

N. 00171/2011 REG.PROV.COLL.

N. 01143/2004 REG.RIC.

N. 00125/2005 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1143 del 2004, proposto da:
S.I.L.V.E. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Leonardo Limberti, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Firenze, viale Galileo Galilei 32;

contro

Comune di Reggello, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Del Re, presso il cui studio è elettivamente domiciliato in Firenze, lungarno Archibusieri 8;

nei confronti di

Astro System S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio D'Angelo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Fabio Puliti in Firenze, piazza Matteotti 60;

sul ricorso numero di registro generale 125 del 2005, proposto da: S.I.L.V.E. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Leonardo Limberti, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Firenze, viale Galileo Galilei 32;

contro

Comune di Reggello, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Del Re, presso il cui studio è elettivamente domiciliato in Firenze, lungarno Archibusieri 8;

nei confronti di

Astro System S.r.l.;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 1143 del 2004:

della Determinazione del Responsabile del settore Lavori Pubblici del Comune di Reggello, n. 185 del 22.3.2004, conosciuta dalla ricorrente in data 22.4.2004, con la quale si "determina di affidare il servizio in oggetto alla Ditta AstroSystem s.r.l.";

di ogni altro atto consequenziale e/o presupposto ancorché ignoto al ricorrente, ed in particolare del verbale di gara, di data e di numero ignoti, nella parte in cui, in applicazione dell'art. 25 del D.Lgs. 157/95, non si sottopone a verifica di anomalia l'offerta della Astro System s.r.l.;

e per la condanna dell'Amministrazione Comunale di Reggello al risarcimento dei danni subiti dalla ricorrente a seguito dell'illegittima aggiudicazione dell'appalto alla Astro System s.r.l., pari al mancato guadagno conseguibile dalla S.I.L.V.E. per il periodo di durata del servizio, oltre all'ulteriore danno, che sarà quantificato in corso di causa, ovvero che sarà determinato dal Giudice in via equitativa, relativo alla non utilizzabilità dei titoli di esperienza relativi al servizio in questione da utilizzare nelle prossime gare cui la ricorrente intenderà prendere parte.

Quanto al ricorso n. 125 del 2005:

del Provvedimento del Responsabile del Settore Lavori Pubblici del Comune di Reggello, prot. n. 27222 del 11.11.2004, ricevuta dalla ricorrente in data 17.11.2004 avente ad oggetto "appalto della concessione del servizio di gestione e manutenzione delle lampade votive presso i cimiteri comunali. Istanza per l'indagine sulla verifica della sussistenza dell'indizio di anomalia".

di ogni altro atto consequenziale e/o presupposto ancorché ignoto alla ricorrente, ed in particolare del verbale di gara nella parte in cui viene esaminata l'anomalia dell'offerta della Astro System S.r.l..

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Reggello e della Astro System S.r.l. (per quest'ultima, nel solo ricorso R.G. n. 1143/04);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 gennaio 2011 il dott. Pierpaolo Grauso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 1° e depositato l'11 giugno 2004 (R.G. n. 1143/04), la S.I.L.V.E. S.r.l., impresa operante nel settore dell'illuminazione votiva e dei servizi cimiteriali, esponeva di aver partecipato alla gara informale indetta con determinazione del 10 ottobre 2003 dal Comune di Reggello – il cui servizio di illuminazione cimiteriale essa ricorrente gestiva sin dal 1994 – per la scelta del nuovo concessionario, che avrebbe assunto la gestione dal 1 gennaio 2004. Alla gara aveva partecipato, fra gli altri concorrenti, la Astro System S.r.l. (inizialmente esclusa, ma poi riammessa a seguito dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento di esclusione), la cui offerta conteneva l'impegno a corrispondere

al Comune, a titolo di aggio, una somma pari al 72,99% degli incassi derivanti dalla gestione del servizio, percentuale tale da comportare, ad avviso della ricorrente, una perdita annuale di esercizio di oltre 3.500,00 euro; la circostanza era stata rappresentata alla stazione appaltante – che, frattanto, aveva aggiudicato il servizio proprio all’odierna controinteressata – affinché procedesse quantomeno alla verifica di anomalia dell’offerta medesima, ma inutilmente.

Tanto premesso, sulla scorta di un unico, complesso, motivo in diritto, la società ricorrente deduceva l’illegittimità dell’aggiudicazione così disposta e ne chiedeva l’annullamento, insieme alla condanna dell’amministrazione precedente al risarcimento di tutti i danni.

Costituitisi in giudizio il Comune di Reggello e la Astro System S.r.l., che resistevano al gravame, con separato ricorso (R.G. n. 125/05) la società S.I.L.V.E. proponeva autonoma impugnativa avverso il provvedimento dell’11 novembre 2004, mediante il quale il Comune, ottemperando alla sentenza con cui questo tribunale gli aveva ordinato di pronunciarsi sulla richiesta della ricorrente di sottoporre alla valutazione di anomalia l’offerta presentata dalla Astro System, aveva escluso sia la sussistenza dell’anomalia denunciata, sia la necessità di chiedere chiarimenti all’aggiudicataria. Anche di tale provvedimento la ricorrente domandava l’annullamento, previa riunione dei due ricorsi.

Sull’istanza di trattazione congiunta ribadita dalla S.I.L.V.E. con atto dell’8 maggio 2009, le due cause venivano chiamate e discusse nella pubblica udienza del 4 gennaio 2011, preceduta dal deposito di memorie difensive. Il dispositivo era depositato dal collegio il 10 gennaio successivo.

DIRITTO

Come riferito in narrativa, l’impugnazione promossa dalla S.I.L.V.E. S.r.l. con il ricorso iscritto al n. 1143/04 R.G. ha per oggetto la determinazione, adottata dal Comune di Reggello con provvedimento del 22 marzo 2004, di affidare la gestione

del proprio servizio di illuminazione cimiteriale alla controinteressata Astro System S.r.l., risultata vincitrice della gara indetta dall'amministrazione con l'offerta di un aggio pari al 72,99% degli incassi, contro il 67,67% offerto dalla ricorrente, seconda classificata. Ad avviso della S.I.L.V.E., l'offerta della controinteressata, in quanto anormalmente bassa, avrebbe dovuto essere sottoposta a verifica di anomalia, istanza disattesa dal Comune – sul presupposto del mancato superamento della soglia di anomalia stabilita a norma di legge – con la nota dell'11 novembre 2004, impugnata con il ricorso iscritto al n. 125/05 R.G..

Trattandosi di atti inerenti alla medesima procedura, si rende opportuna la riunione delle controversie, soggettivamente ed oggettivamente connesse.

Con l'unico motivo di gravame, comune ai due ricorsi, la società ricorrente sostiene che la determinazione del Comune di Reggello di non sottoporre a verifica l'offerta presentata dalla Astro System S.r.l. si porrebbe in insanabile contrasto con i principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, non potendosi ritenere che l'indizio di anomalia derivante dal superamento della soglia individuata ai sensi dell'art. 25 D.Lgs. n. 157/95 esaurisca tutti i possibili indizi di anomalia, ed essendo preciso obbligo dell'amministrazione di tutelare l'interesse pubblico alla corretta esecuzione del servizio in presenza di offerte di dubbia serietà, ancorché formalmente rispondenti ai parametri stabiliti dal legislatore. Nella specie, l'inaffidabilità dell'offerta sarebbe implicita nel fatto che, secondo i calcoli della ricorrente, l'aggiudicataria non soltanto non avrebbe potuto conseguire utili, ma addirittura sarebbe incorsa in una perdita di esercizio, il che avrebbe dovuto indurre la stazione appaltante quantomeno a chiedere giustificazioni circa la congruità dell'aggio offerto.

Le censure sono infondate.

In virtù degli espressi e ripetuti richiami contenuti nel bando e nel capitolato di gara, il Comune di Reggello, nell'affidamento della concessione per cui è causa, si è

autovincolato al rispetto della disciplina in materia di appalti di servizi, ed in particolare, quanto ai criteri di scelta del concessionario, al criterio del prezzo più basso di cui all'allora vigente art. 23 co. 1 lett. a) del D.Lgs. n. 157/95. Stante il peculiare contenuto delle offerte, aventi ad oggetto l'aggio riconosciuto dall'impresa al Comune e commisurato ad una percentuale sugli incassi generati dalla gestione del servizio, il criterio è stato peraltro adattato nel senso di far prevalere il concorrente che avesse offerto l'aggio più elevato; mentre la soglia di anomalia, ai sensi dell'art. 25 del medesimo D.Lgs. n. 157/95, è stata fatta coincidere con la media aritmetica dei ribassi delle offerte ammesse alla gara, aumentata di un quinto. Proprio in considerazione della soglia così determinata, e pari al 78%, la stazione appaltante ha ritenuto di non dover sottoporre ad alcuna verifica l'offerta della controinteressata Astro System, il cui ribasso è risultato pari al 72,99%.

La ricorrente reputa che l'offerta dell'aggiudicataria avrebbe dovuto essere sottoposta a verifica nonostante il mancato superamento della soglia di anomalia, ed invoca a sostegno della propria tesi il potere-dovere dell'amministrazione di prescindere – in determinate circostanze – dal meccanismo automatico di calcolo delineato dall'art. 25 cit.. La questione, in effetti, è stata variamente risolta in giurisprudenza, rinvenendosi pronunce secondo cui la disposizione in esame rende obbligatoria la verifica di anomalia in presenza del superamento della soglia aritmetica di cui al comma terzo, ma non esclude che essa venga effettuata anche qualora ciò non si verifichi, a garanzia dell'interesse pubblico alla affidabilità delle offerte ed al fine di evitare che un eccesso di concorrenza induca i concorrenti a formulare offerte non remunerative pur di conseguire l'affidamento (cfr., fra le altre, T.A.R. Umbria, 26 gennaio 2007, n. 45; T.A.R. Campania – Napoli, sez. I, 18 maggio 2005, n. 6503; ed, in sede consultiva, Cons. Stato, sez. III, 5 marzo 1998, n. 196); ed altre, le quali escludono, di contro, che l'amministrazione disponga della

facoltà discrezionale di individuare e di sottoporre a verifica offerte differenti da quelle superiori a un quinto della media dei ribassi (così Cons. Stato, sez. V, 13 maggio 2002, n. 2579). Ma anche a voler aderire al primo degli indirizzi interpretativi correnti, la prospettazione della S.I.L.V.E. S.r.l. resta comunque inaccoglibile.

Il D.Lgs. n. 157/95 costituisce, com'è noto, attuazione in ambito nazionale della direttiva comunitaria 92/50/CE in materia di appalti di servizi, la quale sancisce, per quanto qui interessa, il divieto di esclusione automatica delle offerte che risultino anomale sulla base di un criterio matematico, senza che si proceda alla puntuale verifica in contraddittorio con l'offerente. A tale principio è conforme l'art. 25 D.Lgs. n. 157/95, che onera la stazione appaltante di individuare gli elementi dell'offerta in ordine ai quali aprire un procedimento di verifica in contraddittorio con l'offerente: la percentuale di ribasso prevista dalla norma non costituisce, infatti, una soglia di esclusione automatica delle offerte, ma un criterio predeterminato di doverosa attivazione della procedura di verifica che sempre consente di affidare l'appalto alle condizioni più vantaggiose per l'amministrazione, compatibili con la oggettiva serietà dell'offerta (cfr. Corte Cost., 29 aprile 1996, n. 132).

Ciò posto, e considerato che il divieto di esclusione automatica delle offerte anomale risponde ad esigenze di tutela della concorrenza, la quale vuole che l'esito della gara sia rimesso in primo luogo alla dinamica della competizione tra gli offerenti, è la *ratio* stessa della disciplina in esame ad imporre di ritenere che, ove pure si voglia riconoscere all'amministrazione la facoltà di procedere alla verifica di anomalia a prescindere dai parametri adottati dal legislatore, l'esercizio di tale facoltà non possa non essere assoggettato ad un pregnante onere di motivazione. In altri termini, al contrario di quanto deduce la ricorrente, una particolare motivazione occorre non per sottrarre, ma per sottoporre alla verifica di anomalia

un'offerta contenente un ribasso di per sé non eccedente la soglia aritmetica determinata ai sensi dell'art. 25 D.Lgs. n. 157/95.

Ne discende che, essendo l'offerta della controinteressata risultata inferiore alla soglia di anomalia, solo in presenza di elementi obiettivi, idonei a far emergere un ragionevole dubbio circa l'affidabilità dell'offerta, il Comune resistente avrebbe legittimamente potuto procedere alla richiesta di precisazioni e spiegazioni da parte dell'impresa aggiudicataria. A fondare tali elementi di dubbio non è, tuttavia, sufficiente il calcolo allegato dalla ricorrente, secondo cui l'offerta di un aggio del 72,99% in favore del Comune avrebbe impedito alla Astro System di conseguire utili, ed anzi avrebbe condotto a sicure perdite di esercizio. Apoditticamente basato sulla pregressa esperienza della ricorrente nella gestione del servizio, e sull'indimostrato assunto dell'esistenza di maggiori costi di gestione a carico di Astro System, il calcolo in questione è infatti sfornito di qualsivoglia riscontro oggettivo, quantomeno in ordine ai dati nella disponibilità della S.I.L.V.E. S.r.l. (ad esempio, quelli risultanti dalla contabilità e dai bilanci di esercizio degli anni precedenti).

Il giudizio di inattendibilità di quanto affermato dalla ricorrente, per assoluta mancanza di riscontri, è corroborato, per altro verso, dal rilievo che, stando a quei conteggi, la stessa S.I.L.V.E. avrebbe realizzato il modestissimo utile di appena 164,26 euro annui: e non pare invero plausibile – in assenza di adeguata dimostrazione del contrario – che un'impresa concorra per aggiudicarsi un servizio dal quale presume di ottenere poco più che il pareggio di bilancio.

Infine, non costituisce riscontro dell'anomalia dell'offerta – valutabile *a posteriori* – l'inadempimento della Astro System nel versamento dell'aggio al Comune di Reggello, come accertato dalla sentenza n. 281/09 del tribunale ordinario di Firenze, sezione distaccata di Pontedera, in atti. Da quella sentenza non emerge, infatti, che le ragioni dell'inadempimento siano riconducibili ad uno stato di

insolvenza provocato dalle presunte perdite di esercizio (del resto, i denari incassati dal gestore e non corrisposti al Comune eccedono di gran lunga le presunte perdite), né emerge che al mancato versamento dell'aggio si sia accompagnata la mancata o inadeguata gestione del servizio oggetto dell'affidamento; il servizio risulta, anzi, prestato in conformità al contratto, venendone pertanto confermata l'imprevedibilità della condotta inadempiente sulla sola base della presentazione, ai fini dell'affidamento, di un'offerta particolarmente concorrenziale.

Alla luce di tutte le considerazioni svolte, le impugnative e la domanda risarcitoria proposte dalla S.I.L.V.E. S.r.l. con i ricorsi qui riuniti non possono trovare accoglimento. Le spese di lite seguono la soccombenza nei rapporti con il Comune di Reggello, mentre possono essere compensate nei rapporti fra la ricorrente e la controinteressata, avendo quest'ultima opposto una resistenza meramente formale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando, riunisce i ricorsi e li respinge in ciascuna delle domande proposte.

Condanna la società ricorrente alla rifusione delle spese processuali sostenute dal Comune di Reggello, che liquida in complessivi euro 4.000,00, oltre al rimborso forfettario delle spese generali, ad I.V.A. e C.P.A. come per legge, mentre dichiara l'integrale compensazione nei rapporti fra la medesima ricorrente e la controinteressata Astro System S.r.l..

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 4 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere

Pierpaolo Grauso, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/02/2011

IL SEGRETARIO

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