

N. 02637/2015REG.PROV.COLL.

N. 08373/2014 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 8373 del 2014, proposto dalla s.r.l. Zanetti, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Adavastro e Paolo Re, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

contro

il Comune di Torino, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Marialaura Piovano, Giuseppina Gianotti e Massimo Colarizi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Massimo Colarizi in Roma, viale Bruno Buozzi, n. 87;

nei confronti di

la società I.L.V.C. s.r.l., in persona del sindaco in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Sciolla, Sergio Viale e Mario Contaldi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Mario Contaldi in Roma, via Pierluigi da Palestrina, n. 63;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. PIEMONTE, sezione I n. 1391 del 1° agosto 2014, resa tra le parti, concernente aggiudicazione della gara per l'affidamento in concessione del servizio di illuminazione votiva nei cimiteri cittadini - risarcimento danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Torino e della s.r.l. I.L.V.C.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 gennaio 2015 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti gli avvocati Francesco Adavastro, Massimo Colarizi, Alessandro Sciolla e Mario Contaldi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Il Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte con la sentenza n. 1931 del 1° agosto 2014, resa ai sensi dell'articolo 60 c.p.a., respingeva con compensazione delle spese di giudizio il ricorso n. 899 del 2014 proposto dalla s.r.l. Zanetti per l'annullamento di tutti gli atti della procedura aperta indetta dal Comune di Torino per l'affidamento in concessione per dieci anni del servizio di illuminazione votiva nei cimiteri cittadini e della determinazione dirigenziale n. 203 del 20 giugno 2014, di aggiudicazione della concessione alla s.r.l. I.L.V.C..

2.- Ad avviso del TAR, il ricorso della s.r.l. Zanetti era infondato in quanto:

la s.r.l. I.L.V.C. risultava in possesso del contestato requisito di qualificazione tecnica, consistente “*nell'aver gestito ininterrottamente per almeno tre anni il servizio di illuminazione votiva e/o servizi cimiteriali per conto della p.a. in comuni di dimensioni anagrafiche non inferiori a 100.000 abitanti, e con un numero di cimiteri non inferiore a tre*”, avendo la s.r.l. I.L.V.C. gestito ininterrottamente dal 1974 i cimiteri della città di Cosenza che fino al 1981 superava i 100.000 abitanti;

il possesso del suddetto requisito non si riferirebbe all'ultimo triennio, non essendo specificato dalla *lex* di gara l'arco temporale, diversamente dal requisito del fatturato di cui era prescritta l'attualità;

non sussisterebbero l'asserita incongruità dei punteggi assegnati e l'asserita irrazionalità dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica;

sarebbe ragionevole, contrariamente alle deduzioni della ricorrente, la metodologia di computo del punteggio relativo all'offerta economica e sarebbe dirimente l'ininfluenza della riparametrazione del solo punteggio economico;

non sussisterebbe l'asserita violazione dell'articolo 5, lettera f) del bando, essendo previsto un assorbimento unicamente “prioritario” e “nei limiti di compatibilità con le esigenze tecnico organizzative e di manodopera previste”;

non sarebbe necessario, attesa la tipologia del servizio, né il possesso di SOA, né l'allegazione all'offerta del piano economico – finanziario;

non vi sarebbe obbligo ma solo la facoltà dell'amministrazione di verificare la congruità dell'offerta, che data la natura del servizio e gli investimenti già effettuati dal precedente concessionario, legittimamente sarebbero stata ritenuta congrua.

3.- Con atto di appello notificato il 6 ottobre 2014, la Zanetti s.r.l. ha impugnato la suddetta sentenza di cui chiede l'annullamento o la riforma alla stregua dei seguenti motivi:

I) erroneità della sentenza per non aver apprezzato favorevolmente le censure dedotte con il primo motivo di ricorso di violazione e falsa applicazione del punto 2 del disciplinare di gara in relazione all'articolo 42 del d. lgs. n. 163 del 2006; eccesso di potere per violazione dei principi di qualità delle prestazioni, economicità, efficacia, tempestività, correttezza e imparzialità e *par condicio* tra i concorrenti di cui agli articoli 30 e 2 del d. lgs. n. 163 del 2006, con riferimento al requisito di capacità tecnica dell'aggiudicataria;

II) erroneità della sentenza per non aver accolto le censure dedotte con il secondo motivo di ricorso:

a) violazione della *lex specialis* di gara ed in particolare dell'articolo 7 del capitolato speciale recante i criteri di valutazione dell'offerta tecnica ed economica; eccesso di potere per irrazionalità, contraddittorietà ed illogicità manifesta; eccesso di potere per difetto di istruttoria; violazione dei principi di cui all'allegato G, lett. b) del d.p.r. n. 207 del 2010; violazione dei principi di concorsualità; violazione degli articoli 3 e 97 della Costituzione;

b) erroneità della sentenza per non aver accolto le censure dedotte con il sesto motivo del ricorso di illogicità e irrazionalità manifesta dell'articolo 7 del capitolato speciale; falsa applicazione dei principi di cui all'articolo 83 del d. lgs. n. 163 del 2006; violazione dei principi di concorsualità sotto un ulteriore profilo;

III) erroneità della sentenza per non aver accolto le censure dedotte con il terzo motivo del ricorso introduttivo, inerenti la violazione della *lex specialis*, con riferimento alla clausola sociale di cui all'articolo 5, lett. f) del capitolato speciale; violazione dell'articolo 7 del capitolato speciale recante i criteri di valutazione dell'offerta tecnica ed economica ed eccesso di potere per irrazionalità, contraddittorietà ed illogicità manifesta; eccesso di potere per difetto di istruttoria; violazione dei principi di concorsualità; violazione degli articoli 3 e 97 della Costituzione;

IV) erroneità della sentenza laddove non ha riconosciuto ammissibili e fondate le censure dedotte con il quarto motivo di gravame del ricorso introduttivo, inerenti la violazione e falsa applicazione dell'articolo 86 e seguenti del d. lgs. n. 163 del

2006; eccesso di potere per violazione dei principi di qualità delle prestazioni, economicità, efficacia, tempestività, correttezza, imparzialità e *par condicio* tra i concorrenti; violazione dell'articolo 36 della Costituzione; eccesso di potere per carenza di istruttoria, illogicità, contraddittorietà, ingiustizia manifesta e sviamento;

V) erroneità della sentenza con riferimento al mancato accoglimento delle censure dedotte con il quinto motivo, inerenti la violazione e falsa applicazione degli articoli 30 e 143 del d. lgs. n. 163 del 2006; violazione e falsa applicazione dell'articolo 34, comma 26 del d. l. n. 179 del 2012, convertito nella legge n. 221 del 2012; eccesso di potere per violazione dei principi di qualità delle prestazioni, economicità, efficacia, tempestività, correttezza, imparzialità e *par condicio* tra i concorrenti sotto ulteriore profilo;

VI) erroneità della sentenza per non aver accolto le censure dedotte con il quinto motivo del gravame introduttivo, inerenti la violazione e falsa applicazione dell'articolo 2, commi 1, 15, 30, 39, 40, 41 e commi 1 e 42 del d. lgs. n. 163 del 2006; violazione e falsa applicazione dell'articolo 34, comma 26 del d. l. n. 79 del 2012, convertito nella legge n. 221 del 2012; eccesso di potere per violazione dei principi di qualità delle prestazioni, economicità, efficacia, tempestività, correttezza, imparzialità, e *par condicio* tra i concorrenti; violazione degli articoli 60 e 61 ed allegato A del d.p.r. n. 207 del 2010.

4.- Il Comune di Torino e la I.L.V.C. s.r.l. si sono costituiti in giudizio e hanno chiesto il rigetto dell'appello.

Il Comune di Torino ha contestato tutte le censure dedotte ed ha riproposto l'eccezione non esaminata nella sentenza appellata di inammissibilità dell'impugnazione della *lex specialis* dedotta dall'appellante con i motivi primo, secondo, quinto, sesto e settimo per acquiescenza della ricorrente che non avrebbe tempestivamente impugnato le clausole del bando di cui asserisce la lesività e per violazione del principio di buona fede e correttezza, che ne imponevano la tempestiva contestazione.

Il Comune di Torino ha anche depositato il contratto di servizio per la concessione sottoscritto con l'aggiudicataria e la ricevuta del bonifico dell'indennizzo dovuto al gestore uscente - documenti formati successivamente al deposito della sentenza di primo grado, dei quali ha chiesto l'acquisizione al giudizio ai sensi dell'articolo 104 c.p.a.

Le parti hanno depositato memorie difensive e di replica e, alla pubblica udienza del 20 gennaio 2015, il giudizio è stato assunto in decisione.

5.- L'appello è infondato e va respinto.

6.- In via pregiudiziale va respinta l'eccezione di inammissibilità dell'impugnazione della *lex specialis* dedotta dall'appellante con i motivi secondo, quinto e sesto, atteso che l'onere d'immediata impugnazione del bando di concorso è circoscritto al caso della contestazione di clausole escludenti, riguardanti requisiti di partecipazione, che siano *ex se* ostative all'ammissione dell'interessato, o, al più, impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, dovendo invece le rimanenti clausole essere ritenute lesive ed impuginate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 5282 del 2014; n. 3203 del 2014).

Nel caso di specie le disposizioni del bando censurate non rientrano fra quelle che avrebbero imposto una immediata impugnazione (c.d. escludenti), riguardanti requisiti di partecipazione, *ex se* ostative all'ammissione dell'interessato, o, al più, impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale; ad esse non sono infatti assimilabile le disposizioni della *lex* di gara recanti il contenuto degli elementi di valutazione che richiedono un'indagine valutativa della commissione di gara, sì che non ne è immediatamente intellegibile la potenziale lesività.

Invero, a fronte di clausola o previsioni di tal genere della *lex specialis* di gara, ritenuta illegittima ma non impeditiva della partecipazione, la parte concorrente non era ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, poiché non sapeva ancora se l'astratta e potenziale illegittimità si sarebbe risolta in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale e, quindi, in una effettiva lesione della situazione soggettiva che solo da tale esito poteva derivare.

Quanto all'aggravio di spese per l'Amministrazione a causa dei ritardi che possono conseguire alla non immediata impugnabilità delle clausole, cui è fatto cenno da parte dell'amministrazione, non possono assumere rilievo nel caso che occupa, atteso che, per le considerazioni in precedenza espresse, la ricorrente di primo grado non era assolutamente in grado, secondo normali criteri di valutazione delle clausole del bando e sulla base delle pur qualificate conoscenze in materia, di apprezzare immediatamente la lesività delle prescrizioni della *lex* di gara, che poteva manifestarsi solo in sede di applicazione.

7.- Oggetto della controversia è la procedura ad evidenza pubblica indetta dal Comune di Torino con bando di gara n. 18 del 2014, per l'affidamento in concessione del servizio di illuminazione votiva nei cimiteri cittadini per la durata di dieci anni in coerenza con gli indirizzi approvati dal consiglio comunale con deliberazione dell'8 dicembre 2013.

Con la suddetta deliberazione assunta in vista della scadenza al 31 gennaio 2014 della concessione del servizio affidata a suo tempo alla Zanetti, il Comune di Torino fissava gli indirizzi da seguire nell'affidamento del servizio finalizzati ad aumentare la concorrenza in coerenza con la disposizione dettata dall'articolo 34, comma 26 del decreto legge n. 179 del 2012, convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221.

La citata delibera consiliare prevedeva:

la concessione avrà ad oggetto la gestione del servizio di illuminazione elettrica delle tombe, cappelle, loculi, ossari e tutti gli altri sepolcri esistenti e costruendi nei cimiteri del Comune di Torino Monumentale – Parco – Abbadia – Sassi – Cavoretto (il numero delle lampade attive alla data del 3 ottobre 2013 è pari a 72.074) per la durata di anni 10;

la durata decennale tiene conto dell'equilibrio economico – finanziario complessivo della gestione, in considerazione del fatto che al precedente gestore è riconosciuto a carico del concessionario subentrante, un indennizzo pari al valore residuo non ammortizzato degli investimenti effettuati;

l'attività avrà per oggetto la gestione e la manutenzione delle lampade votive, nonché la relativa installazione ed accensione a favore di chiunque ne faccia richiesta, dietro pagamento delle tariffe comunali; la concessionaria dovrà inoltre realizzare gli impianti di illuminazione votiva delle tombe nelle nuove zone dei cimiteri comunali per effetto dei loro futuri ampliamenti, coordinandosi a tal fine con il soggetto gestore dei servizi cimiteriali cittadini AFC Torino S.p.A.;

saranno a carico del concessionario i lavori di ordinaria e straordinaria manutenzione (anche nel caso di futuri eventuali ampliamenti dei cimiteri); egli se ne assumerà ogni e qualsiasi onere;

per l'espletamento del servizio di illuminazione votiva al concessionario spetterà l'introito delle tariffe corrisposte dagli utenti del servizio che entreranno in vigore invece dal 1 gennaio;

la gara si svolgerà mediante procedura aperta ed aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, così valutata:

parte economica fino ad un massimo di 60 punti

parte tecnica fino ad un massimo di 40 punti;

la "relazione progettuale" di cui all'offerta tecnica dovrà contenere, in particolare:

le modalità tecniche ed organizzative di erogazione del servizio;

i tempi di intervento rispetto alle richieste degli utenti;

la composizione del personale impiegato nel servizio, distinto per qualifica e mansione;

le attrezzature ed i materiali impiegati per lo svolgimento del servizio;

l'eventuale impiego di personale delle cooperative sociali, specificando il numero di addetti, la qualifica ed il servizio nel quale viene impiegato;

riferimento alla istituzione e localizzazione dell'ufficio, alle sue dotazioni, alle modalità operative con cui intende gestirlo;

ai partecipanti sarà richiesto il possesso dei requisiti generali previsti dal Codice dei contratti pubblici nonché il possesso dei requisiti specifici di capacità economico – finanziaria, quali fatturato relativo ai servizi di illuminazione votiva e/o Cimiteriali realizzato dall'impresa negli ultimi tre anni dalla pubblicazione del bando non inferiore all'importo posto a base di gara, nonché requisiti di capacità tecnica e professionale, quali l'aver gestito ininterrottamente per almeno tre anni, il servizio di illuminazione votiva o servizi cimiteriali per conto della pubblica amministrazione, in comuni di dimensioni anagrafiche non inferiori a 100.000 abitanti e con numero di cimiteri non inferiore a tre.

Alla gara partecipavano quattro ditte: Zanetti s.r.l.; DENI s.r.l. – Distribuzioni elettriche Nord Italia in a.t.i. Luminafero s.r.l. e I.L.V.C. s.r.l. e D.R. Multiservice s.r.l..

All'esito della gara, la migliore offerta risultava essere quella della I.L.V.C. s.r.l., alla quale veniva affidata la concessione con determinazione del 20 giugno 2014.

8.- Zanetti s.r.l. con il primo motivo di appello lamenta che l'affidataria – la quale aveva dichiarato di aver gestito ininterrottamente dal 1974 al 1981 i cimiteri della città di Cosenza che superava i 100.000 abitanti – sarebbe stata priva del requisito di qualificazione tecnica previsto dal bando di gara – consistente “*nell'aver gestito ininterrottamente per almeno tre anni, il servizio di illuminazione votiva o servizi cimiteriali per conto della pubblica amministrazione, in comuni di dimensioni anagrafiche non inferiori a 100.000 abitanti e con numero di cimiteri non inferiore a tre*” in quanto tale requisito sarebbe da intendersi riferito agli ultimi tre anni.

La censura è infondata.

8.1- Innanzi tutto non sussiste l'asserita violazione degli articoli 41 e 42 del d. lgs. n. 163 del 2006, così come non è pertinente ogni riferimento a tali norme estranee alla fattispecie in esame che riguarda una concessione di servizi, come ben esplicitato dall'articolo 1 del capitolato speciale <<*L'affidamento della concessione avverrà ai sensi dell'articolo 30 del D. lgs. 163/2006 e alla presente procedura non è applicabile il D. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e smi se non per gli articoli espressamente richiamati negli atti di gara*>>.

8.2- In merito al requisito controverso della pregressa gestione che doveva essere stata espletata per almeno tre anni, la mancanza del riferimento all'ultimo triennio diversamente da quanto disposto per il requisito del fatturato che doveva invece essere riferito all'ultimo triennio, toglie pregio alla censura dell'appellante, essendo chiara ed esaustiva la locuzione usata dal capitolato che evidenzia di per sé la infondatezza della interpretazione prospettata dalla appellante.

8.3- Peraltro, la disposizione del capitolato per come formulata è conforme agli indirizzi dettati con la delibera consiliare dell'8 dicembre 2013, atteso che, mentre con il requisito del fatturato si voleva accertare la solidità economica e la capacità gestionale in ordine al servizio in concessione da comprovare con il fatturato degli ultimi tre anni, con il requisito tecnico, da comprovare senza lo stesso limite temporale, si intendeva perseguire la massima partecipazione e concorrenzialità, che sarebbero state di molto limitate ove fosse stato circoscritto all'ultimo triennio il possesso dell'esperienza organizzativa del servizio.

Di conseguenza deve essere condiviso quanto rilevato in proposito dal TAR <<*la presente procedura ha ad oggetto una concessione di servizi alla quale trovano applicazione, ai sensi dell'articolo 30 del d. lgs. n. 163 del 2006 i meri principi in tema di evidenza pubblica: la legge di gara richiedeva unicamente un triennio consecutivo di siffatta gestione, senza specificarne l'ambito temporale...*>> è quindi del tutto coerente con la *ratio* della *lex* di gara e con il tipo di servizio oggetto di affidamento.

Non rileva di conseguenza la circostanza che il Comune di Cosenza sin dal 1981 ha popolazione inferiore a 100.000 abitanti, nonché l'asserita inidoneità del servizio espletato presso tale Comune a provare l'attuale capacità tecnica della società aggiudicataria.

9.- Con la seconda articolata censura, l'appellante rileva che il TAR avrebbe erroneamente ritenuto che le doglianze relative all'illegittimità dei giudizi espressi sulle offerte tecniche, afferissero alla mera discrezionalità tecnica e non fossero sindacabili in sede giurisdizionale e ripropone il secondo e il sesto motivo del ricorso introduttivo, con i quali sono contestati i punteggi assegnati alle offerte tecniche ed economiche da parte della commissione giudicatrice, i criteri di valutazione dell'offerta tecnica e il contenuto degli elementi di valutazione individuati dalla *lex* di gara.

La censura è infondata, atteso che, come rilevato dal TAR <*trattasi di censure che colpiscono aspetti per i quali pacificamente sussiste, salvo arbitrio o palese irrazionalità, ampia discrezionalità della commissione giudicatrice in un caso, e della stazione appaltante nell'altro*>.

L'amministrazione, infatti, è titolare di un ampio potere discrezionale nella scelta degli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e nella fissazione dei criteri di attribuzione dei punteggi nel rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non discriminazione, che nel caso non risultano sussistere, così come sono insindacabili nel merito i giudizi valutativi espressi dalla commissione salvo non siano affetti da macroscopici vizi logici, di disparità di trattamento o errore manifesto (*ex plurimis*, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 23 febbraio 2011, n. 1136; sez. V, 17 gennaio 2011, n. 207; 20 dicembre 2011, n. 6696).

9.1.- Fermo, dunque, che il metodo di aggiudicazione nel caso seguito, dell'offerta economicamente più vantaggiosa, limita di per sé la discrezionalità della commissione di gara, dovendo essere fissati dalla *lex* di gara i criteri di valutazione dell'offerta ed anche il peso ponderale di ciascuno di essi, anche a mezzo di una soglia espressa con un valore numerico determinato, nonché, eventualmente, per ciascun criterio di valutazione i sub criteri e i sub pesi o i sub punteggi, che costituiscono un auto vincolo per l'amministrazione ed una garanzia di trasparenza e non discriminazione per le imprese interessate alla procedura di affidamento (Corte di Giustizia, sentenza 17 settembre 2002, C-513/99), nel caso la discrezionalità della commissione era estremamente ridotta, poiché in base all'articolo 8 del capitolato speciale erano fissati nel disciplinare di gara puntuali criteri di valutazione ed i relativi punteggi.

9.2 – Ciò posto in via generale, vanno esaminate le singole questioni sulle quali si sofferma l'appellante, che pone l'attenzione su tre sottovoci e su un criterio di valutazione, assumendo che i commissari avrebbero irrazionalmente svilito le performance gestionali da essa proposte di contenuto ben più elevato rispetto al pur superiore punteggio attribuito rispetto a quello assegnato alla contro interessata.

Il riferimento è ai sub criteri di cui di seguito:

- a) "Modalità e messa a disposizione dell'applicativo dedicato, di cui all'articolo 13 dello schema di contratto, descrizione e funzionalità (massimo 4 punti)".

Assume la ricorrente che con riferimento a tale sub criterio, l'offerta tecnica, ovvero la tecnologia utilizzata dall'aggiudicataria non ne giustificava il punteggio attribuito.

L'assunto dell'appellante non è convincente.

L'elemento di valutazione di cui trattasi inerisce la fornitura di un sistema informatico dedicato alla gestione dei dati relativi alle utenze in abbonamento suddivise per cimitero, con specificazione dei dati del titolare del contratto, dei dati identificativi del defunto, tipo e posizione della sepoltura, dati di attivazione e scadenza del contratto, elenco dei versamenti e delle morosità.

Il progetto presentato da I.L.V.C. è stato valutato positivamente dalla commissione che ha assegnato 3 punti sui 4 disponibili, avendo apprezzato il fatto che il progetto fosse particolarmente dettagliato e strutturato, con la descrizione delle funzionalità dell'applicativo e del suo sviluppo in ambito locale e in ambito internet con particolare riferimento alla gestione dei data base: anagrafica utenti, anagrafica defunti, dati di fatturazione e su piattaforma con riferimento al pagamento delle utenze con carta di credito, segnalazione guasti e stipula dei nuovi contratti, nonché il fatto che il progetto si soffermasse anche sulle procedure dedicate all'amministrazione comunale descrivendo una serie di consultazioni con lo scopo di fornire informazioni trasparenti e tempestive.

Il punteggio di tre punti assegnato all'offerta ILVIC, attesa la completezza del progetto e la funzionalità appare, dunque, immune dai vizi dedotti di irragionevolezza e non risulta nemmeno sproporzionato nel confronto con il progetto dell'appellante alla quale sono stati assegnati 2 punti, atteso che questo progetto sembra differenziarsi solo per una tecnologia più avanzata e sofisticata (la "tecnologia i – cloud") non ritenuta determinante ai fini della funzionalità richiesta con tale sub criterio.

- b) "Attrezzature e materiali impiegati per lo svolgimento del servizio" (massimo 3 punti).

Risulta che entrambe le concorrenti abbiano compiutamente elencati i mezzi e le attrezzature a disposizione per la gestione del servizio che implica l'esecuzione di lavori impiantistici di manutenzione ordinaria .

Per questo elemento di valutazione non appare ricorrere alcun vizio di irragionevolezza e sproporzione, atteso che il punteggio di 2 punti assegnato alla I.L.V.C. è inferiore a quello di 3 punti assegnato alla Zanetti.

D'altra parte un punteggio inferiore non sarebbe stato giustificabile, avendo la I.L.V.C. elencato tutti i mezzi funzionali allo svolgimento del servizio e non già come assume l'appellante tutti i mezzi di dotazione dell'azienda.

- c) "Dotazioni informatiche" (punteggio massimo 2 punti).

Trattasi questa di una sottovoce dell'elemento valutabile inerente la "istituzione e localizzazione dell'ufficio dotazioni, modalità operative con cui si intende gestire" (punteggio massimo 8).

Rispetto a tale criterio sono stati assegnati 2 punti alla I.L.V.C. e 1 punto alla Zanetti.

Secondo la società appellante sarebbe illogico, avendo essa illustrato nella relazione il materiale informatico Hardware e Software (applicativo specifico) dedicato, mentre I.L.V.C., malgrado una relazione tecnica più corposa, avrebbe elencato materiali informatici di uso comune.

La censura impinge nel puro merito, sicché è inammissibile.

Va, comunque, osservato che la relazione tecnica della I.L.V.C. individua puntualmente le dotazioni di cui saranno forniti gli uffici mentre quella della Zanetti manca anche dell'indicazione numerica dei supporti di lavoro, essendo incentrata sul sistema informatico già valutato sotto altra voce "Modalità e messa a disposizione dell'applicativo dedicato".

d) "Proposte innovative (massimo 5 punti)".

In ordine a tale elemento di valutazione il punteggio di 4 punti attribuito al merito tecnico dell'offerta Zanetti non può ritenersi sproporzionato in difetto rispetto alla valutazione conseguita da I.L.V.C. di punti 2, ma prova l'assoluta proporzionalità della valutazione che ha premiato le proposte innovative della Zanetti alla quale è stato attribuito il punteggio di 4 su 5.

Invero, la Zanetti sensibile alla tipologia dell'utenza ha previsto per il periodo di maggiore affluenza (1° ottobre – 30 novembre) di ogni anno un orario prolungato al pomeriggio anche per consentire il pagamento diretto del canone senza alcuna spesa per i fruitori).

9.3- In conclusione, deve ritenersi che le attività valutative della commissione delle offerte tecniche non appaiono incoerenti e irragionevoli e risultano ben esplicitate dalla commissione di gara <La Commissione attribuisce quindi a ciascuna offerta i punteggi in funzione dei criteri di valutazione esplicitati nel capitolato di gara, come da dettaglio allegato al presente verbale (All. 1) quale parte integrante e sostanziale. In merito la Commissione osserva che l'offerta tecnica del concorrente ILVC S.r.l. presenta una maggiore analiticità nella descrizione delle modalità di adesione al servizio, di pagamento del canone e di reclamo da parte degli utenti, e di accessibilità da parte dell'Amministrazione Pubblica per la consultazione dei dati; dal canto suo però l'offerta del concorrente Zanetti presenta una descrizione degli aspetti tecnici, anche migliorativi, più dettagliata e completa..".

La differenziazione di punteggio tra le offerte risponde dunque a criteri di logicità, ragionevolezza ed imparzialità dell'operato della commissione di gara e di uniformità ai criteri previsti dal disciplinare di gara, risultando di conseguenza pretestuose le argomentazioni dell'appellante circa l'irrazionalità delle valutazioni della commissione di gara che invece ha apprezzato la maggiore completezza e le proposte migliorative e più dettagliate dell'offerta tecnica della Zanetti, alla quale ha assegnato il punteggio di 34 punti a fronte di 26 punti assegnati all'offerta tecnica della I.L.V.I.C..

10.- Assume la ricorrente che gli elementi valutabili individuati nella *lex specialis* ai fini della valutazione dei progetti gestionali delle concorrenti avrebbero svilito il peso ad essi formalmente attribuito; che dei criteri di valutazione prescelti sarebbero coerenti con il modello di gara solo quelli riferiti alle "modalità e messa a disposizione della Città dell'applicativo", alle "proposte innovative" e alla "istituzione e localizzazione dell'ufficio, dotazioni, modalità operative con cui si intende gestire", per un totale di 17 punti sui 40 formalmente assegnati dalla disciplina di gara.

Per converso il residuo punteggio di 23 punti sarebbe assegnato con riferimento ad una valutazione di pregio puramente formale, come per il criterio "completezza e coerenza dell'esposizione progettuale" per il quale sarebbe previsto il punteggio massimo di punti 5 e per il criterio "attivazione di un sito informativo dedicato" con punteggio massimo di 4 punti e alla "composizione del personale impiegato nel servizio, distinto per qualifica e mansione" e avrebbe comportato l'appiattimento del peso complessivo dell'offerta tecnica aggravato dal peso complessivo di 6 punti assegnato al più breve tempo di intervento per il soddisfacimento delle richieste di manutenzione degli utenti, che fisiologicamente viene dichiarato dai concorrenti in egual misura.

La prospettazione della ricorrente non considera gli ampi margini di discrezionalità di cui dispone l'amministrazione nel fissare i criteri di valutazione, nonché l'intrinseca logicità degli stessi ove valutati in relazione alle finalità perseguite dalla gara di ottenere servizi semplici e funzionali con il massimo beneficio economico, tant'è che sono previsti solo 40 punti per l'offerta tecnica e 60 punti per l'offerta economica.

11.- Con riferimento all'offerta economica, l'appellante assume che i verbali di gara non avrebbero dato conto della metodologia di calcolo adottata dalla stazione appaltante, essendosi limitata la commissione di gara a richiamare la formula del capitolato; che il punteggio assegnato alla Zanetti sarebbe ingiustificatamente basso rispetto alla valorizzazione dell'offerta economica presentata (38 punti su 60 punti) e che la sottrazione dal calcolo del 30% del rialzo minimo avrebbe violato le regole che l'amministrazione si era data e, trascendendo da ogni regola di proporzionalità, avrebbe amplificato il divario tra le due offerte.

La censura è infondata.

11.- Il capitolato speciale ha fissato nella misura minima del 30% il valore minimo dell'offerta economica che le concorrenti avrebbero dovuto esprimere sul corrispettivo di concessione da riconoscere al Comune a titolo di compartecipazione sui canoni di abbonamento riscossi ciascun anno ed ha indicato la formula di attribuzione dei punteggi economici.

Lo stesso articolo 6 punto 2 ribadisce che ai fini del calcolo dell'offerta più conveniente sarà usato il canone base annuo di euro 345.955,00.

Tutti i concorrenti hanno espresso l'offerta su base percentuale rispetto al canone base.

11.1- Ciò posto, la commissione di gara ha illustrato le modalità con cui ha assegnato i punteggi per l'offerta economica, precisando in particolare che la clausola del capitolato fosse da interpretarsi, non già considerando l'intera percentuale del canone offerto, bensì la quota parte che eccedeva il 30% della base di gara.

Nel verbale della seduta del 16 giugno 2014 è riportato testualmente <la commissione procede poi alla valutazione delle offerte economiche e calcola i relativi punteggi come espresso al punto 6.2 del capitolato speciale, il quale riporta che “ le offerte economiche saranno valutate sulla base del maggior corrispettivo di concessione offerto, espresso in termini percentuali...”>.

E' evidente che sussiste la motivazione delle modalità di applicazione della formula dettata dalla *lex* di gara per la valutazione dell'offerta economica e che è stata verbalizzata.

Quanto alla legittimità del metodo, non appare irragionevole o illogica la modalità seguita dalla commissione che al fine di valutare l'offerta economica “sulla base del maggior corrispettivo”, ha provveduto a detrarre dalla percentuale offerta la percentuale base del 30% di cui all'articolo 3.4 del capitolato speciale e, poi posti a confronto i maggiori corrispettivi offerti, ha determinato l'offerta più conveniente, con il risultato che all'offerta Zanetti, con il rialzo del 52,88% è stato attribuito il punteggio di 38 e alla I.L.V.C. con il rialzo del 66,19% il punteggio di 60.

Tali risultati sono premianti dell'offerta economica e coerenti con gli indirizzi cui era predisposta la gara, ovvero favorire la concorrenza in un settore caratterizzato da costi estremamente ridotti.

D'altra parte la compressione dei prezzi dell'offerta non comporta automaticamente che siano avvantaggiati gli offerenti meno seri ed affidabili, atteso che la modulazione del punteggio per l'offerta economica è volta ad incentivare la concorrenza e quella più bassa non può considerarsi illegittima, purché generi un adeguato utile (Consiglio di Stato, sez. V, 15 aprile 2013, n. 2063).

Quand'anche, poi, si aderisse all'interpretazione della Zanetti, secondo la quale non doveva essere escluso dal calcolo il valore di rialzo minimo indicato dalla *lex specialis*, il risultato porterebbe allo stesso esito, vale a dire all'aggiudicazione del servizio alla ILVC s.r.l., con la sola differenza in termini di punteggio, ovvero 48 punti a Zanetti s.r.l. e 60 punti a ILVC, sicché la somma del punteggio dell'offerta economica (48 punti) e dell'offerta tecnica (punti 34) avrebbe determinato un punteggio finale per Zanetti s.r.l. pari a 82 contro 86 punti riconosciuti all'aggiudicataria.

12.- Con il terzo motivo l'appellante lamenta l'erroneità della sentenza in relazione alla dedotta violazione della clausola sociale prescritta all'articolo 5, lett. f) del capitolato speciale, recante “*impegno ad assorbire ed utilizzare prioritariamente nell'espletamento del servizio, qualora disponibili, i lavoratori che già vi erano adibiti (...) compatibilmente con l'organizzazione dell'impresa subentrante e con le esigenze tecnico – organizzativo o di manodopera previste*”.

Ad avviso del TAR tale clausola prevederebbe “*un assorbimento unicamente prioritario, e nei limiti di compatibilità con l'organizzazione aziendale del nuovo concessionario*”.

L'appellante asserisce la vincolatività della disposizione e la violazione da parte dell'aggiudicataria che non avrebbe rispettato l'impegno ad assorbire tutti i lavoratori già adibiti dal precedente concessionario, avendone assorbiti solo alcuni, riducendo comunque le ore di lavoro e modificando in parte le mansioni.

12.1- La clausola in questione, diversamente da come assume l'appellante non imponeva alcun obbligo in capo all'aggiudicataria di assumere tutti i precedenti lavoratori né di attribuire loro identiche mansioni in quanto era previsto un assorbimento unicamente “prioritario” e “nei limiti di compatibilità” con l'organizzazione aziendale del nuovo concessionario.

Tale interpretazione, secondo cui a fronte di una tale clausola l'aggiudicatario deve assumere gli stessi addetti che operavano alle dipendenze del precedente concessionario a condizione che il numero dei dipendenti e la qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa scelta dall'imprenditore subentrante, è espressione di tutela della organizzazione dell'aggiudicataria alla quale non si possono imporre oneri insostenibili rispetto all'assetto organizzativo aziendale (cfr., Cons. Stato, 10 maggio 2013, n. 2533; V, 15 giugno 2009, n. 3900).

La clausola va dunque intesa nei limiti di una particolare condizione di esecuzione della prestazione, senza che ne conseguano indebite interferenze in sede di requisiti di partecipazione.

Alla luce dei principi giurisprudenziali e coerentemente con una lettura comunitariamente orientata alla libertà di iniziativa economica ex articolo 41 della Costituzione, la clausola è stata formulata nel capitolato di gara prevedendo soltanto una priorità tanto nell'assorbimento, quanto nell'utilizzo in fase esecutiva del personale attualmente occupato, ma escludendo un obbligo assoluto di totale riassorbimento in automatico dei lavoratori già in forza.

La espressione “prioritariamente” contempera per l'appunto, l'obbligo di assunzione con l'autonomia organizzativa e le esigenze tecnico organizzative e di manodopera previste dall'impresa aggiudicataria.

L'aggiudicataria che ha dichiarato di accettare la clausola in sede di offerta, nella relazione prodotta ha sviluppato tale dichiarazione, precisando al solo scopo di chiarire alla stazione appaltante con quale organizzazione avrebbe gestito il servizio, l'intendimento di assumere ed utilizzare specificamente oltre al personale già in forza n. 5 addetti con assunzione prima a tempo determinato e quindi a tempo indeterminato una volta verificata l'idoneità.

Emerge, quindi, dalla dichiarazione e dalla relazione resa in sede di gara il rispetto sostanziale della clausola, salva la verifica in corso di svolgimento del servizio.

13.- Con il quarto motivo l'appellante contesta il rigetto da parte del TAR della doglianza relativa alla mancata verifica della anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria, ritenendo che la quota di corrispettivo di concessione da riconoscere a favore del Comune non sarebbe economicamente sostenibile.

La censura è infondata e va condiviso quanto affermato sul punto dal TAR Piemonte che ha evidenziato che il servizio di illuminazione votiva dei cimiteri cittadini è attività *che di per sé non implica particolare e significativa realizzazione di nuove opere se non l'ordinario e programmabile sviluppo dei siti e la manutenzione degli stessi; che sono state recentemente realizzate significative opere di ammodernamento da parte del gestore uscente (fatto che giustifica il previsto pagamento di una iniziale compensazione al gestore uscente...che ivi opera in forza di convenzione stipulata nel 1980), tali da far prevedere che, negli immediati prossimi anni, i costi di gestione non saranno particolarmente elevati...che per la tipologia di procedura, l'amministrazione non aveva alcun obbligo di procedere a verifiche di anomalia”.*

Peraltro, alle concessioni di servizi non è direttamente applicabile la disciplina dell'anomalia ma va prevista dalla legge di gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 1784 del 2011; 2 maggio 2013, n. 2385; 1 dicembre 2014, n. 5915; 3 maggio 2012, n. 2552) e nel caso la *lex* di gara non ha imposto alla commissione di gara il dovere di attivare il procedimento previsto dagli articoli 86 – 88 del codice dei contratti pubblici, bensì la facoltà, ove avesse ravvisato elementi di anomalia, di una “verifica di congruità” della migliore offerta, “richiedendo ove necessario apposite giustificazioni all'offerente”.

Ciò posto, nel valutare la congruità dell'offerta, non può non considerarsi che si tratta di un contratto attivo, in quanto la concessione di servizi prevede il versamento a favore del Comune di un canone annuo parametrato al numero di lampade attive, restando a carico dell'imprenditore l'alea della gestione del servizio e la verifica in ordine alla sola idoneità dei ricavi a coprire il costo di gestione e gli investimenti eventualmente necessari.

In tale prospettiva, non è ravvisabile l'asserita grave anomalia dell'offerta di ILVC per incapacità a remunerare i costi del servizio da espletare, che l'amministrazione non ha ravvisato e la ricorrente non ha provato.

D'altro canto, l'amministrazione a garanzia del corretto espletamento del servizio ha individuato nell'ambito dello schema di contratto delle prescrizioni per il controllo della gestione, stabilendo anche sanzioni per il caso di inadempimento.

14.- Ugualmente non ha pregio la censura dedotta con il quinto motivo di appello, laddove si assume che il giudice di primo grado avrebbe errato nel ritenere non obbligatoria l'allegazione alle offerte di un piano economico finanziario e si deduce la violazione dell'articolo 143 del codice dei contratti pubblici, norma invero relativa alle concessioni di lavori e applicabile a mente dell'articolo 30 alle concessioni di servizi “in quanto compatibile”.

Correttamente il TAR ha rilevato in merito che “...*Paiono evidenti le diverse esigenze di comprovare la sostenibilità di un'opera da realizzare a rischio del concessionario, rispetto a quelle di sostenere una ordinaria gestione di servizi, a fronte di parametri sostanzialmente già dati e stabiliti*”, richiamando la giurisprudenza di questa sezione (sentenza n. 1600 del 2008) su vertenza in cui era parte la stessa ricorrente (la citata sentenza n. 1600 del 2008 aveva statuito in ordine alla estensione alle concessioni di servizi delle disposizioni dell'articolo 30, comma 7 del codice dei contratti, che poteva essere prevista solo se “compatibile” ossia, ove la concessione importi consistenti investimenti soggetti ad ammortamento, tali da richiedere la verifica dell'equilibrio economico finanziario di base e consentire l'eventuale modifica del piano stesso nel corso della concessione per effetto del mutamento di determinate condizioni).

E' indubbio che una tale situazione non ricorre nel caso di specie in cui gli ammortamenti non risultano avere una tale consistenza da richiedere un piano economico finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l'arco temporale prescelto.

Tale documento, quindi, meramente facoltativo nella concessione di servizi, volto ad attestare che i ricavi siano sufficienti a coprire i costi legati alla realizzazione dei lavori e delle opere strumentali non era chiaramente necessario per la gestione delle luci votive, tanto più che gli impianti di illuminazione votiva erano stati oggetto di recente intervento con l'installazione sulle reti di lampade votive a Led studiate per tale utilizzo e perché a monte era già stata verificata la

congruità delle tariffe praticate dal concessionario dell'utenza in rapporto alla prevalenza in assoluto della gestione del servizio rispetto agli investimenti.

Comunque, l'articolo 19 del Contratto di Servizio fa riferimento all'articolo 143, comma 8, stabilendo che si procederà a revisione e rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio solo nel caso in cui sopraggiungano variazioni alle condizioni contrattuali, proprio in considerazione del fatto che i lavori sono meramente eventuali ed accessori rispetto all'oggetto principale del contratto che è costituito dalla gestione di un servizio.

15.- Con l'ultimo motivo di appello, parte appellante assume l'erroneità della sentenza di primo grado laddove ha ritenuto legittime le previsioni di gara che non prescrivevano il possesso dei requisiti tecnico professionali richiesti dalle vigenti disposizioni in materia di installazione degli impianti e dell'attestazione SOA necessaria per l'esecuzione delle opere specialistiche, mentre la concessione implica lo svolgimento indispensabile di attività di manutenzione elettrica, sicché illegittimamente il bando non avrebbe richiesto l'attestazione SOA per la categoria OS30.

In proposito non può che ribadirsi quanto rilevato nella sentenza impugnata, circa l'irrilevanza della censura sia per essere una concessione di servizi e non di lavori e per essere l'aggiudicataria in possesso della attestazione SOA per le categorie OG10 e OS30 e di certificazione di qualità UNI EN ISO ed a parte l'eventualità del tutto residuale nel caso che occupa della realizzazione di opere (le opere sono state realizzate dal gestore uscente e l'impianto è perfettamente gestibile senza ulteriori interventi che non siano quelli di manutenzione ordinaria e straordinaria).

Infatti, secondo l'amministrazione, atteso il perfetto stato dell'impianto, le opere che potrebbero rendersi necessarie sarebbero stimabili in un importo inferiore a 150.000,00 euro per cui non è necessario per l'esecutore il possesso della SOA ma dei requisiti indicati dall'articolo 90, comma 1 del d.p.r. n. 207 del 2010.

Di conseguenza non si è ritenuto di richiedere la SOA, potendo tali eventuali lavori essere anche dati in appalto.

16.- Per quanto esposto, l'appello deve essere respinto con la conseguente conferma della sentenza gravata, restando assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi o eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

17.- La complessità delle questioni trattate consente di disporre la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

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

Compensa integralmente le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 gennaio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 26/05/2015

IL SEGRETARIO

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