerra, con domicilio eletto presso il primo, in Roma, via Ombrone 12/b

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - SEZ. STACCATA DI LATINA, SEZIONE I, n. 00910/2012, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di igiene urbana

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Anagni;

Visto l'atto di costituzione in giudizio, contenente appello incidentale, proposto dalla Tra.de.co. s.r.l.,
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 ottobre 2013 il Cons. Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Clarizia, Lilli e Loiodice;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Oggetto del presente giudizio è la procedura di affidamento in appalto del servizio di raccolta differenziata dei rifiuti urbani ed assimilati (spazzamento, raccolta e trasporto allo smaltimento dei soli rifiuti indifferenziati urbani e assimilati agli urbani, raccolta differenziata con trasporto e conferimento presso impianti per trattamento specifico dei rifiuti urbani e assimilati agli urbani, compresi gli ingombranti e i RAEE per il successivo recupero-riciclaggio, ed altri servizi accessori), per la durata di 9 anni, indetta dal Comune di Anagni con bando del 29 luglio 2011.

L'odierna appellante De Vizia Transfer s.p.a. ha impugnato davanti al TAR Lazio – sez. staccata di Latina la propria esclusione e, con motivi aggiunti, l'aggiudicazione in favore della Tra.de.co. s.r.l.

L'esclusione contestata è stata disposta dall'amministrazione aggiudicatrice per difformità dell'offerta rispetto alle previsioni del capitolato speciale d'appalto (punti 5.6 e 21.3), richiedenti, a pena espressa di esclusione, alcune specificazioni circa le componenti del prezzo del servizio offerto (valore unitario €/ton/km e percentuale del corrispettivo per le attività di raccolta, trasporto e conferimento allo smaltimento, con indicazione dell'incidenza dei costi del personale, delle attività di spazzamento e lavaggio stradale, raccolta differenziata, con relativo trasporto a recupero,

nonché dei servizi accessori).

Secondo la prospettazione contenuta nel ricorso di primo grado, tale esclusione contrasta con la regola della tassatività introdotta dal d.l. n. 70/2011, attraverso l'introduzione del comma 1-*bis* all'art. 46 del codice dei contratti pubblici (I motivo), e con i principi di massima partecipazione ed affidamento dei partecipanti, sul rilievo che l'omissione addotta a sostegno dell'esclusione è stata indotta dalla modulistica di gara (II motivo).

La Tradeco., dal canto suo, ha proposto ricorso incidentale, diretto a censurare la possibilità offerta alla controparte di integrare "a buste aperte" la propria offerta mediante la specificazione delle componenti di prezzo inizialmente omesse, nonché la sottovalutazione della propria offerta tecnica.

2. Il TAR ha esaminato nel merito e respinto il ricorso principale.

Ad avviso del primo giudice le componenti di prezzo del servizio omesse dalla De Vizia costituiscono elementi essenziali, alla luce del disposto dell'art. 74 cod. contr. pubbl. e, nel caso di specie, del fatto che il prezzo del servizio avrebbe potuto essere revisionato, essendo la disponibilità dell'attuale impianto di smaltimento dei rifiuti garantita sino al 2014, il tutto come specificato nelle contestate clausole del capitolato, presidiate da specifica comminatoria espulsiva. Ha quindi escluso che si potesse supplire a tale omissione attraverso il c.d. soccorso istruttorio di cui all'art. 46 del "codice appalti".

Ha conseguentemente dichiarato inammissibile, per difetto di interesse, il ricorso incidentale della Tradeco.

3. Il rigetto dell'impugnativa è contestato dalla De Vizia Transfer con il presente appello principale, al quale resiste la Tradeco., che ha a sua volta proposto appello incidentale.

3.1 Con il primo motivo d'appello l'appellante principale critica la sentenza di primo grado per omessa pronuncia sulla censura di violazione dei

principi di *favor participationis* e di tutela dell'affidamento, a causa del fuorviante modulo predisposto dalla stazione appaltante per la formulazione dell'offerta economica. Evidenzia al riguardo che in detto modulo, la cui utilizzazione era imposta dal disciplinare, non era richiesta l'indicazione delle componenti di prezzo addotte poi a presupposto per la contestata esclusione. Nel motivo in questione l'appellante sostiene inoltre che la determinazione adottata in proprio danno è stata disposta in applicazione di comminatorie espulsive contenute nel capitolato speciale d'appalto, e dunque in un documento concernente la fase esecutiva del rapporto contrattuale, e non già nella sede "naturale", vale a dire il bando o il disciplinare di gara, i quali contengono disposizioni contrastanti e prevalenti rispetto al primo.

3.2 Con il secondo motivo la De Vizia Transfer ripropone la censura di nullità della comminatoria espulsiva ai sensi dell'art. 46, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 163/2006. Critica il riferimento operato dal TAR all'art. 74 cit., obiettando che tale disposizione non impone di specificare a pena di esclusione le componenti del prezzo, ma solo il ribasso offerto. Sottolinea inoltre che gli eventi in base ai quali le suddette componenti assumono rilievo, vale a dire la necessità per il Comune di Anagni di reperire un nuovo impianto di smaltimento dei rifiuti o la revisione del compenso, sono di futura ed incerta verifica.

3.3 Con il terzo motivo ripropone le censure contenute nei motivi aggiunti relativamente all'offerta della controinteressata ed all'aggiudicazione disposta in favore di quest'ultima, nonché le domande di subentro nel contratto ex art. 122 cod. proc. amm. e, in via gradata, di risarcimento del danno per equivalente.

4. Nel proprio appello incidentale la Tradeco censura:

- il soccorso istruttorio attivato dal Comune di Anagni al fine di consentire dalla controparte di integrare l'offerta economica mediante le specificazioni

del prezzo richieste dai punti 5.6 e 21.3 del capitolato, la cui iniziale mancanza la rendeva invece insanabilmente incompleta (I e II motivo);

- la parziale valutazione del proprio progetto tecnico, motivato dalla commissione di gara in ragione del superamento del limite di 100 pagine imposto dal disciplinare di gara, e la conseguente sottovalutazione dell'offerta tecnica consumatasi in proprio danno (III motivo).

5. Si è costituito il Comune di Anagni, il quale ha formulato conclusioni adesive alla Tradeco.

DIRITTO

1. Così riassunte le opposte prospettazioni delle parti, il Collegio reputa opportuno precisare innanzitutto che, anche per effetto del vincolo discendente dalla nota pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea 4 luglio 2013 (in causa C-100/12), l'ordine di esame dei motivi di impugnativa rispettivamente devoluti nel presente giudizio d'appello dalle parti appellanti principale ed incidentale seguirà un criterio di carattere cronologico-sequenziale, riferito cioè al momento in cui il vizio in essi dedotto si è verificato all'interno della procedura di gara in contestazione.

Pertanto verranno esaminati i primi due motivi dei contrapposti appelli, tutti concernenti l'esclusione della De Vizia dalla suddetta procedura di gara.

2. Tanto precisato, occorre innanzitutto sgomberare il campo dalla censura contenuta nel primo motivo dell'appello principale, relativa al preteso carattere "recessivo" del capitolato speciale d'appalto, nel quale sono contenute le comminatorie espulsive, poi adottate dalla stazione appaltante, rispetto a quelle previste nel bando e nel disciplinare di gara

Si tratta infatti di una doglianza nuova e come tale inammissibile ai sensi dell'art. 104, comma 1, cod. proc. amm.

Il ricorso di I grado si articola infatti in due censure, nelle quali la De Vizia ha rispettivamente dedotto la violazione della regola della tassatività delle

cause di esclusione contenuta nell'art. 46, comma 1-*bis*, cod. contratti pubblici (I motivo), riproposta in questa sede con il II motivo d'appello, e la lesione del proprio affidamento a causa della modulistica predisposta dall'amministrazione (II motivo), contenuta invece del I motivo d'appello. In particolare, in quest'ultima doglianza l'odierna appellante aveva originariamente dedotto di avere formulato l'offerta economica secondo le vincolanti disposizioni del disciplinare di gara, prescriventi l'utilizzo dell'allegata modulistica, la quale, a sua volta, non contiene alcuno spazio per la specificazione delle ridette componenti di prezzo. Per contro, nella medesima censura, la De Vizia non ha in alcun modo tratto dal contrasto tra tali disposizioni di *lex specialis* e le comminatorie di espulsione previste nei punti 5.6 e 21.3 del capitolato che debba essere attribuita prevalenza a quest'ultima, e questa deduzione non può essere proposta nella presente sede, pena la violazione del principio del doppio grado di giudizio, al cui presidio è posto il divieto dello *ius novorum* contenuto nel citato art. 104, comma 1, del codice del processo.

2.1 Può dunque essere esaminata solo la censura, parimenti contenuta nel primo motivo d'appello, in cui la De Vizia deduce l'omessa pronuncia del TAR sul secondo motivo del ricorso originario, diretto a sostenere che l'offerta economica da essa presentata è stata redatta nel rispetto dell'art. 4, lett. c), del disciplinare di gara, laddove tale norma di *lex specialis* impone l'utilizzo del modulo B ad essa allegato e che ciò ha ingenerato in essa appellante la ragionevole convinzione di avere compiutamente rispettato gli obblighi dichiarativi ad essa imposti.

Al riguardo, deve innanzitutto convenirsi con l'appellante circa il fatto che la censura non è stata esaminata dal giudice di primo grado.

Dalla motivazione della sentenza qui appellata emerge, infatti, che il rigetto dell'impugnativa è riferito esclusivamente al primo motivo di ricorso, relativo alla violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione.

Tanto si evince in particolare dalla lettura dei punti 12 e 13, laddove il TAR afferma che *“le dichiarazioni e precisazioni in ordine all’offerta economica richieste nei sopra richiamati punti 5.6) e 21.3) del capitolato speciale di appalto dovevano costituire parte integrante della medesima”*, ai sensi dell’art. dell’art. 74 d.lgs. n. 163/2006, traendone la conclusione dell’impossibilità di qualsiasi integrazione.

Ben diverso è il tenore del secondo motivo, qui debitamente riproposto, nel quale vengono in rilievo, in sostanza, le ricadute sull’agire degli privati partecipanti alla gara a causa della contraddittorietà tra atti del procedimento di gara.

2.2 Nel merito il motivo è fondato.

Come correttamente osserva la De Vizia, il punto n. 4 del disciplinare di gara (*“termine e modalità di presentazione dell’offerta”*), prevede, al punto C, concernente l’offerta economica, che questa *“dovrà essere redatta secondo lo schema di offerta da Allegato B), con l’indicazione del canone annuo offerto e della corrispondente percentuale di ribasso sul canone annuo posto a base di gara”*. Il modulo costituente l’allegato B consente, in modo pedissequo, la sola indicazione di cui al citato punto del disciplinare, essendo ivi presente uno spazio in bianco per il *“canone annuo”* ed uno successivo per la specificazione del *“ribasso percentuale”*.

Tanto premesso in fatto, si osserva, in diritto, che la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato è costante nel valorizzare la buona fede e l’affidamento delle imprese nel rispetto delle prescrizioni imposte dalla legge di gara al fine di negare che ciò possa risolversi in un danno per le stesse, attraverso la loro espulsione dalla procedura (solo per citare le più recenti pronunce, si veda Sez. III, 14 gennaio 2013 n. 145 e Sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510, citate dall’appellante principale, relative all’indicazione degli oneri aziendali per la sicurezza; Sez. V, 22 maggio 2012, n. 2973, relativa alle dichiarazioni sui requisiti di ordine generale; Sez.

V, 10 gennaio 2012 n. 31, anch'essa citata dall'appellante principale, concernente le dichiarazioni inerenti il rispetto della normativa sul lavoro dei disabili; Sez. V, 5 luglio 2011, n. 4029, citata dall'appellante, concernente le dichiarazioni sul possesso dei requisiti di qualificazione).

Le pronunce sono infatti pertinenti al caso di specie, visto che anche qui si discute dell'omessa indicazione di elementi facenti parte dell'offerta da presentare in sede di gara. Dai precedenti in questione è ricavabile una regola di carattere generale, volta ad annettere preminenza alle esigenze di massima partecipazione alle gare, allorché vi siano contrasti tra prescrizioni per essa predisposte dall'amministrazione aggiudicatrice (in particolare la sentenza n. 4510/2012).

A tale regola il Collegio reputa di dovere dare continuità, giacché essa è espressiva del principio generale di buona fede nelle trattative ex art. 1337 cod. civ. e della relativa specificazione contenuta nel successivo art. 1338, relativa all'obbligo di comunicare all'altra parte le possibilità cause di invalidità negoziale di cui si è a conoscenza. Pacifico poi che a tali canoni comportamentali l'amministrazione è soggetta anche allorché ricorra ai moduli dell'evidenza pubblica per la stipula di contratti, ed alla quale, pertanto, è imposto un obbligo di *clare loqui*, la cui violazione non può essere addossata alla parte privata.

2.3 A fronte di tale constatazione, non ha pregio invocare (come fa la Tradeco nella memoria di risposta all'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza di primo grado) il fatto che le ditte partecipanti alla procedura dovevano ritenersi a conoscenza delle cause di esclusione contenute nel capitolato speciale, dato che quest'ultimo doveva essere inserito, con sottoscrizione per integrale accettazione, nella busta contenente la documentazione amministrativa.

L'assunto si scontra con la puntuale osservazione della De Vizia (in memoria conclusionale) secondo cui l'unico elemento di carattere

economico preso in considerazione ai fini della selezione delle offerte è dato dal prezzo per il servizio. Ciò emerge in particolare dall'art. 7 del disciplinare di gara, relativo ai "criteri di aggiudicazione", il quale prevede l'attribuzione dei 35 punti complessivamente a disposizione per l'offerta economica in relazione al solo "prezzo", ivi specificando la formula di attribuzione del punteggio, parametrata al "canone annuo" offerto.

Pertanto, sulla scorta di tali risultanze probatorie è ragionevole inferire il convincimento della De Vizia di avere adempiuto ai propri oneri dichiarativi attraverso la sola indicazione del ribasso offerto.

2.4 Per contro, la tesi della Tradeco, fatta propria dal TAR, conduce alla surrettizia introduzione di sottocriteri non esplicitati dalla legge di gara, tali da renderne incerto l'esito, non essendo chiaro come avrebbe dovuto comportarsi l'amministrazione aggiudicatrice nel caso in cui, ad esempio, a fronte di un ribasso maggiore, il corrispettivo valore unitario €/ton/km di cui al punto 5.6 del capitolato o – evenienza non astrattamente in configurabile - una delle altre attività facenti parte del servizio posto a gara, da indicare ai sensi del punto 21.3 del medesimo documento, sia superiore.

Del resto, si tratta di elementi che non attengono alla selezione dell'offerta migliore, e dunque rilevanti in sede di gara, ma alla successiva esecuzione del contratto, senza trascurare che, come osserva la De Vizia, la loro concreta rilevanza è del tutto incerta. A questo riguardo, infatti, non si può sin d'ora escludere che il contratto in forza del quale il Comune di Anagni ha la disponibilità della discarica in Colfelice possa essere rinnovato, così come non si può escludere che l'amministrazione possa reperire una sistemazione alternativa nel raggio entro il quale il capitolato d'appalto ha predeterminato l'alea contrattuale (70 km in più o 50 km in meno). Analoghe considerazioni possono essere svolte con riguardo alle singole attività contrattuali che l'art. 21.3 del capitolato impone di specificare ai fini dell'eventuale revisione del compenso al verificarsi delle ipotesi contemplate

nel precedente punto 21.2 (consistenti nella variazione dell'area oggetto dei servizi o della popolazione servita oltre il 5% e della tariffa di smaltimento della raccolta indifferenziata oltre il 10%).

3. Parimenti fondato è il secondo motivo d'appello, con il quale si deduce la violazione dell'art. 46, comma 1-*bis*, cod. contratti pubblici.

Infatti, contrariamente a quanto assume la Tradeco, le comminatorie espulsive contenute nelle ora citate clausole del capitolato speciale posto a gara si collocano al di fuori delle ipotesi tassative previste dalla citata disposizione normativa.

In primo luogo, esse non sono riconducibili ad adempimenti doverosi in base al codice di cui al d.lgs. n. 163/2006 o al regolamento di attuazione approvato con d.p.r. n. 207/2010.

A questo specifico riguardo, l'art. 74 del codice prescrive, al comma 2, l'indicazione del "*prezzo della prestazione offerta*" e non già delle sue singole componenti. E' poi vero che il comma 4 della medesima disposizione impone di corredare le offerte degli elementi richiesti, tra l'altro, nel capitolato d'oneri, ma l'omessa presentazione o dichiarazione di questi ultimi può legittimare l'esclusione dalla gara, in ossequio al precetto primario di cui al citato comma 1-*bis*, solo se inquadrabili nelle ipotesi tassative in esso contemplate, pena altrimenti l'aggiramento del divieto mediante l'introduzione di ulteriori cause di esclusione in via amministrativa.

3.1 In secondo luogo, non può attribuirsi a tali specificazioni delle componenti di prezzo il predicato dell'essenzialità previsto dalla ridetta disposizione del codice dei contratti pubblici, visto quanto detto poc'anzi a proposito del fatto che esse assumono rilievo, in via meramente eventuale, in caso di sopravvenienze di fatto incidenti sull'alea contrattuale in misura eccedente quella già predeterminata nel capitolato speciale posto a gara.

Dall'accertata contrarietà delle clausole del capitolato speciale posto a gara

in contestazione rispetto al principio della tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, comma 1-*bis*, cod. contratti pubblici consegue la nullità delle stesse e, per rispondere ai rilievi della Tradeco, l'irrilevanza dell'accettazione del capitolato medesimo da parte della De Vizia, come a questa imposto dalla legge di gara.

Alla luce di tutto quanto finora detto, l'esclusione disposta in danno dell'odierna appellante principale nella seduta del 13 dicembre 2011 (verbale n. 9) è illegittima.

4. Ne discende ulteriormente l'infondatezza del primo motivo dell'appello incidentale, volto a stigmatizzare l'utilizzo del soccorso istruttorio da parte dell'amministrazione.

Innanzitutto è evidente che a fronte dell'equivoca formulazione della legge di gara, a causa del contrasto tra disciplinare di gara e capitolato speciale, come visto sopra, l'esercizio di tale potere è doveroso. In ogni caso, peraltro, l'accertamento della nullità delle clausole in forza delle quali l'esclusione è stata disposta priva del necessario fondamento logico-giuridico la censura in esame.

4.1 Parimenti infondato è il secondo motivo.

4.1 La Tradeco sostiene al riguardo che, in virtù del punto VI.3 del bando di gara, non sono ammesse "*offerte parziali*" e che l'originaria incompletezza dell'offerta della De Vizia ne avrebbe legittimato l'immediata esclusione della gara.

Tuttavia, su tali considerazioni fanno aggio quelle svolte a proposito dell'accoglimento del primo motivo dell'appello incidentale, segnatamente laddove si è rilevato che il disciplinare e l'allegato modulo per la formulazione dell'offerta economica, si limitavano all'indicazione del corrispettivo e del ribasso percentuale sulla base d'asta.

5. Esaurito l'esame dei motivi concernenti l'esclusione dalla gara delle De Vizia, può passarsi a quelli concernenti l'aggiudicazione in favore della

Tradeco.

Logicamente prioritario è il il terzo ed ultimo motivo dell'appello incidentale proposto da quest'ultima, contenente la riproposizione della doglianza relativa alla parziale valutazione della propria offerta tecnica, quale disposta dalla commissione di gara nel verbale n. 3 del 9 novembre 2011, in applicazione della clausola del disciplinare di gara (art. 4, lett. B) che imponeva il rispetto del limite di 100 pagine, a fronte di un progetto presentato di complessive 104 pagine.

5.1 Contrariamente a quanto eccepito dalla De Vizia nella propria memoria conclusionale, la suddetta clausola non doveva essere impugnata entro il termine decadenziale decorrente dalla pubblicazione del disciplinare, e cioè prima della conclusione della gara.

Sul punto va richiamato l'insegnamento dell'Adunanza plenaria (sentenza 29 gennaio 2003, n. 1) secondo cui tale onere di tempestiva impugnativa è configurabile solo in relazione a clausole immediatamente escludenti, aventi ad oggetto requisiti di partecipazione alla procedura selettiva che l'impresa concorrente o aspirante tale non possiede *ex ante*. Non si tratta in altri termini di una prescrizione di *lex specialis* contenente previsioni tali da incidere con immediatezza ed attualità sulla posizione dell'impresa, ma attinente alle modalità di svolgimento della gara, ed in particolare alla formulazione delle offerte, per cui l'interesse alla relativa rimozione sorge unicamente all'esito della stessa o, come nel caso di specie, dall'altrui impugnazione. E ciò è confermato dal fatto che la clausola in questione non solo non ha impedito la partecipazione alla gara della Tradeco, ma non ha nemmeno impedito che la stessa risultasse aggiudicataria.

5.2 Peraltro, se un tale interesse non sussisteva al momento della partecipazione alla gara, e tanto meno all'esito della sua conclusione, lo stesso deve ritenersi certamente attualizzato al momento della proposizione del ricorso da parte della Di Vizia.

Si tratta infatti di una clausola con la quale l'amministrazione si è autovincolata a procedere alla valutazione delle offerte tecniche secondo specifiche modalità, ed alla cui applicazione la commissione di gara non poteva sottrarsi.

Nel motivo in esame, dunque, la Tradeco contesta non già una scorretta osservanza delle norme di *lex specialis*, ma proprio queste ultime, dalle quali discende direttamente la lesione del suo supposto interesse alla valutazione dell'offerta dalla stessa presentata.

Ne consegue che la medesima impresa avrebbe dovuto impugnare la clausola del disciplinare in questione e non solo, come invece ha fatto, gli atti di gara che di essa ne costituiscono attuazione,.

Il motivo deve quindi essere dichiarato inammissibile.

5.3 In ogni caso il motivo è infondato nel merito.

Infatti, ad esso la De Vizia Transfer obietta fondatamente, nella propria memoria conclusionale, che la previsione di un limite massimo di pagine per il progetto tecnico risponde ad intuibili esigenze di speditezza del procedimento di gara (in termini si è espressa questa Sezione nella sentenza, citata dall'appellante principale, 18 novembre 2011, n. 6087), sotto forma di onere di concentrazione e rappresentazione sintetica delle proposte progettuali offerte.

Sul punto, non giova alla Tradeco richiamare l'indirizzo giurisprudenziale di questa Sezione che nega che si possa disporre l'esclusione in caso di superamento del suddetto limite (sentenze 15 luglio 2013, n. 3843 e 21 giugno 2012, n. 3677). Si tratta infatti di pronunce afferenti la ben diversa questione della legittimità della sanzione espulsiva, ma non già del limite alla valutazione delle offerte.

Né la medesima Tradeco ha enucleato censure di irragionevolezza di un limite siffatto.

Va poi osservato che alcun pregiudizio risulta esserne derivato per la

valutazione dell'offerta della controinteressata, giacché le prime 100 pagine del progetto comprendono oltre alle 5 iniziali dell'indice tutte le successive 88 in cui il l'offerta si sostanzia effettivamente, risultandone escluse solo parte delle schede riepilogative, che tuttavia non aggiungono contenuti all'offerta medesima.

6. Il rigetto dell'appello incidentale ora esaminato comporta l'assorbimento logico del terzo motivo dell'appello principale, essendosi in tal modo accertata l'illegittimità, in via derivata, dell'aggiudicazione in favore della Tradeco, e non residuando, anche per quanto si dirà in sede di esame della domanda di reintegrazione in forma specifica attraverso il subentro nel contratto, alcun interesse all'esame dello stesso.

7. Può dunque scendersi all'esame della richiesta di subentro nel contratto formulata dalla De Vizia.

La stessa può essere accolta ai sensi dell'art. 122 cod. proc. amm.

Tutti gli elementi di valutazione ai fini della pronuncia in esame conducono nel caso di specie alla sua emissione, visto che:

- questo è l'interesse azionato in giudizio dalla De Vizia con la presente impugnativa;
- la stessa appellante avrebbe conseguito l'aggiudicazione se non fosse stata illegittimamente esclusa, poiché avrebbe riportato un punteggio complessivo superiore alla controinteressata (ai 49,635 punti conseguiti per l'offerta tecnica devono aggiungersi i 34,832 punti che avrebbe dovuto ottenere per il ribasso offerto, per complessivi 84,467, contro i 76,288 riportati dalla Tradeco);
- come risulta dagli atti di causa, vi sono state proroghe del precedente servizio, disposte dal Comune di Anagni in attesa del presente giudizio fino al 15 settembre scorso, per cui l'esecuzione del contratto, se nelle more iniziata, non osta in alcun modo al subentro, da parte dell'odierna appellante, la quale è oltretutto la precedente appaltatrice.

8. In conclusione, l'appello principale deve essere accolto, mentre l'appello incidentale deve essere respinto.

Pertanto, in riforma della sentenza di primo grado deve essere accolto il ricorso colà svolto, mentre deve essere respinto il ricorso incidentale. Oltre all'annullamento degli atti impugnati deve essere dichiarata l'inefficacia del contratto e disposto il subentro nel contratto in favore della De Vizia, con salvezza della verifica del riscontro dei requisiti soggettivi all'uopo previsti dall'articolo 11 del codice dei contratti pubblici (in termini cfr. la sentenza di questa Sezione 2 settembre 2013, n. 4339).

Le spese del doppio grado di giudizio possono essere compensate tra tutte le parti ex art. 92 cod. proc. civ. avuto riguardo alla complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così provvede:

- accoglie l'appello principale e respinge l'appello incidentale;
- per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado:
- respinge il ricorso incidentale;
 - accoglie il ricorso principale, annullando gli atti con esso impugnati;
 - dichiara l'inefficacia del contratto e dispone il subentro nello stesso della De Vizia Transfer s.p.a. nei termini specificati in motivazione.

Compensa le spese 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 8 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/10/2013

IL SEGRETARIO

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