

N. 00473/2015REG.PROV.COLL.

N. 05845/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5845 del 2014, proposto da:

CMB Consulting s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria del R.T.I., - Nuove Tecnologie Srl, Rti - Voippartners Srl, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuliano Gruner e Federico Dinelli, con domicilio eletto presso l'avv. Federico Dinelli in Roma, Via del Quirinale, n.26;

contro

Fondazione PTV - Policlinico Tor Vergata, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Giuseppe Franco Ferrari e Ernesto Papponetti, con domicilio eletto presso l'avv. Giuseppe Franco Ferrari in Roma, Via di Ripetta, n. 142;

nei confronti di

Siram s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Renato Ferola e Francesco Marone, con domicilio eletto presso l'avv. Renato Ferola in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;
Wind Telecomunicazioni;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III QUA n. 03853/2014, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di assistenza tecnica, gestione e manutenzione di sistemi di rete telefonica, comunicazione, gestione e manutenzione di sistemi di sicurezza in bassa tensione

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Fondazione PTV - Policlinico Tor Vergata e di Siram s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2015 il Cons. Roberto Giovagnoli e uditi per le parti gli avvocati Gruner, Ferrari e Marone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'appello in epigrafe rientra, *ratione temporis*, nel campo di applicazione del nuovo testo dell'art. 120 Cod.proc. amm., nella versione introdotta dal decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 (convertito in legge 11 agosto 2014, n. 114), il quale prevede, al comma 6, la definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata.
2. Il presente giudizio ha ad oggetto la procedura di gara per l'affidamento del servizio di assistenza tecnica, gestione e manutenzione di sistemi di rete telefonica e comunicazione e di gestione e manutenzione di sistemi di sicurezza in bassa tensione presso la Fondazione PTV "Policlinico Tor Vergata".
2. L'appellante è la società CMB Consulting s.r.l. (d'ora in poi anche solo CMB), collocatasi terza in graduatoria nella predetta gara (dietro la società SIRAM, prima classificata, e il RTI WIND, secondo classificato).

CMB ha chiesto la riforma della sentenza del T.a.r. Lazio, sez. III quater 9 aprile 2014, n. 3853, deducendo tre motivi principali i quali possono essere così riassunti.

I) *error in iudicando* in ordine alla ritenuta non competenza della commissione di gara: in primo grado l'odierno appellante aveva dedotto l'illegittima composizione della commissione di gara per violazione dell'art. 84, comma 2, d.lgs. n. 163/2006. L'appellante contesta, in particolare, le competenze tecniche della dottoressa Maria Rosa Loria, Presidente della Commissione e del signor Fabrizio Moscucci, componente della commissione, rilevando che in entrambi i casi difetterebbe la qualità di esperto, in quanto in quanto la prima è laureata in lettere e il secondo ha il titolo di geometra.

II) *error in iudicando* e omessa motivazione nella parte in cui la sentenza impugnata ha ritenuto non affetto da macroscopiche illegittimità il contestato giudizio di congruità delle offerte di Siram e del RTI Wind: secondo l'appellante, in particolare, la commissione avrebbe illogicamente e immotivatamente ritenuto non anomale le offerte di Siram e di Wind, nonostante le stesse fossero anormalmente basse.

II.1) subordinatamente al mancato accoglimento dei primi due motivi di appello, CMB solleva una questione di compatibilità con il diritto dell'Unione Europea, chiedendo a questo Consiglio di rimettere alla Corte di giustizia la seguente questione pregiudiziale: "*se sia compatibile con l'art. 1, par. 1, della direttiva 89/665/Ce, e con i principi in materia di concorrenza, la normativa di uno Stato membro, così come interpretata dalla giurisprudenza nazionale, che riconosce in capo ad una commissione di gara composta in prevalenza (due membri su tre) da soggetti privi di titolo di studio adeguato e pertinente rispetto all'oggetto dell'appalto, laddove quest'ultimo debba essere aggiudicato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, un'amplissima discrezionalità delle offerte anormalmente basse, sindacabile in sede giurisdizionale e nei soli limiti*

della macroscopica illogicità, e se la mancanza del requisito del titolo di studio idoneo possa essere compensata dall'allegazione di pregresse esperienze non documentate e comunque non afferenti in modo specifico al settore oggetto dell'appalto".

III) *error in iudicando* e omessa motivazione nella parte in cui il T.a.r. ha ritenuto inammissibile la censura volta a denunciare, in primo grado, l'incompletezza della documentazione di gara

CMB deduce, infine, l'erroneità e l'ingiustizia del capo della sentenza appellata che ha condannato CMB al pagamento delle spese di lite.

4. Si sono costituite in giudizio la Fondazione PTV e la società Siram, chiedendo, entrambe, il rigetto dell'appello.

5. La Fondazione PTV ha anche riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm. l'eccezione di tardività del ricorso non esaminata nella sentenza di primo grado, avendo il Tar. ritenuto di poterne prescindere, stante l'infondatezza nel merito del ricorso. Secondo la Fondazione PTV, dall'istanza di accesso presentata da CMB in data 9.10.2013, si evincerebbe che la stessa avrebbe avuto conoscenza degli atti di gara anteriormente alla comunicazione formale dell'aggiudicazione effettuata ai sensi dell'art. 79 d.lgs. n. 163/2006, almeno a far data dal 8.10.2013, allorquando la deliberazione D.G. 619/2013 e tutti i verbali di gara sono stati pubblicati nella sezione "*Bandi di gara – Delibere di aggiudicazione delle gare*" del sito istituzionale della stazione appaltante.

6. In vista dell'udienza di discussione, rinviata al merito l'istanza cautelare, le parti hanno depositato ulteriori scritti difensivi a sostegno delle rispettive difese.

7. L'appello non merita accoglimento.

8. L'infondatezza nel merito dell'appello consente di prescindere anche in questa sede all'esame dell'eccezione di irricevibilità del ricorso di primo grado riproposta, ex art. 101, comma 2, Cod. proc. amm. Ciò anche in applicazione del cosiddetto principio della ragione più liquida, elaborato nel processo civile, ma certamente applicabile, in quanto canone fondamentale di economia processuale, anche al processo amministrativo, specie in un rito, quale quello in materia di appalti, primariamente volto a soddisfare esigenze di speditezza della decisione di merito.

9. Nel merito depongono nel senso dell'infondatezza dell'appello le seguenti considerazioni.

10. I componenti della commissione, a prescindere dai titoli di studio posseduti, possono considerarsi tutti "esperti del settore", come richiesto dall'art. 84, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006.

10.1. Per quanto riguarda il geometra Moscucci, deve, infatti, evidenziarsi che lo stesso è attualmente il responsabile della sezione "*Affari tecnici e progettazioni – affari del Policlinico*" della "*Soprintendenza Affari tecnici e progettazioni dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata*", ed ha assunto e svolto tra gli altri, i seguenti ruoli e incarichi, come si evince dal relativo curriculum vitae agli atti del fascicolo di primo grado:

- responsabile universitario impiantistica PTV;

- direttore dei lavori dell'appalto del servizio di gestione e manutenzione degli impianti tecnologici della Facoltà di Medicina dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata;

- direttore dei lavori per l'appalto di gestione e manutenzione di impianti tecnologici e delle opere civili del Policlinico Tor Vergata; Direttore dei lavori e collaudatore per la fornitura e posa in opera della rete passiva dell'impianto trasmissione dati presso il Policlinico Tor Vergata;
- direttore dei lavori e collaudatore delle opere di adeguamento impianto telefonico presso la centrale telefonica del Policlinico Tor Vergata;
- direttore dei lavori e collaudatore nell'appalto relativo alla fornitura in opera di un sistema integrato di contatto per l'accesso ai servizi ed alle prestazioni del Policlinico Tor Vergata.

I numerosi ed importanti incarichi dichiarati nel curriculum, della cui veridicità non vi è motivo di dubitare in assenza di specifiche contestazioni al riguardo (l'appellante si limita ad affermare che tali incarichi non sarebbero documentati, ma non fornisce neanche un principio di prova da cui possa desumersi che non siano stati realmente espletati), consentono di svolgere una valutazione prognostica positiva in ordine alla competenza tecnica del commissario Moscucci e di considerare adeguata la scelta compiuta dalla stazione appaltante, nonostante il mancato possesso da parte del commissario di un titolo di studio di livello universitario.

La qualifica di esperto, richiesta dall'art. 84, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006 non richiede, infatti, necessariamente il possesso del diploma di laurea. Il possesso del titolo di studio adeguato è un elemento che garantisce, quanto meno sul piano presuntivo, la competenza tecnica, ma ciò non esclude che la qualifica di esperto possa, sempre in via presuntiva, desumersi, pur mancando il diploma di laurea, dai numerosi incarichi svolti, indicativi di una esperienza tecnica acquisita sul campo, nel concreto svolgimento dell'attività professionale.

10.2. Per quanto riguarda, invece, la dottoressa Loria, deve evidenziarsi che la stessa, sebbene laureata in lettere, è il Dirigente Responsabile dell'Ufficio Accoglienza, Tutela e partecipazione – U.R.P. della Fondazione PTV, ovvero della struttura preposta alla gestione ed all'ottimizzazione dei servizi cui inerisce l'oggetto dell'appalto. La nomina della stessa è, peraltro, conforme all'art. 84, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006, il quale prevede che la funzione di presidente della Commissione sia affidata ad un dirigente della stazione appaltante.

11. Infondato è anche il secondo motivo di appello, diretto a contestare la sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto non viziato il giudizio di attendibilità economica delle offerte presentate dalle due società controinteressate.

A tal proposito, come evidenziato anche nel corso della discussione orale, le censure dell'appellante si concentrano sull'incidenza annua dei costi relativi ai materiali e attrezzature che l'impresa aggiudicataria dovrebbe sostenere per lo svolgimento del servizio, tali da comportare, secondo CMB, una sensibile erosione dell'utile relativo alla commessa ed una conseguente gestione in perdita del servizio.

In particolare, CMB lamenta la discrepanza tra l'incidenza annua di tali costi stimati da SIRAM e la somma dei costi per le sole riparazioni indicati dalla medesima impresa nel listino di cui all'allegato 1 alla propria offerta economica.

Giova, tuttavia, evidenziare, come correttamente puntualizzato dalla difesa della Fondazione Policlinico Tor Vergata, che il capitolato speciale, all'art. 10 stabilisce che: *“I prezzi unitari indicati nell'Allegato A1 [all'offerta economica] non verranno conteggiati in sede di apertura delle buste concernenti l'offerta economica per la verifica del miglior importo”* e che *“il valore del prezzo complessivo dell'affidamento offerto è l'unico parametro economico oggetto di valutazione che abbia validità ai fini dell'aggiudicazione”*.

In base al capitolato, quindi, le voci dei costi relativi alle riparazioni indicati nell'allegato 1 all'offerta economica non hanno costituito (e non avrebbero potuto costituire) oggetto di valutazione da parte della commissione, riguardando prestazioni solo eventuali, non incluse nell'offerta.

Non può, allora, desumersi il giudizio di anomalia sulla base di voci di costo di carattere solo eventuale e, comunque, per espressa previsione della *lex specialis*, estranee all'oggetto della valutazione che ha interessato le offerte economiche.

12. Chiarito tale aspetto, il Collegio ritiene che le giustificazioni fornite da SIRAM (notevoli sconti su materiali di uso e consumo, grazie ad accordi quadro con i maggiori fornitori; la possibilità di realizzare economie di scala, grazie al contestuale svolgimento di analoghi servizi in altre strutture ospedaliere) offrano una spiegazione del tutto ragionevole a sostegno dell'offerta economica proposta, escludendo che la stessa possa considerarsi anomala. Il giudizio di non anomalia espresso dalla stazione appaltante risulta, pertanto, pienamente condivisibile e attendibile.

13. Ne consegue anche l'irrilevanza delle circostanze di fatto, relative a difficoltà operative incontrate da Siram successivamente alla conclusione del contratto nella concreta gestione del servizio, evidenziate dall'appellante negli ultimi scritti depositati ed enfatizzate anche nella discussione orale. È evidente, infatti, che tali circostanze sopravvenute non possono in alcun modo minare l'attendibilità del giudizio di non anomalia compiuto dalla stazione appaltante in sede di gara.

14. Manifestamente infondati sono i dubbi di compatibilità con il diritto dell'Unione Europea sollevati dall'appellante.

CMB, in particolare, muovendo dalla premessa secondo cui nel caso di specie, la Commissione non sarebbe composta da esperti (per la mancanza in capo a due componenti di titoli di studio adeguati) contesta la compatibilità eurounitaria della giurisprudenza nazionale che circoscrive il sindacato giurisdizionale sul giudizio di non anomalia dell'offerta nei limiti della non macroscopica illogicità. Propone, pertanto, un sindacato più penetrante e, a tal fine, chiede che venga sottoposta alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale sopra trascritta.

I dubbi di compatibilità con il diritto dell'Unione Europea (e la conseguente richiesta di rimessione alla Corte di giustizia) si fondano, però, su premesse di fatto errate.

In primo luogo, è errata la premessa secondo cui nel caso di specie la commissione non sarebbe composta da esperti. Si è già evidenziato come i due componenti di cui si contesta la competenza tecnica, devono in realtà considerarsi, nonostante il titolo di studio posseduto, a tutti gli effetti "esperti" del settore, alla luce dell'esperienza professionale maturata.

In secondo luogo, è errata anche l'ulteriore premessa secondo cui il sindacato giurisdizionale sulla valutazione di non anomalia compiuto dalla commissione sarebbe circoscritto nei limiti della non manifesta illogicità. Nel caso di specie, infatti, si può rilevare che le giustificazioni fornite dalla SIRAM rendano la valutazione di attendibilità economica compiuta dalla stazione appaltante non soltanto non manifestamente illogica, ma assistita, in positivo, da pertinenti ragioni giustificatrici, tali da renderla del tutto logica e motivata.

Il Collegio, in altri termini, ritiene che, anche volendo superare il limite della non manifesta irragionevolezza, l'esito del più penetrante sindacato auspicato dall'appellante conferma in positivo l'attendibilità del giudizio tecnico compiuto dalla Commissione.

15. Ove, invece, il senso della richiesta di rinvio pregiudiziale fosse quello di sollecitare un sindacato esteso al merito sulle decisioni della stazione appaltante, basterebbe evidenziare che sui rapporti tra intensità del sindacato giurisdizionale consentito dall'ordinamento nazionale e il principio sancito dall'art. 1, par. 1 della direttiva 89/665 CE (ai sensi del quale gli Stati membri adottano, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalla direttiva 2004/18, i provvedimenti necessari per garantire che le decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci), la Corte di giustizia si è anche recentemente pronunciata (cfr., da ultimo, Corte di giustizia UE, sez. V, 11 dicembre 2014, C-440/13) nel senso di ritenere che la direttiva 89/665/CE, non postula l'introduzione di un sindacato esteso al merito ("*un controllo in materia di opportunità*", par. 43 e 45 della sentenza citata), ma richiede soltanto un sindacato (pieno) di legittimità, volto a garantire il rispetto delle norme pertinenti del diritto dell'Unione oppure delle disposizioni nazionali che recepiscono dette norme, senza che tale controllo possa essere limitato al solo carattere arbitrario delle decisioni dell'amministrazione dall'amministrazione aggiudicatrice e salva la facoltà per il legislatore nazionale di attribuire ai giudici nazionali competenti il potere di esercitare un controllo in materia di opportunità.

Nel caso di specie, il controllo esercitato nella sede giurisdizionale, sia nel giudizio di primo grado sia in appello, è stato certamente un controllo volto a garantire il rispetto del quadro normativo fornito dal diritto dell'Unione e dalle norme nazionali di recepimento.

16. Va ancora evidenziato che, con particolare riferimento al giudizio di anomalia delle offerte, la Corte di giustizia ha sempre ritenuto centrale il rispetto del principio del contraddittorio, imponendo alla stazione appaltante, prima di procedere all'esclusione dell'offerta, la attenta valutazione e ponderazioni delle giustificazioni presentate dall'impresa "sospettata" di aver presentato un'offerta anormalmente bassa, atteso che l'esclusione automatica o, comunque, non attentamente ponderata di tale offerta rischia di pregiudicare i principi comunitari a tutela della concorrenza e della libertà di impresa.

Inoltre, l'art. 55 della direttiva 2004/18/CE prevede espressamente che, tra gli elementi che la stazione appaltante può prendere in considerazione prima di respingere l'offerta che appare anormalmente bassa vi siano: a) l'economia del metodo di prestazione del servizio (che include anche eventuali economie di scale legate alla contestuale erogazione di quel servizio a più soggetti); b) le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente (anche nell'acquisto dei materiali). Si tratta proprio degli elementi valorizzazioni del giudizio di non anomalia della stazione appaltante.

17. In conclusione, quindi, non sussistono dubbi interpretativi che possano giustificare una questione pregiudiziale di rimessione alla Corte di giustizia. La richiesta prospettata dall'appellante si presenta, invero, irrilevante in punto di fatto e, comunque, diretta a riproporre questioni nella sostanza già decise dalla giurisprudenza comunitaria.

18. Infondato è anche il terzo motivo di appello atteso che l'appellante, che peraltro, in qualità di gestore uscente era senz'altro il soggetto in grado di possedere il maggior numero di informazioni rilevanti, non chiarisce, comunque, in che misura la lamentata e supposta incompletezza documentale e informativa abbia condizionato la formulazione dell'offerta e, quindi, l'esito della gara.

19. Non è meritevole di riforma neanche il capo di sentenza relativo alla condanna alle spese del giudizio di primo grado, in quanto pienamente conforme alla regola della soccombenza di cui all'art. 91 Cod.proc. civ. richiamato dall'art. 26 Cod. proc. amm.

20. L'appello in definitiva deve essere respinto.

21. Le spese del presente giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in € 3.000, oltre agli accessori di legge, a favore sia della Fondazione Politecnico Tor Vergata che della controinteressata Siram.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la società CMB al pagamento della spese del giudizio di appello a favore della Fondazione Policlinico Tor Vergata e della società SIRAM, che liquida, per ciascuna parte, in complessivi, € 3.000 (tremila), oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere, Estensore

Roberta Vigotti, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/02/2015

IL SEGRETARIO

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