



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Terza Ter)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3197 del 2015, proposto da ITALPOSTE RADIO RECAPITI S.R.L. e PLURIMA S.P.A., in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., elettivamente domiciliate in Roma, via Oslavia n. 12 presso lo studio degli avv.ti Alessandro Pallottino e Alessandra Canale che le rappresentano e difendono nel presente giudizio

***contro***

GESTORE DEI SERVIZI ENERGETICI S.P.A., in persona del legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliato in Roma, via Giuseppe Mercalli n. 13 presso lo studio dell'avv. Arturo Cancrini che, unitamente agli avv.ti Maria Antonietta Fadel, Francesco Vagnucci e Antonio Pugliese, lo rappresenta e difende nel presente giudizio

***per l'annullamento***

dei seguenti atti:

a) comunicazione inviata tramite PEC il giorno 3 febbraio 2015 con cui il GSE ha escluso il raggruppamento, di cui fanno parte le ricorrenti, dalla gara n. 8552 – CIG

7675962C9 avente ad oggetto l'affidamento dei “servizi di gestione corrispondenza e flussi documentali, verifica preliminare di documentazione inerente agli incentivi, dematerializzazione archivi cartacei, reception e accoglienza ospiti, supporto ai processi di business e gestione operativa”;

b) i verbali di gara n. 1 del 27/01/15, n. 2 del 30/01/15, n. 3 del 03/02/15 e tutti gli altri verbali redatti successivamente al provvedimento di esclusione;

c) lex specialis di gara laddove interpretabile nel senso escludente prospettato dalla commissione di gara;

d) eventuali atti successivi del procedimento di gara

e per il risarcimento del danno e/o il subentro nel contratto, ove stipulato;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del GSE s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 maggio 2015 il dott. Michelangelo Francavilla e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con ricorso spedito per la notifica il 04/03/15 e depositato il 06/03/15 la Italtel Radio Recapiti s.r.l. e la Plurima s.p.a. hanno impugnato l'atto, inviato tramite PEC il giorno 3 febbraio 2015, con cui il GSE ha escluso il raggruppamento, di cui fanno parte le ricorrenti, dalla gara n. 8552 – CIG 7675962C9 avente ad oggetto l'affidamento dei “servizi di gestione corrispondenza e flussi documentali, verifica preliminare di documentazione inerente agli incentivi, dematerializzazione archivi

cartacei, reception e accoglienza ospiti, supporto ai processi di business e gestione operativa”, i verbali di gara n. 1 del 27/01/15, n. 2 del 30/01/15, n. 3 del 03/02/15 e tutti gli altri verbali redatti successivamente al provvedimento di esclusione, la lex specialis di gara (laddove interpretabile nel senso escludente prospettato dalla commissione di gara), e hanno chiesto il risarcimento del danno e/o il subentro nel contratto, ove stipulato.

Il G.S.E. – Gestore dei servizi energetici s.p.a., costituitosi in giudizio con memoria depositata il 17 marzo 2015, ha concluso per il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. 1258/2015 del 19 marzo 2015 il Tribunale ha accolto l’istanza cautelare proposta dalle ricorrenti.

All’udienza pubblica del 28 maggio 2015 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

#### DIRITTO

Il ricorso è fondato e, nei limiti di quanto in prosieguo specificato, merita accoglimento.

La Italposte Radio Recapiti s.r.l. e la Plurima s.p.a. impugnano l’atto, inviato tramite PEC il giorno 3 febbraio 2015, con cui il GSE ha escluso il raggruppamento, di cui fanno parte le ricorrenti, dalla gara n. 8552 – CIG 7675962C9 avente ad oggetto l’affidamento dei “servizi di gestione corrispondenza e flussi documentali, verifica preliminare di documentazione inerente agli incentivi, dematerializzazione archivi cartacei, reception e accoglienza ospiti, supporto ai processi di business e gestione operativa”, i verbali di gara n. 1 del 27/01/15, n. 2 del 30/01/15, n. 3 del 03/02/15 e, ove pregiudizievoli per le ricorrenti, tutti gli altri verbali redatti successivamente al provvedimento di esclusione, e la lex specialis di gara (laddove interpretabile nel senso escludente prospettato dalla commissione di gara) chiedendo, altresì, il risarcimento del danno e/o il subentro nel contratto, ove stipulato.

La procedura di gara, oggetto del presente giudizio, è stata indetta dal G.S.E. ai sensi degli artt. 220 e ss. d. lgs. n. 163/2006.

Il punto 3 del disciplinare di gara prevedeva che all'interno della busta denominata "Offerta tecnica" avrebbero dovuto essere inserite due ulteriori buste (nettamente separate tra loro: punto 3.1) aventi rispettivamente ad oggetto la "Relazione tecnico – organizzativa" e le "Modalità di ingaggio del personale".

Dall'esame degli atti di gara (si veda il verbale n. 2 del 30/01/15) risulta che l'Ati di cui fanno parte le società ricorrenti ha inserito il documento "Modalità di ingaggio del personale" nella busta denominata "Offerta tecnica" unitamente alla "Relazione tecnico – organizzativa".

Tale circostanza ha indotto la commissione (cfr. verbale n. 3 del 03/02/15) ad escludere la predetta offerta in ragione della necessità di preservare l'imparzialità di giudizio della commissione stessa che sarebbe stata vulnerata dall'indebita commistione tra componenti dell'offerta cui sarebbero riferibili criteri di valutazione automatici e discrezionali.

Con la prima censura le ricorrenti prospettano l'illegittimità del gravato provvedimento di esclusione in quanto lo stesso non sarebbe motivato e sarebbe stato emesso per l'inosservanza di un onere formale non previsto a pena di esclusione dalla *lex specialis* e in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara stabilito dall'art. 46 comma 1 bis d. lgs. n. 163/2006.

Il motivo è fondato secondo quanto in prosieguo specificato.

Va, innanzi tutto, rilevato che l'inosservanza della formalità indicata nel punto 3 del disciplinare di gara, avente ad oggetto la separazione tra le due componenti dell'offerta tecnica, non è prevista in alcuna parte della *lex specialis* quale causa di esclusione; ogni eventuale previsione, in tal senso, contenuta nei chiarimenti resi in pendenza del termine di partecipazione, è, a tal fine, irrilevante, per il carattere integrativo (e, quindi, vietato) e non meramente interpretativo della stessa.

In ogni caso, una siffatta fattispecie di esclusione (come già precisato, non presente nella *lex specialis*) non sarebbe conforme al principio di tassatività delle cause di

esclusione dalla gara previsto dall'art. 46 comma 1 bis d. lgs. n. 163/2006 ed applicabile alla procedura in esame in virtù del rinvio operato dall'art. 206 comma 1° del medesimo testo normativo.

Ed, infatti, in assenza di un puntuale riferimento normativo riferibile all'adempimento prescritto dall'art. 3 del disciplinare di gara (separazione tra le componenti dell'offerta tecnica), non è possibile sussumere l'onere in esame in alcuna delle ipotesi generali di esclusione previste dall'art. 46 comma 1 bis d. lgs. n. 163/2006.

In quest'ottica, la tutela del principio di segretezza delle offerte, ivi richiamata, è da ritenersi applicabile:

- a) innanzi tutto, all'esterno nei confronti dei terzi (e non della commissione) ed è volta a prevenire indebite e abusive alterazioni del contenuto dell'offerta;
- b) comunque, all'interno della gara in relazione alla sola ipotesi di separazione dell'offerta economica dall'offerta tecnica come ha avuto modo di precisare l'AVLP con la determinazione n. 4/2012 nell'interpretazione, in parte qua, del citato art. 46 c. 1 bis (si veda, in particolare, la parte III punti 1 e 2 e i riferimenti giurisprudenziali ivi richiamati).

Il principio di segretezza, per come elaborato dalla giurisprudenza (per cui, tra le altre, Cons. Stato sez. V n. 3841/2013; sez. V n. 2214/2013; sez. VI n. 6023/2011), è, pertanto, riferibile al caso di aggiudicazione con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa e concerne esclusivamente la separazione tra offerta economica e tecnica che opera già al momento della partecipazione alla gara e, successivamente, nella fase di valutazione (con obbligo di precedenza della valutazione dell'offerta tecnica - da effettuarsi in seduta riservata - rispetto all'attribuzione del punteggio all'offerta economica - che avviene in seduta pubblica). A livello normativo il modus procedendi in esame è stato codificato dall'art. 120 d.p.r. n. 207/2010 (si veda, in particolare, il comma secondo; la norma è applicabile

all'appalto oggetto di causa in virtù del rinvio operato dall'art. 339 comma 1 lettera O del d.p.r. n. 207/2010) che, nel prescrivere la separazione tra offerta tecnica ed economica, non risulta estensibile ad ipotesi diverse da quelle ivi espressamente considerate quale, ad esempio, quella oggetto di gara concernente due componenti dell'offerta tecnica stessa.

L'estensione, infatti, risulta preclusa dall'operatività del principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara, introdotto con l'art. 46 comma 1 bis d. lgs. 163/2006 dal decreto legge n. 70/2011, che, a sua volta, è espressione del più generale canone ermeneutico del favor participationis cui si ispira la normativa più recente in materia di appalti (si vedano, in proposito, le novità introdotte dal d.l. n. 90/2014).

Per questo motivo i precedenti giurisprudenziali, richiamati da parte resistente nella memoria di costituzione e riferibili all'ipotesi (diversa da quella oggetto di causa) di separazione tra offerta tecnica ed economica, non sono idonei a giustificare la legittimità del gravato provvedimento di esclusione.

Con riferimento, poi, alla giurisprudenza citata dal GSE nella memoria conclusionale depositata il 12/05/15 (in particolare, le sentenze del TAR Toscana n. 734/2009 e del Cons. Stato sez. VI n. 4648/2009), va rilevato che la stessa, benché effettivamente riferibile all'ipotesi di separazione delle diverse componenti dell'offerta tecnica, non risulta utilmente applicabile all'ipotesi oggetto di causa perché concernente una fattispecie perfezionatasi in epoca antecedente all'entrata in vigore del principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara introdotto, come già evidenziato, dal d.l. n. 70/2011.

Per quanto concerne, poi, il parere ANAC n. 110/2014 (anch'esso richiamato dal GSE nella memoria conclusionale ed avente ad oggetto l'esclusione di un operatore economico che aveva inserito il cronoprogramma nell'offerta tecnica) lo stesso non è condiviso dal Collegio perché in contrasto con il citato principio di tassatività; per altro, il caso esaminato dall'ANAC aveva ad oggetto una componente dell'offerta

tecnica caratterizzata da un punteggio totalmente automatico laddove nella fattispecie l'attribuzione del punteggio per le "modalità di ingaggio del personale" non è integralmente automatica ma presenta significativi profili di discrezionalità in riferimento ai punti 3.3 dell'opzione A (relativa all'utilizzo del personale attualmente impiegato nell'appalto in essere) e a tutti i punti (3.1, 3.2 e 3.3) dell'opzione B (riferibile all'impiego del personale nella disponibilità del concorrente).

Proprio l'esistenza di marcati profili di discrezionalità nei criteri di valutazione (per cui si veda il documento n. 8 allegato alla memoria di costituzione GSE) della componente dell'offerta tecnica concernente le "modalità di ingaggio del personale" induce il Tribunale a ritenere, in parte, insussistente il presupposto di fatto (separazione tra criteri automatici e discrezionali di valutazione dell'offerta tecnica) posto dalla stazione appaltante a fondamento della prescrizione formale presente nell'art. 3 del disciplinare e, soprattutto, irragionevole la sanzione espulsiva proprio perché non giustificata dalla finalità dichiarata.

In sintesi la prima censura risulta fondata sia nella parte in cui deduce la mancanza, nella *lex specialis*, della sanzione espulsiva per l'adempimento formale richiesto dal punto 3 del disciplinare che nella parte in cui prospetta la violazione, da parte del gravato provvedimento di esclusione, del principio di tassatività codificato dall'art. 46 comma 1 bis d. lgs. n. 163/2006.

Con la terza censura le ricorrenti lamentano l'illegittimità della *lex specialis*, nell'ipotesi in cui sia interpretabile come prescrittiva dell'esclusione per la violazione dell'onere di separazione tra le due componenti dell'offerta tecnica, per la violazione degli artt. 120 d.p.r. n. 207/2010 e 46 comma 1 bis d. lgs. n. 163/2006 e perché, in concreto, l'esclusione non è giustificata nemmeno dalla finalità (separazione tra criteri automatici e discrezionali di valutazione dell'offerta tecnica) posta dichiaratamente a fondamento della stessa.

Il motivo è fondato.

Sul punto si rinvia a quanto in precedenza esplicitato circa l'inapplicabilità dell'art. 120 d.p.r. n. 207/2010 alla fattispecie oggetto di causa e il contrasto della gravata esclusione con il principio di tassatività posto dall'art. 46 comma 1 bis d. lgs. n. 163/2006.

Come già evidenziato, poi, la componente dell'offerta tecnica avente ad oggetto le "modalità di ingaggio del personale" presenta significativi criteri discrezionali di valutazione il che smentisce, in parte, il presupposto di fatto posto a fondamento dell'obbligo di netta separazione tra le due componenti dell'offerta tecnica previsto dall'art. 3 del disciplinare rendendo irragionevole la sanzione espulsiva applicata dalla sanzione appaltante.

Per questi motivi la domanda caducatoria è fondata e merita accoglimento con conseguente annullamento del gravato provvedimento di esclusione dalla gara e degli atti ad esso consequenziali.

Debbono, invece, essere respinte le domande di risarcimento del danno e di subentro nel contratto perché, da una parte, le ricorrenti non hanno dimostrato, benché fosse loro onere, il pregiudizio patrimoniale dedotto (e ciò anche in considerazione della tutela cautelare accordata), e, dall'altra, il contratto non risulta ancora stipulato (il tutto a prescindere dalla questione dell'effettiva spettanza, in capo alle ricorrenti, dell'aggiudicazione dell'appalto) o, almeno, di ciò non è stata fornita prova.

La prevalente soccombenza dell'ente resistente induce il Tribunale a disporre, nei suoi confronti, la condanna al pagamento delle spese di lite il cui importo, liquidato come da dispositivo, va aggiunto a quanto già liquidato nella fase cautelare;

P.Q.M.

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



- 1) accoglie la domanda caducatoria e, per l'effetto, annulla il provvedimento di esclusione dalla gara del raggruppamento di cui fanno parte le società ricorrenti e gli atti ad esso consequenziali;
- 2) respinge le domande di risarcimento del danno e di subentro nel contratto, proposte dalle ricorrenti;
- 3) condanna il G.S.E. s.p.a. a pagare, in favore delle ricorrenti, le spese del presente giudizio il cui importo (in aggiunta a quanto già quantificato per la fase cautelare) si liquida in complessivi euro duemila/00, per diritti ed onorari, oltre IVA, CPA e contributo unificato come per legge.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del giorno 28 maggio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Michelangelo Francavilla, Consigliere, Estensore

Maria Grazia Vivarelli, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/06/2015

IL SEGRETARIO

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